【刑法理论】

谨防刑法过分工具主义化

谢望原

【摘　　要】法律工具主义虽然有其合理性，但不可绝对工具主义化；同理，刑法工具主义亦具有正当性，但刑法过分工具主义化必将导致国家刑罚权的恶性膨胀和公民个人权利与自由的严重萎缩。刑法过分工具主义化在立法上表现为过度犯罪化，在刑事司法上则表现为司法裁量权与解释权的过度扩张。防止刑法过分工具主义化的基本策略是，立法上坚守刑法乃最后手段立场，司法上彻底贯彻执行罪刑法定原则以及严格限制刑法解释。

【关 键 词】法律工具主义与非工具主义；刑法过分工具主义化；过度犯罪化；刑事司法裁量权；罪刑法定
【作者简介】谢望原，法学博士，中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。
【原文出处】《法学家》（京），2019.1.87～100

德国学者普芬道夫(Samuel Pufendorf)曾经指出：人可以认识自己在生活中遇到的繁纷复杂的客体，人也有能力计划自己将来的行为，使其行为符合特定的模式和目的，并推导出行为的结果；人区别于兽类的是意志。[①]总之，人和动物的根本区别就在于，人的一切行为都是合目的性的，而动物的举动却不具有目的性。所以，人们通过立法和司法的创造活动，就是要设计并获得有效管理社会的法律制度，同时期望达到这一创造活动所要得到的结果，即追求实现特定的价值目标，亦即完成特定的立法与司法保护目的。但是，当今社会立法与司法过分工具主义化的倾向却不能不引起人们的严重关切。而在刑法立法和刑事司法领域，刑法被越来越工具主义化更是令人深感不安。人们有理由担心——如果刑法过分工具主义化，必将导致国家刑罚权恶性膨胀，而公民的个人权利与自由就会随之萎缩。

一、法律工具主义与非工具主义

研究中国法律史的学者曾经尖锐地指出：在传统的中国社会中，法律只不过是治理国家的工具之一，并不具有至尊性。古代封建王朝的法律一方面是威吓民众的工具，另一方面又具有明确统治权限、控制官吏擅断的功能，因此世俗皇权常常凌驾于法律之上，所谓圣王制法，也就是法自君出，这种法律从属于权力的特点，使得中国传统社会呈现出一种明显的“大政小法”格局，法律被要求服从并服务于政治……法律不是中立性、普遍性和自治性的规范，它的发布只是为了实现政府的目的……法家虽然崇尚非道德化、非人格化的客观法律，反对国君对法律的恣意破坏，但法家对法律的态度同样是工具主义的，只不过他们认为法律是一种比道德、礼治更具实效的工具而已。[②]可见，在中国法文化传统中，法律工具主义源远流长，国人似乎很少会怀疑法律的工具主义本质。

不仅如此，即便是在西方法文化传统里，法律工具主义(legal instrumentalism)也是大行其道。西方法律工具主义认为：法律是一种实现人们个人利益或

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

者支持其个人和组织利益和政策的有力工具。换言之,今天的人们普遍认为:“法律是一个能够承载人们欲望的容器,是可以被操控、施行和利用以实现一定目标的工具。”[3]根据美国学者布莱恩·Z.塔玛纳哈(Brain Z. Tamanaha)的研究,“几乎所有如今流传的、关于法律的主要理论和实证观点都是在20世纪60年代和70年代期间发展而来,或根植于这一时期,并用工具主义术语来定义法律……这些学说都将其核心观点建立在‘法律是实现目的的手段’这一基础上。”[4]诚如德国学者鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Jhering)所言:“法律不应该被看作是一种普通法文化的产物,[5]也不是抽象的法律原则或概念,而应该被看作是被个人或组织运用以实现各自目标的工具。”[6]易言之,法律只不过是达到目的的手段。

尽管如此,在学说史上,关于法律的本质,还是存在非工具主义的立论。

早在古罗马时期,西塞罗(Marcus Tullius Cicero)就指出:事实上存在一种符合自然的、适用于一切人的、永恒不变的、真正的法——正确的理性。这个法通过自然的命令鼓励人们履行他们的责任,又通过自己的禁令制止人们为非作歹。它的命令与禁令总是对善良的人们有影响,对恶人并不奏效。用人为法来削弱它,在道义上永远是不正当的。[7]不仅如此,西塞罗的伦理学和法学思想还明确将公正与功利区别开来,他认为,如果一切以是否有利来衡量,那么法律会遭到任何人的蔑视与破坏;区分好的与坏的法律只能凭借自然标准,自然不仅区分合法与非法,而且区分高尚与丑恶。[8]西塞罗这里所言实际上乃是自然法的本质属性。

如果将法律非工具主义的思想作一概括,其基本观点就是:在某种意义上,法律的内容是既定的;法律无所不在;法律的制定过程并非创制而是发现;法律具有某种自治性和内在的一致性;在某种程度上,法律是客观确定的;法律代表了一种约束每个人的预定秩序;法律与信仰有关,而且法律是一门理性的科学;法律有其自身的目的,即实现公平与正义。总之,法律不受制于任何人的意志,也不维护任何人的特定利益,它是全社会的法律。[9]

但是,法律非工具主义观到了20世纪30年代就逐渐衰落了。[10]时至今日,似乎很少有人怀疑法律的工具主义的本质属性,因为,无论是立法还是司法,人们毫无疑问是为了通过立法或司法活动来达到某种目的。尽管如此,一些有识之士还是敏锐地指出:“完全的工具主义法律观会破坏我们的法治”,[11]而这将使“法律体系正处于越来越不像一个法律体系的危险之中”。[12]为了避免法律工具主义走向极端,美国学者诺内特(P. Nonet)和塞尔兹尼克(P. Selznick)提出并论证了“压制型法”(repressive law)、“自治型法”(autonomous law)与“回应型法”(responsive law),继而主张应该在法律工具主义的立场上推行“回应型法”的理念与政策。[13]

二、刑法工具主义及其过分工具主义化体现

(一)刑法工具主义和非工具主义

所谓刑法工具主义(Criminal legal instrumentalism),就是把刑法的本质解释为刑法只不过是国家用以达到特定功利目的的法律工具或手段。用耶林的话来说就是,“将法的目的描述为法和国家源自自身的动力”。[14]刑法工具主义乃是刑法目的理论或功利主义在刑法方面的体现。

以德国哲学家康德为代表的古典刑罚报应论者认为,刑罚的本质就是绝对报应,或者等害报应甚至同态复仇。他坚决反对把人作为“手段”(means)来加以处罚,而强调刑罚仅仅是对犯罪的报应而别无其他欲求。在康德看来,刑事处罚永远不可以仅仅作为促进另一种善的手段而为了犯罪者本人或者为了公民社会来实行,在任何时候,惩罚都只能是因为犯罪人犯了罪才能施加于他,故而“罪过”(guilt)乃是充分且必要的动用刑罚的条件,而不必考虑功利目的;相反,无论能够带来何种好处,故意惩罚一个无辜的人,都是道德和法律上所不能接受的。[15]这显然是一种典型的、彻底的刑法非工具主义法哲学立场。而刑法非工具主义之所以如此排斥刑罚功利目的,则是为了追求刑罚的绝对公正和正义。

康德具有刑法非工具主义典型特质的古典报应

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

论刑罚思想早就受到了学术界的批判,“哲学家们认为,古典报应思想是孤立的、不合理的,缺乏可操作性,主要着眼于过去并且很残忍,这是个人和国家(即古典报应刑论的抽象个人主义)的观念性道德关系的核心缺陷。”[16]但是,当代学者中大力倡导刑法非工具主义的仍然不乏其人。美国学者麦可·摩尔(Michael S. Moore)[17]教授就坚定地指出:刑法的效用就是通过处罚所有且只有那些因为实施了某种道德过错行为而且具有道德可谴责性的人来获得报应的正义。摩尔的这一法哲学立场被英国刑法学家安东尼·达夫(Antony Duff)[18]教授称之为“彻底的非工具主义的、内在主义的刑法目的解释论——刑法没有超越其自身的目的,刑法没有超越处罚那些因其不道德行为而具有可谴责性者的目的”。[19]

不过,如同法律非工具主义被法律工具主义所淘汰一样,刑事古典学派所主张的刑法非工具主义的天真幻想,很快被以李斯特(Franz von Liszt)等为代表的刑事社会学派的目的刑思想所取代。李斯特指出:在人类文化史的初始阶段,刑罚乃是国家对社会成员所实施的危害社会行为的盲目的、本能的、原始的、不受目的思想决定的一种反应;但是,后来的刑罚特征逐渐发生了变化;经验启发人们理解刑法的目的性;由于有了目的思想,刑罚方有其度;刑罚的前提条件(犯罪)及其内容得到了发展;在目的思想统治下,刑罚权属于刑法范畴;未来的任务在于,将已经开始的发展进一步推向前进;将对犯罪的盲目反应转变为符合目的之法益保护。[20]与李斯特同时代的另一位德国学者宾丁(Karl Binding)则认为,刑罚的唯一的法根据应当是它的符合目的性。[21]换言之,在德国刑法学者看来,作为刑法范畴的刑罚,就是国家设计用来保护法益的,国家正是通过创制刑法、施行刑法,从而有效保护国家和社会的整体利益与公民的个人利益。这就意味着,刑法必然或者应当追求功利目的,这是再自然不过的事情。

其实,达夫也认为,对于刑法的工具主义观点,我们也许会认为工具主义的某些解释可能是正确的;一旦确立刑法制度,即使我们认为必须以报应的字眼来证明刑罚的正确性,仅仅是为了谴责和惩罚非道德行为而应创立和维护整个刑法大厦的想法似乎并不合理;至少现代刑法制度之目的的核心部分,必定是通过防止各种引起侵害的行为来保护公民免遭各种危害。[22]

问题在于,国家虽有权通过制定刑法将相关严重危害社会的行为犯罪化,通过刑事司法活动打击与防范犯罪,国家却不可以滥用刑法逮捕和关押公民并将其随意定罪处罚,如果国家为了达到某种功利目的而将刑法过分功利化,即过分工具主义化,那么,国家与社会的整体利益和公民的个人权利与自由均将受到损害。[23]因此在我看来,达夫教授的如下主张是极其正确的:“不能遵从这样的观点——工具主义的效用乃是唯一维持刑法制度的肯定正当理由。”[24]

(二)刑法过分工具主义化之体现

1.立法上的体现

刑法过分工具主义化在立法上的体现就是过度犯罪化(overcriminalization)。所谓过度犯罪化,根据美国学者桑福德·卡迪什(Sanford Kadish)[25]教授的权威解释,如果用刑法强行推行道德准则(如把同性恋、堕胎、赌博、吸毒犯罪化),用刑法来强制社会与商务管理(如将公开醉酒等犯罪化)以及用刑法赋予警察额外的控制社区的权力(如禁止流浪等),这就是刑法(犯罪)过度化。[26]而牛津大学瓦伊纳英国法讲席教授[27]安德鲁·阿什沃思(Andrew Ashworth)则认为:如果刑法超出了其合理功能的范围,如果刑法与行政法的适当界限得不到遵守,这就是刑法过度化。[28]综合前述两位教授的观点,所谓过度犯罪化,就是指国家用刑法去管了那些不该用刑法管理的事务,也就是说,立法者把从一般法社会情感来看本来不应该规定为犯罪的行为,却通过刑法立法将其规定为犯罪,而这样做,立法者就是要通过过度犯罪化来达到严格管控社会的特定功利目的。

近些年来国内外刑法学术界一直关注过度犯罪化的刑法立法动向。由于过度犯罪化一方面过分扩大了国家的刑罚权,另一方面大大压缩或侵蚀了公

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

民的个人权利与自由，因而受到学者们的尖锐批评。美国学者胡萨克(Douglas Husak)教授曾批评美国的刑事立法：显然，今日之美国使用了太多的刑罚，也规定了太多的犯罪；我们过度地使用刑罚和过度地犯罪化了。[29]英国学者虽然没有像胡萨克教授那样公开严厉批评国家过度犯罪化，但他们的研究也指出：在布莱尔(Blair)先生担任英国首相期间(1997～2007年)，英国议会通过的制定法就增设了700多个罪名，[30]而根据《斯通法官手册》(Stone's Justices' Manual)的记载，英国大约有7200个罪名，学者们对如此众多的罪名也颇多微词。也许正因为如此，阿什沃思教授大声疾呼："反对这样的观念是正确的——刑法只不过是立法者为了进一步追求实现任何目的而可以运用的另一个工具。"[31]

中国的刑法立法无疑也存在过度犯罪化问题。有学者指出："虽然这些年来我国刑事案件发案数量激增与经济社会的转型具有密切关系，但是大量刑事案件的出现与修订刑法过程中过度犯罪化具有一定的相关性。"[32]另有学者指出，从我国刑法修正案立法情况来看，"它们无不以扩大国家刑罚权力、缩小或限制公民之自由为内容。这体现了我国刑事立法仍然在工具主义的轨道上前行，国权刑法的观念仍然深深根植在立法者的脑海中，民权刑法的观念离我们仍很遥远。在当前我国社会转型、经济急剧发展的时代背景下，纵或立法者能够找到诸多理由为刑罚权的扩张做辩护……刑法修正案所呈现的紧锣密鼓的犯罪化步伐就值得深刻反省。即或我国刑事立法层官员也毫不讳言地指出，当今我国刑法的犯罪化趋势已经占了绝对主导，'刑法立法已成为我国立法活动中最积极、最活跃的一个方面。这种积极的立法不仅表现为立法活动的频繁，还表现在立法的内容的取向，在历次对刑法的修改中，基本上是增加罪名或加重对某些犯罪的刑罚。'"[33]应当指出，学者们的这些善意批评和提醒，是十分中肯的。关于我国刑法立法的过度犯罪化，笔者认为主要表现在两方面。

其一，将治安违法(行政违法)行为升格为犯罪。治安违法行为是指扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身、财产权利，妨害社会管理，具有一定社会危害性，但尚不足以动用刑罚处罚的违法行为。与一些采取违法犯罪一元化的国家不同，我国对违法犯罪行为采取了二元化模式，即将违法犯罪行为区分为"违反治安管理处罚法的行为"和"违反刑法的行为"，对于前者应当依照《治安管理处罚法》处理；对于后者，应当依照《刑法》处理。虽然这种二元化区分和处理违法犯罪行为的做法在理论上招致过一些批评，[34]但该做法作为一种有中国特色的法律制度受到多数学者和司法实务部门人士的肯定。这一制度的最大优点就在于它可以大大地降低犯罪化程度，从而减少国家刑罚权滥用的机会。但是，近些年来我国的刑法立法——特别是《刑法修正案(九)》(以下简称《修正案九》)中一个值得关注的问题，就是将某些本来应当由治安管理处罚法调整的行为纳入了刑法范围，从而有过度犯罪化之虞。

例如，《修正案九》第31条第3款增设的"组织、资助非法聚集罪"(《刑法》第290条第4款)规定："多次组织、资助他人非法聚集，扰乱社会秩序，情节严重的，依照前款规定处罚(即处3年以下有期徒刑、拘役或者管制)"，就存在过度犯罪化的若干弊端。分析如下：

我国《宪法》第35条规定："中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。"其中，"集会""游行""示威"都不可避免地要"聚集"。由于现实生活中我国公安机关绝大多数情况下不会批准公民的游行、示威，这就会造成只要组织、资助没有获得批准的游行、示威，就属于组织、资助非法聚集，从而为成立本罪留下了无比巨大的解释空间。不难看出，这一新增罪名将可能导致严重妨害公民行使某些宪法权利的不良后果。[35]

对于此类行为，我国《治安管理处罚法》第23条已有明确的禁止性规定，没有必要将其犯罪化。该条规定："有下列行为之一的，处警告或者二百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：(一)扰乱机关、团体、企业、

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

事业单位秩序,致使工作、生产、营业、医疗、教学、科研不能正常进行,尚未造成严重损失的;(二)扰乱车站、港口、码头、机场、商场、公园、展览馆或者其他公共场所秩序的;(三)扰乱公共汽车、电车、火车、船舶、航空器或者其他公共交通工具上的秩序的;(四)非法拦截或者强登、扒乘机动车、船舶、航空器以及其他交通工具,影响交通工具正常行驶的;(五)破坏依法进行的选举秩序的。聚众实施前款行为的,对首要分子处十日以上十五日以下拘留,可以并处一千元以下罚款。”根据全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国刑法释义》对《刑法》第290条第4款的解释:该款的“组织”,是指组织、策划、指挥、协调非法聚集活动;这里的“资助”,则是指筹集提供活动经费、物资以及其他物质便利的行为;“非法聚集”,是指未经批准在公共场所集会、集结的行为。本款规定的“扰乱社会秩序”,是指造成社会秩序混乱,致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗活动等受到严重干扰,甚至无法进行的情况。例如,致使机场、车站、码头、商场、影剧院、运动场馆等人员密集场所秩序混乱……致使国家机关、学校、医院、厂矿企业等单位的工作、生产、经营、教学、科研、医疗活动等中断等。[39]可见,《治安管理处罚法》第23条的规定已经涵盖了《修正案九》第31条第3款(刑法第290条第4款)规定的行为内容。

值得注意的是,在《修正案九》出台之前,原刑法已经规定了有关危害社会管理秩序和公共秩序的犯罪,如聚众扰乱社会秩序罪(原《刑法》第290条第1款)、聚众冲击国家机关罪(原《刑法》第290条第2款)和聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪(原《刑法》第291条)等。应该说,这些犯罪已经与《治安管理处罚法》第23条的规定较好地衔接起来。有关学者在说明《修正案九》第31条修改《刑法》第290条并增设“组织、资助非法聚集罪”的理由时指出:“当前,对于个人扰乱国家机关工作秩序的行为,只能依据治安管理处罚法的规定予以处罚。对于其中情节严重,致使国家机关工作秩序被严重破坏或者造成其他严重损失的,由于不符合‘聚众’的要件,也无法适用聚众扰乱社会秩序罪。从有效维护国家机关正常工作秩序的角度,确有必要对此种行为加以规制……根据有关部门的建议,立法工作机关又提出增加规定多次组织、资助他人非法聚集,扰乱社会秩序的犯罪”。[40]仔细分析,不难发现,这一解释恐怕难以作为增设“组织、资助他人非法聚集罪”(《刑法》第290条第4款)的正当理由。因为“聚众”当然包括“组织聚集”的行为,也包括“资助聚集”的行为,换言之,“组织聚集”与“资助聚集”乃是“聚众”的“共同”范畴的行为,所以,如果行为人组织、资助他人非法聚集严重到足以扰乱社会管理秩序和公共秩序的程度时,根据行为人所实施行为的具体情况,对其按照相关危害社会管理秩序的共同犯罪(聚众扰乱社会秩序罪、聚众冲击国家机关罪,聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪等)论处就可以了。

从刑法谦抑性原则来看,将“组织、资助非法聚集”的行为,作为违反《治安管理处罚法》的行为来定性处罚已经足矣,没有必要对此类轻微违反法律的行为升格为犯罪。现行《刑法》第290条第4款增设的“组织、资助非法聚集罪”与《治安管理处罚法》第23条规定所不同者,主要体现在行为人的法律后果方面——对于前者,将其评价为犯罪,且要处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;对于后者,则评价为行政违法,可处警告或者200元以下罚款;情节较重的,处5日以上10日以下拘留,可以并处500元以下罚款;对首要分子处10日以上15日以下拘留,可以并处1000元以下罚款。从我国违法犯罪二元划分的立场来看,由于组织、资助非法聚集的行为在原有法律框架下,即使不作为犯罪来处理,其行为人(首要分子)也要受到最高10日以上15日以下拘留,可并处1000元以下罚款,这就意味着行为人既要被剥夺最高15日的人身自由(与监禁刑无实质区别),又可能同时被剥夺1000元以下的财产权利(与罚金刑无实质区别),较之于一些国家(特别是那些可以用罚金代替短期自由刑的国家)对于轻罪的处罚来说,我国对此类违法行为的处罚已经不轻了。

其二,新增了并非必要的犯罪。《修正案九》第36

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

条新增设的“泄露不应公开的案件信息罪(《刑法》第308条之一第1款),公开披露、报道案件信息罪(刑法第308条之一第3款)”就是此一方面的适例。根据《刑法》第308条之一规定,新设立的该两罪是要禁止“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人,泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息”,以及禁止有关人员(特别是媒体从业人员)“披露、报道不应公开的案件信息”。就我国司法制度而言,依法不公开审理的案件分别有:(1)依据《刑事诉讼法》第183条规定,有关国家秘密或者个人隐私的案件,不公开审理;涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理;此外,审判的时候被告人不满18周岁的案件,不公开审理(《刑事诉讼法》第274条);(2)依据《民事诉讼法》第134条规定,涉及国家秘密和个人隐私的案件不应当公开审理,离婚案件和涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理;(3)依据《行政诉讼法》第54条规定,涉及国家秘密、个人隐私和法律有专门规定的案件不公开审理;涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。从以上三大诉讼法的规定来看,不公开审理的案件(包括不得公开审理或经当事人申请可以不公开审理的案件)是因为涉及国家秘密、个人隐私(包括离婚案件涉及的婚姻家庭信息等,下同)、商业秘密、未成年人(犯罪)信息,所以为了有效保护相关利益,法律规定涉及这些内容的案件不公开审理,即不可以向社会公开国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人(犯罪)信息。众所周知,不公开审理乃是诉讼法上的一个例外原则,与之相反的则是案件必须公开审理(判)的现代诉讼基本原则。之所以现代诉讼制度把公开审理(案件)作为一项基本原则,就是要全社会充分了解案件审理的信息,从而确保案件审理的公正性。所以,除了上述涉及国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人(犯罪)信息不可以随意泄露、披露或报道外,其他案件信息就没有禁止其传播的法理根据。更何况,现行刑法为了有效保护相关利益,早已规定了泄露国家秘密罪(《刑法》第398条)、侵犯公民个人信息罪(《刑法》第253条之一)、侵犯商业秘密罪(《刑法》第319条)等,如果相关人员泄露或者披露、报道了前列涉及国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人(犯罪)信息,严重到有必要追究刑事责任的,完全可以分别按照前述三类犯罪来处理。[38]其实,诉讼案件中除了涉及国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人(犯罪)信息以外,除非法律法规有明确禁止性规定,还有什么是“不应当公开的信息”呢?[39]因此,国家完全没有必要以刑事处罚的方法来封锁并无保密价值的案件信息。

客观而论,与时俱进地适当扩大犯罪化范围,符合有效保护法益的社会发展要求,也有利于打击和预防犯罪。但问题在于,如果将一般违法行为(甚至并无违法可言的行为)犯罪化,无疑会导致社会防卫与人权保障之间的利益失衡,最终不利于公民权益的法律保障。刑法涉足社会生活越深、越广,就意味着公民所拥有的权利、自由愈小,其中也就愈潜藏着更大的侵犯人权的危险。[40]因此,现行刑法立法的过度犯罪化趋势显然值得深刻反思。

不过,总体上来说,我国刑法立法上即使存在过度犯罪化问题,也远非英美两国刑法上过度犯罪化那么严重。中国的过度犯罪化实际上应当理解为“过分工具主义化”,值得高度关注的问题主要在刑事司法层面。

2.司法上的体现

刑事司法的过分工具主义化恐怕是现代各国所共同面临的法律难题。难怪有西方学者慨叹道:“相信法官能公正客观、不偏不倚地裁判案件,要么幼稚,要么错误”;[41]“法律面临被工具主义压倒的危险,正在不断地丧失生机”,“法律现在已被简单地视为一件工具,被只对谋求个人私利感兴趣的人所玩弄,而不再是贪婪和权力的枷锁。”[42]毋庸讳言,刑法过分工具主义化在我国刑事司法中相当严重。其集中体现就是刑事司法裁量权和刑法解释的过分扩张。而究其原因,是我国长期以来更加重视对社会整体利益的保护而相对弱化了对公民个人权利与自由的保护,以及习惯上认为刑法是有效维护国家政治安全

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

和社会稳定的首要工具这一思维定式所造成的。关于这一点,在司法上的体现就是把本来不该作为刑事案件处理的行为作为犯罪来处理。

[案例1:陈某煽动颠覆国家政权案]甘肃省兰州市人民检察院(以下简称"公诉机关")兰检公诉一诉[2012]120号起诉书指控:2007年7月至2012年3月,陈某在网易、搜狐、新浪等多家网站,用博客或微博发表、转载《向埃及人民学习,我们不想再忍受花言巧语的愚弄》《不当奴化教育的帮凶》《中国特色——领导创造思想》《抗拒民主和法制,全民族都是输家》《我在自己的祖国被自己的仆人欺负》等34篇文章。起诉书认为,陈某通过互联网攻击党和政府,诋毁、诬蔑国家政权与社会主义制度,其行为触犯了《刑法》相关规定,应以煽动颠覆国家政权罪追究其刑事责任。[43]

[案例2:张某宣扬恐怖主义、极端主义案]2016年9月4日晚,张某在北京昌平区回龙观半壁店一出租房内玩微信。当他使用"本·拉登"头像在某微信群聊天时,一个网友说了句"看,大人物来了"。于是,张某就顺着这句话,发了一句"跟我加入ISIS"。2017年5月22日,北京市第一中级人民法院依法公开审理张某涉嫌"宣扬恐怖主义、极端主义罪"一案。该院审理认为,被告人张某法制观念淡薄,在三百多人的公共微信群内以发布信息的方式宣扬恐怖主义、极端主义,其行为已构成宣扬恐怖主义、极端主义罪。鉴于其被抓获到案后能如实供述犯罪事实,且无违法犯罪记录,依法对其从轻处罚,但不能认定为情节轻微。最后,法院判决张某犯宣扬恐怖主义、极端主义罪,判处有期徒刑9个月,并处罚金1000元。[44]

[案例3:黄某非法利用信息网络案]被告人黄某通过语音在名为"穆斯林礼拜"的微信群(成员100人以上)中教他人做礼拜,也在名为"梁堡道堂文化学习"的微信群(成员100人以上)中讲解《古兰经》有关古尔邦节宰牲的内容。法院认为"黄某明知微信群里人数众多……在非宗教活动场所不能从事宗教活动,却私建微信群,进行讲经、教经等非法宗教活动,扰乱了正常的宗教活动管理秩序,违反了我国有关宗教事务管理的法律法规的规定……行为情节严重,社会危害性大,构成非法利用信息网络罪"。[45]

对于案例1来说,公诉机关之所以将被告人陈某诉至法院,显然是基于最大限度地有效维护国家政权稳定的目的,把刑法作为工具用作打击与防范那些颠覆国家政权的行为。公诉机关的动机和其出发点也许并无不当,但是,它在作出起诉决定之前没有认真分析和把握案件事实,最终错误地将一个本来属于宪法保护的言论自由范畴的事实作为犯罪来处理,这就错误地滑向了刑法过分工具主义化的泥沼。我国《宪法》第35条明确规定"中华人民共和国公民有言论自由"的权利;第41条规定:"中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利。"这里所说的"言论自由",包括国家应当允许公民发表一切法律所不禁止的言论自由;这里所说的"批评的权利",包括国家应当允许并接受公民提出的一切法律所不禁止的批评意见。从涉案人陈某在互联网上发表的言论来看,虽然令有些人感到敏感或太刺激,但行为人毕竟没有故意或者恶意地攻击国家政治制度,更没有煽动颠覆国家政治制度和政权之主观目的。因此,当地执法机关将陈某的言论作为《刑法》第105条规定的"颠覆国家政权罪"来处理,显然严重失当。好在几经周折,公诉机关最终作出了撤诉的决定,无论是对被告人陈某本人还是对其他公民以及国家刑法的正确实施来说,该案的处理结果都是值得庆幸的。

第二个案例中的被告人张某就没有陈某那么幸运了。然而,令人深思的是:张某在网上也许不太恰当的言论,是否真的构成了宣扬恐怖主义、极端主义罪?据披露该案信息的《工人日报》报道,北京市昌平区公安分局查扣了张某的手机和电脑,发现除了微信群发布的那句话外,张某没有其他关于恐怖主义的言论。[46]在我看来,如果《工人日报》披露的案情属实,则公安机关、检察机关以及法院对本案的处理和最后的判决,就是一个典型的将刑法过分工具主义化的错误实例。虽然我完全理解办案机关基于有

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

效保护国家与公民不受恐怖主义犯罪侵害的良好动机和目的,但是,却实在不赞同以过分牺牲公民个人权利与自由的代价来为一个错误判决寻找堂而皇之的理由。

第三个案例则涉及宗教信仰自由的问题。我国《宪法》第36条规定:“中华人民共和国公民有宗教信仰自由……国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”因此,信仰宗教或者表达对宗教的信仰以及传播合法的宗教思想,受我国宪法和法律明确保护。本案中,黄某所实施的行为,是在名为“穆斯林礼拜”的微信群中教他人做礼拜,以及在名为“梁堡道堂文化学习”的微信群中讲解《古兰经》有关古尔邦节宰牲的内容。也就是说,黄某所做的只是利用信息网络传播了合法的宗教思想。而传播合法宗教思想乃是宗教信仰自由的重要内容,故此,无论是以传统方式还是以信息网络方式传播宗教思想,只要其内容合法,无论如何也不能因为其传播方式的改变而异化为犯罪。可见,当地法院认定黄某行为属于“在非宗教场所从事宗教活动”,违反了《宗教事务条例》第12条[47]与第20条[48]规定,因而构成非法利用信息网络罪,这恐怕就是偏离刑法基本理论与罪刑法定基本原则的任意扩大刑法解释适用。如果对该案进一步深入分析,不难发现,当地法院认定黄某构成非法利用信息网络罪,显然是基于将《刑法》第287条之一规定的“违法犯罪”做了任意扩大解释,即将该条所说的“违法犯罪”解释为“泛指一切违法和犯罪”。按照此一观点,只要利用信息网络发布了虚假信息,即有可能构成非法利用信息网络罪。如果这样的逻辑能够成立,利用信息网络发布西游记或者聊斋志异的鬼神故事,都有可能构成非法利用信息网络罪——因为国家法律、法规禁止宣传封建迷信。这显然是毫无根据地扩大了非法利用信息网络罪的适用范围。其实,根据法律解释的一般原理,法律解释不能违背宪法规范的规定,即解释的结果应具有合宪性。其含义有二:首先,解释结论不得超出刑法用语可能文义的范围,超出可能文义范围的解释,就违反了法治国原则,因而是违宪的;其二,解释结论虽然在刑法用语可能文义之内,但与宪法精神相冲突,也是违宪的。可见,审理该案的法院将利用信息网络传播合法宗教的行为解释为“违法犯罪”,从根本上违反了我国《宪法》第36条的规定,因而是错误的。

三、如何防范刑法过分工具主义化

当今世界各国的刑事立法、刑事司法与刑法学者们共同面对的课题乃是——如何在国家或社会整体利益保护与公民个人权利与自由保护之间,找到一个适当的平衡点。然而,这个平衡点究竟在哪里?或者应当怎样来确定这个平衡点?这是一个极其难以回答的问题。就连专门研究“法律工具主义对法治的危害”的著名美国学者布莱恩教授,也未能告诉我们“当为何为”,他也只是阐述了“当下的窘境”。[49]但是,这并不妨碍笔者去探寻如何防止刑法工具主义的泛滥。

(一)坚守刑法乃最后手段立场

卢梭(Jean Jacques Rousseau)曾经指出:“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量。”[50]所以很久以来,刑法一直作为“保障法”而存在——它应当是国家在处理社会矛盾时不得已的最后手段,亦即刑法乃是国家运用道德的、民事的、行政的等其他手段不能有效管理社会时,才可以动用的法律手段。虽然这一理念在学术层面已经达成广泛共识,但在刑法立法和刑事司法层面恐怕远未形成共同认识。[51]特别是中国立法者,似乎总是认为刑法手段是解决社会矛盾的最好办法。自从1997年《刑法》修订以来,中国已经颁布10个刑法修正案,6个涉及刑法问题的决定(单行刑法),15个刑法立法解释,以及数以百计的刑事司法解释。其中新增罪名63个,修改完善罪名数十个。但是这种做法受到了一些学者的质疑。“有学者指出,1979刑法颁布至今(实为1997年刑法修订以来,引者注),刑法以年均(每两年)一次的频率修改着,如此频繁的刑法修改,不但在古今中外刑法立法史上绝无仅有,而且在世界刑法立法史上,恐也无出其右。还

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

有学者批评道,综观八部刑法修正案,新增罪名30余个,它们无不以扩大国家刑罚权力、缩小或限制公民之自由为内容。我国应该停止以犯罪化为内容的刑事立法。"[52]必须指出,这种偏爱以刑法手段治国的做法和理念是极其危险的。这正如另一位学者所言:"崇尚刑法的情结和法律工具主义的价值观根深蒂固,把刑法当作有效对付和惩罚犯罪的灵丹妙药,一遇到社会失范现象,首先想到的就是动用刑法进行干预和调整"。[53]但是,刑法的过度工具主义化很容易破坏罪刑法定原则和危及刑事法治乃至整个法治。

因此,国家立法机关理当回归刑事法治的本源,坚守刑事法治乃社会治理最后手段的底线,十分谨慎地进行刑法立法,只能将那些其他手段不能解决的社会矛盾交给刑法来处理,而切不可以"刑法万能论"的思维去过度犯罪化,更不能将"全面推进依法治国"错误地理解为"全面推进依刑法治国"。

(二)彻底贯彻执行罪刑法定原则

罪刑法定已经在1997年刑法修订时被确认为我国刑法的一项基本原则。但是,法律上规定是一回事,司法实践中认真贯彻执行却是另一回事。李洁教授在其《论罪刑法定的实现》一书中指出:"刑法中规定罪刑法定并不意味着罪刑法定的实现,只是中国要实现罪刑法定的宣言,在中国现有状况下,罪刑法定的实现之路还相当漫长"。[54]应当肯定,此言实乃切中时弊的警世呼喊——一个不能回避的事实就是,我国刑事司法实践中存在诸多违背罪刑法定原则的问题。

前引第二个案例的定罪处罚,就是一个突破罪刑法定原则的实例。该案最值得质疑的就是——被告人张某的行为是否符合《刑法》第120条之三所规定的宣扬恐怖主义、极端主义罪[55]的构成要件?亦即认定张某构成宣扬恐怖主义、极端主义罪是否符合罪刑法定原则?对此,笔者持否定立场。

所谓宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动犯罪,是指以制作、散发宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品,或者通过讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义,或者煽动实施恐怖活动的行为。该罪无疑属于"恐怖活动犯罪"的范畴。根据《反恐怖主义法》第3条规定:"本法所称恐怖主义,是指通过暴力、破坏、恐吓等手段,制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产,或者胁迫国家机关、国际组织,以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。本法所称恐怖活动,是指恐怖主义性质的下列行为:(一)组织、策划、准备实施、实施造成或者意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱等严重社会危害的活动的;(二)宣扬恐怖主义,煽动实施恐怖活动,或者非法持有宣扬恐怖主义的物品,强制他人在公共场所穿戴宣扬恐怖主义的服饰、标志的;(三)组织、领导、参加恐怖活动组织的;(四)为恐怖活动组织、恐怖活动人员、实施恐怖活动或者恐怖活动培训提供信息、资金、物资、劳务、技术、场所等支持、协助、便利的;(五)其他恐怖活动……"

被告人张某的行为,可能牵涉到是否属于《反恐怖主义法》第3条第2项规定的行为,即是否"宣扬恐怖主义"。考虑到《反恐怖主义法》和《刑法》的关系,前者属于宪法性质法律,后者属于部门法,故前者属于上位法,后者乃是下位法。在认定某一行为是否构成刑法规定的恐怖活动犯罪时,应当援引和充分考虑上位法——《反恐怖主义法》的相关规定。而根据《反恐怖主义法》第3条第1款的定义,就意味着,《反恐怖主义法》明确将恐怖活动犯罪规定为目的犯,即恐怖活动犯罪必须具有"实现其政治、意识形态等目的",虽然刑法关于恐怖活动犯罪的具体法条(如第120条之三)没有规定作为主观构成要件的特定目的,但是,由于作为上位法的《反恐怖主义法》第3条第1款已经作出具体而明确的"目的"规定,那么,司法机关在认定被告人张某的行为是否成立宣扬恐怖主义、极端主义罪时,必须要求公诉机关举证证明张某具有"实现其政治、意识形态等目的",或者说"实现其政治、意识形态等目的"乃是宣扬恐怖主义、极端主义罪的主观构成要件,只有行为人的行为满足刑法规定的构成要件时,才能认定构成犯罪。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

这是罪刑法定的应有之意。否则,仅凭一句搞笑或者恶作剧的“跟我加入ISIS”,恐怕就不能认定张某实施了宣扬恐怖主义、极端主义的行为。[56]

如果说张某案在认定上存在失误,这就是没有认真贯彻执行罪刑法定原则。其实,近些年来,媒体披露的有关被作为犯罪处理而事实上可能并不成立犯罪的案件并不少见。例如,谭某涉嫌煽动颠覆国家政权案。从2001年起,重庆师范大学副教授谭某花费三年多的时间对重庆长寿湖20世纪50年代的反右事件进行调查,在其调查研究尚未完成时,2002年他被当地公安机关以涉嫌“煽动颠覆国家政权罪”而抓捕,并被指控“收集社会黑暗面”材料,在被关押32天后,谭某被取保候审1年。[57]这种以刑事手段来对待和处理学术研究问题的做法,就是典型的打着维护国家政权稳定的旗号而将刑法极端工具主义化,而要避免这样的悲剧重演,就必须严肃认真地贯彻执行罪刑法定原则,对于那些根据罪刑法定原则不应当认定为犯罪的行为,就应该排除在犯罪之外。

(三)严格限制刑法解释

为了正确执行和适用刑法,最高人民法院、最高人民检察院制定了大量实体刑法方面的司法解释。应当肯定,这些刑事司法解释较好地促进了刑法的正确理解与执行。但是,在过去的刑法司法解释中,也存在一些不容忽视的过分工具主义化的问题。比如,2013年9月最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题解释》(以下简称《解释》)的某些条文,就有明显将刑法解释过分工具主义化的倾向。《解释》第5条第1款规定:“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚”;第2款规定:“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚。”《解释》出台后,虽然有学者撰文认为该解释是“一个较为科学合理的刑法解释”,主张公共场所也包括网络空间,[58]但是,更多的还是学术界的非议与批评。[59]

《解释》之所以受到诸多否定评价,是因为解释者为了追求有效管控网络言论和遏制谣言以及其他虚假信息的功利目的,而严重背离了刑法解释必须遵循的基本逻辑——不合理地把在“信息网络”上发表的一些言论等纳入“寻衅滋事罪”的范畴,从而不合逻辑地扩大了寻衅滋事罪的范围。分析说明如下:

首先,寻衅滋事罪是由1979年《刑法》规定的流氓罪分解而来,它的显著特点乃是危害行为与危害后果当场相继发生。如《刑法》第293条第1款第2项规定:“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人,情节恶劣的”,这是构成寻衅滋事罪的一个客观要件。该行为通常表现为在现实生活中,行为人当场(直接、当面)针对被害人实施“追逐、拦截、辱骂、恐吓”行为,其“情节恶劣”也表现在当场。现在的《解释》第5条第1款规定:“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚”,这就是把发生在网络上的言词(虚拟空间的“辱骂、恐吓他人”)当作现实生活中当场发生的寻衅滋事行为,这显然不符合寻衅滋事只能发生在现实生活中“当场”的这一经验事实。换言之,寻衅滋事的实行行为只能当场针对被害人实施,这就好比强奸罪的实行行为只能针对被害人当场实施而不能在网络上实施一样。

其次,信息网络只是文字载体,其与传统文字载体差别在于:传统的文字载体通常是报刊、杂志、书籍等纸质媒介,信息网络文字载体本质上以电子媒介为特征,除此以外,并无不同。如果说在信息网络发表“辱骂、恐吓他人”言论构成寻衅滋事罪,那么,在报刊、杂志、书籍等纸质媒介上发表同样言论是否也构成寻衅滋事罪?如果答案是肯定的,那么为什么前引司法《解释》仅规定“利用信息网络辱骂、恐吓他人”构成寻衅滋事罪,而不把利用报刊、杂志、书籍等发表“辱骂、恐吓他人”言论构成寻衅滋事罪?

最后,因为《刑法》第293条第1款第4项规定的

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

寻衅滋事表现为“在公共场所起哄闹事,造成公共场所秩序严重混乱”,《解释》第5条第2款规定实际上把信息网络空间解释成了“公共场所”。那么,信息网络空间是否属于公共场所呢?答案无疑是否定的。诚如张明楷教授所言:“网络空间属于公共空间,但是,公共空间不等于公共场所。”[60]《刑法》第293条第1款第4项规定的公共场所是特指供人活动的场所,其特点乃是现实生活中的人们(公众)可以自由出入,而信息网络空间无法成为人自由出入的场所,因为作为寻衅滋事侵害对象的人,其本身无论如何是无法进入信息网络空间的。

现行司法解释中,未经严肃论证和思考的任意扩大犯罪范围的解释并非个别现象。这些解释以追求社会整体利益保护的最大化为目的,事实上却严重侵蚀了公民个人权利与自由。此外,在刑事司法实践中,一些司法人员也存在任意扩大解释刑法条文含义,且以自己不当的理解来适用刑法,把一些本来不该作为犯罪处理的言行作为犯罪来处理的情况,[61]其经验教训至为深刻。

结语

无论是法律工具主义与非工具主义之争,抑或刑法工具主义与刑法非工具主义之辩,以及刑法过度工具主义化,均属于法哲学或刑法哲学的思辨范畴。在一定意义上也属于法律政策或者刑事政策讨论的范畴。本文的学术立场不是要全面否定刑法工具主义,而是强烈主张防止刑法过分工具主义化。至于如何有效防止刑法过度工具主义化,本文也只是提出了一些未必完全成熟的设想。但是,从刑法立法和刑事司法两方面思考问题,积极探索有效防止刑法过分工具主义化的方略,这应该是避免刑法过分工具主义化首先要做的工作。

注释:

①参见[德]塞缪尔·普芬道夫:《人和公民的自然法义务》,鞠成伟译,商务印书馆2010年版,第60-63页。

②参见林乾、罗洪:《法言:中国古代法治箴言》,党建读物出版社2016年版,序言,第5-8页。

③[美]布莱恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第1页。

④同注③,第165页。

⑤耶林这里实际上是针对英国普通法而言的。在爱德华·柯克爵士(Sir Edward Coke,1552-1634)看来,理性是普通法的灵魂,不符合理性的东西就不是法律,理性还是法律的生命。所以那个年代的法律,就是指普通法。参见[英]托马斯·霍布斯:《哲学家与英格兰法学家的对话》,姚中秋译,上海三联书店2006年版,第3页。

⑥转引自注③,第90页。

⑦参见徐大同总编:《西方政治思想史》(第一卷),天津人民出版社2006年版,第437-438页。

⑧参见注⑦,第439页。

⑨参见注③,第15-16页。国内有学者将法律非工具主义观归纳为:“法律是先验存在的,是永恒不变的;法律是客观的,而不是人类意志的产物,也不代表任何人的利益;法律具有自治性和整体性;法律是被发现的,而不是被创造的。”焦海博:《法律信仰的神话:美国工具主义法律观研究》,清华大学出版社2017年版,第30页。

⑩参见注③,第26-27页。

⑪同注③,第349页。

⑫同注③,第319页。

⑬参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版。有学者对该书提出的三种类型法律观作了归纳:压制型法和回应型法在总体上是工具主义的。压制型法在现实中主要对应的是国家主义的法律工具论,在另一层面上,则对应的是一种一元主义的法律工具论——即法律所反映和体现的是单一性的利益或利益的集合,只为一种(阶级的或集体的)主体服务。回应型法则要求所有的法律均须符合正当的目的原则,因此,其所体现的利益和调整的对象必定是多元的和变动的。回应型法更加注重作为主体的个体之间的实质上的公平或正义。而自治型法在总体上不是法律工具主义的,它更符合形式的或逻辑的法律标准,更强调法律的绝对权威和稳定性,因而在一定程度上是僵硬的。这种法律,在本意上一般是善的,但常常是不符合实质正义的。参见肖明明:“法律的工具性与目的性”,载《人民法院报》,2015年2月6日。

⑭转引自[德]李斯特:《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4页。

⑮参见[美]杰弗里·墨菲:《康德:权利哲学》,吴彦译,中国法制出版社2010年版,第147-148页。

⑯[英]艾伦·诺里:《刑罚、责任与正义》,杨丹译,中国人民大学出版社2009年版,第5页。

⑰现为美国伊利诺伊大学(University of Illinois)法学院Charles R. Walgreen,Jr.讲席教授,是当代美国著名刑法学家。

⑱现为美国明尼苏达大学法学院Russell M. and

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

Elizabeth M. Bennett 卓越讲席教授，曾长期在苏格兰 University of Stirling 任教，他在1996年当选爱丁堡皇家学会会员(a Fellow of the Royal Society of Edinburgh)，2004年成为英国科学院院士(a Fellow of the British Academy)，并在2008年获得奥斯陆大学名誉法学博士学位。

⑲ See Antony Duff, "Theories of Criminal Law," Stanford Encyclopedia of Philosophy, 14 May, 2013, available at the website of stanford university, https://plato.stanford.edu/entries/criminal-law/, Visited February 20, 2018.

⑳参见注⑭，第6页。

㉑参见注⑭，第3页。

㉒同注⑲。

㉓这也就是德国学者耶林广为流传的名言"刑罚乃双刃剑，用之不当，则国家与公民两受其害"的实质所在。

㉔同注⑲。

㉕Sanford Kadish 教授是一位著名的美国刑法学者，曾经参与起草影响深远的《模范刑法典》(Model Penal Code)。

㉖ See Andrew Ashworth, "Conceptions of Overcriminalization", 5 Ohio State Journal of Criminal Law, 407(2008).

㉗Charles Viner 在1755年捐资1.2万英镑给牛津大学，用于奖励那些大师级学者。牛津大学据其愿望，设立了"Vinerian Professorship of Common Law"，后来一般称之为"Vinerian Professorship of English Law"。Andrew Ashworth 在1997年至2012年期间，在牛津大学受聘该职位。

㉘参见注㉖。

㉙ See Douglas Husak, Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, 2008, p. 4.

㉚ See Card, Cross & Jones, Criminal Law, 18th edition, Oxford University Press, 2008, p. 21.

㉛同注㉖。

㉜齐文远："修订刑法要避免过度犯罪化倾向"，《法商研究》2016年第3期，第11页。

㉝刘艳红："我国应该停止犯罪化的刑法立法"，《法学》2011年第11期，第109页。

㉞如有学者认为："我国对于一般违法行为与犯罪采用的是分开立法的模式。但是分开立法的基础并不是征表社会危害性的行为模式，而是实质的社会危害性。可是实质社会危害性的判断在大多数相对应的条文中缺乏明确的标准，所以不可避免地造成司法上的混乱与裁决结果的不均衡。而且这种混乱与不均衡在当前的这种立法模式下仅仅通过实质解释或司法解释难以得到有效地解决。"吴学斌："治安管理处罚法与刑法的外在冲突与内在协调"，《深圳大学学报(人文社会科学版)》2009年第6期，第86页。

㉟其实，为了打击与防范集会、游行与示威过程中可能出现的犯罪，《中华人民共和国集会游行示威法》第29条以附属刑法的立法模式明确规定："举行集会、游行、示威，有犯罪行为的，依照刑法有关规定追究刑事责任。"同时，该条第2、3、4、5款专门规定了相关具体禁止行为。这说明更没有必要在刑法中专门再增设一个可能涉及游行、示威的新罪。

㊱参见郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》(第6版)，法律出版社2015年出版，第513页。

㊲喻海松：《刑法的扩张：〈刑法修正案(九)〉及新近刑法立法解释司法适用解读》，人民法院出版社2015年版，第231页。

㊳行为人泄露、披露、报道了国家秘密和商业秘密，按照泄露国家秘密罪和侵犯商业秘密罪论处，应该不会有争议。而对泄露、披露、报道个人隐私或者未成年人(犯罪)信息，是否可以按照侵犯公民个人信息罪论处，可能存在分歧。但在我看来，《刑法》第253条之一的规定完全包括了泄露、披露、报道个人隐私以及未成年人(犯罪)相关信息。侵犯公民个人信息罪的构成要件中有两个核心要素，一是"提供"，二是"个人信息"，而无论从词汇含义还是从理解习惯来看，将"泄露、披露、报道"解释为"提供"，以及将"个人隐私"和"未成年人(犯罪)信息"解释为"个人信息"，这无疑不存在任何障碍。根据《网络安全法》(2016)第76条第5项和2017年5月8日"两高"《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定："个人信息"，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括但不限于姓名、个人生物识别信息、身份证件号、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。可见，"个人信息"乃是一个含意极其丰富的概念。

㊴全国人大法工委刑法室有关人员指出："不应当公开的信息，是指公开以后可能对国家安全和利益、当事人受法律保护的隐私权、商业秘密造成损害，以及对未成年人的身心健康造成不利影响的信息……也包括其他与案件有关的不宜为诉讼参与人以外的人知悉的信息，如案件实施细节、诉讼参与人在庭审时发表言论的具体内容、被性侵犯的被害人的个人信息等。对于未成年人犯罪案件，未成年犯罪嫌疑人、被告人的姓名、住所、照片、图像以及可能推断出该未成年人的资料，都属于不应当公开的信息。"(臧铁伟、李寿伟主编：《中华人民共和国刑法修正案(九)条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2016年版，第272-273页。)显然，这些所谓"不应当公开的信息"，均已包含在国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人(犯罪)信息之中了。虽然"案件实施细节、诉讼参与人在庭审时发表言论的具体内容"有的可能并非前面所说的那四类"信息"，但是，以刑法来禁止这样的信息传播，显然令人有"割鸡焉用牛刀"的遗憾。

㊵参见游伟、谢锡美："犯罪化原则与我国的'严打'政策"，《政治与法律》2003年第1期，第36页。

㊶同注③，第329页及封底文字。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

㊷同注③,封底文字。

㊸2012年12月14日,被控“煽动颠覆国家政权罪”的兰州失业教师陈某收到法院裁定,兰州市中级人民法院准许检察机关撤回起诉,陈某重获自由。该案案情载百度网https://zhidao.baidu.com/question/1306059332738611019.html,2017年10月7日访问。

㊹参见杨召奎:“一农民工因在微信群发表涉恐言论被判刑”,载法制日报网http://www.legaldaily.com.cn/society/conten/2017-09/21/content_7325852.htm,2017年10月9日访问。

㊺参见新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院(2017)新40刑终78号刑事判决书。

㊻参见注㊹。

㊼条文内容为:“信教公民的集体宗教活动,一般应当在经登记的宗教活动场所(寺院、宫观、清真寺、教堂以及其他固定宗教活动处所)内举行,由宗教活动场所或者宗教团体组织,由宗教教职人员或者符合本宗教规定的其他人员主持,按照教义教规进行。”

㊽条文内容为:“宗教活动场所可以按照宗教习惯接受公民的捐献,但不得强迫或者摊派。非宗教团体、非宗教活动场所不得组织、举行宗教活动,不得接受宗教性的捐献。”

㊾参见注③,封底,耶鲁大学法学院教授Robert W. Gordon的评论文字。

㊿[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2011年版,第70页。

(51)美国学者胡萨克教授指出:“现在,大约有210万美国人被监禁于各类监狱中,650万人处于美国刑事司法制度的监督之下。这个数字在民主管理国家实务的历史上是史无前例的。”(参见[美]道格拉斯·胡萨克:《刑法哲学》,谢望原等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第二版序。)这说明美国似乎也认为刑事手段是一种不错的解决社会犯罪问题的好方法。

(52)何荣功:“社会治理‘过度刑法化’的法哲学批判”,《中外法学》2015年第2期,第527页。顺带说明,如果加上《刑法修正案》(九)和(十),新增罪名就更多了——《刑法修正案(九)》新增罪名20个,《刑法修正案(十)》新增罪名2个。

(53)张建军:“最后手段性:现代刑法的基本理念”,载《光明日报》2014年9月17日。

(54)李洁:《论罪刑法定的实现》,清华大学出版社2006版,前言。

(55)该条规定的犯罪完整称谓是“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动犯罪”,本来是一个选择性罪名。因为涉案被告人没有煽动实施恐怖活动,故法院以“宣扬恐怖主义、极端主义罪”来定罪。

(56)事实上,警方通过搜查张某的手机和电脑,发现除了微信群发布的那一句话外,没有发现张强涉及任何其他关于恐怖主义的言行。

(57)参见朝阳生活之窗http://www.huatianhouse.com/guonei/20170930/627.html?from=singlemessage,2017年10月10日访问。

(58)参见曲新久:“一个较为科学合理的刑法解释”,载《法制日报》2013年9月12日。

(59)如李晓明教授认为,信息网络与《刑法》第291条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪所列明的公共场所的性质显然不同,其虚拟性与公共场所的现实场所和物质设施的基本内涵要求不符,将信息网络空间解释为公共场所,有类推解释之嫌。参见李晓明:“刑法:虚拟世界与现实社会的博弈——从两高‘网络诽谤’解释说开去”,《法律科学》2015年第2期,第122页;类似的批评观点,见张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第1065-1067页。

(60)同注(59),张明楷书,第1066页。

(61)2006年发生在重庆的“彭水诗案”即是适例。基本案情:2006年8月15日,公务员秦中飞写了一条名为《沁园春·彭水》的短信,因内容针砭时弊而被以“诽谤罪”批捕关押,40余人牵连其中。秦中飞在2006年8月31日被公安机关带走关押,9月1日被刑事拘留,9月11日被执行逮捕,9月28日,变更为取保候审,总共关押29天。后来,在社会舆论的强大压力下,2006年10月24日,彭水县公安局对秦中飞宣布无罪释放。

参考文献:

[1]徐大同总编:《西方政治思想史》(第一卷),天津人民出版社2006年版.

[2][德]李斯特:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版.

[3][美]布莱恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版.

[4]Andrew Ashworth, Conceptions of Overcriminalization, 5 Ohio State Journal of Criminal Law, 2008.

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/