《学术界》(月刊)
总第287期,2022.4
ACADEMICS
No.4 Apr. 2022

论新型犯罪对刑法理论的影响:以网络犯罪为中心

马荣春
(南京航空航天大学　法律系,江苏　南京　211105)

〔摘　要〕新型犯罪对刑法理论的影响,是新型犯罪课题应予关注和讨论的一个具体问题。新型犯罪对刑法理论的影响包含新型犯罪对刑法解释论的影响、新型犯罪对刑法本体论的影响和新型犯罪对刑法观的影响这三个层面,而正是前述三个层面赋予新型犯罪对刑法理论的影响具有一种"系统性"和"构造性"。新型犯罪因其自身可作出"全新型犯罪"和"半新型犯罪"的区分而形成对刑法解释论影响的"方向性",且对"全新型犯罪"和"半新型犯罪"应分别运用"主观的客观解释论"和"客观的主观解释论"。新型犯罪对刑法本体论的影响,则可分为"重新发声式"影响、"内涵补正式"影响和"向前牵引式"影响。新型犯罪对刑法观的影响是以犯罪观的形塑为先导,即由"进化犯罪观"走向"进化刑法观"。而"进化刑法观"又将触动乃至助推"刑法理论的进化论"。新型犯罪对刑法理论的影响直接关乎中国刑法的学术心态乃至学术生态,进而关乎中国刑法理论本身的完善进步,最终关乎中国刑法的制度设置及其司法实践。

〔关键词〕新型犯罪;刑法理论;刑法解释论;刑法本体论;刑法观
DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2022.04.012

刑法理论创新一直是我国刑法理论界的一个宏大"夙愿",而网络犯罪所带来的现实问题使得该"夙愿"越发强烈,从而调子更高。但是,互联网发展之快使得我们气喘吁吁地跟在制造互联网问题的一帮年轻人后面跑。而对于他们制造的问题,我们感觉用现有的法律难以解决,却又提不出整体性的应对方案。[1] 于是,个案的积累和刑法理论的创新在互联网时代会达到一个高点,但从现在开始,我们当下的本土实践已经热火朝天地走在了其他国家的前面,国外没有现成的理论来支援我们,这对刑法学者的自主性、主体性和创新性提出了非常高的要求,这是刑法理论创造的重大机遇和挑战,也是赋予我们这些刑法学者的时代使命。[2] 毋庸置疑的是,新型犯罪能够形成一个具有相当理论意义与实践价值的课题,特别是由网络科技所助推的新型犯罪现象为当下刑法学和犯罪学研究等都不可回避,从而"新型犯罪学"或"新型刑法学"或许可欲可求。但是,若要刑法理论获得发展或实现创新,那就必须要关注并解答好一个关涉刑法学术心态乃至刑法学术生态的问题,即新型犯罪是如何影响刑法理论的,因为新型犯罪问题是刑法理

作者简介:马荣春,法学博士,南京航空航天大学法律系教授。

论发展与创新的一个极其重要的“契机”。

一、新型犯罪对刑法解释论的影响

新型犯罪的刑法适用必然引起对新型犯罪的罪刑规范如何解释的问题,而新型犯罪的刑法解释问题又必然是刑法解释论的一个特别问题,故新型犯罪必然影响刑法解释论。

(一)新型犯罪影响刑法解释论的视角定位

有学者指出,在网络犯罪刑法规制体系基本形成的当下,对网络犯罪的研究范式应当由立法论向解释论转型。刑法教义学能够优化网络犯罪刑事立法的司法适用,而网络犯罪能够促进刑法教义学的深入发展。当网络犯罪能够检验传统刑法教义学的真理性,并成为刑法教义学建构与发展的新的质料,则一种从网络犯罪和刑法条文相互对应过程中得出的合格解释结论,至少应当既能够适用于线上也能够适用于线下。[3]由于将互联网作为犯罪工具的网络犯罪仍然保留了线下传统犯罪的强大基因,但传统刑法概念的滞后性并未影响其开放性,故基于现行刑法的解释论立场仍大有可为。[4]如果将网络犯罪上升为新型犯罪,则前述论断便有着这样的意味,即新型犯罪切实且深刻地影响着刑法解释论。对于网络犯罪的刑法解释,学者提出,先根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向,从而有力地助推刑法教义学再根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的具体限度。[5]这一方案能够给予的重要提示便是网络犯罪的类型影响刑法解释的大致方向。于是,当把网络犯罪提升为新型犯罪,则新型犯罪的类型便影响着刑法解释的大致方向,从而新型犯罪便在犯罪类型层面上影响着刑法解释论,因为犯罪类型层面的理解和把握是“(大)方向性”的理解和把握。易言之,新型犯罪对刑法解释论的影响应作犯罪类型层面的理解和把握。于是,新型犯罪的类型问题便构成了我们讨论新型犯罪对刑法解释论影响的起步。

这里,新型犯罪的类型问题讨论可由作为新型犯罪典型样态的网络犯罪切入。正如学者将网络犯罪分为纯正的网络犯罪和非纯正的网络犯罪,作为网络犯罪抽象形态的新型犯罪可分为纯正的新型犯罪与非纯正的新型犯罪。学者指出,所谓纯正的网络犯罪,是指单纯的网络犯罪或狭义的网络犯罪,其只能以网络犯罪的形式构成,而不能以非网络犯罪的形式构成;所谓不纯正的网络犯罪,是指既可以网络犯罪的形式,也可以非网络犯罪的形式构成。[6]按照本文的理解,学者所谓纯正的网络犯罪即狭义的网络犯罪,是指发生场域或行为对象具有计算机信息系统的网络性,且法益侵害具有单纯的网络系统安全性或系统数据安全性即以单纯的“网络法益”为犯罪客体的网络犯罪;而非纯正的网络犯罪即广义的网络犯罪,是指包含着但不限于纯正即狭义网络犯罪的网络犯罪。易言之,在非纯正即广义的网络犯罪中,除了纯正即狭义的网络犯罪,还有一种类型的网络犯罪,即原本以传统的行为方式实施或在传统现实物理空间发生,现在可以网络行为的方式实施或发生在网络空间,从而其法益侵害不再具有“网络法益”的单纯性且以传统法益侵害性为主要犯罪特性的网络犯罪。对照网络犯罪纯正与非纯正即狭义与广义的前述基本界说,作为网络犯罪抽象形态的新型犯罪似可作出纯正与非纯正即狭义与广义的基本界说。具言之,纯正即狭义的新型犯罪,是指行为方式或发生空间与法益侵害都具有不同于以往的“时代新特性”的犯罪,如非法侵入计算机信息系统罪或破坏计算机信息系统罪。纯正即狭义的新型犯罪可视为真正或严格意义上的新型犯罪,亦即“彻头彻尾”或“地地道道”的新型犯罪,故其可谓“全新型犯罪”。如果对照传统四要件犯罪论体系,纯正即狭义的新型犯罪是指在犯罪客观方面和犯罪客体两大要件上都有全新面相或全新品质的犯罪。于是,广义的新型犯罪,除了包含狭义的新型犯罪,还包含行为方式或发生空间等“可以”而非“必须”体现“时代新特性”,且侵害法益仍然或主要是针对“传统法益”的犯罪,

其可谓“半新型犯罪”,如网络盗窃、诈骗等犯罪,故此种意义上的新型犯罪并非真正或严格意义上的新型犯罪,而是“半吊子”或“非地道”的新型犯罪。而如果对照传统四要件犯罪论体系,则“半新型犯罪”即犯罪客体仍然保持着一种“既往性”,而犯罪客观方面或犯罪主观方面甚或犯罪主体呈现新面相的犯罪。这里所说的犯罪主体呈现新面相的“半新型犯罪”,如《刑法修正案(十一)》所确认的已满12周岁不满14周岁者的极端恶性行为。可见,广义的新型犯罪包含“全新型犯罪”和“半新型犯罪”。新型犯罪的广狭义之分,正如学者所言,“首先,信息社会中产生的新价值形式需要刑法的保护,特别是与数据和计算机系统的保密性、完整性和可用性相关的新利益。其次,原则上已享受了刑法保护的传统价值观的新的侵害形式,可能要求对刑法进行某些调整。”[7]这里,所谓“新价值形式需要刑法的保护”指涉“全新型犯罪”,而所谓“享受了刑法保护的传统价值观的新的侵害形式”指涉“半新型犯罪”。显然,新型犯罪的概念具有相对性。详言之,现在的传统犯罪或许曾经也是新型犯罪,而现在的新型犯罪在将来或许也成了传统犯罪,亦即新型犯罪是对应一定时空环境和特定背景的概念,故其又是一个“历史唯物”的概念,且其相对性和“历史唯物性”是直接相通的。考察和把握新型犯罪的“历史唯物性”及其所蕴含的相对性,是因应刑事(司法)政策变迁的切实需要。当新型犯罪可以区分为“全新型犯罪”和“半新型犯罪”,则“全新型犯罪”和“半新型犯罪”对刑法解释论的影响便是有区别的,从而新型犯罪自身的类型划分构成了新型犯罪影响刑法解释论的一种“类型性视角”。

(二)新型犯罪影响刑法解释论的初步方向性

学者指出,为了回应网络的特点与犯罪认定及治理目标,便在“网络时代传统刑法概念客观解释”的大趋势之中形成了“网络时代刑法客观解释等同于扩大/入罪解释”的局面,而这一局面既有网络犯罪的严峻现实、国家立法的目标需要、司法部门的有效治理以及刑法理论的推波助澜等所构成的外部现实动因,也有假借尊重社会现实之名而行解释者的意志取代立法之实的内在机理原因,亦即客观解释者往往携带个人偏好而体现出另一种意义上的危险的“主观性”。但是,以扩张为导向的刑法客观解释导致“客观解释等同于扩张解释”,形成了网络时代刑事治理的入罪化思维与导向,并造成法律公权力对技术性网络领域自由的伤害、对网络时代公民自由权利的忽视,故网络时代应重塑刑法客观解释,且应提倡“主观的客观解释论”,而“主观的客观解释论”的机理在于主观解释论与客观解释论的优势互补与观念融合。当主观解释论与客观解释论形成了“我注六经”和“六经注我”的关系,且前者得之原则性却失之僵化性,而后者得之现实性却失之原则性,则“主观的客观解释论”便有着如下最终目标:在立法者当初的价值取向和“刑法条文之语言原意”的最大射程内来探求刑法规范在现实生活中所具有的规范含义,客观解释不得脱逸立法者与条文原意之范围。将“主观的客观解释论”运用于网络犯罪的刑法适用有着如下意味:一方面,针对网络时代不同于传统时代的全新特点,对网络犯罪的刑法适用应以客观解释论为主,以使得刑法规范的全部意义得以在延续现实世界的虚拟世界——网络中进一步被挖掘和发现;另一方面,探求刑法规范在网络领域的现实意义,也要注意这些意义必须与立法者当初的立法意图相结合。“网络空间可能是一个有变动、有趣味、有创造性甚至有利可图的地方。然而,它却不是一个和谐的场所”,[8]而“主观的客观解释论”能够迎合网络刑事治理与自由发展的双重需要。[9]一言以蔽之,“主观的客观解释论”强调:既要在“最大射程”内使得刑法解释具有符合现实需要的实质意义,也要在“最大射程”内使得刑法解释符合“立法原意”,且体现为符合刑法条文的语义即其“文义”。当在“最大射程”内使得刑法解释具有符合现实需要的实质

意义意味着刑法解释要符合刑法条文背后的规范目的或规范价值,在“最大射程”内使得刑法解释符合“立法原意”意味着刑法解释要符合条文的语义即“文义”,则能够响应“主观的客观解释论”的,便只有“文义相符性”即“形式相符性”和“价值(目的)相符性”即“实质相符性”所构成的“同时符合说刑法解释论”了。[10]正如网络时代我国刑法解释的理论与实践呈明显的扩张化趋势,这一趋势以解决社会中出现的问题为导向,不断地突破罪刑法定原则,故划定刑法解释的内部限度应该在坚持“法条用语的可能含义”“一般人的预测可能性”这两条一般标准的前提下,先根据网络犯罪的类型确定刑法解释的大致方向,再根据网络犯罪与传统犯罪的等价性确定刑法解释的具体限度。划定刑法解释的外部限度应该立足于现实主义的网络治理模式,探索刑法与准则、市场、技术各自作用的边界:刑法不应该沦为保护网络准则的工具;刑法应该为 P2P 网贷等互联网金融的发展留有出路;通过技术代码能够保护的法益不应求助于刑法。[11]所谓坚持“法条用语的可能含义”“一般人的预测可能性”,实即坚持“文义相符性”或“形式相符性”;所谓“划定刑法解释的外部限度应该立足于现实主义的网络治理模式,探索刑法与准则、市场、技术各自作用的边界”甚至“通过技术代码能够保护的法益不应求助于刑法”,实即坚持“价值(目的)相符性”或“实质相符性”。但要提醒的是,“同时符合说刑法解释论”首先强调“文义相符性”即“形式相符性”,如将虚拟财产扩大解释为“财物”尚具备“文义相符性”即“形式相符性”,但将数据本身解释为“财物”便突破或丢弃了“文义相符性”即“形式相符性”,从而可能滑向类推解释。

但是,“主观的客观解释论”对网络犯罪的刑法适用只具有刑法解释上的一种“初步适宜性”。而当将网络犯罪抽象为新型犯罪,则“主观的客观解释论”对新型犯罪的刑法适用便只具有刑法解释论上的一种“初步适宜性”。这里,之所以将新型犯罪视为网络犯罪的一种抽象,是因为网络犯罪只是新型犯罪在当下的一种典型样态,即新型犯罪除了网络犯罪,还有其他非网络犯罪型的样态,亦即新型犯罪与网络犯罪所构成的是“属种关系”。

(三)新型犯罪影响刑法解释论的方向性补正

学者指出,面对网络时代层出不穷的新型危害行为,我国刑法理论与实践积极盘活传统刑法规范,尽量把传统刑法规范适用于新型网络犯罪,故出现了刑法解释的扩张化趋势。这一扩张化趋势对于释放传统刑法规范的活力,解决传统刑法规范供给不足与新型网络犯罪事实变幻无穷之间的矛盾具有积极意义,但其却不可避免地冲击着罪刑法定原则的底线。[12]刑法解释对罪刑法定原则的突破是于内在层面对“立法原意”的突破,而于外在层面则是对刑法条文“最大文义射程”的突破。可见,原先适用于传统犯罪的客观解释在运用方向上已经不适用于“全新型犯罪”,包括“全新型网络犯罪”即“纯正的网络犯罪”。本文赞同“主观的客观解释论”这一主张,但当联系新型犯罪或进入新型犯罪的语境,则“主观的客观解释论”又应受到一定的限制,即“主观的客观解释论”作为一种方向性的解释论宜运用于“全新型犯罪”,理由如下:一是“全新型犯罪”的立法因与其刑法适用时空距离较近而使得其“立法原意”原本相对容易把握;二是“全新型犯罪”的刑法适用又常常因司法者的“急功近利”而容易丢弃对“立法原意”的审慎考量。前述两点理由有点“二律背反”的况味,但又都是集中在“立法原意”上。因此,在“全新型犯罪”的刑法适用语境中,“主观的客观解释论”更能得到“必要性”与“可行性”的同时说明。相应地,在“半新型犯罪”的刑法适用上,宜将“客观的主观解释论”作为方向性的刑法解释论,理由如下:“半新型犯罪”是在犯罪客体或保护法益层面上仍保有传统犯罪侵害性的品质,而在其他犯罪构成要件特别是犯罪客观方面要件上呈“外

相之新”的犯罪。对于“半新型犯罪”,仍应首先观照“立法原意”,即首先应采用主观解释论思维。但是,“半新型犯罪”的“外相之新”常常造成已有的条文用语或措辞和“新外相”的描述用语或措辞难以形成“文义相符性”,从而以“文义”为窗口的所谓立法原意越发难以把握,故应立于当下秩序所诉求的规范价值或规范目的而最终作客观解释,从而应将“客观的主观解释论”作为“半新型犯罪”的刑法解释方向。

对“全新型犯罪”和“半新型犯罪”分别运用“主观的客观解释论”和“客观的主观解释论”作为方向性解释论,尚可作进一步的论证。学者指出,当网络犯罪可以分为纯粹的网络犯罪和不纯粹的网络犯罪,则刑法解释的大致方向也不同。纯粹的网络犯罪都是刑法新增的新型犯罪,解释的对象多为描述性概念,如“计算机信息系统”“计算机系统”“数据”“破坏性程序”等。这些描述性概念是对各种计算机技术事实的描述,其外延很大程度上受制于计算机与网络技术,故对这类描述性概念的解释几乎与“一般人的预测”无关,而与专业技术密切相关。而不纯粹的网络犯罪本质上就是传统犯罪,适用的是传统的刑法规范,解释的对象既包括描述性概念,也包括规范性概念。对于不纯粹的网络犯罪来说,解释的难点在于变异了的网络犯罪事实能否涵摄到传统的刑法规范中。[13]学者所谓“描述性概念的解释几乎与‘一般人的预测’无关,而与专业技术密切相关”,意味着纯粹的网络犯罪或“全新型网络犯罪”的刑法适用在刑法解释上几乎不存在客观解释的障碍,即客观解释较易完成,但其剩下的问题便是接受主观解释论的约束。当把纯粹的网络犯罪或“全新型网络犯罪”上升为纯粹的新型犯罪,则前述意味是不变的,而用主观解释论来约束客观解释论便形成了“主观的客观解释论”。学者所谓“不纯粹的网络犯罪本质上就是传统犯罪,适用的是传统的刑法规范”,故“对于不纯粹的网络犯罪来说,解释的难点在于变异了的网络犯罪事实能否涵摄到传统的刑法规范中”,由于“传统的刑法规范”的“立法原意”与当下渐行渐远而需要结合当下形成些许“新意”,或让“传统的刑法规范”的“立法原意”接受“新的犯罪事实”,正如将变异了的网络犯罪事实涵摄到传统的刑法规范中,故用客观解释论来填充或演绎主观解释论便形成了“客观的主观解释论”。学者指出,对于这类不纯粹的网络犯罪,应该根据其与传统犯罪是否具有等价性来确定其解释限度,只有与传统犯罪具有等价性的网络犯罪才能涵摄到传统刑法规范,将不具有等价性的网络犯罪涵摄到传统刑法规范则不是解释,而是类推适用。[14]这里,通过“等价性”而将网络犯罪涵摄到传统刑法规范中去,便是“客观的主观解释论”在不纯粹的网络犯罪刑法适用中的无声主张。当把不纯粹的网络犯罪或“半新型网络犯罪”上升为不纯粹的新型犯罪或“半新型犯罪”,则前述意味也是不变的,从而“半新型犯罪”在刑法适用上也应适用“客观的主观解释论”。

需要交代的是,将“主观的客观解释论”和“客观的主观解释论”分别作为“全新型犯罪”和“半新型犯罪”的刑法解释方向,只是构成了新型犯罪对刑法解释论影响的宏观描述,但新型犯罪将或多或少地在一些琐细的问题上丰富着刑法解释论。

二、新型犯罪对刑法本体论的影响

刑法犯罪对刑法本体论的影响是其对刑法解释论影响的一种继续或延伸,因为刑法的本体内容原本就是刑法解释的对象。

(一)新型犯罪影响刑法本体论的具体例证

新型犯罪对刑法本体论的影响是怎样得到体现的呢?在本文看来,不排除某种新型犯罪或许能够使得以往的刑法理论实现填补空白式的创新或完全崭新的创新,但新型犯罪对刑法本体论的影响整体上体现为以往刑法理论中具有对立性的命题或主张的“此消彼长”或走向“新的综合”“新的融合”,但也可偶有填补空白式或完全崭新式的创新。以作为新型犯罪典型样态的

网络犯罪为例,“帮助信息网络犯罪活动罪”并未对应填补空白式或完全崭新式的理论创新,其所印证的不过是以往刑法理论中已经存在的“帮助行为实行化”或“帮助犯(共犯)正犯化”命题由原先的“不(太)受待见”而逐渐受到重视、认同而已。另外,“帮助恐怖活动罪”和“提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪”等,所印证的也是“帮助行为实行化”或“帮助犯(共犯)正犯化”命题刑法学理论地位的前后变化而已。再以作为新型犯罪典型样态的网络犯罪为例,“非法利用信息网络罪”同样并未对应填补空白式或完全崭新式的理论创新,其所印证的只不过是以往刑法理论中已经存在的“预备行为实行化”或“预备犯正犯化”命题由原先的“不(太)受待见”而逐渐受到重视、认同而已。另外,“非法侵入计算机信息系统罪”在某种意义上也有“预备行为实行化”理论意味,因为行为人通常不是“为了侵入而侵入”,即通常不是为了“单纯的侵入”。当然,“准备实施恐怖活动罪”等,所印证的也是“预备行为实行化”或“预备犯正犯化”命题刑法学理论地位的前后变化而已。实际上,“帮助行为实行化”与“预备行为实行化”,早已不是什么刑法学理论的新命题或新主张。特别是“预备行为实行化”,日本早就有了与“伪造货币罪”相并列的“伪造货币预备罪”的立法。而对“帮助行为实行化”的理论命题、学术主张,“资助危害国家安全犯罪活动罪”的罪刑规定也已表明我国刑法立法的一种理论肯认。实际上,“预备行为实行化”意味着犯罪行为的实行性只是一个相对性的概念,而当某些犯罪的预备行为具有法益侵害的紧迫性,特别是当下网络犯罪等新型犯罪,其便具有了“实行性品质”,从而得以上升为实行行为。至于“帮助行为实行化”,它的上位概念是“共犯行为实行化”。而不论是“预备行为实行化”,还是“共犯行为实行化”,都不过是传统刑法本体理论中的“老面孔”而已。只不过,网络犯罪等新型犯罪所带来的实际问题又使得我们克服“审美疲劳”,回过头来对之予以重新审视而已。于是,我们便惊讶地发现,原先觉得陌生或怪诞的命题、主张恰恰能够解答当下的实际问题。遗憾的是,我们往往对之陷入“审美疲劳”,而这里已经或多或少地存在着刑法学术心态甚至刑法学术生态的问题。

除了使得“帮助行为实行化”与“预备行为实行化”这些以往刑法学本体理论中已有的命题、主张得到新的关注且获得越发普遍的理论认同,网络犯罪还使得刑法学中的共犯本质理论和共犯类型理论得到新的审视和重视,从而同样使得某些原先“不(太)受待见”的命题、主张重新抬头甚或“昂扬”起来。就共犯本质而言,共犯本质素有共犯从属性和共犯独立性之争。其中,共犯从属性说又称“共犯借用犯说”,即共犯是一种“借用犯”,亦即共犯的违法性与可罚性是借用正犯的。共犯从属性说又细分为:一是最小限度从属性说,即只要正犯行为符合构成要件即具备构成要件该当性,即使缺乏违法性和有责性,也无碍于教唆者或帮助者成立共犯;二是限制从属性说,即当正犯行为具备构成要件该当性和违法性,教唆者或帮助者即可从属于正犯的实行行为而成立共犯,即使正犯行为缺乏有责性也不受影响;三是极端从属性说,即正犯行为必须具备构成要件该当性、违法性和有责性,教唆者或帮助者才能成立共犯;四是最极端从属性说或夸张从属性说,即除了正犯行为应具备构成要件该当性、违法性和有责性之外,还要求正犯自身具备某种特性,从而专属于正犯的刑罚加减事由也成为教唆者或帮助者的刑罚负担事由。由于只有在正犯已经着手实行犯罪时,共犯才能成立和被科以刑罚,故共犯从属性论因严格限制共犯的成立条件和刑事责任而显示其局限性。而共犯独立性说则主张,共犯是各行为人固有的反社会性的表现,不论教唆犯的教唆行为,还是从犯的帮助行为,无一不是行为人固有的反社会性的流露,故教唆犯和帮助犯的犯罪是独立的,并非从属于正犯而成立。扩大共犯的刑事责任范围

和忽略教唆犯、帮助犯对正犯的一定的从属性，故共犯独立性说即完全的共犯独立性说也存在缺陷或不足。但共犯独立性说批判共犯对正犯完全从属性的见解，有其合理之处。[15] 确实，共犯从属性说特别是最极端从属性说，不当限制了共犯的成立范围，而共犯独立性说即完全的共犯独立性说又不当扩大了共犯的成立范围。于是，将共犯从属性说和共犯独立性说结合起来，则相对可取的便是共犯相对独立性说，而共犯相对独立性又意味着共犯的违法性应由“违法连带”走向“违法相对”。回到网络犯罪的语境中来，运用何种共犯本质理论，从而是采用“违法连带”还是“违法相对”，便是一个真切的问题，因为正如网络空间中的帮助行为往往是为多个一般违法行为提供技术支持，虽然整体危害性巨大，但因单个实行者的违法性不足，技术参与者不构成帮助犯。[16] 但是，当教唆自杀的可罚性问题使得“违法连带”开始被质疑，[17] 则网络犯罪参与行为便是对“违法连带”的彻底颠覆。[18] 当下，虽然网络犯罪参与行为未必使得“违法连带”被“彻底颠覆”，但刑法立法和刑法理论使得共犯本质的“相对独立性说”及其所蕴含的“共犯违法相对性说”在网络犯罪问题上又“重现头角”“重新发声”。

就共犯类型论而言，“片面共犯”也是被称为刑法学理论“黑暗之章”的共犯理论中一个素有争议的问题。简单地讲，“片面共犯”是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在和他人共同实施犯罪行为，而另一方却无此认识的情形。通俗地讲，“片面共犯”是一种“我知你，但你却不知我”的共同违法情形。“片面共犯”是相对于“全面共犯”或“双面共犯”，亦即“完全犯罪共同”或“完全共犯”而言的。在以往的共同犯罪理论中，共同故意犯罪的行为构造是行为在客观上相互配合，而在行为人的主观方面则是犯意即故意相同且相通。对照之下，“片面共犯”的行为构造是行为在客观上相互配合，但行为人的主观方面则是犯意即故意相同而不相通。仅就犯罪主观方面而言，“完全犯罪共同”对共同故意的要求是：1. 行为人都有故意；2. 行为人的故意内容相同；3. 行为人的故意形成了相互交流或“交通”即“联络”。而在“片面共犯”的场合，共同故意只具备：1. 行为人都有故意；2. 行为人的故意内容相同；3. 行为人的故意在“不知情”之中得到“单方响应”，即故意不相通即不联络。其实，“片面共犯”定义起来很简单，但其是否属于共犯这一问题却很复杂。经过长期的争论之后，学者指出，由于暗中教唆、帮助他人犯罪乃至片面共同实行犯罪的现象确实存在，故应一并承认片面帮助、片面教唆与片面实行，从而“片面共犯”包括片面共同正犯、片面教唆犯和片面帮助犯。[19] 如今，网络犯罪的现实问题“倒逼”我们重新认识“片面共犯”并进一步接受这一理论命题，因为共同犯罪的“意思联络”是建立在人类在物理空间面对面交流这一现实基础上，但人类在网络空间的交流方式却具有松散型和匿名性特征，[20] 从而造成很多网络犯罪中实行者和网络技术帮助者之间并不了解对方的犯罪内容，故应放弃“意思联络”而采用“单方利用”的认定路径，从而“片面共犯”是应对网络犯罪的妥适之举。[21] 网络犯罪不仅“倒逼”我们重新审视和接受“片面共犯”，而且使得作为共同犯罪主观要件的共同故意即“意思联络”或许能够在新的语境中得到新的理解和把握，正如有人假借“针对共同性的未必故意”和“通过符号语言的意思联络”来重塑“互联网意思联络”。[22] 显然，共犯本质的相对独立性论及其所蕴含的违法相对性论和作为共犯一个类型的“片面共犯”，也是以往刑法学理论中的“老面孔”，而非什么新的理论创新，即不是什么新的理论命题或学术主张。但网络犯罪所带来的实际问题，同样“倒逼”我们去回眸这些“老面孔”，并在克服“审美疲劳”之中获得惊喜发现。

（二）新型犯罪影响刑法本体论的概括与提升

有学者指出，那些在信息社会中产生的与信息和数据相关的新价值形式的刑法保护，是从无

到有的刑事立法的扩张,故完全不同于以往。但已经享受了刑法保护的传统价值形式的新的侵害,如以计算机作为犯罪工具的网络犯罪,其是自成一类的犯罪抑或“新瓶装旧酒”,这便意味着网络犯罪的“放大”是否具有颠覆性即根本上的质变。网络犯罪与传统犯罪是否存在本质不同,这关系到如何“对刑法进行调整”以及调整的程度,关系到是否需要对传统刑法理论进行彻底的重新思考并予以重构。[23]前述论断意味着网络犯罪,乃至新型犯罪对刑法本体论的影响要进行审慎的估量,而未必是充满激情的“全面重构”或“彻底颠覆”,因为那或将陷入“热情有余而智慧不足”。

“帮助行为实行化”与“预备行为实行化”,适用于网络犯罪的罪名独立化问题的解答,而相对独立性的共犯本质论和“片面共犯”的共犯类型论,又适用于网络共同犯罪问题的解答。由前文所论,我们能够最终形成的认识即最终可以得出的结论便是,以网络犯罪为典型样态的新型犯罪对刑法本体理论的影响,绝不是“彻底颠覆”或“推倒重来”,而只是在对某个具体问题的重新审视之中,或是让某个理论命题、学术主张走出原先的“不(太)受待见”“无人问津”的状态而发出响亮的声音,或是让原本冲突或对立的理论命题、学术主张走向“取长补短”“相辅相成”的“结合”,从而形成某种补正性的理论命题、学术主张,但也有可能催生某个全新的理论命题或学术主张。其中,“重新发声式”的影响和“内涵补正式”的影响,是新型犯罪对刑法本体理论的一种“重新洗牌式”的影响;而“全新命题式”的影响,则是新型犯罪对刑法本体理论的一种“向前牵引式”的影响。可见,新型犯罪对刑法本体理论的影响存在着程度上的深浅之别和视野上的远近之分。可以认为,新型犯罪对刑法本体理论的影响深度最终取决于新型犯罪自身的“品质深度”。由此,新型犯罪对刑法本体理论的影响便存在着难易之别:相对而言,新型犯罪对刑法本体理论“重新发声式”的影响较为容易,如前文所例证的“预备行为实行化”“帮助行为实行化”和共犯本质的相对独立性;而新型犯罪对刑法本体理论“内涵补正式”的影响,难度有所增加,如前文所例证的“片面共犯”问题;至于新型犯罪对刑法本体理论“向前牵引式”的影响,则变得较难或最难。如对应着“大数据时代”这一背景,学者强调数据法益的独特性和重要性,即刑法所保护的数据法益已无法依附于“计算机信息系统安全”的技术范畴,数据安全应作为独立法益加以保护,从“技术性”回归“本体性”。[24]但在本文看来,由于数据本身,特别是网络数据本身并非人类的生活目的而只是人类达致其生活目的的手段,亦即所谓数据安全法益并非“目的性法益”而只能是“手段性法益”,故数据犯罪这种新型犯罪乃至最新型犯罪最终还是要回归传统犯罪,正如广义的数据犯罪,则包括所有以数据为对象、载体或工具,侵犯公民个人利益、社会秩序或公共利益、国家安全的犯罪。[25]由此,作为新型犯罪的数据犯罪,其可在刑法本体理论中来牵引一下刑法法益论,并可形成“手段性法益”与“目的性法益”的概念对应。学者指出,“网络立法趋势本有混合法益之趋势”,而“对于电脑网路犯罪不宜再以个人法益或社会法益为分类标准,而应该对新制定的新兴犯罪类型,思考新的保护法益。”[26]前述论断对我们的启发是,新型犯罪能够牵引已有的刑法法益理论。当然,新型犯罪也可在刑法本体理论中牵引一下属于犯罪构成论的犯罪客体论,并形成“手段性客体”与“目的性客体”的概念对应。而之所以新型犯罪对刑法本体理论的影响绝不是“彻底颠覆”或“推倒重来”,根本原因在于社会生活绝不是“推倒重来”而是承续和渐变,且社会主流价值是在某种结构性中保持着相对稳定性。而若立于马克思主义政治经济学的高度,则新型犯罪对刑法本体理论影响的“彻底颠覆说”或“推倒重来说”,显然违背了经济基础决定上层建筑和上层建筑诸因素之间相互影响的基本原理。

不可否认,随着刑法学中的某些理论命题或

学术主张与当下的社会生活渐行渐远,该理论命题或学术主张也将逐渐沉寂甚至完全被遗忘即退出刑法本体理论的学术视界。由此,新型犯罪对刑法本体理论的影响犹如地理学上的海陆变迁:刑法本体理论相当于一块大陆,某个或某些理论命题、学术主张因与当下生活完全脱节而被完全遗忘,相当于大陆的某个或某些角沉降到海平面以下即被湮灭;某个"重新发声式"或"内涵补正式"的命题震动甚或理论震荡,相当于大陆内部的地壳运动,但大陆的周延性和整体性未变;但某个"全新命题式""向前牵引式"的理论创新,便相当于大陆的近海又隆起了一块新的陆地,从而使得该大陆变得更加宽广,或填补了陆地沉降所形成的湮灭。当刑法本体理论受到的前述影响皆可由作为社会生活发展进步负面映射的新型犯罪所造成,则新型犯罪便构成了刑法本体理论的"新陈代谢剂"与"知识增长点",从而构成了刑法本体理论的一种"风向标"。因此,没有新型犯罪,最终便没有新刑法本体理论,亦即刑法本体理论的命题新表述、主张新发声及其所对应的理路新设计和逻辑新展开,都有赖于新型犯罪的"信息输出"。显然,这里所说的新刑法本体理论不是与传统刑法本体理论一刀斩断的那种凭空而起的刑法本体理论。于是,新的犯罪问题即新型犯罪对整体刑法本体理论的影响即使想通过"动摇"或"颠覆"一词来描述,那也是"摇而不倒"或"颠而不覆"。最终,借助"重塑""重构"或"修正"甚或"牵引"来描述这一影响才是"拿准分寸"、客观公允的。最终,我们的刑法本体理论研究才能是头脑清醒或情绪冷静,进而是循序渐进,以实现刑法本体论研究的"螺旋式上升"。

三、新型犯罪对刑法观的影响

新型犯罪对刑法理论的影响,应从其对刑法解释论的影响和对刑法本体论的影响走向一个更高的境界,而此更高的境界便是新型犯罪对刑法观的影响。

(一)新型犯罪影响刑法观的马克思主义论证

迄今为止,我们可在刑法学理论中见到诸多直接或间接表达"刑法观"的术语或命题,而这些术语、命题就是关于刑法在特定时期内的立场、价值或功能、方法或途径、方向或目标的基本观念、主张。较早的刑法观术语有"经济刑法观""法制刑法观""民主刑法观""平等刑法观""人权刑法观""适度刑法观""轻缓刑法观""效益刑法观""开放刑法观"和"超前刑法观"。[27]晚近的刑法观术语有"宪政刑法观"、[28]"规范刑法观"、[29]"实践刑法观"、[30]"动态刑法观"、[31]"安全刑法观"、[32]"敌人刑法观"、[33]"风险刑法观"、[34]"功能(主义)刑法观"、[35]"积极刑法观"、[36]"常识主义刑法观"、[37]"共识刑法观"、[38]"理性交往刑法观"。[39]另外,我们还可提出"恢复刑法观""温和刑法观"等。其中,"宪政刑法观""安全刑法观""敌人刑法观"和"温和刑法观",是刑法基本立场意味较浓的刑法观;"风险刑法观""功能(主义)刑法观""积极刑法观"和"恢复刑法观",是刑法的基本价值意味较浓的刑法观;"规范刑法观""实践刑法观""动态刑法观",是刑法的基本方法意味较浓的刑法观;而"常识主义刑法观""共识刑法观""理性交往刑法观",则是将刑法的基本立场、基本价值或功能、基本方法或途径、基本方向或目标结合意味较浓的刑法观,且"常识主义刑法观""共识刑法观""理性交往刑法观"在某种意义上就是一种"综合(主义)刑法观"甚或"融合(主义)刑法观",因为刑法的基本立场、基本价值或功能和基本方法或途径分别对应着刑法的出发点何在、目标何在和实现目标的手段或途径何在,而"常识主义刑法观""共识刑法观""理性交往刑法观"欲将刑法的出发点、目标和实现目标的手段或途径予以整体性包容。当刑法观应该且能够成为刑法学理论中的一个极其重要的话题甚至成为一个极富理论价值和实践意义的课题,则在刑法观的语境中,新型犯罪便构成了我们思考问题的一个"触发点"或"切入点"。具言之,"中国法学

向何处去”包含着“中国刑法学向何处去”,而“中国刑法学向何处去”隐含着“中国刑法观向何处去”。既然刑法观直接关乎刑法的基本立场、基本价值或功能、基本方法或途径、基本方向或目标,则“中国刑法观向何处去”在“中国刑法学向何处去”中便占据着极其重要的地位,其甚至起着一种“牵引”作用。于是,新型犯罪又构成了中国刑法观的一种“牵引”。何出此言?当新型犯罪最终无非是经济基础和上层建筑这两大领域的新型违法现象,则经由或假借经济基础决定上层建筑和上层建筑内部诸要素之间相互制约和相互影响的政治经济学原理,新型犯罪必将追问刑法何以存在且将如何运行即其将如何担当,从而追问出某种刑法观。这里,新型犯罪可视为犯罪的一种“新发声”,其必然迫使刑法观要给予“回应”,而对新型犯罪发出“信息对称”的“回声”当然来自一种新刑法观。新型犯罪关联乃至“催生”新刑法观,能够得到马克思主义政治经济学的深刻说明。由于经济基础决定上层建筑之中蕴含着“客观决定主观”,而上层建筑的诸要素之间相互制约、相互影响又蕴含着“普遍联系”,则在新型犯罪关联乃至“催生”新刑法观的背后,又潜藏着马克思主义的辩证唯物观,即其符合着马克思主义的辩证唯物观。

新型犯罪关联乃至“催生”新刑法观,还能够得到马克思主义的历史唯物观的深刻说明。作为一种由来已久的社会现象,似乎“永远”只能说“预防”而不能说“消灭”的犯罪从其产生之后便一直处于发展变化之中,因为犯罪是社会土壤中的一枝怪异的“植株”,故随着社会土壤成分的变化,犯罪这枝怪异的“植株”便“因时因地”地呈现出不同的色泽,散发出不同的气味。于是,在作为整体现象的犯罪的发展变化中,有的犯罪针对传统法益且采用“老套”的行为方式由来已久地重复着,此类犯罪可称为传统犯罪;有的犯罪仍是针对传统法益,但却采用社会生活发展或科学技术进步所提供的“新套路”“新手法”而以一种新的面相重复着,此类犯罪可称为“半新型犯罪”;而有的犯罪,从法益侵害到犯罪手法都呈现出新的“时代气息”,即“新面相”和“新品质”兼具,此类犯罪可称为“全新型犯罪”。其中,“半新型犯罪”介于传统犯罪和“全新型犯罪”之间。于是,所谓传统犯罪、“全新型犯罪”以及介于两者之间的“半新型犯罪”,便是以考察者所处的“当下”为“时空节点”即“历史节点”所作出的一种界分。当然,随着岁月的流逝或“时空节点”即“历史节点”的迁移,所谓传统犯罪、“全新型犯罪”以及介于两者之间的“半新型犯罪”会相应地发生概念转换,即今日的“半新型犯罪”明日或可变成地道的传统犯罪,而今日的“全新型犯罪”明日或可变成“半新型犯罪”,进而在后日又可变成地道的传统犯罪。当不同历史阶段的犯罪即不同阶段型犯罪分别对应不同的刑法观,则犯罪的历史阶段型变迁必然引起刑法观的历史阶段型变迁。于是,刑法观也便相应地形成了新旧更迭,从而新型犯罪便对应新刑法观。当新型犯罪是一种历史变化而来的社会现实,则对此社会现实作出“信息对称”反应的刑事观念便形成新刑法观,而新的刑法立法和新的司法实践不过是此新刑法观的制度具体和行动具体罢了。由此,与新型犯罪保持“信息对称”的新刑法观,不过是社会观念和社会制度“吻合”社会历史条件或社会历史背景的一个动态性具体展示而已。沿着“18 世纪的古典犯罪学派”“19 世纪末实证犯罪学派”“当代西方犯罪社会学”“当代西方犯罪心理学”“当代西方犯罪生物学”到“恢复性司法”,[40]前述西方犯罪学简史给出了如下宏观说明:犯罪的历史,就是刑法观的历史和作为其体现的刑法制度反应及其司法响应的历史,但犯罪的历史和与之对应的刑法观的历史以及作为其体现的刑法制度反应连同司法响应的历史,最终都是社会发展的历史。学者指出,犯罪根源在于社会生产方式,这符合历史唯物主义原理。[41]由此,作为对犯罪反应的刑法观念,也应符合历史唯物主义原理,即应采取历史唯物主义的刑法观。学者指出,犯罪现象是

进入犯罪学家视野的基本事实,是进行犯罪学研究的原始素材。因此,研究犯罪现象是全部犯罪学的逻辑起点,也是造就犯罪学家的基本训练。[42]由于犯罪学是针对犯罪的事实学和发生学,而刑法学是针对犯罪的规范学和价值学,故研究犯罪现象也是造就刑法学家的基本训练。当刑法学家形成刑法观甚至独特刑法观,则在"研究犯罪现象造就刑法学家"之中蕴含着新型犯罪"催生"新刑法观。这里,犯罪学的历史和犯罪学家的历史、刑法学的历史和刑法学家的历史以及作为其体现的刑法观的历史,只不过是社会发展历史中的"沧海一粟"而已。因此,新型犯罪关联乃至"催生"新刑法观是"历史唯物"的。但是,在"历史唯物"之中,由于仍然是在一种动态发展中体现"客观决定主观"和"普遍联系",故马克思主义对新型犯罪关联乃至"催生"新刑法观所能给予的政治经济学说明、辩证唯物观说明和历史唯物观说明,是相互结合、相辅相成乃至融为一体的,而非机械并列或偶然凑合。

马克思主义能够给予新型犯罪影响刑法观的说明,隐含着进化论的说明,因为在马克思主义那里,任何事物包括人类历史都是发展变化的,而"发展变化"又是蕴含着"进化"的。

(二)新型犯罪影响刑法观的进化论直接说明

正如前文所论,有什么样历史类型的犯罪,就有什么样即与之相对应的刑法观,而新型犯罪能够"催生"与之相对应的新刑法观。这是马克思主义的政治经济学及其唯物主义能够诠释犯罪现实与人们的刑法认知之间动态的"信息对称"所能牵引出来的基本结论。相对于传统犯罪,新型犯罪的一个"新"字意味着"变化"或"不同"。显然,仅仅是"变化"或"不同"不能对新型犯罪给予实质性的揭示或有实在内容的描述。于是,我们便能够想到也可用来描述或揭示"新"字的"异化"一词。而当"异化"一词与犯罪现象相联系,我们便又会自然走进"犯罪异化论"中,正如"犯罪异化论"一直是我们的一种犯罪观,即在前人的基础上,我国犯罪学界有学者提出"本能异化论",亦即犯罪的本源取决于人类依从本能的行为与社会规范的历史性冲突,亦即犯罪本源存在于人的生物本能与社会理性的冲突之中。[43]但是,"犯罪异化论"是不分传统犯罪和新型犯罪,而是把犯罪作为一种整体现象且立于人的本能行为与社会规范,即从人的生物本能与社会理性的冲突来考察犯罪这种社会现象的。显然,"犯罪异化论"实即一种"静态的对立论",其"异化"实即一种"静态的对立"。更重要的是,"犯罪异化论"毕竟是立于作为社会个体的人与作为人的结合体的社会之间的关系来交代何以会有犯罪即犯罪本身是怎么形成的,而根本不涉及在形成之后犯罪是怎么发展变化的。再按照马克思主义的辩证唯物观,作为一项事物的犯罪也可通过"量变"和"质变"来描述其发展变化。而当我们可用"质变"来描述犯罪的发展变化时,则相对于"质变"之前的犯罪,我们就已经形成新型犯罪的概念了。但是,新型犯罪所对应的"质变",其历史唯物主义的状态描述应是什么呢?"恶化""蜕化"抑或"进化"?传统犯罪仍处于"量变"即"量的积累"之中,也可用"恶化"来描述,而"蜕化"的通常喻义是"变化"或"演变"。于是,随着社会文明的进步,对新型犯罪的品质越来越能够给予实质性描述的应是"犯罪进化论",进而走向"进化犯罪观"。

新型犯罪的"进化犯罪观"应切入新型犯罪的当下典型样态予以进一步的证成。于是,我们再以网络犯罪问题来说事。对于网络犯罪的性质,国内外已经形成了异化说与进化说的对立。美国学者指出,物理空间与传统法律空间在边界上具有普遍相关性和高度重合性,而网络空间是由分离有形世界与虚拟世界的屏幕和口令所构成,其不再以自然地域为边界,这便彻底颠覆了基于物理空间的规则体系,从而网络空间并非天然接受地域性规则之治,进而对其适用特别之法便是顺其自然之事。[44]此即绝对的异化说。而我国有学者提出缓和的异化说,具言之,网络技术性和虚拟性使得传统犯罪的行为方式、危害后

果都产生了异化,而网络异化带来的便是危害结果评价的难题。于是,面对传统犯罪的网络变异,由于知识经济和信息时代对刑法规范产生了不可逆的影响,故对刑法规范进行一定程度的扩张解释可以弥补相当一部分刑法保护的缺陷和不足。同时,宏观刑事政策也要实现转化。[45]这里,所谓网络犯罪是传统犯罪的异化,不只是缓和的异化说的结论,极端的异化说也在非马克思主义哲学意义上将网络犯罪视为传统犯罪的所谓"异化"。

在本文看来,无论是被其他学说概括为异化说的理论自称为异化说,还是其他学说将所谓异化说所对应的理论概括为异化说,所谓"异化"都不是哲学意义上的异化,因为所谓异化说的"异化"不过是指两种事实:一是传统犯罪出现在新的场域,或其采用了新的具有当下技术特性的犯罪手段,但仍侵害了传统法益;二是在新的场域形成了新的法益侵害。于是,所谓"异化",实即"有所变化"或"与以往不同",而即便是"大不同",也断难是哲学意义上的异化,因为哲学意义上的异化是"劳动异化""人的异化",其是指当生命活动是主体(人)的意识对象时人才有自由这一规律被违背时,人便由自由的主体变成不自由的客体,从而丢掉或否定了自己的本质。易言之,在马克思主义那里,所谓"异化"就是通过颠倒生命活动即主体(人)的意识对象而将人的本质颠倒为人的手段,以最终将"人是目的"颠倒为"人是手段"。由此,当把网络犯罪乃至新型犯罪之于传统犯罪视为"异化",难道是说网络犯罪乃至新型犯罪意味着人类的科技进步和文明发展使得人类自身失去了"自由本质",即否定了自身的"本质性存在"?但恰恰相反,网络犯罪乃至新型犯罪或许是人类自由本性的一种"曲折体现"或"不合规体现"甚或"畸形体现",而在某种意义上,网络犯罪乃至新型犯罪可视为犯罪本身作为一种存在物的"进化",且此"进化"或许正是人的本质社会进化的一种"映射"。可见,当我们考察网络犯罪乃至新型犯罪之于传统犯罪的关系时,至少哲学意义上的异化理论不适用于此,此即学者所谓缓和的异化逻辑在马克思主义哲学视域中存有内在矛盾,[46]而极端的异化说在马克思主义哲学视域中更是存有内在矛盾。由此,按照所谓"异化说"所指向的事实,与其称为"异化说",毋宁称为"突变说"。而"突变说",尽管不够客观或过于偏激,但却更能清楚地表达:现实物理空间与网络虚拟空间是两个相互隔绝的空间,故现实物理空间的(刑法)规范体系只能"墙内开花墙内香",从而网络虚拟空间另需一套崭新的(刑法)规范体系,最终(刑)法学理论体系和(刑事)法律体系必须在网络虚拟空间或针对网络虚拟空间而另作建构,以形成刑事法治领域从理论到制度的"两套班子,两班人马"。由此,我们不能仅仅为了与"进化说"形成"表述对称"而使得"异化说"的"异化"有名无实。

在经过一番深入的比较后,有学者指出,进化说可能是认识网络犯罪与传统犯罪之间关系的第二条路径,并且进化说的优势体现为进化说与异化说有着如下相异之处:第一,进化说将传统犯罪与网络犯罪的不同视作传统犯罪在网络新环境下的进化,从而认为网络犯罪处于相对独立的地位。既然网络犯罪是独立存在,也与传统犯罪紧密相连,则其基因在逻辑上不像异化说主张的只能在传统犯罪中寻找。第二,由于网络犯罪的相对独立性,关于治网策略,进化说主张根据网络科技的发展程度以及其对传统犯罪的影响深度,决定在某一历史时期与某一犯罪领域是采取解释论的立场还是采取立法论的立场,而不是中庸地同时采取解释论与立法论的立场。第三,进化说将网络犯罪看作网络空间建立和发展的必然且自然的产物,而异化说将其贬为传统犯罪在网络空间变异的"怪胎"。前者是一种对待网络"新常态"的积极态度;而在治理网络犯罪过程中,后者可能于刑法理论上更加体现为或在刑事政策上容易滑向一种重打击的态度。相比之下,进化说能够为网络空间法治化治理中惩罚

犯罪与保障人权之平衡提供思想基础和实践指南。[47]本文基本认同进化说,但要作出如下补正,即进化说对网络犯罪的基因找寻应分为两种情况:对于以互联网络为犯罪对象的网络犯罪,其犯罪基因方可在网络犯罪本身之中找寻,且体现进化论思维;而对于以互联网络为犯罪工具或犯罪手段的网络犯罪,我们只能在传统犯罪中找寻其犯罪基因,且同样体现进化论思维,正如将互联网作为犯罪工具的网络犯罪仍然保留了线下传统犯罪的强大基因,而传统刑法概念的滞后性并未影响其开放性,基于现行刑法的解释论立场仍大有可为。[48]

但是,进化说的现有理由和优势尚未将网络犯罪乃至新型犯罪之于传统犯罪的"进化"予以点透。具言之,在进化说的现有理由方面,无论是更加高级的犯罪手段使得传统犯罪在线上极易实现,从而使得社会危害性相应地被放大,还是专业科技知识使得事实认定变得困难"倒逼"刑法解释学的自我检验与自省发展,还是科技高度发达使得网络空间出现新的犯罪类型或新的刑法法益"诉求"新的立法跟进,"进化"的揭示依然停留在"变化"或"与以往不同"层面;而在进化说的现有优势方面,无论是网络犯罪在与传统犯罪紧密相连中相对独立地存在,从而不只是在传统犯罪中寻找"基因",还是治网策略上"因时制宜"或"因域制宜"采取刑法解释论或刑法立法论的立场,还是将网络犯罪看作网络空间建立和发展的必然且自然的产物,即以"新常态"而非"怪胎"来积极对待网络犯罪,"进化"的揭示虽有所加深,但仍然停留在"变化"或"与以往不同"层面。于是,"进化"有待我们进一步或予以彻底地揭示。我们之所以将"消灭犯罪"变称为"惩防犯罪"("惩罚犯罪"和"预防犯罪"),乃因为只要有犯罪的土壤或条件,就必有犯罪。而当纵观犯罪史即犯罪这种社会现象的发展变迁史,我们会无奈地发现:犯罪与我们的生活简直就是形影相随,而且随着社会政治、经济和文化的进步,犯罪也在同步地变得越发"高明"乃至越发"文明"。犯罪不仅从社会文明的进步中不断获得"自我更新"的条件,还将这些条件作为自己的存在或"生存"理由。于是,马克思主义的历史唯物观不仅解释了犯罪的存在,也解释了犯罪的"进步",而从传统犯罪到网络犯罪乃至新型犯罪,则是生动、具象地印证了犯罪学领域的历史唯物主义,亦即网络犯罪乃至新型犯罪的进化论可进一步得到马克思主义的哲学提升。同时,进化的网络犯罪观乃至进化的新型犯罪观是人文社会科学领域的一种具象的"进化论"。在马克思主义看来,"犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争,和法一样,也不是随心所欲地产生的。相反地,犯罪和现行统治都产生于相同的条件。"[49]这里的"条件"是指社会政治、经济和文化条件等。于是,当犯罪产生的条件越来越进步文明,犯罪本身也与时俱进地体现出一种"文明进步性",从传统犯罪到网络犯罪乃至新型犯罪已经生动、具象地给予了说明。最终,"进化犯罪观"蕴含或引申着"进化刑法观"。

(三)新型犯罪影响刑法观的进化论再说明

进化论的网络犯罪观乃至进化论的新型犯罪观,其"进化"之处尚可通过"社会有机体病变有益论"再予说明。无论是从菲利的人类学因素、自然因素和社会因素的犯罪原因三元论及其"犯罪饱和法则",还是从李斯特的社会因素和个人因素的犯罪原因二元论[50],我们都可得出结论:社会因素是犯罪的共同致因。而社会因素对犯罪的原因作用在李斯特的"最好的社会政策就是最好的刑事政策"的犯罪预防观中得到申发。[51]但是,法国著名社会学家迪尔凯姆对犯罪之于社会的"常态性"有过独到而精辟的论述:"为了在一定的社会里使被视为犯罪的行为不再发生,就得让被损害的感情毫无例外地在所有人的意识中得到恢复,并有必要的力量来遏制相反的感情。然而,即使这种条件确实存在了,犯罪也不会因此而被消灭,它只是改变了形式,因为犯罪原因本身在使犯罪行为的源泉干涸的同时,马上又开辟了新的源泉。"[52]而"把犯罪看作是

一种社会疾病,就是承认疾病不是某种偶发的东西,反而在一定情况下,是来因于生物的基本体质”。[53]犯罪之所以之于社会是“常态”的,乃因为犯罪的原因最终根植于社会之中。迪尔凯姆对于犯罪之于社会之有益性有过独到而精辟的论述:“把犯罪归于正常社会学的现象,这不只是说,由于人类具有不可纠正的恶习,所以犯罪就成为一种人们虽不愿意但又不可避免的现象;而且也在确认犯罪是社会健康的一个因素,是健康的社会整体的一个组成部分。”[54]而犯罪之所以是有益的,是因为“它同整个社会生活的基本条件联系在一起,由此也就成为有益的,因为与犯罪有密切联系的这种基本条件本身是道德和法律的正常进化所必不可少的”。[55]犯罪之所以有益于社会,乃因为犯罪能够从反面推动社会生活条件的将来改善,从而推动道德和法律的正常进化。

特别是对犯罪有益于道德的进步,迪尔凯姆指出:“如社会上没有犯罪……,是以集体感情达到前所未有的强度为前提的。……道德意识享有的权威不应该过度,否则就无人敢评论它,它也就容易固定为一成不变的模式。要使道德意识能够向前发展,就必须使个人的独创精神能够实现。然而,要让意欲超越自己时代的理想主义者的独创精神表现出来,也得让落后于自己时代的犯罪的独创精神能够实现。这两者相互依存,缺一不可。不仅如此,犯罪除了具有这种间接的效用外,它本身对于道德意识的进步,也起着有益的作用。它不仅要求为必要的改革开辟广阔的道路,而且在某些情况下,它还为必要的改革直接做了准备。哪里有犯罪,哪里的集体感情就处于为形成新的形式所必要的可塑状态。不仅如此,犯罪有时还为预先决定集体感情应采取什么形式做出过贡献。实际上,犯罪对未来道德的预测,对未来道路的开拓,何以几次!”[56]迪尔凯姆以苏格拉底为例论证犯罪在当时之所以为犯罪,乃因其在当时触犯了人们意识中十分强烈之感情即“集体感情”,然其却为后来的改革作了准备。如果没有触犯清规戒律的犯罪,即如果无人犯罪,则清规戒律永不会被废,那么,思想自由永远不会生根发芽。因此,我们“不应该把犯罪放在极窄的范围内观察,当犯罪率下降到明显低于一般水平时,那不但不是件值得庆贺的事,而且可以肯定,与这种表面的进步同时出现并密切相关的是某种社会紊乱”。[57]在道德意识与“集体感情”密切相连的前提下,当犯罪通过反面促进道德意识的进步而形塑“集体感情”,而道德意识和“集体感情”又直接关联社会秩序,则犯罪之于社会的有益性是通过犯罪对道德意识和“集体感情”的作用而得到体现或作为实现路径的。说犯罪有益当然是指犯罪对社会进步有益。而从迪尔凯姆上述论断观之,犯罪对社会进步发挥正面作用乃以其“独创精神”促进道德意识之向前发展并“塑造”新的“集体感情”用途。其实,犯罪之益处已被迪尔凯姆用“犯罪是社会健康的因素,是健康的社会整体的一个组成部分”予以揭示。当迪尔凯姆把犯罪视作社会之正常现象,其已将犯罪之于社会之益处予以包容,即其所言:“凡是正常的就是有益的(即使不太必要)”。[58]晓喻犯罪之于社会之有益性,吾辈便对犯罪待之以理性,即将其防控于不危及社会根本生存之下,反观我们这个现存的社会并寻找使之进步与完善之良方。最终,我们可把迪尔凯姆对于犯罪的前述理论概括为“社会有机体病变有益论”,其有着这样的内涵:犯罪是社会有机体的一种病变,且其病变是一种常态,而正是因为常态性病变却给社会有机体带来了益处。易言之,对社会这个有机体而言,病变既是常态的,也是有益的,甚至“因(常态)病变而(更加)有益”,因为“病变”意味着要“疏导”,要完善。

“社会有机体病变有益论”当然可以解释传统犯罪,但其更能解释从传统犯罪向新型犯罪包括网络犯罪和数据犯罪乃至所谓“象征性立法”所指向的违法样态的时代转型,从而更能解释传统犯罪与新型犯罪并存的犯罪类型局面。传统犯罪向包括网络犯罪在内的新型犯罪的时代转

型及其所形成的传统犯罪与新型犯罪并存的犯罪类型局面,对应着社会分工和社会结构的时代性嬗变,从而伴随着社会价值观的多元化及其冲突交融化。于是,社会分工和社会结构的时代性嬗变及其所引起的社会价值观的多元化及其冲突交融化,使得犯罪找到了新的根据与理由,从而焕发出新的“生命”,纯粹的新型犯罪特别是纯粹的网络犯罪也是如此。带有新面相或新气质的犯罪成了当下社会的一种“新病态”,从而也是一种“新常态”,但这些新面相或新气质的犯罪即新型犯罪同时也“倒逼”我们去反思既往的价值形态和制度实践,从而予以纠偏、匡正、重整乃至新构。因此,从传统犯罪向新型犯罪的时代性转变不仅征表着犯罪自身的时代性“顽强进化”,而且反面地触动乃至推动或“倒逼”社会的适时进化。由此,社会的进化既是犯罪进化的原因,又是犯罪进化的结果或“成果”。

(四)新型犯罪影响刑法观的最后归结

由马克思主义和“社会有机体病变有益论”来赋予深度的进化的新型(网络)犯罪观,不仅能够使得我们回过头来将所谓“异化说”看得更清楚,而且能够使得我们在传统犯罪向新型犯罪转型且形成传统犯罪与新型犯罪并存局面的历史阶段中,更加积极稳妥地于观念与制度或理论与实践两个层面择用刑法解释论或刑法立法论,从而更加积极稳妥地平衡、协调惩罚犯罪和保障权利或维护秩序与保障自由。更为重要或更有意义的是,由马克思主义和“社会有机体病变有益论”来赋予深度的进化的新型(网络)犯罪观,还能够使我们更加客观公允地审视和对待虽然已经见诸实践但在观念上仍然遭到质疑乃至排拒的积极预防刑法观和所谓“象征性立法”。“帮助行为实行化”与“预备(共犯)行为实行化”,是积极预防刑法观的立法体现,而我国现行的网络犯罪立法典型地说明了积极预防刑法观是以新型犯罪为观念针对和制度针对。又当网络犯罪的现有立法被视为“象征性立法”,即如我国网络犯罪立法同恐怖犯罪立法一样,是传达立法者姿态与情绪的象征性立法,但其欠缺实质效果,[59]则对新型犯罪的制度反应也将难逃“象征性立法”的指责或诘问。被学者所质疑乃至批评的“象征性立法”除了网络犯罪和恐怖犯罪,还有环境犯罪。[60]仅就网络犯罪而言,虽然理论上的探讨乃至批评改变不了既成的立法事实和司法事实,但观念上的共识至少影响到现有制度设计的完善和制度落实的成效。而观念共识又应上升到新型犯罪的层面或高度来达成。于是,马克思主义和“社会有机体病变有益论”又构成了我们解答问题的世界观和方法论。

只有以马克思主义和“社会有机体病变有益论”赋予深度的进化的新型犯罪观,才能使得我们在新型犯罪包括网络犯罪的制度设计及其司法实践中真正领悟、接受和践行刑法的谦抑精神,同时也有助于我们站稳刑法的基本立场、确立合理的刑法基本价值或功能、选取积极有效的刑法方法或途径、确定切实可行的刑法方向或目标,因为新型犯罪包括网络犯罪的“进化”能够折射出并反面地要求着社会的发展进步即社会的“进化”。于是,“进化刑法观”便应运而生。易言之,当犯罪是社会文明根子上或本性中的产物,则犯罪进化与社会进化是“信息对称”的。而由社会进化所观照出来的犯罪进化和作为犯罪进化反应或结果的刑法进化,也才是“信息对称”的,从而是“辩证唯物”和“历史唯物”的。于是,“进化犯罪观”所能“催生”的便是“进化刑法观”。正如我们所知,唯物主义的认识论是反映论,即主体反映客体。而辩证唯物主义的反映论是能动的反映论,即主体反映客体是有选择的反映,亦即其反映体现了主体的选择性。由此,“进化刑法观”便是体现能动性即主体选择性的辩证唯物论和“历史唯物论”在刑事领域的一个切实体现。但是,“进化刑法观”最终源自“进化犯罪观”。可以肯定的是,“进化刑法观”是对以往所有刑法观在“兼收并蓄”之中的扬弃和升华。“进化刑法观”将使我们对犯罪的看法和态度,我们的刑事政策及其指导下的刑法立法和刑法

司法都发生从未有过的变革。而正是在此意义上,新型犯罪通过“进化刑法观”而显示其对于刑法理论的“牵引”作用,且此“牵引”作用较新型犯罪对于刑法本体论的“牵引”作用更加明显,意义更大,因为当我们将刑法观视为刑法解释论和刑法本体论的一种“形而上学论”,则新型犯罪对刑法观便有“牵全局”而非“牵一发”的意味。

四、结　语

刑法解释论是一种刑法方法论,即一种解答如何运用刑法规范的理论;刑法本体论是直接关乎刑法的原理、原则和针对各种刑法具体问题的命题的理论,其基本上是直接解答“刑法是什么”的理论;而刑法观则是直接关乎刑法的基本立场、基本价值或功能、基本方法或途径、基本方向或目标的理论。这里要顺带说明的是,虽然刑法解释论也关乎刑法的立场、价值、方法、目标等,但其只限于刑法规范的运用即刑法司法环节,而刑法观所关乎的刑法的立场等是以从刑法立法到刑法司法的整个刑法过程为语境的。至于刑法本体论,其与刑法观还是通过“刑法是什么”和“刑法应如何”而显示出品位之别或境界之别。于是,新型犯罪对刑法理论的影响是从刑法解释论到刑法本体论再到刑法观而得以“层次性发挥”的,从而新型犯罪对刑法理论的影响具有“系统性”和“构造性”。特别要强调的是,在新型犯罪对刑法理论的“系统性”和“构造性”的影响中,新型犯罪对刑法观的影响是最为彻底和深刻的,因为刑法观毕竟直接关联刑法的基本立场、基本价值或功能、基本方法或途径乃至基本方向或目标,故其在某种意义上构成了刑法解释论和刑法本体论的一种“形而上学”。

将新型犯罪对刑法解释论、刑法本体论和刑法观的影响综合起来,则以新型犯罪为背景而针对以往刑法理论的“全面重构论”或“彻底颠覆论”皆成“不经之论”,而留待我们有所作为的则是“发展完善论”,且如何“牵引”又是一个极其重要的着力方向。又当我们谋求与新型犯罪“信息对称”的“刑法理论进化论”,则我们仍应立足于中国的生活实际及以其为背景的犯罪实际。学者指出,网络时代社会复杂性的日益加剧,使工程式的控制思维显得捉襟见肘。对于复杂系统而言,生物学能够在认识论与方法论上提供重要的启示。有必要转而运用生态式适应的思维,重新解读法律与社会之间的关系。立足于生态式适应的思维来观察“通过法律的社会治理”,会得出一些新的发现:法律只能间接地调控其他功能系统;法律不应成为政治系统的工具或经济系统的附庸;法律必须具有不断适应的能力,以实现与全社会系统的共同进化。网络时代需要倡导一种反思性功能主义的刑法观。[61] 前述采用“生物进化”思维的论断对于我们理解和把握新型犯罪对刑法观的影响极富启发性,且“进化犯罪观”和“进化刑法观”可以视为社会进化的“一反一正”的映射,而“功能主义的刑法观”可为“进化刑法观”所涵摄。

最终,客观公允地描述新型犯罪对刑法理论的影响,直接关涉我们对刑法理论如何发展的基本认知,有助于我们克制刑法学理论研究的“焦躁”与“冒进”,最终有助于我们的刑法学理论能够更好地服务于刑法实践包括刑法立法和刑法司法。因此,新型犯罪对刑法理论的影响,也是一个直接关乎刑法学术心态和刑法学术生态,从而关乎刑法学知识生产的真切话题。

注释:

〔1〕〔2〕互联网法律研究中心:《2017 年度互联网法律年鉴》,2017 年,第 180 – 181、177 – 178 页。

〔3〕刘艳红:《网络犯罪的法教义学研究》,北京:中国人民大学出版社,2021 年,“前言”,第 2 – 4 页。

〔4〕〔9〕〔23〕〔46〕〔47〕〔48〕〔59〕〔60〕刘艳红:《网络犯罪的法教义学研究》,北京:中国人民大学出版社,2021 年,第 113、304 – 323、109、111、112、113、11 – 12、920 页。

〔5〕〔11〕〔12〕〔13〕〔14〕欧阳本祺:《论网络时代刑法解释的限度》,《中国法学》2017 年第 3 期。

〔6〕陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,《法治研究》2021 年第 3 期。

〔7〕〔德〕乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯等译,北京:中国法制出版社,2012 年,第 308 页。

〔8〕〔美〕彼得·德恩里科:《法的门前》,邓子滨译,北京:北京大学出版社,2012 年,第 393 页。

〔10〕马荣春:《"同时符合说":刑法解释甄别的新尝试》,《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期。

〔15〕马克昌:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉:武汉大学出版社,2002 年,第 558 – 564 页。

〔16〕于志刚:《网络空间中犯罪预备行为的制裁思路与体系完善——截至〈刑法修正案(九)〉的网络预备行为规制体系的反思》,《法学家》2017 年第 6 期。

〔17〕姚万勤:《论教唆自杀可罚性对共犯理论的动摇》,《中国刑事法杂志》2012 年第 4 期。

〔18〕〔21〕高艳东、连斌主编:《从技术到规则:数字文明的法治进路》,杭州:浙江大学出版社,2021 年,第 177、177 页。

〔19〕张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2016 年,第 435 页。

〔20〕郑智航:《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》,《中国法学》2018 年第 2 期。

〔22〕吕翰岳:《互联网共同犯罪中的意思联络》,《法学评论》2017 年第 2 期。

〔24〕〔25〕张勇:《数据安全分类分级的刑法保护》,《法治研究》2021 年第 3 期。

〔26〕徐振雄:《网路犯罪与刑法"妨害电脑使用罪章"中的法律语词及相关议题探讨》,《国会月刊》2010 年第 1 期。

〔27〕高铭暄、赵秉志、鲍遂献:《当前的十大刑法观》,《人民检察》1994 年第 12 期。

〔28〕王太宁:《宪政刑法观》,陈兴良主编:《刑事法评论》第 25 卷,北京:北京大学出版社,2009 年,第 345 – 375 页。

〔29〕刘艳红:《实质犯罪论》,北京:中国人民大学出版社,2014 年,第 371 – 384 页。

〔30〕马荣春:《法外知识与实践刑法观——刑法社会学的一个话题》,《法治研究》2016 年第 6 期。

〔31〕吴健勇:《反思静态刑法观》,《海峡法学》2019 年第 2 期。

〔32〕梁根林主编:《当代刑法思潮论坛》第 3 卷,北京:北京大学出版社,2016 年,第 292 页。

〔33〕蔡桂生:《敌人刑法的思与辨》,《中外法学》2010 年第 4 期。

〔34〕姜涛:《为风险刑法辩护》,《当代法学》2021 年第 2 期。

〔35〕〔37〕周光权:《论常识主义刑法观》,《法制与社会发展》2011 年第 1 期。

〔36〕付立庆:《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019 年第 1 期;张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020 年第 5 期。

〔38〕马荣春:《共识刑法观:刑法公众认同的基础》,《东方法学》2014 年第 5 期。

〔39〕马荣春:《理性交往刑法观:"融合范式"的生成》,《法学家》2018 年第 2 期。

〔40〕〔41〕〔42〕〔43〕许章润主编:《犯罪学》,北京:法律出版社,2016 年,第 20 – 44、143、51、142 页。

〔44〕Johnson D R, Post D G, "Law and Border – The rise of law in Cyberspace", *First Monday*, 1996, pp. 1368, 1370, 1378, 1379.

〔45〕于志强:《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》,《中国法学》2014 年第 3 期。

〔49〕《马克思恩格斯全集》第 3 卷,北京:人民出版社,1960 年,第 379 页。

〔50〕〔51〕马克昌:《近代西方刑法学说史略》,北京:中国检察出版社,1996 年,第 168 – 171、186 – 188 页。

〔52〕〔53〕〔54〕〔55〕〔56〕〔57〕〔58〕〔法〕E·迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,北京:商务印书馆,1995 年,第 85、84、84、89 – 90、88 – 89、89 – 90、81 页。

〔61〕劳东燕:《网络时代刑法体系的功能化走向》,《中国法律评论》2020 年第 2 期。

〔责任编辑:邹秋淑〕