

莫洪宪 王晨◎主编

SHEHUI ZHUANXING YU FAXUE FAZHAN

社会转型与法学发展

——纪念马克昌教授逝世一周年
国际学术研讨会论文集

JINIAN MAKECHANG JIAOSHOU SHISHI YIZHOUNIAN
GUOJI XUESHU YANTAOHUI LUNWENJI



中国人民公安大学出版社

社会转型与法学发展

——纪念马克昌教授逝世一周年国际学术研讨会论文集

莫洪宪 王 晨 主编

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

社会转型与法学发展：纪念马克昌教授逝世一周年国际学术研讨会论文集/莫洪宪，王晨主编. —北京：中国人民公安大学出版社，2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1132 - 1

I. ①社… II. ①莫…②王… III. ①法学—国际学术会议—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 293299 号

社会转型与法学发展

——纪念马克昌教授逝世一周年国际学术研讨会论文集

莫洪宪 王 晨 主编

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

经 销：新华书店

印 刷：北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次：2013 年 1 月第 1 版

印 次：2013 年 1 月第 1 次

印 张：36.75

开 本：787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数：912 千字

书 号：ISBN 978 - 7 - 5653 - 1132 - 1

定 价：106.00 元

网 址：www.cppsups.com.cn www.poreclub.com.cn

电子邮箱：zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话：010 - 83903254

读者服务部电话（门市）：010 - 83903257

警官读者俱乐部电话（网购、邮购）：010 - 83903253

法律分社电话：010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题，由本社负责退换
版权所有 侵权必究

编 委 会

莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民
皮 勇 陈家林 王 晨 贾 宇
刘少雄

前 言

新中国著名的法学家马克昌教授已经离开我们一年多了。他的音容笑貌，仍清晰地浮现在我们的记忆里；他的著述，仍频繁地为人引用；他的思想，仍在引领、启发着薪火相传的法学人；他的人格修为，仍让众人所叹服。在精神的世界里，他从未离去。

但不得不接受的事实是，他已经离开了这个世界。遇上新的社会问题，有了新的学术疑问，我们不能再把视线转向那位满头银发、精神矍铄的老人家了，虽然多少年来我们曾无数次从他的字里行间或者抑扬顿挫中得到答案，受到启发。

因而，我们必须面对现实，忍痛在没有先生的道路上前行，继续推进他献身的法学事业。2012年6月23日至24日，值马克昌教授逝世一周年之际，武汉大学法学院、武汉大学刑事法研究中心、武汉大学马克昌法学基金会共同举办了“社会转型与法学发展”暨纪念马克昌教授逝世一周年国际学术研讨会。来自德国、日本、韩国、我国港台地区及大陆地区的一百多名专家、学者、法律实务工作者，围绕“社会转型与法学发展”这一主题，从“社会发展与刑法理论及刑事司法制度的改革与完善”、“有组织犯罪的发展趋势与对策”、“资本市场发展与金融证券犯罪的规制”、“社会转型中法学发展的其他问题”四个方面进行了深入的研讨。研讨的内容，既涉及社会转型过程中法学观念的转变这样的宏观问题，也涉及特定的犯罪现象如何应对这样的具体问题；既关涉全球社会共同面临的难题，也有立足本国理论与实践的深入分析。

现在，我们把与会者提交并经过研讨的论文结集出版，呈现给广大的读者朋友。同时，我们也将这本论文集献给马克昌先生。先生生前一直坚持理论联系实践的研究模式，并经常强调法学研究要具有全球视野。他个人的学术研究成果与历程，就充分体现了他对社会现实与国际理论动态的关注。这次研讨会，一方面紧密联系当前社会所面临的难题，同时又汇集了全球有代表性的国家的研究成果，这种以社会现实——而非个人的立场或观点——为中心，对国际最新研究成果持开放心态的研究进路，正是先生生前强调并坚持的。在世界范围内，社会都正处于并将长期处于不断转型的过程中，我们需要关注这一社会现实，也需要全球范围内智慧的无障碍交流。因而，该论文集的出版，既是对先生的致敬，也是对我们后来人的激励！

除学术论文之外，本书也将与会者追忆、缅怀马先生的内容呈现了出来。在这一部分，不同领域内的与会者从不同的角度再现了他们眼中的马先生。点点滴滴的记忆，汇集成了一位在学术交流、法学研究、法治推动、法学教育等领域都有卓越贡献的大家的形象。这一形象时时浮现在我们的眼前，提醒着我们法律人应当完成的使命。只是限于篇

幅，本书只能忍痛割爱，仅撷取了其中若干有代表性的与会代表的发言，恕请谅解。

最后，还要感谢武汉大学马克昌法学基金会对本书出版的大力资助和中国人民公安大学出版社为本书出版付出的辛勤劳动！刑法教研室陈金林博士和硕士生任娇娇为书稿校对不辞劳苦，一并表示谢意！

路还长，我们深信：但有先生这样的丰碑，我们就不缺力量。

编 者

2012 年 8 月 6 日于武汉

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一部分 社会发展与刑法理论及刑事司法制度的改革与完善

转型期刑法学的挑战与课题	金日秀著 郑军男译 (3)
以科学发展观引领刑事法治建设	赵秉志 (10)
风险社会与犯罪论的应有状态	高桥则夫著 陈家林译 (12)
风险与风险犯罪之建构	陈晓明 (20)
警惕“风险刑法”理论动摇刑法谦抑主义之“风险”	刘艳红 (31)
从国权刑法迈向民权刑法	刘仁文 (37)
个人不法行为后果的“客观归责” ——一个客观上不能的典型事例	格奥尔格·弗洛伊德著 杨谨嫣等译 (40)
德国犯罪理论演进简史	蔡圣伟 (44)
刑事古典学派理论当代复兴的历史必然性和现实必要性	杨兴培 罗 健 (57)
未遂犯的思想脉络	陈子平 (65)
论中立的诈骗帮助行为之定性	黎 宏 (87)
错置的共同正犯：概念探疑与性质认定	刘斯凡 (96)
聚众犯罪“聚众性”解析	邹江江 (103)
现代生命科技的发展与我国刑法的积极应对	熊永明 (111)
社会发展与社会危害性评价的完善	彭文华 (119)
论社会转型中我国刑法立法技术的转向	吴情树 (129)
论我国刑法中生命刑的发展与适用 ——兼论当前“民意”对生命刑适用的影响	孙应征 (137)
论社区服刑制度在我国的设立	胡学相 张 鹏 (146)
我国未成年人刑事司法制度的新发展与世界少年司法发展趋势的比较	李邦友 (157)
被害人量刑建议权研析	韩 轶 (165)
韩国刑事司法改革和量刑指南介绍	金翰钧著 郑 佳 尹 露译 (173)
韩国犯罪申告者保护法制的现状与课题	姜硕九著 郑军男译 (179)
试论比利时的现代赦免制度	王 娜 (186)

第二部分 有组织犯罪的发展趋势与对策

中国惩治有组织犯罪的立法演进及其前瞻

- 兼及与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的协调 赵秉志 张伟珂 (197)
- 我国有组织犯罪的特征及其对策 莫洪宪 (211)
- 有组织犯罪的发展与对策 I Grenville Cross QC 著 马东丽译 (223)
- 有组织暴力集团所得源实证研究 朴京来著 郑军男译 (226)
- 黑社会性质犯罪的发展趋势与对策 马长生 彭 颖 伍志坚 (240)
- “打早打小”的刑事政策与黑社会性质组织的认定 何荣功 (254)
- 我国大陆有组织犯罪的若干发展趋势及其对策 李颖峰 (261)
- 德国刑事诉讼法中的秘密侦查措施在打击有组织犯罪中的运用
..... Johanna Rinceanu 著 刘 夏译 熊 琦校 (268)

第三部分 资本市场发展与金融证券犯罪的规制

市场竞争的激化与经济犯罪的规制

- 以证券犯罪为中心 齐藤丰治著 张小宁译 (275)
- 企业再生与妨碍强制执行罪 松宫孝明著 赵楚文译 (286)
- 企业不祥事(丑闻)与过失犯的成立与否
——以产品事故为中心 冈部雅人著 陈家林译 (294)
- 信用卡诈骗罪的司法认定 王 晨 (301)
- 票据中介行为罪与非罪问题研究 史卫忠 李 莹 (307)
- 违规出具金融票证罪的构成特征研究 马长生 田兴洪 罗开卷 (314)
- 公司资本制度变革中的刑法保障 肖中华 徐 藩 (323)
- 操纵市场行为刑事责任研究 涂春金 (330)
- 我国证券市场发展及证券犯罪刑事立法完善 王崇青 (342)
- 非银行经营银行业务刑事责任之探讨 郭土木 (349)
- 我国民间借贷纠纷产生的原因及合法化的路径选择 傅跃建 (363)
- 金融垄断背景下民间惯例在调整民间融资纠纷中的功能研究
——基于浙江温州的典型分析 楼伯坤 林 慧 (370)

第四部分 社会转型中法学发展的其他问题

台湾电子监控的实务运作

- 以观护人的深度访谈为核心 张丽卿等 (383)
- 社会转型期职务犯罪现状、发展趋势及防控对策调整 孙光骏 (409)
- 同一网络世界的中国新网络犯罪立法研究 皮 勇 (419)
- 精神损失纳入附带民事赔偿的正当性研究 刘德法 (430)
- 宪法平等权视角下的刑法审视与完善 孙持明 (437)

食品监管渎职罪疑难问题探析	谢望原 何 龙 (447)
惩治商业贿赂的刑事立法完善	
——以贯彻《联合国反腐败公约》为中心	张天虹 (459)
非法经营罪不能用来维护游戏规则	
——评江苏省南京市网游外挂代练案的判决	欧阳本祺 (469)
组织、领导传销活动罪研究	黄丽勤 (478)
环境犯罪的归责研究	
——以水污染致人伤亡为视角	李 婕 (486)
关于儿童兵征募的行为类型的考察	增田隆著 李颖峰译 (494)
美国刑法中的转移意图原则研究	王雨田 (500)
发达国家的法律实务人才培养及其启示	夏 勇 (507)

第五部分 追忆与缅怀

学术交流的使者	
——境外友人追思马先生	西原春夫等 (531)
刑法学界的大师	
——国内学人追思马先生	高铭暄等 (536)
中国法治事业的推动者	
——法律实务工作者追思马先生	张泗汉等 (544)
中国法学教育事业的奠基人	
——教育工作者追忆马先生	骆郁廷等 (552)
家属致辞	马霄汉 (557)
附：马克昌先生刑法学术思想要览	莫洪宪 何荣功 (558)

第一部分

社会发展与刑法理论及刑事司法 制度的改革与完善

转型期刑法学的挑战与课题

金日秀著 郑军男译*

一、问题的提出

今天,我们所生活的现代社会正因科学技术的迅猛发展而经历着生活各领域上的广泛的结构性的变化。从20世纪开始进行的经济上和文化上的全球化带来了根本性的社会变化。经济体系从后产业社会转变为知识情报社会,在文化上则开始蔓延后现代主义思潮,^①曾经是社会生活之核心的家族、学校、宗教这种初级社会化组织在解体的同时,随着网络和通信技术的发展网络社会亦随之出现。总之,社会方方面面均发生着巨大的结构性变化。今后,IT、BT、NT等领域的技术革命也必将给我们未来的生活带来翻天覆地的变化。

近来随着全球化而带来的地域性不平等现象的深化,不稳定性的增大、超国界犯罪及国际恐怖主义等,导致国民对国家概念产生了根本性的变化,也使社会与法的关系产生了变化,甚至影响到刑法的功能扩张上。

尽管现今的刑法一直在以社会变化为理由进行修正,但我们(刑法学者)是否对其修正的必然性抱有确信?究竟应该如何理解与可罚性的扩张相关联的现代刑法的展开方向?问题是,在现今的这种改革时期如果(刑)法学者们不加以觉醒进行应对,经立法者之手创制的法制度变化就会变质为视域混乱(confusion of horizon)而非视域融合(fusion of horizon)。为使刑事司法改革中所伴随的尝试性错误最小化,我们不仅需要关于社会变动与刑法间紧密关系的认识,而且还需要关于法思考的变化的基本认识。

二、转型期社会变动的特性与新的挑战

尽管进入21世纪已经十年有余,但我们法的现实仍旧处于转型期。指称转型期社会文化特性的用语非常多样。后现代社会(后现代主义),后结构主义,后经验主义,情报化社会,风险社会(Risk Society),不安社会(Anxiety Society),愤怒社会(Anger Society)等即是。这些概念共同揭示如下现实问题:

第一,借助于以知识情报基础的产业结构与全球化,现代社会比以往任何时期都享有物质上的富有,但随之也带来了潜在的危险,甚至围绕危险的社会性紧张和矛盾以及不安

* 作者简介:金日秀,韩国刑事政策研究院院长。郑军男,吉林大学法学院副教授。

① 后现代主义思潮(post-modernism)这一用语在建筑学、艺术、法哲学、社会学等中具有多种含义,所以难以明确界定其内涵。实际上,当Wicke(1991)调查使用后现代主义思潮的文脉时,共有31种以上使用类型。尽管难以正确界定其内涵,但还是大体上可以分出两种类型:一是哲学或思想学上所主要使用的后现代主义思潮,被作为批判支配西欧社会的存在论(ontologia)思维体系的新的认识论。二是在表述新时代意义上指20世纪六七十年代之后出现的后产业社会的支配性文化现象。参见李顺来:《后产业社会的文化性格与刑事政策的发展方向》,载《刑事政策研究》第19卷第4号,第285页。

在不断增大。德国社会学者乌尔里希·贝克 (Ulrich Beck)^① 早已将这种社会变化指称为“风险社会”。在产业社会化进程中,作为技术发展的副产品迄今为止鲜为人知的巨大危险和自我破坏的潜在力在不断得到强化,其结果我们每个人都将生活在无法摆脱随时被现实化的危险源的不安和焦躁感中。风险社会就是指,把和如下社会具有表里关系的环境生态风险、情报风险、生命工程风险统称为一个“总体的”风险的社会,即吸收和受容依据人类的文明化需求能够进一步提高人类生活质量的环境生态、情报、生命工程等发展中的纯机能性资源的亲环境生态社会、知识情报化社会、高度生命社会。通过总体风险的主观化和内在化,后现代社会的人们将陷入到危机感和不安感的泥沼中。而且,这种社会构造的变动在风险社会的基础上又会呈现出不安社会这种新的现象。甚至,当此危机感的不断积累逐渐达到限界状况时,后现代社会的市民们又开始重新将内在世界的危机感呈现为“愤怒”。纽约的占领华尔街运动,英、韩等国的为谋求注册金半价的运动等,更为极端的以憎恨为原因的恐怖犯罪等就是实例。此种社会变化已经超越了不安社会产生了新的现象即转变为“愤怒社会”。

第二,构成现今法制度之根基的法实证主义 (legal positivism) 或现代性规划 (现代性工程) 尽管在追求基于理性的人类解放,但实际上对于解决在人类生活中所发生的重要的现实问题却是失败的。结果大量产生了官僚支配主义,形式上的法律,近代社会与经济上各种公式化的制度。此种批判在“后现代主义”这一新的认识论体系中被正式提出来,后现代主义是指社会构成成员在省察现代性事业的弊病过程中所形成的后产业社会文化特性的统称。至 20 世纪后半期为止,人们一直毫无动摇的信奉着脱胎于 17 世纪启蒙主义的现代性规划 (modern enterprise)。现代性规划对于人类为从封建时代的压制和宗教的支配中获得解放做出了重大贡献,现代性规划是指“社会生活中存在超越时空的亘古不变的秩序,即普遍真理,人作为与生俱来的平等的、自律性的存在是能够通过理性判断和科学努力对其加以发现的,并能够以此为基础构建合理的法与制度,在现实世界中建设能够调和所有事物的社会”。^② 然而,历史与现实并没有向这种方向发展。科学的努力并没有发现大家都认可的普遍真理。科学知识并非是绝对的,其只不过是时常要依赖于理论的相对真理。而且,也没有实现合理的法与制度。因为对此的实现是以社会构成成员所认可的共同目标为先决条件的,但由于价值观的不同,社会构成成员追求着各自不同的目标,科学性知识也没有揭示普遍真理。因此,尽管造就了具有形式合理性的法与制度,实质层面却并不尽如人意。

结果,后现代社会正如在 20 世纪前半期所一时流行的实存哲学的主题内容一样是充斥不安思潮与不确定性的时代。急剧的根本性社会变动导致对我们生活所应享受的安全和幸福生活的

① 德国慕尼黑大学教授,与哈贝马斯、吉登斯等一同被评价为现代欧洲最受瞩目的社会学家。1986 年出版了著作《风险社会》(Risikogesellschaft; Auf dem Weg in eine andere Moderne),提出以西欧为核心的产业化和现代化的过程实际上衍生出了令人害怕的“风险社会”,进而主张批判现代社会危机化倾向的学说,受到学界关注。此书第一部分“生活在文明的火山口上”这一标题实际上正是贝克所欲表述的浓缩。风险社会可以解释为是在因科学技术的发展而统治不可能且验证不可能的技术上生活的近代之后的生活特性。风险社会的特点可以归纳为,客观层面上的巨大风险的常存与主观层面上的不安的日常化。参见李德仁:《情报风险社会与刑罚规范的机能变化》,载《刑事政策研究》第 14 卷第 2 号,第 215 页。

② Morris, Wayne, Theoretical Criminology: From Modernity to Post-modernism, London: Cavendish Publishing Co., 1997, pp. 297-320; 李顺来:《后产业社会的文化性格与刑事政策的发展方向》,载《刑事政策研究》第 19 卷第 4 号,第 285-286 页。

危险在不断增大,在社会上胜者与败者的反复出现,加害者与被害者的对立等社会性矛盾的大量产生,不仅阻碍了和平共存与社会统合,也进一步深化了社会的不平等。

像这样发展为“风险社会论”与“后现代主义”的转型期的认识论体系,对于传统的法概念和刑法体系也提出了根本性的疑问,反对传统法理论家们所普遍持有的中立的、客观的法存在,形式的、合理主义的法理论以及普遍的、本质的法概念。那些认为法学诸多基本议题与文化领域息息相关的法学家们开始思考社会中多样的文化和探讨类型。法与经济、法与文化、法与女性、法与政治、法与种族等的研究即是。在此活动领域中所呈现的“法与发展”(Law and Movement)致力于揭示在普遍法理论及区域性法的争点中所隐藏的矛盾与逆说。他们试图放弃对独立的、自我发展的法学的信赖,进而从传统的近代性法理论中谋求解放。这是因为,他们认为法原本就是在文化的多元主义中连接不同文化间的媒介体,而法学具有鼓励人们思考社会上的不同对话与思想类型的文化维度。

三、当前的问题状况:传统法思考的侵蚀(erosion)

(一) 风险社会之登场与现代刑法的机能转变

传统法思考的前提在于,概念的完结性、原理的适用可能性以及对法的正义的信赖。自由民主主义与法治主义是在西方精神史上最初确立的世俗宗教。之所以确信自由法治国家的理念即能够以最小化的法的规制期待最大化的自由与秩序维持,原因在于对于人的理性的自律性调整能力具有世俗化形态的确信。然而,进入后现代社会后,对于理性的确信却丧失了其基础。自由法治国家的理念在产业化之后因传统的旧习和宗教性世界观的衰退而大量出现的现代型难题的激增、都市人口的集中、因现代型犯罪的泛滥导致的社会安全网的消失等原因,已经丧失了试图以最小化的法的规制确保最大化的自由与安全的世俗宗教性超凡魅力。问题是,不顾法的大量产生与泛滥,随着法的权威与效力的逐渐衰弱,对法秩序的尊重和对法违反的道德性冷漠也在不断强化。

甚至,后现代社会中新的风险的层出不穷也冲击着传统的法思考。“风险社会理论”登场之后,此概念迅速波及社会科学全部领域,其议论的重点在于:一是人为产生的构造性危险将凌驾于在产业社会中人类所面对的预见可能的危险;二是当危险逼近现实性危害时,不仅对其事后的对应是不确定的,恢复因大量危险而导致的侵害在现实上也是不可能的。既然在风险社会中无法彻底排除不安与危险,那么重要的就是只能专注预防最坏的状况的发生。这样,在现代刑法的展开中,意味着事后镇压性刑罚乃至作为最后手段之刑罚的自由主义的、法治国家的刑法观已经成为历史的遗产。于是,出现了试图把刑法作为解决社会问题甚至调整社会问题的最优先手段的倾向。在这一过程中,应对风险社会出现了以一般的、抽象的危险为核心的所谓“风险刑法”(Risikostrafrecht)理论。而且,出现了与不安社会相对应的作为刑法秩序观的“安全刑法”以及“预防刑法”理论。^①甚至出现了与愤怒社会中新的犯罪现象相对应的作为刑法秩序观的“敌对刑法”这种极端理论。^②

^① T. Singelstein and P. Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, 3. Aufl., 2011, p. 425.

^② 风险刑法的功能在于通过刑法介入领域的扩张来扩大可罚性范围,安全刑法功能在于为提高风险刑法的效率性扩张诉讼法上的侦查手段,敌人刑法的功能在于将犯罪者仅视为敌人而不是市民,所以甚至否认其具有自由国家、法治国家所认可的基本权利,进而扩张侵害人的尊严性或基本权的领域[李在日:《憎恶犯罪的刑法位阶设定》,载《关于憎恶犯罪的实态及其对策研究》(韩国刑事政策研究院研究总书11-14),2011年版,第187页]。关于敌人刑法参见G. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 2004.

事实上,在20世纪之后随着社会福祉国家范式的登场,刑法基本观点也从针对过去的镇压性统制思想进化为预防性调整模式。预防思想比起报应思想,积极的一般预防思想比起特殊预防思想更积极为刑事立法的正当性提供了理论依据。进入21世纪之后的现代风险社会,针对各种新的危险,刑法性保护的扩张以及保护领域的扩大成为一种新的倾向。于是,刑法的目的不再是与犯罪作斗争,而是投资、环境、健康、医疗政策的顺畅保障,并从以往的具体法执行的个别性压制向更广范围的问题状况的预防政策上转化。甚至赋予刑法如下政策性机能,即在伦理性准则或行政性指导远不足以改善事态时,将刑法性措施作为最优先手段以此来事先纠正一般人的错误的行为惯行。作为美国联邦法的麦肯法(Megan's Law)、萨拉法(Sarah's Law),华盛顿州的三振出局法(Three strikes and you're out law),韩国的家庭暴力特别法、性暴力特别法、青少年性保护特别法,性买卖防止法,以禁止胎儿性鉴别行为为内容的医疗法上的处罚规定等就是代表性例子。

从目前的现状来看,风险刑法的导入是不可避免的。环境危险大多是通过企业等有组织化的大规模集团的行为发生的,生命工程上的危险也是通过少数专家集团进行与大资本相关的项目研究由所谓“危险的”研究结果增大的。如果说导致大规模无定形风险的主体是企业或某特定集团的话,从预防性立场出发以它们为对象采取风险刑法性手段就是必要的。然而,正如诸多学者所担心的那样,必须要防止因刑罚之滥用使刑事法体系长期积累下来的刑罚限制性工具成为无用之物,并根据预测来限制个人自由的事情的发生。既防止刑罚的滥用又试图预防“因使用无法完全控制的技术而产生的危险”的努力必须要具备均衡性。

(二) 法实证主义的衰退

在后现代主义文化扩张的社会环境中,为判断法体系与刑事政策在维持社会秩序上是否适当,有必要对其论理基础的法实证主义(legal positivism)^①进行深刻地省察。

在历史上,现代性规划占据支配地位的时期,社会构成成员的文化态度与法实证主义之间并不存在大的矛盾。构建合理的法制度以此试图使现实世界维持和平共存的现代性规划与法实证主义的努力并不矛盾。然而,进入文化态度发生变化的后现代社会,法实证主义在如下层面上呈现出内在限界。

第一,难以现实性的维持法体系的统合性(unity)。在后期产业社会中,不仅有立法机关制定的法律,还并存着依据法律之委任的多种立法活动,以及无数的行政法与诉讼法,判例与相似判例,国家诸机关制定的规定和规则,为调节利害关系之对立或矛盾的所有类型的非正式方法等。尤其是,针对元叙事(meta-narratives)^②社会构成成员丧失信赖的状态下,将这些散在的规范进行综合进而构筑一贯性的司法体系在现实上是非常困难的。其结果,以往是承认习惯、传统、国家政策这种共同体规范或对司法制度的权威并加

^① 法实证主义(legal positivism)是形成当前刑事政策之根基的论理基础,也是最具支配性的法哲学(Douzinan & Warrington, 1991)。法实证主义始于试图排除以自然法主义为前提的关于恒定的普遍规范或人类社会基本原则等的思考的主张。法实证主义主张刑事政策的运行应该依赖于明了且一贯的法论理与明确的法用语,并将排除司法机关从业者的主观偏见或恣意信念的合理的刑事司法体系的探求作为最善的目标(金政梧:《法的后现代主义》,载《法学研究》,延世大学法学研究院1996年,第199页)。换言之,法实证主义者们以客观的合理性和一贯的论理性为根据追求刑事政策的真理价值。

^② 利奥塔(Lyotard)将后产业社会的文化环境指称为后现代主义(Post-modernism),其性质在于对黑格尔的“精神辩证法”、达尔文的“进化论”、启蒙主义的“合理的主体解放”这种抽象的普遍性的元叙事(meta-narratives)加以怀疑(Lyotard, Jean Francois, The Post-modern Condition: A Report on Manchester Univ. Press, 1984)。

以受容，但现今则倾向于只依据自身的判断认定合理的东西。

第二，法与规范为具有对社会成员的影响力，其本质必须是为实现社会正义和共同体利益。然而，今天因影像媒体产业的发展，影像和符号的泛滥，比起寻求事物的本质意义，依据状况来把握相对意义的倾向（相对主义认识论）在不断深化。另一方面，依据高度专业化的社会功能单位的分化，各功能领域中的内在合理性和正义的价值规范也有了长足发展，但现今的司法和政治体系却不具备能够操控以知识为基础的经济的高速发展和高度复杂性的设计。其结果，当把法理解为偏向某特定集团时，对于存在不同利害关系或意识形态的集团来说既存的法规范就与自身毫无关联，进而对其加以轻视的可能性就很大。

第三，在与行为人相关联的传统的法概念中，成为问题的是其并不符合现实世界中的行为人。在既存的法思考中所设定的行为人是依据理性的判断实施行为并据此对自身行为承担责任的存在。换言之，是将行为人设定为进行合理思考的理性的存在。事实上，把行为人把握为理性的存在的传统在西方哲学中具有悠久的历史。^①而在传统的法概念中则彻底排除了作为血肉之躯之存在的行为人。实际上，在经营社会生活的行为人在观念世界中并非只依据把周围对象进行概念化、主题化的理性作用进行生活。而且还作为在与周围人们之间的关系中或与对象世界的关系中感受幸福与不安、感受方便与不便、感受负担并受伤的感性的行为人而存在。尤其进入后产业社会后，随着道德上的感性主义^②的扩张，情绪性欲求或喜好这种感性层面发挥着更为重要的作用。在后产业社会中行为人难以对元叙事（meta-narratives）或事物的本质产生确信，所以依据自身的情绪性欲求、感情或喜好为核心进行判断的倾向在增大。如此，在实际社会生活中尽管显现出行为人感性的方面，但法实证主义仍旧只把行为人假设为意识、理性、认识的主体，进而并没有恰当的反映行为人变化的属性。

当前最为核心的问题是，如何把散乱的现代社会的法进行规整，进而据此重新寻求法的任务。这应该从对作为法之尺度的人格存在的人进行总体性洞察开始。结果，作为人格存在的人意味着关系中的人。现实的人是以对自身存在的信赖和安全为基础与其他人共享社会的平和，与自然谋求生态学上的和谐，最终亲近于神的多元关系中的人。现代的法理论，尤其是刑法理论不应该把观念的、孤立的个人而是把多样关系中的人与人作为出发点。在这里，个人的安全与社会的安全，自身的自由与他人的自由之间相互存在密切的关联，而社会性不平等的扩大与不正义的蔓延将成为诱发集团性犯罪的要因。必须承认在此种后现代社会中，单指望刑法来预防犯罪的构想已经到达了限界。

笔者认为，应该重新合理的解释犯罪预防的概念，并从多样的潜在风险管理这种视角中谋求出路，即从镇压模式向预防模式，从预防模式向恢复性模式（Resilience），从封闭社会的社会统制模式向开放社会的社会统制模式的认识转换和重点转移是不可避免的。这

① 笛卡尔主张“我思故我在”由此强调行为人的认知思维层面，康德也主张通过行为人的思维作用规定着、生产着、实现着现象世界，以此发起了为克服主观与客观、自我与世界、认识与存在的分离的哥白尼式的思维方式的革命。现代现象学家胡塞尔也在强调行为入先验的意义构造，主张所有存在者乃至世界在那里都被转变为意义、被对象化，进而成为一般存在的根源范畴或根源领域。

② 意味着在道德判断上不以外部基准为标准，而是以自身的精神需求、感情或喜好为核心的思维体系。追随道德感性主义的人们并不依赖社会规范或普遍基准判断对与错或好与坏，而是在所有价值判断中均以自我为核心，自我的情绪性满足优先发挥着作用。当道德感性主义成为个人化的社会正义（individualized justice）的基础时，就有可能诱发以激情性冲动或个人报复心为原因的犯罪。

是因为，仅以镇压是不能恢复或维持平稳的社会秩序的，而仅以预防也不能完全事先排除所有的社会不安或危险的因素这点，我们已经通过现实生活经验得到认知。如果是这样，为使一个社会不再从危险和灾难中经历更为深刻的社会创伤（trauma），有必要采取促进如下自发能力的统合性政策，即克服被现实化的危险或灾难的痛苦经验并恢复日常的平稳生活状态的能力。^①

四、解决问题之方案

现今，如果想调整法的泛滥进而提高法规范的效力，单纯将法把握为社会体系或意思沟通之合理化工具是不行的。应该将正义的法与社会、正义的法与经济、正义的法与文化、甚至是正义的法与宗教等法的根本性问题作为内容进行全新的考察。为探求法的意义而不是法的技术，重要的是拓展专业领域和基础性理论领域的范畴。同时，也应该努力研修法思考的性质与形成语言、思想的民主过程。这种关于过程的制度论和政策论的探求在实定法的制定和施行中必将成为重要的作业之一。我们不应该忘记，不是人为法而存在，而是法为人存在；法的最高正义理念在于实现人的尊严和价值。

为此，第一，由于法文化所具有的地域特性和世界普遍性这种双重性质，即使在刑法学与刑法实务中，比较研究的必要性与统一法的境域也会进一步扩张。对于法制度与法现象进行比较研究的目的在于，在检讨某一国家如何解决特定社会问题之后，与本国解决社会问题的方案进行比较进而获得建设性的结论。这与介绍他国的法律情报与知识的陈列馆式的陈列形式是不同的。这是分析和综合各自的差异与特殊性进而谋求合理的、人性化的问题解决方案的和谐的商讨之场域，是相互交换各国优秀法文化的传统与经验的交流场所。

通过这种努力，我们能够寻求解决后现代社会部分法难题的方案。如果法想作用于人类的秩序维持和发展，就不能只将焦点放在人的行为上，应该关注包括人的内心和灵魂、甚至对人类的幸福和希望给予关心的人的全部存在。法为成为问题解决的基准并得到遵守，必须以共同体成员对其法制度的构成和运作存在信赖为前提。人类由于时常与未来的不确定性相交鋒，所以必须要对超越自身的普遍真理存在信赖，同理，由于人类时常面对社会矛盾与不安，也期待法的平稳。为构建以人权和民主主义为价值核心的世界和平秩序，主权国家间或者国际社会多样主体间紧密的法律协助就显得更加有必要。为有效应对跨越国境的人身买卖、毒品、伪造商品或走私武器等超国家性犯罪，这种国际刑法上的共同努力就显得尤为重要。

第二，由于面临现代社会新的风险，刑法有必要扬弃传统法治国家刑法观与后现代风险刑法或安全刑法观的两极端，进而辩证的统合现代性与后现代性的范式转换。针对规制可能的过去的非法行为，原则上以柔和的法；面对特殊的危险状况时以事前的预防性进行应对的强硬的法，这乍一看似矛盾的现存刑法状况，为对其进行综合性描述，笔者曾经提出过“三角洲模式”（Delta model）。^② 在流动的但在一定限度内进行分界的对象意义上，笔者把后现代社会新的风险领域称之为 Delta。并试图以此 Delta 模式调和近代以来传承下来的传统刑法原理与应对后现代之难题的风险刑法之间的动态关系性。这里所说的 Delta

^① Gander, Perron, Poscher u. a. (Hrsg.), Resilienz in der offenen Gesellschaft, S. 235 f.

^② 金日秀：《科学技术的发展与刑法》，载《韩日法学研究》第13集，1994年版，第147页。