

刑法立法“反向运动”中的象征主义倾向及其规避

魏昌东

内容提要:象征主义滥觞于福利国家发展的危机时期,正在对中国现代转型中的刑法立法产生现实影响。象征主义投射于现实的立法中,表现为立法上的“反向运动”,幻象化地弥合了国权与民权刑法观念的冲突。为应对社会治理危机,坚定国民在面对风险时对国家治理的信心,立法机关根据调和社会治理矛盾的需要,做出了明确接纳民意诉求或者预设推定的民意诉求设计,对刑法做出以满足国民关切为定位的修正,力图实现通过刑法扩张消除观念危机的目标。自刑法诞生时起就因其强制性而具有与生俱来的象征性,即使在步入民主社会后,其因强制性而具有的象征性,并未因时代变迁而发生根本的变化。国家治理矛盾、刑法观念异化、法益定位偏失,决定着象征主义的生成及程度,立法虚置、效率降低是象征主义的直接结果。为提升法治国家立法的正当性,准确定位刑法在风险社会中的应然向度,有必要启动深刻而全面的系统矫治。

关键词:刑法立法 观念定位 象征主义 法益错位 立法矫治

魏昌东,上海社会科学院法学研究所研究员。

1997年刑法典重新引入罪刑法定原则,实现了中国刑法20世纪的再次现代跨越,^[1]成为1949年之后刑事法治历史建构与创新发展新篇章的肇始。转瞬21年,修正刑法典伴随社会变迁的步伐,在刑事法治建设中取得了重大进展,步入刑法立法科学的新时代。^[2]全面评估刑法科学发展的程度与状况,成为承先启后推进刑法时代发展的重大理论课题与学术命题。中国自步入现代法制建构期以来,法治进阶,历经沧桑,人权观念全

[1] 1911年1月25日颁布施行的《大清新刑律》首次引入并确立了罪刑法定原则,成为中国历史上第一部近代刑法典生成的标志,20世纪中国先后颁布了6部刑法典,除1979年刑法以外,均规定了罪刑法定原则。1997年刑法典重新确立罪刑法定原则的“帝王条款”地位,无疑是中国刑法的再一次现代跨越。

[2] 2018年10月27-28日,由中国社会科学院法学研究所举办的“社会变迁与刑法科学新时代”论坛,集中关注了中国刑法立法进入科学发展时代的重大理论与现实问题,对修正刑法典颁行以来的进展与问题进行了全面反思。

面勃兴,刑法谦抑意识觉醒,形成摒弃刑法万能、确立法治国家刑法改革的基本导向,刑法的应然边界得以逐步明晰,刑法因之而发生了由统治“首器”向治理“重器”的历史嬗变。然而,刑事法治推进中,刑法因治理需要而衍生出的为应对危机、调和矛盾,形式性地以顺应与安抚民意定位为修正,貌似架起了融通国权刑法与民权刑法的桥梁,却在实践中缺少适用价值,由此形成了刑法修正中的象征主义倾向。^[3] 刑法象征主义造成了国家、社会乃至公民对刑法新型的、双向的、集体的崇尚,但刑法的治理能力却并未因此而获得提升,个中原因值得深入探析。

一 问题聚焦:刑法立法的“反向运动”

去除刑法的干涉性与恣意性,曾是资产阶级启蒙思想家向封建刑法宣战的核心,进而成为资产阶级革命时期全面废除封建刑法的号角。排斥刑法的过度干涉,需要明确国家权力与国民自由的边界,核心是要建构刑法干预的一般标准,由此催生了罪刑法定原则和社会危害性理论的生成,^[4] 为创立现代刑法体系奠定了深厚的理论基础。^[5] 其后,抵御刑法对公民自由的不当干涉,成为现代刑法生成的标志与追求目标,并作为刑法代际更新中最为重要的一次历史性运动,支配了 19 世纪西方刑法的发展。刑法的有限与收缩,成为 20 世纪以来立法发展的现实。

第二次世界大战后,得益于资本主义经济的持续增长,“贝弗里奇-凯恩斯干预主义式”的福利国家成为西方社会的普遍选择,政府对国民的福利责任受到法律的关注。然而,20 世纪 70 年代以来西方国家频发的福利社会危机,加剧了社会经济、政治的矛盾,福利国家治理理论与政治主张随之发生变化。福利治理作为西方国家应对福利危机和社会矛盾的政策性措施,被定义为“国家或社会所采取的降低风险、减少不平等和提供生活保障的社会福利项目实现方式”。^[6] 伴随这一进程,政府积极介入社会福利过程,为社会提供的法律保障日渐增多,受之影响,刑法出现了一种“反向运动”,即在以排斥干预作为一般的刑法正当性判断标准的改革运动之后,出现了国民为消除危机恐惧、获得安抚,而吁请、追求法律乃至刑法介入的要求。对此,德国法学家罗尔夫-彼得·卡利斯(Rolf-Peter Calliess)透过风险社会中刑法需求变化的机理进行了解释,相较于启蒙哲

[3] 参见魏昌东:《新刑法工具主义的批判与矫正》,《法学》2016 年第 2 期,第 85 页。

[4] 贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》第二十四节“衡量犯罪的标尺”中,开门见山地提出:“我们已经看到,什么是衡量犯罪的真正标尺,即犯罪对社会的危害性。”由此所提出的“社会危害性”概念,是刑法近代转型中关于犯罪化根据的最早表述,揭示了犯罪的本质。参见[意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 2005 年版,第 65 页。

[5] 自 19 世纪初以来,刑法保护法益的功能原型最早开始于费尔巴哈(L. A. Feuerbach)的权利侵害(Rechtsverletzung),以及后由比恩鲍姆(Birnbaum)持续发展为利益概念,这一系列概念发展最原始的促因正是在于承接启蒙时代所代表的政治哲学思想,亦即国家应当避免刑法工具化的现象。参见古承宗:《风险社会与现代刑法的象征性》,《科技法学评论》2013 年第 1 期,第 130 页。

[6] E. Amenta, What We Know About the Development of Social Policy: Comparative and Historical Research in Comparative and Historical Perspective, in James Mahoney and Dietrich Rueschemeyer, eds., *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge University Press, 2003, pp. 91 - 130.

学时代的政治和经济氛围,当代风险社会的规范议题不再是强调国家统治权力过度集中,或是自由应如何分配等,而是聚焦在社会持续处于一种高度仰赖社会控制机制的氛围,亦即要求国家积极采取行动排除或降低风险(恐惧),或是实现安全保证之需求。换句话说,国家任务应首重在如何防止生存基础的毁败,至于应如何为人类福祉创造更多的利益则要退居第二位。^[7] 面对国民的需求,国家采取了包括积极的刑法扩张在内的回应性策略,以消除因发展危机而导致的观念恐惧。刑法立法“反向运动”,意外地消弥了国权刑法观与民权刑法观长期对立的局面,^[8] 实现了二者在特定利益刑法保护中的合流,促使国家与国民的需求在某些重要方面达成了统一。然而,伴随刑法的“反向运动”,一方面立法扩大规制范围的方式发生了变化,由绝对扩张干涉范围,到前置评价基点、设置抽象法益,实现调整范围的实质扩张;另一方面立法规范常处于虚置状态,成为“规范宣示”的“花瓶”。

在中国,传统法时代的刑法至上、工具主义思想曾是长期占据支配地位的精神支柱,传统刑法经历了从服务于王权统治,到服务于政权与军事斗争,再到服务于阶级斗争需要,直至介入经济建设和社会秩序稳定的变化过程。尽管具体目的有别,但其实质核心并未发生根本变化——表现为刑法仅是作为实现国家统治的形式性手段和工具,使刑法具有正当性的实质化的犯罪根据并未受到应有的关注——强调刑法作为统治工具的实用功能,一直是中国刑法立法所遵循的传统理念。立法活性化,是后修正刑法典时代以来中国立法值得关注的现象,频繁的刑法修正,引发了刑法学者的关注,也引发了全社会对特定行为犯罪化、刑罚化与非犯罪化的期待。^[9] 21 年来,立法机关颁行特别刑法与刑法修正案 11 部,历次修正大体经过了两个阶段,社会关注程度明显提升。第一阶段:自 1998 年《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》至 2009 年《刑法修正案(七)》(以下简称“刑修(七)”)出台。八次修正做出的实质性修改、补充和完善主要针对个别罪名,社会效应尚不明显。第二阶段:2011 年《刑法修正案(八)》(以下简称“刑修(八)”)与 2015 年《刑法修正案(九)》(以下简称“刑修(九)”),修正进程明显加快,不仅涉及基于创立新型法益而增设的系列罪名,而且涉及对既有规范的重点修正与完善。前者扩大了 10 个罪名的适用范围,新增 7 个罪名;后者扩大了 21 个罪名的适用范围,新增 20 个罪名。^[9] 较之前一阶段的低关注度,后一时期社会关注度空前,许多内容获得了较高的国民认同。

学界除对刑法修正频度表达出质疑与反对外,^[10] 受到重点关注的问题主要表现在以下几个方面。

第一,刑法防卫社会的范围更加宽泛。就新增罪名的保护法益而言,刑修(八)以“民

[7] 参见 Rolf-Peter Calliess, *Strafzwecke und Strafrecht*, *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, 1989, 33 (1), S. 112 - 113.

[8] 我国学者李海东博士将刑法做国权刑法与民权刑法的区分,前者意指以国家为出发点,而以国民为对象的刑法;后者则意指以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法。参见李海东著:《刑法原理入门》,法律出版社 1997 年版,第 4 - 5 页。

[9] 参见夏勇、尉立坤:《对我国刑法修正案内容的基本研究》,《人民检察》2018 年第 1 期,第 29 页。

[10] 参见于志刚:《刑法修正何时休》,《法学》2011 年第 4 期;刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011 年第 11 期。

生刑法”为重点,强化了对民生福祉的刑事保护,^[11]刑修(九)以“治理刑法”为重点,强化刑法社会治理功能,以及对恐怖主义、网络犯罪的早期干预和外围防控,立法者为应对恐怖主义、网络安全威胁,不惜采取早期干预、主动出击、先发制人、防患于未然的刑事政策。^[12]

第二,刑法应对社会问题的策略更加积极。刑法对于中国社会健康发展中诸如国家治理、政府治理、社会治理、经济治理、公司治理等问题,均以积极介入为基本导向,在立法处理策略上则表现为立法前置化、法益抽象化的形式。^[13]

第三,刑法调整社会关系对策的正当性受到追问。刑法修正中,立法正当性在许多罪名的增改中受到社会热议,诸如,恶意欠薪、虚假诉讼、网络滥用与监管失灵、信用滥用的入罪,均在一定程度上因受到国民安全诉求的影响,而在尚未尝试通过非刑罚治理机制规制的情形下,即采取了直接的犯罪化策略。刑修(九)拟定中,极端主义行为犯罪化中的立法前置限制与范围问题受到社会关注,国民普遍认同了因社会安全风险加剧而由立法机关增设刑法的要求。

第四,刑法修正及其适用问题。刑法对公众的入罪化要求,反应强烈而迅捷,刑法开始从实质性扩大干预范围、加重处罚力度的实用主义,向形式性地单纯安抚公众的政策主义倾向转向,因缺乏实际适用性的“空置”罪名不断增多。历次刑法修正最集中的区域,依次为分则第三章、第六章、第二章、第四章与第八章,刑法修正的目标,均是提高其在国家公共治理中的作用,然而,值得关注的是,立法修正的许多重点内容适用率普遍较低,并突出反映在反腐刑法、民生刑法、金融刑法、信用刑法及市场秩序等具体领域,由此引发了立法修正价值的思考。^[14]例如,在反腐刑法建构中,历经改革开放40年来的多次修正完善,我国不仅实现了行为主体的“双层(公营部门与私营部门)二元(自然人与单位主体)立法”的全覆盖,而且实现了行为类型的全覆盖(侵吞型、挪用型、私分型、交易型及介绍型一应俱全),以及前置条款(一般腐败罪名)与堵截条款(巨额财产来源不明罪)的全协同。刑修(七)第14条致力于提高堵截性罪名巨额财产来源不明罪的法定刑,刑修(八)与(九)再次扩增腐败行为主体范围至“关系密切人”与“旋转门”行为。然而,现有立法中的多个罪名,乃至新增罪名、修正法定刑的罪名,却一直处在低适用率的状态,立法在延续传统刑法工具主义“标签”功能的同时,已陷于象征性漩涡之中。

二 问题溯源:象征主义倾向及其向刑法的扩张

(一)象征主义之现象考查

“象征实质上是具有意义的现象,它指向与其自身直接意义完全不同的其他意

[11] 参见卢建平:《加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡》,《法学杂志》2010年第12期,第11-13页。

[12] 参见梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017年第1期,第44页。

[13] 参见魏昌东:《新刑法工具主义的批判与矫正》,《法学》2016年第2期,第91页。

[14] 参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017年第3期,第40-45页。

义。”^[15] 象征通常与仪式有关,“仪式”是“一种具有象征特性的统治——支配行为,象征特性就是把参与者的注意力吸引到他们相信具有特殊意义的思想和感情的目标上去。”^[16] 象征主义被作为独立的政治主题受到关注始于 20 世纪 50 年代,即政策科学在美国肇始的时期,行为主义和结构——功能主义的兴起,是象征主义广受关注的发端。“对政治象征的历史性观察表明,几乎所有的政治系统都依赖于一些象征符号、仪式行为或特殊话语的采行来维持其运转……各类精英使用政治象征的共同目标就是要使其政治行为合理化、权力合法化并试图长久持续。”^[17] 美国政治学家哈罗德·拉斯韦尔(Harold Dwight Lasswell)曾指出,“对政治象征的操纵是各种权力精英驾驭环境、实现其政治目标的四种主要途径之一。反对派群体、尤其是革命精英,由于缺乏物资、制度性暴力和实际措施,则更依赖于象征操纵来进行政治动员。”^[18]

美国学者加布里埃尔·A. 阿尔蒙德(Gabriel A. Almand)和小 G. 宾厄姆·鲍威尔(G. Bingham Powell)在《比较政治学:体系、过程和政策》中指出:“公共政策通过提取、分配、管制、象征四种实际作为的输出类型而使公众获得福利、安全和自由等三种政策结果。”^[19] 由此可见,公共政策的功能就是提取性、分配性、管制性和象征性,通过这些功能手段,公众获得了福利、安全、秩序和自由等方面的公共政策产品。^[20] 我国尚缺乏对象征性公共政策的定义,仅存在学者描述性的定义,例如,“政策的象征性功能是指政策仅具有符号意义,不产生实质性后果……它仅仅在于影响公众的看法、观念或思想意识”。^[21] “象征性公共政策是那些对人们的权益没有产生实际影响的政策。政府制定和颁布此类政策,只是表明态度,起一种象征性作用”。^[22]

象征主义与现代政治治理的发展关系密切。“现代治理”的概念在最早由世界银行提出后,逐渐形成了有别于政治统治的内涵,对指导公共行政改革起到了重要作用。治理理论的创始人之一,美国政治学家詹姆斯·N. 罗西瑙(J. N. Rosenau)提出,治理是“一系列活动领域里的管理机制,它们虽未得到正式授权,却能有效发挥作用。”“与统治不同,治理指的是一种由共同目标支持的活动,这些管理活动的主体未必是政府,也无须依靠国家的强制力量来实现。”^[23] 显然,现代治理是全球化背景下国家有效回应市民需求与应对危机的产物,体现了政府与公民对公共生活的合作治理原则。现代治理理

[15] Edward L. Bernays, The Semantics of Symbols, in Lyman Bryson and others (eds.), *Symbols and Values: an Initial Study*, 13th Conference on Science, Philosophy and Religion in Their Relation to the Democratic Way of Life, 1954, p. 233.

[16] Steven Lukes, Political Ritual and Social integration, *Sociology*, 1975, 9 (2), pp. 291 - 293.

[17] 马敏:《政治象征:作为权力技术和权力实践的功能》,《探索与争鸣》2004 年第 2 期,第 27 页。

[18] [美]哈罗德·D. 拉斯韦尔著:《政治学》,杨昌裕译,商务印书馆 2000 年版,第 15 页。

[19] [美]加布里埃尔·A. 阿尔蒙德、小 G. 宾厄姆·鲍威尔著:《比较政治学:体系、过程和政策》,曹沛霖等译,译文出版社 1987 版,第 334 - 335 页。

[20] 参见陈潭:《公共政策:谁之政策? 何种政策?》,《行政与法(吉林省行政学院学报)》2004 年第 5 期,第 11 页。

[21] 陈振明著:《政策科学》,中国人民大学出版社 1998 年版,第 91 - 92 页。

[22] 樊钉著:《公共政策》,国家行政学院出版社 2005 年版,第 31 页。

[23] [美]詹姆斯·N. 罗西瑙主编:《没有政府的治理》,张胜军、刘小林等译,江西人民出版社 2001 年版,第 10 页。

论引发了政治领域中的多项改革诉求,进而影响到了作为国家治理工具系统中的法律的生成与作用路径。

(二) 刑法象征主义之特征

20世纪70年代,象征主义从政治学走入法学领域,立法的象征性问题开始在法学界引起关注,瑞士、德国学者最早提出了“象征性立法”的问题。“象征性立法”(Symbolische Gesetzgebung)是立法者名义上宣称对立法效果负责,但实际并不愿或不能负责,尽管这样的立法缺乏实际效果,但立法者仍基于立法背后的动机而坚持立法,因为这些立法的目的本来就不是为了影响现实以促进社会的理性发展。^[24] 德语文化圈中,学者们则从法律社会学与批判刑法学的视角对此展开讨论。20世纪80年代末,“象征性立法”的含义在刑法学范畴内被特定化,学者们用其来概括某些新近立法规定的特征并进而对其提出系统批判。^[25] 在德国,基于象征主义在刑法评价中的功能,成为判断刑法正当性及其根据的工具,象征性立法因背离了刑法法益保护原则,而被认为应受到理论的批判。象征立法传递的是立法者在特定时空与社会背景下对于社会问题的情绪或者价值偏好,而并不发挥“实质的规制效果”。^[26] 依据德国学者哈塞默(Hassemer)的观察,除了抽象的构想之外,象征刑法现时已经成为一套独立发展的刑法系统(Strafrechtssystem)支线,而此系统支线通常表现出下列特征:(1)为了因应当代的重大社会问题,往往在未经深思熟虑的情形之下扩张刑事立法;(2)过度高估立法于实证经验上的成效;(3)过度高估成效的结果导致实际上根本不期待刑法任务可以获得实现;(4)刑事立法者原本就无意对于立法是否具成效的问题提出任何解释,因此可能衍生的立法不足问题亦无进一步调整的必要性,特别是执行能力不足导致选择性适用刑法规范;(5)刑事立法者获得政策上的(象征性)利益,例如响应社会问题的敏捷性、行动能力,以及企图让刑法适用范围更具全面性。^[27]

核心特征廓清是准确评价象征主义的前提。对此,我国学者持有不同的理论主张,如,我国台湾地区学者古承宗认为,现代刑法的象征性其实是一种倾向于“预防”的规范逻辑,并将刑法的象征性概括为预防导向、法益抽象化、归责系统简化、弹性且全面的危险防御四个方面。^[28] 刘艳红教授将象征性立法定义为,立法者在特定时空与社会背景下对于社会问题的情绪化或者价值偏好,并无实证成效;这种立法以犯罪化为主,而不服务于法益保护并“招致保护法益的稀薄化”,它以预防犯罪为倾向,是“风险预防在法律上的制

[24] 参见 Peter Noll, Symbolische Gesetzgebung (1981), 100 Zeitschrift für Schweizerisches Recht (neue auflage), S. 353, 355 - 356。

[25] 参见[德]Thomas Richter:《象征的刑法とそれがもたらすもの - ドイツの議論状況》, [日]中空壽雅译, 比較法学第39卷第3号, 第164页。

[26] 参见 Kindermann, Symbolische Gesetzgebung, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), 1988, S. 225。

[27] 参见 Winfried Hassemer, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: Strafrecht. Sein Verständnis, seine Welt, 2008, S. 96。

[28] 参见古承宗:《风险社会与现代刑法的象征性》,《科技法学评论》2013年第1期,第140-143页。

度化”，是风险预防措施的立法构建。^[29] 程红教授则将象征性刑法的特征归纳为，以“积极的一般预防”理念为立法导向、专注于公众抽象安全心理的满足、多以抽象的法益方式出现、大量使用抽象危险犯的立法方式。^[30] 郭玮博士以确认象征性刑法的核心特征在于立法启动的随意性与立法过程的非科学性为基础，将象征性刑法的特征归纳为因风险社会而生、因民意而起、法益抽象化、立法科学性的欠缺、刑法泛化五个方面。^[31] 上述分析，均将象征性刑法与风险社会的刑法规制结合起来，在对事物特征的定性分析中置入了具有价值判断性的内容，忽视了刑法象征主义不过是实质主义刑法立法的一种反动的客观现实，并不能确保所得出评价或结论的正确性。以郭玮博士就象征性立法之核心特征分析为例，“立法启动的随意性与立法过程的非科学性”，被认为是象征性刑法产生之基础。现代法治国家普遍建立了严密的刑法启动与运行程序，这是一个无可否认的事实，所以将象征性刑法归因于立法启动与运行过程本身是大可质疑的。

本文认为，刑法自其诞生时起就因其强制性而具有与生俱来的象征性，即使在步入民主社会后，其因强制性而具有的象征性，并未因时代变迁而发生根本的变化。“任何一个民主体制下所制定的法规范，对于解决社会冲突而言具有正当性，同时也保有一定程度的象征性意义；基于法的实证化结果，原本只是具实然意义的社会事实，因而取得规范上具应然意义的有效性主张。”^[32] 象征主义显然是对刑法固有功能的人为放大，且在价值导向上也存在较之于传统的、将刑法统治工具化的实用主义观念相异的特征。揭示以实质干预主义为导向的刑法受象征主义的影响而产生的变化，是全面定义象征性刑法的基础，对此，本文的基本判断是，象征主义倾向导向下的刑法，已经走在了与实质干预主义刑法部分“分道扬镳”的路上，具体表现为两点。

一方面，形塑立法目的的价值基础开始分裂。国权主义刑法观与民权主义刑法观的分立，曾被作为判断刑法是否现代化的一般标准，这一分析工具具有判断立法价值基础的功能。法律专制时期为统治者所崇尚的实用主义，是通过刑法的扩张与刑罚的加重，使之垄断国家对国民的统治地位的，国家统治的本质与阶段需要，决定着立法的调整范围与干预强度；象征主义则建构于法治主义观念基础之上，象征主义刑法观下，公众借助于受到法治国家保护的社会话语权，会以公众舆论的强压方式，触发启动或者修正立法进程的“按钮”。由于国家统治已被国家治理所取代，立法倾向发生了向有利于国家治理的变化，形塑立法观念的基本价值也因国家治理主体的普遍参与性，而呈现出与基本民意趋同的形式，以此实现规避刑法实质性恣意风险的目标。

另一方面，形塑立法观念的社会基础开始异化。制造刑法恐惧被实用主义刑法观奉为圭臬，立法者迷信通过刑罚恐吓可以扫除国家统治中的一切障碍，犯罪化与重刑化是促

[29] 参见刘艳红：《象征性立法对刑法功能的损害——二十年中国刑事立法总评》，《政治与法律》2017年第3期，第39页。

[30] 参见程红：《象征性刑法及其规避》，《法商研究》2017年第6期，第23页。

[31] 参见郭玮：《象征性刑法概念辨析》，《政治与法律》2018年第10期，第94-98页。

[32] 古承宗：《风险社会与现代刑法的象征性》，《科技法学评论》2013年第1期，第133页。

使获得以稳定统治秩序作为基本目标的现实犯罪治理成效的根本。象征主义在以民主体制为基础的社会发展阶段,使得刑法成为了国家与社会博弈的筹码,尽管法益仍处于立法扩张根据的中心,但已不再拘泥于刑法的实用效果。因社会公众参与国家治理而形成的主体协商机能,促使刑法在保障满足治理需求的同时,探寻国权刑法观与民权刑法观结合的路径,这是象征主义倾向形成的基础。

三 问题探源:创设刑法立法象征主义倾向的要素系统

象征主义缘何成为了刑法立法的重要导向,有其深刻的社会发展原因,刑法对自然犯的“立法饱和”以及法定犯的大幅增加,^[33]为立法的象征性扩张提供了基础。本文认为,象征主义的生成根源于以下因素的影响。

(一) 转型危机与政治国家应对能力的“短板效应”

社会转型(Social Transaction)发端于西欧国家的现代化过程中,以经济市场化和政治民主化转型为内容。社会结构的裂变、再生与重组是转型社会最突出的特征,新旧体制转化中,矛盾激化的可能增加,易于引发社会动荡和秩序失衡。美国政治学家塞缪尔·P·亨廷顿认为:“现代性孕育着稳定,而现代化过程却滋生着动乱。”^[34]我国学者提出,转型过程中“经济和社会关系的重大结构性变迁产生了大量的经济和社会矛盾与冲突,这些矛盾与冲突,即是转型危机,转型危机不能在经济领域和社会领域自我矫正,需要国家通过各种治理手段进行干预,挑战国家治理能力,若不能及时化解或有效控制转型危机,经过一定时间的积累,就可能转化为国家治理危机。”^[35]

西方国家现代化转型中,都曾出现过严重的国家治理危机,如,美国在“进步主义时代”所发生的大规模的阶级冲突。20世纪30年代经济大萧条以及20世纪60年代以反核、同性恋和城市自治等为特征的“新社会运动”。为应对危机,西方国家纷纷加强了国家治理体制的调整,如,德国在20世纪80年代加强了环境立法,完善社会福利保障制度。美国则围绕人权保障展开死刑限制与废止的司法改革运动,形成了“重罪轻刑”的刑事政策。另一些国家则由于缺乏应对转型危机的处理能力而引发了严重的国家危机,比如苏联1991年的解体。上述事实一定程度上解释了世界刑法发展中的趋同性,以不断扩大犯罪圈、前置刑法评价基点、创设新型法益类型为中心的活性化立法,成为当代刑法变迁中的世界取向。对此,美国学者道格拉斯·胡萨克认为,美国联邦和州刑事司法制度的最显著特征就是实体刑法的巨大扩张和刑罚使用的急剧增长,由此导致诸多的非正义。^[36]德国学者历史性地考察了1975年至2005年间德国刑法发展的脉络与特征,确认了德国

[33] 法定犯一词源自1885年意大利法学家加罗法洛(Baron Raffaele Garofalo)的《犯罪学》(Criminology)一书。加罗法洛站在社会防卫的角度,以犯罪行为是否具有道德异常为标准,提出了“自然犯罪”与“法定犯罪”概念。参见[意]加罗法洛著:《犯罪学》,耿伟、王新译,储槐植校,中国大百科全书出版社1996年版,第110-127页。

[34] [美]塞缪尔·P·亨廷顿著:《变化社会中的政治秩序》,王冠华译,生活·读书·新知三联书店1989年版,第38页。

[35] 徐湘林:《转型危机与国家治理:中国的经验》,《经济社会体制比较》2010年第5期,第3页。

[36] 参见[美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第1页。

刑法发展中呈现出灵活化、扩张化、欧洲化、世界观多元化的趋势。^[37]

“后发型”现代化的中国,同样也存在类似的转型过程。肇始于 1978 年的改革开放,我国尝试以经济体制改革为起步走出了社会转型的第一步,历经十多年的探索,1992 年中共十四大正式做出中国步入市场经济转型发展阶段的决策,市场规则开始渗透至经济、公共事业和社会生活的诸多方面,带来了经济模式的巨大转变,也造成了社会治理中的一系列问题。然而,与西方国家通过百年的历程推进现代化转型不同的是,中国的经济转型尽管为避免冲突激化,而刻意选择了渐进性的方式,但是,由于经济转型前后代际更新的起点与终点差异程度的剧烈性,“中国式”转型表现出骤然性、多元性与共时性的特色,现代性与后现代化问题的共时性,衍生出许多在西方国家现代化进程中并未面临的问题,而治理范本与经验的缺乏,加剧了国家治理的难度与矛盾激化的可能。居于转型期的中国,在国家本位让步于社会本位,身份社会开始向契约社会过渡时,市民社会与政治国家的对峙隐然若揭,而后现代化所隐含的风险却加大了民众对于安全的担忧,出现了极不稳定的状况,进而影响到国家治理。

21 世纪以来,“恐怖主义、环境污染、网络犯罪、食品与药品安全事故、金融风险等新型风险在生活世界的泛化,大大刺激了公众的安全神经,导致不安感在全社会的迅速蔓延,也使得公众对安全产生了更高的诉求。”^[38] 构建有效的社会安保体系、福利体系与纠纷纾解体系,是国家应对危机的主要途径。刑法作为保障法,不仅要保障一国法律体系的正常运行,更是在保障社会共同体的基本存在条件,其扩张将压缩国民自由空间、增加社会压力,并非国家应对危机的有效方式。然而,在社会转型中,刑法不得不再为了解决社会问题时必须考虑的手段,与传统上减少社会对立面、缩小刑罚打击范围的思路拉开了距离,势必招致大量质疑。^[39] 肯定刑法的积极扩张,简单地以增加罪名的方式达到压制与控制转型危机的目的,却不考虑立法的实际效用,实质是国家应对转型危机经验与能力不足所致。

(二) 刑罚积极预防功能引入时机与方式中的审慎性缺陷

刑法功能由注重事后惩罚向注重事前预防的嬗变,是刑法代际更新的重要标志之一。刑法的现代发展,使其由一个相对自我封闭的外在处罚系统转变为面向社会治理需要的内在开放体系,承载一定的社会治理功能。这一转变,是由刑法被纳入国家治理体系组成部分的现实所决定的。尽管刑法自其产生之日起就是国家治理工具系统的组成部分,但是,其在功能定位上通常被要求面对已然严重危害行为,伴随社会治理需求的发展,刑法被越来越多地作为面对一般性社会问题的措施,由此使得刑法发生了以积极功能为面向的转变。不仅如此,基于刑法治理的成效性,其在社会变迁中的站位被不断前置,甚至在某些场合被作为一种必要的社会仪式而受到强化,这是刑罚因之而获得积极预防功能

[37] 参见[德]埃里克·希尔根多夫著:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社 2015 年版,第 23 页。

[38] 劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017 年第 6 期,第 16 页。

[39] 参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016 年第 3 期,第 131 页。

的根本原因。传统社会中,刑罚本身就在发挥惩罚功能的同时天然地扮演着社会仪式的功能,这是确认刑法具有制度表达功能的原因。“通过刑罚仪式表达社会价值和既有道德,刑事制裁是社会集体良知对于违反道德秩序者的反应,透过刑罚的运作过程,社会价值被具体展现以及重建。”^[40]“作为治理机制中重要的一环,刑法被要求对敏感的社会问题做出积极回应,这直接影响了对刑法的功能定位;刑法由一套注重于事后惩罚的谴责体系,而渐渐蜕变为一套偏好于事前预防的危险管控体系,这便是所谓的预防刑法。”^[41]正是基于刑罚处罚的确定性与公开性,进而建构起刑罚符号与公众惩戒的勾联,并通过刑罚实施带来了有力的标示功能。在信息发达的社会,刑罚所具有的标签功能,使之充当了国家向社会公众宣示某些特定规范、规制原则的载体。

风险社会是国家治理无法回避的现实,有效地组织起对诱发风险的犯罪行为的反应,需要作为社会治理有效工具的刑法的参与,此时,刑罚积极预防功能再次受到国家的重视。20世纪80年代以后,风险社会理论日益强盛,基于建构与确保新型社会安全系统的要求,刑罚的积极预防功能重视程度获得空前的发展,刑法必须基于社会共同体安全的需要做出反应,成为一种正义且必要的选择。在积极预防理论的系统,“刑法与刑罚的目的是为了维持刑法规范或者法秩序在公众心目中的效力,追求的是‘信赖’或‘安抚’两种效果。即通过向公众宣示法秩序的不容侵犯,强化公众对法的忠诚和信赖。”^[42]

风险理论投射于象征主义刑法制度根源的分析,成为当下中国象征性刑法理论研究的基本路径。可以认为,基于应对风险抗制的现实需要而形成的风险刑法,尽管并非象征刑法产生的全部根据,而仅为其提供了有限的栖身之地,但是,确实对象征刑法的扩张起到了催化作用。象征刑法存在的目的亦有可能只是为了凸显当代社会有权要求立法者就某种风险现象制定相对应的刑法规定,至于国家现实上有无能力或真正企图实现法所被赋予的任务,均非重点所在。对于犯罪前置化的“预防型”立法模式,许多学者则是持断然否定态度。^[43]当然,规制风险是立法工具化的一个侧面解释,另一个侧面则是国家仍寄期望于借助刑罚积极预防功能切实缓解治理压力、引导国民安全欲求,尽管无法否定积极预防功能的社会秩序维系价值,但是,囿于风险防范目的而设定的刑罚在规制必要性上已经有所降低、针对性上有所减弱的缺陷,酿成仅具“规范宣示”作用的立法也是一种必然,由此引发刑法正当性的进一步质疑。

(三) 刑法立法修正中法益定位、面向及策略选择存在偏失

法益是使刑法告别恣意本能的客观标尺,也是判断刑法立法正当性的首要基准。“法益,是指根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益,其中由刑法所保护的人的生活利益,就是刑法上的法益。”^[44]现代国家普遍建

[40] [法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2013年版,第40页。

[41] 劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期,第19页。

[42] 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期,第23页。

[43] 参见陈兴良:《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;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;于志刚:《风险刑法不可行》,《法商研究》2011年第4期。

[44] 张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2017年版,第63页。

立起了健全的法益保护体系,法治国家的一切法律均是以法益保护为其基本使命,尽管也不排除仅为实现行政目的的需要而存在的行政法。正是基于法律的不同分工,客观地产生了对立法机构的严格制约。

1. 应将重要法益配置于刑法加以保护

刑法的发动不仅具有高成本性,更具有促使国家与国民关系破裂的属性,有鉴于此,立法机构仅能为重要法益配置刑法的保护手段。现代社会发展中,刑法的干预范围,呈现出明显的自然犯“立法饱和”的结果,刑法的关注重点已被转移至法定犯之上,法定犯时代的到来,对法益性质与价值的选择及其面向提出了新的标准,也带来了不小的障碍,风险社会再次加剧了法益判断的难度。由于刑法必须面对是否要将信赖感、安全感等并不具有实际载体的“超个人法益”纳入立法的拷问,在权衡其价值重要性程度时,便面临了判断的困难。“由于信赖感、安全感、恐惧感是一种社会集体情绪状态的主观征表,且极易受到其他外界因素的干扰与影响,因此其内涵与外延往往呈现出过度观念化与精神化。”^[45]法益的过分观念化,使立法者难以切实挖掘出行为所赖以存在的法益基础,即使在被立法规定为犯罪后,也难免成为“规范宣示”的罪名。

2. 确保刑法与前置法边界设定的科学性

健全的法律系统中,对法益起保护作用的包括了刑法在内的全部法律制度,基于法律功能定位的差异,在刑法与前置法之间必须设定显著的“鸿沟”,以行政不法行为的犯罪化为例,行政不法行为必须在具备有效跨越“行刑鸿沟”的条件时,才存在犯罪化的必要与可能。^[46]否则,即使将某种具有行政不法性的行为做出犯罪化的处理,也必然会因其处罚价值性难以满足要求而成为空置的条文。在中国经济转型阶段,国家应对转型危机的能力有待提升、公众情绪易于受到极端个案的不当影响、以及追求刑事政策效果等因素,都会导致法益定位失当的结果。值得注意的是,中国特色象征性立法产生的问题,即因“部门利益”刑法化而产生的立法象征化现象。行政部门利用其掌握的国家立法资源,不适当地强调本部门的权力和利益,力图通过立法来维护、巩固和扩大本部门的职权。部门利益的刑法化,导致大量行政不法行为被纳入刑法,混淆了法益的层次与界限,降低了刑法法益的保护标准,前置法在纠纷解决与执行上的便捷性又会造成后置刑法难以真正适用,进而形成立法中的另一类空置与象征现象。

四 问题纾解:象征主义倾向的理性批判与规避策略

(一) 象征主义立法倾向之理性批判

象征主义倾向尽管早已存在,但在国家应对社会转型危机时表现的更为突出,其存在

[45] 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期,第24页。

[46] 参见魏昌东:《行刑鸿沟:实然、根据与坚守——兼及我国行政犯理论争议问题的解决路径》,《中国刑事法杂志》2018年第5期,第3-10页。

与蔓延的逻辑可归纳为:风险社会的来临,迫使国民产生对国家治理能力的更多期待,而国家在防范风险中的“短板效应”加剧了国民的疑虑与担心,故而国民产生对国家治理能力的信心怀疑,为重塑国民治理信心,强化共同面对风险的新型信任关系,国家以强化刑法介入的方式,以求达成国家与国民新型的信任与鼓励关系,从而采取前置刑法防范可能的策略,从现实与观念两个维度使国民受到更广泛的保护,因刑法规范在设定时仅具法益侵害的推定性,从该假设前提出发,导致刑法实际上并无适用的可能,由此造成刑法效用与信用的下降。至此,可以断言,象征主义是政治国家从一个良善的愿望出发,却走向了刑法效用下降的反面。象征主义刑法的存在具有一定的合理性价值,但其负面价值也是一种显性的存在,表现为以下几个方面。

1. 造成刑法调控范围人为扩大和国民虚幻的刑法依赖症

象征主义刑法以法益泛化为实现路径,因缺乏精确内涵,难以形成“具象化”的判断标准,易于诱发国民对特定行为归属特定法益的幻觉。然而,那些满足民众非理性情绪、偏离法益保护的立法,在司法适用中存在认定困难,易于造成社会关系的紧张,不符合现代司法的纠纷解决观,故而不被司法所重视。由于受制于公共政策而非法益保护之目的,象征主义立法在实践中难以得到有效的适用。尽管在形式上能够突破传统刑法理论的限制,实现不正当的立法扩张,但仍可能受到宪法的约束,限于违宪审查之压力而无法适用。因象征主义立法以确保民众获得主观安全感为目标,易于诱发国民盲目的刑法期待,“刑法依赖症”的不断强化,将会促使立法者产生打破刑法固有、应然界限的冲动,法律系统的整体功能由此打破,一旦国家与国民虚幻共识被打破,治理危机将难以避免。

2. 降低国家治理能力并造成社会治理的惰性

象征主义立法容易导致非以追求立法与司法在治理中的积极呼应,而以现实治理中的各种虚饰、治理简单化,乃至纯粹将治理作为标志性工具的结果,实质降低了国家探寻新型治理资源、挖掘治理能力的动力。寄治理之望于立法(制定规范),已经成为了社会治理中的通病。现代刑法在其发展中,逐步确立的以法益保护为中心的立法正当性判断标准,是防止刑法不当扩张的自我约束机制。“刑法只能保护具体的法益,而不允许保护政治或者道德信仰,宗教教义和信条,世界观的意识形态或者纯粹的感情。”^[47]象征主义使刑法产生了显性目的与隐性目的的精神分裂,前者以法益保护为目标,后者却以政策推进为目标,且后者的核心是要脱逸于实然的法益保护,当规范目的处于后者的统辖之下时,刑法本应具有的自我约束将归于无效,最终会动摇刑法正当性根据的基础,导致治理惰性,形成“幻象化”的治理成效。

3. 导致法律体系界限紊乱以及法律系统功能定位失当

一旦国家对失序行为的控制,可以随意地在刑法预防与非刑事规范之间做出选择,势必将混淆刑事不法与其他类型不法的界限,因此蓄积的国家治理潜在危机,无法使国家治

[47] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,第147页。

理者发现真正的危机所在。现代社会发展中,所逐步形塑出的国家与市民社会之间的博弈关系,会投射于立法之上,并通过立法者不断的选择更新,使之成为处理国家与国民关系的一般准则,正是基于这一准则的确立,才使刑法作为一国治理之最后手段的观念得以确立。刑法最后手段性的核心在于,刑法必须与前置的法律之间保持足够的调整空间,但象征主义立法与法治国家的结合,压缩了这一空间,直接产生了刑事不法与前置性不法混同的结果,最为典型的是刑法第 141 条关于生产、销售假药罪的立法修正,毫无疑问,实质性的生产、销售假药行为具有刑法干预的绝对正当性,然而,对于仅具形式危害性的诸如根据《中华人民共和国药品管理法》第 48 条必须批准而未经批准生产、进口的药品,规定与实质假药完全相同的处置原则,并不具有正当性,易于产生侵蚀、贬损法治国家效能的不利后果,导致国家治理的“短期化”效应。

(二) 刑法立法象征主义倾向的规避之策

象征主义以回应民意或公众情绪的“正当化理由”的面目出现,其立法初衷并无不妥,问题在于不应将之作为社会治理的首要举措而盲目扩大其范围。破除象征主义迷信,重新回归刑法立法理性主义,成为纠正当下中国刑法立法偏向的关键。

1. 受象征主义立法倾向作用的立法领域

有效确定象征主义可能的支配领域,是建构有效规避机制的前提。对此,我国学者进行了较为充分的研究,形成了一定的学术争鸣。我国台湾地区学者古承宗认为,象征主义的适用领域“特别是针对环境污染、金融市场、毒品、食品卫生、逃漏税捐、侵入电脑系统,以及恐怖主义活动等。”^[48]刘艳红教授在考察二十年来中国刑事立法趋势的基础上,将“中国式”象征性立法的领域限定于恐怖犯罪、网络犯罪和环境犯罪的立法领域。^[49]这一观点遭到学者的质疑,程红教授肯定中国刑法立法中象征主义倾向的已然存在,但仅认为,“我国的象征性立法主要存在于破坏社会主义市场经济秩序罪和妨害社会管理秩序罪的领域。”^[50]郭玮博士则完全否认我国存在象征性立法的问题。^[51]

本文认为,全面考察中国进入社会转型期以来立法发展的状况,我们无法否认,在中国刑法立法修正中已经开始受到象征主义倾向的影响,基于象征主义特征的分析,在一些立法领域,例如,基于公权限制而强化的腐败犯罪立法领域,基于民生安全而强化的民生犯罪立法领域,基于社会管理而强化的秩序犯罪立法领域,基于经济稳定而强化的经济犯罪立法领域,基于金融安全而强化的金融犯罪领域,均已存在受象征主义刑法支配的可能。

2. 象征主义立法倾向的观念规避

象征主义的生成,在一定程度上是经济转型中市民社会与政治社会在探索建构新型

[48] 古承宗:《风险社会与现代刑法的象征性》,《科技法学评论》2013 年第 1 期,第 118 页。

[49] 参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017 年第 3 期,第 39-45 页。

[50] 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017 年第 6 期,第 26 页。

[51] 参见郭玮:《象征性刑法概念辨析》,《政治与法律》2018 年第 10 期,第 101 页以下。

博弈关系过程中出现的新问题的现实反映,标志着国家应对新时期转型危机中的困惑与不足。基于象征主义的生成原因,应当通过以下途径进行积极矫治。

一种途径是消除刑法乃治理“首重”的观念。国家治理能力的提升依赖于治理系统的升级完善,治理能力与治理系统之间具有互动作用,加大一切非刑事性法系统的治理功能,能够降低国家治理过程中刑法依赖,构建系统化的社会矛盾化解机制,是提升国家治理能力的关键。转型社会中的犯罪扩张,动摇了国家与国民之间的固有依赖关系,造成了国家和公众高度的脆弱性,犯罪的控制若有不当,易于蓄积与加剧社会矛盾,引发更为严重的社会治理危机。然而,恰如李斯特对刑事政策的定位,只有将犯罪的治理,立基于社会管理系统的不断完善与国家机体的健康运行,才能真正提升国家应对转型危机的能力,惟健全前置法的系统,构建有效的减少犯罪发生机率的非刑事机制,才能产生有效的治理结果。

另一种途径是合理选择刑罚积极预防功能的作用场域。刑罚的积极预防功能具有其正向价值,设置作用场域适当,具有凝聚公众对法律信赖、彰显国家治理能力、强化社会团结的重要作用。然而,刑罚的积极预防功能必须因不同行为犯罪化根据的不同,做出科学的判断与取舍。不加区分地对所有危害行为施行相同的积极预防策略,将导致刑法目的功能受制于政策功能的不利结果,而一旦产生了将刑法作为实现社会管理政策的主要或者唯一工具的观念,刑罚的积极预防功能可能会不当放大。象征主义立法并不能真正化解潜在的社会矛盾,中国社会转型中区别化的刑法立法理念,要求对严重危及国家与国民核心法益关系的犯罪强化积极预防功能,避免因立法欠缺引发严重的社会危机,其中,具有一定象征功能的前置性立法具有积极的作用,因而,在伴随国家治理体系更新而发生的犯罪治理观念的更新中,有必要确认,对于仅关涉国家经济管理秩序、社会管理秩序、公权运行秩序维护的领域,其犯罪化的根据主要在于国家强化管理职能的需要,国家应将其治理的重点定位于,完善前置法的系统与强化其调整作用,强化刑法的积极预防功能并不足取,采象征主义立法的形式更加欠缺正当性价值,反而破坏了前后法在犯罪治理上的功能定位与衔接关系,故不宜强化积极预防功能。

3. 刑法立法发展中的理性选择

象征主义的根本弊端在于,刑法的“规范宣示”功能受到过分夸大,而其基本路径则是法益定位中的偏失处置。破除象征主义的迷信,确保刑法立法的正当化,必须坚持从政策性目的回归至法益目的,从简单的刑罚目的回归至系统的刑法目的,据以构建理性的刑法体系。

首先,刑法法益选择中需要审慎定位。刑法在进行法益的筛选之时,必须存在一个价值根据选择基础的问题,在此,本文将之概括为秩序法益观与利益法益观所形成的定位差异问题。秩序法益观是现代刑法在实现代际更新之前最为首要的观念依据,也是一切刑法立法的导向所在。尽管时代变迁,秩序法益观仍具有其正当性的价值,仍应坚守其在刑法维系社会基本秩序选择中的基本导向价值。然而,当社会发展进入新时期,社会利益的

公平、公正分配已经成为社会在基本秩序保障之外关注的焦点之时,利益分配关系的基本原则,也应当在刑法的法益选择中受到关注,秩序法益观完全支配社会关系维护的法益定位原则有必要做出一定的积极调整,并在特定的刑法立法领域受到应有的重视。秩序法益观导向是中国刑法象征主义倾向不断被强化的基本原因,然而,秩序法益并非刑法法益保护的全部,准确性法益属性至关重要,明确法益保护的边界,能够避免法益定位的偏失。法益定位必须坚持层级化的原则,对刑法保护的法益进行反复的筛选与过滤,前置法的空缺、以及前置法调整机制的失灵,均不应成为刑法介入的原则,只能将刑法定位于调整无效的情形。

其次,基于法秩序一体化的原则,完善刑法在风险社会安全防卫中的新型定位。构建一体化的犯罪治理模式,是欧陆国家法律系统建设的目标,在完备的法系统中,基于法秩序一体化推进的需要,必须更加重视刑法与其前置法的法益保护边界设定原则问题,不断深化对法秩序一体化推进建设中比例原则的适用功能与范围。“刑法立法不宜动摇我国行政违法与刑事违法的二元违法体系,抽象危险犯在我国设置应局限在容易造成巨大影响和严重危害后果的领域,其保护的法益应能还原为具体法益。”^[52]

最后,科学厘定具有积极预防功能的立法“作用域”。我们无法否认刑罚积极预防功能在社会治理中所具有的正向价值,积极预防是积极治理主义在国家刑事治理中的反应,特别是在社会治理模式与治理机制正进入转型与代际更新的关键时期,当社会面临一旦发生严重的危害结果,将整体性加剧乃至破坏社会发展进程的严峻情况下,更加有必要关注包括刑罚在内的一切社会机制的积极预防功能,关键则在于,如何有效地放大其正向价值而规避其负向价值,正如积极治理主义实践所证实的,积极的刑罚政策本身就具有凝聚公众对法律信赖的作用,透过这种极端的方式凝聚社会治理中对重大问题的共识,也是社会发展的无奈选择。

立基于此,本文赞成周光权教授关于中国有必要确立积极刑法立法观的主张,^[53]即,刑法的谦抑性并不反对及时增设一定数量的新罪,积极刑法立法观的确立有其社会基础,也更符合时代精神。与之相匹配,未来中国的刑法立法从技术层面需要考虑进行相当规模的犯罪化,但处罚不能轻易由轻改重,对公众的情绪化呼吁保持足够的理性与警惕,建立与新设大量轻罪相契合的刑事程序。^[54] 刑罚的积极预防功能所针对的领域不宜扩大化,其在以国家安全、公共安全、人身权利,以及人类基本生活利益作为严重危害对象犯罪的刑法立法修正中,仍具有必要性与迫切性,因而,对于恐怖犯罪、公共安全犯罪、严重危

[52] 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期,第26页。

[53] 积极治理主义是笔者就国家腐败治理的应然观念选择而首倡的一种理论主张,核心主旨在于,立基于权力的生成与运行过程、围绕权力限制、透明与滥用惩治建构全面、系统的腐败治理体系。积极治理主义提高国家腐败治理能力,是“新国家主义”的必然要求,是解决国家治理危机的必由之路。参见魏昌东:《积极治理主义提升立法规制腐败的能力》,《中国社会科学报》2014年10月31日,第6版。基于积极治理主义的正当性基础,笔者提出了完善中国特色腐败治理体制与机制系统的主张。参见魏昌东:《〈监察法〉与中国特色腐败治理体制更新的理论逻辑》,《华东政法大学学报》2018年第3期。

[54] 参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期,第23页。

害人身安全犯罪,以及环境犯罪需要坚守这一立法原则。而对于以法定犯为基本特征、以经济秩序、社会管理秩序为侵害对象的犯罪,则不宜夸大刑罚的积极预防功能,而应当更加强化非刑法治理措施的功能作用,并做好这些治理机制与刑法的有效衔接,既促进社会治理能力的提高,又有效防止了刑法向象征性方向的蜕变。

[本文为国家社会科学基金重大项目“中国特色反腐败国家立法体系重大理论与现实问题研究”(17ZDA135)的研究成果。]

[**Abstract**] Originated from the crisis period of development of the welfare state, symbolism is exerting a real influence on the criminal legislation in China in the process of modern transformation. Symbolism is reflected in the legislation in reality and manifested as the “reverse movement” in legislation, leading to illusory solution of the conflict between state power and civil rights in criminal law. To meet the social governance crisis and enhance the people’s confidence in state governance in the face of risks, the legislature has amended the criminal law to address public concerns and to achieve the goal of eliminating ideological crisis through penal expansion. Because of its coercive nature the criminal law has been endowed with inherent symbolism ever since its birth. Even after entering the democratic society, its symbolism has not changed fundamentally along with the change of times. The contradiction in state governance, the dissimilation of criminal law concepts and the bias of legal interest orientation have determined the generation and degree of symbolism. The deficiencies in and the low efficiency of legislation are the direct result of symbolism. In order to improve the legitimacy of legislation in a country ruled by law, it is necessary to launch profound and comprehensive systematic rectification of the criminal law.

(责任编辑:贾元)