

從“重治罪”到“重治理”： 刑法治理功能之提倡

姚萬勤*

摘要 雖然在人類社會的發展進程中，存在各種各樣維繫社會關係的方式，但從社會趨於文明的進程之中逐漸誕生的法律最終成為社會治理的主要工具。正是由於刑法的特殊的手段措施致使其從產生之日起就備受統治階級的推崇和青睞，因而在相當長的時期內，作為統治階級控制術的刑法功能始終局限於“懲罰犯罪”與“保障人權”的平衡而未能有實質性突破，致使對刑法功能的研究停滯不前。隨著國家治理現代化的落實貫徹，預示著刑法本身也需要文明轉向，尤其是法治背景之下，刑法治理社會的本質屬性特徵越發顯著。此外，提倡刑法治理功能與刑法的地位以及風險社會等理論密切相關。發掘刑法治理功能不僅能夠使刑法重視懲罰的功能性特徵有所減弱，而且也能消解長期以來關於“懲罰功能”與“人權保障功能”的二律背反關係。“刑法的懲罰功能”與“人權保障功能”理應成為刑法治理功能的派生功能，一切懲罰犯罪的需要必然首先滿足社會治理的需求，如此才能進一步實現保障人權的目標。

關鍵詞 刑法功能 懲罰 治理 風險社會 人權保障

我國頻繁修改刑法所導致過度的犯罪化，逐漸引起學界的廣泛關注。在漸次的犯罪化過程中，由此而帶來的刑法整體重刑化趨向同樣明顯，正如有學者所指出的，“刑法的擴張和靈活化可以歸因於常被稱作為‘重刑化’的社會整體傾向。人們將其理解為一種未經省察的親近刑法的態度，它表現為要求增加並加重刑罰。”^[1]我國所表現的刑法重懲罰的趨向有其特定的原因：首先，我國長期以來所堅持的懲罰的傳統。從古代到現代，我國一直崇尚和迷信“亂世用重典”的教條主義，因此即便在當下，刑法所具有的高懲罰的特色並未得到多少改觀。其次，由高懲罰性所導致的象徵立法的低成本化成為我國目前社會治理的偏好。一旦社會中出現危害，那麼尋求刑法干預的最佳、且效果顯著的手段就是及時修改刑法。然而，一味地加重或者擴大處罰範圍，並不能對社會治理效果帶來實質性的改觀，甚至在某些情形下，由此而產生的刑法的負功能顯著。因為，“就刑罰

* 西南政法大學法學院副教授，法學博士，碩士生導師，中國社會科學院法學研究所博士後。

本文系國家社科基金後期資助“刑法治理功能研究”（19FFXB035）；司法部法治建設與法學理論研究課題“網路平臺提供者出罪機制研究”（21SFB4040）。

[1] [德]希爾根多夫：《德國刑法學：從傳統到現代》，江溯等譯，北京大學出版社2015年版，第36頁。

威懾力的持久性而言，一個規律的現象是：每當國家將某一犯罪行為納入刑罰打擊的範圍或者加重處罰時，在短期內往往會有明顯的效果，犯罪率會下降；但是經過一段時期之後，刑罰的威懾力就會減弱，犯罪率又趨於回升。”^[2]因此，本文立足於上述頻繁修改刑法的現狀，但並不打算探討如何實現我國刑罰輕緩化問題，筆者欲從刑法“重治罪”的刑法功能中尋求問題的癥結，並在此基礎之上提倡現代刑法的治理功能來尋求新的應對策略，以期對促進我國現代刑法功能性轉型有所裨益。

一、既有刑法功能的觀點梳理與檢討

在大陸法系國家中，對於刑法功能（亦稱“機能”）^[3]存在多種表述。目前主要存在“二機能說”、“三機能說”、“四機能說”以及“多機能說”的對立。那麼，目前的刑法功能的概念以及表述是否妥當，則成為本文首先需要明確和檢討的問題。

（一）刑法功能的觀點梳理

1. 二機能說的基本觀點

持“二機能說”的日本學者基本認為，刑法具有法益保護和自由保障的機能。^[4]另有學者雖然與其表述不盡一致，但也基本表達了相同的意思，例如大谷實教授認為，刑法的機能包括維持社會秩序的機能 and 規制機能。^[5]另有學者在刑法的存在理由層面一併論述刑法的機能，例如，井田良教授認為，依據報應刑理論判處刑罰，防止將來的法益侵害或危險。^[6]

我國也不乏主張“二機能說”的學者，例如，張明楷教授主張從我國刑法任務是保護法益之中，推導出刑法應當具有法益保護的機能，由此而生成人權保障功能。^[7]另有學者主張，“當普通國民被問及為何要制定刑法，通常的答案是為了保護國民免受犯罪之侵害；當刑法學者被問及為何要有刑法，則通常性的回答是為了保障犯罪人和普通國民的人權。所以，防衛社會與保障人權是刑法所承擔的兩大機能。”^[8]雖然上述兩位學者的表述略有差異，但是在核心用語上並無多少實質性對立。

2. 三機能說的基本觀點

持“三機能說”的日本學者基本認為，刑法的機能包含了“規制的機能、秩序維持的機能、自由保障機能”。^[9]所謂刑法規制機能就是通過將一定行為規定為犯罪、使其與一定的刑罰相連來表示該行為是被刑法所否定的功能，^[10]所謂保護機能即指通過刑法來保護法律所承認的利益的功能，而保障機能則側重於行為人的角度，也即為了限制國家刑罰權的恣意蔓延，在保障善良國民自由的同時也保障犯罪人的人權。我國梁根林教授便是三機能說的支持者，其認為，刑法的機能具體包括規制機能、保護機能以及保障機能。^[11]顯然，梁根林教授所主張的三機能說，實質上與日本學者所主張的三機能說未有實質性差別。

[2] 熊永明、胡祥福：《刑法謙抑性研究》，群眾出版社2007年版，第171頁。

[3] 關於功能與機能，我國較為通說的觀點認為可以作為同一層面的含義進行使用並認為，功能和機能均表示的是一種刑法所產生的社會的作用和效果。值得注意的是，暫且為了維持約定俗成的概念，在本部分中筆者將“機能”與“功能”兩詞進行混用。但是兩者能否表達同一層面的含義，不無疑問。本文欲在下文中進行詳細論證和考察兩者之差異，敬請讀者甄別。

[4] 參見[日]西田典之：《日本刑法總論》，劉明祥等譯，中國人民大學出版社2007年版，第22-31頁。

[5] 參見[日]大谷實：《刑法講義總論》（新版第2版），成文堂2007年版，第7頁。

[6] 參見[日]井田良：《講義刑法學總論》，有斐閣2008年版，第16頁。

[7] 參見張明楷：《刑法學》（第四版），法律出版社2011年版，第26頁。

[8] 元軼：《澳門刑事法學論》，知識產權出版社2015年版，第5頁。

[9] [日]大塚仁：《刑法概說（總論）》（第三版），馮軍譯，中國人民大學出版社2009年版，第25頁。

[10] 參見[日]大塚仁：《刑法概說（總論）》（第三版），馮軍譯，中國人民大學出版社2009年版，第25頁。

[11] 參見梁根林：《刑法結構論》，北京大學出版社1998年版，第182頁。

3. 四機能說的基本觀點

持四機能的日本學者一般認為，對於刑法機能可以從國家層面以及國民層面進行相應區分，在國家層面派生出的機能具體包括抑制犯罪的機能 and 維持秩序的機能；在國民層面派生的機能包括法益保護的機能和人權保障的機能。^[12]對此，我國陳興良教授也大致表達了類似的觀點，其認為，刑法的機能可以總體概括為“規範機能”和“社會機能”兩大類型，其中，規範機能具體包括評價機能 and 裁判機能，社會機能具體包括保護機能 and 保障機能。^[13]

4. 多功能說的基本觀點

持多機能的學者融合了不同的視角，因而顯得更加龐雜，例如，臺灣學者林山田教授認為刑法應具有六大功能，具體包括“保護法益、壓制與預防犯罪、保障人權、矯治行為人、賠償犯罪被害人、給予行為人贖罪的機會”六大功能。^[14]大陸地區的陳忠林教授則認為，懲罰犯罪是刑法的主要功能，除此最為主要的功能之外，刑法還具有引導和辨別功能、威懾功能、教育功能、改造功能等等。^[15]因此，因主張的學者不同，在多機能說的內部存在對立則更為明顯。

（二）對上述學說觀點的檢討

1. 對“二機能說”的檢討

那麼，上述的“二機能說”是否具有妥當性呢？答案是否定的。該說問題在於：首先，脫離刑法的階級本質特徵來論述刑法的機能，因而也就無法正確闡釋刑法的功能。正如有學者所言，作為刑法的功能，應當求之於一個國家的統治階級為什麼要制定刑法，它制定的刑法所起的根本作用何在。^[16]因此，探索刑法的功能離不開社會的階級性。即便是資本主義國家，也認為不可否定法律的階級本質，例如日本學者平野義太郎認為，以生產關係為紐帶的規範維護就明顯帶有通過權力進行階級統治的強制特徵。^[17]木村龜二教授則更加直截了當地提出，“刑法規範具有統治階級工具的機能”。^[18]其次，以法益保護作為刑法的機能，也存在不具體、不明確的弊端。特別是隨著現代社會的逐步發展，在李斯特為主要支持者的法益概念的精神化傾向越來越有力化，從而主張以利益作為法益理念的核心，而這必然會將法益概念從實體引向非實體的方向發展。^[19]因此，隨著法益概念目前空洞化的趨向，更加難以通過法益來界定刑法功能的範圍和界限。

然而，我國傳統刑法理論認為需要通過刑法懲罰犯罪的功能來確立刑法的本質功能。筆者認為，這種觀點同樣不具有可取性。基本理由有二：首先，犯了以小概念涵蓋大範圍的邏輯錯誤。從邏輯學的視角來看，對於概念範圍的界定需要確定其中心項以及由此而引申的內涵和外延均能涵蓋之。懲罰犯罪只是刑罰本身所具有的本質，而刑罰制度只是刑法的一個方面的內容，因此，在概念的種屬上，懲罰犯罪顯然是刑罰的特徵，屬於下級概念，因而不能成為上位法——刑法的本質功能。其次，強調懲罰犯罪是刑法的本質功能，會將刑法引向反動立場。如果一味地強調懲罰犯罪的功能，將會導致刑法成為社會治理的“殺威棒”，逐漸會剝奪刑法的合理價值以及人們對刑法的尊重感，久而久之，刑法必然會成為維護暴政統治的有效護身符而喪失其存在意義。

2. 對“三機能說”的檢討

雖然目前在大陸法系的日本是以“刑法的規制機能、保護機能以及保障機能”的“三機能說”為其理論通

[12] 參見[日]西原春夫：《刑法講義總論》（改訂版），成文堂1995年版，第8-11頁。

[13] 參見陳興良：《本體刑法學》，商務印書館2001年版，第37-54頁。

[14] 參見林山田：《刑法通論（上冊）》（增訂十版），北京大學出版社2012年版，第21-22頁。

[15] 參見陳忠林主編：《刑法學（上）》，法律出版社2006年版，第10頁。

[16] 馬克昌：《比較刑法原理》，武漢大學出版社2006年版，第11頁。

[17] [日]西原春夫：《刑法的根基與哲學》，顧肖榮等譯，法律出版社2004年版，第67頁。

[18] [日]西原春夫：《刑法總論》，有斐閣1984年版，第86頁。

[19] 參見郝豔兵：《風險刑法：以危險犯為中心的展開》，中國政法大學出版社2012年版，第92頁。

說主張，我國也不乏支持者，但“三機能說”也存在以下缺陷：首先，刑法規制機能並不能完整的體現出刑法的獨有性。因為從刑法規制機能的表述來看，行為規制機能基本上只是保護機能的反射效果。^[20]這種通過刑罰否定評價的行為規制的路徑就是將侵害法益的行為類型化，並規定相應的法定刑，因而產生了行為規制的效果，歸根結底就是一種保護的方式，^[21]而難以上升為刑法的功能。其次，將保護視為刑法的機能，與前述的“二機能說”存在同樣的弊端，即存在不明確性以及空洞化的傾向。

3.對“四機能說”以及“多機能說”的檢討

上述的“四機能說”以及“多機能說”均存在“表達的內容多有重複”的致命缺陷。例如，據上述四機能說來看，國家層面派生出的機能具體包括抑制犯罪的機能 and 維持秩序的機能，實質上指代的也是同一含義，抑制犯罪的最終目的就是要實現維護秩序的機能。因此，四機能說與二機能說實質上並不存在多大差異。同樣，林山田教授提出的“多機能說”也存在上述的缺陷。正如有學者批判的：“其中，壓制與預防犯罪應可歸納於‘保護功能’或‘規制功能’，至於矯治行為人及予行為人贖罪之機會，則可歸納於‘保障功能’。”^[22]

二、提倡刑法治理功能的基礎

從1997年我國刑法修改後到目前為止，理論研究長期以來局限於如何平衡刑法“懲罰功能”與“人權保障功能”之間的關係，但能否達到效果，就目前來看尚未有明確的檢測方案。然而，停滯不前的理論禁錮早已引起一些學者的注意，因而不乏有學者呼籲變革並拓展我國刑法功能的內容。例如，有學者指出，“近年來很多政府高級官員或企業高層領導往往沒有認識到自己的經濟犯罪行為在倫理上是惡的，是否應當承認刑法‘新倫理的形成功能’？”^[23]再如，“能否承認或應當在何種程度範圍內承認刑法的‘行政法補充強化機能’，刑法的‘側面援助機能’能否脫離刑法的法益保護原則而成為一個獨立的機能？”^[24]該學者上述提法也僅僅涉及問題的形式側面，尚未深入論證刑法的社會職能。在本文看來，刑法作為統治階級意志的集中反映和外化以及一定社會關係的法律化和制度化，表現為雙重性：一方面，刑法要建立和維護有利於實現統治階級根本利益的政治秩序、經濟秩序和觀念秩序；另一方面，刑法又必須執行社會功能職能。只有實現了刑法的社會公共職能，刑法才能實現其階級統治的職能。^[25]因此，筆者之所以在我國提倡刑法治理功能，存在以下的理論以及社會基礎。

（一）國家治理現代化：提倡刑法治理功能的理論基礎

在古代社會中，由於受當時社會經濟條件等因素的制約，當時的社會治理融入了更多的人治方法，主要採取的是壓制性的治理措施，因而造成了諸多的負面效應。在近代以及現代社會中，可以說，社會轉型和變革是最為重要的主旋律，基於當時政治上集權主義的盛行，由此導致了奉行國家權威主導主義下漸進主義與經濟發展主義的轉型戰略便深刻影響了社會治理的面貌。這種漸進式的治理方式在實踐中表現的積極作用毋庸置疑，但也呈現出難以磨滅的消極影響，其主要表現為漸進主義的改革策略更多的依託政策先導和政策中心主義的治理方式，便不可避免的繼承了全能主義時代治理社會的鄙陋，將社會治理的重任全部委以政策的方式值得反思。

對此，我國在十八屆三中全會中明確提出，“全面深化改革的總目標是完善和發展中國特色社會主義制

[20] 參見張明楷：《刑法學》（第四版），法律出版社2011年版，第26頁。

[21] 參見張明楷：《刑法學》（第四版），法律出版社2011年版，第26頁。

[22] 陳子平：《刑法總論（2008年增修版）》，中國人民大學出版社2009年版，第9頁。

[23] 陳家林：《外國刑法通論》，中國人民公安大學出版社2009年版，第19頁。

[24] 陳家林：《外國刑法通論》，中國人民公安大學出版社2009年版，第19頁。

[25] 曾明生：《刑法目的論》，中國政法大學出版社2009年版，第49頁。

度，推進國家治理體系和治理能力現代化”。至此，關於國家治理問題受到普遍關注。在新時期提倡國家治理現代化，凸顯了在經濟社會發生巨變的現實背景之下，完善社會治理不僅關係到民生改善、民主發展、公共安全，更影響著整個社會的長治久安。^[26]新型的社會治理更加強調社會的自主性和規則意識，突出人的價值和存在意義。

在國家治理現代化視域下，確立社會的有序治理離不開具體制度的保障。例如阿門×阿爾奇安在強調制度建構的重要性時，以小孩與玩具所有權之間的關係作為類比，其認為，如果每一個玩具在最終形式上以確定的形式分到每一個孩子的手中，那麼這些孩子並會基於個人主體性的意識而產生愛護玩具和分享玩具等一系列行動；而如果所有的玩具歸全體所有而不專屬於個人時，他們有可能會為了爭奪玩具而陷入無序之中。^[27]這說明，建立一套可以明確行為以及行為後果的制度，是一個社會存在和發展的重要保障。制度的最大優越性是能夠為行動提供較為明確的方向以及能夠抑制機會主義傾向，而且這種持續性的抑制還會逐漸凝結成共識，形成社會秩序並增進這種秩序。^[28]從整體上來看，法律具有明確性、穩定性等特點，因而以法律為中心建立社會治理體系是現代制度文明建設的重要趨向。正如有學者坦言：“儘管治理強調官方與民間多元力量互動共同治理，尤其聚焦於煥發社會自治主體的治理激情，但無論如何都始終離不開制度尤其是法治制度的有效供應。”^[29]

據此可見，良好的治理並非政治學所專斷的領域，強調良法善治是社會各個領域長期以來的美好願景。放任社會失序的現狀是造成社會“禮崩樂壞”的重要誘因。特別是當下的中國社會，由傳統向現代社會的急劇轉型，使得舊體系之間出現斷裂帶，社會底線逐漸失守，那麼由其結構性失序所導致的社會矛盾的激發。^[30]我國社會由於處於現代型轉型以及後現代性的困境，基於缺乏法律傳統以及啟蒙思想家的推動，法律成為應對社會轉型中的特殊社會問題的重要工具。那麼，法律治理的魅力何在？治理本身不等於“天下大治”，它其實是一個與價值無涉的中性概念。因此，治理只有與相關制度結合產生出應有的效果之時，才能散發出誘人的特質。^[31]

而目前，過於強調刑法的懲罰功能，便就意味著始終將刑法視為事後矯治被破壞的社會關係的工具，而難以深入探討刑法的本質屬性。從犯罪學中的“破窗理論”中，或許能夠窺見刑法治理功能重要性以及價值性。一個窗戶的玻璃被打破而未得到及時維修，那麼該房屋的其他窗戶玻璃也許也會持續性地遭到破壞。如果在失序之初，能夠及時通過現代化的治理措施修復被破壞的社會秩序，那麼因為問題的積重難返所引發的犯罪現象也會得到一定程度的控制。回歸問題的實質：如果刑法在事前以良法善治為目標，在源頭上注重刑法立法的科學性，通過積極刑法觀的手段——“刑法介入社會生活積極態度”，^[32]那麼刑法事前預防的價值將得以凸顯，能夠將一些潛在的危害行為及時扼殺在搖籃之中，而這恰恰又是現代社會中刑法作為社會治理工具所應當具有的制度本性。

若進一步思考國家治理現代化的要求，也可以發現其恰好與刑法的特質形成了契合，因此成為了刑法治理功能的理論基礎。首先，“依法治國、依法執政、依法行政、嚴格執法和公正司法，決定了推進國家治理現代化本體上和路徑上就是推進國家治理法治化。”^[33]而刑法作為國家法律體系的重要一環，作為國家治理社會的傳統手段之一，自然也不應在此處缺位，而是同樣走向刑事治理現代化的道路，“刑事治理現代化乃國家治

[26] 參見張小勁等編著：《推進國家治理體系和治理現代化六講》，人民出版社2014年版，第84頁。

[27] See Alchian, A. and H. Demsetz, The Property Rights Paradigm, Journal of Economic History, Vol.33, 1973, p.16-27.

[28] 董偉：《全面深化改革與全面推進依法治國關係論綱》，《中國法學》2014年第6期，第30頁。

[29] 張文顯主編：《良法善治：民主法治與國家治理》，法律出版社2014年版，第94頁。

[30] 參見唐亞林等：《社會多元、社會矛盾與公共治理》，上海人民出版社2015年版，第42-43頁。

[31] 參見張文顯主編：《良法善治：民主法治與國家治理》，法律出版社2015年版，第94-95頁。

[32] 參見付立慶：《論積極主義刑法觀》，《政法論壇》2019年第1期，第99頁。

[33] 張文顯：《法治與國家治理現代化》，載《中國法學》2014年第4期，第5頁

理現代化的核心組成”。^[34]其次，國家治理現代化要求“發揮黨和政府的引導功能，”^[35]刑法作為“命令規範”，也具有作為面向社會一般人的命令、禁止的行為規範的側面，^[36]這可以促進引導功能的發揮。比如司法機關對於正當防衛的認定標準的寬嚴程度，將影響社會層面能否形成見義勇為的和諧風尚。最後，國家治理現代化提倡各類治理主體在國家治理中發揮更大的作用，^[37]而這與刑法謙抑主義的內涵相吻合。刑法謙抑主義強調，若通過其他手段可以對社會問題進行治理，則沒必要讓刑法手段介入。因此，在國家治理現代化的指引下，未來刑法也將走向區分刑法專有治理域場以及社會廣泛參與的治理域場的道路。^[38]

（二）風險社會：提倡刑法治理功能的現實基礎

當人類從農業文明過渡到工業文明，即人類社會出現了一些不同於傳統社會的特徵。隨著科學技術的不斷進步和發展，人類之間的聯繫逐漸緊密，但是由此到而導致的逐步增加的社會風險也能更加輕易的侵害較大部分群體。這種潛在性的風險往往構成了人類對未來社會擔憂的根源，因為殘酷的現實總是告訴人們，這些潛在的風險一旦轉化為現實，由此而造成的社會危害往往是不可逆轉的巨大傷害。因此，當人類社會進入到21世紀之後，這種潛在的風險逐漸被西方學者所重視，並將現代社會形象地稱為“風險社會”。^[39]

風險社會的到來不可避免，“風險意識的逐漸大眾化，許多風險對大眾來說耳熟能詳，卻又熟視無睹，同時公眾也認識到自身專業知識匱乏而導致的局限性。”^[40]因此，有必要從更加深入的角度去窺探風險社會的基本特徵。在吉登斯看來，“生活在高度現代性世界裏，便是生活在一種機遇與風險的世界中。這個世界的風險與現代制度發展的早期階段不同，是人為不確定性帶來的問題。”^[41]因此，“與先前社會相比，風險社會中的風險無論在規模上，程度上都發生了根本性的變化。風險社會的基本特徵與先前社會存在本質上的區別。”^[42]具體來說，第一，風險社會的人為製造性。隨著社會階段的轉變，在較早時期，人類改造自然的手段落後，因此人類常常面臨著自然風險的威脅，這是一種來自於外部的風險威脅。但是，隨著科技技術的發展，人類改造自然、改造世界的手段也使風險從外部性逐漸轉變為內部性，而現代風險社會的風險顯然是人類製造的風險。第二，風險的全球化。同樣是囿於科技技術的落後，較早社會的風險往往難以呈現出全球化的趨勢，風險的範圍也較容易得到控制。但是，隨著科學技術的發展，地球逐漸成為“地球村”概念，大家的社會緊密度加強的同時，也造成了風險的全球化。第三，風險爆發的關聯性。在風險社會中，“蝴蝶效應”並非危言聳聽。“一些看起來在因果聯繫上遠離結果發生的細微的行為卻有可能導致社會難以承受的巨大災難。如同‘千裏之堤，潰於蟻穴’那樣，一次微小的電腦病毒攻擊就可能導致金融、交通、醫療等整個網路社會的崩潰。”^[43]

那麼，“刑法理論應當如何處理這種危險社會中的刑法的機能問題——雖然沒有自覺意識到這一點的情況仍然為數不少——但已經開始對刑法總論的犯罪論體系構想產生重大影響。”^[44]特別是隨著風險社會到來，風險轉嫁給個人之時，風險就逐步成為與每一個社會民眾休戚相關的不特定因素。對每一個社會公眾而言，將產生兩種主要的風險類型：“其一，個體生活中的任何選擇都會產生風險，並且選擇的範圍不斷擴大，甚至包括

[34] 高銘暄、傅耀建：《新時代刑事治理現代化研究》，載《上海政法學院學報（法治論壇）》2020年第4期，第1頁。

[35] 鄭言、李猛：《推進國家治理體系與國家治理能力現代化》，載《吉林大學社會科學學報》2014年第2期，第5頁。

[36] 參見周光權：《新行為無價值論的中國展開》，載《中國法學》2012年第1期，第177頁。

[37] 參見何增科：《理解國家治理及其現代化》，載《馬克思主義與現實》2014年第1期，第14頁。

[38] 參見姚萬勤：《國家治理現代化視域下刑法治理問題研究——以理念轉換與模式建構為視角》，載《晉陽學刊》2016年第1期，第135頁。

[39] 參見[日]高橋則夫：《由對話解決犯罪》，成文堂2007年版，第34頁。

[40] 張道許：《風險社會的刑法危機及其應對》，知識產權出版社2016年版，第17頁。

[41] 楊雪冬：《風險社會理論述評》，載《國家行政學院學報》2005年第1期，第89頁。

[42] 張道許：《風險社會的刑法危機及其應對》，知識產權出版社2016年版，第14頁。

[43] 陳家林：《外國刑法通論》，中國人民公安大學出版社2009年版，第18頁。

[44] [日]山中敬一：《刑法總論》（第2版），成文堂2008年版，第51頁。

自身和後代的產生方式；其二，個體所遭遇的風險又由於選擇方式不同而不同。”^[45]

不可否認的是，在風險社會到來之際，我國也不能獨善其身。那麼，我國刑法應當在風險社會中具有何種作為，目前較為通說的觀點認為，為了應當風險社會的不確定性，加大刑法的刀把子作用無疑是較為妥當的處理方式。然而，就此而導致的處罰早期化問題在晚近刑事立法中不斷的出現。例如，預備行為正犯化的立法應對無疑將行為的既遂提前至行為的預備階段；再如，有學者提出，為了應對我國環境犯罪的猖獗，適當提前動用刑法應對也具有合理性。因此，“風險社會促使現代刑法的使命發生變軌，應對不確定的風險和維護安全秩序已然成為刑法必須實現的主要目標，社會治理語境下刑法的工具屬性更凸顯，以自由刑法、危害原則、罪責刑法等為主要標誌的傳統刑法理論體系漸顯失靈與旁落態勢。這既深刻觸動了傳統刑法體系的社會根基、價值取向與功能設定等教義學基礎，也凸顯了風險刑法本質上是一種預防刑法的新思維。”^[46]然而，預防性的刑法也必然涉及到社會治理的必要性為前提，並非一切風險都應成為刑法規制的對象。特別是在風險社會到來之際，應當強調的是通過刑法的治理模式將風險限定在合理的範圍內，因為風險尚未現實化的過程之中，畢竟通過刑法的懲罰性也就難以落到實處。通過對各種風險處罰的早期化處理方案只能存在更大的侵犯人權的隱患。綜合來看，刑法治理功能才是實現應對風險社會的一劑良方，而非刑法的懲罰功能。

（三）刑法地位：提倡刑法治理功能的制度基礎

我國自改革開放以來，一直強調“依法治國”的重要性，特別是將其寫入《憲法》之後，顯然成為社會制度建設的重要指導準則。習近平總書記在2014年就四中全會《決定（論稿）》向全會作說明時同樣強調，實現中華民族的偉大復興離不開在推進依法治國上作出整體部署。因此，強調社會治理的現代化離不開依法治國這一制度保障。簡而言之，“依法治國”強調的是以法律作為治理國家這種特殊的形式。

然而，在法律體系的大廈之中，刑法雖然在我國屬於公法的範疇，是由全國人大及其常委會制定的基本法，在法律地位上也是僅次於憲法之下的最為重要的基本法律之一。但是，與其他的基本法律相比，刑法的地位又存在不同。刑法一般被稱為“二次規範”，在其他的法律尚未能發揮有效的作用，那麼才能考慮動用刑法予以規制。因此，“刑法與其他部門法都是處於憲法之下的子法，但刑法與其他部門法又不是平行並列的關係，刑法保障憲法與其他部門法的實施，故刑法在法律體系中處於保障法的地位。”^[47]

在法律治理體系中，人類行為應受制於社會規範——主要是最終由國家強制力的法律規範的控制。^[48]而在當代社會，刑法作為法律體系中最為重要的部門法之一，顯然同樣具有法律治理社會的功能。在刑法語境下，治理則更多的表現為福柯所言的——“是對他人可能行動的範圍進行建構”，這種建構性主要取決於刑法規範屬性。馬克思主義經典作家就曾表示過，“法律應該以社會為基礎。法律應該是社會共同的，由一定的物質生產方式所產生的利益需要的表現，而不是單個人的恣意橫行。”^[49]刑法的地位較為特殊，社會需要刑法來全面發揮作用才能有力保障社會秩序。考究其原因也不難理解，因為古代社會中的其他部門法缺乏必要的制裁措施，對於違反其他社會關係的行為遲遲得不到應有的救濟，因而必須尋求刑法的這種強制措施來救濟被侵害的權利、挽回被危害的秩序。^[50]隨著社會分工越來越精細化，社會關係越來越呈現複雜性，導致原本以刑法為主的調整方式難以適用千變萬化的社會發展趨勢，因而在近代化過程中出現諸法分離的現象。諸法分離的出現是歷史進步的必然體現，也表明社會功能更趨於現代化的發展建構，由此而帶來法律體系出現了原本由刑法全面調整的事項出現分流規制的情形，一方面不宜由刑法繼續調整變成刑法以外的部門法進行專門調整，而有些行

[45] 張道許：《風險社會的刑法危機及其應對》，知識產權出版社2016年版，第17頁。

[46] 高銘暄、孫道萃：《預防性刑法觀及其教義學思考》，載《中國法學》2018年第1期，第167頁。

[47] 張明楷：《刑法學（上）》（第五版），法律出版社2016年版，第21頁。

[48] 曲新久：《刑法的精神與範疇》，中國政法大學出版社2003年版，第16頁。

[49] 《馬克思恩格斯全集》，人民出版社1961年版，第292頁。

[50] 張明楷：《刑法在法律體系中的地位》，載《法學研究》1994年第6期，第56頁。

為仍然由刑法進行調整。就如現代部門法規制的內容來看，明顯增強了法律制裁措施的規定，但這種制裁措施往往還難以對行為人產生必要的威懾，因而還是需要刑法作為保障法存在。

處於保障法地位的刑法主要通過刑法的指引作用來保障社會秩序不被輕易破壞。一般來看，這種指引性作用主要體現在兩個方面，其一，通過規範規定預示破壞其他部門法的秩序也將同時受到刑法否定性評價。雖然部門法具有獨立的調整對象和獨立的調整範圍，但有些關係重大的事項如果缺乏刑法的規定，一旦造成失序將會對社會政治、經濟產生難以彌補的損失，因而需要刑法作為保障法存在，預先在部門法中規定該行為亦是刑法所禁止的行為；其二，通過制裁規範預示破壞其他部門法的秩序將受到刑罰處罰。刑法是作為犯罪的對立物而存在的，因此，創制、適用和執行刑法規範的目的，只能是為了預防針對其他部門法的犯罪。制裁規範的預示表明刑法介入此行為的態度，而刑罰本身所具有的一般預防作用，可以對違反秩序的行為起到一定程度的威懾，警示社會中的其他人不要輕易破壞良好的社會秩序，否則將會受到刑罰處罰。因此，“刑法只能在其他制裁措施均無濟於事的情況下才能動用。”^[51]

三、刑法治理功能的邏輯表達

（一）“治理”的邏輯表達

1. “治理”的含義爭議

如果從詞義學角度審視，“英語中的‘治理’(governance)可以追溯到古典拉丁語和古希臘語中的‘操舵’一詞，原意主要指控制、指導或操縱，與government的含義交叉。”^[52]除了最為原本的詞義之外，關於“治理”的內涵還存在多種不同的理解。

“社會學大師馬克斯·韋伯從公共權力合法性的角度將治理形式分為三類：傳統型治理；個人魅力型治理；法理型治理。其中傳統型治理是基於人們認為這種統治具有合法性是基於古老規則和權利的神聖性，個人魅力型治理主要是源自於被統治者對一種可以託付的領袖型人格的非凡力量及能力的——原始的非理性的——信仰，而法理型治理主要是指社會成員共同制定行為規範——法律，並只受該法律本身所引導的治理社會的結構。”^[53]

而在馬克斯·韋伯看來，傳統型治理與個人魅力型治理的權威存在於個人，而法治國意義上的治理應當是法理型治理，因為該種治理的特點在於其具有不偏不倚的特點，因而其司法以及司法程式都具有理性的特點。^[54]

詹姆斯·羅西瑙（James N. Rosenau）在其代表作《沒有政府的治理》中主要從治理的類型出發對治理進行了界定，在其看來，“治理的範圍應當是一種內涵極為豐富的現象，既包括官方（如政府）的機制，也包括不依靠國家強制力量來實現的非政府、非正式的機制。”^[55]

福柯（Michel Foucault）對治理的定義表明了決策的結果：治理就是對他人可能行動的範圍進行建構。^[56]

[51] [美]喬治·弗萊徹：《刑法理論的性質與功能》，江溯譯，《刑事法評論》2009年第24卷，第183頁。

[52] [英]鮑勃·傑索普：《治理的興起及其失敗的風險：以經濟發展為例的論述》，漆無譯，載《國際社會科學雜誌（中文版）》1991年第1期，第32頁。

[53] 參見徐勇：《GOVERNANCE：治理的闡釋》，載《政治學研究》1997年第1期，第66頁。另見[德]托馬斯·萊塞爾：《法社會學基本問題》，王亞飛譯，法律出版社2014年版，第69頁。[英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲學：價值和事實》，譚宇生譯，譯林出版社2013年版，第80頁。

[54] 參見[英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲學：價值和事實》，譚宇生譯，譯林出版社2013年版，第80頁。

[55] 參見[美]詹姆斯·羅西瑙：《沒有政府的治理》，張勝軍等譯，江西人民出版社2001年版，第5頁。

[56] Michel Foucault: *The Subject and power. in Hubert Dreyfus and Paul Rabinow, eds., Beyond Structuralism and Hermeneutics* (Chicago: University of Chicago Press 1982), p.21.

格裏斯×托克主要從治理主體、治理對象以及治理措施等方面對“治理”做了界定。^[57] 羅伯斯×羅茨主要從治理一詞的詞源變遷中對其下了定義，其認為“治理是政府改變管理方式的一種狀態，是作為一種新的管理社會的方式而存在。”^[58] 全球治理委員會在《我們的全球夥伴關係》報告中，認為治理“是各種公共的或私人的總和，它使相互衝突的、不同的利益得以調和同時採取共同行動的連續的過程。”^[59]

2. “治理”的具體界定

上述西方學者從不同的角度對“治理”一詞的概念進行了界定，例如，馬克斯×韋伯從治理的類型出發概括出治理的不同的類型，並從不同的類型中提煉治理概念；而詹姆斯×羅西瑙、福柯以及格裏斯×托克主要從主體與客體的互動關係中對治理概念進行了界定。上述的觀點只是論述的視角不同，並不存在實質性的對立。因此，本文認為，所謂“治理”是在一種既定的範圍內，一方主體通過一定的手段對另一方主體施加的影響，從而使其走上預先設定的發展道路。應當包含以下的內容：

首先，“治理”是特定主體性的活動。從上述不同的定義之中，無論認為治理是政府性的活動還是除政府主體之外的活動，都表明了治理屬於主體性的活動。其次，“治理”表明的是需要通過一定的手段施加一定的影響。無論是古代社會的治理還是現代社會的治理，均離不開治理手段，也就是說，如果離開一定的手段，就不會產生一定的效果，也不會產生一定的影響。再次，“治理”表明的是對另一方客體施加一定的影響。與主體相對的是客體，就“治理”活動而言，其是以主體對另一方客體施加影響。最後，從治理活動的目的來看，使客體走向主體所設定的發展道路。對於某對象需要進行治理，在一定程度上說明了該對象處於不太理想的狀態，治理活動就是治理主體想要轉變這種狀態所實施的活動。

（二）“功能”的邏輯表達

1. “功能”的社會學表達

功能在社會學領域經過諸多社會學大師的發展與完善並最終形成了功能主義社會學。“在社會學家的眼中，功能不是事實產生的原因，而僅僅是事實得以存在的依靠。”^[60] 也就是說，社會能夠存在且按照某種既定的秩序存在著，是因為它們之間存在著某種功能性連接，正是這種功能性連接才是社會機體能夠得到有效運轉的必要條件。

首先，對連接這種社會機體的功能進行系統研究的是社會學的創始人孔德（Auguste Comte），其認為，社會作為一種有規律結構的存在，因而基於此點之上的任何社會現象都離不開社會規律的支配，社會學的任務就是將唯意志論以及個人作用論的觀點從社會學研究視域中排除，從而確立那些社會現象之間經常的、重複出現的聯繫，即種種規律。^[61] 對於社會機體，他通過較為典型的類比生物學的方法確立了社會靜學與社會動學兩個部分，與解剖學中的組織較為類似的是社會靜學研究的社會存在狀態，與生物學中的生命定律較為類似的是社會動學研究的社會變遷過程。^[62] 相比之下，孔德對社會機體功能的論述相對粗糙，但對於確立功能主義方法論具有重要開創意義與價值。

隨後，赫伯特×斯賓塞（Herbert Spencer）通過系統地比較社會和有機體，發展了孔德的有機體的類比。在其社會學敘事過程中，意在闡釋社會機體的五種必要性關聯，“其一，有機體和超有機體（社會）的結構是隨著有機體和超有機體（社會）本身的增長而增長；其二，有機體和超有機體（社會）通過相互之間的配合以

[57] 參見[英]格裏斯·托克：《作為理論的治理：五個論點》，載俞可平主編：《治理與善治》，社會科學文獻出版社2000年版，第31-49頁。

[58] 參見[英]羅伯斯·羅茨：《新的治理》，載俞可平主編：《治理與善治》，社會科學文獻出版社2000年版，第86-96頁。

[59] 俞可平：《治理和善治引論》，載《馬克思主義與現實》1999年第5期，第38頁。

[60] 付子堂：《法律功能論》，中國政法大學出版社1999年版，第15頁。

[61] 參見宋林飛：《西方社會學理論》，南京大學出版社2000年版，第8頁。

[62] 參見宋林飛：《西方社會學理論》，南京大學出版社2000年版，第9頁。

及依賴來實現整合；其三，社會分化是由功能的分化導致的；其四，有機體和超有機體（社會）整體總是受其組成部分的系統過程所影響；其五，即便有機體和超有機體（社會）解體也不妨礙其繼續生存一段時間。”^[63] 從其論述中，大致可以窺探斯賓塞所主張的必要功能主義是基於生物體與細胞之間的類比，人或事物引起了社會反應被稱為功能，而導致社會最終解體的正是這些功能的分化。

埃米爾·迪爾凱姆（Emile Durkheim）作為孔德有機體論的主要繼承人，“最為重要的功能主義觀點得以於他對‘整合’（即將個人融入社會秩序中）這一概念的長期關注。”^[64] 在迪爾凱姆看來，社會是呈現出過程性的發展特徵，這一過程主要表現為從單一的機械團結的社會向分工協作的有機團結的社會轉變。^[65] 而社會由低層次向高層次轉變的過程中，社會會出現“常態”與“病態”的狀態，為了避免“病態”社會狀態的出現，他將社會體系概念化，從而強化了“功能需要”的觀念。^[66] 也就是說，從功能的角度考察社會的系統狀態，“就意味著系統包含著一些均衡點，正常的功能圍繞這些均衡點產生。”^[67]

與此功能主義研究不太合拍的要算默頓（Merton）的保守主義了，也即反功能理論是其核心代表思想。在默頓看來，功能主義只有在兩種情況下才能表現出保守主義色彩：任何事情的結果通常只具有正功能（這正好是默頓的反功能概念所否定的）；第二，把社會和社會成員混為一談或者看作是同一的（默頓試圖通過提出“對誰具有正功能”的問題來推翻這一觀點）。^[68] 因此，在默頓看來，功能並不局限於帕森斯強調的社會行動的顯功能，其觀察到人們既沒有意料到也不希望得到的結果是普遍存在的，只是通過顯功能顯然無法對其進行適當的歸類，因而其進一步將功能區分為顯功能和潛功能。^[69] 當然，默頓的這一理論並不是否定功能主義的價值，相反，默頓認為功能主義的分析範式將有利於挖掘事物的所有潛功能，從而會不斷加深我們對社會的理解。^[70]

雖然功能主義在西方社會學研究中呈現“百花齊放”的狀態，但對西方的功能主義可以做一些大致的總結。功能主義經歷了生物學變體、規範化變體到社會控制變體的邏輯進程。^[71] 總結這些不同功能主義的理論闡釋，主要包含了以下內容：“首先，社會學領域中的功能是將社會置於彼此關聯的部分與整體的關係之中；其次，社會學領域對‘功能’的研究關注的是系統之間的協調以及相互之間的動態狀態問題；最後，從功能的角度看待社會變遷的方式，即主要強調社會變遷的漸進式方式。”^[72]

2. “功能”的法學表達

法社會學對於社會秩序的關注登峰造極，在其理論闡述中，總是或多或少的探討法律在秩序控制中的作用。雖然對於社會秩序的控制手段呈現多樣化的形式，但是法律在其諸多的手段中佔據了一席之地。例

[63] 參見[美]喬納森·特納：《社會學理論的結構（上）》（第六版），邱澤奇譯，華夏出版社2001年版，第9-10頁。

[64] [美]魯思·華萊士、[英]艾莉森·沃爾夫：《當代社會學理論——對古典理論的擴展》（第六版），劉少杰等譯，中國人民出版社2008年版，第17頁。

[65] [美]魯思·華萊士、[英]艾莉森·沃爾夫：《當代社會學理論——對古典理論的擴展》（第六版），劉少杰等譯，中國人民出版社2008年版，第17頁。

[66] 參見[美]喬納森·特納：《社會學理論的結構（上）》（第六版），邱澤奇譯，華夏出版社2001年版，第12頁。

[67] [美]喬納森·特納：《社會學理論的結構（上）》（第六版），邱澤奇譯，華夏出版社2001年版，第12頁。

[68] [美]魯思·華萊士、[英]艾莉森·沃爾夫：《當代社會學理論——對古典理論的擴展》（第六版），劉少杰等譯，中國人民出版社2008年版，第41頁。

[69] 參見[美]魯思·華萊士、[英]艾莉森·沃爾夫：《當代社會學理論——對古典理論的擴展》（第六版），劉少杰等譯，中國人民出版社2008年版，第42頁。

[70] 參見[美]魯思·華萊士、[英]艾莉森·沃爾夫：《當代社會學理論——對古典理論的擴展》（第六版），劉少杰等譯，中國人民出版社2008年版，第42頁。

[71] 付子堂：《法律功能論》，中國政法大學出版社1999年版，第15頁。

[72] 參見童星主編：《現代社會學理論新編》，南京大學出版社2003年版，第18-19頁。

如，著名社會學家埃米爾·塗爾幹將社會劃分為機械團結的社會和有機團結的社會兩種類型為依據，^[73]並認為法律在不同的社會類型中存在不同的特徵。機械團結這種社會存在於簡單、同質的社會，雖然缺乏任何重要的勞動分工，但有統一的價值標準。^[74]也就是說，機械團結的社會能夠形成集體意識，恰恰由於集體意識導致需要通過較強的懲罰性的法律來實現集體意識的凝聚力，因為“集體意識越廣泛、越強有力、越有特性，被認為觸犯命令和戒律，甚至直接與集體意識相抵觸的行為就越多”。^[75]因而在機械團結的社會中，法律最為重要的功能在於實現懲罰。^[76]相反，有機團結是隨著社會分工的出現而出現的，它是建立在社會分工和個人異質性基礎上的一種社會聯繫。在有機團結形式的社會中，由於個人之間的差異性不斷擴大，同時也使社會成員之間的相互依賴性越來越強。因而不免過於強調懲罰的威懾效果，隨之而起的是恢復原狀法，即須按照公正的原則將事物恢復到應有的狀態。顯然，在有機團結的社會中，法律的功能不再強調懲罰的必要性，這類法律功能在於表達井然有序、和平相處的基本原則和要求。^[77]

而盧曼對法律功能認識存在不同，其旨在建構法律的雙重效應功能。他認為，社會學家可能會更加注意到法律系統中的一個子系統，即只討論法律的裁決系統，而忽視了規範化之雙重模態化的其他領域。其進一步設想了一種雙重效應來闡釋其理論主張，即“一方面現行法律在組織上和職業上的嚴謹對規範性投射的任意滋長起著限制和懲戒作用；另一方面在法律系統中分立出一個裁決系統，這對規範地期望的普遍積極性可能產生負面影響，甚至可能出現在反照作用中腐蝕自身基礎的趨勢。”^[78]也就是說，在現代社會中，即便日常社會生活中以法律為依據在很高程度上得到了貫徹，但是幾乎無法在運作上通過貫穿整個系統的對規範性期望的相互反照來達成系統的統一。^[79]

美國的社會法學家龐德主張法律的功能在於維護社會中的秩序、平衡各方的利益。其認為，一直困擾人們的一個重要的現象是，法律即為實施正義，而這裏的正義是通過法律秩序進而通過司法、法學研究或者立法而達至的目的。^[80]但究竟法律的拘束力是否只是基於正義所具有的拘束力，除此之外，是否還具有強力說以及同意說，這是一個不能肯定回答的問題。^[81]對此，龐德只能另闢蹊徑認為，不論法律秩序的正當權威的基礎是什麼，“法律維護秩序正是通過排除和調和各種相互衝突和重疊的利益來予以實現”。^[82]因為在其看來，“法律秩序或作為決定爭端之用的一整套權威性指示或根據這種意義上的法律，並不創造這些利益。”^[83]“法律用懲罰、預防、特定救濟和代替救濟來保障各種利益，除此之外，人類的智慧還沒有在司法行動上發現其他的更多可能性。”^[84]從龐德的論斷中可以明確，其將法律一直視為維護社會秩序的工具，而對法律功能的理解也主要集中於法律的功能性概念的角度，即從法律的作用或任務上來研究法律功能問題。^[85]因此，在龐德看來，法律的功能就是利用其社會控制的手段盡可能地調節各種利益的衝突，滿足社會公眾的需求。

雖然對於龐德的法律“維持秩序、平衡利益”的功能性定位不乏支持者，例如，勞倫斯·M·弗裏德曼同

[73] 參見[法]埃米爾·塗爾幹：《社會分工論》，渠東譯，三聯書店2013年版，第33-92頁。

[74] [英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲學：價值與事實》，譚宇生譯，譯林出版社2013年版，第76頁。

[75] [法]雷蒙·阿隆：《社會學主要思潮》，葛智強等譯，上海譯文出版社2013年版，第304頁。

[76] 參見焦旭鵬：《刑法在社會中的角色》，載《中外法學》2009年第6期，第918頁。

[77] [法]雷蒙·阿隆：《社會學主要思潮》，葛智強等譯，上海譯文出版社2013年版，第305頁。

[78] [德]盧曼：《社會的法律》，鄭伊倩譯，人民出版社2009年版，第75頁。

[79] [德]盧曼：《社會的法律》，鄭伊倩譯，人民出版社2009年版，第75頁。

[80] 王婧：《龐德：通過法律的社會控制》，黑龍江大學出版社2010年版，第110頁。

[81] 參見[美]羅斯科·龐德：《通過法律的社會控制》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第26頁。

[82] [美]羅斯科·龐德：《通過法律的社會控制》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第26頁。

[83] [美]羅斯科·龐德：《通過法律的社會控制》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第33頁。

[84] [美]羅斯科·龐德：《通過法律的社會控制》，沈宗靈譯，商務印書館2013年版，第28頁。

[85] 參見[英]羅傑·科特威爾：《法律社會學導論》，潘大松等譯，華夏出版社1989年版，第108頁。

樣認為，法律具有類似全球意義的功能是解決爭端，對每個階段的社會來說，產生矛盾實屬不可避免，一個基本的法律功能是提供機制和場所，讓人們去消除矛盾，解決爭端。^[86]然而，其也進一步認為，這種解決爭端只是古老社會的一種本能的反應而已，法律的另一基本功能在於對社會的控制，在其論述中，控制社會的功能被區分為主要的社會控制功能和次要的社會控制功能。其中，主要的社會控制功能如員警和法官要逮捕小偷並將其送進監獄，而次要的社會控制功能便是如何教育、勸告和改造小偷。^[87]

相反，托馬斯·萊塞爾對法律功能的描述則顯得更加寬泛和全面，在其看來，法律的功能主要包括七個層次，即“社會融合、行為控制、爭議解決、社會統治的合法化、保障自由、生活條件的構造、教育”。^[88]對比可以發現，托馬斯·萊塞爾論述了“行為控制、爭議解決、保障自由、教育”等傳統的法律功能之外，還增加了法律存在但相對較為陌生的功能。其中，對於社會融合，其認為法律為人們能夠在社會中共同生活創造了可能性，而法律這一社會統治工具主要通過平衡相互衝突的利益來保持並促進社會的團結。^[89]對此，其進一步闡釋到，即使在沒有統治的社會，法律也要完成其行為控制和爭議解決的任務，而在所有現實社會中，法律總是對統治結構的產生予以穩定、部分予以限制，這是法律的特殊功能。^[90]最後，除了上述的基本功能之外，今天無數關於生存預先保障、經濟調控和當代社會福利國家的任務，也加入其中成為法律調控的範圍。^[91]

3. “功能”的具體界定

對於西方社會學家對法律功能的闡釋之中，可以窺見其大致將法律理解為控制社會秩序的手段，這種功能作為維繫社會秩序正常運轉的基本功能，同時也是最為重要的功能。只是在法律究竟通過何種途徑維持這一功能則產生了不同的認識。而我國對於法律功能的關注並不如西方社會涇渭分明，因此，關於“功能”這一詞匯就存在多種混用的情形。

首先，在我國刑法之中，存在刑法機能與刑法功能相互混用的情況。雖然刑法機能與刑法功能表面上存在一字之差，但是差之毫釐謬以千裏。其一，兩者所反映的主體性作用不同。“刑法功能具有屬人性，它根據適用主體對刑法的需求和希望發揮的作用不同而有所不同；而刑法的機能不具有屬人性，只是刑法客觀上所具有的機能和機理。”^[92]其二，兩者所具有的屬性並不相同。刑法功能所具有的屬人性也就表明了其具有主觀性的特徵，而刑法機能客觀反映的機能所機理，表明的是刑法機能只能是以客觀的形態呈現。^[93]

其次，在我國多數教材中將法律功能與法律作用等同視之。例如，有學者將法的作用與法的功能作為並列的概念並尋求同一的釋義。^[94]有學者用法的功能來解釋法的作用。^[95]有學者用法的作用來解釋法的功能。^[96]當然，也有一些學者對其作為較為細緻的劃分，“認為法的功能具有廣義與狹義之分，狹義的法的功能

[86] [美] 勞倫斯·M·弗裏德曼：《法律制度——從社會科學角度觀察》，李瓊英、林欣譯，中國政法大學出版社2004年版，第20頁。

[87] 參見[美] 勞倫斯·M·弗裏德曼：《法律制度——從社會科學角度觀察》，李瓊英、林欣譯，中國政法大學出版社2004年版，第20頁。

[88] 參見[德]托馬斯·萊塞爾：《法社會學導論（第六版）》，高旭軍等譯，上海人民出版社2014年版，第178-171頁。

[89] 參見[德]托馬斯·萊塞爾：《法社會學導論（第六版）》，高旭軍等譯，上海人民出版社2014年版，第169頁。

[90] 參見[德]托馬斯·萊塞爾：《法社會學導論（第六版）》，高旭軍等譯，上海人民出版社2014年版，第170頁。

[91] 參見[德]托馬斯·萊塞爾：《法社會學導論（第六版）》，高旭軍等譯，上海人民出版社2014年版，第171頁。

[92] 王強軍：《社會治理過度刑法化的隱憂》，載《當代法學》2019年第1期，第8頁。

[93] 參見王強軍：《社會治理過度刑法化的隱憂》，載《當代法學》2019年第1期，第8頁。

[94] 持該種觀點的是沈宗靈教授，其認為，“法的作用和機能是指法對社會發生影響的體現。”參見沈宗靈主編：《法學理論基礎》，北京大學出版社1988年版，第37頁。

[95] 持該種觀點的是張貴成等學者，其認為，“法的作用是指法對人們的行為和社會生活的影響和功能。”參見張成貴等主編：《法理學》，中國政法大學出版社1992年版，第114頁。

[96] 持該種觀點的是馬新福教授，其認為，“法的社會功能是多方面的，就法的整體和目的而言，法的社會功能集中體現在法的社會作用上。”參見馬新福：《法社會學導論》，吉林人民出版社1992年版，第174頁。

概念與法的作用概念能夠等同使用，而廣義的法的功能概念包含著並大於法的作用的概念。”^[97]筆者認為，法的功能與法的作用是兩個既有聯繫又有區別的概念。兩者的聯繫在於，功能作為事物本身的一種能力，而作用則是指對事物產生的一種實際影響，功能是產生作用的前提，具體而言，法的功能是產生法的作用的前提，法的作用是法的功能的外在表現。^[98]兩者的區別在於，首先，法的功能是內在的，而法的作用則是外在的；其次，法的功能是內在的，是一種實然的狀態，而法的作用主要立足於社會行動之中，帶有明顯的應然性。再次，法的功能是一種“恒量”，受制於法的本質和屬性，而法的作用是一種變數，受制於各種內在與外在的因素。^[99]

總而言之，目前無論是在社會學領域還是法社會學領域對功能主義的關注已大不如往日，但功能主義留給我們系統看待社會、研究社會的邏輯範式是一筆寶貴而豐富的學術遺產。筆者認為，當代日本社會學家富永健一賦予功能解釋性概念的特徵更加符合“功能”在現代社會中的常識化意義，其指出：“所謂功能，是將系統的要素和多個作為要素集合體的子系統，或者說整個系統所擔負的活動、作用、職能解釋為與系統實現目標和系統適應環境所必須滿足的必要性條件相關時，對這些活動、作用所賦予的意義。”^[100]也就是說，首先，對功能的探討是在一個系統之內。無論是在社會還是組織體系之中，如果離開了系統再去探討功能必將是毫無意義的。其次，功能意味著行為主體實現目標時的一種作用。當然，這種作用並不只限於積極作用，甚至在某種情形下還會呈現出消極的作用。

（三）“刑法治理功能”的邏輯表達

結合上述“治理”、“功能”的邏輯內涵，筆者認為，所謂刑法治理功能是指治理主體為了滿足某種需要，基於一定的治理理念之下，以刑法這一特殊規範為依據，對被治理的一方（主要是自然人或者單位）施加影響，並最終使其走上預先設定的發展道路。值得一提的是，近來學界也出現了研究功能主義刑法觀的熱潮。然而功能主義刑法觀研究與刑法治理功能研究不能完全等同。其一，就現實基礎而言，風險社會都對二者的發展產生了重要影響。如前文所論，風險社會的到來對刑法提出了新的要求，為了合適應對風險社會，刑法的治理功能而非懲罰功能將成為一劑良方。而面臨風險社會的挑戰對傳統刑法理論形成的衝擊之時，功能主義刑法觀也由此正式登上舞臺，“這種刑法立法觀立足於對現實社會問題的考量，而不是形而上學的單純理性化的構想，追求發揮刑法立法的社會功能，注重對社會問題的積極回應。”^[101]其二，就“功能”的指向而言，二者大相逕庭。功能主義刑法觀的基本內涵為“功能主義的刑法體系不承認有固定不變的結構或本體，而認為結構取決於其所要承擔的功能。”^[102]因而，功能主義之“功能”並非固定之涵義，而可能隨適用主體需要的變化而變化，具有相當大的主觀性、易變性和多元性，而在此時注重刑法的懲罰功能，彼時注重刑法的人權保障功能。^[103]而刑法治理功能，如後文所論強調以治理功能作為刑法的基本功能，而將懲罰功能與人權保障功能作為派生功能以進行統一。其三，刑法治理功能較功能主義刑法觀的優勢在於，由於國家治理現代化系刑法治理功能的理論基礎，因而國家治理現代化對“善治”的追求也將成為刑法治理功能的基本內涵，故而刑法將進行

[97] 參見文正邦主編：《走向21世紀的中國法學》，重慶出版社1993年版，第60頁。

[98] 參見公丕祥主編：《法理學》，復旦大學出版社2002年版，第65頁。

[99] 參見魏清沂：《法理學》，北京大學出版社2011年版，第148頁。

[100] [日]富永健一：《社會學原理》，嚴立賢等譯，社會科學文獻出版社1993年版，第162頁。

[101] 勞東燕：《風險社會與功能主義的刑法立法觀》，載《法學評論》2017年第6期，第22頁。

[102] 勞東燕：《刑事政策與功能主義的刑法體系》，載《中國法學》2020年第1期，第134-135頁。

[103] 參見王強軍：《功能主義刑法觀的理性認識及其限制》，載《南開學報（哲學社會科學版）》2019年第3期，109-112頁。

理念轉換，從刑法工具主義到刑法價值理性。^[104]然而，功能主義刑法觀卻內含刑法過度工具化的風險。^[105]總而言之，二者的區別在於，功能主義刑法觀更多的體現為一種思考方式，是一種存在論向規範論的轉變，由此引起刑法體系的諸多變革。^[106]而刑法治理功能探討的是刑法基本功能的內涵，有著穩定不變的內容核心。回到刑法治理功能本身，具體而言，筆者所提倡的刑法治理功能具體包含了四個層面的內容。

1. 刑法治理功能產生於一定的理念之下

雖然刑法隨著社會的發展而呈現出不同的面貌，但是無論處於何種階段的刑法治理均是出於一定的治理理念的支配。例如，在古代社會中，刑法治理功能主要產生於統治階層的需要，古代的統治階級往往代表的是少數人的集團利益，因而所彰顯出的刑法治理功能不重視對其他單個社會個體的保護。而隨著社會的發展，尤其是資本主義的發展帶來了對個體的尊重，而使刑法治理的理念偏向於二元保護的立場——在維護國家的統治的同時，也注重對社會中的個體的保護。而刑法治理功能的發揮主要立足於保障法地位，基於保障法地位的刑法更多的強調的是刑法發動的不得已理念，也即：“刑法調整的社會關係廣泛，在其他部門法往往無法調整的情況下予以介入，進而最後實現社會治理的任務。”^[107]刑法保護作為社會可以獲得的最高等級的保護，在社會受到恰當準確的刑法保護的情況下，是現代社會發達程度的重要標誌。^[108]可以說，正是基於不同的治理理念會產生不同的治理局面。

2. 刑法治理功能是由治理主體主導的過程

在馬克思主義哲學看來，任何實踐活動都離不開主體的影響，而人作為實踐的主體能夠發揮巨大的能動作用，從而改造自然以及人類社會。毫無疑問，刑法治理功能作為社會實踐的一項重要內容，當然離不開治理主體。治理主體如同治理理念，會隨著社會形態以及社會關係的變化而不斷的發生變更。但無論如何，刑法治理主體總是帶有明顯的階級性。例如，在古代社會中，治理主體顯然帶有明顯的封建社會的局限，在近代社會中，雖然資產階級對封建社會進行了必要的清算，但是也無法褪去資產階級的局限性，同樣，即便在現代社會中，刑法治理主體依然殘存某種階級性。

3. 刑法治理功能是以刑法這一特殊的規範為治理依據

控制社會的手段形式多種多樣，如美國學者愛德華×羅斯認為，主要包括輿論、信仰、宗教、社會價值觀、倫理，等等，但法律始終是社會治理的基石。^[109]自文明社會以來，隨著社會分工的發展和社會管理運轉的精緻化，行為規範出現了分殊化，最為顯著的特徵就是道德規範和法律規範的分道揚鑣。^[110]精緻化的另一後果是導致了不同調整對象的部門法的產生。而刑法無疑是較早出現的部門法之一。雖然，每一個部門法都基於特定的治理手段承擔著治理社會的功能，但就本文論述的刑法治理功能主要是限於刑法這一特定的部門法所產生的功能。因為刑法特有的性質導致其治理的方式與作用與其他的部門法的治理存在較大差異。

4. 刑法治理的出發點是以社會機體走向治理主體設定的目標

作為社會治理的刑法，雖然在治理措施上的確存在較為殘酷的一面，但任何形態的社會利用刑法治理社會的最初出發點是以社會各方利益能夠最終趨於平衡、社會機體能夠和諧健康發展為目的。刑法主要通過規範的

[104] 參見姚萬勤：《國家治理現代化視域下刑法治理問題研究——以理念轉換與模式建構為視角》，載《晉陽學刊》2016年第1期，第131頁。

[105] 參見吳亞可：《當下中國功能主義刑法的合憲性檢視》，載《中國刑事法雜誌》2021年第6期，第110頁。

[106] 參見馬永強：《德國刑法功能主義的前世今生——兼論刑法教義學的科學範式》，載《刑法論叢》2020年第1期，第467頁。

[107] 參見孫道萃：《刑法“事先法”之理念導讀》，載《福建警察學院學報》2013年第2期，第37頁。

[108] 王世洲：《現代刑法學（總論）》，北京大學出版社2011年版，第16頁。

[109] 參見[美]愛德華·羅斯：《社會控制》，秦志勇等譯，華夏出版社1989年版，第46頁。

[110] 何榮功：《自由秩序與自由刑法理論》，北京大學出版社2013年版，第5頁。

有效性規定了人們行為的邊界，設定刑法規範的目的在於為人們的行為提供必要的指引，使人們能夠對自己的行為有預見可能性，即哪些行為是國家或者社會所反對而不能為的，哪些行為是刑法未禁止而可以為的。治理主體如果認為某種行為具有嚴重的社會危害性或者法益侵害性而必須對其進行控制和杜絕，可以通過刑法規範將其規定為犯罪，從而使社會機體走向治理主體所設定的目標。例如，鑒於嚴重的環境污染問題，我國在《刑法修正案（八）》中對污染環境罪的構成要件進行了修改，目的在於使社會機體走向治理主體設定的——保護環境這一目標。

四、刑法治理功能的地位證成

雖然前文所論述的“三機能說”以及“兩機能說”在我國具有較大的市場，但不意味著“存在即為合理”。我國刑法學泰斗馬克昌先生就曾指出我國刑法功能在目前研究中存在的問題，在馬先生看來，“規制機能與保護機能、保障機能不是並列關係的觀點，認為是高一層次的機能，像板倉宏所說的是‘社會統制手段’，或者像西原春夫所說的是‘本質的機能’，但這些提法還值得研究。因為不同層次的機能不是本質與現象的關係，社會統制一詞含意不夠清楚。從我國的情況出發，似以將規制機能作為根本機能即社會治理手段為妥。”^[111]馬先生的論斷至少表達了以下三個方面的內容，其一，我國刑法的功能存在層次論，且保護功能以及保障功能還存在上位概念；其二，我國刑法應該存在基本的功能來統攝這兩個功能；其三，這個根本功能為何，雖然還存在值得探討的地方，但是馬先生還是認為以社會治理手段來命名較為妥當。筆者對此深表贊成，認為刑法治理功能應當即為我國刑法的基本功能，而刑法的懲罰功能以及人權保障機能應是刑法治理功能的下位概念。以下將進行詳細論證。

（一）第一層次：刑法的基本功能

何謂刑法的本質功能？提出該命題的學者可以追溯至日本的西原春夫教授，其認為：“刑法的最本質機能在於，根據預先宣告對一定的犯罪科處一定的刑罰，明白表示對該犯罪的國家規範的評價。並且這種評價應當包含著以下的內容，即各種各樣的犯罪相當於形式各異的刑罰這種有力的強制執行力的程度。由於明確這樣的評價，刑法一方面對一般國民，作為行為規範，起著命令遵守它的作用；另一方面，對司法工作者，作為裁判規範，成為認定犯罪及適用刑罰的指南。這就是刑法的限制機能。”^[112]

然而，筆者認為，將限制功能視為刑法的基本功能並不妥當，理由如下：第一，限制機能無非是表達的是限制刑罰權發動的機能，所表達的含義與刑法的規制機能存在異曲同工之處，即“刑法通過預告對違反者將科處一定的制裁從而在事前對人的行為進行控制的機能。”^[113]而這實質上也存在三機能說的弊端，即未能全面的反映刑法的階級性以及本質屬性。第二，刑法的基本功能應當回歸到刑法的作用中去探尋較為妥當，然而，實質上，該種觀點只是在刑法的屬性與地位中來論述，因而該種觀點不能成為刑法的基本功能。“自從國家的幽靈出現於洪荒歷史的地平線，法律就成為人類用來管理社會的一種手段。”^[114]因此，本文主張，就刑法的功能而言，其從誕生之日起所承載的治理社會的功能應成為刑法的基本功能。本文將刑法治理功能視為刑法的基本功能是基於以下幾點理由的考量：

1. 刑法自產生之日起就發揮著治理社會秩序的功能

秩序的反面現象是失序，雖然導致秩序崩潰、秩序混亂的因素多種多樣，無疑犯罪是其中最為重要的原因

[111] 馬克昌：《馬克昌文集：2012版》，武漢大學出版社2012年版，第562頁。

[112] [日]西原春夫：《刑法總論（修訂版）》（上卷），成文堂1995年版，第9頁。

[113] [日]山中敬一：《刑法總論》（第2版），成文堂2008年版，第16頁。

[114] 周少華：《刑法理性與規範技術》，中國法制出版社2007年版，第1頁。

之一。“社會秩序是所有其他各種權利賴以保持的神聖權利。然而，這項權利絕不是來自自然，它是建立在許多約定的基礎之上的。”^[115]“維護社會和平是實現其他法律價值的先決條件，如果一個公民不論在自己的家中還是在家庭以外，都無法相信自己是安全的、可以不受他人的攻擊和傷害，那麼，對他談什麼公平、自由，都是毫無意義的。”^[116]刑法該如何發揮其優勢，實現對社會秩序的治理呢？筆者認為，刑法在最終目的上，就是為了保障這些井然有序的社會關係不受影響，社會能夠在預期的軌道中有條不紊的運行。正如德國學者李斯特所言，作為保護性質的刑法，反映的是刑法保護的特徵本身，即對社會中一切利益均予以最強有力的保護，在所有的法律科學均會見到刑法的規定。^[117]

無論是古代社會還是近代社會乃至現代社會，刑法都發揮著對正常的社會生活秩序的治理功能。如果沒有一個安全的環境保障人們享受合法權益的話，那麼，人類的一切活動就都失去了最起碼的條件，所以，刑法需要保障建立一個正常的社會秩序。^[118]因而在對社會生活秩序的治理成為刑法治理的另一重要領域，其主要體現在以下幾點：其一，在原始社會中對於犯罪的治理多數表現為同態復仇，在封建社會時期雖然不再以原始手段解決問題，但執行刑罰方式也較為野蠻和殘酷，而在現代刑法中，對於犯罪問題的治理手段不再延續以往的殘酷，從而使刑罰進化成為社會文明的明顯標誌。其二，通過對自然人的生命、健康權等重要的自然權利進行治理。治理的重點在於對治理的內容具有選擇性。從古代社會到現代社會的歷史延續中，刑法對於自然犯的關注並沒有發生絲毫的改變，因而在現代刑法治理過程中，人的生命、健康權等依舊是治理的重點，從而確保刑法能夠真正保障社會生活秩序的價值。其三，對涉及社會基本安全的秩序加以特殊治理，以求維護整體的社會秩序的穩定。在古代刑法治理社會的過程中會將觸角儘量伸的更為廣泛，而在現代刑法治理之中轉變了這種無限擴張的現象。

2. 刑法的本質特徵決定了刑法的基本功能應為刑法治理功能

對於刑法功能的闡釋必須能夠反映出刑法的階級性，也即能夠為統治階級為何需要制定刑法的問題。從基本的邏輯思維出發，統治階級制定刑法的初衷並不在於要懲罰犯罪，因為對於統治階級來說，一個社會能夠和諧安定、沒有犯罪才是最為理想的狀態，與“刑為盛世所不尚”^[119]的道理相一致。如果將刑法簡單的理解為打擊犯罪、保障人權，必然會導致相互衝突的階級以至整個社會在無謂的鬥爭中同歸於盡，為了避免這種結果的發生，必須把階級衝突控制在一定合理的範圍之內。^[120]據筆者所考證，刑法之所以能夠被統治階級所青睞，主要存在兩個方面的價值：

一方面，刑法能夠預防破壞社會秩序的行為發生。在古代社會中，刑法的地位較為特殊，社會需要刑法來全面發揮作用才能有力保障社會秩序。考究其原因也不難理解，因為古代社會中的其他部門法缺乏必要的制裁措施，對於違反其他社會關係的行為遲遲得不到應有的救濟，因而必須尋求刑法的這種強制措施來救濟被侵害的權利、挽回被危害的秩序。^[121]隨著社會分工越來越精細化，社會關係越來越呈現複雜性，導致原本以刑法為主的調整方式難以適用千變萬化的社會發展趨勢，因而在近代化過程中出現諸法分離的現象。諸法分離的出現是歷史進步的必然體現，也表明社會功能更趨於合理化的發展建構，由此而帶來法律體系出現了重要變化，即原本由刑法全面調整的事項出現分流規制的情形，一方面不宜由刑法繼續調整變成刑法以外的部門法進行專門調整，而有些行為仍然由刑法進行調整。就如部門法規制的内容來看，明顯增強了法律制裁措施的規定，但

[115] [法]盧梭：《社會契約論》，李平滙譯，商務印書館2013年版，第5頁。

[116] [英]彼得·斯坦、[英]約翰·香德：《西方社會的法律價值》，王獻平譯，中國法制出版社2005年版，第46頁。

[117] 參見[德]李斯特：《德國刑法教科書》，施密特修訂，徐久生譯，法律出版社2000年版，第8頁。

[118] 張文顯主編：《法理學》（第三版），法律出版社2007年版，第340頁。

[119] 《四庫全書·政法類·法令之屬按語》。

[120] 張文顯主編：《法理學》（第三版），法律出版社2007年版，第340頁。

[121] 張明楷：《刑法在法律體系中的地位》，載《法學研究》1994年第6期，第56頁。

這種制裁措施往往還難以對行為人產生必要的威懾，因而還是需要刑法作為保障法存在。刑法的威懾主要來自於刑罰的功能，也即，刑罰在發揮特殊預防機能對犯罪人形成必要的威懾，以防止其重新走上犯罪的道路，發揮一般預防機能對社會中的其他人形成威懾，以引導其不要走向犯罪的道路。因而，無論從何種角度來看，刑法的存在能夠預防破壞社會秩序的行為發生。

另一方面，刑法能夠迅速恢復被破壞的社會秩序。“刑法乃維護社會共同生活秩序之主要法律規範，基於價值判斷，提示社會生活行動所當共守之準則。……對於違反規範之無價值行動，昭示非難之旨，科之以刑。”^[122]也就是說，刑法是對違反共同社會生活準則的一種非難性反應。長期以來，刑法是以懲罰的嚴厲性著稱，擁有法律的強大威力，一方面表現為制裁的殘酷性。^[123]在古代社會中甚至出現過諸多酷刑，而隨著文明社會的到來，殘酷的刑罰措施已經很少，更多的是以“持續地剝奪犯罪人刑事犯罪的可能”為主要的措施。^[124]當然，在現代有些國家中依然保留了死刑規定。另一方面，刑法的威力來源是一個人因被判處有罪因而被歸為罪犯給他帶來的社會恥辱。^[125]尤其在我國文化較為發達的國家，因犯罪帶來的負面效應比比皆是，如上學、工作等都受到一定程度的限制。在前文論述中，筆者已經交代了“治理”一詞在效果上，以能夠真正促進社會秩序和諧穩定，最終到達“善治”為目標。在刑法治理社會過程中，雖然制裁方式是以刑罰為其基本手段，可能還會出現剝奪他人的生命、自由以及財產等結果，但只要未出現背離社會基本價值基準，就不能將利用刑法治理社會的方式視為違反基本的社會正義價值。立法者在規定刑法內容以及適用刑法時，往往事先會明確所期待的效果。具體而言，近現代社會利用刑法治理社會時，既要追求懲罰犯罪的目的，又要以恢復被破壞的社會秩序為目標。利用刑法的懲罰性治理業已受損的社會秩序，主要是依賴刑法的特殊預防功能來加以實現，即通過刑罰適用預防犯罪分子重新犯罪，教育改造犯罪分子成為守法的公民。

（二）第二層次：刑法治理功能的派生功能

顯然，目前無論何種法系的國家的刑法均賦予了懲罰犯罪以及保障人權的功能，我們也不應忽視其應有的價值和地位。例如，刑法懲罰犯罪的功能能夠表明刑法的階級屬性，而保障人權也能彰顯刑法的人性溫度。但是，在其地位問題上，本文認為，可以將刑法的懲罰功能與人權保障功能作為刑法治理功能的派生功能，基本理由有以下兩點：

1. 懲罰功能是基本功能得以發揮的重要保障

“每個法律都有特定的目的，為了實現那些目的，法律必須具有合理性和必要性。”^[126]從刑法理論看來，懲罰犯罪與保護法益處於相互依存的關係，懲罰犯罪就是為了保護法益，保護法益的手段是通過懲罰措施。^[127]當然，回歸問題的實質，懲罰犯罪與刑法的治理功能處於何種關係？

筆者認為，刑法作為對破壞的社會秩序的一種回應，在懲罰犯罪的同時就包含了治理社會的需求。美國社會學家羅斯（Ross）認為，“在人性中自始至終都存在著一種自行調節人們行為的‘自然秩序’，但是，工業化、城市化徹底破壞了人性中的‘自然秩序’，因而導致了社會失序的頻繁發生。”^[128]然而，“社會秩序的危機和解決社會秩序的失敗把人們推進了一種狀態，它在更高程度上再現了某些非人類的靈長類動物所面臨的

[122] 韓忠謨：《刑法原理》，北京大學出版社2009年版，第7頁。

[123] 參見[美]歐文·費斯：《如法所能》，師帥譯，中國政法大學出版社2008年版，第177頁。

[124] 參見[法]卡斯東·斯特法尼等著：《法國刑法總論精義》，羅結珍譯，中國政法大學出版社1998年版，第31頁。

[125] [美]歐文·費斯：《如法所能》，師帥譯，中國政法大學出版社2008年版，第177頁。

[126] Horst Dreier, *Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG*, Rn.146,147, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd.1,2.Aufl., 2004.

[127] 參見陳興良：《刑法機能的話語轉換》，載《環球法律評論》2008年第1期，第11頁。

[128] 趙澤洪、周紹賓主編：《現代社會學》，重慶大學出版社2003年版，第235頁。

困境。”^[129]顯然，犯罪是對良好社會秩序的最大破壞。在國家尚未形成之前，對於被侵害的社會秩序，主要依據非規範性措施進行調節，如鄉規民約、耆耄者的解說與調解，更有甚者是通過“以眼還眼、以暴制暴”的氏族復仇模式。一旦國家形成之後，便逐漸重視恢復被破壞的社會秩序，這就催生了刑法的誕生。

刑法從誕生之時起就充當了回應破壞的社會秩序的功能，為在現代社會中其範圍進一步擴大。例如，社會已經開始在商業秘密、個人隱私、家庭暴力、環境保護、誠實信用、食品安全、生產規範、競爭規則、社會福利、出口禁運等範圍廣泛的領域中，開始強烈地呼喚刑法的保護。^[130]在社會變革時期，刑法被廣泛地運用到行政管理和經濟管理方面，從而成為塑造新社會和新經濟的有力工具。^[131]也就是說，刑法的功能在於恢復社會關係當中被犯罪破壞的規範關係、規範秩序，社會的存在，或者說社會之所以有意義，是因為有規範存在，有規範對一般人的行為進行指引、設定處罰網路。^[132]據此可見，刑法的治理功能主要通過刑法規範的設定、懲罰措施的運用，在恢復被破壞的社會秩序的過程中得以發揮應有的價值。

2. 人權保障功能是檢驗基本功能發揮效果的重要指標

刑法的目的不是保護人類的幸福，即完全按照功利主義的視角來闡釋刑法的目的極易造成刑法在實踐中被濫用。例如，在十八世紀的歐洲，刑罰就是極端殘忍的，如此強調，一方面並不能使社會更安全，另一方面也不能改造罪犯。^[133]

刑法並非愈加頻繁的適用就能取得實際的效果。因此，如果想實現刑法的治理功能，不僅需要實現對社會的有效控制，而且還需要實現對社會的有效管理，最終形成良性互動的治理模式。不僅國家與社會的發展需要良好的社會治理，而且從最本質的意義上來說，個人權利的保障同樣離不開良好的刑法治理，因為一個混亂的社會很難賦予個人多少人權保障。^[134]簡而言之，人權是人之為人的權利，“沒有做人的權利，也就沒有進入社會的資格，讓渡基本權無異於把人複歸為獸類。”^[135]

那麼，何種才是刑法意義上的保障人權。目前在刑法之中還存在較大的爭議，廣義說的觀點認為，刑法所保障的人權應當是全體社會公眾的權利；^[136]而狹義說的觀點認為，刑法所保障的人權應當只是限於被害人的人權以及犯罪人的人權。^[137]顯然，將刑法理解為廣義的人權保障法而存在本身思考路徑是妥當的，然而正如前文所論，刑法作為懲罰法而存在，在保障全體公民的人權之時，主要是通過刑法的懲罰功能來予以實現。例如，無論是合法公民還是犯了罪的社會公眾家中的財產，其他人都不能通過盜竊等非法手段予以侵佔。因此，筆者認為，此處的人權保障功能應當從狹義的視角來思考較為妥當。顯然，就刑法治理功能能夠有效發揮，刑法不僅是懲罰犯罪的工具，而且也是犯罪者的大憲章，因此，刑法治理功能能否有效發揮，還需要通過刑法能否有效保障犯罪者人權這一指標來具體衡量。如此，才能“充分實現人的尊嚴和價值，有利於權利的保障，有利於調節公民與國家之間的良性關係、並促進社會的良性發展。”^[138]

[129] [美]R.M.昂格爾：《現代社會中的法律》，吳玉章、周漢華譯，譯林出版社2008年版，第113頁。

[130] 王世洲：《現代刑法學（總論）》，北京大學出版社2011年版，第16頁。

[131] 王世洲：《現代刑法學（總論）》，北京大學出版社2011年版，第17頁。

[132] 周光權：《刑法總論》（第二版），中國人民大學出版社2012年版，第12頁。

[133] 參見[德]希爾根多夫：《德國刑法學：從傳統到現代》，江溯等譯，北京大學出版社2015年版，第216頁。

[134] 參見遊偉等：《犯罪化原則與我國的“嚴打”政策》，載《法律科學》2003年第1期，第40頁。

[135] 徐顯明主編：《公民權利義務通論》，群眾出版社1991年版，第133頁。

[136] 參見何秉松主編：《刑法教科書》（2000年修訂），中國法制出版社2000年版，第28頁。

[137] 參見逢錦濤：《刑法機能研究》，法律出版社2014年版，第142頁。

[138] 參見張文顯主編：《良法善治：民主法治與國家治理》，法律出版社2015年版，第64-66頁。

五、刑法治理功能與派生功能的關係

重視刑法治理功能所派生的一般功能——刑法懲罰犯罪與保障人權功能的重要性固然沒有錯，但是如果只是強調此兩點的價值和作用勢必會走向另一個極端，即法律（包括刑法）在社會治理中的比重過大反而會妨害刑法治理功能的發揮。

在當代社會中，無論從刑法的制定到刑法的執行，都形成了一套較為成熟的運行機制，其治理功能也由“控制社會的工具”轉變為“指導社會的工具”，這也就意味著現代刑法從傳統的以禁止性規範為主的鎮壓型刑法開始向以命令規範為主的強制型刑法轉化。^[139]尤其從第七屆聯合國預防犯罪和罪犯待遇大會通過的《從發展的角度和新的國際經濟秩序的角度來看預防犯罪和刑事司法的指導原則》來看，該原則確立了“預防犯罪的宗旨是為了實現自由、正義、和平與發展，認為犯罪根本是社會發展不平衡帶來的結果，是社會結構的結果。”^[140]因而，在刑法治理功能發揮的過程中，最終的落腳點在於如何在刑法治理中實現對犯罪打擊的同時實現預防犯罪的目的，在犯罪預防的過程中如何最終促成自由、正義、和平與發展的結果，這就需要對刑法治理的範圍和邊界區分出較為清晰的界限，從而使刑法治理社會的觸角有所限制。目前對犯罪範圍的限制主要通過一系列手段予以實現，這種改革的結果也是社會政治經濟文化高度發達後的必然結果。

但是，值得注意的是，作為派生功能的“懲罰犯罪”與“人權保障”又具有何種關係呢？對此，目前的學界主要存在兩種不同的觀點，第一種觀點認為，“根據罪刑法定原則，如果沒有預先在刑法中作出規定，無論是什麼樣的侵害社會的行為，都不能進行處罰。這可以說是宣告保障機能相對於保護機能而言處於優先地位。”^[141]第二種觀點則認為，“不允許偏向任何一方，而如何具體地調和兩者正是刑法理論與實踐的核心。”^[142]筆者認為，刑法的人權保障功能不應優先於刑法保護功能，因為打擊犯罪、懲罰犯罪是由刑法的階級性所決定的，且從我國刑法規定的任務中也可以看出，我國將懲罰犯罪置於較為突出的地位，則至少表明，刑法的人權保障功能絕對不能成為首要的地位。因此，在兩者關係上，筆者贊成上述第二種觀點，即兩者不可偏廢，兩者之間應當相輔相成。具體來說，懲罰犯罪最終的目的是保障社會的秩序和其他社會中的生命財產安全，從而實現了人權保障的功能，而人權保障功能的實現實質上也是懲罰犯罪的集中體現和反映。

那麼，如何克服“懲罰犯罪”與“人權保障”之間的“二律背反”關係一直以來考驗著刑法學界。如果懲罰犯罪的落腳點過寬過大，將會影響人權保障的實現，而重視人權保障的功能，則顯然會影響懲罰犯罪功能的發揮。然而，長期以來，也並未能妥當解決好這一困境。諸多學者仍然從平衡兩者的思路出發，致力於平衡兩者的關係，然而效果並不理想。與其如此，不如轉換思路，將其置於刑法的治理功能之下，將其作為服務於社會治理的需要而進行動態化的調整，如果社會治理現狀惡化，為了社會治理的需要適當地調適刑法的懲罰功能將成為必要，相反，如果社會治安環境良好，那麼加大人權保障功能也成為必然。

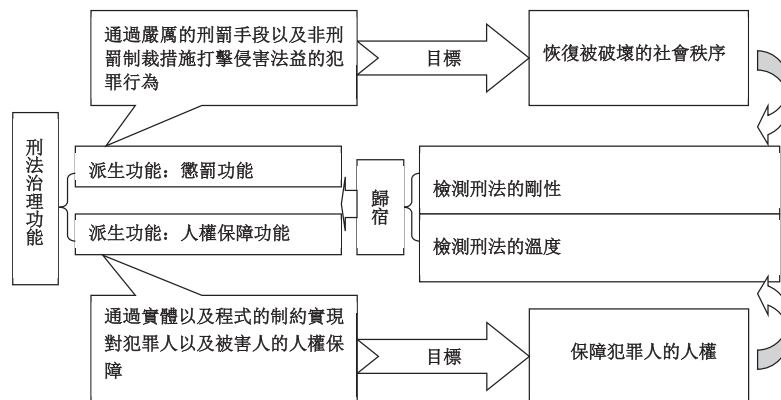
總而言之，刑法的基本功能與派生功能之間不僅存在位階關係，而且兩者之間彼此關聯、相互影響。具體而言，刑法的“懲罰犯罪”與“人權保障”功能服務於刑法治理功能，如果其發揮不當，就會影響刑法治理功能的效果，反之，如果其發揮得當，則刑法治理功能也能得到有效發揮。此外，刑法的治理功能處於刑法功能的統帥之地位，具有調和“懲罰犯罪”與“人權保障”兩者之間關係的重要功效。根據本文的研究內容以及研究思路，其具體關係可以通過下圖來表示：

[139] 參見文海林：《刑法科學主義初論》，法律出版社2006年版，第103頁。

[140] 文海林：《刑法科學主義初論》，法律出版社2006年版，第102頁。

[141] [日]淺田和茂：《刑法總論》（補正版），成文堂2007年版，第13頁。

[142] [日]川端博：《刑法總論講義》（第2版），成文堂2006年版，第3頁。



六、結語

總而言之，“一部人類法律發展史，從某種意義上來說，就是人類利用刑法同犯罪作鬥爭的歷史，刑法始終是法律體系中的重要組成部分。同犯罪作鬥爭的刑法可以說是產生最早、歷史最久遠的一種法律。”^[143]也即在人類發展的歷史長河中，為了預防犯罪和處治犯罪採取了各種各樣的措施，但刑法始終處於絕對突出的地位並成為統治階級慣於使用的手段。“在階級鬥爭為綱的計劃經濟年代，刑法的政治功能被放在首位，為政治所用，形成了特有的刑法工具主義。”^[144]在近現代社會，“刑法的目的乃至於使用法律手段，以抗制犯罪，確保社會共同生活的基本價值，以建立並維繫社會共同生活所不可或缺的和平與秩序。”^[145]即便如此，目前強調刑法的懲罰功能並未能有效發揮其效果，如居高不下的犯罪率、重刑主義的傾向等等。注重懲罰功能的刑法必然會存在由於認識觀點的不同而無法達成共識的局面，如此，對於不服從刑法規範的一方也會存在自認為合理的理由，隨意僭越刑法規範的行為如同“破窗效應”一樣恣意蔓延。所以，“良以社會共同生活為人類生存之要件，犯罪之滋生足以危害共同生活秩序，社會之權力機構自不得不謀所以應付之方。”^[146]當然，在本文的論述中，主要提出並闡釋了通過變革和發展刑法功能的理論來予以應對，著重表明對良好社會秩序的維持離不開刑法治理功能的發揮。由此而產生的兩個價值不容忽視：其一，使刑法從重懲罰性的本質功能中鬆綁，賦予刑法必要的人性溫度；其二，有利於調適刑法懲罰功能與人權保障功能二律背反的關係。

[143] 孫寶忠：《刑法的價值體系及其取向》，人民出版社2010年版，第51頁。

[144] 參見付立慶：《論積極主義刑法觀》，載《政法論壇》2019年第1期，第104頁。

[145] 林山田：《刑法通論》（上冊）（增訂第十版），北京大學出版社，2012年版，第20頁。

[146] 韓忠謨：《刑法原理》，北京大學出版社2009年版，第7頁。

Abstract: Although there are various ways to maintain social relations in the development of human society, the law gradually emerged from the process of society tending to civilization has finally become the main tool of social governance. It is precisely because of the special means and measures of criminal law that it has been highly respected and favored by the ruling class since its inception. Therefore, for a long time, the theory has been confined to the balance between “punishing crime” and “safeguarding human rights”, without a substantive breakthrough, resulting in the stagnation of the study of the function of criminal law. With the implementation of the modernization of state governance, it indicates that the criminal law itself needs a civilized turn. Especially under the background of rule of law, the essential attributes of the function of criminal law governance become more and more obvious. In addition, advocating the governing function of criminal law is closely related to the status of criminal law and related theories such as risk society. Exploring the governing function of criminal law can not only weaken the functional characteristics of criminal law which attaches importance to punishment, but also dispel the long-standing antinomy between “punishment function” and “human rights protection function”. “The punishment function of criminal law” and “the protection function of human rights” should be the derivative function of the governance function of criminal law. All the needs of punishing crimes must first meet the needs of social governance, so as to further achieve the goal of protecting human rights.

Key words: Criminal Law Function; Punishment; Governance; Risk Society; Human Rights Protection

（責任編輯：黃競天）