



# 徘徊于传统与现代之间的刑法观

——以创新社会治理体系为视角

齐文远 夏 凉

**摘 要:** 在风险与发展并存的现代社会里,传统刑法观在应对一些新兴领域的刑事犯罪问题上已显得力不从心。创新社会治理体系这一治国方略要求创新传统刑法观以适应社会新形势,于是代表现代刑法观的市民刑法、风险刑法和敌人刑法在我国刑事法领域崭露头角并发展起来,随之而来的是现代刑法观与传统刑法观相碰撞而产生的激烈的批判和反批判。从此,我国刑法观便徘徊于传统与现代之间。刑法观的不稳定性会导致立法与司法上的诸多弊病,所以构建起以传统刑法观为基准,兼以民生刑法观为导向,以风险刑法观为补充,以敌人刑法观为例外的三级层次的三元化刑法理念非常必要。

**关键词:** 刑法观; 社会治理; 民生刑法; 风险刑法; 敌人刑法

## 一、刑法观的历史流变

观念具有主观性、历史性和流变性。作为法律大家庭主要成员之一的刑法,纵观其发展史,也有一个流变的过程:18世纪中后期,受启蒙思想中人道主义与自由主义的影响,刑法学者们以社会契约论、自然法理论为思想基础,着力批判封建刑法尤其是中世纪的刑法观,此时的刑法观充满平等主义、合理主义、理性主义和世俗主义的色彩,多主张自由意志、行为主义、道义责任、报应刑论、一般预防、个人权利保障等理论观点,我们称之为“古典学派”或“前期旧派”。到了19世纪中叶以后,欧洲大陆特别是德国的社会、经济发生了深刻的变化:自然科学的发达与技术的进步引起了产业革命,工业国的垄断时代来临。贫富悬殊、阶级对立、矛盾激化、失业严重、犯罪频发是这一时代的突出现象,这导致了以实证主义分析为特点的犯罪学的兴盛,同时也推动了刑法学新派(这一时期的犯罪学和刑法学以及刑事政策思想合称为“刑事实证学派”,是刑事政策思想的一个流派)的形成。新派的刑法观包括行为人主义、社会责任、改善刑论、教育刑论、目的刑论、保护刑论、特殊预防和刑罚个别化。鉴于新派锐利的理论锋芒,即:将刑法矛头直指行为人,强调社会防卫体系(包括保安处分),旧派学者给予了强烈的反击,由此形成了所谓的“后期旧派”,并展开了真正意义上的刑法学派之争(张明楷,2007:3-11;马克昌,2009:14-26)。新派与旧派的观点对立以及其后形成的学派之争对刑法的发展尤其是其后刑法观念的变化产生了极其深远的影响,时至今日在各国刑法学领域也不难发现两派学者对立观点的踪迹。

二战时期,由于处于战争状态,各国刑法理论总体发展缓慢,甚至处于停止或变异状态,如:作为二战策源地的德国,其刑法观即发生了一定程度上的变异与复古,呈现出一定的干涉性(即:刑法干涉范围有所扩张,如对同性恋、精神病、妓女等进行规范上的惩罚)、恣意性(很多组织机构可以动用刑法,甚至是法外用刑,如:盖世太保、党卫军内务部队,刑

法表现出相当的不稳定性)、身份性(受刑者多为犹太人、斯拉夫人、吉普赛人和有色人种和残酷性(刑罚手段的严厉程度超乎寻常,如绞杀、冻饿,甚至动用毒气杀害受刑者);另外其也将预防措施大幅提前与强化,着力于建立强大的社会防卫体系;但是另一方面,当时德国刑法学也有一定程度的发展。战后,社会秩序需要重建,社会经济需要发展,刑法界中结果无价值和行为无价值、实质的解释论和形式的解释论、报应刑论和目的刑论、消极的一般预防和积极的一般预防的争论仍在继续,并成为现在刑法学界争论的主流和焦点。在此过程中,产生了德国刑法学家威尔哲尔(Welzel)的目的行为论和法国法学家安塞尔(Ancel)的新社会防卫论。在我国,近年来也出现了行为功利主义与规则功利主义、教义主义与实践主义的学派之争的萌芽<sup>①</sup>。

从上述刑法观的流变历程不难发现,它的每一次重大变化总是与其所处的时代背景不可分离,也就是说,刑法观念的发展变化与其所处的社会现实、时代特征是紧密相联的。正如吉林大学的张旭教授所言:刑法的制定源于社会的需要,刑法的修改也是社会政治、经济形势发展推动的结果(张旭,2003:25)。所以可以说刑法的观念是动态的、发展的观念,刑法的历史也是一部动态史、发展史。德国学者阿耳宾·埃斯尔就指出:“刑法的历史是其从来就没有终结的历史”(埃斯尔,1998:112)。在当代,我国各项体制改革已处于深水期,一些体制甚至是观念上的问题已到了需要决定历史走向的岔路口,到底选择哪一种发展轨迹或模式,是一个个体制改革中亟须解决的关键性问题。我国的刑法观在这一时期随着社会形势的变更在原有传统模式的基础上呈现出一些新的特征和走向,尤其在创新社会治理体系的视野下,一些新的刑法观念开始崭露头角。

## 二、创新社会治理体系视野下的刑法观

当今社会,在总体形势趋于平稳发展的同时,也反映出局部的动荡与起伏、矛盾与冲突、风险与危机:2002—2003年SARS横行、2005—2006年禽流感肆虐<sup>②</sup>、恐怖主义犯罪接二连三、黑社会性质组织犯罪日渐猖獗;矿难事故时有发生、交通事故更是不计其数;道德滑坡导致道德风险膨胀,诱发恶性犯罪、重特大犯罪持续增加……风险意识加剧了公众的不安全感,控制住这些不良态势已成当务之急。

鉴于社会政治经济形势的这一状况,国家在各领域号召创新社会治理体系。2014年10月党的十八届四中全会就明确指出要“促进国家治理体系和治理能力现代化”;“推进多层次多领域依法治理……”;在全会上通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》更是明确要求“加快保障和改善民生、推进社会治理体制创新法律制度建设”。鉴此,将适应时代特征与社会发展的社会治理理念及治理模式以法律的形式予以确认,乃是当代法治国家立法工作的必然举措。具体而言,互联网信息安全管理与维护、风险社会控制与治理以及非传统安全的监控与应对等,当是创新社会治理体系要落到实处的着力点。

德国著名刑法学家、刑事实证学派代表李斯特曾说过:最好的社会政策就是最好的刑事政策。这句被奉为刑事法学界的至理名言在今天看来依然是十分适用的。近代以来,随着刑法由报应向功利的转型,公共政策也成为刑法体系的构造性要素(劳东燕,2007:127-128)。“创新社会治理体系”这一政治范畴的提出,为我国今后相当长一段时期内的公共政策的制定与实施指明了方向;而作为社会治理重要组成部分的刑法,也必然受到公共政策的影响。虽说刑法是一种极其保守的法律,但在面对社会新问题、新情况的时候,在刑事立法理念及立法技术上适时创新以应对新型犯罪也是极为必要的。于是近年来出现了主要以民生刑法、风险刑法与敌人刑法为代表的几种相对于以报应、特殊预防与威慑为品格特征的传统刑法观的创新性提法,并体现于一系列刑法修正案和刑事司法解释之中。我国传统的刑法观也就

<sup>①</sup>参见陈兴良:《评行为功利主义刑法观》,载《法制日报》2010年3月24日,第9版;张明楷:《行为功利主义违法观》,载《中国法学》2011年第5期;冯军:《刑法教义学的立场和方法》,载《中外法学》2014年第1期;陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期;齐文远:《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》,载《法学研究》2011年第6期。需要指出的是,我国近10年来刑法教义学在很大程度上是在方法论的层面上被作为一种批判、解构与建构的工具来使用的。

<sup>②</sup>针对这两大传染病的起因,《刑法修正案(七)》特别对刑法第337条的“妨害动植物防疫、检疫罪”增加了“有引起重大动植物疫情危险”的条文,以此对这一犯罪的危险犯予以规范和打击。

在这一系列新出现的现代刑法观的浸染下呈现出一定的徘徊姿态。下文将着重论述这三种具有代表性的现代刑法观。

### 三、现代刑法观之一：民生刑法

我国政府十分重视民生领域的建设。近年来，“民生”概念也为社会各领域所广泛接受和推崇。

“民生”的概念有狭义和广义之分。在广义的“民生”概念中，又有经济学、社会学、政治学等不同视角的定义；另外，关于“民生”的学说还可分为动态说和相对说等几种（夏勇，2011：7）。笔者赞同“民生是指我国现阶段最广大人民群众生存与发展的小康生活状态（夏勇，2011：7）”这一观点。在此前提下，针对民生的犯罪即是指对人民群众生存与发展的小康生活状态的侵犯（包括侵害和威胁）；相应地，所谓民生刑法，即指对人民处于小康生活状态中的生存权与发展权予以保障和救济的刑法规范。民生刑法观从维护社会公平的角度着眼，并以为之核心、任务与宗旨来指导刑事立法的完善与刑事司法的变革。其具有以下几点特色：1. 保障社会个体的生存基础；2. 加强对私人权利的保护；3. 秉承司法中的形式理性；4. 限制行政权力的不正当干预（郑飞等，2013：31-32）。

在刑法领域，民生刑法概念的诞生，也是一个历史里程碑。它反映了刑法正在向法益保护工具的角色转变，反映了从单纯强调打击犯罪、惩罚犯罪人向保护社会、保障人权的功能转变（卢建平，2010：11）。正在讨论的《〈刑法修正案（九）〉（草案）》即展示了我国矜老恤幼、保护妇幼的传统民生思想：一是规定对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，需追究其刑事责任；二是扩大强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪的适用范围，加大惩处力度；三是对收买妇女、儿童的行为一律作犯罪评价。在对待未成年人犯罪方面，《刑法修正案（八）》则规定了未成年人累犯消灭、缓刑适用条件放宽、前科报告义务有条件免除等制度。这表明我国刑法对未成年人这一特殊群体的人性化关怀的力度进一步增强，其对未成年人的保护和包容达到了一个新的历史水平。当然，刑法对未成年人犯罪的“宽宥”笔者是存有疑虑的：随着未成年人成熟期的相对提前、犯罪年龄的日益低龄化、犯罪手段越来越极端，故虽然我们意在保护未成年人罪犯的身心发展免受伤害，鼓励、支持其融入社会，然而我国却仍延续原刑法对刑事责任年龄及未成年人年龄界点的规定，这是否合理有待考量。

此外，《〈刑法修正案（九）〉（草案）》体现民生刑法观思想的还有将出售或者非法提供公民个人信息的行为入罪；处罚开设“伪基站”等严重扰乱无线电秩序、侵犯公民权益的行为；更有既体现民生刑法观又体现风险刑法观的超载超速、运输危险化学品入罪，其表明刑法既保障市民人身安全又介入风险社会、治理控制社会风险，是刑法微观功能与宏观功能的双重展现。当然，刑法功效的实现在很大程度上还有赖于执法力度与法治宣传。引人瞩目的是，《刑法修正案（八）》一次性取消了13个非暴力经济犯罪的死刑适用，占死刑罪名总数的19.1%；而《〈刑法修正案（九）〉（草案）》拟再取消包括集资诈骗罪在内的9个罪名的死刑适用。这一举措大大缓解了经济社会生存发展环境略显紧张的态势，有力地保障了人权，其力度之大堪称我国修法史上的一大亮点，也因此某种程度上赋予了一定的宣示意义，达到了法治宣传的良好效果。这表明：当前我国刑法观有意欲突破传统的束缚而趋向温和与宽缓的姿态。

### 四、现代刑法观之二：风险刑法

自从1986年德国著名社会学家乌尔里希·贝克在其专著《风险社会》一书中提出“风险社会<sup>①</sup>”这一概念后，可谓一石激起千层浪，在世界各国引起不小的反响。在我国，由于社会经济、政治的转型、改革正处于关键时期，整个社会结构形态发生着较为剧烈的变化。因此，在此期间难免出现一系列负面的“蝴蝶效应”。贝克教授较为前瞻地指出：“当代中国社会因巨大的社会变迁正迈入风险社会，甚至将可

<sup>①</sup> 贝克的“风险社会”主要是指一个充斥着现代科技带来的生态灾难或工业生产带来的污染的社会。而我国风险刑法理论的研究虽缘起于贝克风险社会理论的引入，然而其实际所指的范围却要远大于贝克的“风险”范畴。可以说，除了“环境风险”，我国刑法学者论述的其他风险都与贝克的“风险社会”没有直接关系，它们只是传统风险在现代社会有所增长。参见夏勇：《“风险社会”中的“风险”辨析》，载《中外法学》2012年第2期，第258页。

能进入高风险社会。从西方社会发展的趋势来看,目前中国可能正处于泛城市化发展阶段……,所有这些都集中在安全风险问题上”(薛晓源等,2005:48)。

一系列社会结症的集中迸发、显现,使得我国学界开始高度关注贝克教授“风险社会”这一理论在中国的发展和运用。华东政法大学的杨兴培教授在《“风险社会”中社会风险的刑事政策应对》一文中就借贝克教授的风险社会理论对社会风险的刑事政策做了探讨(杨兴培,2011:59)。如今,我国政治的重要议题和公共政策的导向乃是创新社会治理体系,其中“实行社会稳定风险评估,从源头上预防和减少社会矛盾”正是控制社会风险、减少社会矛盾的科学应对方略。

回顾我国的传统刑事立法,其往往十分重视结果或者情节,即除了特别重大的危害行为外,其他违法行为,如果没有造成一定程度的实际侵害结果或者具体危险,则仅予较轻的行政处罚(黎宏,2011:20)。这正如有的学者所指出的:刑法立法过于强调实害结果,会使得刑法事后惩罚有余、事先预防不足(利子平,2011:27)。面对这一现实,传统刑法只有两种选择:要么放弃对风险的控制彻底向核心刑法领域回归;要么适应风险时代的要求根据公共政策来调整自身(劳东燕,2007:129-130)。而现实是:公共政策的刚性元素已逐渐渗入到刑事政策之中,继而影响到当今社会的刑法观。因为传统刑法在应付社会风险和危机时似已显得捉衿见肘、日益疲软,一种趋于强硬的刑法观已是呼之欲出。

“风险刑法”的概念由此诞生,其主张以预防必要性来代替非难可能性,即:国家政策中社会安全防范的色彩更为浓厚,而不仅仅是以伦理道德作为归责理由的理论根基。北京师范大学卢建平教授指出:所谓“风险刑法”就是通过规制行为人违反规范的行为导致的风险,以处罚危险犯的方式更加早期地、周延地保护法益,进而为实现刑法积极的一般预防<sup>①</sup>目的而形成的一种新的刑法体系(卢建平,2011:23)。需要指出的是,风险刑法在我国社会的语境下有两大任务:一是应对工业社会的系列风险;二是应对生态与科技社会(也即狭义的风险社会或后工业时代)的系列风险。这是因为对于西方发达国家而言,其早已迈入科技化、信息化时代,故其社会也相应地进入贝克教授所谓的“风险社会”时期;而我国虽然近30多年来社会经济水平有飞跃式的发展,但整体发展水平与发达国家相比仍有一定差距,且各地发展又极不平衡,故部分地区(如:东南沿海地区)已率先进入风险社会,而部分地区(如:中、北部等内陆地区)尚处于工业社会阶段,所以我国的风险刑法所需要应对的社会风险与西方发达国家的社会风险是不同的,相应地我国的风险刑法也当有别于西方国家的风险刑法。

今天,作为诸法中最具强势品格的刑法业已开始 in 理论界与实务界双向探索应对风险社会的相关对策了。正在提交审议、讨论的《〈刑法修正案(九)〉(草案)》就集中体现了“防卫社会、保护民生”的风险刑法精神,如:新增危险驾驶应予追究刑事责任的情形<sup>②</sup>、特别规定生产、运输易制毒化学品的行为为犯罪行为等等。这就是对风险社会的有力回应,同时也体现了风险刑法的色彩和创新社会治理的特征。可以认为风险刑法是联结国家刑法与市民刑法的纽带和桥梁,国家可以通过风险刑法更好地影响、作用于市民社会,与此同时充分发挥其打击犯罪与保护民生的双重功效。

然而,学界对风险刑法的质疑也愈来愈强烈。有人指出,风险社会刑法观存在两个问题,一是对传统刑法基本原则的背离和对自由价值的实现形成威胁;二是功利导向的风险刑法容易导致对自由保障的不力(龙敏,2010:147)。由此,到底是向传统刑法观回归还是继续向风险刑法观挺进?笔者认为,观念不是固定单一的,而是可以多种观念并存甚至相互融合。汲取每个观念的合理有益部分,只会使原有的观念得到新的养分而不断发展、完善。既然是作为现代及后现代产物的风险刑法,其基本理念必然不同于传统刑法。所以有的学者所虑的问题是多余的。作为受社会公共政策影响的刑法,其观念的每一次重大变化无不带有明显的功利性,所以并非只有风险刑法受功利导向影响进而会导致对自由保障的不

① 积极的一般预防是指通过立法规定犯罪行为及其法律后果以及司法追究犯罪行为的刑事责任,明确国家惩恶扬善的法律信念,促成公众对于犯罪的道德厌恶,培育公众自觉守法的意识,提升公众对法秩序的信赖,从而实现预防社会公众犯罪的功利性刑事政策。

② 有人认为,危险驾驶并不具有风险社会概念的核心特征。但实际上,我国社会风险应包括工业时代及后工业时代所带来的一系列社会风险,而我们所驾驶的机动车实为工业社会的衍生物。基于这一认识,机动车高速运转所造成的危险,也理应包含在风险刑法规制的范围之内。

力,每一种刑法观或多或少都会有相同或类似的弊端,可谓利弊共存,重要的在于怎样趋利避害,在司法实践中将其功效发挥至最优,而将其成本降至最低;且自由在秩序社会中都有一个限度,不能因为追求自由而忽视安全的价值,甚至放弃社会各领域有序、规范的发展。

### 五、现代刑法观之三:敌人刑法

1999年10月,在德国柏林一个名为“千年之交的刑法”的研讨会上,京特·雅各布斯(Günther Jakobs)明确阐释了“敌人刑法”的概念,主张对于那些持续地、原则性地威胁或破坏社会秩序者和根本性偏离者,应把他作为一个敌人来对待(刘仁文,2007:54)。

按照雅各布斯对“敌人刑法”的最初构想,它由以下几点组成:首先,对敌人要突破“比例性原则”,施加更严厉的惩罚;其次,要废除或限制一般被刑事指控者所享有的“正当程序”权利;再次,即便行为还没有对法律所保护的利益造成真正的危险,刑法也要提前介入,将其犯罪化(刘仁文,2007:54)。需要指出的是,“敌人刑法”在雅各布斯的理论语境中并不具有政治意义,而是一个纯粹规范层面的刑法用语。鉴此,不能将其作为一种隐秘的法外之“法”或超法规手段来看待。笔者认为,法律多是中性的,所以往往会显得机械和僵化,正如很多美剧和港台剧所反映的,法律程序有时可能沦为一小部分罪大恶极的有钱人的挡箭牌和护身符。如:资助危害国家安全者、资敌者、组织领导恐怖组织者、资助恐怖活动者、组织领导黑社会性质组织者、包庇纵容黑社会性质组织者等,他们就是利用法律程序中的种种人权保障机制和权利救济原则而逍遥法外,成为法外狂徒。日本刑法学者西原春夫说:成为(刑法机能——引者注)争论契机的,是近年来以黑手党、原教旨主义的恐怖活动,新纳粹主义为代表的团体的频繁活动,开始威胁到欧洲传统的民主主义、裁判制度。……这使正常裁判程序陷入困难,一般的法秩序对付不了凶残的敌人!原有的刑法难以发挥它的功能(西原春夫,2001:41)。所以,剥夺这部分人的“正当程序”的权利应被认为是正当的。

当前社会,恐怖主义犯罪和黑社会性质的组织犯罪问题十分严重。2001年的美国“9·11”事件、2004年3月马德里爆炸案、2005年7月伦敦爆炸案、2010年3月的莫斯科地铁爆炸事件;2005年以来不断发生在北京、广东、重庆以及东北的黑社会性质组织犯罪,2009年我国新疆的“7·5”事件,2009年10月至2010年4月间索马里海盗的多次劫持、扣留船只和船员事件,2011年我国新疆的“7·18”事件<sup>①</sup>,2013年我国新疆的“4·23”、“11·16”巴楚暴力恐怖事件和“6·26”、“6·28”鄯善、和田暴力恐怖事件、“8·20”喀什恐怖事件、“10·28”冲撞天安门金水桥暴力恐怖袭击案,2014年以来的3·01昆明火车站暴恐案、4·30乌鲁木齐火车站暴恐案、5·06广州火车站暴恐案、7·28新疆莎车暴恐袭击案……使世人看清了世界存在的巨大风险,也使得各国刑法策略(毋庸说是刑事政策)趋于强硬,国家刑法权需要在反恐打黑等领域适当延伸与扩张,这为雅各布斯的“敌人刑法”理论找到了客观现实的正当性依据和发展的土壤。中国人民大学的冯军教授指出:在敌人的敌对行为中完全不存在任何值得社会宽恕的理由……他们原则性地破坏了社会的实在法规范,根本就不是社会的成员,而是社会的敌人(冯军,2005:66)。为了实现合法的目的,在采取剥夺生命的方法是最有效的手段时,可以对敌人动用死刑(冯军,2005:615)。这其实也是为什么死刑在有限的范围内仍予以保留的合理性根据所在。但是死刑的保留到底是针对普世观念中的“敌人”还是民族主义的“敌人”,甚或是国家、政府的“公敌”?这是值得探究的。当然,刑法作为一种特殊战争的机器,来开展一场反罪行的战争、消灭刑法上的“敌人”,进而来捍卫自由,这本身无可厚非。正如在尼采和福柯的思想进路中所认为的:“没有暴力,就无法成就自由”(Marty, 2010:98),二者的道理是一样的。刑法这种暴力被认为是正当的,因为其本身就具有维护秩序、防卫社会的机能(褚剑鸿,2004:96)。由此,敌人刑法概念的提出终于明确区分了刑法的惩罚机能和保护机能两者的范畴,廓清了刑法规范的类型及内部构造。

<sup>①</sup>被救出的派出所民警热依汗·古丽说,这些暴徒根本不算是人,他们要是人、有一点良心的话……十几个人一起杀一个人,这样的暴行确实是反人类的、反社会的恐怖行径(据新华社新疆和田2011年7月20日电)。

鉴于社会形势的危机、险恶与紧张,贝克教授认为,应建立起与敌人刑法观相照应的刑法规范。他说:首先,我认为,这是可能的而且是必须的,要为反对恐怖主义联盟建立一个国家法律基础,一个反对恐怖主义的政府应当像调整它的税务调查问题一样,调整罪犯引渡问题、对军队的授权问题、法院的职权问题。只有在这条道路上才能对付由于不断变化的历史的、政治的因果关系而形成的长期挑战(贝克,2004:92)。相应地,我国早在《刑法修正案(三)》中就对刑法第120条的恐怖组织犯罪作了修正与新增;继而《刑法修正案(八)》对刑法第294条的黑社会性质组织犯罪也作了修正;《〈刑法修正案(九)〉(草案)》也拟增五种行为为恐怖主义犯罪,并拟增财产刑。一系列立法和司法的创新举措为敌人刑法理论的展开和体系的构建创设了良好的开局。

然而早在敌人刑法提出之初,就有各种批判声。有人指出,敌人刑法理论存在以下四点缺陷:第一,“敌人”的概念不明确;第二,有可能成为镇压异己的工具;第三,容易使刑法失去可操作性;第四,将使国家懈怠对犯罪深层次原因的反思(刘仁文,2007:55-56)。由于不少学者对这一概念持拒斥态度,敌人刑法被拒之门外而始终游离于刑法大门的边缘。在笔者看来,该学者所提的四点原因其实最终可归结为一点,那就是对“敌人”概念不明确的担忧。笔者认为,刑法上的“敌人”应是犯罪人中极端罪恶的且是罪当至死的一小部分人,正如卢梭所说的:“对罪犯处以死刑,这与其说是把他当作公民,不如说是把他当作敌人(卢梭,1980:43)。”敌人源自犯罪人,但其罪恶却远远超乎一般犯罪人,其深重的罪孽惟有刑罚中的极刑,即死刑才能与之相折抵,所以卢梭并没有像有的学者所说的混淆了罪犯和敌人的概念<sup>①</sup>。

冯军教授指出:“敌人”是中国刑法典中使用的一个法律概念(参见中国刑法第110条、第112条、第423条),但是,不应该把“敌人”限定为实施了危害国家安全罪和军人违反职责罪的行为人(冯军,2005:611)。笔者认为,以我国现行刑法为视角,“敌人刑法”的范围应限定在刑法分则的第一章、第二章(除过失犯罪以及第128条、第129条、第133条、第139条外)、第157条、第294条、第317条、第368条、第369条(过失犯除外)、第370条(过失犯除外)、第371条、第423条、第426条、第431条、第433条、第438条,至于第四章和第五章的各罪,则要视具体情形具体分析了:如果是属于一些性质严重的犯罪,像故意杀人、故意伤害、强奸、抢劫,若手段残忍、情节恶劣或后果严重的话,则应对之适用敌人刑法。如:近年来时有出现的将人杀死、肢解乃至焚尸、蒸煮的恶性杀人案件<sup>②</sup>,无疑对其应适用敌人刑法。另外,刑法上的“敌人”也可指国际刑法上实施灭绝种族罪、危害人类罪与战争罪的行为人。

总之,敌人刑法的提出在当今时代具有现实意义和实践意义,其更是为我国司法实践提供了学理依据和理论支撑,因此从总体上而言是值得肯定的。当然,我们也要警惕并避免将“敌人刑法”扩大化甚至发生无限制适用的情形。

## 六、结 语

刑法学对问题的思考除了要具备反思意识以外,还必须具有创新意识(周光权,2006:35)。创新意识能为刑法观念注入新的活力。而一个科学合理的刑法观,对于刑事法学的蓬勃发展、对于刑事立法和司法的不断进步都是至关重要的。

民生刑法、风险刑法与敌人刑法这三个具有典型代表意义的现代刑法观的提出虽然符合时代特征与社会潮流,体现了当今时代刑法在社会治理领域的创新性与历史使命,然而由于新观念的接纳需要一个渐进式的过程,故从目前来看尚存不少遗憾,如:民生刑法虽有利于国计民生,然囿于一些固有的观念(担心刑法过于轻缓化等),加之其某些规则的科学性、合理性尚付之阙如,这制约了其进一步发展;又如

<sup>①</sup>冯军教授在其《死刑、犯罪人与敌人》一文中认为,卢梭混淆了罪犯和敌人的概念。

<sup>②</sup>详见蔡艳荣,米君安:《煎饼店伙计将女大学生强奸后肢解、放入锅中蒸煮》,《燕赵都市报》2005年8月3日;陈俊杰,高志海:《劫杀司机肢解煮熟抛尸,残忍案犯昨日枪决》,《新京报》2006年7月26日;王晓清:《坐台女伙同他人劫杀昔日姐妹后肢解尸体并蒸煮》,《竞报》2006年8月5日;常佳,李媛:《被控杀人煮尸并盗取财物,两名男子被公诉》,《北京晚报》2009年5月25日;谢寅宗:“湖北高中生绑架同桌 焚尸灭迹后勒索万元赎金”,[http://news.youth.cn/sh/201406/t20140612\\_5351309.htm](http://news.youth.cn/sh/201406/t20140612_5351309.htm),2014年6月12日访问。

前文所述,不少学者担心风险刑法、敌人刑法都有泛刑法化、重刑化的危险<sup>①</sup>。所以其理论体系的建构与发展亦极其缓慢。笔者认为,观念的提出,可以吸收其有益成分,并非要求彻底、绝对地贯彻其全部理念、主张。所以个别学者所认为的“风险刑法、安全刑法<sup>②</sup>再到敌人刑法的理论嬗变,只是现代国家刑事政策模式由自由民主国家模式向专制国家甚至极权国家模式演变的象征(马蒂,2000:51-57)”的说法是极不恰切的;同理,民生刑法理念的推广也并不必然导致刑法制定与实施过程中过度轻缓化等宽严失衡现象的出现。

以报应、特殊预防与威慑为品格特征的传统刑法在面临以客观归责、先期预防、安全保卫为特征的现代刑法观的挑战时并未全面退却,相反仍占有相当大的比重,可以说当前刑法观正处在一种徘徊于传统与现代之间的游移状态,其不稳定性往往招致量刑宽严失当,甚至出入人罪等诸多诟病。赵秉志教授即指出:随着社会的日益发展,相关观念的逐步更新和国家刑事政策的调整,我国刑法规范也暴露出一些缺陷和不足,需要进一步改革(赵秉志,2011:93)。这其实是社会纷繁复杂的客观现实在刑法观念领域的集中反映,也是刑法界学术上百家争鸣、理论上百花齐放的结果。而作为社会主流价值观之一的刑法观如何在传统与现代之间找到一个平衡点,在一定时期内相对稳定其较大幅度的波动态势并支撑起整个中国刑法理论体系乃至整个刑事法律体系,是解决相关社会问题的关键。

目前,我国各项体制正处于深化改革的历史关键期,我们不应要求刑法观单纯朝向某一单一的理念发展,而是要找到一个适应当前阶段社会治理需要的新刑法观,进而推动社会治理体系的创新。在此,笔者主张,我国当今刑法观的确立模式应以传统刑法观为基准,兼以民生刑法观为导向和归宿,以风险刑法观为补充,以敌人刑法观为例外,构建起一个三级层次的三元化刑法理念,并在此基础上发展与完善我国刑法理论体系与刑事法律体系,直至在该三元化刑法观的指导下充分发挥刑事政策打击犯罪、保障人权的最大功效。当然,观念是动态发展的,有时若出于社会情势和刑事政策的迫切需要,原则与例外之间的界线可以在法所允许的范围内上下浮动,这是法的功利化、世俗化特征以及服务社会宗旨的体现。况且打击犯罪与保障人权可谓刑法的一体两面,而根据社会情势和刑事政策的变化侧重其中一面,也是正常且必要的。

## 参考文献:

- [1] 阿耳宾·埃塞尔(1998). 20世纪最后10年里德国刑法的发展. 冯军译. 法学家,6.
- [2] 戴尔玛斯·马蒂(2000). 刑事政策的主要体系. 卢建平译. 北京:法律出版社.
- [3] 冯军(2005). 死刑、犯罪人与敌人. 中外法学,5.
- [4] 冯军(2005). 刑法的规范化诠释. 法商研究,6.
- [5] 劳东燕(2007). 公共政策与风险社会的刑法. 中国社会科学,3.
- [6] 黎宏(2011). 对风险刑法观的反思. 人民检察,3.
- [7] 利子平(2011). 风险社会中传统刑法立法的困境与出路. 法学论坛,4.
- [8] 刘仁文(2007). 敌人刑法:一个初步的清理. 法律科学,6.
- [9] 龙敏(2010). 秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的价值冲突与协调. 甘肃政法学院学报,10.
- [10] 卢建平(2010). 加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡. 法学杂志,12.
- [11] 卢建平(2011). 风险社会的刑事政策与刑法. 法学论坛,4.
- [12] 卢梭(1980). 社会契约论. 何兆武译. 北京:商务印书馆.

<sup>①</sup> 详见魏汉涛:《风险社会的刑法风险及其防范》,载《北方法学》2012年第6期,第110页。笔者认为,是否为重刑主义刑法观,应有一个总的判断标准。对于中国而言,若1912年以后的刑法或刑事政策中仍带有清王朝及其以前各朝代严刑峻法的思想残余,或者从整体来看,刑法科条繁重,有诸多行为被入罪处罚,乃至入重罪、处重刑,或者明显有违近代以来刑法基本精神、基本原则的话,方可称之为“重刑主义”;而对于西方国家而言,则应以19世纪中叶为界,当时的欧洲启蒙思想的余波仍在激荡,学界名家辈出、学派林立,刑法理论出现了空前的繁荣,社会刑事制度亦日臻完善,若此下一国的刑法典违反了彼时确立的刑法基本精神、基本原则,并仍充斥着封建时代各种残酷折磨、血腥杀戮的死刑与肉刑的话,则方可认为是“重刑主义的抬头”。所以从这一判断标准来看,我国现行刑法并不具有重刑主义色彩。

<sup>②</sup> 以德国金德霍伊泽尔教授为代表的“安全刑法”理念认为,刑法的目的不在于对个人的谴责,而是在于保证社会的安全,安全才是对刑法的最高指引。预防风险从而保证安全,从一定程度上而言,安全刑法也即风险刑法。

- [13] 马克昌(2009). 外国刑法学总论(大陆法系). 北京:中国人民大学出版社.
- [14] 乌尔里希·贝克(2004). 世界风险社会:失语状态下的思考. 张世鹏译. 当代世界与社会主义, 2.
- [15] 西原春夫(2001). 日本与德意志刑法和刑法学——现状与未来之展望. 林亚刚译. 法学评论, 1.
- [16] 夏 勇(2011). 民生风险的刑法应对. 法商研究, 4.
- [17] 薛晓源、刘国良(2005). 全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录. 马克思主义与现实, 1.
- [18] 杨兴培(2011). “风险社会”中社会风险的刑事政策应对. 华东政法大学学报, 2.
- [19] 张明楷(2007). 刑法学. 北京:法律出版社.
- [20] 张 旭(2003). 社会演进与刑法修改——以德国为视角的研究. 法制与社会发展, 2.
- [21] 赵秉志(2011). 中国刑法改革新思考——《刑法修正案(八)(草案)》为主要视角. 北京师范大学学报(社科版), 1.
- [22] 郑 飞、解添明(2013). 经济发展视野中的市民刑法. 东北师大学报(哲学社科版), 1.
- [23] 周光权(2006). 刑法学的西方经验与中国现实. 政法论坛, 2.
- [24] Mireille Delmas Marty(2010). 暴力与屠杀:刑法上的“敌人”还是刑法上的“不人道”. 余履雪译. 法学家, 4.

## The Concept of Criminal Law Wandering between Tradition and Modern

——From the Perspective of System of Social Government Innovation

Qi Wenyuan (Zhongnan University of Economics and Law)

Xia Liang (Zhongnan University of Economics and Law)

**Abstract:** In the modern society, there are a lot of risks and developments. In responding to the emerging field of criminal crime, the theory of traditional criminal law has appeared to be inadequate. The system of social government innovation requires innovation in the concept of traditional criminal law to adapt to the new social situation. So the representatives of modern criminal law concept such as civil criminal law, risk criminal law and enemy criminal law gradually developed, consequented in debates about modern concept of criminal law and traditional concept of criminal law. From then on, the concept of criminal law was wandering between the traditiond and the modernization. The instability of concept of criminal law may bring about many defects in legislation and adminstration of justice, so it is necessary to build up a three-levels concept of criminal law which takes traditional criminal law as a reference, takes civil criminal law as a guide, takes risk criminal law as a complement and takes enemy criminal law as an exception.

**Key words:** concept of criminal law; social government; civil criminal law; risk criminal law; enemy criminal law

■作者地址: 齐文远, 中南财经政法大学法学院; 湖北 武汉 430074。Email: qiwywh@sina.com。

夏 凉, 中南财经政法大学法治发展与司法改革研究中心; 浙江省奉化市人民检察院研究室。

Email: 842131789@qq.com。

■基金项目: 国家社会科学基金重点项目(13AFX011)

■责任编辑: 李 媛