

【刑法总论】

网络时代社会治理的消极刑法观之提倡

刘艳红

【摘要】网络的技术驱动性与普及性使我国社会进入了不同于传统社会的网络社会形态,并对社会治理体系和治理能力现代化提出了新要求。社会治理现代化的路径是法治化,法治化的核心是良法善治。我国当前网络空间的刑事治理仍然沿用的是传统社会的国家中心主义模式,当下盛行的刑法积极主义立场继续强化了社会治理的国家干预性,过度依赖刑法惩罚模式导致了网络犯罪刑事治理机制短效的问题。为了实现网络社会“共建共治共享”治理共同体的建构目标,网络空间刑事治理应提倡以尊重网络时代的契约规则和技术规则为前提,以激活多元化刑罚替代性措施为手段,在刑法干预上注入比例原则和法益保护辅助性的消极刑法观。消极刑法观的内容与构造包括消极的法益观、消极的不法·责任论、消极的刑罚论,倡导以个人法益为基础、拒绝犯罪论体系功能化、追求释放刑罚实效性。消极刑法观能在网络时代促进社会治理的良法善治,改善刑法万能主义对其他治理主体和治理规范的挤压现状,在维持刑法惩罚法属性的同时襄助多元共治的治理格局,进而提高国家网络空间社会治理法治化水平。

【关键词】网络时代;社会治理法治化;消极刑法观;比例原则;共建共治共享

【作者简介】刘艳红,中国政法大学刑事司法学院教授,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2022.2.173~192

【基金项目】本文为2021年度国家社会科学基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(21&ZD209)的阶段性成果。

2021年3月《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称《十四五规划和2035年远景目标》)发布,作为开启全面建设社会主义现代化国家新征程的宏伟蓝图,《十四五规划和2035年远景目标》将“基本实现国家治理体系和治理能力现代化,人民平等参与、平等发展权利得到充分保障,基本建成法治国家、法治政府、法治社会”作为经济社会发展的最主要目标之一;同时,旗帜鲜明地提出了“坚定不移贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的新发展理念”“坚持以人民为中心”“坚持系统观念”等指导方针以及“提升共建共治共享水平”“建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”“推进网络强国建设”“实施法治中国建设规划”等行动指南。在此之前,中共中央也先后印发《法治社会建设实施纲要(2020-2025年)》《法

治中国建设规划(2020-2025年)》,对法治中国、法治社会建设的总体要求以及具体推进领域做出了根本性的方向指引和任务部署:不仅确立了诸如“坚持以中国特色社会主义法治理论为指导”“坚持法治、德治、自治相结合”“坚持社会治理共建共治共享”等基本原则,还重点阐述了“加强权利保护”“推进社会治理法治化”等主题,尤其专门就如何实施“依法治理网络空间”设定了独立的法治要求,基本目标是“推动社会治理从现实社会向网络空间覆盖,建立健全网络综合治理体系,加强依法管网、依法办网、依法上网,全面推进网络空间法治化,营造清朗的网络空间”。由此可见,网络时代经济社会治理面临新的治理格局,但社会治理的整体方向和标准固定不变,即“治理体系和治理能力现代化”,其本质是“法治化”。“提高社会治理法治化水平”成为全面推进依法

治国战略在社会治理层面的系统性实践,“依法治国”涉及网络时代多方面的法治化逻辑以及综合性的治理体系。所以,立足于法治社会建设的总体期待和基本框架,对照《十四五规划和2035年远景目标》,以法治社会建设的系统性标准检测、反省、改进网络时代社会治理的理论方案和实践模式是未来五年法学研究的新常态化议题。尤其对以罪刑法定为帝王原则、以保障法为基本属性的刑法而言,新时期“互联网+社会治理+法治”究竟意味着何种刑法观?在网络技术迭代引起社会治理难度升级的背景下,在社会治理从现实社会向网络空间覆盖过程中,需要刑法发挥何种功能才能有助于达成法治社会所追求的“共建共治共享”的目标?这仍然是一个需要廓清的本源性问题,它直接决定着网络时代刑法理论体系的走向。

一、网络时代社会治理的法治化逻辑及对刑法理论体系的新挑战

我国“社会治理”语境中长期存在的基本特征就是以“犯罪治理”为中心,只不过在不同的社会发展阶段,犯罪治理呈现不同的样态,而相关刑法观念的现代化水平并不必然与社会现代化呈现正相关性。随着网络技术的革命化及其应用的普遍化,我国的社会结构已产生新变革,传统社会经由技术驱动而进入了以网络社会为基本表征的新社会形态,由此“社会治理”进入了改革开放以来全新的风险期、挑战期、机遇期,它对法律,尤其刑法,与社会之间的互动模式也提出了新挑战。

(一)社会治理的技术驱动:从Web1.0到Web3.0

我国接入国际互联网的早期,网络的功能主要体现为网页浏览即通过IE浏览器进行所谓的“网上冲浪”,此时信息的传播是单向度的,网民只是单纯寻找与接收“门户网站”发布的信息,网络对于网民而言并未发挥“互联”作用,网络对于现实生活而言只是平面媒体、电视媒体以及通信方式的简单电子化而已。在这样的Web1.0时代,网络对社会生活和交往方式的影响很大程度上带有娱乐性、辅助性、可替代性,人们对网络的感知主要通过微机、电脑、计

算机,它们在社会管理中的角色充其量是一套较为高效的办公设备,即便将这一时期称为“计算机时代”,也有言过其实之嫌,更遑论网络时代。刑法介入Web1.0时期的社会管理主要是通过《刑法》第285条、286条设立的非法侵入特定计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪,它们是以计算机为侵害对象的犯罪,“计算机犯罪”也由此成为网络犯罪的前身,上述立法属于社会管理措施中适度前瞻的立法,对时至今日的危害电脑系统行为起到了长期的惩治作用。由于在这一时期计算机犯罪尚未成为社会管理的中心任务,计算机技术与社会管理技术在各自的轨道上独立发展,计算机犯罪也往往呈现“接触式犯罪”的惯有特点,在侦查取证上较为容易、案件定性也相对简单,因而对该类犯罪的惩治主要呈现“附带性打击”状态,社会治理的网络技术因素并不明显。

从2000年12月28日全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》(以下简称《决定》)出台以后的第一个十年(2000-2010),网络技术进入Web2.0时期,网络技术和互联网产业的发展催生了新的社交平台、电子商务平台等具有多向交互性的生活生产工具,网民群体数量、结构、网络交往模式等开始发生改变。互联网技术及计算机设备的普及产生了“网络大众化”,网络的大众化则赋予了网民在信息生产与传播中的主动性地位,即大众化的另一面是信息主体、信息来源、信息获取、影响对象的多元化。在这一时期,除了2009年2月28日《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称《刑法修正案(七)》)继续对Web1.0时期以计算机为侵害对象的犯罪圈进行拓展,如增设了第285条第2款非法获取计算机信息系统数据罪、非法控制计算机信息系统罪以及第3款提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪等,此时刑法与网络的连接点更主要体现为以计算机网络为侵害工具的犯罪,也即完成了从“以计算机信息系统为对象”到“以计算机网络为工具”的迭代升级,呈现出了以网络为犯罪工具的传统犯罪网络化问题。例如,上述《决定》除了第一条之外的其余五条

均针对的是“利用互联网造谣……”“利用互联网侮辱他人……”等网络利用型犯罪,因而1997年刑法规定的第287条“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚”直到此时才真正显现出这一规定的普遍化意义。可以说,在Web2.0时期网络因素对社会生产生活的影响力逐渐加大,网络技术本身也已经成为一种生产力,但对于国家的社会管理来说,网络仍停留于生产生活工具的属性上,就犯罪来说,网络也是行为人实施传统犯罪如盗窃、诽谤的新工具,传统社会规范并未体现出明显的应对短板。尤其21世纪第一个十年是我国刑法教义学加速转型的时代,其中一个代表是犯罪论体系的革新,另一个代表是刑法方法论的发达。在这样的解释学知识大爆炸境域中,刑法参与社会生活的重要任务则是,充分释放传统犯罪的构成要件容量以有效规制“网络利用型”犯罪的异化问题,如窃取网络虚拟财产、低价抛售他人股票、网络色情聊天、网络赌博、网络复制发行他人数字作品等,受到器重的刑法方法论是以满足时代发展为目的的客观解释论,仍然是传统法律规范对新行为手段的适用问题。^①因此,Web2.0时期的社会纠纷的法律解决机制具备了不可否认的技术驱动性,网络的虚拟性、网络行为的非接触性开始凸显,这一技术特征导致社会管理的直接性、针对性弱化,社会管理的难度升级,这与Web1.0时代产生了迭代差异;但此一阶段的网络主要作为一种工具而存在,涉网络行为仍然限于物理性的代际特征,网络安全管理主要是计算机及其系统的安全保护,就此而言并未超越传统社会管理模式。

直到晚近十年,我国信息通信技术及其应用呈现遍在化和全球领先性,“万物互联”已经远远超越了Web1.0、Web2.0时期的水平,社会交往主体的信息互通呈现全面性、开放性、瞬时性、智能性以及不可替代性,互联网成为一个以数据库为存在形态的“全民交往空间”,由此进入深度Web3.0时代。例如,自从工信部2013年12月发放4G牌照到2019年6月发放5G牌照,我国网民人数截至2020年3月已

越至9.04亿,其中使用手机上网的比例达到99.3%,我国已经全面建成“光网城市”。在全光网时代,以移动终端为入口,人与人、人与物、物与物彼此互联在一起,“网络社交”不再是社交的形态之一,而是近乎成为社交的全部内容。一个最生活化的例证便是近十年网络支付尤其手机支付的革命性崛起,根据有关数据,我国网络支付用户规模截至2021年6月达8.72亿,占网民整体的86.3%,^②其中第三方支付平台成为传统支付方式的颠覆者和取代者,也成为网络社会转向“多中心主义”最有说明力的注脚。在Web3.0时代,大数据、人工智能、区块链等技术的勃兴不仅使得信息交互的速度“变快”,而且也导致社会交往的目标“变准”,比如算法可以通过学习各种数据,在不同应用场景中自我确定“最优解”从而实现精准推送。以网络技术为驱动,Web3.0时期更加注重从“社会管理”到“社会治理”的转变,并表现出了机遇与风险的双重性。一方面,技术的变革助推了“互联网+社会服务”的数据化、标准化、集约化、智慧化,如国家在疫情防控中采取的出行管理、实时监测、舆情分析、风险预测等电子政务措施证明了手段和效能上精准治理的可能性,这也体现了中国特色社会主义制度在公共服务上的优越性。另一方面,技术的变革也产生了新的治理风险尤其犯罪风险,如个人数据因技术应用的全面渗透而产生批量泄露、深度伪造等问题,个人数据画像被精准捕捉,从而制造了网络社会安全的隐患;同时,技术驱动的强化导致社会治理更需要依托“技术对技术”,自上而下的管控型、国家中心主义惯性模式可能引发新的治理难题,进而形成网络社会泛在化的二次风险,如对“技术中立”的断然否认可能压制技术发展空间、在未充分审查垄断性平台自治规则而径直采取无设限保护也可能过分削弱其他主体的技术创新活力。

总之,Web3.0时期的社会是在新技术革命驱动下形成的一种新社会形态,网络空间已经不再局限于计算机而是与现实物理空间紧密融合在一起,进而成为深度的“网络社会”“智能社会”“数字社会”。如果说在Web1.0、Web2.0时期借助“监管好网站”

“保管好计算机”就可以避免大多数网络失范行为以及计算机相关犯罪的话,那么在Web3.0时代则需要彻底认清网络社会及其治理的技术驱动性特质,并从社会治理理念和治理方式上就如何实现“法治化”给予科学性的法律回应。

(二)网络时代社会治理法治化逻辑中的刑法走向

“社会治理法治化”既是十九届五中全会顶层设计的远景目标,也是“十四五规划”的近景目标,更是实实在在加强权利保护、维护社会秩序的个案目标。只不过面对纷繁复杂的Web3.0时代,传统社会条件下形成的某些法治命题在网络社会中遭遇到了有意或无意的遗忘、颠覆,其中以刑事法治原则受到的挑战尤甚。习近平总书记在系列重要讲话中始终强调社会治理效能发挥的“四维治理”,即系统治理、综合治理、依法治理、源头治理。^③换言之,社会治理并不单是依靠某部法律,而是一项统筹推进的系统工程,其法治化的实现至少需要的是全部法律体系的整体协作,但Web3.0时代的社会治理依然保存着强势的“刑法万能论”,它将刑法视为社会治理的优选方案。然而,刑法手段用起来可能得心应手,对社会治理法治化的破坏性却很大。尤其在技术驱动的网络社会新问题频发、社会纠纷化解的需求空前加剧的环境中,刑法凭借定分止争的高速性和严厉性而备受依赖,祛除社会治理中的刑法万能论及其变种仍旧是Web3.0时代社会治理法治化的基本任务。

其一,从社会管制、社会管理到社会治理,体现的是治理权的政治国家一元论到治理主体多元论的转变,而厉行法治的核心在于规范国家权力,所以法治化模式是“社会治理”的根本依托,代表公权力介入社会治理领域的机构或个人必须正确理解“社会治理法治化”的真义。十八大以来,党和国家高度重视法治建设,十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指明了中国特色社会主义法治道路的正确方向,其中毫不回避现实存在的法治建设问题如“执法司法不规范、不严格、不透明、不文明现象较为突出,群众对执

法司法不公和腐败问题反映强烈”,同时也明确了解决上述问题的基本出路如“以规范和约束公权力为重点,加大监督力度,做到有权必有责、用权受监督、违法必追究”。2021年11月党的十九届六中全会《关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》也提出“有法不依、执法不严、司法不公、违法不究等问题严重存在,司法腐败时有发生……党深刻认识到,权力是一把‘双刃剑’,依法依规行使可以造福人民,违法违规行使必然祸害国家和人民”。所以,中国特色社会主义法治的历史经验和主要任务是“规范和约束公权力”,这是为避免实践中的公权滥用而划定的硬框架。“限权”是法治最鲜明的目标,这也正是党和国家始终强调的“把权力关进制度的笼子”。《法治社会建设实施纲要(2020-2025年)》在“推进社会治理法治化”中提出的第一层要求是“推进社会治理制度化、规范化、程序化”,这恰恰对应着中国特色社会主义法治最基础的三个逻辑:第一,制度化即“规则逻辑”,旨在确立并运行公正的制度,尊重规则、依法而治,这是限权的起点;第二,规范化即“控权逻辑”,旨在规范公权力的行使,对权力的扩张保持谨慎并强化监督,这是限权的核心;第三,程序化即“程序逻辑”,旨在要求公权力按照程序正义的要求作出决定。^④三者归结到一点,即限制传统政治国家的权力,正如《十四五规划和2035年远景目标》所强调的:“形成决策科学、执行坚决、监督有力的权力运行机制……完善权力配置和运行制约机制。”失去了这一点,Web3.0时期的社会治理就退回到了Web1.0、Web2.0时期权力单向运行的社会管理甚至更具传统压制色彩的社会管制思维和方式上。

其二,刑法是一部犯罪惩罚法,其“帝王原则”是罪刑法定,罪刑法定的根本精神是限制刑罚权,系刑事法治的第一要义,因而对网络时代的行为入罪化应预先保留合理怀疑。刑法的本质究竟是善还是恶?如果我们至今还对这个问题的答案模棱两端,那确实需要深刻反思“什么是刑法现代化”。无论在技术领域还是制度领域,“现代化”都并不是一个单纯的时间范围,而是涉及一系列关键指标的变

革,如我国传统的“四个现代化”以及当前的“第五个现代化”之所以成为国家战略目标,正是因为它们实现的是有关工业、农业、国防、科学技术、国家治理体系和治理能力的新理念和新模式,它们相较于传统方式在内容上呈现出了“现代化”的实质进步性。就政治国家制度及其运行体系而言,“现代化”的本质是传统人治型统治体系向现代法治型统治体系的历史性变革,核心就是“实现立法、执法、司法等国家权力的法治化”。^⑤换言之,“法治”旨在规制权力,“刑事法治”旨在规制刑罚权力,刑法现代化的要义是用罪刑法定原则限制刑罚权的发动。因此,学界提出的任何新的理论学说都应该经过法治化的检验,而不能误将“现在提出的刑法观”当成了“现代的刑法观”,否则“刑法现代化”就会脱离法治这个灵魂而变成浮于表面的时间性概念。在复杂多元的Web3.0时代,涉网络法律规范的供给在社会主义法律体系宣布建成之后仍然存在缺口,立法与司法都对“找法”“造法”怀有极大热忱,一直在朝着增设新罪扩容旧罪的方向行进,这种积极性表现为“积极主义刑法观”。

积极主义刑法观主张刑法应当积极介入社会生活,刑法在社会系统中承担一定功能,刑法的运行需要以发挥相关社会功能为目的,即刑法体系是以积极满足一定需求为导向。例如,德国学者罗克辛主张其刑法体系“是以刑法的任务和目标作为指导的体系”,这里的需求导向显然不是单调刻板的事后报应功能,而是具有目的性(zweckrational)、功能性(funktional),即预防性的法益保护功能,因而这种刑法体系也被视为基于目的理性而建构的体系。^⑥再如,日本的平野龙一教授指出,刑法不是“镇压的手段”而是“控制社会的技术”,是作为“规制社会的手段”而存在,“其具有调节个人之间利益手段的特性。因此,……刑法稍微积极一些也可以”。^⑦所以,积极主义刑法观同时也是功能主义的刑法观,与风险刑法观、预防刑法观、安全刑法观也没有本质区别。积极主义刑法观在汉语上选择了一个名义上“积极向上”的定语,与之相对,刑法在应对社会纠纷

上的消极“不作为”“慢作为”就成为刑法“无能”“弱能”的表现,于是“功能主义的”“积极主义的”便获得了语感上的正当性,与之搭配的“刑法观”似乎也就表征着适应社会进步、促进社会治理的应然选择。积极主义刑法观不仅是理论上的一种倡导,更是实践中司法机关青睐的观念。例如,Web3.0时代新增的诸如“全国首例反向刷单案”^⑧“全国首例组织刷单案”^⑨“全国首例黄牛软件案”^⑩“全国首例爬虫案”^⑪“全国首例恶意注册账户案”^⑫“全国首例微信解封案”^⑬等案件,之所以引起广泛讨论正是因为这些“第一案”存在规范供给难题而又无判例可以遵循,存在两难困境:若不将相关行为定罪,刑法的功能就难以发挥;若将它们认定为犯罪,则需要采用某种解释立场和方法帮助说理,否则就面临来自罪刑法定的压力。对此,司法机关的态度不是存疑有利于被告人而是尽量积极“活用刑法”,如杭州“李某某组织刷单案”中办案机关明确表达:“不能因尚无相关案例而使其轻易出罪……李某某非法经营案一经判决,意味着司法机关对组织刷单炒信的行为开始动用刑法进行打击……有效地震慑了刷单炒信等灰黑产业链行为的泛滥。”^⑭司法机关之所以担心“错判无罪”,直接原因在于害怕被认为“找法不积极”“司法不作为”,根本原因在于他们没有秉持中立立场而是完全偏向了“打击主义”“威慑预防”,因而也就特别钟爱于利用“首案”创造判例、树立标杆、显示业绩,这些观念不是以“限制刑罚权”而是以“扩张刑罚权”为目标,因而在适用具有兜底条款、语义模糊的条文时就难免以突破法律规定为代价,天然存在着背离罪刑法定主义的法治风险。^⑮所以,积极主义刑法观(功能主义抑或其他同类)究竟来自德国还是日本已不再重要,^⑯重要的是它在网络时代为我国理论和实务上固有的刑法观做了新的背书,依照此种刑法观而建构刑法理论、指导实践走向,离刑事法治更近还是更远,无须赘言。

综上所述,网络时代的社会治理无论在理念还是手段上都因技术驱动而需做出根本改变,在全面推进依法治国的总目标下,作为国家治理的重要方

面,社会治理体系和治理能力“现代化”的实质就是法治化,而法治化的核心逻辑是限权(把权力关进制度的笼子)。在主体多样、利益多元的网络社会,法治化的限权逻辑一方面要求直接用规则约束权力,在刑法上即是以罪刑法定等一系列原则限制刑罚权的发动;另一方面则要求充分释放非国家主体的治理能量,转变“国家中心主义”的模式惯性,从而间接弱化社会治理的公权力依赖症。然而,积极刑法观及其变种观念的流行,导致“刑法积极参与社会治理”变得更加肆无忌惮。积极刑法观不仅没有重视国家“硬法”单一化的转向,没有发挥网络社会中行业、企业、平台以及公民个人等其他主体基于“自治规则”“软法”的合作共治,反而在规范供给不足的焦躁中重新捡起了刑法这个“最硬之法”,积极入罪的渠道更灵活、积极出罪的路径更闭塞。这客观上助推了前网络时代从未根除的刑法万能主义,刑法理论体系的功能化走向在网络时代再次陷入了“刑事政策化”之老路,由此也引出了“刑法学任务的Web3.0之问”:面对社会治理法治化的目标,同时也面对网络时代扩张犯罪圈的司法强势,刑法学理论究竟应当为迎合扩大处罚范围的需求服务还是应当为实现“规则逻辑”“控权逻辑”等法治化逻辑服务。

二、网络时代社会治理规范比例供给与消极刑法观之确立

以Web3.0为断代符号的网络时代是以往从未有过的技术革命时代,技术驱动的“多元性”成为网络社会区别于单一物理性社会的基本特征,传统社会治理对此不曾有过任何经验,适应多元社会多元主体的多元需求,则成为网络时代社会治理的一条红线。正如十九大报告强调“打造共建共治共享的社会治理格局”,“共建共治共享”也成为《法治社会建设实施纲要(2020-2025年)》中社会治理法治化的基本原则。在这种社会变革与治理创新的背景下,刑法万能论思维已难以适应“共建共治共享”的多元节奏,使用刑法作为网络空间治理的主要手段的积极刑法观与网络社会治理规律不相一致,消极刑法观应为因应网络时代社会刑事治理的基本理念。

(一)网络时代“共建共治共享”的刑法意义

《十四五规划和2035年远景目标》依照十九届五中全会“完善共建共治共享的社会治理制度”的精神,提出“提升共建共治共享水平”“构建基层社会治理新格局”,主张“自治、法治、德治相结合”“完善基层民主协商制度,建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”,这是对《法治社会建设实施纲要(2020-2025年)》所提出的“完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系”的再次确认。其实,上述“七位一体”的社会治理体系存在一个渐进完善的认识过程:早在Web2.0时期的社会管理语境中,十六届六中全会就提出“健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局”;随着依法治国的推进,党的十八大将“法治保障”作为一个旗帜鲜明的独立指标纳入其中,进而发展为“五位一体”;党的十九大将“五位一体”的社会管理体制升级为“社会治理体制”,十九届四中全会又将“民主协商”“科技支撑”作为“社会治理体系”的新组成,强调“建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”。所以,刑法在社会治理共同体中的意义必须予以明确,否则就会离“共建共治共享”的格局愈行愈远。

“共建共治共享”要求多元力量参与社会治理,而不是刑法甚至不是法律“独建独治独享”。社会治理作为国家治理的重要方面,涉及社会矛盾预防与化解的各个领域,犯罪作为危害性最大的社会纠纷,对它的治理是社会治理的最重要任务之一。毫无疑问,无论根据报应主义还是预防主义,犯罪对应的基本后果是刑罚,积极刑法观号召刑法积极参与社会治理,也只是通过对犯罪施加刑罚来体现刑法的“在场性”,所以积极刑法观所提供的方案也必定是事后惩罚措施而已,即便以“预防刑法”“安全刑法”“风险刑法”的名义所作出的“预备行为实行化”等刑法干预的前置化举措,也只是对该特定预备行为的事后处置而已。例如,被告人张利浩等利用信息网络为实施介绍卖淫等违法犯罪活动发布信息,一、二审法院认定被告人构成刑法第287条之一“非法利用信息

网络罪”,^⑥本罪虽然是针对利用信息网络从事其他犯罪的一种提前介入,但这种积极介入也必须等待被告人着手实施非法利用信息网络行为之后才可以启动,且启动的唯一途径仍是国家权力主导下的“立案—侦查—起诉—审判(定罪量刑)—刑罚执行—刑满”。这种积极刑法观导向下的所谓犯罪“积极治理”除了将被告人提前送入监狱、打上犯罪标签之外,还会赢得何种治理效果?刑法积极论者的唯一辩白可能就只剩下“以儆效尤”这种纯粹恐吓预防论了,如将“首案”的入罪判决作为判例告知公众:请看清楚,这种以前无罪的行为从今往后就要以犯罪论处。以此树立起来的“规范意识”,其本质仍然是用刑罚来警示大众而已,积极刑法观也只是几千年以来“积极使用刑法大棒”思维的同义转换,并没有体现出任何社会治理的时代性、创新性。

更重要的是,网络时代技术驱动社会权力的重新分配,社会规则的制定权主体呈现多极化,国家干预权的分量被日益增长的其他治理权稀释或弱化,因而刑法的作用将更加羸弱。传统的社会管理模式完全是政治国家主导,非国家主体一直居于“被管理者”而在社会格局中处于边缘地位。然而,以创建“多向性”为特点的网络技术扩展了非国家主体的行动空间,网络平台甚至赋予了企业组织在社会交往中的垄断性。德国学者贝克针对风险社会中权力配置指出,“今天塑造社会的潜在可能性已经从政治系统转移到科学—技术—经济现代化的亚政治系统”,非国家主体的权利“得到了行使、被扩大解释或进行阐释,社会内部的权力关系也出现了某种程度的改变”,他将这种变化界定为“政治失势的民主化”“结构民主化”。^⑦这一点在网络时代可谓已经彻底成为现实,如今官方决策不再是社会治理的唯一或核心凭借,非官方主体的有效参与和民主监督早已成为更加有用的方式。在前述“七位一体”的社会治理体系中,“民主协商”“社会协同”“公众参与”“科技支撑”都是在坚持党的领导前提下逐渐适应多元化社会治理机制的科学选择,多元共治表现为两方面的意义:一方面,“民主协商”“社会协同”“公众参与”强

化了市民参与社会治理的正当性,市民因参与管理“众人之事”而具备了某种“政治化的权力性”,成为超越传统政治与非政治的“亚政治系统”,这种“群防群治”“共建共治”向来是中国特色社会主义民主的优势。网络社会中的民主化以尊重人的主体性、自治性为前提,因而体现了网络时代的契约规则,其方向是“民进刑退”“重民轻刑”。^⑧另一方面,“科技支撑”则更加揭示了国家权力的治理局限性,因为国家制度的作用管道漫长而低效,甚至具有严重的滞后性,网络时代更需要的是“技术对技术”的高效化精准化治理,因而体现了网络时代的“技术规则”,这也是“代码即法律”的命题何以存在。对于网络失范行为、犯罪行为的预防而言,“科技支撑”的刑法价值在于为“打早打小”的威权思维向“打准打实”的技术思维转变提供基础。

以我国个人信息保护为例,2010年5月31日国家工商行政管理总局通过《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》以及2014年3月15日修订《网络交易管理办法》、2012年12月28日全国人大常委会通过《关于加强网络信息保护的决定》、2013年7月16日工信部制定《电信和互联网用户个人信息保护规定》、2016年11月7日全国人大常委会通过《网络安全法》、2017年3月15日全国人大通过《民法总则》以及2020年5月28日通过《民法典》“人格权编”、2017年12月29日全国信息安全标准化技术委员会制定《信息安全技术个人信息安全规范》、2018年8月31日全国人大常委会通过《电子商务法》、2021年8月20日全国人大常委会通过《个人信息保护法》等,它们所传递的个人信息收集使用规则无论在内容还是数量上均远远超过2009年《刑法修正案(七)》首次规定、2015年《刑法修正案(九)》重新修订的第253条之一。这些法规范不仅包含了针对所有主体的通行规则,如《民法典》第1035条;而且涉及特定领域针对特定主体的具体化规则,如《网络交易管理办法》对网络商品经营者、有关服务经营者设定的规则,《网络安全法》对网络运营者的技术保护责任及其相关罚则,《电子商务法》对电子商务经营领域用

户信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序等作出的规定。与此对照,刑法第253条之一仅仅是大量法律规范中的某一个条文而已,它在网络环境中对个人信息保护是相当有限的,且只有在满足侵犯公民个人信息罪的罪质与罪量(如“情节严重”)要件之后才能被使用。如果积极使用刑法就可以有效实现犯罪预防,就不会在2009年之后还要着手制定《数据安全法》《个人信息保护法》。《民法典》《数据安全法》《个人信息保护法》等前置法规范提供的治理规范更加丰富、更有针对性,刑法前置法规范及其技术规则的发达是法律秩序内充分发挥非国家主体社会治理功能的前提,事后的刑罚并不是常态化的选择。

可以说,“共建共治共享”的社会治理原则旨在创建“人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”,作为政治国家最刚硬的权力,若刑罚权的使用过于频繁,则社会治理共同体呈现的仍是“大政府、小社会”格局,《十四五规划和2035年远景目标》所倡导的“积极引导社会力量参与基层治理”也将难以实现。从刑法的内容及其发动程序来看,无论将其功能或愿景渲染得多么美好,刑罚的本质都是由国家对公民发起、以政治权威为后盾的以恶制恶,只不过正当的刑罚可以被评价为容许的恶,而不正当的刑罚则属于不必要的恶,法治国家由此才会在实体与程序上确立罪刑法定、疑罪从无等法治原则去限制后一种恶。因此,刑法参与社会治理必须保持一定的限制,为其他共同体的功能发挥让出更大的余地。

(二)网络时代的社会治理更应贯彻比例原则

具有宪法位阶的一项法治原则是比例原则(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz),它“源于法治国家理念及基本人权之本质”,“行政比例原则”已成为行政法上约束行政主体的基本原则,^①在社会治理法治化体系中“刑罚比例原则”也必须得到重视。比例原则主要包括适当性(Geeignetheit)、必要性(Erforderlichkeit)、均衡性(Angemessenheit)等三个要素(三阶说),除此之外,也有观点把国家行动目标的澄清(die

Klärung des Zwecks)作为一个权力行使前提(四阶说)。②综合而言,它涉及①国家行动必须追求合法目的,这旨在禁止国家的意志恣意性;②国家采取的措施必须适合实现上述目的或至少有助于促进实现该目的;③该措施必须是必要的,对于受影响的人来说,不得有任何其他更适合、更温和的措施;④该措施必须妥当衡量所影响的相关权利、法益或利益。③积极刑法观在社会治理上的目的是良好的,但目的正当不能证明手段合理:刑法使用尽量多一些还是少一些,这更多是社会治理的手段之争,即手段对于目的实现是否具有适当性、必要性和均衡性。积极刑法观主张刑法积极干预社会生活,如倡导积极增设新罪、建构轻罪体系、使用目的性扩张解释等弥补罪刑规范供给不足。然而,积极刑法观会导致犯罪圈的扩大和刑法网的严密,其适度性需要反思。经过比例原则三个阶段检验,可以得出较为明确的结论。

第一,“积极使用刑罚”并不是网络时代优化社会治理、化解社会矛盾的适当措施,它无助于实现社会治理法治化,违反适当性原则。积极刑法观的一个最重要的目的是通过刑罚强化公众的规则意识、法律意识。然而,公民“规范意识”“法治意识”的培养根本不是依靠刑法而是需要多元化的规范集合以及多元化的宣传方式。其实,积极刑法观支持者常将自己的理论与德国的积极一般预防论(die Positive Generalprävention)联系在一起,因为二者都把培养“法律意识”(Rechtsbewusstsein)、“法忠诚”(Rechtstreue)、“法秩序中的公众信赖”(Vertrauens der Allgemeinheit in die Rechtsordnung)等奉为犯罪预防目标的关键词,^②似乎找到了德国刑法学的话语共识,积极刑法观就变得更有底气或成为域外理论中国化的最大胜利。究实言之,“法律意识”“法忠诚”的客观表现就是汉语上最为熟悉的“懂法、守法、用法、护法”。我国历来十分注重增强公民法律意识,如《法治社会建设实施纲要(2020-2025年)》的第一项便是“推动全社会增强法治观念”,其途径首选也不是刑法而是宣传和教育,如“深入宣传宪法,弘扬宪法精

神”“深入学习宣传习近平法治思想”“加强青少年法治教育”“健全普法责任制”“建设社会主义法治文化”“依法治网和以德润网相结合”等。所以,积极刑法观所期待的“训练公民的法忠诚意识”完全不需要急躁地借助昂贵的刑罚责任,良好的社会政策才是最好的刑事政策,预防犯罪可谓“工夫在诗外”,刑法之前的民法典、行政法规等前置法以及刑法之外的行业规范、平台规则、互联网协议、商业道德、社会公德等才是更前沿的治理规范,它们才是实现“共建共治”的法律意识来源。

第二,对于网络社会治理而言,其他更加温和的非刑罚替代措施更能发挥治理效能,积极刑法观违反必要性原则。面对所谓“世界风险社会”(Weltrisikogesellschaft)的挑战,刑事政策方案不单有扩大犯罪圈、积极使用刑罚这一种,还有制定预防犯罪的替代措施即“刑法外的”(außerstrafrechtlich)尤其是“法律外的”(außerrechtlich)措施。根据德国学者的划分,这些措施包括:第一类是“替代性的前置预防措施”(proaktiv wirkenden alternativen Schutzmaßnahmen),例如,“在网络犯罪领域借助技术手段对潜在受害者的自我保护、在医疗法中采取预防性的程序控制、在腐败预防中采用行政程序法的规制、通过消除社会问题消灭恐怖主义根源以及针对其他犯罪原因的预防(如在经济犯罪领域)或所谓的结构性预防(如在有组织犯罪领域)等”;第二类是“替代性的规制系统”(alternative Kontrollsysteme),这包括行政制裁、民法损害赔偿、自我监管、公私共同监管(如在互联网、新闻界)、促进私人自我预防以获得刑罚优惠的公司合规计划、特殊领域的特殊应对策略(如国际犯罪中的外交斡旋、真相与和解委员会)以及道德守则、行为准则等,它们都可以减少技术领域的滥用风险。^④如前所述,在刑法之外的法律系统内,我国关于个人信息保护已经制定了《网络交易管理办法》《关于加强网络信息保护的决定》《网络安全法》《民法典》《个人信息保护法》等前置规范,它们规定了前置性的预防措施、形成了侵犯公民个人信息罪之外的替代性规制系统,通过事后的刑罚干预从来不是

唯一必须的可选途径。不仅如此,网络平台还对用户具有直接的干预权并形成一系列管理规范,对于虚假交易或刷单刷量等损害网络市场信用评价机制的行为、平台数据的爬虫行为、批量恶意注册行为等失范行为,平台运营者都有一系列的用户协议、管理制度加以发现、处置,甚至为之配备了详尽的“实施细则”(如《某某集团数据安全规范(总纲)》《某某平台规则总则》《关于主播发布违禁信息的实施细则》等),它们借助于海量数据、智能算法等技术甚至形成了排他性、垄断性地干预,更容易直接发现违背平台协议、不服从平台管理而侵害他人正当权益的行为,平台采取或升级的诸如真人验证、人脸识别、恶意爬虫防范、商品下架、交易禁止、权限限制、冻结注销账号等措施在刑法介入之前就可以直接干预并有效防止损害。

第三,刑罚措施的介入不仅不能及时保护相关被害法益,而且往往对被告人的法益造成多余的伤害,刑罚不是“损害最小”而是“损害最大”的治理手段。以增设新罪为例,积极刑法观主张:如果不积极增设新罪轻罪去应对新型网络失范行为,那么这些行为在司法实践中往往被判更重的罪、被告人会承担更重的刑罚。言下之意,积极增设新罪、轻罪是减少刑罚过度化的合理选择,不用新的轻罪处罚行为人,他们反而会遭受更重的刑罚,增设新罪轻罪有利无害。笔者以为,这种观点似是而非,甚至有本末倒置之嫌。不可否认,不少司法机关在面对一些新型网络失范行为时,往往会用兜底条款予以入罪化,进而形成对行为人的严苛处罚,如前述“全国首例组织刷单案”俨然将非法经营罪重生为“投机倒把罪”,这种重刑主义确实值得批评。^⑤但问题的关键在于,按照罪刑法定原则,新型行为可能原本就无罪,行为人却承受了重刑责难。与无罪相比,增设新罪轻罪并给予处罚,明显加重了而不是减轻了行为人的负担。积极的刑法立法观在此陷入了与积极的刑法司法观同样的重刑主义逻辑,即先定罪后找一个合适的罪名,将诸如单纯的互联网不正当竞争等行为认定为轻罪仍然造成“刑罚过剩”。^⑥例如,“全国首例

“恶意反向刷单案”被认定为破坏生产经营罪,法官实际上将被告人的行为理解为妨害业务、将破坏生产经营罪修改为“妨害业务罪”,这种积极介入有违罪刑法定。^②一方面,若新罪的构成要件(何为“妨害”、何为“业务”)仍不够明确,则妨害业务罪仍然会沦为与破坏生产经营罪相同的“口袋罪”,这在日本刑事司法上已经予以了明证。^③另一方面,网络行为与妨害业务损失之间的因果关系也往往存在认定疑问,比如从恶意刷单到营业额损失,中间介入了具有垄断地位的电商平台的处置措施(错误认定虚假交易而实施搜索降权),尤其在卖家和平台均怠于采取措施限制批量交易、批量好评的情况下,卖家是否不需要为自甘风险的交易行为分担任何责任,平台是否可以根据事后交易流量而直接认定卖家存在虚假交易进行处罚,行为人是否仅仅由于存在“恶意”就直接需要承担妨害业务罪的刑责,都存在疑问。所以,由于网络空间尤其互联网平台管理规范的多元化,某个危害结果也可能是平台主体管理失责导致的,若直接让用户承担犯罪责任则可能走向主观归罪或结果归罪,刑法的积极介入也难以通过均衡性的检验。

总之,网络时代的社会交往特性决定了应该树立多元共治的理念与举措,刑法只是其中的一种手段而不是唯一手段,积极刑法观使刑法成为社会治理最为倚重的手段,这与网络社会的多元性及其契约规则、技术规则不相符合。网络时代刑法参与社会治理应引入“共建共治共享”和“社会治理共同体”理念,在刑法干预上引入比例原则的思考,即在社会风险的预防模式上应反对积极刑法观,提倡法益保护“辅助性”的消极刑法观:在多元社会治理规范中,注重刑法规范与刑法外规范、法律外规范的比例供给,保持刑罚系统的“最小比”;强调法益保护目的与法益手段之间的匹配和均衡,保持刑法介入的“最后性”。

三、网络时代社会治理的消极刑法观之内容构造

网络时代将“风险社会”的图像描画得更加清晰,社会风险因行动空间的无限延展、行为影响的极

速传播而具备了“雪球效应”,人们的恐惧感及对安全感的渴求度均达到了顶点,作为法益保护手段的刑法由此难免因人的焦虑而变得不理性,让刑法变得更加活跃、积极的预防性刑法观成为立法和司法上的思潮。然而,若刑法也被充当为风险预防的主要以及首要手段,那么它实际上就已经不再是来源于法治思想的古典刑法,而成为一种单纯的社会控制手段、维护社会稳定的工具,网络时代的刑法更加面临“重返核心刑法”(Kernstrafrecht)的现代化任务。^④消极刑法观主张建构消极的法益观、消极的违法性论、消极的责任论以及消极的刑罚论,这里的“消极”不是刑法毫不作为,而是比例原则统辖下的刑法克制主义,以此实现网络时代刑事治理的法治化走向。

(一)消极的法益观

现代化刑法自身带有很多标签如行为刑法、市民刑法、民权刑法、法益刑法等,其中法益刑法的基本命题为“刑法的目的是保护法益,犯罪的本质是侵犯法益”。当前积极预防性刑法观席卷立法与司法,入罪扩张主义、立法活跃性日益流行,社会治理中的刑法功能日益趋向单纯的社会管理法。比如2020年12月26日《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》),将高空抛物行为侵害法益由原先针对“人”的生命财产安全转为针对“社会”的管理秩序,基于体育管理的便利,增设“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂”犯罪等,此类立法导致侵害法益的虚化,“犯罪究竟侵害什么”变得不可捉摸,法益刑法受到挑战。

法益理论自20世纪90年代引入我国刑法学以来,逐渐成为学界的通识性话语。关于法益的概念,有“前刑法的法益”和“实证刑法的法益”之分,前者属于实质的(materielle)、超体系的(systemtranszendent)法益,后者属于形式的(formell)、体系内的(systemimmanent)法益。^⑤如果法益概念停留在刑法体系内部即形式法益,则法益的内涵完全取决于立法者,无法避免形式法治国的缺陷,因而只有诉诸前刑法的实质法益才能审视立法并进而在更高位阶上指导司

法,这就是宪法性的法益概念。换言之,法益论在当今刑法学的意义来自实质法治国逻辑,实质法益概念是法益体系的支撑,法益在刑法立法之前就已存在,它是法律系统的基本法即宪法所保护的公民基本权利及其利益,宪法性法益是“法益刑法”的基础。所以,法益刑法的根本问题是在刑法范围内如何实施宪法即如何妥当处理个人与国家之间的关系,即如何看待个人法益与超个人法益,采用何种法益观最终也就取决于信奉何种政治哲学观。《法治社会建设实施纲要(2020-2025)》将“加强权利保护”视为一项法治任务,强调“切实保障公民基本权利,有效维护各类社会主体合法权益”,《十四五规划和2035年远景目标》确认了“全面加强人权司法保护”的发展目标,足见中央对于宪法上“尊重和保障人权”的重视,也再次指明了依法治国之首要在于依宪治国。保障公民基本权利既要尊重公民权利行使的意思自治、选择自由,又要保护公民权利免受他人不当干涉,前者表现为个人法益自决权之承认,后者表现为消极自由主义之肯定,二者并合于个人权利保护。

例如,Web3.0时代公民个人信息成为一种数据性生产资源,允许他人使用本人个人信息、收集使用他人个人信息等都会成为一种有偿利益交换,但这种交换往往因“行政管理(平台管理)的不便”或“不劳而获的不道德”而容易被归入“网络黑产”的处置范围,侵犯公民个人信息罪大有扩张势头,但并非该罪的处罚范围越大越有利于保护公民个人信息,相反可能会导致该罪的异化。^⑧根据个人信息权的规定以及其权利内容,个人信息权是网络信息时代的新型综合性权利,它既含有人格权的部分,又含有财产权的性质,还含有隐私的内容,必须要兼顾好信息的保护与利用之间的关系。个人信息法益的核心是信息自决权,即个人有权决定自己的个人信息在何时、何地、对何人、在何种范围内公开、披露或被使用,同意规则同时具有防御性和积极授权性。换言之,个人信息的法律保护并非仅仅为了保护作为客体的信息,而更是为了保护作为主体的人,侵犯公民个人信

息罪的保护法益必须聚焦于这种个人信息自决权,以突出信息权在源头上与“基本权利”(人之尊严和自由)的相关性。^⑨所以,经同意的个人信息使用行为不应轻易被认定为违法犯罪,应准确理解个人信息自决权的实质,不能将个人信息的法益属性解读为个人无权处分的超个人法益。除经过同意后有偿提供他人个人信息的行为不构成侵犯公民个人信息罪之外,对于有偿收集提供他人已公开的个人信息的行为也应不构成犯罪。^⑩对此,我国《民法典》第1036条也明确规定,“处理个人信息,有下列情形之一的,行为人不承担民事责任:……(二)合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外”。自行在互联网上公开个人信息是信息自决权的表达,权利人应当知晓信息公开的意义(包括他人对个人信息的爬取、传播、收集甚至有偿提供),基于信息自决、意志自由以及风险认识,自行公开的个人信息后被他人使用的,一般不需要权利人“二次授权”,信息使用人不因此而构成侵犯公民个人信息罪。

实际上,对个人信息自决权进一步的限缩甚至将公民个人信息法益界定为具有公共秩序管理性质的超个人法益,本质上采用的是一种偏颇的积极自由主义。概括而言,“消极的自由”是指免于被干涉的自由,虽然个人自由必须是有限度的,但在“划定私人生活的领域与公共权威的领域间的界限”上,消极自由主义着眼于保留个人自由空间不受侵犯;“积极的自由主义”主张更高级的自由、摆脱自我冲动的理性自由、自我实现的理想自由,但“积极的自由”是一种被定义的自由,因为个人与世无争的“自我”并非“经验的自我”“他律的自我”而是一种“难以置信的模拟”——人人具有相同的理性目的,最终这种整齐划一的个人自由就变成了超个人的“整体自由”,有机统一之后的“积极自由”也就被偷换成社会“秩序”。^⑪所以,国家任务上的积极自由主义常常与威权主义捆绑在一起,它把个人利益的自由处分看作是盲目的、不利于己的,从而以高级自由的名义加以

干涉,比如通过引入超个人法益即社会管理秩序法益对个人信息的处分权加以限制、压缩甚至否认个人对自己信息的自决,并由此积极援引侵犯公民个人信息罪处罚“经过同意或授权”的各种信息处分行为。与此相对,消极的自由主义的内核是多元主义,在重视个体自由方面与如下法益观相符合:“超个人法益只有在能够被解析为个人法益的情况下,即为维护个人发展条件所必需的时候,才应受到刑法的保护。……个人法益论准确反映了基本法价值秩序所规定的刑法部门法秩序中个人(Persom)与社会(Gesellschaft)之间的关系。即使基本法中的‘人类图像’(Menschenbild)源于人的社会性,包含个人在内的共同体(Gemeinschaften)也必须永远只有与个人相关的支持、保护、服务的功能。”^⑧如前所述,网络时代的社会治理呈现的是多元主义格局即“共建共治共享”,承认非国家主体治理权的实质便是肯定他们的消极自由,比如将个人信息法益界定为个人法益(私法益)而非超个人法益(公法益),充分承认信息自决权的私法后果,以免受刑罚过度干预。

由此,消极刑法观提倡来源于比例原则的消极法益观,其基本内容是,刑法的法益是以基本权利为核心的宪法利益,刑法只是“辅助性的法益保护”(subsidiäre Rechtsgüterschutz)^⑨,以此为方向建构的法益体系将个人法益置于基础位置,立法与司法上的法益保护目标不能空虚化、抽象化,超个人法益也应与个人法益相关联并不损及个人法益。消极法益观对应的是消极自由主义,它们更有助于建构网络时代社会治理共同体,有助于维护法益刑法核心功能——保障个人自由;而积极自由主义则以保障自由的名义重返社会治理的国家中心论,排斥其他社会治理主体,导致超个人法益的泛化,使刑法陷于秩序保护法、行政管理法中不能自拔。

(二)消极的“不法·责任论”

在犯罪论体系中,由于构成要件该当性判断中“事实与价值二分法”的崩溃,作为独立阶层的构成要件该当性应融入不法与责任(罪责),进而形成实质二阶层犯罪论体系,即不法构成要件与责任(罪责)构

成要件成为犯罪论体系的两大支撑。既然不法与责任是犯罪论体系的两个阶层,那么必然要区分不法与责任,而不是将两者混为一谈,刑法教义学视野中的构成要件解释或适用也由此主要呈现“(客观)不法·(主观)责任”的格局。但网络时代积极预防性刑法观激活了刑法功能主义,功能性的刑法体系是以一般预防为导向的体系,它总是注重从结果导向转向行为导向,这看似更重视“行为”本身的意义,实则转向行为人主义,为此需要强调消极的“不法·责任论”。

根据消极的不法论,违法性的基本立场是刑法客观主义的结果无价值论,反对将行为人的主观情态作为违法性判断基础的行为无价值论。结果无价值论主张违法性的本质是法益侵害,在司法上表现为行为人实施了法定构成要件行为引起法益侵害结果(事后视角),在立法上表现为构成要件的创设要以法益侵害结果为限,构成要件规范是评价规范。与此相对,行为无价值论主张违法性的本质是行为规范的违反,在司法上是指行为人违背了构成要件所传达的命令规范(事前视角),在立法上是指构成要件的创设以提示行为规范为目标。根据行为无价值论的违法性判断逻辑,不法论的关键词虽然是“行为”的无价值,但其看重的是行为本身的规范违法性,法益侵害及其程度对于规范违反的判断并没有任何影响,因为命令规范只作用于行为、不作用于结果,“结果”只具有附带性的意义。这本是行为无价值论的基本立场,我国的行为无价值论几乎全部为二元行为无价值论,即在违法性评价时引入了法益侵害结果(法益指向性的行为无价值论),但行为无价值论与结果无价值论本就是不相容的。二元行为无价值论虽然将不法行为界定为违反行为规范进而侵犯法益的行为,但毫无疑问,法益侵害仍然是居于规范违反之后,即首先以违反事前的命令规范为标准,其次以事后的评价规范为标准,只要符合前半段则可以肯定对行为的否定性评价,结果未发生或结果经法益衡量而正当,则仍然属于需要给予刑法规制的犯罪未遂(如偶然防卫和不能犯的认定)。^⑩结果无价值论

认为刑法规范首先是裁判规范,^⑧因而违法性判断是从“结果”开始向前看,即一定是客观优先,是对法益侵害结果的回应;二元行为无价值论旨在防止违反命令规范的行为,它表面上是从“行为”开始向前看,但命令规范的作用是从行为人对命令规范的心理态度或抗拒意识开始,“行为无价值”的含义是命令规范对行为人失灵,因而它一定是以行为人的主观情态为起点向后看,是对行为人敌对、忽视、挣脱命令规范的回应。^⑨所以,无论行为无价值一元论抑或二元论,都是从命令规范的“作用点”(主观规范意识)出发进行体系建构,一定是以预防为主线,是期望通过刑法规范展示、提示给公众一定的命令性规范,从而引导、规训其不实施犯罪。命令规范的本质也是“规则逻辑”,只不过它不是前述法治逻辑中的权力规制,而是针对社会公众的行为规制,对行为的有效规制需要深入到行为人的规则意识。这样的不法论在行为规制上必然是前置化的——以行为规制为目标向前规制人的主观情态(所谓“法秩序的敌对态度”“欠缺法忠诚”),这便是积极预防性刑法观在不法论中的反映,一种积极的不法论。

积极不法论的最大缺陷是不法与责任区分的模糊化,阶层论体系又回到了不法与责任平面一体论。区分不法与责任是我国犯罪论体系转型的重要标志,这也是德国“最近这二到三代学者在释义学上最重要的进展……是刑法释义学的重大成就而无法再走回头路”。^⑩以行为无价值为核心的积极不法论追求行为规制的预防性刑事政策目的,将不法判断功能化,它要么不需要等到法益侵害的结果出现就可以认定行为的不正当性,要么将实施某种行为本身拟制为一种“结果”进而表面上保留了“法益侵害”的字句,实际上仍抛开结果认定行为无价值,二者的结局都是偏向行为人主义的“人的不法论”或“主观不法论”,它与结果无价值论在违法性的判断基础上采用的是两套不同的标准。积极不法论看重命令规范,而命令规范发挥功能的前提是规范接收人具有意志选择自由、他行为能力,命令规范发挥功能的表现是:具有规范认知能力的行为人本应被期待遵守

该命令规范,但行为人实施了对抗命令规范行为,因而需要予以否定。可见,命令规范与责任论的判断内容发生重叠,以命令规范作为违法性判断的坐标则必然同时引起对行为人罪责能力的评价,责任要素全面提前亮相并与不法要素合二为一,“有责的不法论”才是其首尾一贯的结论。

可见,积极刑法观将预防因素引入犯罪论体系,导致犯罪论体系的功能化,由此产生不法构成要件的膨胀、责任构成要件的空洞。一方面,积极不法论为了贯彻一般预防目的,不仅在司法上主张构成要件解释的积极扩张激活刑法适应性,而且在立法上容易将民法(如违约、普通侵权)、行政法(不服从行政管理)中的失范行为移入刑事不法加以评价,将预备行为、共犯行为等构成要件之外的行为类型作为独立的犯罪构成要件予以犯罪化即预备行为实行化、共犯行为正犯化,将实害犯、具体危险犯抽象化即增设新的抽象危险犯或行为犯。例如,高空抛物行为原本可以根据刑法第114条、第115条以及2019年11月14日最高人民法院《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》认定为危害公共安全犯罪的具体危险犯和实害犯,在《刑法修正案(十一)》在制定过程中却表现出了两个明显的积极预防思维:第一,在草案一审稿中开始将高空抛物行为增设为独立的构成要件“从高空抛掷物品,危及公共安全的,处……”旨在向公众明示禁止高空抛物的命令性规范;^⑪第二,审定稿将高空抛物行为移入第291条之一投放虚假危险物质等罪之后,形成“从建筑物或者其他高空抛掷物品,情节严重的,处……”如果说“危及公共安全的”还带有一定具体危险属性的话,则最终稿则完全将该行为视为秩序法益犯罪,高空抛物行为原本带有的人身安全损害转变为纯粹的抽象危险。高空抛物行为从实害犯、具体危险犯再到抽象危险犯,从危害公共安全犯罪到获得独立构成要件地位,均是基于创设命令规范启迪人们的规范意识的立场,预防性的不法论导致刑法不断修正,构成要件体系愈发肥大且愈不明确。另一方面,虽然我国明确支持功能性责任论的学者极少,规范责任论基

本占据通说地位,但预防刑法蔚然成风,责任原则的刑罚限制意义也可能变相失守,如命令规范进入违法性阶层、有责性要素不断提前、雅科布斯规范话语的日益流行等,主观罪责可能会失去犯罪论体系的独立性。责任是行为人实施了不正当行为之后对其意思决定的一种谴责,因而责任本身必须也是报应性、回溯性的,旨在“考问行为人主观上对命令规范的违反,由此来保障侵害原理与责任原理互不侵蚀”。^⑩作为合法性原则的责任主义“不能被一般预防的功利主义模式(Nützlichkeitskategorie)所代替,也不能用一般预防加以解释,如同在目的理性刑法思维中不能抛弃独立于功利性考量的‘国家干预的价值合理性(合法性)’”。^⑪因此,罪责与预防目的的分离,保证了不法与责任的阶层性以及刑法作为事后惩罚法而非预防法的本性。

总之,消极的“不法·责任论”拒绝犯罪论体系上的过度功能化,而主张不法与责任相区分的实质二阶层犯罪论体系;不法论的核心是基于评价规范的结果无价值论,这在违法性判断上贯彻了行为刑法及刑法客观主义,对构成要件行为及其法益侵害结果的否定是刑法秉持事后惩罚法属性的关键;责任论的核心是对行为人违背命令规范的报应性责难,罪责介入的前提是客观不法的成立;二阶层的“不法·责任论”应当与预防性刑事政策保持消极互动,预防因素只具有“甄别值得处罚的不法与责任”的出罪解释意义(入罪的目的性限缩),不应将预防目的作为判断不法与责任的积极因素,在构成要件立法创设以及司法解释上摆脱网络时代积极刑法观的误导。

(三)消极的刑罚观

刑罚观是对刑罚功能与刑罚效果的认识论,积极刑法观必然主张刑法的积极有用性,从而宣称刑法应积极参与社会问题的治理,似乎刑法一旦干预社会成员的行为,相关问题便会迎刃而解。因此,积极刑法观的表象和实质一定是把刑法当做应对社会问题的工具,且是优先于其他社会规范的首选工具,否则就不会如此热衷于积极引导刑法闯入各个领域

耀武扬威,将它与刑法工具主义、重刑主义等联系在一起实至名归。如果刑法工具主义、重刑主义确实能够在所谓保护法益的同时保障个人自由、襄助刑事法治,相信也不会有人冒天下之大不韪断然拒绝之。然而,积极刑法观主导形成的刑事立法条款在实践中的实效需要反思,尤其在网络时代构建“社会治理共同体”的背景下,刑法似乎也难以独立胜任社会治理法治化的远近景目标。

从当前的立法现状看,积极刑法观确实已经确立,但这并不是因为该理论赢得了立法者的认可而被推广,而是因为立法实践中的某种情绪酝酿出了积极刑法观,积极刑法观只是迎合了某种立法思维并以学术理论的方式进行了转化而已。以《刑法修正案(十一)》为例,很多条文仅是对某些社会热点的回应,比如第17条降低刑事责任年龄是对“少年弑母案”“少年奸杀女童案”等未满14周岁未成年人杀人事件的回应;^⑫增设第133条之二“对行驶中的公共交通工具的驾驶人员使用暴力或者抢控驾驶操纵装置”“驾驶人员在行驶的公共交通工具上擅离职守,与他人互殴”等用语针对的正是抢夺公交车方向盘、重庆公交坠江事故等新闻热点,只不过法条将“公交车”“方向盘”转换成不那么口语化的表述,在司机与乘客互殴之前添加了“擅离职守”而已;增设第280条之二“盗用、冒用他人身份,顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇”是对陈春秀等被冒名顶替上学事件、退伍军人件瑞华被冒名顶替就业事件的回应;第291条之二“高空抛掷物品”是对近期高发小区高空抛物的回应;第336条之一“将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体”基本是对贺建奎“基因编辑婴儿事件”的回应;第355条之一“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛,或者明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂”则是对某体育明星涉兴奋剂事件及其激起的热点话题的回应。刑事立法回应民意、顺兴民心、激发热情或许无可厚非,但积极刑法观无条件情绪化地为动用刑法方案出谋划策,便值得反思,因为这种刑法回应方案不追求制定刑罚的

实际后果而仅仅展示给众人一种积极的高姿态,它也只是用某个流行的关键词告知公众:《刑法修正案(十一)》已将热门的“高空抛物”“抢夺方向盘”“冒名顶替”“基因编辑”“兴奋剂”入刑,至于入刑本身的实质合理性以及之后的刑罚效果则缺乏追问,这样的积极刑法只会导致刑事立法和司法在刑法万能主义的窠臼里越陷越深。

例如,冒名顶替取得大学入学资格、公务员资格、就业安置待遇等行为导致本来具有该机遇的人丧失了发展条件,他们的生存状况普遍恶劣于冒名顶替者,类似事件的每一个旁观者其实都已经或必将在各种竞争中寻求发展前景,他们都对那些被冒名顶替者的命运充满共情心,加之相关当事人、涉事机关回应懈怠以及新闻媒体、社交平台推波助澜,更加引起了事件观众的愤慨,因而形成了可视化的汹涌民意,立法似乎具有正当性基础。但这里存在三个问题值得思考:其一,随着个人档案管理的电子化、统一化,以后还会频繁发生冒名顶替上大学、考取公务员、获取就业安置待遇的事件吗?陈春秀被冒名顶替发生在2004年、退伍军人佘瑞华被冒名顶替则发生在1996年,它们发生在前网络时代,彼时纸质档案管理粗放、造假容易而案发困难,冒名顶替者在长达16年、23年的工作中畅行无阻。Web3.0时代电子政务的普及,年轻一代公民的档案、学籍等个人信息均实现了电子化管理,冒名顶替几乎不可能发生。其二,即便冒名顶替仍会发生,那么《刑法修正案(十一)》对冒名顶替行为的入罪化,能够起到预防效果吗?前网络时代、无网络时代的冒名顶替之所以能够得逞,完全是档案管理技术限制导致,技术驱动社会发展的背景下,“科技支撑”(如档案联网、指纹识别、人脸识别)的防范策略远比“刑法支撑”更有效。对冒名顶替问题的治理,通过技术管理手段减少管理漏洞、降低冒用盗用的作案成功率才是治本之策。其三,冒名顶替上大学、考公务员、获得就业安置的每一个环节都非冒名顶替者独自完成,它必须假借权力之滥用,也就必然涉及腐败问题,治理冒名顶替行为也就与腐败治理处在同一个轨道。如果

将“权力关进制度的笼子”,对于冒名顶替的治理会更加有效,其治理效果也绝不会再限于上大学、招录公务员、就业安置三个狭隘的领域。就此而言,《刑法修正案(十一)》增设本罪仅仅是对“年度社会热点”的回应,未来是否有真正的司法适用空间尚难以定论,但这种“回应型”立法很容易成为象征性的立法,它除了迎合、宣泄某个阶段的某种情绪之外,事后的实效令人担忧。

网络时代社会治理的复杂性之一是对社会矛盾的认知准确性降低,因为网络社会交往的高频化、信息交互的虚拟化,某个话题是很容易被“炒热”,从“微博热搜”“朋友圈刷屏”“App精准推送”等渠道可以迅速增强人们的关注度,事件的真相更加模糊,事件的影响范围极具弥散,这种“雪球效应”“传染效应”直击公众内心,产生了一种集体性的风险感,进而萌生了对相关行为“不罚不足以平民愤”“不罚则不安”的偏执情绪,从来不会去想“处罚之后又能如何”,刑罚效果也只停留在“罚了再说”这种处罚情感的安抚阶段。在技术驱动言论自由的时代,网民言论带有的冲动、偏见是可以预见和容忍的风险,但立法者不加甄别地以此“民意”为导向启用令看官们“最解恨”“最过瘾”的刑罚回应社会关切,就会导致立法本身的非理性。立法的目的完全变成了回应“体感治安”,对立法的评价标准变成了“让人们更有安全感”,而不是社会治理的效果。网络时代社会治理仍然要回到“民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑”的“共建共治共享”的格局中,重视刑罚之外的替代性治理措施,在比例原则指引下提倡“释放刑罚有效性”的消极刑罚观,主张刑法的“惩罚法”属性而不是迷信于“预防法”。

四、结语

积极刑法观与本文的消极刑法观有一项共识,即网络时代的社会治理都不能固守传统刑法观,解题的关键在于,什么才是“传统刑法观”,又何为“现代刑法观”?积极刑法观认为,处罚早期化、积极增设新罪、延伸刑法触角符合现代社会发展,因为网络社会风险丛生,强化刑法的社会控制效力、增强刑法与

预防性刑事政策的关联才是“现代刑法观”,否则便是传统、古典、保守、落后的刑法观。我国网络时代同时也是全面推进依法治国的时代,“现代”或“现代化”拥有明确的衡量标准即法治,从“现代国家治理观”“现代社会治理观”到“现代刑法观”,它们秉持的基础必须是“法治观”,而法治的产生和运行是以权力制约为逻辑起点,依法治国就必须克服“御用精神和工具主义”,立足于社会而不是国家、立足于权利而不是权力、立足于治理而不是统治。^⑤刑法观究竟是“传统”还是“现代”的分水岭在于是否有助于限制刑罚权力而不是能否全面管控社会,立法与司法上的刑罚比例原则应当予以贯彻。因此,“传统刑法观”是缺乏控权逻辑的重刑主义的刑法观,“现代刑法观”是主张刑法有限性的谦抑主义刑法观,我国刑法在尚未完成自由刑法所赋予的法治国人权保障任务的情况下,即已匆匆步入风险刑法、预防刑法的新境地,积极刑法观迎合了基于技术驱动的恐惧感所助长的非理性需求,这使得它接近于刑事政策的同义转换。如果网络时代应坚持“政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑”的社会治理路线,则需要增强的不是刑法而是刑法之前的多元共治规范,更加约束好刑罚权这个最严厉、最排外的公权力,刑法接管社会治理各方面,则国家权力愈发膨胀,完全与“共建共治共享”多元化格局以及促进社会治理共同体的方向相背离。德国学者在批判德国刑法学思潮时曾尖锐指出,“现在的情况是学术上的论证并不是为了追求真理与正义,而是为了达到其他的目的,所以不仅操作上是工具性的,就连想法上也是工具性的”,这一点在中国刑法学上也一定程度上存在。不过同样庆幸的是,我们“有一套严格的检验标准存在,所以假学术论证不久就会被揭穿”。^⑥《十四五规划和2035年远景目标》特别重视“创新驱动发展战略”,尤其面对网络时代着重强调“坚持放管并重,促进发展与规范管理相统一……营造开放、健康、安全的数字生态”。为此,网络时代刑法学的任务是谋求改善传统管制畸重的法治环境,为刑事立法和司法做好称职的良法善治之

引导,在社会治理中提倡消极刑法观,这是适合社会治理现代化、提升国家治理效能的应然选择。

注释:

①例如,2010年陈兴良教授、张明楷教授就形式解释论与实质解释论展开了方法论之战,但二者在解释目标上都一致赞同客观解释论——“客观解释论几成通说”。参见陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期,第27-48页;张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期,第49-69页。

②参见中国互联网络信息中心:《第48次中国互联网络发展状况统计报告》,2021年8月发布,第30页。

③参见张文显:《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》,载《法商研究》2020年第2期,第16页。

④参见李龙:《中国特色社会主义法治体系的理论基础、指导思想和基本构成》,载《中国法学》2015年第5期,第21页。

⑤徐显明等:《中国法制现代化的理论与实践》,经济科学出版社2011年版,第36页。

⑥Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl., 2020, S. 296 ff.

⑦参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第95页。

⑧江苏省南京市雨花台区人民法院(2015)雨刑二初字第29号刑事判决书。

⑨浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初字第726号刑事判决书。

⑩山西省太原市迎泽区人民法院(2017)晋0106刑初字第583号刑事判决书。

⑪北京市海淀区人民法院(2017)京0108刑初字第2384号刑事判决书。

⑫浙江省兰溪市人民法院做出(2018)浙0781刑初字第300号刑事判决书。

⑬浙江省杭州市江干区人民法院(2020)浙0104刑初字第413号刑事判决书。

⑭徐芬、沈艺婷:《组织刷单炒信触犯法律底线——浙江省杭州市余杭区检察院办理全国首例组织刷单炒信案纪实》,载《人民检察》2017年第18期,第67页。

⑮参见刘艳红:《实质出罪论》,中国人民大学出版社2020年版,第18-20页。

⑯如后所述,罗克辛教授还强调“辅助性”的法益保护即刑法手段的最后性,平野龙一教授也特别注重刑法的谦抑性,因而我国的功能主义刑法观、积极主义刑法观只是裁剪了有利于己的观点作为支撑,而根本忽视了这些法学家所看重的

一些前提性主张,“断章取义”“选择性失聪”在理论移植和理论建构中常常发生。

①⑦参见广东省东莞市中级人民法院(2020)粤19刑终字第1180号刑事裁定书。

①⑧参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,张文杰、何博文译,译林出版社2018年版,第235页以下。

①⑨刘艳红:《民刑共治:国家治理体系与治理能力现代化路径》,载《法学论坛》2021年第5期,第48页。

②⑩参见周佑勇:《行政法原论》,北京大学出版社2018年版,第63页。

②⑪Vgl. Johannes Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 100 ff.

②⑫Vgl. Mike Wienbracke, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 2(2013), S. 148 ff.

②⑬Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht AT: Die Straftat und ihr Aufbau, 2016, Rn. 23; Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 2 Rn. 14.

②⑭Vgl. Ulrich Sieber, Grenzen des Strafrechts, ZStW 119 (2007), S. 40 ff.

②⑮参见陈兴良:《刑法阶层理论:三阶层与四要件的对比性考察》,载《清华法学》2017年第5期,第14-16页。

②⑯积极刑法观主张基于“同情式理解司法者”,谅解司法者适用重罪的无奈,主张为其提供更多轻罪立法的抓手。可是,谁来同情犯罪嫌疑人、被告人?司法者的困惑更多时候是他们违背罪刑法定造成的:本来《刑法》第3条规定得十分清楚即法无明文规定不得定罪处罚,可有些司法者基于重刑主义思维,不断萌生处罚欲望,当法条不能满足其欲望时,当然会有困惑——究竟该不该出手?入罪则法条不允许,出罪则心理不痛快,索性搜肠刮肚、榨干法条含义,找个最相似的条文定罪轻刑(如缓刑)。如果立法者都为司法者的爱好服务,那岂不是本末倒置?立法机关与司法机关还有主次之分?究竟谁才是罪刑法定之“法”的制定者?在积极刑法观看来,立法与司法都应当为扩张刑罚权服务,二者都是刑法工具主义流水线上的供应商罢了,也就不会看到这些抵牾。

②⑰网络空间的“组织刷单案”“反向刷单案”与物理空间的“肖永灵投放虚假危险物质案”“赵春华非法持有枪支案”“陆勇销售假药案”等案件已经成为映射我国司法者刑法技艺、法治理念、法律良知的绝佳样本。参见刘艳红:《网络犯罪的法教义学研究》,中国人民大学出版社2021年版,第304页以下。

②⑱参见[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版会2011年版,第195页。

②⑲Vgl. Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 25(1992), S. 379 ff.

③⑩Vgl. Armin Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 127(2015), S. 617.

③⑪参见冀洋:《网络黑产犯罪“源头治理”政策的司法误区》,载《政法论坛》2020年第6期,第67页。

③⑫参见刘艳红:《侵犯公民个人信息罪法益:个人法益及新型权利之确证——以〈个人信息保护法(草案)〉为视角之分析》,载《中国刑事法杂志》2019年第5期,第19-33页。

③⑬参见辽宁省建平县人民法院(2018)辽1322刑初字第174号刑事判决书;河南省夏邑县人民法院(2018)豫1426刑初字第324号刑事判决书。

③⑭参见[英]以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2011年版,第170-183页。

③⑮Detlev Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Roland. H./Andrew. von H./Wolfgang W., Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 67 f.

③⑯参见同前注⑥, Claus Roxin/Luis Greco书,第86-87页。

③⑰参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第165页以下。

③⑱参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2019年版,第227页。

③⑲无刑事责任能力人不能理解命令规范、无规范意识,他们实施的法益侵害行为就不具有违法性(有责的不法论),对之也不能实施正当防卫。否则,一定是基于结果无价值论得出的结论,而非贯彻了行为无价值论。

④⑩[德]许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,彭文茂译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,(台湾地区)新学林出版股份有限公司2006年版,第416页。

④⑪如下所述,这种所谓的“明示规范”只是展示立法姿态而已。

④⑫[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第82页。

④⑬Hans-Joachim Rudolphi, der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 67.

④⑭关于下调刑事责任年龄的评析,参见刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期,第123-125页。

④⑮参见马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2015年版,第279页。

④⑯[德]许迺曼:《批判德国刑法学思潮》,钟豪峰、彭文茂译,载同前注④⑩,许玉秀、陈志辉合编书,第89页。