

象征性刑法“污名化”现象检讨

——兼论象征性刑法的相对合理性

贾 健*

摘要:当前象征性刑法的内涵与外延并不清晰,使得其成为批判刑事立法的“万能”工具。某罪名立法是否象征性刑法,一方面应审慎考察其效力,而不能仅从不完整的适用率统计或能否根治犯罪、处置犯罪等方面得出结论;另一方面,刑事立法彰显国家的价值观本是立法活动的应有之义,为了安抚民众的不安全感等“潜在的目的”设定,也并非一律失当。在当前社会背景下,象征性刑法没有必要也无法全面恪守扎根于古典社会形态的刑法谦抑性原则。象征性刑法依其与法益的关联程度,可分为绝对与相对的象征性刑法,对前者应持否定态度,而后者原则上具有正当性,但也应采取限制措施,尽量消除其负面影响。

关键词:象征性刑法 “污名化”现象 谦抑性 限制措施

一、问题的提出:象征性刑法并非批判立法的“万能”工具

近年来,我国的刑事立法进入了所谓的“活性化”时期。在1999年至2017年的18年间,共出台了10个刑法修正案,尤其是《中华人民共和国刑法修正案(八)》和《中华人民共和国刑法修正案(九)》共新增了30个罪名,其中涉及一些引发争议、招致学者批评的罪名修正,如“恶意欠薪罪”“污染环境罪”“帮助恐怖活动罪”“准备实施恐怖活动罪”“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪”“利用极端主义破坏法律实施罪”“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”“组织考试作弊罪”“代替考试罪”“非法出售、提供试题、答案罪”“拒不履行信息网络安全管理义务罪”“非法利用信息网络罪”“帮助信息网络犯罪活动罪”,等等。在诸多批评声中,新近有学者指出这些罪名均系象征性刑法,并认为“象征性刑法”是一个“带有贬义色彩”的词汇。^①其实,所谓象征性立法,美国学者古斯菲尔德早在20世纪六七十年代即有论述:“法律不仅是一种社会控制的手段,法律的声明、发布也具有与其影响行为之作用无关的象征性维度”。^②就这一维度的法律而言,“我们对其行为后果的重视程度要低于其作为一种重要的象征性姿态所发挥的作用”。^③此后,在德国、日本、瑞士等国也出现了关于象征性刑法问题的讨论。目前学界一般将象征性刑法界定为:国家为了安抚民众的不安全感或为了彰显对于公共问题的姿态与价值立场等所谓的“隐性目的”,而无视法益保护这一“显性目的”,忽略或放弃该罪名实际实施效果的刑事立法。^④

应该说,站在传统自由主义刑法观的立场上看,象征性刑法问题的提出确有一定的学术意义。但是,

* 西南政法大学法学院副教授、重庆大学法学院博士后研究人员

基金项目:国家社会科学基金项目(17BSH085)、重庆市博士后特别资助项目(Xm2017060)、西南政法大学青年创新团队项目(2017XZCXTD-01)

① 参见程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期;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》,《政治与法律》2017年第3期。

② Joseph R. Gusfield, On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance, 56 California Law Review, 57(1968).

③ Joseph R. Gusfield, On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance, 56 California Law Review, 57(1968).

④ 参见[德]托马斯·李希特:《象征性刑法及其带来的问题——德国的讨论状况》,[日]中空寿雅译,《比较法学》2006年第3期。

象征性刑法的定义涉及多个方面,对其含义不能简单地给予回答。^①事实上,就连究竟哪些刑事立法属于象征性刑法的范畴,都存在较大的争议。有德国学者认为,象征性刑法主要存在于“‘道德违反’的领域,即那些尽管并没有在物质上给个人造成损害,但侵害了对诚实的、谨慎的和‘文明’的行为之期待”。^②而刘艳红教授认为:“恐怖犯罪、网络犯罪与环境犯罪,是20年来我国象征性刑事立法的典型代表。”^③除此以外,象征性刑法广泛存在于针对经济秩序、社会秩序乃至个人法益的犯罪(如强奸罪)等领域。程红教授则提出不同的意见:“我国刑法中的象征性立法并非体现在环境犯罪、恐怖犯罪、网络犯罪之中。相反,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。”^④可见,象征性刑法概念的内涵与外延并不清晰,使得其似乎成为一个批判刑事立法的“万能”工具。但从某种意义上讲,这一模糊的“万能”批判工具本身也是一个“危险的”工具,即批判者可能会根据自己的价值偏好,随时将其当做“武器”来攻击某一刑事立法,使得该立法所具备的积极价值被无视,而整体上被当做是“失败”的立法。因此,笔者拟围绕当前学界针对象征性刑法概念提出的3点核心批评——即“无效”“不正当”(并非为了保护法益)和“不谦抑”——依次展开分析,以明确其究竟是否真的如此“不堪”而该当这一负面标签,抑或只是批判者自身的批判路径存在问题。基于此,笔者将就以下问题展开论证:第一,被批判为无效的所谓象征性刑法罪名真的是无效的吗?第二,刑法能够以彰显国家的价值观或安抚民众的内心不安为正当目的的吗?又该如何理解“以法益保护为目的”?第三,象征性刑法在当前社会背景下真的违背刑法谦抑原则吗?经分析,笔者得出的结论是,象征性刑法并非“天然”不正当,而是具有一定的存在合理性。

二、“缺乏规制效果”的批判存在逻辑问题

当前学界有论者从“罪名的空置率高”“无法根除犯罪的生成土壤”以及“难以处置现实的犯罪行为”等方面来批判某些罪名缺乏实际规制效果,进而认为其并不是为了保护法益而是出于其他的目的考量,因此,将其归入象征性刑法范畴。笔者认为,以上批判的逻辑值得商榷。不得不说,其第一步认定某罪名立法属于无效立法的理由就存在问题。

(一)对“罪名空置率高”批判的检讨

刘艳红教授根据对“北大法宝案例库”的查询指出,截至2016年12月31日,1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中原有的3个网络犯罪罪名,即非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪和扰乱无线电通讯管理秩序罪,其案例数非常少,分别是2例、47例和105例;而《中华人民共和国刑法修正案(三)》《中华人民共和国刑法修正案(七)》《中华人民共和国刑法修正案(九)》中新增的相关网络犯罪罪名的案例数则更少。“如此低的适用率显然无法向国民传达‘刑法法规的有效性’并发挥犯罪预防的作用,换言之,我国网络犯罪的刑罚法规缺乏法律本该具有的实质效果。”^⑤与之类似,“恐怖犯罪的罪名,……其司法适用率亦非常之低,实际效果似乎有限”。^⑥这一批判路径同样见于程红教授的论述:“由于社会管理日趋复杂,因此刑法立法强势介入社会的一般治理领域……刑法的规定沦为纸面上的宣传,这才是真正应予否定的象征性立法。例如,1997年《刑法》第222条规定的虚假广告罪。自设立该罪以来,20年来实务上对该罪予以规制的案例寥寥无几,裁判文书网上仅能检索到区区16份法律文书。”^⑦

笔者认为,以上论证方法及论者得出的结论存在问题。诚如刘艳红教授所言,“北大法宝案例库”是中国法律信息服务的领导品牌,但根据其提供的信息并不能够得出“某些罪名空置率高进而属于无效刑事立

① 参见[德]托马斯·李希特:《象征性刑法及其带来的问题——德国的讨论状况》,[日]中空寿雅译,《比较法学》2006年第3期。

② [德]托马斯·魏根特:《德国刑法向何处去?——21世纪的问题与发展趋势》,张志钢译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第49卷),法律出版社2017年版,第382页。

③ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

④ 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

⑤ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑥ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑦ 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

法”的结论。具体而言,截至2018年5月1日,笔者查询“北大法宝案例库”发现,即便是一些非网络犯罪或恐怖主义犯罪的普通罪名,也存在空置率高的问题。例如,拐骗儿童罪的一审刑事判决为28例,组织出卖人体器官罪的判例为15例,非法生产、运输制毒物品罪的判例为5例,医疗事故罪的判例为3例,虐待被监护人、看护人罪的判例则只有1例。应该说,这些罪名的适用率与上述被批判为象征性刑法的罪名相比并没有显著的差异,但诸如组织出卖人体器官罪、非法生产、运输制毒物品罪等罪却被刘艳红教授认为是“20年来我国刑事立法中的实效性立法之成功典范”。另外,被刘艳红教授批判为典型象征性立法的环境保护类罪名的适用率并不低,并不存在空置的现象。例如,经对“北大法宝案例库”的查询发现,非法狩猎罪一审刑事判决为3458例,非法捕捞水产品罪的判例是3187例,污染环境罪的判例则高达5404例。就程红教授在文中提到的虚假广告罪来说,截至2018年5月1日,经查询“中国裁判文书网”发现,一审刑事判决有90例,而非程红教授所述的16例。当然,本次查询距离程红教授论文发表的时间有4个多月,但一来不太可能在这短短的4个月内,虚假广告罪的适用率就增长了近6倍;二来即便说程红教授之前得到的数据无误,但在这4个月内适用率增加如此之快,也正说明该罪的设立并非只追求刑法的纸面宣示效应,而不考虑是否能够切实适用。可见,仅通过对数据库的查询无法为求证某罪的适用率提供准确的数据支撑。

其实影响罪名适用率高低的因素有很多。例如,犯罪的发案率(这又涉及诱发犯罪产生的社会与自然环境等因素、犯罪实施的便利程度、抑制犯罪产生的因素等),犯罪黑数的大小,证明犯罪的难度,等等。从某种程度上说,刑法中的罪名适用率呈现出“枣核”状的分布特征,从2013年至2017年的司法大数据来看,“适用率最高的是位于中间部位的‘侵犯财产罪’‘妨害社会管理秩序罪’‘危害公共安全罪’‘侵犯公民人身权利民主权利罪’‘破坏社会主义市场经济秩序罪’”,^①并依次向两边递减。而每个章节亦是呈现出少数几个核心罪名的适用率最高,依次向两边递减的规律。可以预见,当前在我国刑法中危害国家安全罪、危害国防利益罪、军人违反职责罪等章节的适用率最低,如果日后出现诸如针对核设施、核材料的新类型犯罪、^②针对人类基因组的犯罪等,那么其发案率势必也不会太高,但对规定这些犯罪的罪名来说,显然不会因为其适用率不高而否定其存在的必要性和正当性。其实,以罪名空置率为标准来认定立法是否无效会导致与其他显性认定标准的冲突。以被批判为象征性刑法的环境保护类罪名为例,从当前自然环境治理的效果看,可以说该立法并不是因为“在‘污染控制’这一‘被认为是最为重要的规制领域之一’”,^③我国“政府受到极大的压力,要引入适当的规制措施让国民放心”,^④也并非“只能举出在公共停车场换油、农民把肥料排入下水道或家庭垃圾没倒入指定地点”等诸如此类“不能解决环境污染的核心问题”^⑤的琐碎例子,而是真正起到了良好的环境治理和污染防治作用。以云南省环境保护厅网站公布的2008年至2016年9年间该省主要湖泊水质优良率为例,其依次为68.3%、63.4%、67.2%、70.5%、64.06%、85.07%、83%、85%、83.8%。考虑到2011年5月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案(八)》以及2013年6月17日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(将1997年《刑法》第338条“污染环境罪”由结果犯部分变成危险犯,使得预防的节点提前)贯彻实施所需的时间以及湖泊水质被污染后治理恢复所需的时间,应该说,这一比率的变动确实体现了污染环境罪在治理环境污染方面所起到的客观作用。

① 靳高凤等:《中国犯罪形势分析与预测(2017—2018)》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2018年第2期。

② 关于核设施和核材料的刑法保护,1997年《中华人民共和国刑法》只规定了第125条之“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物罪”和第151条之“走私核材料罪”,即只是将其当作一种危险物来管控。而《德国刑法》则规定得更为专门、精细和系统,其包括第307条“引起核能的爆炸罪”、第309条“离子辐射的乱用罪”、第310条“爆炸的或者辐射的重罪的准备罪”、第311条“离子辐射的释放罪”、第312条“有缺陷地生产核技术设备罪”等。假以时日,如果核设施在我国轻、重工业领域进一步普及,针对其犯罪的情况大量出现,那么我国刑法中核犯罪罪名的设置也可能朝德国刑法的方向发展,而这并不能被批判为象征性刑法。

③ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

④ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑤ 参见[德]托马斯·李希特:《象征性刑法及其带来的问题——德国的讨论状况》,[日]中空寿雅译,《比较法学》2006年第3期。

(二)对“某罪名无法根治犯罪”批判的检讨

当前认定某罪名无效的一个重要依据是该罪名无法消除某类犯罪的发生根源。例如,何荣功教授针对近年来我国刑法中反恐罪名的修改表示:“回头反思恐怖活动产生的原因,它是否与具有不同文化、传统、意识形态、宗教、生活方式以及价值标准的国家与人群之间的直接交往所伴生的强烈不平等有关?是否与现代性导致的政治日益隔阂和分裂的社会有关?是否与国家社会政策设计和执行不足有关?而在我国是否意味着民族政策到了需要调整和完善的时候了?”^①还有论者认为将考试作弊行为入刑正是象征性立法的体现。因为重大的泄题事件一般是内部人员基于利益的驱动,同时伴随政府部门监管不严和相关人员的渎职行为而引发的。不考虑这些,将考试作弊行为一概入罪,可能仍难以追溯其发生的根源,甚至会遮蔽民众对于监管机制本身的反思,从而导致最终的实际受罚人沦为事件的“替罪羊”。也就是说,将考试作弊行为入刑“仅为表明态度,而不(直接)求实际规范效果”。^②对于此类观点,笔者持质疑态度,认为不能因为某罪名无法根治犯罪而批判该罪名缺乏实际执行效果。

应该说,追求犯罪的彻底治理的确是包括刑法在内的整体刑事法规范存续的终极目标,但其首先是犯罪学、刑事政策学乃至社会政策所要考虑的议题。如果前述论者的逻辑成立,那么很多罪名都可以被归入象征性刑法的范畴。例如,就组织出卖人体器官罪而言,私下器官买卖活动猖獗的原因主要是人体器官长期处于供不应求的局面。据中国人体器官捐献管理中心统计,我国每年移植器官需求人数高达1 500 000人,而截至2018年3月11日,全国器官捐献完成案例只有16 223例。绝大多数患者都在苦苦等待器官配型中离世。^③一般来说,人体器官私下买卖活动的发生取决于以下因素:一是人体器官的供应量;二是买方的身体情况,这决定了其能够等待正常供体的时间;三是买卖双方的经济状况。不得不说,规定组织出卖人体器官罪并没有解决这些导致犯罪生成之根本因素中的任何一个,但刘艳红教授认为,该罪名是近年来“成功的立法典范”。^④其实,不仅被批判为象征性立法的罪名难以“溯及犯罪的根源”,而且事实上任何一个罪名都难以做到这一点。意大利学者菲利指出:“如果我们把犯罪的总体结果与导致其产生的人类学的、自然的和社会的因素的不同特征进行比较,就会很容易发现刑罚对犯罪的结果只不过略微有些影响。”^⑤意大利刑法学家贝卡里亚甚至认为:“在欢乐和痛苦这些无限的和极为对立的引力的作用下,人类的法律是不可能阻止出现纠葛和越轨行为的。”^⑥

(三)对“难以处置犯罪”批判的检讨

有学者将实践中的处置困境归咎于立法的象征性。例如,刘艳红教授认为:“恐怖犯罪具有准战争的性质,它们多采用武装袭击或者自杀式爆炸袭击,事先布置周密,事后恐怖分子或死亡或逃亡而极难抓获,对之绳之以法的概率很低”。^⑦而就环境犯罪而言,因为生态环境不具有自我意识,所以其极易受害且在侵害行为被发现之前,外界又难以察觉其被害状况。而一旦污染环境的危害结果发生,短期内又难以恢复。“这也是为什么刑事立法对环境犯罪的规制越来越严,而现实生活中严重的环境污染却未有减少的原因之一。”^⑧程红教授亦认为,虚假广告罪一方面适用极少,另一方面“现实生活中虚假广告的泛滥程度已到了令人无法忍受的地步”。^⑨究其根源,在于立法者在将该行为入罪时主要追求的是刑法的宣示效应,而未周密思考与论证虚假广告的内涵、外延、存在土壤、行政执法对于虚假广告的抑制效果和刑法其他规

① 何荣功:《“预防性”反恐刑事立法思考》,《中国法学》2016年第3期。

② 邵博文:《晚近我国刑事立法趋向评析——由〈刑法修正案(九)〉展开》,《法制与社会发展》2016年第5期。

③ 在写作本文期间,电影《我不是药神》上映。事实上,除了买不起高价救命药的患者以外,等待器官移植患者的处境可能更为艰难,因为除了苦苦等待可配型的器官之外,大多数患者都无可奈何。

④ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑤ [意]菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第177页。

⑥ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第119页。

⑦ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑧ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

⑨ 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

定对于虚假广告行为的边际效应等。^①对于诸如此类观点,笔者认为,不能因为某种罪行难以处置或难以进行情境预防就认为其属于无效刑事立法。

必须承认,在实践中某些恐怖爆炸、暴乱活动确实难以阻止,在被害人自杀或逃亡的情况下,也无法绳之以法,进而使得消极的一般预防作用难以发挥,但一则这些只是司法实践中的个例,并非所有的恐怖主义犯罪均是如此,也不能排除刑罚对于恐怖主义活动的参加、宣传、煽动、准备实施阶段能够发挥预防作用;二则针对这些特例,即便消极的一般预防作用难以发挥,但从道义责任和积极的一般预防的角度看,仍然有必要设置与其罪行性质相适应的刑罚评价。就环境犯罪而言,虽然作为典型的累积犯所造成的危害后果可能并不能马上显现,因而无法立即处置,但是“若同类行为被大量从事,超过某种程度之后便会突然爆发灾情”。^②也正因如此,刑法才将污染环境罪由结果犯转变为危险犯。其实,累积犯概念的出现本身就表明道德谴责和行政处罚已经对相关事项失去约束作用,如果再排斥刑法的介入,那么只会导致累积的危害后果更早出现。

事实上,如果彻底贯彻前述第二个、第三个标准,那么故意杀人罪可能也要被纳入象征性刑法的范畴。因为对于当前不断出现的随机杀人案件,根据日本法务省综合研究所2013年的研究,其发生根源难以探明,只能大体概括出随机杀人事件犯罪人的一般特征,即“许多都是无业、家庭不和、居所不安定等高犯罪危险因子的人……此外,交友关系与异性关系方面,也非常稀薄”。^③就犯罪预防来说,其性质属于“动机不明,于任何时间与地点,任何人都有可能受害的案件。从环境犯罪学的观点而言……随机杀人时间正是不知何时,也不分地点,任何人都有可能被害的案件,可以说是几乎无法预防的犯罪”。^④但是,无论如何都不能因为不断出现随机杀人的案件就认为故意杀人罪立法也是无效的象征性立法。与之相似的例子还有利用未公开信息交易罪。的确,未公开信息交易行为确实难以查证和预防,可是未公开信息交易罪只是内幕交易罪在主体和行为方式上的补充,如果认为未公开信息交易罪立法属于象征性立法,那么内幕交易罪也难逃责难。果真如此,那么将使得批判的对象不受控制地遍及我国刑法第三章第四节,使得该章节所保护的核心法益——金融管理秩序以及公私财产权受刑法保护之正当性——受到根本动摇,而这样的结果显然令人难以接受。

三、不能因为刑事立法过程彰显了政策性就认定其失当

一般认为,象征性刑法以彰显国家的价值观或安抚民众情绪为目的。例如,德国学者罗克信就认为:“主要不是为了避免损害的象征性刑法并非用以处罚法益侵害,而是立法者想要借此声明一些特定的价值观或设定的目标”。^⑤这些特定价值观和国家设定的目标,通常包括为了满足现实行动的需要、安抚国民、表达国家的自我姿态等潜在的机能等。^⑥但正如日本学者关哲夫所言:“判断是否象征的刑事立法并不是容易的事。由于刑事立法不仅具有作为社会成员的规范意识、价值意识的诉求的一面,而且还具有作为表现立法者的刑事政策的姿势的一面,因此该刑事立法是否象征性刑事立法的判断并不容易。另外,假如能够确定该刑事立法是象征性的刑事立法,并不能因此就立即排除这种刑事立法。重要的是,这个刑事立法中的法益关联性能被多大程度地确保。”^⑦笔者认为,国家立法活动本身就是价值选择的过程,只要不是为了自我满足的目的,而是最终能够归结到“为了人类而存在”,那么国家通过刑事立法彰显某种价值观就并非不可接受。刑法及时回应民众的不安,并非只为了“安抚民众,赢得选票”,而是因为这种不安和焦虑

① 参进程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

② 钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台湾元照出版有限公司2012年版,第251页。

③ 李茂生:《随机杀人事件的成因与对策初探》,《犯罪与刑事司法研究》2016年第26期。

④ 李茂生:《随机杀人事件的成因与对策初探》,《犯罪与刑事司法研究》2016年第26期。

⑤ [德]罗克信:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期。

⑥ 参见[德]托马斯·李希特:《象征性刑法及其带来的问题——德国的讨论状况》,[日]中空寿雅译,《比较法学》2006年第3期。

⑦ [日]关哲夫:《现代社会中法益论的课题》,王充译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第12卷),法律出版社2007年版,第350页。

可能会深刻影响社群的稳定以及民众对法律规范和对社群的认同,并且最终又会反过来伤害个体法益。^①

(一)彰显国家的价值观是(刑事)立法活动的应有之义

刑事政策并非本体论意义上的实然科学,而是规范论之价值的科学。“犯罪学与法社会学之事实发现,需经由刑事政策,参酌宪法上的价值秩序、法学上之价值原则及法哲学之价值理念或法理念,经由价值判断后,方足以形成立法上之行动。”^②可见刑事立法活动无论是立法的方法、过程还是最后的结果,都脱离不了价值的考量。因此,国家通过刑事立法彰显价值观并没有问题,只要其不是为了满足自我保护的目的即可。例如,就刑法的生态法益保护而言,主要存在生态中心主义与人类中心主义两种价值考量的保护径路,^③而无论采用哪种保护模式都是刑法对于生态法益价值认同的体现,只不过前者较之于后者认同的程度更甚,而不能说刑法采用前一种模式就是一种“情绪的表达”或“仅为明确姿态”。其实,刑法究竟采用哪一种保护模式,主要取决于立法者对于生态环境之于人类世界的重要性和对生态环境内部结构的复杂性及其修复困难度的认识程度,即便采用生态中心模式,其归根结底也是为了保护人类而存在的,不存在脱离人类世界的生态,也不存在不为人类利益而进行的生态保护。

与之类似,刑法废除嫖宿幼女罪也并非“情绪性地”表达国家在这一问题上的姿态。从根本上讲,立法者只是在究竟应否承认幼女的性自主权,进而刑法的保护模式究竟是落脚于幼女的性自主权还是落脚于幼女的身心健康这一问题上,并最终选择了后者。其实,这一价值选择的结果恰恰是与1997年《刑法》第17条“年龄对未成年人责任能力的影响”、第236条强奸罪以及2013年发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》之第19、20、21条所体现出来的未成年人的自由意志之设定相契合的。当然,正如刘宪权教授所言:“在性观念逐渐放开的时代,对性的限制应该是逐渐放开而不是愈发缩紧,与此相对应的,刑法对性权利的保护也应当是逐渐减弱而不是加强”。^④但是,这一发展趋势的断定是针对成年人的性权利来说的,对于侵害幼女犯罪来说,其侵害法益的抉择更多地还是与一国的未成年人保护政策、儿童身心发育水平、儿童性心理学的发展程度、性侵儿童犯罪的查处水平、儿童援交的发展态势等相关的。从目前看,在嫖宿幼女罪废除之根据问题上,回归到当前刑法中自由意志的整体观念体系,不能说是立法者在情绪性地表达自己的价值观。其实无论是承认“性自主说”抑或采“身心健康说”,都是一种保护未成年人之价值观的彰显,并且,从现阶段我国的社会环境以及世界范围内刑法的变革趋势看(大陆法系国家对于散布淫秽物品罪等性风化犯罪侵害的法益,现在更多的是限定在保护未成年人的身心健康层面),采后一种价值观似乎更能全面、彻底地保护幼女的合法权益。

综上所述,笔者认为,任何刑事立法活动本身其实都体现了国家的价值观,单纯以此为由来批评某些刑事立法象征性刑法是有问题的,归根结底要看该立法最终是否以保护法益为目标。

(二)通过刑事立法回应民众的内心不安并非一律不具有正当性

从法益保护的刑法目的观出发,不以法益保护为目标设立的罪名无疑缺乏正当性,但是否与法益相关联,不能从纯粹个人主义的法益观去评价。德国学者哈塞默曾明确指出:“个人法益清楚地处于重要的地位,并且剩余的世界法益只是为了保护相关个人而居中协调的利益,并由个人保护的观点出发来运作与界

① 以污染环境罪为例,如果刑法对作为抽象危险犯的污染环境行为不加治理,那么不但会形成累积效应,而且很可能会产生“搭便车效应”(只从别人的治理成果中索取,却逃避应承担的治理成本,最终导致环境保护的惰性)和“破窗效应”。这又会进一步加速危害结果的累积并形成恶性循环。

② Heinz Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl., 1980, S. 14.

③ 张明楷教授指出,对于生态法益的刑法保护模式,“既不能仅采取纯粹生态学的法益论,也不能仅采取纯粹人类中心的法益论,而应采取生态学的人类中心的法益论(折中说);只要生态学的法益与人类中心的法益不相抵触,就需要保护生态学的法益”。张明楷:《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期。严格来说,这其实是对以往学界对于生态中心模式之误读(认为生态中心主义的刑法保护模式与人类利益的保护无关)的矫正,其仍是生态中心主义的一种表述,而并没有在生态中心主义与人类中心主义之外另行创设一种新的保护模式。

④ 刘宪权:《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,《法学评论》2016年第1期。

定这些法益。”^①同时,他还认为,法益概念应该类如“观念的石头”,能具体可感觉其存在者,始足当之。^②但实际上这个所谓“观念的石头”本身就存在解释论上的问题,即何谓能够“具体可感觉其存在”难以准确界定,其究竟是指法益应具有客观的具相性还是应具有现实的可感知性并不清楚。这导致个人主义法益观难以合理解释针对民众“内心不安感”的犯罪问题,而不得不将这一法益类型一律归入象征性刑法领域。但笔者认为,即使我们尊重学界约定俗成的象征性刑法概念,认为以安抚民众不安感为目标(显在目标)的罪名象征性刑法,也并不能因此就否定其正当性。换言之,要将对象征性刑法的界定与评价区分开,不能站在个人主义法益的立场上,认为只要是象征性刑法就是不正当的,而是要进一步确认这种不安感在多大程度上能够被承认为适格的法益。笔者在下面将以两个具有代表性的罪名——针对个人情感侵害的“跟踪骚扰罪”以及针对公众情感侵害的“赞同、否定或粉饰纳粹大屠杀罪”——为例来具体说明。

跟踪骚扰行为是指犯罪人怀着非法的目的对特定的目标进行有意的跟踪行为。一般认为,该行为可能会造成被害人合理的心理恐惧,进而造成被害人心理或情感上的伤害。^③虽然“传统上,没有身体伤害或身体健康威胁的情绪困扰并不存在刑事责任”,^④并且,德国刑法学者认为,该罪的设立只是为了增加公众的安全感,更可能是一种象征性意义的刑事立法,^⑤但是这并不能阻止跟踪骚扰行为在世界范围内入罪的潮流。例如,美国联邦及各州和哥伦比亚特区于1996年均通过了反跟踪骚扰法,日本于2000年5月通过了《缠扰行为防制法》,德国于2006年在刑法典中新增第238条跟踪罪,加拿大、澳大利亚、英格兰、苏格兰、威尔士、挪威、瑞典、荷兰、奥地利等国家或地区以及我国香港特别行政区和台湾地区均出台法律对该种行为予以规制。这一立法运动背后的推动因素明显不能简单地斥责为“激情立法”“民粹立法”。其最终原因还是20世纪80年代,跟踪骚扰行为已成为困扰世界各国的社会性和法律性的问题。一方面,即便跟踪过程不一定会发生肢体暴力,外表也不会留下伤痕,但众多的研究表明,跟踪行为会对被害人的生理、心理造成相当严重的创伤并给社会带来深远的负面影响;^⑥另一方面,对于跟踪骚扰行为通过民事诉讼或民事禁止令来制止,一是不及时,二是威慑力相当有限。美国纽约州立法机关曾在1992年试图通过修订恐吓和骚扰条款来惩罚追踪骚扰行为,但不得不承认这些修改都达不到规制的目的,“缠扰行为……近年来已经变得越来越普遍”。^⑦基于此,如果仍恪守个人主义法益观,那么,要么只能回避对于该法益的讨论或者将设立该罪所保护的法益模糊化为“个人的法和平”,要么只能强调存在对被跟踪骚扰对象的或然性伤害或是被谋杀的抽象性危险。但必须指出,这些策略仅是权宜之计,显然不能为了满足个人主义法益论者对于古典自由主义的向往而刻意回避当下新出现的犯罪类型。当然,此类个人情感法益确实存在不法判断上的主观性问题,但这个问题其实可以通过对构成要件的客观化设计以及通过学理解释、制定司法解释和出台指导性的司法判例等方式予以解决。

另一个例子是针对公共情感的损害。罗克信认为《德国刑法》第130条(煽动民众罪)第3、4款“赞同、否认或粉饰纳粹”罪行之规定系典型的象征性刑法。^⑧其理由是:“完全或者部分否认历史事实,不承认犯罪,并不损害当代活着的人们的共同生活,尤其是因为这种事实是已经被证明的并且其历史真相得到普遍的承认。这种规定的实在意义在于,表达作为一个已改过自新的国家的当今德国,不隐瞒或者不回避希特

① 转引自[德]许迺曼:《批判德国刑法学思潮》,钟豪峰、彭文茂译,载许玉秀、陈志辉主编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》,台湾新学林出版股份有限公司2006年版,第66页。

② 参见陈志龙:《法益与刑事立法》,台湾大学丛书编辑委员会1992年版,第57页。

③ See Markus D. Dubber and Tatjana Hörnle, Criminal Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, 2014, p. 138.

④ Avlana K. Eisenberg, Criminal Infliction of Emotional Distress, 113 Michigan Law Review, 609(2015).

⑤ 参见[德]托马斯·李希特:《象征性刑法及其带来的问题——德国的讨论状况》,[日]中空寿雅译,《比较法学》2006年第3期。

⑥ See Brewster, Mary P., Exploration of the Experiences and Needs of Former Intimate Stalking Victims, Bureau of Justice Statistics (1998).

⑦ Markus D. Dubber and Tatjana Hörnle, Criminal Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, 2014, p. 139.

⑧ 《德国刑法》第130条(煽动民众罪)第3、4款规定:“(3)以足以破坏公众安宁之方式,而公开或于集会中赞同、否认或粉饰此等于纳粹统治下所实施之合于国际刑法典第6条第1项所列举样态之行为者,处5年以下有期徒刑或罚金。(4)以伤害被害人之尊严的方式,而赞同、颂扬或正当化纳粹之暴力与恣意统治,借以公开或在集会中破坏公众安宁者,处3年以下有期徒刑或罚金。”

勒时代的犯罪。这是一个值得肯定的目标设定。但是对这种犯罪的追究并不服务于法益保护。”^①虽然我们不能否认这一条款确实表达了规定这一罪名的国家的公共姿态和价值设定,但是由此断定该罪名并不服务于法益保护则有待商榷。一方面,这一结论与作为通说的宪法的法益概念存在内部冲突。从宪法中引导出法益概念被德国众多学者主张。罗克信亦认为:“一个在刑事政策上有拘束力的法益概念,只能产生于我们在基本法中载明的建立在个人自由基础之上的法治国家的任务。”^②但实际上,《德国基本法》首先就不是价值中立的法,而是将反纳粹作为其基础制定的。德国联邦法院曾在一份裁定中明确表示:“考虑到纳粹统治给欧洲和世界其他一些地方带来的无可比拟的极端不公正和恐怖,以及联邦德国的出现应当被理解为是对纳粹统治的否定,这种限制对纳粹暴政进行背书和宣传的法律规定,是可以得到《德国基本法》第5条第1款和第2款的当然支持的,这些规定是原则上禁止制定涉及言论自由的特别法的例外情况。”^③另外,德国联邦宪法法院通过战斗式民主理论(否定自由和民主的人不能享有自由和民主)对“社会主义帝国党(德国极右翼新纳粹政党)违宪案”^④做出判决,认定该政党的活动违反《德国基本法》第21条第2款的规定,从根本上动摇了自由民主基本秩序,危害到国家的生存,因而判定该政党违宪。可见,《德国基本法》的规定是将反纳粹视为国家基本秩序和国家存立的一部分的,因此,并不能说在公共场合赞同、否认或粉饰纳粹大屠杀的言行没有侵犯源于基本法的适格法益。另一方面,纳粹确实已成为历史,但当前新纳粹政治势力在欧洲乃至世界范围内有沉渣泛起之势。^⑤几乎每年的2月14日在德国德累斯顿市举行“盟军轰炸德累斯顿纪念日”前后,该市都会爆发大规模的新纳粹分子与反纳粹民众的激烈冲突。可见,虽然纳粹已成为历史,但是赞同、否认与粉饰纳粹的行为仍会给当代人造成现实、可感知的恐慌、不安和愤怒,进而危害到公共秩序的稳定和国家的内部安全。

需要指出的是,跟踪骚扰行为与赞同、否认与粉饰纳粹行为所造成的精神层面的伤害类型,不同于失恋抑或个人秉持的某种“生活价值观”被否定或被质疑时产生的个体性、主观性的沮丧或愤怒,后者这类“情感受挫事件”在另一个人看来可能根本不值一提,甚至未必会被当做是坏事。而以上两种情感伤害,却具有真实性和确定性,即在特定社会中的一般人在此情境下都会造成这种伤害,前者类似于强奸行为所造成的女性主体客体化、不洁感等精神伤害(这也是为什么强奸罪的法定刑重于同等程度的故意伤害罪的法定刑的根源所在),或是寻衅滋事罪中被追逐、拦截时个体产生的恐慌;后者类似于公民宗教信仰自由被非法剥夺或者少数民族风俗习惯被侵犯时产生的心理伤害与不安。另外,从刑罚目的方面看,无论是持“报应论”“功利论”抑或“修复式正义论”,处罚此类犯罪都具有正当性。因此,刑法完全可以承认这种公共“情感领域”的不安感也是新型的法益类型,而非单纯的价值设定。如此看来,设立这两种罪名也不应被冠以象征性刑事立法的名号,进而否定其正当性。

综上所述,刑事立法彰显国家的价值观本是立法活动的应有之义,所谓为了安抚民众的不安感等“潜在的目的”设定,也并非一律失当,归根结底,还是要看该刑事立法是否为了保护法益。而法益理论亦须适

① [德]罗克信:《法益讨论的新发展》,许丝捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期。

② [德]罗克信:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

③ 张翔主编:《德国宪法案例选释(第1辑):基本权利总论》,法律出版社2012年版,第282页。

④ 审理该案的德国联邦法院认定,政党宗旨或党员行为有意破坏或推翻自由和民主的基本秩序,或有意危害德意志联邦共和国的生存的,属于违反宪法。

⑤ 2018年4月27日通过的《中华人民共和国英雄烈士保护法》第27条第2款规定:“亵渎、否定英雄烈士事迹和精神,宣扬、美化侵略战争和侵略行为,寻衅滋事,扰乱公共秩序,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”其实在司法实践中,对于公然宣扬、美化侵略的言行,也一直是套用起哄闹事型寻衅滋事罪来处理的,但是,如果公然宣扬、美化的行为是在互联网上进行的,那么能否将网络空间秩序认定为是公共场所秩序还有疑问;此外,此种言行能否被认定为系“起哄闹事”也有疑问。事实上,与其认定诸如赞同、否认或粉饰纳粹大屠杀罪等罪行象征性刑法,而迫使对该类行为的处罚交由已然成为“口袋”的罪名,还不如正面承认这一罪名的合法性进而明确其构成要件,因为后一种做法可能更能罚当其罪。笔者认为,在未来修法之前,可以暂且将部分赞同、否认、粉饰纳粹的行为实质性地纳入1997年《中华人民共和国刑法》第120条之三“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪”之“宣扬极端主义罪”中。当然,对于单纯的赞同、否认和粉饰过去的纳粹而没有明显危害现实公共安全的行为,待时机成熟时仍有必要单独立法,建议将其作为1997年《中华人民共和国刑法》第120条之七。2018年3月14日召开“两会”期间,江苏省代表团的多位全国人大代表即联名提交了关于《完善立法保护国格与民族尊严》的议案,呼吁从立法层面将宣扬日本军国主义、法西斯主义的行为纳入刑法规制的范畴。

时修正其内涵,实质性地认定新的法益类型(如个人或公众的情感安宁等),^①而不是固守个人主义价值观,带有前见性地以某罪名“只表明国家价值观或目标设定”而“不是服务于法益保护的”为由,给该罪名贴上被污名化的“象征性刑法”之标签。

四、古典刑法的谦抑性原则不能作为批判象征性刑法的工具

对象征性刑法的一个重要批判是认为其背离了古典刑法的谦抑性原则。例如,刘艳红教授指出,象征性刑法具备的“入罪化、早期化、法益概念的抽象化、重罚化等特征,均表明象征性立法没有遵守刑法谦抑原则,从而损害了刑法的人权保障功能”。^② 上述论者得出这一结论的根据是,“在古典刑法时代,以社会契约论与三权分立理论为基础建立起来的自由刑法,对于当今各类刑事立法与刑法理论的构建仍具坐标性的引领作用”。^③程红教授也指出:“象征性立法将刑法视为安抚社会与管控风险的优先选择,违背了刑法不应成为‘最先保障法’的原则……最终的结果是:国家权力的扩张以及更大程度地介入公众个人的社会生活,公众则是以牺牲自己的一部分权利与自由的代价来换取安全的社会生活。”^④从以上论述可以得出两点结论:一是认为象征性刑法背离刑法的谦抑性原则,二是认为其背后的根据是古典刑法所赖以扎根的社会契约论。事实上,除了不谦抑以外,对象征性刑法的其他批判,也均是站在古典社会契约论的价值立场上进行的。例如,罗克信之所以认定象征性刑法不是以法益保护为目的,是因为其所理解的法益是以启蒙时代的社会契约论为基础的,“可以从启蒙时代国家理论学者所发展的社会契约论中推导出这样一个法益理解,因此国民只在欲确保一个和平、自由且能保障其人权的社会生活时,才赋予国家刑法权限”。^⑤但正如周光权教授所言:“刑法谦抑性的具体内容会随着时代的发展而变化,刑罚处罚范围也并非越窄越好。”^⑥笔者认为,古典刑法所扎根的社会形态已成过往,刑法治理犯罪的理念和方法也应与以往有所不同。正如有的学者所言:“社会转型期必然伴随着社会治理问题的集中式爆发……刑法的功能也从‘作为社会治理的最后手段’转向‘为实现有效的社会控制’的积极预防。”^⑦对刑法谦抑性的理解不能始终囿于传统社会的背景,在当前后传统社会背景下,刑法强调其象征性并不违反谦抑原则。具体而言,当前刑法领域出现的象征性立法现象,应该归于传统社会向后传统社会的转型。在这一转型过程中不但充斥着各种人为的、技术性风险,而且伴随着“传统”的终结以及信任缺失的情形,从中无法推导出古典的刑法谦抑性所赖以扎根的社会环境及支撑其成立的社会契约论。换言之,当前社会犯罪的刑法治理,不能也无法全面恪守传统的刑法谦抑性原则。具体来说,在后传统社会中,由于全球化的发展加剧了时间与空间的分离,时间与空间不再与具体化的地方叙事相结合,因此时空成为空洞的形式化概念,进而社会关系从地方化情境中抽离,象征性符号(货币、语言等)与专家系统成为社会信任的保证。^⑧这导致以下两个方面特征的出现。

一方面,传统社会的道德规范随着社会关系的抽象化而逐步消解。正如英国学者吉登斯所言:“所有

① 应该说,法益在当前社会的扩张是必然的。正如德国学者希尔根多夫所言:“科技的发展不仅直接催生新的侵害方式和对法律上新的保护规定的需求,还间接影响社会的态度和价值。由此,法益将失去威望,直到它们仅仅变为个别利益的表述方式,其他的利益则将进入法益行列。”[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第32页。

② 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》,《政治与法律》2017年第3期。

③ 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》,《政治与法律》2017年第3期。

④ 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

⑤ [德]克劳斯·罗克信:《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262页。

⑥ 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。

⑦ 蔡荣:《“网络语言暴力”入刑正当性及教义学分析》,《西南政法大学学报》2018年第2期。

⑧ 英国学者吉登斯以驾驶汽车来说明专家系统对于现代生活的重要性。他指出:“我走出家门,坐上一辆汽车,就进入了一系列完全充斥着专门知识的环境之中,包括汽车的设计和制造、高速公路、交叉路口、交通信号,以及其他许多相关的知识。人人都知道驾驶汽车是一种有危险的活动,承担着发生事故的风险。当我选择驾车外出时,我就接受了这种风险,但是我信赖上面所说的专业系列,他们将尽可能保证将事故的发生率降到最低点。”[英]吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,凤凰出版传媒集团、译林出版社2011年版,第24~25页。

传统都有规范的或道德的内容,使传统带有约束性特征”,^①而后传统社会正是传统逐渐消解的社会:(1)传统社会的人们均生活在以道德评价为准则的生活中,但在后传统社会中,由于社会关系的抽离,因此传统的道德评价标准被金钱、权力等象征性符号以及专家系统的权威所取代。(2)现代科学技术的发展,导致把人类科学和技术的组织原则应用到对自然世界的控制中,让世界普遍服从于人的意志,以人自我设定的尺度为尺度,而这种工具理性的思维天然地与传统道德的判断和美学的标准相排斥。(3)这种工具理性导致对传统经验的封存,“这种封存是在现代性的条件下,在日常生活中建立广泛的相对安全地带的先决条件。我们应该把这种后果都看成是现代制度发展的一种出人意料的后果,这种后果压抑了一组人类生活的基本的道德和存在要素,仿佛是将它们全排挤到一边去了”。^②

其实这些社会样态的变化并不只是学理的探讨,而是已经成为现实。以2013年底查处的“广东省陆丰市博社村制毒案”^③为例。据统计,2012年至2014年的3年间,广东省陆丰市生产的冰毒已占全国缴获冰毒总量的34.3%。在2013年12月29日的清剿行动中,共抓获182名犯罪嫌疑人,占该村家庭数的两成多,缴获冰毒2900多公斤。在该案中,原村委会主任兼党支部书记的宗族长老蔡东家是幕后老板。从这起案件可以看出,抽象的时空观和社会关系已经从中华民族被毒品荼毒的惨痛记忆和毒品受害人及其家庭所经历的现实人间悲剧的具象叙事中异化,作为地方传统社群的宗族机制和传统权威的象征——家族长老的形象——以及“不要碰毒品”“不要干坏事”的道德伦理约束在作为现代象征符号的金钱面前完全被瓦解。又如,2018年6月20日发生的甘肃女孩跳楼事件。^④在这起轰动全国的事件中,“在他人陷入危难时不得落井下石”的道德规范也已经失效。

另一方面,面对传统的消解、现代社会的复杂性以及专业知识的更新及其有限性,专家系统的信任机制不断受到质疑,权威的抽象体系越来越脆弱,导致的问题就是身处其中的人们产生“存在性焦虑”。^⑤对此,吉登斯指出:“如果基本信任没有得以建立,或者内心的矛盾没有得到抑制,那么,后果便是存在性焦虑的持续。因此,从最深刻的意义上说,信任的对立状态便是这样一种心态,它应被准确地概括为存在性焦虑或忧虑”。^⑥英国学者鲍曼也指出:“这个社会曾经由联系密切的社群与组织明确规定了保护规则并监督它们的实施;但在现代社会,那已被自利、自顾、自助的个体责任所取代——这个社会建筑在充满偶然性的流沙之上。因此,关于人类存在的不安情绪和对周遭危险抱有的普遍恐惧不可避免地成为这样一个社会所特有的症状。”^⑦

上述变化其实已经动摇扎根于古典社会中的刑法谦抑性之正当性基础。就刑法谦抑性来说,其通常是指立法机关只有在某刑法规范确属必不可少,即没有其他适当的社会规范、非刑事法规范或者更轻的刑罚规范可以替代的情况下,才能将某种违反法律秩序的行为设定成犯罪或是用相对较重的刑罚规范来规制。对此,古典刑法学理论往往从传统的社会契约论方面予以证成。例如,贝卡里亚曾指出:“人们牺牲一部分自由是为了平安无扰地享受剩下来的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一份自由的合法保存者和管理者……无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份最少量自由的结晶形成惩罚权……如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的”。^⑧应该说,对刑法谦抑性的上述理解和论证在传统社会不存在大的障碍,但在当前社会不能够完全自治。

① [德]乌尔里希·贝克、[英]安东尼·吉登斯、[英]斯科特·拉什:《自反性现代化》,赵文书译,商务印书馆2001年版,第83页。

② [英]安东尼·吉登斯:《现代性与自我认同》,赵旭东、方文、王铭铭译,生活·读书·新知三联书店出版社1995年版,第194页。

③ 参见《广东制毒村两成家庭涉毒 民警与制毒团伙勾结》,《新京报》2014年1月13日。

④ 2018年6月20日15时左右,甘肃省女孩小奕(化名)爬到一栋25层建筑的8楼窗外,在经历4个多小时的围观、欢呼和掌声后,该女孩挣脱前来营救的消防队员,结束了自己的生命。参见《甘肃19岁女孩跳楼事件:别光骂起哄的人,他才是“凶手”!》,http://finance.ifeng.com/a/20180626/16354890_0.shtml, 2019-01-05。

⑤ See Giddens, *Modernity Self-Identity*, Polity Press, 1991, p. 182.

⑥ [英]吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,凤凰出版传媒集团、译林出版社2011年版,第87页。

⑦ [英]齐格蒙特·鲍曼:《流动的时代——生活于充满不确定性的年代》,谷蕾、武媛媛译,江苏人民出版社2012年版,第70页。

⑧ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第9~10页。

第一,在传统社会中,不存在如当前社会所面对的各种不可名状的风险,而主要是针对个人的生命、自由和财产法益的具有一种因果一线性的侵害,大多以结果犯的形式显现,且其他类型的规制系统,诸如习俗、道德规范等亦能够确定地发挥效力。这样一来,对于是否需要刑法介入、介入的程度如何均比较容易预测。换言之,需要多重的刑罚介入才能够保护自己均能够较为清晰地预测。但在当前社会,人们所面临的风险很可能是非线性、跳跃性和突发性的,其生成机理和危害结果远较传统社会危害行为的生成机理和危害结果更为复杂。特别是,一方面,其他类型的规范在很大程度上已经失效,这样就很难确定存在一个可替代的、能够确定发挥既定效力的措施;另一方面,“动用刑法手段虽然并不总能、但有时确实能比使用其他的手段,特别是民法上的防御请求权和损害赔偿请求权,取得更好的效果。刑法后果的威吓在这里能够更加有效”。^①总之,传统的刑法谦抑性在当前社会环境中难以全面展开并发挥作用。

第二,虽然社会契约论确实曾为论证刑法谦抑性的正当性提供了充分的理论支撑,但是其是以古典自由主义作为政治哲学基础,以抵抗政府为基本价值取向的。这在当时的自由资本主义“夜警国”时代,无疑是把准了时代的脉搏。“洛克关于政治权威之有限性和立法权之构成的观点,共同构成了一种抵抗政府的理论……简而言之,洛克的契约论是以个人的生命、自由和财产权利为名义,为抵制政治权威的权利进行辩护的理论。”^②但在当前时代,“作为国家任务的风险预防,已经非常不同于传统理解的国家通过危险消除来保障安全”。^③风险的复杂性决定了对其预防与应对已经无法交由个人来单独完成,因此,如何论证民众在面对当前如此巨大的风险时仍然会不愿意让渡更多的自由和处罚权给国家就成为一个问题。换言之,单从理性人的角度看,为了应对风险,民众更可能是仰赖而非抵抗国家,其更可能希望拥有一个积极防止风险、维护安全的国家,而不只是一个消极保护个人自由的“夜警国”。实际上,生存权是一切人权的基础,^④不能将两者人为割裂。那种认为“当前社会中的刑法为了安全保障目的的扩张就是置人权和自由等公民权利于不顾,就是对法制社会的重挫”^⑤的观点,可能只是一种“片面的批判的立场”。^⑥也就是说,不能为了论证自己的观点而不顾这一风险转换的社会背景,去固守传统的社会契约论以及建立在其上的刑法谦抑性。

第三,从某种程度上讲,对专家系统的不信任促使犯罪形态立法由结果犯向危险犯转变。污染环境罪是一个典型的例子,其由1997年《刑法》中的结果犯经由2016年12月23日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》,变为只要具有特定的非法“排放”“倾倒”“处置”等行为即可成立基本罪的危险犯,使得入罪门槛降低,预防更为提前。其中一个可能的原因是污染结果究竟能否修复、能否准确判断“严重污染环境”这些问题不仅法律专家无法回答,即便是专业的环境专家也难以作出肯定的回答,并且民众也很可能不认同专家结论的科学性和准确性。因此,作为民众代表的立法者将其改变为无需做过多实质判断的危险犯。可见,这一做法有其现实的社会心理土壤,而不能简单地将其归咎于立法者单纯为了彰显“国家对于环境保护的重视”之目的。

总之,在后传统社会人们难以获得社群和专家系统的安全保护,而不得不依靠自身的力量。英国社会学家保罗·霍普曾指出:“对于当前时期的许多人来说,不安感的体验也进一步促进了他们的个人主义行为方式……总而言之,后现代性的进程导致了人们的不安感和个人主义,继而又在许多方面削弱了社会资本和共同体生活。”^⑦在这种情况下,刑法如果继续保持传统的谦抑性,那么无异于默认并推动了社会的解

① [德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第28页。

② [英]迈克尔·莱斯洛夫等:《社会契约论》,刘训练等译,凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社2006年版,第72~74页。

③ [德]乌里希·K.普罗伊斯:《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第162~163页。

④ 参见中国人权研究会:《生存权和发展权是首要的基本人权——中国对人权的基本观点之四》,《人民日报》2005年6月27日。

⑤ 刘艳红:《社会风险与刑法规制:“风险刑法”理论之反思》,《法商研究》2011年第4期。

⑥ 德国学者希尔根多夫指出:“不应该轻率地陷入一种片面批判的立场,并信誓旦旦地保证‘古典自由主义刑法’的优点,事实上,纯粹的古典自由主义刑法从来没有存在过。”[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第25页。

⑦ [英]保罗·霍普:《个人主义时代之共同体重建》,沈毅译,浙江大学出版社2010年版,第52~58页。

体,倒退到原子式生存的“丛林法则”时代。因此,笔者认为,在当前社会下(象征性)刑法无法也没有必要全面恪守刑法谦抑性原则。

五、象征性刑法具有一定的存在合理性

综上所述,即使我们承认象征性刑法的基本含义,即不以法益保护为目的,而是为了彰显立法者的价值观或为了安抚民众等目的,因而对保护相关法益不起实际作用,但是要想甄别哪些刑事立法属于这一范畴也并非易事。对此,当前存在两种值得商榷的认定路径:一是首先片面地认为某罪名实施效果不佳,然后找到立法者立法时的某种政策考量,再将两者结合起来,得出该立法并非以保护法益为目的,属于象征性立法的结论;二是站在个人主义法益观的立场上,先入为主地认为某种罪名所保护的并非适格法益,然后再联系该罪名在适用中的问题和立法者立法时的某种政策考量,最终得出该刑事立法属于象征性刑法的结论。第一种路径的论证基础并不客观、全面,而第二种路径可以说是立足于古典自由主义之上的个人主义法益观发挥其立法批判功能的体现,进而在此逻辑之上得出一概否定象征性刑法正当性的结论,从而也存在问题。

笔者在尊重象征性刑法基本含义的基础上,拟将象征性刑法分为绝对的象征性刑法与相对的象征性刑法两种类型。前一种类型是指既不保护个人法益,也无论如何与超个体法益的保护无关,而是以立法者的自我价值实现为目的指涉的刑事立法。典型的例子如第二次世界大战时德国设立的“玷污种族罪”和当前仍存世的“亵渎神明罪”^①等。对于此种类型立法,笔者认为对其确实应该持否定态度。而后一种类型是指虽然对于以保护何种法益为目的还不太清晰(可能因为所涉及的是一个尚需论证的超个体法益的保护,或者保护的是一个新类型的法益)但归根结底能够将其归于“为了个人”法益保护目的的立法。换言之,其是最终能够与法益保护取得关联的刑事立法。就该种类型而言,笔者认为,在当前时代下,刑法应该积极扮演信任重塑和秩序整合机制的角色,即所谓“作为社会塑造手段的刑法”。^②对背离整个社群的存续、稳定的重要社会共识以及引发民众强烈不安和焦虑的行为,仍有必要规定为犯罪。^③因此,笔者赞同前述德国学者的观点,认为象征性刑法大多是处于“道德违反”的领域,即那些尽管并没有在物质上给个人造成损害,但是侵害了对诚实的、谨慎的和“文明”的行为之期待的刑事立法。除了前文所述的“赞同、否定或粉饰纳粹大屠杀罪”“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪”“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”等罪外,还有一个典型的例子就是“见危不救罪”。虽然该罪在很多国家均有规定,但是就其保护的法益而言,有“公共安全说”和“人身权利说”两种立法例。前者如德国刑法的规定,将其置于“危害公共安全的犯罪”一章中;后者如法国刑法的规定,将其置于“针对他人人身犯罪”一章中。我国有学者认为:“见危不救罪的保护法益,是并且也只能是公民的人身权利,更具体地说,是公民的生命”,^④原因在于“公共安全属于超越个人利益的抽象法益,将其作为本罪保护法益的话,则会正中批判意见所谓‘见危不救罪是将道德义务刑法化’的下怀,甚至还会不当扩大本罪的

① 2018年10月27日爱尔兰就是否保留亵渎神明罪举行的全民公投结果显示,绝大多数投票者赞成将亵渎神明罪从宪法中删除。参见《民调显示爱尔兰已投票,废除宪法中的亵渎罪!》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1615549744861350986&wfr=spider&for=pc>, 2018-11-20。

② 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第28页。

③ 学者一般将象征性刑事立法与积极的一般预防理论相关联。例如,我国台湾地区学者古承宗认为:“象征性刑法的预防观基本上乃是倾向于‘积极一般预防’的理念。基于刑事立法者‘坚信有效预防’与‘强化法信赖’等预设心理,只要风险威胁达到一定的怀疑程度时,刑事立法运作逻辑立即从‘最后手段’转变为‘手段优先’。”古承宗:《刑法的象征化与规制理性》,台湾元照出版有限公司2017年版,第71~72页。程红教授也认为:“象征性刑法首要特征就体现在以‘积极的一般预防’理念为立法导向……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;在规范信赖被动摇时,刑法则迅速对犯罪作出回应,以安抚公众,保持安定的效应。”程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。笔者认为,对于刑法的信赖虽然能使民众“安心”,但是如果将理解仅停留于此,而缺乏对于社会秩序整合机能之目的动因的溯源,那么将会导致所谓的刑法盲动和无效,从这种意义上讲,象征性刑法本身并没有问题,成为问题的是究竟应如何理解和适用该理论。

④ 黎宏:《一定条件下的见危不救应入刑》,《中外法学》2018年第3期。

成立范围”。^①但显然,对于超个体法益之“公共安全说”不能采取刻意回避的态度,如果持个人的“人身权说”,那么势必面临为什么要将“‘必须救助他人’的积极义务加于个人身上”的质疑。这其实是与“人身权说”之基础——自由主义的价值立场——相背离的。因此,笔者的基本观点是,该罪保护的是“一定条件下相互救助以保全群体”的公共期待之超个体法益,该法益在本质上具有公共福祉的性质。当然,无论对于设立该罪保护的法益的讨论结果如何,该罪的设立归根结底是为了个人而存在,并且确实体现了立法者对于普遍存在于世界各文化谱系中的“于他人危难之时,应给予举手之劳的援助”之道德规范的肯认。这一肯认对于社群存续之道德规范的重塑,解决诸如我国当下社会对于“老人倒地扶不扶”之类的社会迷茫症,显然具有积极的社会效果。需要指出的是,对于此类相对的象征性刑法,笔者反对持全然否定的观点,但也不赞同将其当做普通罪名对待的做法,而是认为应该采取一些特殊的措施,以在保持其功效发挥的同时,尽量平衡并缓和其对传统的自由主义刑法观念的冲击以及可能引发的对现代个人生活方式的过度干预。这些措施包括:

第一,要科学立法,谨慎增设新的罪名。这包括两个方面的意思:一是在立法之前,应进行充分的科学调研,对其设置的必要性和设置后对于整个社群和个人的影响进行精准的预测,以排除想象的被害人身份认同因素。同时,在立法时要尊重和利用好已有的罪名,除非有充分的理由,否则不能对可依赖现有罪名的共犯模式予以处罚的情形直接设立正犯化的新罪名。二是广开言路,确保立法的商谈活动能够全面、通畅进行,并能够得到及时、有针对性的回应,即进行民主立法。这一点对于象征性刑事立法而言非常重要,是避免象征性刑法沦为立法者自我价值观表达的关键“闸门”。例如,对于当前学界有的论者发出的设立“通奸罪”“虐待动物罪”等呼声,如果能广泛地听取社会意见,那么就会发现民众对规制该类行为的态度不一;而如果坚持设立上述相关的罪名,那么就很可能成为只为彰显立法者自我价值取向的绝对象征性刑法。

第二,在刑罚配置上重视象征性的刑罚类型的适用。由于象征性刑法的刑罚目的并非惩罚,其中大多数是为了重塑社群信任,维护社群的稳定,因此,对于此类犯罪的刑罚配置应以最高3年以下有期徒刑之轻刑体系为主,并注重配置能够发挥象征性功能的刑罚或非刑罚处罚措施,如1997年《刑法》第37条规定的赔礼道歉、责令具结悔过、予以训诫、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处分或者行政处罚等措施。另外,对于象征性刑法罪名应该辅以更宽和的前科消灭制度。因为就象征性刑法而言,惩罚的象征性效果发挥后,一般就达到了目的,而重刑配置则可能引发社会对犯罪人的同情,起到适得其反的效果。还须指出的是,由于此类犯罪行为人的主观恶性与客观危害性相对于其他类型的犯罪而言较小,因此没有必要继续保留行为人的犯罪“印记”,以免给其再社会化进程增添障碍。

第三,象征性刑法不能只满足于纸面上的象征效果,而应该落实到具体的实践中。当前对于象征性刑法实施效果不佳的批评虽然具有片面性,但是从结果看实施效果不佳的问题确实存在。因此,对于影响象征性刑法实施效果的原因,如构成要件设置不合理、相关事态取证难、落后于社会中该类犯罪事态的发展、没有找准犯罪产生的根源等,应该着力分析,进而有针对性地出台刑法修正案以修正罪名的构成要件、出台细致的司法解释、及时公布典型司法案例等,使之能够真正发挥效果,而不能只满足于立法本身。

总之,虽然象征性刑法在立法时可能会突破传统的刑法谦抑性原则,但是在司法实务层面仍然应该发挥司法的谦抑功能,遵循处罚的比例原则,严格入罪标准,同时要利用好微罪不诉、认罪认罚从宽制度等,尽量消除象征性刑法所带来的负面影响。

责任编辑 田国宝

^① 黎宏:《一定条件下的见危不救应入刑》,《中外法学》2018年第3期。