

中国刑法现代化的未来图景*

姜 涛

内容提要:从刑法进化论视角,政治刑法、市民刑法和社会刑法既是刑法的具体类型,又是刑法与政治秩序、法律秩序和社会秩序互动进化的产物。政治刑法以身份为依据对权贵与平民进行区分,并重点保护权贵的权益,因而在罪刑规范上实行区别对待。市民刑法力图打破刑法对身份的依赖,并以社会契约为理论基础建构一种立足于罪刑法定主义的平等刑法,其虽然有助于限制国家权力的不当扩张,但却存在着明显的正义困境:无法满足不同主体对社会正义的要求。社会刑法主张刑法建构的立足点是社会正义而不是社会契约,其在承认强者与弱者之基本社会分层的基础上,主张给予社会弱者以更多的人道关怀并给强者的自由以更为严格的法律限制,从而在有效矫正市民刑法之正义困境的同时,又可能带来刑法干预的不当扩张。这也决定了社会刑法只能以例外存在,并需要与市民刑法之间形成共生秩序,从而呈现出市民刑法“兼容”社会刑法的发展路线。此亦构成了中国刑法现代化的未来图景。

关键词:刑法现代化 政治刑法 市民刑法 社会刑法 社会契约

姜涛,南京师范大学法学院副教授。

探索中国刑法现代化的未来图景,是破译刑法现代化之谜的当代刑法学的重要任务之一。学界以往对此问题的研究体现有三:(1)论证中国刑法现代化的基本走向,即由结束动乱转向放弃革命,由刑事法制转向刑事法治。^{〔1〕}(2)诠释中国刑法现代化的伦理基础,主张以利益平衡为原则,培育中国刑法的现代伦理品格。^{〔2〕}(3)反思中国刑法现代化践行的法文化障碍,并提出克服的路径。^{〔3〕}然而,迄今为止,中国学界缺乏从刑法进化论视角对刑法类型这一最基本命题的研究,以至于遮蔽了中国刑法现代化之未来图景的真实面貌,窒息了中国刑法现代化的动力,从而也使刑法从制度与智识上看都没有取得学者们所期待的进步。

* 本文受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”(PAPD)资助,同时也获得了2012年度高校哲学社会科学基金项目(项目编号:2012SJB820011)资助。

〔1〕 参见曲新久:《中国刑法现代化的基本走向》,《政法论坛》2007年第4期。

〔2〕 参见田宏杰:《宽容与平衡:中国刑法现代化的伦理思考》,《政法论坛》2006年第2期。

〔3〕 参见李韧夫、董进:《中国刑法现代化践行的法文化障碍及克服——以市民社会为视角的考察》,《法制与社会发展》2006年第2期。

当然,也留下了继续反思这一问题并予以解答的学术空间。以类型学方法论为参照系,本文要阐释的是,不同的刑法类型导致不同定罪、刑罚及量刑模式的分流,因而是刑法现代转型的“方向标”。当明确了中国未来所需的刑法类型之后,中国刑法现代化的未来图景便昭然若揭了。

一 刑法现代化的第一次革命： 由政治刑法到市民刑法的转变

刑法现代化研究属于刑法社会学的范畴,它所要建树的正是确立刑法成长的一般模型。其中,从政治刑法到市民刑法的基本转变,就是人类刑法现代化的第一次革命。对此,国内学者已有一定的学术自觉,早在十年前,陈兴良教授就提出了“从政治刑法到市民刑法的基本转变”这一学术主张,^[4]开启了中国学者对刑法发展未来图景的慎思。为完整描绘刑法现代化的理论谱系,有重温这种刑法类型转变的必要。

什么是政治刑法?从理论上分析,政治刑法就是一种建立在身份、地位差异基础上的国权主义刑法,其出发点和归宿是作为权力的手段与工具,刑法是否维护了政治国家的利益。一般而言,政治刑法是与一元社会结构对应的刑法类型。因为一元社会结构下的法律必然以肯定、高扬国家权力至上为价值取向,从而也必然以权力能否覆盖并控制市民社会作为评判法律的标准,至于这种权力的覆盖与控制是否合理、合法,是否有利于社会个体者的利益和整个社会的进步,动机是否纯洁,目的是否正当,都不予以考虑。^[5]当然,如何以刑法来维持统治者对社会利益的垄断,则主要是通过刑法上建立严格的身份制来完成的,因而是一种典型的不平等刑法。

众所周知,传统社会是个讲究身份的国度,身份制是当时社会的基本政治形态,成员的生存资源主要依据身份及身份之间的关系而配置,身份不仅成为古代人的社会生活、经济生活及文化生活的核心要素,而且也成为法律制度建构的主导因素,可以说,法律就是在身份的基础上“社会再生产”的社会产品,两者互为条件,互为结果。影响所致,所谓的“身份正义”这一观念囊括了刑法使贫困阶层服从权贵阶层并强行维持这一秩序的社会现实,或者说政治刑法使身份正义制度化、合法化,当然,也带来了扭曲化和不平等。在政治刑法之下,刑法的主要功能也转向人身控制或人身关系的秩序追求,刑法由此变成了人身规则。^[6]所以,政治刑法是一种典型的建立在身份划分基础上的刑法类型。归纳来看,政治刑法对身份依赖体现主要有五:(1)基于生物学特征之身份,主要分年龄和疾病、妇女和孕妇两类进行考究。(2)基于职务、职业之身份。(3)亲属身份,即考察了亲属相犯、亲亲相隐、族诛与缘坐、亲属相奸等,并进行了比较分析。(4)共同犯罪中的身份。(5)社会等级身份,即考察了等级特权和良贱相犯。应当说,刑法与身份之间的这种关系谱系并非完全是不科学的,比如,其对生物学特征之身份的考虑就一直被延续下来。可问题是,它把社会以身份为标准进行阶层划分,分出高低贵贱,并使占社会最大多数的一般民众成为了权贵者控制的对象,使人由主体变成了客体,使一般民众不能为人之权利,这就使刑法成为典型的身份等级确认、

[4] 参见陈兴良:《当代中国刑法新视界》,中国人民大学出版社2007年版,第489-534页。

[5] 参见蔡道通:《刑事法治的基本立场》,北京大学出版社2008年版,第36-37页。

[6] 参见江山:《互助与自足——法与经济的历史逻辑通论》,中国政法大学出版社1994年版,第256页。

维护的工具。

欲达此目的,刑法必然严厉,犯罪化与重刑化就是刑法严厉的两端。之所以会以严刑峻法来维护当权者的利益,并形成对一般民众反抗的严厉镇压,这除了是因为无视一般民众的利益需要而可能引来社会暴乱的风险,迫切需要以严刑峻法来控制民众的反抗之外,还有一个重要的原因是,主权者可以利用的维护自己权威的资源极其贫乏,除了严刑峻法之外,没有其他的选项。俗语有云,“弱狗常叫,重用刑罚的政权,往往是虚弱的政权”。〔7〕当社会治理能力低下,或者主权者认识到自己的政权陷入危机时,诉诸严刑峻法就在所难免,甚至可以无节制地使用暴力,以维护所谓的“社会秩序”。正是这种身份对刑法的依赖与影响,使政治刑法呈现出明显的工具主义特性:法律变成了政治的奴仆,以法律“燃烧”政治的情形随处可见,刑法成为“刀把子”,以至于民众的正义诉求和公共福祉,又在国家维护“公共安全”的欺骗性口号下,被无情地规避掉了。一言以蔽之,政治刑法就是典型工具本位主义的刑法。

刑法类型取舍的背后除了文化依赖现象之外,主要体现着政治文明的发展程度。一般来说,当政治文明程度较弱,社会秩序混乱的时候,严刑峻法就会受到国家的青睐。相反,当一个社会的政治文明来临之时,政治刑法也就会随之失去“市场”,走向消亡。这是不以人的意志为转移的刑法类型进化规律。17 世纪以降,随着商品经济的发展,等级的身份被打破,私权神圣深入人心,自由、民主、平等以一种“自然法”形态的政治信条和理念植根于近代社会,身份的意义在自由竞争经济的硝烟中逐渐式微。契约作为自由和平的表征不仅构成了人际交往的主要方式,而且构成了法律制度建构的理论基础。与此同时,随着国家与社会二元结构的形成以及由此带来的公民人权保障意识的提高,人们对民主、自由和法治精神的要求和期盼亦随之高涨。此时,建立法律的统治,而非人的统治的社会秩序,以契约自由精神打破政治刑法那种对身份关系的依赖,以限定政府权力和保障公民自由,也就被学者们所提出并首先被西方国家所实践。随之,一个理性的形式化的市民刑法也逐渐成长和发展起来。一方面,要求国家刑罚权受到法律的强力约束,并不可越雷池半步,这就形成了现代意义上的罪刑法定原则;另一方面,又要求国家制定有效地实施保障市民社会多元性及其必要自由的刑法。

关于市民刑法的概念,学者们着墨并不多,但已有一定的学术探讨。雅克布斯就从刑法作用对象上,将市民刑法定位为“针对的对象不是顽固也不根本性的犯罪人”的刑法,并指出,纵使其犯罪,也可以承认其继续保持具有人格的身份,对其进行修复式地治疗。〔8〕国内学者一般把市民刑法等同于民权主义刑法,它从本质上就是法治国的刑法。〔9〕不难看出,从犯罪主体的人格权身份上对刑法进行分类,根据不同犯罪者的“身份”区分出市民刑法,这是机能主义刑法视野的逻辑,目的在于区分不同的主体,以使刑法合理组织对犯罪的反应,这是它的进步意义。无疑,从功能上把市民刑法界定为民权主义刑法,把刑事法治的精神融入到市民刑法的定义之中,具有重要的社会意义。市民刑法何以成为刑法现代化中人类努力追求的刑法类型,就在于它立足于刑罚也是一种“社会契约”的假设,以刑法限制刑罚权的发动。

可问题是,市民刑法中的严格法条主义和机械的罪刑法定主义,带来了严重的刑法规定

〔7〕 [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,三联书店 1991 年版,第 33 页。

〔8〕 Günther Jakobs. Bürgerstrafrecht und Fenidstrafrecht, in *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure an Anthology in Memory of Professor Fu Tseng Hung*, edited by Yu Hsiu Hsu, Taipei, 2003, pp. 47 - 49.

〔9〕 参见陈兴良:《法治国的刑法文化——21 世纪刑法学研究展望》,《人民检察》1999 年第 11 期。

无法有效对接具体生动的司法现实之弊端。加之,随着社会发展的深刻演变,不同主体的强弱差异或社会分层逐渐凸现,社会发展是社会强者与社会弱者成为一个基本的社会分层,并且不可预知的交通肇事、经济犯罪、环境犯罪、恐怖活动、黑社会犯罪等社会风险的客观存在,也让人类再次反思刑法应该是什么,而这一切恰是以市民刑法中传统内容的衰变为一个条件的。弱势群体的存在自觉导致市民刑法中契约自由因素的消亡,风险社会的到来也使市民刑法束手无策。然任何刑法理论或发展模式都具有自身的局限性,市民刑法也不例外。自国内学者提出市民刑法概念以来,十几年过去了,在此期间,风险刑法、劳动刑法、环境刑法等被学者们提出,并引起了巨大的理论聚合效应,它们都属于市民刑法的例外。这种发展也就提出了一个基本设问:市民刑法何以会存在局限性?这就需要从市民刑法的本质出发,以诊断其在当下社会发展中的病灶。

市民刑法是以自由主义为导向,以平等主义为旗帜,强调罪刑法定与刑法平等的契约化刑法,其精神实质在于以形式上的合理性、确定性和可预测性为特征的罪刑法定主义。一如我们所知,罪刑法定原则是确保公民权利与国家权力之间契约的法律体现,其价值在于限制国家权力的滥用,以保障公民权利。之所以把罪刑法定主义作为近现代市民刑法建构的价值基础,主要是基于对以往时代罪刑擅断主义的反思,因此,罪刑法定主义与罪刑擅断主义也就成了市民刑法有别于政治刑法的根本标志。正是在这种意义上,学界一般把市民刑法等同于民权主义刑法。而如要正确认知市民刑法的这一精神本质,则需要社会契约理论的引入,并把它作为市民刑法的分析工具。作为国家“存在原理”,社会契约主旨是解决个人、社会和国家之间的权利与义务问题,使人类摆脱“自然状态”进入“社会状态”,其终极关怀则是人民的福祉——保障安全、自由、财富和尊严等。当人类开启并完成了从身份到契约的基本转变之后,当契约成为一种新的法律理念后,必然会影响到刑法模式的基本建构。可以这样认为,市民刑法是一种以社会契约为基础,并强调强势平等、罪刑法定的契约化刑法。市民刑法在评价违反秩序之人时,以社会契约论为基础,对人民以个体为单位进行水平划分,旨在解决个人、社会和国家之间的权利与义务问题,使人类摆脱“自然状态”进入“社会状态”,其终极关怀则是人民的福祉——保障安全、自由、财富和尊严等。因此,它要求限制司法权,强调司法权不得僭越立法权,否则就违背了契约精神。

可以约略地说,正确厘清政治与法律的界限,并强化法律对权力的限制和对自由的保障,这是市民刑法区别于政治刑法的最明显标志,而其精神实质在于以形式上的合理性、确定性和可预测性为特征的罪刑法定主义。为此,市民刑法必须以强势平等为根基,打破刑法与身份之间的关联,并宣示其与政治刑法的根本区别。强势平等倚重西方自由主义的精神理念,借助其形式理性,以抽象人、抽象权利与义务的基本假定为前提,即假设每个人在一个法治国度中所享有的权利和义务是同等的,至于现实中人们之间的权利能否切实地实现,刑法在所不问。因此,它主张任何人不管出身、地位、学历、收入状况等有任何差别,在适用刑法上一律平等对待,不允许法律有区别对待,以维护刑法的公平正义形象。其目的在于限制官僚权贵在刑法上所享有的特权,实行权贵与庶民平等对待。为了达到这种效果或目的,市民刑法是以一般性的、抽象性的规则体系去解决刑法的生命力问题,特别重视形式上的合理性、确定性和可预测性,以免刑法再回到政治刑法的老路上,这就形成了近现代意义上的罪刑法定原则,以限制国家权力的恣意扩张。可以说,市民刑法是立足于社会契约理论,并以限制国家权力为旨趣的。

如果说,在价值单一化的时代,以形式上的合理性、确定性和可预测性为特征的市民刑

法还能维护社会正义的话,那么,在价值多元化、犯罪日趋复杂化的时代,尤其是随着雇佣社会和风险社会时代的到来,坚守市民刑法就不仅带来无法合理组织对犯罪反应和无法为人类谋取整体福祉的危机,而且强行贯彻强势平等也会带来新的社会不正义。因此,还必须慎重思考中国刑法现代化的新方向。

二 刑法现代化的第二次革命： 社会刑法从反思市民刑法中萌生

一个例外的事实通常是不为现有的概念框架所预期的、难以解释的和逻辑不相容的。20 世纪以后,随着法治国家到福利国家的转变,刑法现代化又经历了一种从“契约回归身份”的相反运动,这次运动的旗帜是把“刑法作为一种社会控制的手段”来对待,主张应该从功能的视角来定位刑法介入社会关系的模式,以期能合理组织对犯罪的反应。

之所以会发生这种转变,除了社会条件的改变之外,乃是法律的客观主义所造成的。它把自己的视野仅仅关注在法律自身的范围之中,而没有注意到超越法律范围的某种潜在的社会力量或社会因素的影响力。19 世纪法学家试图寻找一种颠扑不破的基本观念,已经反复证明具有明显的理论上的不足。^[10]

其一,市民刑法不能很好地体现刑法目的。法定主义、法条主义、强势平等是市民刑法对政治刑法进行矫正而走向极端的表现,它强调对规则的严格适用,以权利为基础观念,维护强势平等,并将其有效地制度化。这也是市民刑法自身具有正当性的途径。与此同时,国家也赋予法官一种排除政治干预的司法权威,其职能在于将各种社会冲突的处理非政治化,法官不必细究实质正义和社会政策的基本问题,自然也就无须理会司法的社会效果,有时还会带来极差的社会效果。比如,无法有效地控制社会风险,无法充分关照社会中普遍存在的强者与弱者之间的基本分层。这是因为,强调严格意义上的罪刑法定原则必然把司法权纳入立法权的权威之下,进而也抹杀了能动司法的生成空间,由此导致刑法无法与社会生活现实呼应,进而造成刑法适用之社会效果与法律效果的严重分离。同时,那种强调对刑法适用严格按照规则进行的制度模式,也造成刑事司法对目的、需要和结果的轻视,从而使普遍的形式主义削弱了刑法自身之目的性。

其二,市民刑法不能有效地反映国情民意。市民刑法是以理性为根基建立起来的,并借助权利来表达市民刑法的内容,权利思想在法学中的发达,可谓近世法律文明的恩赐,并由此派生出了罪刑法定主义和形式法治原则。其中,罪刑法定主义就是建立在形式理性之上的,以承认形式合理性为前提,并且这种形式合理性是一种相对的合理性、可期待的合理性。也许我们会说,刑事法治是建立在形式理性基础之上的,通过形式合理性追求与实现实质合理性,由此保障公民个人的权利与自由,限制法官的恣行擅断。所以,在形式合理性与实质合理性发生冲突的情况下,选择形式合理性而非实质合理性,就意味着在坚守形式合理性的同时,必须承受一定程度上的实质合理性的丧失。^[11] 可问题的关键是,权利并非法律发展的最终归宿,个人自由也无法脱离共同体的社会生活。因为法律是以共同生活为基础,必须要反映国情民意。法律总是同现实的国情民意及实际要求紧密关联,脱离国情民意所形成

[10] 参见 R. M. Unger, The Critical Legal Studies Movement[J], *Harvard Law Review*, No. 96, 1983, pp. 563 - 569。

[11] 参见陈兴良:《法治国的刑法文化——21 世纪刑法学研究展望》。

的法律注定仅具静态文本的“死法”意义,并无可能在生活现实中动态地发生“活法”作用,^[12]不能反应国情民意的刑法制定及其立于之上的刑法适用,其实在制定之初就在国家与社会之间筑起了鸿沟。

其三,市民刑法无法合理地维护社会正义。市民刑法是一种法治国刑法文化作用的结果。法治国的基本精神在于:一个受法约束的国家。刑事法治意味着以刑法限制国家刑罚权,包括对立法权与司法权的限制,保障公民的自由与权利。从这个意义上来说,罪刑法定原则是刑事法治的题中应有之义。^[13]然而,社会现实是多样的,市民刑法假设的保护公民自由的假设,还只是一种理想,因为现实中的主体虽然享有平等权利,但并不见得能切实地实现这种权利,能否实现这一权利涉及多种因素,比如,信息能力、知识背景和强弱差异等,因此市民刑法并不能适应维护社会公平的需要。因为市民刑法在观念层次上是权利本位的,相应地在规则层次上强化了强势平等、形式平等的重要性——刑法必须以强势平等、形式平等为基础。而强调弱势平等、实质平等意味着规则定制和法律解释方面又重视对社会正义的回应,从而也就意味着当一个社会的基本正义观发生了根本转变之后,刑法类型也随之发生转变。

在市民刑法存在危机之时,中国刑法现代化是否仍固守市民刑法的发展路线。如前所述,市民刑法的特点在于对规则与程序法定的强调,结果则造成了不可避免的强势平等与法条主义。正是这种强势平等与法条主义,一方面,导致了实质正义与形式正义的分离,严格遵守规则和程序表现了一种形式正义,即法律面前人人平等,但又可能导致实质正义的丧失殆尽,从而带来刑法认同危机;另一方面,强势平等与法条主义还产生一种依靠法律权威而不利于实际解决问题的倾向,^[14]无法实现司法之法律效果与社会效果的有机统一。这都促使学界在反思市民刑法之局限性的同时,又萌生出了对社会刑法的向往。

如何定义社会刑法,学界尚无人论及。社会刑法是以一个社会中的基本社会分层或社会风险为基础,对不同的社会主体或不同的犯罪配置不同的罪刑规范而形成的一种功能主义刑法。学界主张的风险刑法、劳动刑法、环境刑法、敌人刑法等都属于与正统的市民刑法不相容的刑法类型,乃属社会刑法的范畴。从理论上分析,社会刑法的一个基本假设是:当代社会是一个主体多元、价值多元的社会,不同的社会关系主体和不同犯罪在刑法中的意义不同,需要完全不同的罪刑规范去实现社会控制的目标,刑法并无实行一刀切的可能。以社会分层为例,市场竞争的结果使社会群体形成强弱的划分,少数人(比如资本者)占据了这个社会中的绝大部分资源,包括财力、物力等。相反,绝大部分人(比如劳动者)却占据着社会中的少部分资源。在这种假设之下,刑法的功能也有不同的定位。刑法的功能不仅要考虑法律意义上的公平,即人人法律面前一律平等,还要考虑社会意义上的正义,强调不同主体在法律上的不同意义,尤其是考虑对社会弱势群体的特殊刑法保护,基于权益与责任相符合的原理,以刑法保障弱者的社会权,限制强者的自由权。而同时,随着食品安全、环境污染、核泄漏、恐怖袭击等社会风险的不断出现,刑法必须以积极干预的方式(比如法益保护前置化、刑事推定、责任标准多元化)去控制社会风险。

尽管国内外学界尚无学者主张社会刑法,但相关的论述及其理论主张已经触及到了社

[12] 参见冯亚东:《罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在我国现阶段之适用》,《中国社会科学》2006年第1期。

[13] 参见陈兴良:《法治国的刑法文化——21世纪刑法学研究展望》。

[14] 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,序言部分。

会刑法的内容:第一,雅克布斯的市民刑法与敌人刑法的区分,它主张对敌人刑法来说,因其针对的犯罪人是根本的社会叛离者,所以刑法应否认这些犯罪人的人格,把其当作敌人排除出去,甚至要对其进行战争。^[15] 敌人刑法理论即是根据现实生活的恐怖犯罪、黑社会性质犯罪和经济犯罪等特殊的惩治需要及社会民众的意愿,而从刑事政策上采取不同于市民刑法的治理策略。第二,风险刑法。风险刑法以命令理论与人的不法理论为根基,以风险作为规制对象,以抽象危险犯、客观处罚条件、法人犯罪与环境犯罪为主要研究内容,以功能论取代本体结构,以功能主义取代规范主义的刑法类型。这种转型大致包括“刑法保护膨胀化”、“法益保护的前置化”和“刑法介入多样化”三个基本维度。^[16] 第三,劳动刑法。劳动刑法乃是根据劳资关系主体(雇佣者与劳动者)实力上的差异,强化刑法对劳动权的保护力度,并规范劳动者的罢工等集体争议行为。^[17] 这些学术主张都是以法社会学为研究方法而得出的研究结论,它们直接构成了对正统的市民刑法的“反叛”,自然为市民刑法所不容。

比较而言,社会刑法与政治刑法、市民刑法不同,它是一种全新的刑法分析范式。一方面,社会刑法与政治刑法不同,尽管社会刑法与政治刑法都强调刑法的工具价值,但其出发点却明显不同,它不再是基于意识形态而维护阶级统治、封建权贵、宗法礼数等的手段,而是基于犯罪学研究的实证,立足于现实中出现的特定犯罪结构或控制风险的需要,从刑事政策上建构一种区别对待的刑法规范,以合理组织对犯罪的反应。另一方面,社会刑法与市民刑法不同。市民刑法是以抽象人为出发点,强调刑法平等原则,以打破政治刑法对贵族、权贵的特殊保护,而政治刑法则基于现代刑事政策的需要,并立足于具体人,强化对不同社会主体或不同犯罪采用不同的罪刑结构,其目的是合理组织对犯罪的反应。其中,市民刑法强调强势平等、罪刑法定和刑法的谦抑性,而社会刑法则重视弱势平等、罪刑法定和刑罚权的适度扩大,这具体体现为对雇佣者和劳动者分别为谋取自己利益而实施犯罪的不同规范反应,也体现为突破刑法的谦抑性,而运用刑法保护的早期化、抽象化以及法人犯罪化等合理控制风险,甚至体现为以严格责任追究环境犯罪者的刑事责任,而这些都在不少国家存在。那么,社会刑法有哪些特征呢?

[15] Günther Jakobs. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht[A], in *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure an Anthology in Memory of Professor Fu Tseng Hung*[C], pp. 46 - 49.

[16] 尽管有不少批判声音,但风险刑法目前在国内已经引起学界的重大关注,这一刑法分析范式乃是基于风险社会的基本假设而依据刑事政策建构出来的,因此属于典型的社会刑法范畴。在这一问题上,国内已经形成了不少研究成果。主要有陈兴良:《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》,《法商研究》2011年第4期;张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011年第5期;于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期;刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期;陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期;劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期;程岩:《风险规制的刑法理性重构——以风险社会理论为基础》,《中外法学》2011年第1期;姜涛:《风险社会之下经济刑法的基本转型》,《现代法学》2010年第4期,等等。

[17] 自上个世纪初期以来,以日本、德国、法国、英国、美国为首的西方国家极为重视劳动刑法的制度建设。而就理论也形成了不少研究成果,以日本为例,如熊仓武的《劳动法与刑法的交错》(昭和31年,有信堂)、孙田秀春的《现代劳动法的诸问题》(昭和29年,劳动法令协会)等。较早对劳动刑法从刑法学视角进行研究的学者是迟田喜道,他在《劳动刑法运用的实态》(昭和23年,东洋书馆)中对劳动刑法的概念、立法与司法等进行了初步的研究。之后,神山欣治在昭和26年、29年和36年分别出版了《劳动刑法》、《劳动刑法提要》和《劳动刑法的研究》三部专著,对劳动刑法的一般原理进行了比较系统化的研究。而真正把劳动刑法研究推向巅峰的学者则是庄子邦雄,他分别于昭和34年和昭和50年出版了《劳动刑法(总论)》(旧版)和《劳动刑法(总论)》(新版),对劳动刑法的概念、刑法对集团劳动关系规范的立法史、基本原理等进行了系统化研究。香山志忠在《劳动刑法的现代展开》(2000年,成文堂)则对日本劳动刑法的历史发展、基础理论等的基础上,重点结合刑法典,针对广义的劳动刑法从规范上进行教义分析。

其一,社会刑法是一种“区别对待”的刑法类型。社会刑法主张对不同犯罪、不同犯罪主体实施的犯罪实行区别对待,以合理组织对犯罪的反应。这种区别对待并不是对政治刑法下刑法身份制的一种复辟,也不再是一种政治权衡,而是在科学的、实证的基础上,把当下社会中的分层现象、犯罪原因或犯罪带来的巨大风险等,作为罪刑规范选择的依据,比如,劳动者与雇佣者之间的强弱区别、政府与一般民众之间的强弱区别、男人与女人之间的自然之别等,纳入到刑法的罪刑关系配置之中,使刑法对这种特殊身份的考量作为实现社会正义的矫正器,以发挥刑法的社会功能,维护刑法的法律权威。再比如,以法益保护前置化、犯罪模式膨胀化、刑罚严厉化等来控制社会风险;以刑事和解、积极的一般预防、二元化犯罪模式等应对诉讼社会对刑法的挑战。可见,这种契约到身份的“回归”,是建立在否定之否定基础上的回归,是一种具有社会进步意义的回归。同时,刑法在不同社会主体面前的姿态也不同。强调对社会强者进行更为严格的利益限制,因而实行“重强”的罪刑规范;而对社会弱者进行较为宽松的利益限制,转而采用“轻弱”的罪刑规范。所以,在社会刑法中,奉行的是实质正义,采用的是倾斜保护原则。为了社会正义,刑法不仅要维护现有的社会关系,而且还必须为社会公益而控制犯罪,这是社会刑法不同于市民刑法的基本使命。

其二,社会刑法的最显著标志是其社会性。社会刑法就是生活世界中的刑法,是对生活世界的一种现实反应,它不仅使常规刑法学解释疑难的活动得以完成,从而成为开启刑法学新活力的契机和手段,而且在罪刑规范和现实生活之间建立起新的相互关系,解决从规范刑法理论转向实用刑法理论的途径问题。与市民刑法思维的抽象性相反,社会刑法不仅强调刑法的具体性,而且特别强调刑法的社会性,并把社会性看作是社会刑法的基本特性。由于一套与社会生活相符合并能够积极引导社会生活的刑法规范对于有效的犯罪治理是非常必要的,它不仅是司法机关控制犯罪的基准,是刑法维护社会安全和正义的基础,而且能赋社会刑法以自己的特色,决定着它的未来和发展,所以,社会刑法把社会性作为其理论模型建构的核心,并在实际的“犯罪图像”、“刑罚模式”和“社会生活”之间找到了契合点,从而使自己的理论图释与市民刑法区别开来。这就十分有利于发挥刑法自身的应有机能,使刑事立法与刑事司法在现实世界中实现“无缝对接”,真切地体现一国的国情民意,并最终成为了“活法”。因此可以说,社会刑法就是刑法与社会的天作之合。

其三,社会刑法重视刑法的目的性。认真对待目的,就是认真对待刑法的努力,这成为了社会刑法下刑法发展的一个基本逻辑。在社会刑法的视野中,判断犯罪化与非犯罪化、刑罚化与非刑罚化,都要考虑目的诉求,因为,在社会刑法看来,刑法自身的契约性并不能成为惩治和预防犯罪行为的有效工具,当社会发展带来了不公或不和谐因素之后,犯罪浪潮并不会因刑法自身作为规范的存在而有所消减,而只有把刑法作为社会生活中控制工具的安排,才能合理因应当前社会的犯罪结构,并减少犯罪带来的危害。从市民刑法到社会刑法的重要一步,就是刑法目的的普遍化,并强化刑事政策对刑法的制约,即先由刑事政策设定目的,然后依据刑法规范来实现。在这种设定之下,刑法的社会效果得以重视,即不仅要强化刑法的法律效果,而且关注刑法适用的效果。据此,市民刑法那种坚守规则主义和形式正义的刑法模式被打破,它在发展中在特定领域被注入了社会效果的基因。就此而言,在社会刑法中,刑法规范与刑事政策之间的互动得以凸显,这不仅是保持刑法权威的需要,而且是刑法由“死法”转变为“活法”的必由之路。当然,完成了社会刑法目的的证成,也就完成了社会刑法任务的阐述。只是对刑法目的的强调,需要刑法的权威性和刑事政策的灵活性之间的衔接,所以,复杂的社会问题及其解决模式成就了社会刑法之后,也就意味着刑法判断的逻

辑和刑事政策运行的逻辑之间的关系变得紧密起来。

为何会形成社会刑法,这首先是社会发展的产物。“社会刑法”与一定的社会结构形态有关,或者更为确切地说,与当下社会发展的目标密切相关。随着社会的快速发展,各种社会问题层出不穷,比如,风险社会所提出的控制风险的需要,雇佣社会所提出的保障劳动者的社会权的需要,以及诉讼社会带来的诉讼案件快速增加的事实等,都给传统意义上的市民刑法提出了挑战,迫使刑法学界深刻反思市民刑法那种以规则功利主义建构起来的理论大厦是否能够合理组织对犯罪的反应,有效回应社会生活的需要。反思与建构的结果是形成了风险刑法、劳动刑法、环境刑法等具体的刑法学分支,它们都属于社会刑法的范畴。当然,社会刑法的最终形成还有其他原因。

首先,社会刑法的形成与法社会学的贡献密切相关。刑法作为一种社会现象,根植于一定的社会物质生活条件,并与一定的社会结构形态密切相关。这是社会刑法得以形成的根本原因。不难看出,当今时代的学者更愿意借助“法律与社会”的研究,拓展或校正法律研究中常见的技术偏颇与过度规范化的取向。^[18] 牧野英一教授就指出了法律与社会之间的关联,一方面,法律系社会生活的结果而成立的状态,即法律是社会的事实;另一方面,法律系支配社会生活而行之,即法律是社会的规范。^[19] 为此,他进一步主张,“社会的解释,系从新社会的理想运用法律之意,系以新社会的理想代替法律制定上、事实上之趣旨而推动法律之适用者,而所谓法律之缺陷同时亦藉此新社会的理想以填补之。”^[20] 而论及法社会学的贡献,更值得提及的乃是罗斯科·庞德,他将法律视为是社会控制的工具,这一观点影响美国法律制度的建构数十年。更为重要的是,法社会学学派强调研究法律的社会作用、法律的实效、法律规则生效的手段、法律与其他社会控制方式的联系。^[21] 这就为社会刑法的诞生提供了学理基础,也促进了社会刑法的萌芽与发展。

其次,社会刑法的提出与对刑法功能的分析与解释密切相关。就刑法功能分析而言,“刑法是什么”和“刑法做什么”,这是刑法分析的两个基本维度,并且后者又往往具有决定意义。长期以来,对“刑法是什么”问题给予了极大的关注。殊不知,在回答“刑法是什么”这一问题时,应该更多地考虑“刑法做什么”这一问题。刑法做什么,也就是刑法的功能问题,即通过制定和适用刑法所期望达到的效果。不难看出,刑法在不同的社会时代,其功能定位不同,进而形成不同的刑法类型。在专制时代,刑法往往被视为“刀把子”,以维护社会秩序,因此暴力镇压往往成为专制时代刑法的基本形象。而在法治时代,刑法摇身一变又成为了“大宪章”,保障公民个人自由成为了刑法不变之真谛,这又使强势平等、罪刑法定成为了法治时代刑法的标志。在当代,由于法律和司法的任务突破单一的法律实施,上升到既考虑法律和司法的法律效果,又考虑法律和司法的社会效果,所以刑法仅仅替代“刀把子”而为“大宪章”还不够,刑法必须向社会生活延伸,成为社会正义的“守护神”或社会风险的“控制器”,以刑法规范充分保障弱者利益和有效控制社会风险。这都使社会刑法的建构成为一种客观必然。

最后,社会刑法的实现与现代刑法理论重视刑事政策有关。把刑事政策融入现代刑法规范体系,这是社会刑法的基本主张。如前所述,市民刑法关注的是法治国和法治之下的罪

[18] 参见李猛:《法律与社会》,《北大法律评论》1999年第2期。

[19] 参见[日]牧野英一:《法律上的进化与进步》,朱广文译,中国政法大学出版社2002年版,第1页。

[20] 参见[日]牧野英一:《法律上的进化与进步》,第57页。

[21] 参见张文显:《二十世纪西方哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第23页。

刑法定主义,而非刑法解决社会问题的能力。在这个阶段,刑法的主要任务是证明规则和判决的权威,而非保障司法机关实现自己使命的意志和能力。^[22] 然而,任何发达的法律秩序都存在着一种保障社会需求的功能性要求。无疑,社会刑法的贡献是将刑事政策之目的融入到刑法中,将应罚性与需罚性皆作为犯罪阶层体系的构架准则,基于刑事政策上的考虑而阻却罪责或减免刑罚,皆属于需罚性问题。^[23] 所以,它与市民刑法最大的区别点在于:不再完全固守传统的意志自由论的责任主义原则,而是针对不同犯罪区别性地采取不同的罪刑规范,重视功能责任论,^[24] 以维护社会安全或保障社会正义。而同时,在社会刑法体系之中,刑事政策的制度性与价值性得到重视,^[25] 刑事政策分析把刑法目的之含义和范围从一套理性主义规则扩大为功能主义的框架,这又提高了刑法的有效性。

当前中国刑法学虽然发展了三十多年,但仍然处于“补课”阶段,刑法在发展中仍然存在着政治刑法的基因,同时社会发展又具有建构社会刑法的客观需求,因此,中国刑法现代化的未来路径只能是:让市民刑法与社会刑法处于一种共生状态,以市民刑法为刑法分析范式的主流,而以社会刑法的优长弥补市民刑法之不足。

三 市民刑法“兼容”社会刑法

在不同的社会结构形态中,刑法具有不同的使命。17世纪前后,市民刑法便已开始出现,但直至20世纪70年代,中国仍没有融入这一发展进程,这深刻地体现在1979年刑法典之中,我们不仅有反革命罪的设置,而且远离罪刑法定原则而主张类推等。直至1997年刑法典的颁布,中国才初步迈向市民刑法的发展轨道,市民刑法的理念与技术对于中国来说还有着巨大的法治场域。虽然司法实践已经出现了背离市民刑法的情形,市民刑法自身也暴露出其自身局限性,但我们并无力也无法再建构出一种完全替代市民刑法的刑法类型,而只能以“附属”的社会刑法对“主体”的市民刑法进行补充,这就出现了市民刑法兼容社会刑法的差序格局,它应成为中国刑法现代化的未来图景。

市民刑法与社会刑法之间为何“共处”而不是替代,作为问题的必要反复,“刑法是什么”这一问题不仅关系着犯罪圈和刑罚圈的划定,而且决定着犯罪论体系的建构与责任模式的认定,同时还直接因应刑法是“良方抑或毒药”的提问。然而,对于“刑法是什么”这一概念问题,从不同的路向出发,显然有不同的解答。其中,规则功利主义是一种解决问题的范式,这一问题立场以抽象人为对象,以这种范式建立起来的研究范式,虽然解决了法律与政治之间的辩证关系,也能使法律独立于政治之外,但因其过于强调刑法的逻辑性而有失刑法的实践性,以致于出现刑法与社会之间的巨大鸿沟。而行为功利主义则抛开抽象人的存在,转而以具体人为分析对象,寻求刑法与社会之间的实然对应关系,强调刑法是回应社会需求的一种社会控制工具。正是这种分歧,刑法理论中素有规则功利主义与行为功利主义之争。其中,行为功利主义依据行为自身所产生效果的好坏,判断行为的正当与否;规则功利主义则根据在相同的具体境遇里,每个人的行为所应遵守准则的好或坏的效果,判定行为

[22] 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,第117页。

[23] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第146页。

[24] 有论者主张以功能责任论取代规范责任论,详细请参见冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,《中外法学》2012年第1期。

[25] 参见姜涛:《“宽严相济”刑事政策的制度基础与价值边界》,《法商研究》2007年第1期。

的正当与否。长期以来,学界广泛讨论的违法判断中的行为无价值与结果无价值之争、犯罪本质认定中的法益侵害说与规范违反说之分歧、刑法解释中的实质解释论与形式解释论之对立,就是这种理论冲突的产物。

与刑法概念密切相关的议题是人类为什么需要刑法,三百年前欧洲启蒙思想家对这个问题做出了回答:刑事法要遏制的不是犯罪人,而是国家。^[26] 也就是说,尽管刑法规范的是犯罪及刑罚,但它针对的对象却是国家。这就是罪刑法定主义的实质,也是它的全部内容。^[27] 这一解答虽然指出了刑法的法律功能,并且这种功能定位显然是被置放于规则功利主义的视野之中。然而,由于实证主义研究较为缺乏,这已经使刑法学在解释犯罪治理问题上力不从心,而问题却以另外的方式展现着:司法总在刑法规范意义之外去寻找犯罪治理的答案,刑法与社会之间已经形成某种“断裂”现象。其实,规则功利主义以刑事古典学派为学习模板,意图保持刑法的“纯化”,乃蕴含着刑法与社会缺乏互动的巨大风险:它在司法实践中造成了刑法的法律效果与社会效果之间的分离现象,刑法无法合理组织对犯罪的反应,这自然也就成为了市民刑法所付出的沉重代价。基于对这一问题的反思,如何寻找法律秩序与世隔绝的原因,并寻找问题解答对策,已成为我们规划中国刑法现代化之未来图景时必须承担的一项重任。社会强者与社会弱者之间对象性犯罪的频繁发生、接连不断的群体性冲突事件与食品安全事件等社会风险等纠结在一起,作为严重的社会问题,构成了构建和谐背景下中国刑法现代转型中必须直面的社会现实,它们不仅使司法机关疲于应付,而且还使民众失去对刑法的认同。这都使追寻刑法与社会之间关联的学术活动具有十分重要的理论与现实意义,所以,行为功利主义的价值逐步得到重视。

难道两者就不能实现一体化吗?规则功利主义与行为功利主义讲述了两个不同层面上的问题,并不存在所谓的“对立性”。其一,规则功利主义所强调的规则是一种实在的规则,即国家法,而行为功利主义强调的则是法的价值或理念,包括刑事政策,两者完全是不同的存在,并不会发生冲突。因为规范虽然提供社会沟通准则,但是若不问社会的沟通内容应该是什么,所谓规范的现实性,不过就是规范的形式存在而已。^[28] 其二,规则功利主义与行为功利主义分别强调了刑法的形式与实质,从实质和形式互为表里、共同构成描述大多数事物的两个重要维度的特质出发,分别描述实在法实质与形式的“行为功利主义”、“规则功利主义”不仅不相矛盾,而且还从哲学的角度指出了“实在法”之所以成为“实在法”的要件。其三,就行为功利主义所主张的法益论这一实质判断的标准而言,其实也是规范论,因为所谓保护法益的目的,并不是存在的目的,也不是以客体的状况决定规范是否有效、决定规范是否被破坏或已经实现,法益本身也是一定规范目的下的产物。^[29]

国外的理论与实践也大体如此。以德国为例,德国学界长期存在着规范论与存在论的争议。在德国,规范论的立场被普遍认同,存在论的应用也随处可见。争辩的焦点是:规范是由现实当中形成,抑或规范与现实是两个相对封闭的领域。规范论依据新康德学派的规范论,认为规范是从其他规范体系演绎出来的,并不是在存在体系中归纳出来的;而存在论者则认为,任何价值性陈述都不能脱离描述性的陈述,脱离被评价的事实,规范会成为一个

[26] 参见[英]洛克:《政府论》,杨思派译,中国社会科学出版社2009年版,第77页;[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第25页下。

[27] 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4页。

[28] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,第25页。

[29] Jakobs, Das Strafrecht Zwischen Funktionalismus und Alteuropäischem Prinzipiendenken, ZStW107(1995), S. 857.

空洞无物的存在。^[30] 然而,现实并不会坐等理论界共识的达成,社会现实导致规范变迁或法律理念改变的情形随处可见。基于德国宪政发展的历史经验,可以了解到法治国原则的概念在发展上主要有两项演变:^[31] 一是由昔日的自由法治国变成目前的社会法治国。二是由过去的形式法治国变成现在的实质法治国。法治国的实质意涵是国家是为人民而存在,而非人民为国家而存在。亦即,在实质法治国之下,国家所有公权力之行使,皆受宪法上基本价值秩序与人民基本权利之拘束。这都影响到当前对刑法功能的定位,进而影响到对刑法类型的选择,这都需要我们正确认识刑法与国家以及社会之间的关系:鉴于市民刑法有其自身的局限性,并且无法关照社会现实的需要,因而难以在某些领域(比如劳资关系领域、经济犯罪领域)中发挥其实际作用。这就需要社会刑法来予以适当地矫正,因为法律是文化现象的一部分,非但不能独立于社会之外,反而与整个社会结构有着千丝万缕的复杂联系。^[32] 对此,应首先意识到,一方面,国家对经济活动的干预亦导致了刑法在规模和功能上的扩张,从而对刑法体系之变与不变的两难困境渲染了一层紧张的气氛;另一方面,刑法学研究刑事政策学研究的密切配合,也为刑法学中犯罪圈与刑罚圈的设定带来了社会政策因素的考量,刑法的社会功能被决策者所重视。

经过 30 多年的发展,中国刑法体系之庞大、内容之丰富、视野之开阔,都堪称全球典范。在这种繁荣发展的背后,笔者始终担忧的是,在建构一部影响社会生活重大的刑法典之时,由于对中国刑法的未来图景并不十分清楚,而本土的、东方的和西方的刑法知识,包括前苏联的犯罪构成、德日国家的刑法原则、英美国家的判例制度等在当下中国刑法中均有体现,从而使中国刑法成为了一种复杂的混合存在。此外,由于市民刑法的精神与理念尚未真正融入中国刑法,中国当务之急还必须以市民刑法为“旗帜”,清除政治刑法的遗毒,矫正现有刑法观与规范技术等方面的失偏。但这并不意味着中国刑法现代化的唯一目标是迈向市民刑法,因为正如前所述,市民刑法在西方国家发展过程中已经暴露出无法与社会同步的弊端,而且其过于强调形式法治、罪刑法定与强势平等,因而往往徒具有“死法”意义,无法关照到不同社会主体之间、不同原因导致的犯罪等在罪刑关系配置上的特殊性,从而造成刑法正义危机。由此可见,中国刑法目前面临着两个基本范式的转换需求:一是确立市民刑法的主流地位,完成由政治刑法到市民刑法的基本转换;二是把社会刑法作为市民刑法的补充形态,以弥补市民刑法的局限性。

其一,市民刑法与社会刑法在结构上并存。在刑法理论中,市民刑法与社会刑法作为两种刑法类型,两者都具有其合法性与合理性,完全可以成为刑法发展脉络中的光谱两端,前者仍坚持法治国原则,坚持刑法平等主义和罪刑法定主义;而后者在实体法规范上,坚持根据不同主体的特殊性,采用区别对待的犯罪与刑罚模式以及不同的量刑原则。鉴于建设法治社会仍是不可动摇的基本立场,市民刑法乃是未来中国刑法发展的“主体结构”,而社会刑法是未来中国刑法发展的“附属结构”,两者之间是一种主导与附属的关系。一方面,“主体结构”的定位意味着中国刑法未来的走向主要是迈向市民刑法,中国法治建设虽然取得了不小的成绩,但距离真正意义上的法治尚有较大的差异,公民的法治意识尚未真正确立,而市民刑法则是中国刑事法治建设中不可脱离的“靶心”,以社会契约为核心对国家权力与

[30] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,第9-10页。

[31] 参见许育典:《法治国在台湾的建构与实践——兼论台湾的法治教育》,载林山田教授退休祝贺论文集编辑委员会主编:《战斗的法律人——林山田教授退休祝贺论文集》,元照出版公司2004年版,第316页。

[32] 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,总序部分。

公民权利的界限做出明确划分,以及由此带来对刑法的安全性、价值性的彰显,都是我们今后要补的“功课”。另一方面,社会刑法之“附属结构”的定位则意味着社会刑法应起着弥补市民刑法之不足的角色,也即社会刑法目前在中国并不具有成为独立刑法类型的可能,其存在主要是基于现代刑法更替中“原则与例外”之结构的考虑,以纠正市民刑法之形式主义等所带来的系列消极影响。

其二,市民刑法与社会刑法在机能上互补。一般认为,现代刑法的机能包括行为规制机能、自由保护机能与法益保护机能。^[33]毋庸置疑,市民刑法之建构者基于意志自由理论,把刑法设计成为一种民众可以自愿认同且人人皆应该遵守的社会规范,刑法则通过对自由人的规范来实现预防犯罪与保障人权的任务,具有自由意志的个人既然可以决定、选择适法行为,自然也有权、有能力对法律的明确性、可预测性持有一种合理的期待,这有利于发挥刑法的行为规制机能和自由保障机能。^[34]只是,一方面,市民刑法对刑法与社会、公民之间的关系过于理想化了,这在增强刑法的安全性的同时,又使社会分层、社会风险等被理性的刑法帝国湮没了。这就需要社会刑法予以补救,以发挥刑法的法益保护机能。法益保护机能体现为通过对侵害抽象法益的行为予以处罚,以实现一般预防,通过对已然犯罪进行处罚以实现特殊预防;通过刑事和解等方式,恢复被犯罪者侵害的利益;对强者与弱者之间的对象性犯罪强化一种“重强、轻弱”的罪刑结构,以保护弱者;以法益保护前置化、抽象危险犯、严格责任、刑事推定等去控制社会风险。然而,由于社会刑法更为关注刑法作为社会控制手段的机能之实现,容易轻视刑法规范体系以及作为形式保障原则的罪刑法定原则的约束。^[35]所以自身也成为了一种风险。这就需要市民刑法约束社会刑法的“自命不凡”。尽管如此,我们不应忘记,事物的存在都有两面性,如果以社会刑法的机能破解市民刑法的正义困境,使其成为市民刑法的有益补充,则更加有利于全面发挥刑法的机能。

其三,市民刑法与社会刑法在秩序上兼容。任何复杂的社会秩序或它的一部分都永远不会构成一种绝对一贯的体系,任何法律秩序或法律制度都可能具有一种混合的特性,即将有关类型划分下的某些方面混合在一起。^[36]当今,我们所处的时代是一个价值多元化时代,犯罪类型不断推陈出新,危险驾驶、环境事故等社会风险层出不穷,并且强者与弱者之间的基本分层十分明显,这都对刑法发展提出挑战,也决定现代刑法学者应责无旁贷地对未来中国刑法现代化图景承担起“规划与设计”的责任。对此,应意识到,刑法既是人类的设计,又承受社会的挑战。刑法必须充分反映当代的犯罪结构和体现民众共同的价值观,以压缩刑法与社会之间的“割裂带”,使刑法机能发挥与社会肌体“康复”之间形成一种良性互动,而不是加深对社会肌体的伤害。从这种意义上说,市民刑法虽然维护了刑法权威,确证了民众的刑法规范意识,但这种规范意识的建立又是短视的,不可能长久存在。基于对这一问题的清醒认识,这就需要在规划刑法之未来图景时,把这些影响因素融入其中,从社会正义出发,给予更容易受到犯罪侵害也是最容易为维护合法权益而走上犯罪道路的社会弱者以更多的刑法保护,以刑法控制社会风险,实现环境正义。显然,这与市民刑法的理论谱系是不兼容的,它是社会刑法的范畴。

当然,社会刑法也会面临质疑,比如,社会刑法之下如何避免刑法过度工具化,刑法积极

[33] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,法律出版社2007年版,第5-6页。

[34] 参见周光权:《刑法学的向度》,中国政法大学出版社2004年版,第88页。

[35] 参见周光权:《刑法学的向度》,第298页。

[36] [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,第19页。

干预之下如何考虑刑法的谦抑性,如何顾恋市民刑法所追求的形式合理性、刑法人权保障机能,等等。这在国内学界有关风险刑法的讨论上得以集中体现。有学者明确指出风险刑法不可行,因为它有侵犯人权的风险,^[37]还有学者主张风险刑法不可动摇刑法谦抑主义。^[38]无疑,市民刑法在强化自由的同时,可能会牺牲秩序,而相反,社会刑法在强化秩序之时,亦可能侵犯自由。那么,如何化解两者之间的冲突?随着价值多元化时代的到来,仅以人权保障、刑法的谦抑性为价值诉求,去建构刑法理论类型就存在着正当性危机。毕竟,现代刑法目的不仅是人权保障,而且包含着法益保护。随着风险社会、雇佣社会时代的到来,现代刑法需要强调一种新惩罚主义,而不是如市民刑法那样固守国家权力的边界而“不作为”。强行如此,则刑法恐怕难以在当今社会生活上有所担当。但在社会刑法与市民刑法出现冲突时,需要从刑事法治出发予以把握,原子化的个体相对于强大国家而言,是极其弱小的。因此,无论在定罪上还是在量刑中,要把握的平衡点绝不是中间点,而应当向自由倾斜。这是市民刑法与社会刑法发生根本性冲突时的处理原则。就此而言,我们可以在立法上实现刑法保护的早期化、前置化、区别化等,但是,一方面,这种保护的前期化、前置化等并不得随意为之,而是必须基于行为功利主义的后果考察,当这种保护并非拟制地为人类谋取福利且其带来的风险小于其带来的福利之时,才能够为立法者所采纳;另一方面,立法上可以把社会刑法作为市民刑法的例外而存在,但在司法意义上必须恪守罪刑法定主义,不允许立足于社会现实的考虑而以类推解释扩大刑罚的处罚范围。此外,就立法发展来看,市民刑法的理念与规范建构应以刑法典为“载体”,而社会刑法的理念与规范建构则应在附属刑法中予以体现。这就可以避免社会刑法动摇或破坏市民刑法的根基,也有了两者发生冲突时的处理办法。

一种刑法模型既表明生长的薄弱环节,又表明生长的根源。当我们意识到,市民刑法具有某些自身无法克服的局限性时,主张以新的刑法类型来补充这种既定类型也在情理之中,这必然会存在于当今及未来的学术领域,从而使市民刑法与社会刑法处于并行、共生、共荣的关系场域之中。

四 结束语

作为结论,“政治刑法→市民刑法→市民刑法与社会刑法并存”的转变究竟是一种客观的刑法进化路线,还是学者的理想主义设计,这是存在于西方国家刑法发展进程中的客观现实,并被刑法学家建构成为一种刑法现代化图景的理论形态。但就社会刑法的存在而言,学界一般以劳动刑法、风险刑法、敌人刑法等具体的类型予以表述,并没有学者以社会刑法将这种具体的类型予以概括归纳。而国内学界在论证刑法发展的未来图景时,一般是把市民刑法作为理想图景,并没有触及社会刑法问题。对此,应意识到,政治刑法是刑法发展的原初形态,它解决的根本问题是建立一种基于皇权或教会权威的政治秩序,以维护社会秩序;市民刑法是刑法发展的主流形态,它解决的根本问题是建立一种基于法律权威和司法权威的法律秩序,以保障公民自由;而社会刑法则是刑法发展的补充形态,它解决的根本问题是建立基于社会秩序保障需要的功能性反应,以实现社会正义。从刑法进化论的观点看,政治

[37] 参见于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期。

[38] 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期。

刑法存在了一千多年的历史,有其自身的稳定性与当时的价值性,而市民刑法自 17 世纪运行至今,正在彰显着其巨大的制度绩效。社会刑法虽然对目前人类社会来说还是一种全新的刑法类型,但也已经受到学术界的重视,并在一些国家的刑事立法与刑事司法中有所实现。其中,由政治刑法到市民刑法的转换,是刑法现代化的第一次革命,而由单一市民刑法再到市民刑法兼容社会刑法的转换,则是刑法现代化的第二次革命。政治刑法、市民刑法和社会刑法不仅是独特的刑法类型,而且在某种意义上也是法律与政治秩序、法律秩序和社会秩序之间关系进化的结果。从这种意义上说,确认了刑法类型转换的客观存在,刑法现代化也就没有了不朽的范式。

[Abstract] From the perspective of the evolution theory of criminal law, political criminal law, civil criminal law and social criminal law are not only specific types of criminal law, but also the products of interaction and evolution between criminal law and political order, legal order and social order. Political criminal law distinguishes between bigwigs and civilians based on their identities, and focuses on protection of rights and interests of bigwigs, therefore, civilians were suffered from unequal treatment on norms of crime and punishment. Civil criminal law seeks to break the criminal law's reliance on identity, and builds a kind of equal criminal law based on the principle of legality according to the theory of social contract, while helping to limit the undue expansion of State power, but there is an obvious justice dilemma—it can't meet the requirements of different social justice subjects. The foothold that social criminal law advocates the construction of criminal law is based on social justice rather than social contract, in view of recognition of social stratification on the basis of the strong and the weak, consequently, its proposals on establishing more humanitarian to the weak and more stringent legal restrictions on the strong's freedom may give rise to undue expansion of criminal law intervention and in parallel with overcoming justice adversities of social criminal law. As a result, social criminal law can only exist as an exception, and be required to meet symbiotic order with civil criminal law, thus showing an evolutionary route—civil criminal law “is compatible with” social criminal law, which constitutes the future images of criminal law modernization in China.

(责任编辑:王雪梅)