

重大公共卫生事件下的刑事政策模式

彭文华

内容提要:坚持道德理性而否认规范理性,或者主张规范理性而排斥道德理性,都是有失偏颇的。规范目的与整体法秩序目的是两种不同层次的目的,两者互补互济、相辅相成,能有效衡平社会伦理道德与刑法规范的关系,并使刑法适用保持活性与弹力,充分迎合同司法实践需要。信守规范目的而忽视整体法秩序的刑事政策,有时不利于维护社会共同体利益。信奉整体法秩序目的而忽视规范的刑事政策,可能不利于保护共同体成员的个人权益。重大公共卫生事件下,传统刑事政策面临诸多困境,应贯彻刑事政策发展模式。刑事政策发展模式要求正当事由得到现实化延伸,合理调适定罪量刑标准,扩展刑法解释体系范畴。刑事政策发展模式下,需要严控适用范畴,合法约束模糊管理,有效限制道德理性和规制辩证逻辑。

关键词:公共卫生事件 刑事政策模式 规范与道德 刑法正当性 双重目的论

彭文华,上海政法学院刑事司法学院教授。

在重大公共卫生事件中,人们不再仅仅重视以罪过及客观危害为主的规范内参数,对社会伦理道德、民间自治等外在变量的渗透也高度认同。这就要求在刑事政策上打破常规,不再局限于规范目的,而是以整体法秩序目的为导向,加功和补强刑法体系。从刑事法治的角度来看,整体法秩序下的社会共治模式要想获得成功,需要贯彻刑事政策的发展模式。这对正确理解重大公共卫生事件下的刑事法治,具有积极的理论价值和现实意义。

一 刑法的正当性与双重目的论

在刑法发展史上,一直都存在道德理性与规范理性之争。道德理性强调开放的社会生活中行为的道德正当性。规范理性侧重封闭的法律体系内行为的规范正当性。时至今日,两者之争在我国刑法学界依然存在。^[1] 以实践理性为目标的实用主义,追求现实化

[1] 参见时延安:《刑法的伦理道德基础》,《中国刑事法杂志》2019年第3期,第31-32页。

的刑罚处遇效果,试图在规范与道德之间进行调和。

(一) 刑法之正当性:从道德正当性到现实正当性

刑法以违反社会伦理秩序作为制裁根据,则惩罚不道德行为就具有正当性。得益于道德的开放性与应变性,刑法能迎合现实需要,但也容易导致扩张刑法的处罚范围,有过度干涉社会生活之嫌。为了避免沦为纯粹的道义报应工具,需要适当限缩刑法制裁的范围,其理由通常是“应受处罚性”。“导致有罪的错误行为被处罚的理由,是其具有应受惩罚性。”^[2]例如,密尔就反对家长式的、道德的犯罪规则,认为不道德行为只有在可能造成危害的情况下,才可以加以监管。^[3]根据密尔的危害理论,卖淫行为等不构成犯罪。而规范则因其具有明确性与可预测性,能克服社会伦理道德的开放性与多元化导致的不确定之弊。正因如此,启蒙思想家提出了罪刑法定,旨在通过明确的规范遏止罪刑擅断和保障国民自由。规范之明确与安定,是以自由、公正、效率等价值理念为内核的,这为其正当性奠定了坚实基础。但刑法规范又是封闭的、形式化的,自发性有余而自觉性不足,导致刑法有时脱离现实需要,影响其正当性。

实用主义以现实需要为目标,将刑法的正当性建立在实质正义的基础上。尽管实用主义的目标是一致的,但在如何理解道德和规范的关系及对两者定位上,存在较大分歧。如德沃金认为,“法律权利仅仅是最有前景的奴仆,是我们达到目的的工具,没有独立的约束力和基础。”^[4]这意味着规范与道德一样,均为实现目的之工具。波斯纳主张,法律最根本的问题,在于处理极端困难的问题时使用粗糙方法,难以实现最优化结果。^[5]于是,为了解决极端困难问题并实现最优化结果,可以允许道德参与。道德正当性与规范正当性均以相似的假设为前提,即道德正当性假设道德是正确的,规范正当性假设法律规范是正确的。然而,这样的假设有时并不客观。刑法追求道德正当,可能会导致对真正的罪刑要素的忽视,最终使刑法偏离现实需要。规范往往会滞后于社会发展,因而难以做到适时迎合现实需要。事实上,道德与规范能从不同角度迎合现实需要,使刑法获得正当性。尽管实用主义试图融合道德与规范,但如果不能平衡道德与规范的关系,将影响刑法的正当性。

(二) 刑法规范的体系性地位与双重目的论

事实证明,试图在规范与道德之间寻求绝对平衡是极为困难的。刑法要想充分迎合现实需要,重在解决的并非刑法规范与社会伦理道德在个案中如何精确定位,而应该是它们各自的体系性地位。对此,有论者认为,“决定司法行为的主要因素是政治,而不是法律”。^[6]这意味着法律与道德一样,只不过是司法行为的辅助手段。然而,无论如何重视道德与政策,都应坚持刑法规范在刑法体系中的基础地位。即使肯定道德与政策的实用

[2] Douglas Husak, What's Legal about Legal Moralism, 54 *San Diego Law Review* 381, 384 (2017).

[3] See David O. Brink, Retributivism and Legal Moralism, 25 *Ratio Juris* 496, 504 (2012).

[4] R. M. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 160.

[5] See Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993, p. 458.

[6] Lawrence B. Solum, The Positive Foundations of Formalism: False Necessity and American Legal Realism, 127 *Harvard Law Review* 2464, 2465 (2014).

主义者,也从来没有否定规范的支配作用。“批判理论家、实用主义者、现实主义者和解释主义者,都受到形式主义立场的支配。”^[7]由于规范的稳定性与明确性有利于维系稳定、恒常的社会秩序,因而坚持刑法规范在刑法体系中的基础地位,一般是发生在常态情势下。

肯定规范的基础地位,就应当坚持常态情势下规范目的对社会伦理道德的导向作用。这并不会导致对道德的忽视,因为刑法规范本身就有着深厚的伦理道德基础。“刑法之根,根植于法制共同体的社会伦理上的价值观念之中;这些观念是法益、法律规范和犯罪构成要件的确立基础。”^[8]诸如故意杀人、抢劫等犯罪,均属于违背社会基本伦理道德的传统犯罪。同时,刑法中的定罪量刑也包含伦理道德评价。例如,我国刑法第 13 条但书规定中的“情节”,就包含伦理道德评价在内。很多时候,刑法规范与社会伦理道德属于形式与内容的关系,前者是后者之可解形式的实现。坚持刑法规范的基础地位,关键在于规范外的社会伦理、公共政策能否适用于刑法,而在于参与刑法体系的条件与时机。实用主义的主要分歧根源于此,司法所面临难题亦源于此。

对于道德、政策在何种条件下参与刑法体系,人们认识不一。立足于责任主义无力应对新的突发公共事件,诺内特(Philippe Nonet)和塞尔兹尼克(Philip Selznick)提出普遍目的论,作为权力主体免责的依据。普遍目的又可谓之整体法秩序目的,其核心在于保护社会共同体利益和维护社会公共秩序。普遍目的在两个基本方面促进了文明:一是有利于克服共同体道德中狭隘的乡土观念;二是鼓励以问题为中心和通过社会一体化的方法处理公共秩序危机。^[9]为了避免普遍目的过于抽象与模糊,乃至削弱责任,他们提出了以结果为导向的目的型法。^[10]一般来说,在发生重大突发性公共事件时,需要以整体法秩序目的替代常态情势下的规范目的,以恢复和维系正常的社会秩序。

基于整体法秩序目的开放刑法体系之所以更具说服力,主要理由在于:其一,整体法秩序之内容是社会共同体利益及公共秩序,较之个别权益具有根本性和重大性。其二,立足于整体法秩序,能够克服共同体道德中狭隘的乡土观念,防止狭隘、偏执的道德和政策侵入刑法体系,可限制人为或个别化的“理性”。其三,由于整体法秩序的目的是保护社会共同体利益和维护公共秩序,能促使社会共同体成员迅速达成合意,并开启特殊的道德和政策治理模式。这将使得规范与道德之实施更具有驱动力,也更高效。

规范目的与整体法秩序目的相结合的双重目的论,能相对有效地衡平道德与规范关系,是实现刑法实践理性的理论基础。规范目的之重要价值,在于其明确性与可解性,能指导刑法解释。当开放刑法体系时,为了排除“狭隘的乡土观念”影响,需要接受整体法秩序目的的约束,以便使道德、政策与刑法规范找到“合作基点”。同时,由于是保护社会共同体利益和维护社会共同体秩序,故而具有合宪性,不违反罪刑法定主义。

[7] Dennis Patterson, *The Metaphysics of Legal Formalism*, 77 *Iowa Law Review* 741, 771 (1992).

[8] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 6 页。

[9] See Philippe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Taylor & Francis Group, 2001, pp. 83, 91-92.

[10] See Philippe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Taylor & Francis Group, 2001, p. 84.

二 目的论导向下的刑事政策模式

社会伦理道德、公共政策与刑法规范的关系,某种程度上就是刑事政策与刑法体系的关系。以单一目的还是双重目的为导向,会导致不同的刑事政策模式。双重目的论导向下的刑事政策模式,为刑事政策与刑法体系确立了一种新型关系。

(一) 以单一目的为导向的刑事政策模式

从以往的经验来看,刑事政策模式主要取决于刑事政策与刑法体系的关系。在封建社会,由于奉行刑法道德主义,推崇的是刑法道德化,因而刑事政策与刑法体系的关系基本上可以归纳为“刑法的刑事政策化”。自古典学派产生以后,由于尊崇法律和规范的功能,刑事政策与刑法体系的关系发生了改变。

在费尔巴哈之前,是存在朴素的刑事政策思想的。贝卡利亚就认为,规范与道德不分的刑法道德主义,是导致罪刑擅断的罪魁祸首。“犯罪界限的含混不清,在一些国家造成了一种与法制相矛盾的道德……”^[11]他针锋相对地提出了罪刑相称原则,旨在厘清刑法和道德的界限,约束处罚限度。罪刑相称使刑事政策的核心聚焦于与犯罪相称的刑罚,导致刑事政策基本上局限于立法框架内。刑事政策与刑法体系的关系,也由封建时期的“刑法刑事政策化”转变为启蒙时期的“刑事政策刑法化”。费尔巴哈则以心理强制学说为理论基础,系统地提出了罪刑法定主义,力求将“刑事政策刑法化”装帧得更精美。

与古典学派不同,实证学派通过实际的统计测量和质性访谈,认为以报应刑为基础,在立法框架下实行“刑事政策刑法化”并非理想模式。如李斯特认为:“如果刑罚是人类智慧的创造,我们如何能解释动物世界与原始的习惯法相似的、只是在数量上与刑罚有所区别的现象呢?”^[12]由此,他认为应重视刑罚的社会功能。实证学派的理由在于,法权感和道德感均源自生活与实践,难以撇清关系。“法权感,即该意义上的道德感……”^[13]在实证学派看来,在刑罚之外还应通过给予犯罪者不同处遇,以实现最佳的社会效果。这样,刑事政策就由古典学派之立法层面的政策,扩展至实证学派之立法层面与执行层面的政策。

李斯特强调刑罚的社会功能,容易导致刑法教义学与刑事政策各司其职,这种人为切割的“裂痕”,被罗克辛称为“李斯特鸿沟”。罗克辛认为,“若刑事政策的课题不能够或不允许进入教义学的方法中,那么从体系中得出的正确结论虽然是明确和稳定的,但是却无法保证合乎事实的结果”。^[14]于是,罗克辛以刑法目的为导向提出目的理性的犯罪论体系。认为刑法的体系性形成不是与本体的预先规定性(行为,因果关系,物本逻辑结构,等等)相联系的,而是允许从刑法的目的设定性中导引出来的。^[15]通过将刑事政策目标

[11] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国方正出版社2004年版,第18页。

[12] [德]冯·李斯特著:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,第7页。

[13] 参见[德]鲁道夫·冯·耶林著:《法权感的产生》,王洪亮译,商务印书馆2016年版,第15页。

[14] [德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2010年版,第7页。

[15] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第124页。

设定为体系性指导,罗克辛试图跨越“李斯特鸿沟”,实现刑事政策与刑法体系的贯通。

通过梳理刑事政策与刑法体系的关系史,不难发现单一目的论在其中所起的作用,只不过目的之内涵有所差异。封建社会侧重刑法刑事政策化,是因为以维护封建伦理纲常为目的导向;古典学派强调刑事政策刑法化,是由于以保障公民的自由和人权为目的导向;实证学派关注处遇多样化,则需要以最佳的社会处遇为目的导向。目的理性的犯罪论体系立足于刑事政策的合目的性,本质上是以法益保护目的(合宪性目的)为导向。

(二)目的理性的犯罪论体系与功能主义的刑法体系

在刑事政策与刑法体系的贯通模式中,值得提出的是目的理性的犯罪论体系与功能主义的刑法体系。前者作为外来理论,在我国学界有着较大影响;后者为我国学者提出,相对其他理论而言较为体系化、成熟化。

罗克辛对目的理性的犯罪论体系有过系统论述。他认为,为了落实刑法之“大宪章”机能和刑法之“不完整性”的限制性解释,需要借助韦尔策尔的社会相当性对社会容忍的行为方式进行解释。为此,他提出“轻微性原则”,即在大多数构成要件中,可以一开始就排除那些轻微的损害,这些被排除的轻微损害属于社会容忍的内容。^[16] 分析发现,罗克辛所谓的构成要件该当性规定与刑事政策的沟通,实质上是以德国刑法规定为基础的。众所周知,德国刑法对犯罪规定只定性不定量,且原则上不处罚预备犯等规定,极大地限制了道德参与刑法体系的空间,因为在行为性质决定犯罪成立的前提下,道德的腾挪空间极为有限。这就不难理解罗克辛为什么要贯通刑事政策与刑法体系。其所谓的引进“轻微性原则”,目的在于以社会相当性为基础,为道德政策介入刑法体系提供契机。至于介入刑法体系的条件和时机,罗克辛却并未提供令人满意的答案。

功能主义的刑法体系为我国学者劳东燕提出。她立足于法益保护目的,以刑法体系的社会功能为基础,强调刑法对日益复杂的外部环境之积极应对,以期贯通刑法体系与刑事政策。针对功能主义刑法体系的方法论危险,劳东燕教授认为应通过刑法教义学与合宪性的内外控制,来实现对其正当性之控制。^[17] 功能主义刑法体系的积极意义值得肯定,但并非没有问题。例如,对目的论方法引发的危险进行合宪性的外部控制时,论者主张,“刑事政策上对犯罪控制与预防的目的性追求,应当受制于更高的或者至少同样重要的其他价值目标”。^[18] 问题在于,存在同样重要的价值目标而非更重要的抉择时,若允许刑事政策介入,就会给多元选择带来机会,这无疑会削弱规范的权威性,造成刑法适用的不确定性。另外,论者引用德沃金有关原则与(法律)规则的关系,指出原则具有终局性的约束力,也存在讨论空间。例如,德沃金所谓的原则优先性侧重于疑难案件,若基于更高或者同样重要价值目标而允许刑事政策介入刑法体系时,是只针对疑难案件,还是针对波斯纳所主张的极端困难问题抑或可以针对普通案件?是普遍性介入还是个别性介入?都需要进一步明确。

[16] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2010年版,第30-31页。

[17] 参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期,第132-133页。

[18] 劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,《中国法学》2020年第1期,第143页。

两种理论体系均以法益保护目的为导向贯通刑法体系与刑事政策,是否合适值得进一步探讨。一方面,在德国有关法益概念的讨论中,防止法益损害的假设越来越受到批评。^[19] 另一方面,抽象法益大量出现,导致侵害法益原则正面临着巨大的危机。^[20] 尽管这些问题不足以挑战法益地位,但立足于法益保护目的贯通刑事政策与刑法体系,其说服力难免受影响。而且,关于犯罪的本质,向来有法益侵害性与道德违反性之分。其中,法益侵害性被认为是与单纯道德违反性对立的概念。^[21] 如前所述,刑事政策介入刑法体系,本质上是社会伦理道德、公共政策参与刑法体系,若法益侵害性与单纯道德违反性存在对立,基于法益保护目的就有排斥社会伦理道德之嫌,如此贯通刑事政策与刑法体系难免有些尴尬。

(三)以双重目的为导向的刑事政策模式

双重目的论通过区分不同目的,意图在不同情境下确定刑事政策与刑法体系贯通之不同模式。据此,刑事政策模式可分为两种:一是以规范目的为导向的刑事政策规则模式;二是以整体法秩序目的为导向的刑事政策发展模式。

1. 刑事政策的两种基本模式

就刑事政策的规则模式来看,我国传统的刑事政策模式基本上属于规则模式,其旨在解决常态情势下规范内的刑法适用问题,不会脱离刑法规范的框架。规则模式适用于常态情势下,是由刑法体系的内在特征决定的。任何国家的法律不可能彻底与道德相分离,两者内容存在部分重叠在所难免。在这方面,我国刑法规定尤为突出,与德日等国刑法之规定明显不同。比如,我国刑法第13条但书的规定以及有关预备犯、教唆犯等规定,为我国刑事政策与刑法体系的贯通拓展了腾挪空间。刑法第90条的规定也为民族自治地方的刑事政策介入刑法体系打开了方便之门。另外,司法解释在促进刑法体系与道德、政策等融通上,也发挥了积极作用。如刑法解释对亲属相盗等规定较一般犯罪要从宽处罚就是例证。由此看来,我国刑法体系与刑事政策贯通渠道是相对畅通的。所谓的“李斯特鸿沟”,远没有德国规范语境中的“鸿沟”那么“宽”。可见,在常态情势下坚持规则模式,并不会妨碍刑事政策与刑法体系的贯通。那么,在坚持规则模式的情况下,如何看待个案偏离实质正义呢?例如,德沃金推崇优先于规则的“原则”,就是针对正义、公平或其他道德层面的要求而言的。^[22] 他也籍此认为,法官在疑难案件中基于原则,可以拒绝强制执行法律义务。客观地说,德沃金误解了合规与规则合理性的关系。合规的意义在于其与一定的规则相联系,旨在对规则下的案件之裁判维系中立、不偏不倚的立场。合规的本质,在于确立哈特所谓的承认规则,为系统内其他规则的有效性评价提供标准。^[23] 法官之所以以法律规则为据,是因为其揭示了法律所要求的信息来源,是作出裁决的正当理

[19] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑法的任务不是法益保护吗?》,《刑事法评论》2006年第2期,北京大学出版社2006年版,第148页。

[20] 参见黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013年第7期,第12页。

[21] 参见[德]G.雅各布斯:《刑法保护什么:法益还是规范适用》,《比较法研究》2004年第1期,第101页。

[22] See Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 *University of Chicago Law Review* 14, 23 (1967).

[23] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 102.

由,与本身内容之合理与否无关。在个案中坚持形式法治与形式正义,具有重要的现实意义。当社会发展到可以区分道德和法律的阶段时,必然要求牺牲私人偏好和利益,这对社会的存续和发展至关重要。刑法正义的实现,首先是通过规范体系来约束主观、个别的利益诉求,从而遏止偏狭的利己主义。如果没有刑法规范,每个人都可以基于利己目的而追求个别理性、人为理性,其结果将导致私人偏好和利益观盛行,最终只能诉诸于私力救济,这才是对刑法公正的最大伤害。总而言之,在常态情势下,坚持刑事政策的规则模式是法治原则的基本要求。

刑事政策的发展模式与规则模式不同,刑事政策发展模式的核心是以整体法秩序目的为导向的开放刑法体系。刑事政策发展模式“不必涉及整个社会甚至整个制度体系的变革……其要点是追踪一种变化的确定性倾向,即某一阶段系统力量的运作据说会对另一个阶段产生独特的效果”^[24] 整体法秩序目的之宗旨是保护社会共同体利益和维护社会公共秩序,故共同体利益优先原则与公共秩序优先原则也就成为刑事政策发展模式的指导原则。一般来说,道义上的“善”有两层含义:一是个人利益优先之“善”。常态情势下,基于人权保障需要,刑法会赋予个人利益优先权。其实质是为了保障罪犯人权并使其顺利回归社会,体现了社会对罪犯之“善”。二是共同体利益优先之“善”。特殊情势下,如果需要维护社会共同体利益,应允许其优先于个人利益。“在冲突情形下,共同体会获得相对于个人自由的优先权,这也是共同体为何被允许临时性地限制或暂停罪犯的自由的原因。”^[25] 于是,为了共同体利益而允许道德、政策参与刑法体系,即使损害个体自由等基本人权,也被认为是正当的。这是社会成员为社会共同体利益牺牲个人利益的体现,表明个体所应当承担的社会共同体责任,是个体对社会之“善”。“在作为公民的角色中,行为人要承担它对共同体的、合法的共同责任。”^[26] 坚持共同体利益优先,能有效避免刑事政策被个别的偏好和利益裹挟。社会公共秩序与社会共同体利益是密切相关的,是维护社会共同体利益的基本保障,也是刑事政策的重要内容。“刑事政策的终极目标是维护社会秩序,即促进构成社会的个人和团体之间的和谐、维护社会安全,保障国民安定地生活……”^[27] 在社会公共秩序遭遇危机的场合,如果规范难以发挥作用,刑事政策需要“临危受命”,化解刑法规范面临的实践窘境。发展模式的优势,在于“探索可以解释那些根源和目标被植入某种特有现象整体结构中意外的、周期性转变的理论”^[28] 坚持公共秩序优先,有利于避免狭隘、乡土化的伦理道德或者文化价值等介入刑法体系。刑事政策的发展模式与刑法道德主义在方法论上存在很大差异。其所追求的整体法秩序目的,是社会共同体成员意志的体现,这使得刑事政策发展模式在运用时具有内驱力和自觉性,并因

[24] Philippe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Taylor & Francis Group, 2001, p. 20.

[25] [德]梅尔著:《德国观念论与惩罚的概念》,邱帅萍译,知识产权出版社 2015 年版,第 223 页。

[26] [德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体·主体·公民:刑罚的合法性研究》,谭淦译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 79 页。

[27] [日]大谷实著:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社 2009 年版,第 4 页。

[28] Philippe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Taylor & Francis Group, 2001, p. 19.

此获得正当性。刑法道德主义则不然,它不一定是社会共同体成员意志的体现,且需要借助绝对权威、命令以及服从等方式,通过外在力量和自发性来推进,很容易被人操控,从而丧失正当性与实践理性。

需要注意的是,贯彻刑事政策发展模式,并不意味着排斥规则模式。只有在实现整体法秩序目的的框架内,才可以运用刑事政策发展模式。因此,特殊情势下,在不涉及整体法秩序目的之领域,应坚守刑事政策规则模式。

2. 刑事政策二元模式符合我国法治现状

我国刑法确立罪刑法定原则以及宪法规定“实行依法治国”不过二十余年。中央全面推进依法治国,只有数年时间。故而坚持形式正义与规范治理,仍是当前我国刑事法治的首要任务。道德与政策等参与刑法体系,最忌讳的是狭隘、世俗的价值观念肆意卷入,而这在中国传统文化中并不鲜见。“中国传统上是一个典型的人情社会。社会中错综复杂的人情关系网……绵密交错,并渗透到国家治理和社会运行各领域。”^[29]正因如此,我们不难理解有司法人员在刑事司法层面坚守“李斯特鸿沟”的笃定立场。^[30]可见,在常态治理中,必须坚持刑事政策规则模式在社会治理中的基础地位,诸如宽严相济的刑事政策等还将长期发挥基础性作用。

然而,也应当看到,在特殊情势下采取刑事政策发展模式是我国创新社会治理的必然要求。党的十九大报告将人民获得安全感作为提高保障和改善民生水平、加强和创新社会治理的重要内容,故民众的安全感成为法治社会的重要内容。若刑法体系在特殊情势下不能适应社会现实需要,难以保障民众的安全感,就需要以维护社会共同体利益和社会公共秩序为目标,促使社会伦理道德、公共政策等与刑法体系融合贯通,以保障民众获得安全感。“作为国家实现社会控制的政治策略和表达方式,公共政策旨在支持和加强社会秩序,以增加人们对秩序和安全的预期。”^[31]发展模式以整体法秩序目的为导向赋予道德与政策应有的体系性地位,有利于维护社会共同体秩序和保障民众的安全感,符合中央加强和创新社会治理之大政方针要求。

三 重大公共卫生事件下刑事政策模式的转换

实现整体法秩序目的之典型场合,是发生了重大公共卫生事件。此时由于常态情势被打破,使习惯于恒常模式的刑法规范难以有效应对,故而需要开放刑法体系,通过普遍治理达到维护整体法秩序的目的。

(一) 重大公共卫生事件下刑法遭遇的挑战

刑法规范的制定和设计,主要是针对一般情景下的常态社会生活。在共享模式的日常社会生活中,要求刑法面面俱到地考虑每一种特殊情形,既不可能也不现实。但是,在

[29] 江必新、王红霞:《法治社会建设论纲》,《中国社会科学》2014年第1期,第146页。

[30] 参见李勇:《坚守“李斯特鸿沟”》,《检察日报》2016年2月25日第003版。

[31] 劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期,第128页。

发生重大公共卫生事件时,社会生活发生急剧变化,刑法规范有时会显得“不接地气”,乃至面临新的挑战,具体体现在以下几个方面。

其一,模糊管理对规则治理的挑战。2019 年 11 月 29 日,习近平总书记在中共中央政治局第十九次集体学习中,强调我国应急管理体系和能力现代化应当坚持依法管理和社会共治。^[32] 这意味着,应急治理除了依法外,还有赖于社会共治。社会共治中的联防联控、群防群控等,具有典型的模糊治理特征。根据公共行政的行动理论,在特殊情境下需要做出独立判断,如果一贯遵从规则反而适得其反,是一种不负责任的行为。^[33] 事实证明,模糊管理确实是一种非常有效的应急管理方法。然而,刑法依赖于规则进行治理具有稳妥有余、应变不足的特点,难以及时跟进风云变幻的现实需要。因此,重大公共卫生事件下的模糊管理,无疑对擅长明确治理的刑法提出了新挑战。

其二,道德理性对规范理性的挑战。重大公共卫生事件爆发时,社会秩序发生非常态变化,人人自危,防控事态恶化以安抚公众成为压倒性的政治需要。此时,常态治理下主体被动性参与将难以有效解决突发危机,必须仰赖主体的主动性参与。主动参与体现了个体的价值归属,是一种自觉、应急的心理需要,是依靠道德理性驱动的。道德理性往往携“颇接地气”的道德与公共政策,对社会生活中的突发重大危机和风险做出积极、有效的反应。然而,刑法“强制执行道德规范的愿望,在公共卫生法中基本上是缺失的”。^[34] 因此,在公共卫生事件中依靠道德理性对刑法规范而言无疑是一种挑战。

其三,整体法秩序目的对规范目的的挑战。刑法是针对一般、常态的社会生活设计的,只要维护人们正常工作、学习、生活秩序,就能实现规范目的。重大公共卫生事件下的社会公众,往往根据自己的意愿寻求合适或者安全的保障,从而给社会秩序带来挑战。基于应急管理需要,国家需要采取特别治理方式应对社会生活中的乱象。此时,整体法秩序目的与规范目的之间存在紧张关系。维系整体法秩序,理所当然地成为重大公共卫生事件下的核心任务。如果刑法仍然执意于自身目的,将难以迎合应急治理需要。

其四,辩证逻辑对形式逻辑的挑战。刑法规范要想实现刑事法治目标,必须凭借形式逻辑来保证。刑法规范及其形式逻辑,是建立在常态治理下社会生活惯有经验基础上的。然而,重大公共卫生事件的爆发,往往是异常、反形式逻辑的。重大公共卫生事件发生突然、起因复杂,扩散方式与途径难以预知,难以根据法律逻辑和推理去判断罪责之因果关系;同时,重大公共卫生事件究竟会对社会造成何种具体危害、危害程度如何,有时很难弄清楚,这将给以形式逻辑为基础的归责带来困惑。因此,需要将重大公共卫生事件下的行动看作一个整体,从防控需要、行为发展以及主客观因素等各方面的相互联结中,考察行为性质及其体系性特征。故此,应急治理中的实践理性,有时需要采取辩证逻辑进行分析,这会对刑法规范所倚重的形式逻辑提出挑战。

[32] 参见《习近平在中共中央政治局第十九次集体学习时强调 充分发挥我国应急管理体系特色和优势 积极推进我国应急管理体系和能力现代化》,《中国应急管理》2019 年第 12 期,第 4 页。

[33] See Michael M. Harmon, *Action Theory for Public Administration*, Longman, 1981, p. 131.

[34] Steven Friedland, Paternalism and the Moral Justifications for the E - Cigarette Flavor Ban, 30 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 219, 230 (2020).

（二）传统刑事政策在重大公共卫生事件下面临的困惑

“严打”是为了应对阶段性严峻社会治安形势需要，是阶段性的经验小结。“宽严相济”侧重以往经验、现实状况甚至未来趋势，是富有全局性的经验总结。可见，传统刑事政策基本上属于常识性经验总结，这也使得刑事政策的规则模式总是能够在常态治理中从容应对犯罪治理需要。然而，重大公共卫生事件下如何治理犯罪往往无经验可言。例如，借助微信、QQ 网络平台等社交媒体，疫情期间虚假信息、谣言满天飞，诈骗等传统犯罪也呈现迅速增长态势。种种突发情形，使得传统刑事政策防不胜防。究其缘由，在于重大公共卫生事件下的犯罪有其独特的发生、发展特征，给规范下的定罪量刑造成冲击。这就不难理解，在发生突发性重大公共卫生事件时，鉴于这些刑事政策发挥的作用相对有限，司法解释仍会对相关犯罪作出从严处罚的规定。例如，2003 年非典疫情期间，两高紧急出台《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对生产、销售假药罪以及生产、销售劣药罪等十余个与非典疫情直接相关的罪名实行从重处罚。2020 年新冠肺炎疫情期间，最高人民法院等四部门迅速颁布《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》，依法严惩妨害疫情防控的各类违法犯罪。司法解释之所以会对与疫情相关的犯罪进行针对性惩罚，是因为特殊的情势变更会导致价值变异，造成习惯于常态治理的“宽严相济”等传统刑事政策应对乏力。

在对行为的不法评价上，重大公共卫生事件也会给传统刑事政策带来困惑。众所周知，我国刑法规定了正当防卫、紧急避险两大违法阻却事由，此外其他法律也会对依法行为、职务行为等作出规定。一般情形下，这些规定基本上能够适应常态治理的需要。然而，应急治理中的反常现象以及特殊的应激性管控措施如模糊治理等，因缺乏具体的法律依据，可能需要进行实质违法性判断。局限于规则内的传统刑事政策显然对此无能为力，并将不可避免地影响刑法的权威性。总之，传统刑事政策在定罪与量刑上的可解性相对较差，难以应对重大公共卫生事件带来的冲击。

（三）重大公共卫生事件下的刑事政策模式

在常态情形下，司法人员基于惯常模式和惯性思维，往往立足于刑法教义学，在刑法规范和一般的刑法理论的框架内作出定罪量刑决定。在发生重大公共卫生事件时，刑法必须充分考虑外在变量，适时开放并容许道德、政策等参与刑法体系，以应对突发情况和迎合应急治理需要。外在变量的参与容易给刑法适用带来不确定性与偏执性，影响刑法的正当性与理性，因而必须考虑与普遍性、正确性相一致的目的以及规范外的一般性政策与原则。那么，什么是具有普遍正确性的一致目的和一般性政策与原则呢？

众所周知，重大公共卫生事件下，特定群体诉求的盲从性、行为的无序化以及集群效应，会严重威胁社会共同体全体成员的生命、健康安全。即使虔诚地信奉规则治理的人，也都会表现出惊人的认同感，充分肯定采取特别防控措施是必要、正当的。社会共治下的联防联控、群防群控之所以能赢得社会的普遍认可，或许便是德沃金所说的道德、政策等介入规范要求的“清晰的一致性”。^[35] 与一般社会风险相比，重大公共卫生事件下的风险

[35] Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 *Harvard Law Review* 1057, 1064 (1975).

具有截然不同的特征:一是突发性。在短时间内迅速爆发、蔓延,让人防不胜防。二是重大性。侵犯的法益极其重大,对社会共同体全体成员的生命、健康造成直接危害。三是普遍性。有时可以突破时空限制,远非一般风险所能比拟。四是不可预知性。往往事先无明显征兆,甚至不知道从何而起。五是救济性弱。短时期无针对性举措加以有效疏导、遏制和解决。面对这样特殊的社会风险,显然需要转变刑事政策模式。因为,这样的高危风险,无疑“断绝了与古典刑法中法益侵害的结果、同个体法益之间的联系,强调在法益侵害的危险、集体法益层面才有立足点与成长根基,由此带来刑法模式的根本转变”^[36]

传统刑事政策或者说刑法教义学注重法律规则的适用,如果忽视规则所适用的环境变化,既难以满足重大公共卫生事件下的公共政策需要,也会实质性削弱刑法自身的权威。局限于刑法教义学范畴内的刑事政策,可能沦为狭隘的刑法解释工具,甚至有可能退守到古典学派时期的纯粹“刑事政策刑法化”境地。刑事政策应该是广义的,能够在关键时刻为刑法撑起一片充满实践理性的“蓝天”。因此,重大公共卫生事件下,在刑事政策上必须转换模式。基于普遍正确性相一致的目的和一般性政策与原则需要,开启以整体法秩序目的为导向的发展模式,以避免刑法体系与社会现实脱节。

四 刑事政策发展模式的运用及其风险控制

重大公共卫生事件下,刑法体系需要借助刑事政策发展模式实现外延式拓展,以迎合应急治理的需要。刑法体系的外延式拓展以实践理性为价值诉求,在提升刑法的灵活性与应变性的同时,也容易对刑法的正当性与理性造成冲击。对于应急治理中刑事政策发展模式所带来的风险,需要采取必要措施加以避免。

(一)重大公共卫生事件下刑事政策发展模式的运用

重大公共卫生事件下,启动刑事政策发展模式不是为了否定刑事政策的规则模式,而是为了解决特殊情势下刑法体系与现实生活之间的紧张关系。刑法体系内外紧张关系之消除,有助于刑法规范与外部世界顺利对接,并在应急治理中实现实践理性。

首先,在定罪量刑价值标准的合理化调适中的运用。依据客观事实的认识和需要,人们往往会根据自身的价值诉求来诠释事实,实现事实判断与价值判断的有机统一。在刑法上,定罪与量刑是以刑法规定的类型化行为为基础进行的价值判断,是一种源自主体认识和需要的实践性评价。受规则的形式化与明确化影响,刑事政策的规则模式应景性相对较差,对情势变更下的社会变化有时难以做出及时反应,导致规范的价值标准与现实的价值需求之间产生紧张关系。“法律共同体中的价值观的内容和活力则比有关法律条文的变化更加迅速,以至于公民价值观与法律规范的价值标准之间常常出现紧张关系……”^[37]刑事政策的发展模式则不然。它以不断变化的实然场景为“内在动力”,通过对过往的状况、问题以及未来的前景进行分析,围绕着社会共同体的认识和需要,以独特

[36] 姜涛:《社会风险的刑法调控及其模式改造》,《中国社会科学》2019年第7期,第120页。

[37] [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第22页。

的应变性与灵活性迎合社会生活中的价值需要。因此,在运用发展模式时,习惯于规则模式的教义学派不仅应当考虑规则的红线,还应当考虑如何使刑法规范充分接纳现实生活中业已变化的价值标准和要求。“教义学家们可以判断,现行法律规范是否与社会秩序的自然情况和社会伦理主导的价值观念相吻合,如何解释或者以何等方式进行变革。”^[38]重大公共卫生事件下,由于发生剧烈冲突导致社会共同体安全受到威胁,维护整体法秩序便成为全体成员的一致需要,也是刑事政策的首要目标。此时,社会公共利益和秩序所受威胁具有普遍性特点,不同于常态情势下社会公共利益和秩序受到的个别威胁,这使得对不法行为的否定评价和谴责更急切、更严厉。相应地,同一行为所体现的社会危害性也更严重。以散布谣言为例,重大公共卫生事件下,真实信息作为一种宝贵资源,直接关系到社会共同体成员的生命、健康安全,故对信息及其可信度要求更高、更严格。此时如果行为人为擅自发布谣言,其社会危害较常态情势下无疑更大。正因如此,据以评价行为的价值标准应做出相应调适,即门槛适当降低;或者说,对行为加以否定评价和谴责时价值标准或者要求应当适当抬高,即从严处罚。

其次,体现于刑法解释的体系化扩展。在刑事政策规则模式下,刑法解释往往围绕着规范目的展开,此即所谓的目的解释。“目的解释,系指以法律规范目的,阐释法律疑义之方法……”^[39]在常态治理中,由于刑法需要优先保护具体化权益,故解释通常被限制在刑法规范文本含义内。虽说刑法解释有时会脱离规范的常规含义,也不过是规范内的法律续造。此时,刑法规范之目的与整体法秩序之目的往往相辅相成,不存在内在的紧张关系。立足于规范目的解释刑法,通常就是维护社会秩序的最佳方式。当刑法适用的环境发生重大变化时,可能会造成个体的“常态”行为与整体法秩序的要求不一致。此时,出于维护整体法秩序需要,刑法解释应当通过刑事政策扩大张力,超越刑法规范而进行规范外的法律续造。不过,为了防止规范外的法律续造被不正当使用,需要严加约束。至于如何约束,学界意见不一。如前所述,罗克辛认为需要基于合宪性的目的。拉德布鲁赫则认为,“通过向目的与合目的性的复归,刑罚同时从正义这一特殊的法律理念框架中凸显出来,以便能够服务于国家目的和社会目的”^[40]。无论以何为据,本质上都是为了保护整体法秩序下的社会公共利益。“基于公益上迫切的理由,亦可正当化溯及既往的规定,只要该公益的要求较法安定性的要求更重要的话。”^[41]刑事政策发展模式将重心转移到维护社会共同体利益和秩序上,无疑使超越刑法规范的解释获得了正当化依据。刑法解释由此摆脱了单纯、形式的规范目的约束,着眼于更广阔的整体法秩序目的。当然,这并非说刑法解释置规范于不顾,严格地说解释本身并未脱离规范目的之范畴,只不过是刑法规范目的的扩张至整体法秩序目的。

最后,表现为正当事由的现实化延伸。正当化根据并非封闭体系,它并不局限于刑法

[38] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第63页。

[39] 杨仁寿著:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第168页。

[40] [德]G.拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第165页。

[41] [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第296页。

规范。除了形式违法性外,实质违法性也是违法性判断的重要根据。很多时候,实质违法性是通过刑法的目的与任务推导出来的。“对实质违法性的概念,违法性之实质的理解,得以通过对刑法的目的或是任务的理解而推导出来。”^[42] 刑法的目的、任务与不同社会制度性原则,如利益权衡原则、保护原则以及自治原则等密切相关。这些原则对社会的有益性或者有害性以及符合行为构成的法与不法作出决定,并诠释了罪刑法定的基本原则,这可以解释正当化根据不必像刑法规则那样必须严格遵守明确性要求。^[43] 与规则模式相比,刑事政策的发展模式在应对现实问题时具有独特优势。它不受规范的形式限制并能够立足于客观状况,使刑法体系适应现实需要,籍此解决应急治理问题,实现特定目标。另外,由于发展模式旨在解决现实中的迫切问题,因而通常能够对机构的应急能力做出合理评价。“发展模式在社会调查中的一个关键功能是帮助诊断机构的能力和弱点,并评估其实现价值的潜力。”^[44] 同时,通过解锁符合现实需要的道德、政策等,弥补机构在应急治理中的缺陷和不足。刑事政策发展模式的这种“务实态度”,为正当事由的现实化延伸奠定了坚实基础。重大公共卫生事件下,面对事态的严重性与扩散性,依赖于特定单位、部门或其他社会组织等采取针对性措施,往往富有成效。这种措施虽非规范化的正当事由,却属于违法阻却事由在规范外的现实化延伸,并无实质违法性。理由在于,以社会制度性原则为依据,可以衍生出对违法阻却事由具有指导作用的具体原则。例如,德国对违法阻却事由具有指导作用的三个原则中,就包括最低限度的团结原则,即“为了保护他人或者公众明显更大的利益,即便某个举止侵犯到了受害人的利益,该举止也是正当的”。^[45] 最低限度的团结原则以利益权衡为基础,意在维护共同体利益和公共秩序,并可以籍此牺牲相对较轻的个别化利益。因此,尽管非法定主体采取的防疫措施侵犯了个体自由等权益,若基于整体法秩序目的,则不违背社会制度性原则,具有实质合法性。

(二) 重大公共卫生事件下刑事政策发展模式的风险防控

在重大公共卫生事件中,尽管刑事政策发展模式能有效化解刑法体系与社会现实之间的紧张关系,但是,由于发展模式需要进行规范外的法律续造,可能会给人为了的狭隘利益介入刑法体系提供机会。因此,对发展模式应当加以必要的风险防范。

第一,严格控制刑事政策发展模式的适用范畴。刑事政策发展模式是为了充分体现刑法的应变性与灵活性,避免刑法与社会现实脱离。“刑事政策体现的是刑法的变动性的一面,因为刑事政策具有对社会生活的高度敏感性,而且其决策过程也较立法程序更为便利。因此,刑事政策促使刑法面对社会发展进行及时的调整。”^[46] 适应重大公共卫生事件之应急管理需要,刑事政策发展模式之运用只能限于与重大公共卫生事件下需要保护的法益直接相关的犯罪。相应地,与重大公共卫生事件防控无关的犯罪,必须坚持规则理

[42] [日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第103页。

[43] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第136页。

[44] Philippe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Taylor & Francis Group, 2001, p. 25.

[45] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔著:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第153页。

[46] 陈兴良:《刑法的刑事政策化及其限度》,《华东政法大学学报》2013年第4期,第13页。

性与形式正义,严格遵循刑事政策的规则模式,不允许刑法规范肆意向道德、政策开放。因此,重大公共卫生事件下,必须厘清刑事政策的发展模式与规则模式的不同运用范畴,使两者能各司其责、相辅相成。只有严格控制发展模式的适用范畴,才能有效衡平刑法规范与社会伦理道德、强制与合意、国家权力与民间自治的关系。

第二,以实质合法性约束模糊管理。模糊管理主要用于解决情况复杂、抽象、突发性的宏观问题,因此,重大公共卫生事件下的模糊管理,成为强化机构能力与补足刑事法治缺憾的有效手段。不过,模糊管理往往源自下意识的灵感与直觉体悟。“内隐知识的存在是一种模糊的潜意识的状态,它未经整理,未能形成意识,属于灵感、顿悟、直觉。这是模糊管理的认识论基础,也是模糊管理必然存在的根据。”^[47]这使得模糊管理具有自发性、应景性等特点,不同于建立在稳定性、确定性基础上的规范治理,容易造就凭空想象和主观臆断。尤其是在风险的“科学不确定性”之下,不同主体由于对风险的区分与感知存在差异,使得对风险的反应行动也截然不同。不同地区对危机的过激或者迟钝反应,会成为风险的“社会放大器”。^[48]这很有可能会纵容欠缺合法性的行为滋生,其实质无异于借疫情防控之名行侵犯公民权益之实。因此,重大公共卫生事件下的模糊管理必须具备两个条件:一是必须基于真实、客观的应急治理需要,不能是执法人员擅自、随意的想象;二是要注意听取防控主体和对象的意见和建议,不能带有主观性、片面性。模糊管理是为了保护宏观性、全局性利益,如果符合社会共同体意愿,经过决策主体商讨,那么就可以阻却违法性。

第三,以整体法秩序目的限制道德理性。由于不同群体和个人具有不同的道德观念和价值标准,如果对参与刑法体系的道德政策不加甄别,就容易使背离刑法公正与理性的道德观念和决策介入刑法体系,甚至有锐变为刑法道德主义的危险。为了避免刑事政策不被个别、人为的偏好和利益裹挟,道德理性需要体现一定的倾向,这便是伦理道德与公共政策的实践性与社会性。“倾向是由一个特定社会的具体情况所决定的……伦理,无论是在理论构想还是在实践应用中,都必然是社会性的。”^[49]刑法规范源自社会生活,无疑包含着实践理性,而实践理性又包含道德理性,刑法规范、社会道德伦理通过实践理性服务于社会共同体。作为理性的行为人,必然摒弃个别、片面的道德和价值观念,关注公共、客观的道德理性。“要使法律与道德之间发生功能上的联系,就必须存在与主观的道德观点或片面的价值偏差相分离的客观道德。”^[50]这样的道德理性只能建立在整体法秩序的基础上。因此,在运用刑事政策的发展模式时,必须以整体法秩序目的为导向,客观、公开地树立严格的道德理性标准,使参与刑法体系的道德、政策获得法律权威。

第四,以客观主义规制辩证逻辑。重大公共卫生事件下的刑事政策,在方法论上恪守形式逻辑,是司法实践中的一种倾向。问题在于,此时的定罪量刑似乎又难以完全遵循形

[47] 欧阳锦:《模糊管理与精确管理》,《兰州大学学报(社会科学版)》2002年第1期,第145页。

[48] See Ortwin Renn, *Risk Governance: Coping with Uncertainty in a Complex World*, Routledge, 2008, p. 214.

[49] Erich H. Loewy, Compassion, Reason, and Moral Judgment, 4 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 466, 469 (1995).

[50] Jack Clayton Thompson, Law's Autonomy and Moral Reason, 8 *Laws* 1, 5 (2019).

式逻辑。于是,在运用刑事政策的发展模式时,适应重大公共卫生事件之应急管理需要,在方法论上适应情势变更需要,酌情采取辩证逻辑来定罪量刑,是有其必要性的。不过,辩证逻辑总是从内在矛盾的运动、变化及其各个方面的相互联结中考察对象,它无需严密的逻辑规则,也不在意精确的逻辑演算,这与建立在形式逻辑基础上的、以三段论为基础的传统法学方法论明显不同。由于缺乏精确性和严密性,坚持辩证逻辑会削弱传统法学方法论对司法的控制效果,不利于定罪量刑之事实判断与价值判断的精准化。因此,运用辩证逻辑时需要接受客观主义的节制。“刑法客观主义的观点认为,犯罪被控要旨是其客观损害或不幸。其所关注的是行为人的行为是否接近于造成实质性冒犯的损害或不幸。”^[51]刑法客观主义注重人权保障与刑法谦抑,符合现代刑事法治需要,是当前刑法理论坚持的基本立场。刑法客观主义所强调的行为及其结果,能够弥补辩证逻辑不够客观、欠缺精确之不足,有利于定罪量刑的客观、公正。需要注意的是,整体法秩序目的导向下的客观主义侧重的是系统效果而非个别结果,因而在运用辩证逻辑定罪量刑时,必须注重系统效果。

五 结 语

在发生重大公共卫生事件的场合,现实社会因发生特殊的情势而一反常态,如果只是坚持刑事政策的规则模式,容易使刑法的实效性大打折扣。与传统刑事政策模式不同,刑事政策发展模式并不局限于法律形式主义,而是试图在应急治理中贯通刑法体系与刑事政策,使刑法适用更具有灵活性与应变性。由于不受规则中心主义约束,刑事政策发展模式容许社会伦理道德、公共政策介入刑法体系,认可民间自治秩序的正当性,故其所呈现的是以实质正义为核心的实践场景。重大公共卫生事件防控期间,刑事政策之规则模式与发展模式合理分工,能使依法治理与社会共治比较完美地结合,从而达到更佳的治理效果。

从既往经验来看,重大公共卫生事件下刑事政策发展模式的运用,也留下一些遗憾。如顶层设计与分类治理还需要改进和完善,政府治理、社会组织参与和基层单位协作有待加强,应急信息披露机制仍要进一步健全,等等。这些问题在一定程度上会影响刑事政策之功能与作用的发挥,同时也对刑事政策的风险控制提出了更高要求。只有不断加强和完善重大公共卫生事件的防控举措,健全国家重大公共卫生事件应急管理体系,夯实政府、社会组织 and 基层单位之间的协调与合作,才能更好地为重大公共卫生事件下贯通刑法体系与刑事政策提供制度性支撑,也更有利于发挥刑事政策发展模式对刑法体系的功能性指导。

[本文为作者参加的 2020 年度国家社会科学基金重大项目“网络时代的社会治理与刑法体系的理论创新”(20&ZD199)的研究成果。]

[51] Paul H. Robinson & John M. Darley, Objectivist Versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory, 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 409, 412 (1998).

[**Abstract**] It is unfair to insist on moral reason while ignoring or even denying normative reason, or to advocate normative reason while ignoring or even rejecting moral reason. Normative purpose and overall legal order purpose are two different levels of purpose. The governance goal pursued under normal circumstances is to maintain a stable and constant social order. Since the stability and clarity of norms are conducive to maintaining a stable and constant social order, the basic position of criminal law norms in the criminal law system is generally maintained under normal circumstances. In the event of major public health emergencies, the normal social order is broken, and it is necessary to replace the normal normative purpose with the purpose of the whole legal order, so as to restore and maintain the normal social order. The purpose of regulation and the purpose of overall legal order supplement and complement each other to effectively balance the relationship between social ethics and criminal law norms, keep the application of criminal law active and elastic, and fully meet the needs of judicial practice. A criminal policy that abides by the normative purpose but ignores the overall legal order is sometimes not conducive to safeguarding the interests of the social community. A criminal policy that embraces the purpose of the overall legal order but ignores norms may be detrimental to the protection of individual rights and interests of community members. Under the circumstance of normal governance, China's basic experience in law-based governance is to adhere to the basic position of the mode of criminal policy rules in social governance. Under special circumstances such as major public health emergencies, adhering to the development mode of criminal policy is in line with the central government's major policy requirements of strengthening and innovating social governance. Under the circumstance of major public health emergencies, the traditional criminal policy is faced with many difficulties, such as the challenge posed by fuzzy management to rule governance, because the traditional criminal policy is relatively poor in the interpretation of conviction and sentencing, so it has difficulties in dealing with the impact of major public health emergencies. At such a time, it is difficult to restore and maintain the normal social order if we adhere to the pure purpose orientation of norms. Implementing criminal policy development mode is the rational choice of criminal policy in major public health emergencies. The development mode of criminal policy requires the extension of legitimate causes in reality, the reasonable adjustment of conviction and sentencing standards, and the expansion of the scope of criminal law interpretation system. Under the development mode of criminal policy, it is necessary to strictly control the scope of application, legally restrict fuzzy management, and effectively limit moral reason and dialectical logic of regulation.

(责任编辑:王雪梅)