

【刑法总论】

重申刑法谦抑主义

——兼对反思论的辩驳

石聚航

【摘要】近年来反思刑法谦抑主义的观点日渐流行。然而,反思论无论在立场还是具体观点和理由上均有偏颇。谦抑主义既非宏大叙事更不是刑法虚无主义。刑法满足现实社会需求并非判断刑法合理性的唯一标准,刑法的固有属性和刑法理论适度的批判性决定了谦抑主义并未过时,用比例原则替代谦抑主义并不可行。谦抑主义不仅没有被滥用,反而存在贯彻不利的困境,社会治理现代化下的犯罪治理无法导出立法克减谦抑的结论。将谦抑主义还原为罪刑法定原则下的子原则会矮化谦抑主义。在立法活性化时代,前置法划定的违法范围是刑法立法增设新罪的边界。谦抑主义下轻罪的立法应当侧重罪名分解以及对欲规制行为与既有罪名关联度的判断。在司法上可从制度性调控和教义学调控两个方面推进非犯罪化的实现。

【关键词】谦抑主义;非犯罪化;罪刑法定原则;刑事政策

【作者简介】石聚航,华中师范大学法学院副教授。

【原文出处】《环球法律评论》(京),2024.3.66~80

【基金项目】本文为作者主持的2019年度国家社会科学基金后期资助项目“刑法交互解释研究”(19FFXB037)的研究成果。

一、问题的提出

为了回应立法活性化的趋势,谦抑主义在刑法理论中经历了从一度首肯到反思热的转折。有学者在考察谦抑主义的流变后,对肯定谦抑主义的具体观点进行了多维度的审视,主张应当将其降为罪刑法定原则的子原则,虽不否认谦抑主义本身蕴含的积极价值,但都认为应避免对谦抑主义过度彰显和迷恋,从而导致谦抑主义语境下的刑法虚无主义。^①作为刑法理论的根基性问题,谦抑主义不仅关涉刑法的基本立场和价值取向,而且涉及诸如犯罪化、非犯罪化、刑事政策等问题,须谨慎对待。

由于刑法关涉普通民众的重大利益,为避免刑法立法和司法过度干预社会生活,谦抑主义对于限制国家刑罚的肆意发动具有重要作用。刑法谦抑主义是指“应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施),获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪”。^②然而,在刑法立法活性化的当下,反思谦抑主义的研究日渐涌现,但是综合现有文献,反思论实际上并未完全否定谦抑主义的重要性,或是认为我国刑法谦抑主义有别于西方,^③或是主张应当用比例原则置换谦抑主义。^④与此同时,肯定谦抑主义的学者则极力批判刑法过度干预社会、^⑤刑法蜕变为社

会管理法等弊病。^⑥谦抑主义在当下中国走到了十字路口。

鉴于此,有必要仔细考察反思论的立场和具体理由,澄清关于谦抑主义的理论误区,并在立法活性化时代重释谦抑主义的理论内核,明确谦抑主义的实践定位和具体路径。

二、对反思论基本立场的商榷

反思论的基本立场呈现两种观点,一种观点在肯定谦抑主义积极意义的基础上,指出谦抑主义不是刑法的本质。只有在满足现实生活对刑法基本需求的基础上,践行谦抑主义才是合理的和可期待的。^⑦另一种观点则认为,比例原则比谦抑主义更胜一筹,应当用比例原则替换谦抑主义。^⑧但上述立场均值得推敲。

(一)满足现实生活基本需求并非判断刑法合理性的唯一标准

诚然,任何法律都需要与社会发展相适应,但问题是,适应的标准如何判断?刑法积极增设新的罪名是否一定满足了现实生活的需求?对此最基本的判断或许是增设新罪能否有效遏制犯罪?然而,这种判断并不全面。例如,醉驾入刑后,的确降低了醉酒驾驶机动车造成的事故,有效地遏制了这一犯罪的势头。但是,在危险驾驶罪跃居首罪的当下,醉驾者子女入学、入伍的政审问题,表明醉驾入刑不利的后果已辐射到隔代的利益。所以,满足现实生活需求不能只是一味强调刑法规范满足公共治理的需求,同时还要积极评估增设新罪可能带来的社会问题。“每年将30万左右的人贴上罪犯标签并使之承担过重的犯罪附随后果,甚至沦为社会的对立面,这无论对于国家、社会还是危险驾驶者个人来说,都是巨大损失,属于司法和个人的‘两败俱伤’。”^⑨头痛医头脚痛医脚式的立法虽然可能在短时间内回应了民众的关切,但由于缺乏体系性考虑反而会徒增新的问

题。倘若通过改良车辆装置等技术问题,如安装相应的设备导致醉酒时无法启动车辆等,^⑩醉驾自然就无入罪的必要性。

其实,即便就醉驾本身而言,司法认定中的相关问题也并非没有争议。例如,对于“机动车”的判断,实践中醉酒驾驶超标电动车的行为也被认定为犯罪。有的裁判指出,机动车与非机动车的分类在逻辑上是排斥关系,非此即彼,既然未超标电动自行车属于非机动车,那么,运用反向解释方法可知,可以将时速超过20公里的电动车认定为机动车。^⑪然而,国内电动自行车仍执行1999年出台的《电动自行车通用技术标准》,早在2009年,中国自行车协会的专家就表示,目前电动自行车标准数年不变,太滞后于经济发展。^⑫以如此滞后的标准来认定醉驾中的“机动车”,恰恰反映的是刑法没有充分满足现实生活的基本需求。至于醉驾判断标准的问题则更为突出,由于以往实践中坚持形式标准,导致了诸多匪夷所思的案件,行为人为饮/食用藿香正气水(酒精型)、蛋黄派、臭豆腐(白酒泡制),经过呼吸测试达到每100毫升血液中酒精含量超过80毫克的,也被认定为危险驾驶罪。^⑬或许正是认识到上述问题,最高司法机关数次出台司法解释,纠偏醉驾一律入刑的机械做法,这正是谦抑主义在司法中贯彻的有力注脚。

(二)当前刑法立法是否存在过度犯罪化是取舍谦抑主义的关键问题

追根溯源,谦抑主义是对刑法固有属性的一种反思性理论,即对立法和司法扩大化处罚的合理制约,而非完全否定增设罪名。是否首肯谦抑主义与我国当前刑法是否存在过度犯罪化的问题相关。否定的观点认为,我国刑法应当采取积极主义刑法的立场,^⑭与国外刑法相比较,我国刑法中的罪名较少,尚有较大的犯罪化空间。肯定的观点认为,“在刑法干预前置化已然成为现实并且

还有继续扩大适用趋势的背景下,我们要审慎研究这一现象,不能任由其无限度地发展。”^⑤本文认为,否定说的观点难言合理。其一,与国外横向对比缺乏共同的平台。众所周知,我国刑法采取行政处罚和刑法制裁二元体系,加上刑法立法采取定性和定量相结合的方法,必然造成了我国刑法罪名比欧洲有些国家刑法罪名少的情况。以国外罪名多,我国罪名少来反思谦抑主义无视了中外制裁体系的差异性。其二,迄今为止,我国刑法采取的是统一立法模式,而域外许多国家和地区大量采取单行刑法和附属刑法,单行刑法和附属刑法的罪名在统计时也一并计算在内,这自然会得出我国刑法罪名少的结论。其三,对于诸多新增设的罪名,在立法修订前也存在处罚的情况。如在增设袭警罪之前,袭警可以成立妨害公务罪,刑法增设袭警罪的目的无外乎加大对特殊类型妨害公务的处罚。主张袭警罪的正当性理由是实践中袭警案件增多,为了保护人民警察的合法权利。^⑥可是,实践中袭击法官、工商管理部門和环境执法部門人员的案件也不少见,刑法只偏重于某一种职业的特殊保护,理由并不充分。^⑦根据法秩序统一原理,刑法中规定的犯罪危害程度显然要比行政法中不法行政行为危害程度大得多。但是,如果联系到我国刑法具体罪名的罪量标准,不难发现,上述原理在不断地被突破。例如,《刑法》第120条之三规定的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,没有罪量标准的要求,如果机械理解适用上述罪名,则可能会掏空《反恐怖主义法》的规定。^⑧既然如此,谦抑主义更应受到推崇,并在实践中作为有效防范罪名设定冲动的利器。

(三)用比例原则替代谦抑主义并不可行

反思论中有观点主张用比例原则替代谦抑主义,理由主要有:其一,比例原则是一项具有规

范效力的宪法原则,谦抑则是一种刑法理念。其二,比例原则适用于所有公法,谦抑则专属于刑法领域。其三,比例原则具有约束力,违反比例原则的刑法立法和刑法解释将被视为违宪而否定,谦抑并不具有强制力。^⑨然而,上述理由并不充分。

一方面,将比例原则作为宪法原则缺乏实定法支持。“在成文宪法的国家,比例原则的字样并没有出现在宪法中,其宪法地位大多是从判例解释中获得,不无勉强之嫌,通过法律解释而非明文确立比例原则的宪法性地位,也从侧面说明这一地位并非毫无异议地坚如磐石。”^⑩我国宪法文本中同样没有关于比例原则的字样。有学者认为,我国宪法关于“国家尊重和保障人权”的规定,在总体上确立了国家权力对宪法权利限制的比例原则。^⑪但上述规定是宪法价值和功能的表述,难以直接据此推导出宪法上的比例原则。既然如此,更不能认为比例原则适用于所有公法。

另一方面,不可否认,谦抑主义是一种理念,但这种理念对于刑法立法和司法仍然具有钳制的意义。谦抑主义所主张的最后性可以警醒立法和司法划定犯罪圈和适用刑罚的恣意和无序。谦抑主义在内容上可以分为罪之谦抑和刑之谦抑,对于处罚必要性低的行为无须动用刑法,对于轻罪也不能予以重罚。谦抑主义与比例原则所包括的正当性、合理性、妥当性、必要性等内容有诸多重合之处,着实没有必要在谦抑主义之外再建立一套比例原则。

总之,谦抑主义既没有被掏空,也没有必要被比例原则替代。恰恰相反,谦抑主义提供了针对刑法现实运行的反思性思路,避免刑罚适用蜕变为“脱缰的野马”。就此而言,立法固然要回应民生需求,但是需要对立法自身的逻辑以及增设罪名之后可能带来的后果进行综合评估。如果只是

强调单方面的回应民生,则不仅无助于问题的解决,还可能滋生其他问题。在反思中前行才是刑法发展中应当坚持的基本态度,忽略反思只顾前行容易导致方向的错位。

三、检视反思论的具体观点和理由

反思论除在立场上有商榷之处,其具体理由和观点也值得检视。下文从反思论的后果依据,反思论对谦抑主义与罪刑法定原则及犯罪圈设定关系的误读,反思论对谦抑主义和宽严相济刑事政策的关系曲解等方面予以辩驳。

(一)反思论后果依据之批判

是否应当坚持谦抑主义,最直观的分析视角是后果考察,具体包括两个方面,即谦抑主义是否被滥用以及是否可以据此导出立法上应当予以克减的结论。

1. 谦抑主义是否真的被滥用

反思论批判了刑法理论和司法实务中对谦抑主义的滥用,并引用德国学者的观点论证,德国刑法并非在谦抑,而是在不断向外扩展,其中包含了远远处于“古典”刑法理论之外的领域。^②可是,上述观点并非没有争议。也有德国学者指出,“刑法学最重要的任务包括,要清醒地认识到,获得(真正的或者想象中的)安全常常是以失去自由为代价的。”^③况且,以德国刑法的扩张来否定我国刑法的谦抑,也难言妥当。

实际上,谦抑主义在我国并没有被滥用。一方面,以谦抑主义为指导对既有规定和做法的批判有助于促进刑法立法的完善。例如,对以危险方法危害公共安全罪的学理省思和适用批判,^④催生了妨害安全驾驶罪的诞生。另一方面,坚守谦抑主义可以阻遏立法将不值得处罚的行为纳入犯罪。早在《刑法修正案(六)》起草时就有意见指出,应当将非医学需要的终止妊娠和胎儿性别鉴定纳入犯罪,但立法最终并未采纳,重要的理由是,通

过强化医疗规范,完全可以杜绝此行为的发生。^⑤在今天,随着人们生育观念的变化,生育成本的增加,更没有必要将上述行为入罪化。

主张谦抑主义的观点认为,“刑法谦抑主义是法治国家的最基本的操守。必须从斑斓绚丽的宏大叙事内化为刑法立法和司法惯习性的行动约束。”^⑥反思论认为这是一种颠覆性主张。^⑦诚然,谦抑主义和公平、正义等一样均具有理念性,但从来没有人否定立法和司法应当追求公平和正义。对于刑法而言,约束刑罚的适用并非意味着放任犯罪。人类社会发展迄今,公权力在社会制度的建构中始终居于主导型地位。当下公权力运行的实际情况仍然存在问题,立法一旦缺乏理性,总有理由和能力将某一行为犯罪化。基于谦抑的理念对公权力限制不仅必要而且及时。

2. 社会治理现代化无法导出立法克减谦抑主义的结论

反思论认为,社会治理现代化带来与日俱增的刑法需求,刑法应实现从入罪谦抑向刑罚谦抑,在立法上克减对谦抑主义的追求。^⑧然而,社会治理现代化不可能放弃谦抑主义。社会治理现代化强调治理的公共性、多元性、跨界协商性和共生性。^⑨就公共性而言,犯罪是个体原因与社会原因等多种因素叠加的结果。主张立法上克减谦抑主义,实际上意味着将导致犯罪的所有原因都归结为个体原因而不去全面分析导致犯罪的真正原因,主张通过增设罪名的方式来回应社会治理,这有时会导致治理结果南辕北辙。例如,近些年来电信诈骗案件的数量激增,司法查获难度较大,为了“釜底抽薪”地遏制电信诈骗,立法增设了帮助信息网络犯罪活动罪。但随着司法机关开展断卡活动,帮助信息网络犯罪活动罪反倒成为电信诈骗犯罪中的兜底罪名。司法打击的重点似乎转向了作为电信诈骗边缘的帮信犯罪,打击重点出现

了错位。对此,即便是主张不能动辄批判立法的学者也指出:“限制帮信罪的认定路径应当是回归诈骗等罪共犯的认定。不构成诈骗等罪共犯的帮信行为其实是极少数,原本不必以犯罪论处,因此,从立法论上说,废除帮信罪或许是良策。”^③

社会治理的多元性也得不出立法上应当克减谦抑主义的结论。多元意味着去中心化,意味着社会个体、社会组织在参与犯罪治理上的协同性。当社会管理水平提升时,有些越轨行为可能就没有必要犯罪化。社会治理的跨界协商性同样可以避免刑法积极增设新罪的任意性。例如,袭警罪的设立反映了立法具有明显的领域保护主义倾向,反映了特定行业的道德抉择。而“我们的道德抉择最终还是出于情感的本能,因此,一切分析都只不过是为我们的道德直觉寻找理由罢了”。^④倘若立法不必过多地受到行业影响,充分适用妨碍公务罪也可以有效惩治袭警行为,袭警罪增设的意义就有限。社会治理现代化的共生性意味着刑法只能以保障法的面孔呈现,刑法不可能置身于法律世界甚至伦理世界之外。“法律的世界不但由伦理世界派生出来,并始终处于后者的包围之中,而且要经常受到伦理世界的监督,甚至控制。”^⑤立法不能割裂了刑法规范与生活世界之间的联系,罔顾生活世界而偏执追求刑法在社会治理中绩效的做法有失偏颇。

一言以蔽之,社会治理现代化侧重的应当是多维度的犯罪预防,而非刑法的积极干预,刑法的保障性和最后性和不得已性更应得到坚守。

(二)反思论对谦抑主义与罪刑法定原则及犯罪圈关系的误读

罪刑法定原则被视为刑事法治的铁则自无疑问,在分析谦抑主义与罪刑法定原则关系时,需要关注其是否为罪刑法定原则的下位原则,以及与犯罪化和非犯罪化的关系。

1. 谦抑主义应否被降为罪刑法定原则的子原则

反思论认为,谦抑主义应当被还原为罪刑法定原则的子原则。^⑥然而,这种说法既无依据,也不充分。诚然,罪刑法定原则与谦抑主义具有共同的旨趣,“无罪无刑”本身就是对刑罚适用的限制。但是,将谦抑主义视为罪刑法定原则的子原则则有矮化谦抑主义之嫌,并且无法解释谦抑主义和罪刑均衡的关系。众所周知,罪刑均衡包括报应和预防两个方面,均衡本身就是对国家权力的限制,超出报应和预防范围的刑罚均为过剩的刑罚。倘若认为谦抑主义只是罪刑法定原则的子原则,则意味着司法在个案审理中一律顶格判处刑罚也是合理的,但这种做法显然有问题,司法在审理个案时,做到罪刑法定原则并不困难,但是做到罪刑均衡并非易事。倘若裁判者以其所审理的案件是所见到的危害程度最大的案件为由就顶格判决的话,则对于今后危害更严重的案件,也只能顶格判处。在司法中恪守谦抑主义正是为了避免夸大司法认识的无限性而造成重刑适用的失控。

2. 谦抑主义是否可以导出单向的非犯罪化

反思论认为,一厢情愿的谦抑主义话语对刑法现代化进程的解釋力有限,本身也不可能导出单向的非犯罪化。^⑦但这显然是一种误读。

非犯罪化存在适度的问题。既不可能将刑法中的罪名全部非犯罪化,也不应当沿着犯罪化的进程高歌猛进而罔顾非犯罪化的合理性。刑法介入、干预社会生活,应以维护和扩大自由为目的,而不应过多地干预社会。^⑧“二战后,德国刑法改革所取得的一系列成就,包括废除通奸罪,废除成年男子间性交罪,废除人兽猥亵、性交罪,并将性犯罪的法益从‘风化’转移到‘性自主’或‘未成年人心身保护’等,均是法益论者站在维护个人自由的立场上取得的。”^⑨基于此,我国刑法中的聚众淫

乱罪的合理性就值得商榷。对参加聚众淫乱者而言,作为成年人参加聚众淫乱是对个体性权利的处分,对于这种无被害人的犯罪可以考虑在今后立法上予以非犯罪化。

此外,不宜将非犯罪化仅限于罪名被废止的情形。罪名范围的限缩其实也体现了非犯罪化。例如,《刑法修正案(十一)》删除了骗取贷款罪“情节严重”的规定,意味着只有造成重大损失的才成立本罪。倘若行为人逾期归还贷款的,就不可能成立本罪。否认谦抑主义对立法贡献,显然与立法的实际情况背道而驰。在司法上贯彻谦抑主义也可以实现对部分犯罪行为无罪化的处理。在我国采取自然犯和法定犯一体化的立场下,对于部分法定犯的规定采取自然犯的立法模式,难免会导致法定犯处罚范围过大。例如,非法制造、买卖爆炸物罪并无目的要求,照此逻辑,只要行为人实施了非法制造、买卖爆炸物,达到罪量标准的,即可构成本罪。然而,实践中企业为了正常生产需要而购买爆炸物的行为时有发生,对于未按规定当天购买并使用完毕的,一律定罪处罚并不合理。此时,就需要对之予以限缩,即只有为了实施违法犯罪活动或者以营利为目的购买爆炸物的行为才可以构成本罪。^⑨

值得注意的是,谦抑主义不可能直接作为出罪理由,只有基于谦抑主义合理解释个罪的构成要件,才可以实现对行为的非犯罪化处理。例如,对于伪造自己身份证用于参加考试的行为,司法实践中通常不认定为犯罪,但其直接根据也不是谦抑主义,而是认为伪造自己真实身份证用于考试的行为,属于临时救急,通过目的性限缩将之出罪处理。^⑩

(三)反思论对谦抑主义与宽严相济刑事政策关系的曲解

反思论指出,近年来,将刑罚看作一种“恶”是

学界颇为流行的观点。为了抑制刑罚的“恶”,将宽严相济理解为以“宽”为主。在一些地方,甚至将司法出罪的无罪判决作为践行谦抑主义、体现司法“进步”的标志。这种对宽严相济刑事政策形式意义的误读和对谦抑主义的片面追求并不妥当。^⑪但上述观点实为误解。

其一,将刑罚视为一种“恶”无可指摘,但也并非我国学界独有的观点。拉德布鲁赫就曾指出,“现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的缘由,也是它的界限……”^⑫况且,刑罚是一种“恶”本身也是客观存在,无关刑法话语的流行与否。对以刑罚权为代表的公权力保持警惕反映的是脆弱个体在面对庞大利维坦时的理性努力。实践中,刑罚运用不当的例子时有发生。例如,司法实践中出现行为人仅将存折存款数字涂改意图取款的行为,认定为变造金融票证罪。^⑬但此行为几乎没有什么危害,个人存折上存款的额度不会因行为人涂改而发生任何变化,银行也没有任何的损失。面对上述问题,以谦抑主义来警惕刑罚不当运用之恶,自有必要。

其二,反思论认为司法机关片面地将宽严相济刑事政策理解为以“宽”为主,并将无罪率作为绩效考核的依据也受到谦抑主义的影响不符合实际。实际上,影响司法机关绩效考核的关键要素是案件质量和司法责任,认为无罪率是司法机关绩效考核的依据与现实情况不符。恰恰相反,实践中,“定罪率常被用来作为考核公诉检察官绩效的一种手段,成为对检察官管理、职务擢升的重要参数。国内一些检察机关的目标管理机制中就有将定罪率作为衡量公诉检察官公诉质量高低方面的规定,甚至将定罪率与奖惩和升迁直接联系起来”。^⑭正是由于过度将定罪率和绩效考核挂钩的

做法可能影响案件办理的质量,更应当强调纠正过度追求定罪的偏颇。反思论认为司法机关过度追求无罪率并将之归咎于谦抑主义的滥用,既缺乏事实依据,也不可信。

其三,反思论认为,刑事和解产生的问题也深受谦抑主义浸染,以此警惕谦抑主义的危险。^④诚然,实践中变相刑事和解问题确实存在,甚至存在死刑刑事和解的现象,但这与谦抑主义并无关联。根据《刑事诉讼法》第212条的规定,人民法院对自诉案件,可以进行调解;自诉人在宣告判决前,可以同被告人自行和解或者撤回自诉。对于被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件不得适用和解。可见,刑事和解应当有条件地只适用于部分自诉案件,并非在所有案件中铺开适用。对于极其严重的暴力犯罪应判死刑案件,有的司法机关采取“和稀泥”的做法轻判的原因极其复杂,不乏为了缓解案件上访压力、息事宁人等非正常要素,但这显然不是谦抑主义的内容,不可能以谦抑主义为根据支持这些错误做法。正如有观点指出,“死刑案件的刑事和解潜藏着司法腐败的巨大危险。所以,控制死刑是刑事法治发展的必然趋势,但是通过死刑案件的刑事和解不是适当路径。”^⑤不能把因司法腐败导致的将有罪的人判处无罪、将重罪判处轻罪的不当做法也归咎于谦抑主义。

四、立法活性化时代下谦抑主义的理论重释与实践推进

谦抑主义备受反思的社会背景是立法活性化,但即便再活跃的刑法立法,也不可能肆意而为。立法活性化时代下谦抑主义的理论内核主要体现在,刑法立法增设罪名应受制于前置法划定的违法范围,前置法划定的违法范围框定了犯罪

化的边界,刑法立法只能对前置法否定的行为予以过滤。在实践层面,轻罪立法的路径应侧重在对已有罪名的分解和对欲规制行为与既有罪名关联度的判断。在目前立法上非犯罪化举步维艰的情况下,可以通过制度性调控和教义学调控推进司法上的非犯罪化。

(一)重释谦抑主义的理论内核

1.前置法对刑法立法的制约

如前所述,主张谦抑主义并非否定刑法增设新罪,而是强调刑法对前置法的补充性,即无前置法的否定评价,刑法就不宜将某行为增设为新罪。刑法规定的犯罪圈只要没有超出前置法中的第一保护性规则规定的不法行为圈,就不能说违反了刑法的谦抑性。^⑥换言之,前置法为刑法的不法评价划定了范围,刑法只能对前置法不法行为圈予以过滤和筛选。例如,2019年修改的《反不正当竞争法》进一步扩充了侵犯商业秘密的行为方式,为有效衔接《反不正当竞争法》,《刑法修正案(十一)》及时修改了侵犯商业秘密罪,将利用信息网络电子侵入方式等行为纳入本罪。《刑法》显然扩大了侵犯商业秘密罪的犯罪圈,但并不违反谦抑主义,相反,这种有意识地保持不同法域之间的衔接,充分说明了刑法的补充性和保障性。反之,如果前置法将某一不法行为的范围予以限缩,刑法立法也应当及时地收缩处罚的范围。例如,2019年8月修改的《药品管理法》取消了拟制的假药和劣药规定后,假药和劣药的犯罪圈自然在刑法立法上相应地变窄。

对于前置法规定的适法行为,刑法立法不应将其犯罪化。例如,对于合理主张权利的行为,不可能将之作为犯罪处理。只有前置法对相关行为作出明确否定的评价时,刑法立法才可能将之作为犯罪处理。例如,近年来,有关见危不救行为入罪的观点不时出现,但这种观点未必合理。迄今

为止,没有任何一个部门法将陌生人之间不救助的行为予以否定性评价。《民法典》第184条规定:“因自愿实施紧急救助行为造成助人人损害的,救助人不承担民事责任。”无论如何解释上述规定,都不可能得出见危不救在民法上是违法行为的讨论。主张见危不救行为入罪的观点认为,《民法典》以及各地的《见义勇为人员奖励和保护条例》对于抑制见危不救现象力不从心,见危不救入罪或许是改变我国当前“各人自扫门前雪,莫管他人瓦上霜”的冷漠世态的良好契机。^⑥问题是,上述法律和各地的规范性文件的初衷并非论者所说的要抑制见危不救现象,例如,《北京市见义勇为人员奖励和保护条例》第1条规定:“为了奖励和保护见义勇为人员,弘扬社会正气,加强社会主义精神文明建设,根据有关法律、法规,结合本市实际情况,制定本条例。”上述规定尽管在内容上含有弘扬社会正义的目的,但更主要的是为见义勇为人员扫除后顾之忧,而不是所谓的抑制见危不救。此外,论者所说的通过见危不救入罪改变人们冷漠的态度也过于乐观,刑法不过世俗社会中的沧海一粟,希冀通过增设罪名力挽“道德滑坡”,既不可能也不现实。总之,将前置法并无明确禁止的行为入罪,谨慎不足而冒险有余。

2. 刑法立法对前置法否定行为的过滤

尽管前置法的规定对刑法立法形成牵制,但并不意味着被前置法否定的行为,必然应当犯罪化。是否被犯罪化,取决于刑法对前置法否定行为的过滤机制,这种过滤机制的根据就是增设罪名的规范目的,倘若与前置法一致,则将行为犯罪化并无障碍,反之则应格外慎重。根据《治安管理处罚法》第23条的规定,扒乘机动车行为属于违法行为,但是立法显然没有必要将之认定为道路交通安全犯罪。此外,如果其他法律对于有些违法行为为明示规定了指引刑事责任条款的规定,则

对于未明确指引刑事责任条款的违法行为,立法也不能将之规定为犯罪。此时,前置法通过有意的空白漏洞,阻塞一般违法向刑事违法的转变。如果前置法所实现目的过于笼统与宏观,也不宜将该行为犯罪化。前文提及的非医学需要胎儿性别鉴定和终止妊娠行为不能被犯罪化的主张,除了社会原因之外,更重要的是,在前置法中,非医学需要胎儿性别鉴定和终止妊娠被禁止的目的是防止人口失衡,但是这种目的过于笼统,无法直接转化为刑法上的法益,即便作为犯罪化处理,也是无效的犯罪化。^⑦通过确立刑法对于前置法规范目的的过滤和筛选机制,有助于避免过度跟着前置法跑步式立法,彰显刑法有所为有所不为的理性。

(二) 谦抑主义下轻罪立法的路径

1. 罪名分解思路及其优势

近年来刑法增设的有些新罪,并非新处罚之罪,而是从原有罪名中分解出来的新罪名。在立法增设高空抛物罪之前,高空抛物行为多按以危险方法危害公共安全罪论处,但这种处理方法违反同类解释原则,明显不当。妨害安全驾驶罪、危险驾驶罪的设立亦是如此。在立法未增设危险作业罪之前,危险作业的行为多是按照危险物品肇事罪或者破坏计算机信息系统罪论处。刑法增设这些新罪也并未造成处罚范围的明显扩大,反而因为增设了轻罪,避免了以往司法实践按照重罪处罚的不合理。未来刑法立法应当继续坚持罪名分解的路径,尤其是对笼统罪名的分解。例如,对破坏环境的犯罪,应借鉴德国立法,分别针对水域、土壤、大气、噪声等领域的污染设置独立罪名,以全面保护法益。^⑧与之相反,倘若罪名本身包容就很强,就不应当增设更为笼统的罪名。有观点认为我国在未来应当增加“侵害环境罪”,^⑨但这种思路与罪名分解的思路背道而驰,并不可取。

罪名分解思路有自身的优势:一则将司法实践中一些原先按照重罪处理的轻行为,通过增设轻罪予以规制,起到纠偏重刑适用的效果。二则可以形成轻重有序的罪名系列,通过分解罪名形成群罪的模式,可避免刑事法网的疏漏。三则有利于实现刑法的明确性。罪名分解可在一定程度上削减兜底罪名的适用空间,裨益于明确性的实现。这些做法均在不同程度上体现了谦抑主义的要旨。

2. 对欲规制行为与既有罪名之间的关联度判断

与罪名分解不同,近年来刑法立法也增设了一些原本不予处罚的新罪。对于这种类型的新罪设定,基本思路是将欲规制行为与既有罪名之间进行关联度判断,只有关联度高的行为才可能予以犯罪化,否则不宜匆忙作出入罪的规定。

第一,欲规制行为在常态上可能侵犯重法益,可在立法上将其规制为侵犯轻法益的犯罪。例如,扒窃、携带凶器盗窃、入户盗窃等之所以被犯罪化,是因为此类行为均有明显的特征即近身性,在常态上,上述行为在实施的过程中极有可能触及比财产法益更重的人身法益。尽管按照刑法规定,如果行为人在实施上述行为后使用暴力或者以暴力相威胁,可以按照事后抢劫等重罪处理,但这种处罚方案不免滞后。由于此类行为仅是对重法益有侵害的可能性而非现实紧迫性,故不可能按照重罪予以处理,只能按照比抢劫罪更轻的盗窃罪予以规制。

第二,欲规制行为与既有罪名在法益侵害上的等价性判断。刑法既有罪名对于立法具有约束性,只有欲规制行为与既有罪名之间的法益侵害具有等价性时,才可以将之规制为犯罪。以此为标准,有些罪名的增设就未必妥当。例如,《刑法修正案(八)》为了回应民生,增设了拒不支付劳动

报酬罪,从本罪的刑罚配置看,主刑与故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪的主刑配置大体相当,但是,罪名设置未免有些仓促。除了理论界所批评的本罪设立体现社会治理过度刑法化之外,^⑤本罪增设还缺乏等价性判断。用工者拒不支付劳动报酬尽管侵犯了劳动者获得报酬的权利,但是拒不支付行为不可能在常态上进一步发展为其他严重的犯罪,拒不支付劳动报酬在本质上是一种逃避债务的行为,刑法增设新罪名时要受到既有罪名的制约。故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪,这两个罪名的共同之处是行为造成的侵害可逆性较差或者根本没有可逆性,然而,对于拒不支付劳动报酬行为而言,债权债务关系却一直处于待履行的状态。既然如此,将其规定为犯罪的合理性就显失妥当。

第三,欲规制行为与既有罪名之间具有类型关照性。立法增设新罪的最终载体是构成要件,而构成要件具有类型性特征,新罪在构成要件设置上应当与既有关联罪名的构造存在同质性,否则容易造成打击偏差。例如,有观点主张应当增设吸毒罪,^⑥但缺乏充足理由。主张吸毒行为入罪化其实是片面地将毒品犯罪的法益理解为毒品管理秩序,但进一步追问,国家为什么不允许毒品泛滥?显然是因为毒品危害公众的健康,所以毒品犯罪的保护法益是公众健康。^⑦换言之,危害公众健康构成了认定毒品犯罪的核心,任何关于毒品犯罪构成要件的设立都应以此为根据,吸食毒品属于自陷风险的情形,即便造成吸食者身体健康受损,也不能将之视为对公众健康的侵害。

(三)谦抑主义下非犯罪化的定位

应然上,秉承谦抑主义还应当对已有犯罪适时启动非犯罪化。但自1997年以来刑法立法一直沿着犯罪化的路径前行,有观点认为我国应当停止犯罪化的步伐,^⑧在《刑法修正案(十二)》通过

之际,有学者重申了非犯罪化的必要性,并划定了非犯罪化的初步范围。^⑤但在目前立法非犯罪化冷冻之际,更为紧要的是通过司法上的非犯罪化推进谦抑主义的落地。

1. 非犯罪化的制度性调控

司法上理想的方案是由最高司法机关通过司法解释或者其他司法文件明确规定某些行为不按照犯罪处理。如此,地方司法机关在认定案件时就有明确的根据,非犯罪化的推行也更为顺畅。近些年来,一些轰动性案件倒逼最高司法机关作出了非犯罪化的回应。例如,深圳“鹦鹉案”后,出售人工繁殖的鹦鹉是否构成野生动物犯罪一度成为社会关注的焦点。2022年4月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款作出了有关不作为犯罪处理和从宽处理的明确规定。上述但书的规定为类似行为出罪提供了依据。实际上,在我国现行有效的司法解释中,以但书规定出罪的规定并不少见,尽管在逻辑上但书的规定是否合理仍存有争议,但与只是单纯的定罪思维相比,毕竟提供了非犯罪化的出口。在司法解释中这种无罪处理的类型,大体可以分为如下两种:

一种是绝对无罪型,常见的做法是将但书作为单一的出罪事由,只要符合但书的规定,就应当按照无罪处理。例如,2013年10月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第27条规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性关系,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪。”此处“不认为是犯罪”是刚性规定,司法机关没有将符合上述规定的行为认定为犯罪的余地。另外一种相对无罪型,即司法解释只是一般原则性规定不按照犯罪处理,但同时又为定罪留下

了余地。前述关于野生动物的司法解释就是如此,在表述上体现为“一般不作为犯罪处理;需要追究刑事责任的,应当依法从宽处理”。这种处理方式较为灵活,照顾了个案的复杂性与特殊性,可问题是,对于临界案件本身就存在模棱两可的难处,司法解释采取相对无罪型的模式只是为临界案件提供了大体的处理思路。但有罪与无罪之间摇摆不定的司法难题本来是裁判者期待最高司法机关能够明确规定,最后却是最高司法机关将这一疑难问题又抛给了个案的裁判者。从谦抑主义出发,在制度调控方面,应当将相对无罪型的规定进一步具体化,分别明确不按照犯罪处理的情形和从宽处罚的情形,一来可以最大限度避免司法模棱两可骑虎难下的局面,二来也可以平衡个案之间有罪从宽处罚和无罪之间的差异。

2. 非犯罪化的教义学调控

倘若司法解释没有明确规定出罪的事由,非犯罪化的推进就只能仰赖刑法教义学的努力,形成说服力较强的方案。

首先,对构成要件进行实质解释。实践中对于临界案件往往拿捏不定,此类案件通常在形式判断上不会有太大问题,但是符合形式判断未必就直接得出有罪的结论。有些案件可能就是由于过度形式化的判断导致不当的有罪判决。前文提及的将醉酒驾驶电动车的行为以危险驾驶罪论处的做法就值得反思。醉酒驾驶电动车的行为在失控方面造成的危险远不如常规的机动车。此外,认定电动车是机动车的主要依据是《机动车安全技术检验规定》,但上述规定既非法律也非行政法规,仅是行业内部规定。因此,应当否定电动车属于机动车的结论。

其次,防范后果主义对构成要件的稀释。近年来在认定破坏生产经营罪中就存在这种做法。例如,被告人以阻挡施工设备、车辆运行的方式,

不准施工方将弃土倒入其承包地,致使施工方无法正常施工,造成一定的经济损失。一审法院认为被告人构成破坏生产经营罪,二审法院认为上述行为系自助行为,改判无罪。^⑤一审法院之所以作出有罪判决,是因为在思路上秉承了只要造成损失即导致无法施工的行为就属于破坏生产经营行为,但是这种理解实际上会架空破坏生产经营罪的构成要件。倘若以构成要件为中心,则本案至少有如下出罪理由:其一,被告人阻挠行为并非破坏行为,根据同类解释,破坏行为必须是导致生产资料、生产工具无法使用,单纯阻挠行为不符合上述特征。其二,被告人也并非基于泄愤目的,而是基于自己权益受到侵犯的自助行为,目的合法,手段也并不过激,倘若按照犯罪处理,则可能将主张权利或者自我保护的行为也认定为犯罪。

最后,注重价值判断在解释方法中的运用。刑法解释不是一种咬文嚼字的概念法学,因此不能否定价值判断在法律解释中的重要性。^⑥在个案适用时,倘若忽视了价值判断,就可能得出错误结论。在个案审理中存在多方利益冲突时,需要对冲突的利益予以价值上的衡量与评判。例如,实践中将非物质文化遗产继承人使用火药的行为认定为犯罪,就忽视了价值判断。在价值判断的同时,形式逻辑也需要适当照顾经验生活的合理性。例如,2022年3月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第18条第1款规定:“根据民间传统配方私自加工药品或者销售上述药品,数量不大,且未造成他人伤害后果或者延误诊治的,或者不以营利为目的实施带有自救、互助性质的生产、进口、销售药品的行为,不应当认定为犯罪。”其中反映的就是生活经验对刑法适用方法的有益补充。但有些案件处理却可能由于未关注生活经验的合理性而作出偏颇的裁判,实践中的“铁笼子

案”就是如此。被告人系农村中从事殡葬服务的人员(当地盛行在殡葬仪式中燃放“铁笼子”,即将黑火药放入小铁筒内用引线点燃后发出巨响,是当地农村的一种殡葬习俗),公安机关查缴出被告人家中存有非法制造的黑火药(达到非法制造爆炸物罪的追诉标准),法院判决被告人构成非法制造爆炸物罪,免于刑事处罚。^⑦但上述有罪判决未必合理,倘若认定行为人构成非法制造爆炸物罪,则其长期燃放“铁笼子”的行为当以爆炸罪论处,有罪判决避重就轻的做法其实体现了裁判者的疑虑与妥协。从法条主义层面上看,尽管难言上述判决违法,但却违背了社会对此案判决的直觉。^⑧联系到前述利用民间配方制药的司法解释,其实蕴含着重要的刑法教义原理,即对于生活世界中长期存在的传统,运用刑法干预时应当慎之又慎。基于此,上述案件可以从如下方案中寻找出罪的可能路径:或者在理论上承认非法制造爆炸物罪是目的犯,即只有为了进行违法或者犯罪行为而非法制造爆炸物的,才可以构成本罪;或者认为行为人缺乏期待可能性而予以出罪。通过将情理等因素融入教义学中,实现法与理的统一,^⑨可适当避免个案裁判引发的合理性缺失,强化公众对裁判的可接受性。

五、结语

“刑法实际上是人类精神生活的一个点,因此,对刑法的考察就是对人类精神生活考察的一个侧面。”^⑩谦抑主义在刑法理论中的波折,反映了人们精神生活的变动。在风险层出不穷的社会,人们对于风险控制表现出焦虑与无力。没有人否认在面对变动不居的社会面前,刑法应当始终沉默。重申谦抑主义,不是刑法虚无主义的翻版。面对社会中的犯罪浪潮,刑法不可能无所作为,但更要警惕的是无所不为。谦抑主义也并非抱守残缺,罔顾社会发展,而是警醒立法和司法在疲惫应

对各种社会风险时的功利性做法和倾向。即便以社会转型或者国情所需为由,也应当“通过完善刑法对公民权利的保护,充分保护权利实现的自由空间,而非加强现有秩序的控制,才是社会持续良性发展的前提。”^⑩在刑事法律关系中,“个体性是存在者不可剥夺的最为基本的形而上学特征。”^⑪刑法当然需要关注秩序的维持,但供给与扩大自由却是其当仁不让且无法推脱的使命。现代国家的立法和司法从来不会明目张胆地宣称只要秩序不要自由,但在个案处理中却可能会导致自由让位于秩序。刑法理论不能对于实践中扩张处罚的做法只作背书的论证,适度的批判与警醒可以确保刑罚权在法治轨道上正确运行,就此而言,谦抑主义不仅是一种理念,更是维系刑法自身存在正当性的根基。

注释:

①参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第85页。

②陈兴良:《刑法谦抑的价值蕴含》,《现代法学》1996年第3期,第14-15页。

③参见苏永生:《刑法谦抑主义的西方图景与中国表达》,《法学杂志》2016年第6期,第73页。

④参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学(西北政法大學學報)》2013年第1期,第103页。

⑤参见何荣功:《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523-524页。

⑥参见沈明磊、庄绪龙:《法定犯时代刑法如何避免“行政化倾向”》,《法治现代化研究》2019年第4期,第111页。

⑦参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第98-99页。

⑧参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学(西北政法大學學報)》2013年第1期,第103页。

⑨周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与

法律》2022年第1期,第14页。

⑩参见周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期,第30页。

⑪参见浙江省杭州市萧山区人民法院(2012)杭萧刑初字第603号刑事判决书。

⑫参见涂露芳:《中国自行车协会申请缓行电摩新国标电动自行车最高时速宜放宽至30公里》,《北京日报》2009年12月9日第6版。

⑬参见安徽省阜阳市颍泉区人民法院(2015)泉刑初字第00153号刑事判决书。

⑭参见付立庆:《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019年第1期,第100页。

⑮王强军:《刑法干预前置化的理性反思》,《中国法学》2021年第3期,第230页。

⑯参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1043页。

⑰参见崔志伟:《刑法立法上的主体针对性与平等性之辨》,《河北法学》2020年第9期,第83页。

⑱参见石聚航、王志民:《宣扬恐怖主义、极端主义罪司法适用的规范错位与理论矫正》,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2021年第6期,第56页。

⑲参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,《法律科学(西北政法大學學報)》2013年第1期,第103页。

⑳许玉镇:《试论比例原则在我国法律体系中的定位》,《法制与社会发展》2023年第1期,第128页。

㉑参见范进学:《论宪法比例原则》,《比较法研究》2018年第5期,第112页。

㉒参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第92页。

㉓[德]埃里克·希尔根多夫著:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第36页。

㉔参见张明楷:《论以危险方法危害公共安全罪——扩大适用的成因与限制适用的规则》,《国家检察官学院学报》2012年第4期,第43页。

㉕参见袁祥:《“非医学需要胎儿性别鉴定”暂不定罪处罚》,《光明日报》2006年6月24日第3版。

㉖石聚航:《刑法谦抑性是如何被搁浅的?——基于定罪实践的反思性观察》,《法制与社会发展》2014年第1期,第192页。

⑳参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第86页。

㉑参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第86页。

㉒参见王名、李朔严:《十九大报告关于社会治理现代化的系统观点与美好生活价值观》,《中国行政管理》2018年第3期,第60页。

㉓张明楷:《帮助信息网络犯罪活动罪的再探讨》,《法商研究》2024年第1期,第40页。

㉔[美]托马斯·卡思卡特著:《电车难题》,朱沉之译,北京大学出版社2014年版,第159页。

㉕胡旭晟著:《法的道德历程——法律史的伦理解释(论纲)》,法律出版社2006年版,第159页。

㉖参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第87页。

㉗参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第95页。

㉘参见赵秉志:《刑法调控范围宜适度扩大——解析犯罪化与非犯罪化之争》,《检察日报》2004年3月25日第6版。

㉙贾健:《为批判立法的法益概念辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期,第190页。

㉚参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期,第50页。

㉛参见上海市静安区人民检察院诉张某华伪造居民身份证案,《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第12期,第26-27页。

㉜参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第91页。

㉝[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

㉞参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《中国刑事审判指导案例》(第3卷),法律出版社2017年版,第151页。

㉟王新环:《定罪率与绩效考核》,《人民检察》2003年第9期,第49页。

㊱参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第91页。

㊲梁根林:《死刑案件被刑事和解的十大证伪》,《法学》2010年第4期,第3页。

㊳参见田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期,第174-175页。

㊴参见黎宏:《一定条件下的见危不救入刑研究》,《中外法学》2018年第3期,第601页。

㊵参见张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006年第4期,第23-24页。

㊶参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期,第136页。

㊷参见岳德亮、黄深钢:《周晓光代表建议刑法增设侵害环境罪》,《检察日报》2011年3月6日第3版。

㊸参见何荣功:《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530页。

㊹参见张辉:《吸毒行为是否“入罪”再成关注焦点》,《检察日报》2010年6月26日第3版。

㊺参见张明楷:《代购毒品行为的刑法学分析》,《华东政法大学学报》2020年第1期,第9页。

㊻参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011年第11期,第108页。

㊼参见刘艳红:《轻罪时代我国应该进行非犯罪化刑事立法——写在〈刑法修正案(十二)〉颁布之际》,《比较法研究》2024年第1期,第31页。

㊽参见重庆市第五中级人民法院(2013)渝五中法刑终字第86号刑事判决书。

㊾参见陈兴良:《刑法教义学中的价值判断》,《清华法学》2022年第6期,第22页。

㊿参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选刑事卷(第2册)》,人民法院出版社2017年版,第731-732页。

①参见苏力:《法条主义、民意与难办案件》,《中外法学》2009年第1期,第97页。

②参见姜涛:《刑法解释的价值判断》,《中国社会科学》2023年第7期,第143页。

③陈兴良著:《刑法的致知》,北京大学出版社2019年版,第132页。

④敬力嘉:《功能视域下刑法最后手段性原则的教义学重述》,载江湖主编《刑事法评论》(第44卷),北京大学出版社2019年版,第43页。

⑤王成军:《成熟时期莱布尼茨哲学中的个体化原则及其困难》,《武汉大学学报(人文社会科学版)》2017年第2期,第50页。