

# 我国轻罪立法的体系思考

何荣功\*

**摘要** 轻罪立法具有法治正当性,但如果没有“漏斗式”司法出罪机制配套适用,难免会导致惩罚过度化。眼下犯罪门槛下降和轻罪立法,更多是基于强化刑法参与社会治理的考量,这种做法并不契合法治的要求。行政拘留在新近立法中的扩张,更是与轻罪立法的法治立场相悖。刑法积极参与社会治理,是一种需要谨慎提倡的社会治理模式。轻罪立法的方向应定位于积极构建以更为法治的方式处理轻微危害社会行为,保障公民权利,而不是简单地强调刑法积极介入社会治理。轻罪立法需要配套制度建设,一方面国家要进一步推进行政处罚权的司法化改造,避免行政拘留等人身自由罚的行政处罚扩张;另一方面立法也要相应增设轻微刑罚制度,构建前科消灭制度以及完善司法出罪机制。

**关键词** 轻罪立法 轻罪 “漏斗式”出罪司法体制 过度刑法化

## 一、问题的提出

近年,尤其是《刑法修正案(八)》(以下简称“刑修(八)”)以来,刑法立法开始迈向轻罪构建之路,犯罪门槛下降和轻罪数量增加成为刑法立法的重要特色。而且,可以预测未来这种立法趋势还将进一步强化。对此,不少学者给予了褒扬,比如一向倡导“严而不厉”刑法结构的储槐植教授即指出这是我国刑法开始走向现代化的标志,<sup>〔1〕</sup>在我国,刑法现代化就是“厉而不严”走向“严而不厉”的刑法结构调整过程。<sup>〔2〕</sup>在刑法体系的构造上,笔者丝毫不否认轻罪立法及其推进刑法结构向“严而不厉”转向的法治意义,但是,任何制度从来都是体系性存在,我国

\* 武汉大学法学院教授。本文为国家社科基金一般项目“刑事立法的新近扩张及其法治限度研究”(项目编号:15BFX051)的阶段性成果。

〔1〕 参见储槐植:“走向刑法的现代化”,《井冈山大学学报(社会科学版)》2014年第4期,第5页。

〔2〕 参见储槐植:“刑法现代化本质是刑法结构现代化”,载《检察日报》2018年4月2日,第03版。

现行各项刑事法律制度(包括刑罚制度与刑事司法制度)和国民关于犯罪的观念皆是建立于违法犯罪区分的二元体系之上。那么在这种情况下,犯罪门槛降低和轻罪刑法条款扩张是否是一种适宜和值得肯定的立法趋势呢?其实践效果究竟如何?我国眼下轻罪立法是否秉持了法治的“初心”?如果未来我国继续推进轻罪立法,又需要哪些配套制度改革呢?本文将主要围绕这些问题展开体系性和建设性的法理思考。

概念乃是解决法律问题所必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚和理智地思考法律问题。<sup>〔3〕</sup> 所以对于本文研究对象的“轻罪”或称“轻犯罪”,有以下两点需要予以特别说明:第一,其与传统刑法理论中的轻罪概念不同。我国刑法理论长期使用的重罪和轻罪概念,一般是将法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪称为重罪,其他犯罪则为轻罪。<sup>〔4〕</sup> 而本文所言的“轻罪”系新型规范现象,是积极刑法立法观和刑法功能扩张在规范上的投射,指的是近年立法为了强化刑法参与社会治理,降低犯罪门槛,将原本或可由行政法或其他规范调整的行为升格为犯罪而形成的规范体系。第二,其与国外刑法中所称的轻犯罪或微罪的概念及其法律体系地位也有差别。从近年轻罪立法的实践来看,我国轻罪立法主要是犯罪门槛降低的结果,除劳动教养制度改革等个别情形外,行政处罚的体系地位和行政机关依法享有的处罚权并没有发生根本性改变。<sup>〔5〕</sup> 换句话说,我国眼下轻罪立法是在坚持违法犯罪区分的传统二元体系基础之上展开的,其主要目的是强化刑法参与社会治理,并非意在根本解决行政权尤其是人身自由罚的司法化问题,这种做法决定了我国轻罪立法在法治上将面临难以避免的先天性缺陷与不足。

## 二、轻罪立法的规范表现与正当性

### (一)立法指导思想的转变与轻罪立法的规范表现

无论是现代国家,还是中世纪的教堂、古老的城市或者部落,任何大规模人类合作的根据,都在于某种存在于集体想象中的虚构故事。<sup>〔6〕</sup> 犯罪本质上是一种文化性存在和人类的理性建构物,如何科学地构建危害社会行为及其法律制裁体系,是国家立法首先要面对和解决的课题。在多数国家(地区)刑法中,犯罪成立并无违法数量或程度的限制,行为具有法益侵害或者社会危害性即被规定为犯罪。并依据行为危害程度的不同,各国(地区)刑法将犯罪区分为不同类型,比如《美国模范刑法典》将犯罪分为重罪、轻罪、微罪和违警罪;法国刑法将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪。尽管各国(地区)刑法关于犯罪类型的划分不同,但大体来说,调整轻微犯罪的刑法规范,都被称为“轻犯罪法”,有的国家比如日本还专门制定有《轻犯罪法》。而在我国,犯罪被认为是具有严重社会危害性的行为,《刑法》第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚……或者由主管部门予

〔3〕 参见(美)E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第92页。

〔5〕 参见李晓明:“‘行政拘留’的扩张与行政刑法的转向”,《法学评论》2017年第3期,第46—54页。

〔6〕 参见(以色列)尤瓦尔·赫拉利:《人类简史:从动物到上帝》,林俊宏译,中信出版集团股份有限公司2017年版,第26页。

以行政处罚或者行政处分”。《治安管理处罚法》第2条也指出,行为“尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚”。由此可见,在我国根据行为违法层级的不同,危害社会行为分别由行政法与刑法调整;国外“轻犯罪法”中规定的行为类型,在我国有相当大的一部分属于行政违法行为,由行政法调整。

事物的存在具有对应性。在犯罪成立没有违法数量或程度限制的刑法体系中,立法划定的犯罪圈大,刑事法网严密,刑法规范发达,刑法整体上呈现“严而不厉”的构造;而与此相对,在如我国般采取违法和犯罪区分体系的国家中,刑法关注的只是违法行为中的高端部分,犯罪圈相对窄小,刑法结构呈现“厉而不严”的特征。并且与前述两种犯罪圈的划分相对应,对于危害行为的制裁,也分别形成了“司法统一制裁模式”和“行政与司法双轨制裁模式”的区分。<sup>〔7〕</sup>

晚近推动我国轻罪立法的原因主要有以下两个方面:第一,国家法治改革。全面推进依法治国是近年来国家和社会发展的重要目标,2013年11月15日公布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》决定废止劳动教养制度,同年12月28日,全国人大常委会也通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》。且在劳动教养制度废止后,作为对原劳动教养对象分流处置的措施,立法通过降低犯罪门槛和新增轻罪的方式,将过去由劳动教养调整的部分行为纳入刑法调整范围,这样不仅填补了《决定》通过后留下的处罚空档,<sup>〔8〕</sup>也使得轻罪类型随即增加。第二,刑法立法指导思想的转向及其影响。强调刑法积极介入社会治理,是近年刑法修正的基本立场,“刑修(八)”提出加强刑法对民生问题、弱势群体的保护,<sup>〔9〕</sup>犯罪门槛下降、新增系列罪名即成为其重要特色。其做法也得到了立法机关和社会主流意见的普遍肯定,《刑法修正案(九)》(以下简称“刑修(九)”)甚至在立法指导思想明确提出要“坚持创新刑事立法理念,进一步发挥刑法在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领和推动作用”。此即标志着积极刑法立法观在我国的正式确立,轻罪立法现象在“刑修(九)”中也有了进一步地凸显。

归纳起来,近年我国轻罪立法主要有以下六种情形:

第一,扩大既有犯罪范围,将原本由行政法调整的行为予以犯罪化。比如“刑修(八)”将“入户盗窃”“携带凶器盗窃”和“扒窃”新增为盗窃罪行为类型,将“多次敲诈勒索”纳入敲诈勒索罪的构成要件。“刑修(九)”中将“多次抢夺”纳入抢夺罪的调整范围,也属于该种情形。

第二,增设新罪,将原由治安管理处罚法调整的行为升格为犯罪。近年刑法修正条款中属于该种情形的较多,如《刑法修正案(六)》新增的第262条之一组织残疾人、儿童乞讨罪,“刑修(八)”新增的第205条之一虚开发票罪,第210条之一持有伪造的发票罪以及“刑修(八)”新增、“刑修(九)”中进一步完善的第133条之一危险驾驶罪。而“刑修(九)”新增的属于该情形的有如第120条之三至之六规定的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,利用极端主义破坏法律实施罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,以及第280条之一的使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,第284条之一的组织考试作弊罪,非法出售、提供试题、答案罪,代替考试罪和第290第3款、第4款分别规

〔7〕 参见谢川豫:《危害社会行为的制裁体系研究》,法律出版社2013年版,第18页以下。

〔8〕 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124页。

〔9〕 参见黄太云:“刑法修正案(八)解读(二)”,《人民检察》2011年第7期,第55页。

定的扰乱国家机关工作秩序罪,组织、资助非法聚集罪等。

第三,新增罪名,将原本可以依法按照犯罪预备、帮助犯处理的行为正犯化。如“刑修(九)”增设的第120条之二准备实施恐怖活动罪,第287条之二帮助信息网络犯罪活动罪等。

第四,新增罪名,将以往由职业道德规范或处罚不明确的行为犯罪化。比如“刑修(八)”新增的第308条之一泄露不应公开的案件信息罪,披露、报道不应公开的案件信息罪以及第260条之一虐待被监护、看护人罪等。

第五,新增罪名,将性质上主要属于民事纠纷行为犯罪化。如《刑法修正案(六)》增设的第175条之一骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,“刑修(八)”增加的第276条之一拒不支付劳动报酬罪等。<sup>[10]</sup>

第六,面对新型社会问题,刑法新增轻犯罪类型。如“刑修(九)”新增的第286条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪和第287条之一非法利用信息网络罪等。

## (二)轻罪立法的正当性与积极价值

立法降低犯罪门槛,积极推进轻罪体系构建,不仅具有理论和法治上的正当性,也符合现代社会治理的需要,这正是我国很多学者提倡和坚持未来刑法立法应进一步犯罪化甚至将其视为刑法现代化转向的重要动因所在。

### 1. 契合法治建设的方向

权力分工是现代国家履行职能的客观需要,虽然各国政治体制和法治传统有别,但一般都认可立法权、行政权和司法权的划分,只是实践中权力分工及其界限并非是绝对明晰的,这即便在西方法治发达国家中,也是无法克服的问题。对此,凯尔森指出:“司法权对所谓行政权的分立,也只有在比较有限的范围上才是可能的。这两种权力的严格分立是不可能的,因为通常以这些术语所称的两种类型活动实质上并不是不同的职能。”<sup>[11]</sup>为了实现对人权的尊重与充分保护,国际公约和法治发达国家的通行做法是将涉及公民人身自由剥夺的事项留与司法权决断。比如,《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款规定:“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员,并有权在合理的时间内受审判或被释放。”我国宪法中虽然明确肯定了立法权、行政权与司法权分工行使、互相监督、互相制约的原则,但依照法律规定,公安机关作为行政机关实际上却行使着法治原则下普遍由司法机关行使的司法权。一方面,公安机关拥有系列强制处分权,比如在劳动教养制度废除前,公安机关有权采取劳动教养措施。根据《治安管理处罚法》的规定,对于违反治安管理、扰乱公共秩序、妨害公共安全以及侵犯人身权利、财产权利的行为等,公安机关也有权处以罚款和行政拘留。又如依据《禁毒法》,公安机关可以依法作出对吸毒人员的强制隔离戒毒决定,强制隔离戒毒的期限为二年,最长可以延长一年。另一方面,在刑事审前程序中,除逮捕以外的其他所有强制措施和强制性侦查手段,都由公安机关自行决定、自行执行甚至是自行延长和变更。对于大量涉及个人基本权益和自由的事项,公安机关也在刑事侦查领域依法拥有权威和最终决定权。<sup>[12]</sup>

[10] 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528—529页。

[11] (奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第390页。

[12] 参见陈瑞华:“司法权的性质”,《法学研究》2000年第5期,第52页。

在我国过去法治不完善和犯罪激增的特殊时期,强大的警察权有利于刑事政策的实现,满足国家高效治理违法犯罪的需要。但是公安机关作为行政处罚和刑事强制措施的决定者,其与案件有着直接利害关系,往往会优先维护国家、社会利益;而且公安机关进行的各种活动都是由管理者与被管理者、处罚者与被处罚者这种双方构造而成的,既不存在中立第三方的介入,也不受公安机关以外的其他国家机构的有效审查和制约。因此,让公安机关拥有对公民个人基本权益的最终决定权和处置权,不符合“控审分离”“司法最终裁决”等法治原则。故而,如何确立警察权的行政权属性,实现公安机关非司法化,将公安机关拥有的行政拘留等治安行政处罚权纳入司法权之中,以及将刑事侦查领域中剥夺、限制个人基本权益和自由的措施纳入司法权控制之下,一直以来都是我国司法改革面临的重大课题之一。<sup>〔13〕</sup>可以说,劳动教养制度的废止,就是围绕该类问题的、旨在实现行政处罚权司法化改造的重要举措之一。

法治国家的核心就是要对涉及公民生命、自由及财产等基本权利的刑事惩罚措施实行罪刑法定。<sup>〔14〕</sup>在犯罪圈的设定上,实现国家对难以容忍的违法行为进行惩罚的有效方式即是,通过立法者所确定的刑法规范将值得处罚的危害行为规定为犯罪,赋予被告人辩护机会,尊重和保障其各项权利,将处罚纳入法治轨道。<sup>〔15〕</sup>而这正是法治发达国家普遍对犯罪的成立不作违法数量或程度限制的根本性原因。因此,轻罪立法和犯罪门槛的降低,有利于推进以法治方式惩治社会危害行为,进一步解决我国长期以来存在的、将事实上属于(甚至严厉性超过)刑罚措施的行政处罚交由行政机关决定而非法院审判的、不符合程序正义的问题。

## 2.有利于培养公民的守法意识

法律是使人类行为服从规则治理的事业,国家制定法律,赋予国家机关权力,目的之一就在于对人们的行为进行规范,从而建立起社会秩序,并将这种社会秩序延续下去。<sup>〔16〕</sup>所以,法治的良好运转必然依赖规则的存在以及人们对规则的尊重与遵守。在我国违法和犯罪区分的二元体系下,没有达到严重社会危害性的行为被纳入行政法的调整范围,由警察机关处理。尽管这种社会治理模式在效率上不失具有一定的优越性,是一种历史选择,但是在道德规训和规则的引导层面上,此种“刑事法网疏漏”的立法模式并非最佳的处理方式。对此,储槐植教授指出,因为刑事法网疏漏,从而直接导致民众是非界限模糊,违法与犯罪界限不清,民众容易产生侥幸心理而难以形成自觉守法的文化。相反,如果立法设定严密的刑事法网,将轻微犯罪纳入刑法调整,并将道德底线刚性化,对违法犯罪行为采取较为严厉的否定态度,即便是较为轻微的违法行为也在刑法上做否定评价。如此,便会较为容易地引导公民养成良好的遵守规则意识,社会诚信体系也较为容易形成。<sup>〔17〕</sup>此外,降低犯罪门槛和轻罪立法也有着科学实证根据,比如“破窗理论”认为严重犯罪总在失序行为未受约束的区域滋生,因此该理论强调犯罪治

〔13〕 同上注,第52页。

〔14〕 参见卢建平:“论法治国家与刑事法治”,《法学》1998年第9期,第38页。

〔15〕 周光权,见前注〔8〕,第134页。

〔16〕 参见(美)汤姆·R.泰勒:《人们为什么遵守法律》,黄永译,中国法制出版社2015年版,第393页。

〔17〕 参见储槐植、何群:“刑法谦抑性实践理性辨析”,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2016年第3期,第60页。

理的“零容忍”战略,要求刑法积极介入轻微犯罪和非法行为,以预防和制止严重犯罪的发生。〔18〕

### 3.有助于缓解传统刑法结构的矛盾

在违法和犯罪区分的二元体系中,我国刑法明显呈现出“厉而不严”的刑法构造。近年来随着刑法的修改完善,这种结构虽然有所调整,但是整体上并没有得到根本性改变。况且,“厉而不严”的刑法结构除了存在前文所述的不利于国民规范意识的养成和国家法规范权威的确立之外,还存在种种问题,比如刑事法网的疏漏难免会放纵许多具有刑罚可罚性的行为,实践中也会导致对不幸落入刑事法网者处以过度的刑罚。因此,为完善我国的刑法结构,就有必要实现其由传统的“厉而不严”向“严而不厉”的方向转型。〔19〕犯罪门槛的降低和轻罪体系的构建,也使得刑事法网趋向严密,轻微处罚日益增加,在一定程度上缓解了传统刑法的结构性矛盾。

### 4.符合现代社会治理的需要

我国进入现代化发展阶段之后,为了应对社会全面转型时期与全球风险社会背景下不断出现的各类新型风险与安全威胁,整个国家的制度设计都呈现出预防的价值导向。现实社会中,很多犯罪行为一旦得逞就会造成重大的法益侵害,不仅后果严重,而且涉及的被害范围也可能十分广泛。因此面对这种新情况,犯罪治理上的未雨绸缪,治小罪防大害,就成为了一种值得提倡的犯罪治理策略。具体到刑事法领域即是,立法者不可避免地会通过降低犯罪门槛、增设新罪名、前置刑罚介入点等立法策略与技术,扩大犯罪圈、严密刑事法网和严格刑事责任来满足国民对安全的需求。刑法作为一种重要的社会制度,特别是其在风险预防和社会管理方面具有的特殊功能,使得人们对刑法积极参与现代社会治理一直寄予厚望。而眼下刑法价值的预防转向和社会管理法的特征逐渐明显化,其是各国刑法发展过程中共同呈现出的一种面相。故而构建明显具有风险预防和社会管理色彩的轻犯罪法体系,自然也就是我国未来刑事立法无法回避的课题。

具体到眼下我国轻罪立法的动因而言,较之于违法行为处罚措施的法治化或行政权的司法化改造,强调刑法积极参与社会治理和希望通过刑法强力塑造公民的规则意识,则具有更为强烈的社会诉求,此也是我国轻罪立法的特色所在。

## 三、轻罪立法的实践困境与问题

任何事物都具有无法克服的正反两面性,只有对事物进行全面考察,才能获得妥当认识。犯罪门槛下降和轻罪立法在具有法治正当性和诸多方面的积极意义之时,在实践中也面临着种种问题。

### (一)惩罚的过度化及其有效避免

在过去田园牧歌时代,社会关系简单,违法犯罪行为类型相对单一,即便立法设置较低的

〔18〕 参见(美)乔治·凯林、凯瑟琳·科尔斯:《破窗效应:失序世界的关键影响力》,陈智文译,生活·读者·新知三联书店2014年版,第24页。

〔19〕 参见梁根林:“刑法修正:维度、策略、评价与反思”,《法学研究》2017年第1期,第55页。

犯罪门槛,也不会导致罪名和犯罪类型数量过度庞大,但是眼下刑法对社会领域的介入大幅度延展,社会关系和违法行为的类型也异常复杂多样,伴随着犯罪门槛降低和继之而来的轻罪条款扩张,犯罪数量的整体增加将是个不言自明的结论。那么该如何有效避免实践中刑事处罚的增加,特别是刑罚的过度化,则是一个无法回避的重大问题。众所周知,在奉行危害行为由刑法统一调整和“严而不厉”刑法结构的英美两国,刑法扩张导致的刑罚过度化已成为眼下重要的社会问题。比如,英国仅在1997至2006年工党执政的10年中,立法就新创约3000个罪名,目前英国罪名总数已超过1万。<sup>[20]</sup>而罪名急剧膨胀的重要原因之一就是刑法热心关注琐碎的“麻烦事”,将大量轻微危害行为也纳入刑法范围。<sup>[21]</sup>美国的情况或许更为糟糕,其被认为是当今刑罚过度化最严重的国家之一。如学者道格拉斯·胡萨克(Douglas Husak)写道,在美国,犯罪的范围如此广泛,以至于几乎所有人在此时或彼时都会触犯刑法规定的一种或者多种犯罪,刑法不再区分“我们”与“他们”,超过70%的成年人可能在其人生的某个时点都已犯下可能判处监禁的犯罪。而且,刑法多,惩罚也就多,过多的刑法很容易产生比实际刑罚更多的惩罚。我们没有受到惩罚并不是源于我们对法律的遵守,有的是因为我们运气好犯罪行为没有被查获,有的是因为司法机关裁量没有对我们实施逮捕或提起指控,有的是因为我们拥有逃脱刑事制裁的资源。<sup>[22]</sup>因此,导致美国刑罚过度化的原因是多方面的,其中之一就是刑法参与社会治理的门槛低。这也从另一个侧面反映了英美刑法“单纯定性的犯罪概念模式”在实践中的运行效果并非尽善完美。

如前指出,我国刑法与英美国家对犯罪概念的界定不同,单就刑法罪名数量而言,我国与英美不可同日而语。对此,亦如周光权教授所言,我国刑法现有的罪名,对有着13亿人口的大国治理来说是不够的。<sup>[23]</sup>但从立法轨迹可以清楚窥见我国刑法罪名明显增长的趋势,1979年刑法颁布时,罪名约为129个;1997年现行刑法颁布时,罪名增加到413个;<sup>[24]</sup>其后历经十次刑法修正,罪名现已达469个。其中,“刑修(八)”和“刑修(九)”新增的罪名最为明显。但是,如果未来刑事立法改采“严而不厉”结构,普遍性的降低犯罪门槛和规模性的新增轻罪类型,那么该如何避免刑法对社会治理的过度介入,这恐怕是个需要认真思考的问题了。

## (二)出罪司法体制及其遭遇的难题

不管是英美国家,还是德国日本,立法对犯罪成立不设违法数量或程度的限制,并不意味着纳入刑法调整的轻微犯罪类型最终都会被定罪量刑。刑罚作为和平时期国家对公民适用的最强烈的谴责机制,须不得已才适用,此即为刑法的谦抑性或称刑法的最后手段原理。为了体现国家对人权的尊重和避免刑法对社会生活的过度干预,各国都建立有各具特色的限定刑罚

[20] David Ormerod, Smith and Hogan's Criminal Law (13<sup>th</sup> Edition), Oxford: Oxford University Press, 2011, p.3.

[21] Andrew Ashworth, "Is criminal law a lost cause?", *Law quarterly review*, Vol.116, 2000, p.225.

[22] Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of The Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp.24-25.

[23] 参见周光权:“积极刑法立法观在中国的确立”,《法学研究》2017年第4期,第33页。

[24] 1997年现行刑法颁布时,最高人民法院和最高人民检察院确定的罪名数量并不一致,分别为413个和414个。参见张国轩:“我国刑法罪名数量的演变和构成”,《中国刑事法杂志》2012年第2期,第11-20页。

适用的过滤机制,这些制度既有共性特征,也有个性之处。比如在日本,通过判例确立的可罚违法性理论即是刑法上限定处罚范围的理论框架,当行为产生了法益侵害结果,但不具有处罚价值时,则认定其尚未达到值得处罚程度的违法性而不可罚。<sup>〔25〕</sup>与此不同,世界上绝大部分国家并没有形成完整的可罚违法性或类似的理论体系,更多的是通过刑事司法上的出罪机制来限定刑罚范围,如大陆法系国家普遍采取暂缓起诉制度和检察官自由裁量起诉制度。在英美国家,司法出罪制度则更为发达,类型也更加多样,包括警方撤销案件制度、警察告诫制度、罚款通知程序、缓予宣告制度等。<sup>〔26〕</sup>我国学者将上述各种节制刑罚适用的措施称为刑罚“缓冲”程序,在该程序下,被立法视为犯罪的行为距离定罪和刑罚还有一段比较遥远的路途,犯罪行为在最终被定罪量刑之前还有充分的缓冲空间,以此来保证刑罚成为最后的、不得已才动用的制裁措施。<sup>〔27〕</sup>

在西方国家大犯罪圈刑法体系下,由于刑事司法扮演着节制刑罚适用的角色,司法过程承载着过滤犯罪和出罪的功能,刑事司法运作过程犹如漏斗,所以,这种刑事司法体制也常常被形象比作“漏斗式”刑事司法体制。<sup>〔28〕</sup>而且,立法对犯罪门槛设置越低,犯罪圈越大,实践中就越需要节制刑法处罚范围的措施,即配套建立“漏斗式”犯罪过滤机制。由此,西方国家通过司法出罪机制限制刑罚范围的做法,从他面视角向我们更为全面地展示了刑法谦抑性实质上是一种慎用刑法参与社会治理的理念,其在各国法治实践中呈现出不尽一致的路线图。对此我们需要作整体性思考,认识到刑法谦抑性原理与一国立法对犯罪圈大小的划定并没有必然联系,不能武断地认为西方国家大犯罪圈立法例不符合刑法谦抑性,或者认为我国设置犯罪门槛的立法体例更为契合刑法谦抑性原理。

但采取“漏斗式”刑事司法体制继之而来的问题则是,如果依赖刑事司法节制刑罚范围,司法机关将不可避免地会拥有强大的自由裁量权,这又将陷入各种质疑与批评。正如美国学者威廉姆·斯顿茨(William J. Stuntz)写道,在这种体制下,“犯罪的界定与刑法执行之间的区别远不像人们所想象的那样重要与具有实质意义”“刑事司法体系的真正立法者是检察官而不是立法者”,<sup>〔29〕</sup>“即使是刑法专家也不能对潜在的犯罪人命运作出精确的预测,这些人的命运并不掌握在法律手上,真正的刑法,是由警察和检察官掌握的”。<sup>〔30〕</sup>确实,如果在实践中,行为最终是否构成犯罪的决定权在于警察和检察官,这将导致对罪刑法定和现代社会民主主义立法原理的背离。

我国有重刑主义的历史传统,当前国民重刑观念仍然相当浓厚,在刑法社会保护与人权保障功能的博弈中,国家和社会更青睐前者。与西方国家“漏斗式”出罪刑事司法体制不同,我国刑事司法体制呈现的是“直筒式”构造,具有较为浓厚的追诉犯罪色彩,犯罪嫌疑人一旦进入刑

〔25〕 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第155页。

〔26〕 谢川豫,见前注〔7〕,第317页。

〔27〕 同上注,第259页。

〔28〕 David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.62.

〔29〕 William J. Stuntz, “The Pathological Politics of Criminal Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 100, 2001, p.535, 506.

〔30〕 Douglas Husak, *supra* note 22, p.31.

事司法程序,通常就意味着将被定罪和追究刑事责任,其从刑事司法程序中解脱出来的机率很小。<sup>[31]</sup>在这种法治背景下,国家如果不整体推进现有刑事司法体制改革,急于构建多元的出罪制度,那么在立法规模性的降低犯罪门槛时,将难免导致惩罚的大量增加和刑罚适用的酷苛。不能否认,近些年刑事司法体制改革取得了明显进步,“两高”也正在努力尝试建立和完善轻罪诉讼体系(后文详述),但制度的改变往往需要时间,尤其是当既有制度和固有经验成为一种文化性存在和思维方式时,变革就将更为艰难。此外,问题的复杂性往往源于问题具有两面性,如果我们果真大量构建刑事司法上的种种出罪制度措施,那么在司法机关拥有强大自由裁量权的情况下,该如何确保权力不被恣意使用呢?这在我国目前的社会中并非是个容易解决的问题,历史上我们也不乏这方面的教训。<sup>[32]</sup>

### (三)基于实证数据的反思:以“醉驾入刑”为例

犯罪门槛降低和轻罪立法是否实现了立法者期望的法治效果,以及实践中是否存在相关问题等,是检视国家推进轻罪立法必要性的重要依据之一。关于法规范是否发挥了应有功能或者说是否达到预期的规制效果,我们虽然不能像自然科学般通过科学实验来进行客观验证或者量化呈现,但是从既有公开的实证数据和资料看,轻罪立法的法治效果可谓喜忧参半。

众所周知,过去这段时间,轻罪立法最典型的事例莫过于“刑修(八)”新增的危险驾驶罪。立法增设本罪主要是考虑到“醉驾和飙车的社会危险不断加大,立法也应当变结果本位为行为本位,符合对危险控制的需要”。<sup>[33]</sup>本罪自2011年施行后,确实取得了一定的积极法治效果。公安部2012年5月的统计数据显示,从2011年5月1日至2012年4月20日,全国公安机关共查处酒后驾驶35.4万起,同比下降41.7%。其中,醉酒驾驶5.4万起,同比下降44.1%。<sup>[34]</sup>同时,醉驾入刑也带来了因酒驾、醉驾导致交通事故起数和死亡人数的明显下降。而2014年在“醉驾入刑”三年之际的数据统计显示,全国因酒驾、醉驾导致交通事故起数和死亡人数较本罪实施前分别下降25%和39.3%。<sup>[35]</sup>到2016年醉驾入刑五年之时,上述两数据与本罪实施前五年相比分别下降18%和18.3%。此外,醉驾入刑还推动了公民自觉遵守法律、抵制酒驾醉驾意识的提升,“开车不饮酒、饮酒不开车”逐渐取得广泛的社会共识,并直接催生代驾这一新经济业态。<sup>[36]</sup>

但本罪的施行也同时带来了不能忽视的社会问题,其中最为明显的是,醉驾入刑导致了此类案件大量增加和对有限司法资源的过度消耗。数据显示,截止2016年危险驾驶罪施行五年

[31] 谢川豫,见前注[7],第325页。

[32] 1979年刑事诉讼法规定了免于起诉制度,由于适用范围宽泛,缺乏必要的有效监督制约,检察机关滥用免于起诉权的现象一度相当突出,导致该制度畸形发展。1996年修改刑事诉讼法时,该制度被废除。同时,最高人民检察院也于1998年下发文件,开始控制不起诉率,致使实践中不起诉率明显下降。直至今日,检察机关不起诉率低,与该段历史不无联系。参见成懿萍:“刑事不起诉率偏低之实证分析”,《中国刑事法杂志》2011年第8期,第77页。

[33] 黄太云,见前注[9],第55页。在司法实践中,危险驾驶罪适用的绝大部分案件是醉驾的情形。

[34] 新华社:“‘醉驾入刑’这一年”,载《检察日报》2012年5月9日,第05版。

[35] 向阳、邹伟:“公安部:‘醉驾入刑’三年,酒驾事故数下降25%”,载《新华每日电讯》2014年10月20日,第05版。

[36] 参见汤瑜:“‘醉驾入刑’五年 全国共查酒驾247万余起”,载《民主与法制时报》2016年5月5日,第01版。

之际,全国公安机关共查处饮酒后驾驶机动车违法行为 247.4 万件。<sup>[37]</sup> 2015 年,江苏全省各级法院共受理各类案件 163 万余件,一审审结的刑事案件有 7 万余件,其中约有 1 万件为醉驾案件,占全年刑案的七分之一。<sup>[38]</sup> 在广州市,2011 年 5 月至 2017 年 10 月,全市基层法院受理醉驾型危险驾驶案件 14233 件,占同期基层法院受理刑事案件总数的 13.6%,部分市辖区甚至高达 20%—30%。广州市中级人民法院审理的醉驾型危险驾驶二审案件占有所有二审刑事案件的比例超过 10%。<sup>[39]</sup> 从全国范围看,2018 年《最高人民法院工作报告》也显示,2013 年至 2017 年,全国检察机关共起诉 717.3 万人,较前 5 年上升 19.2%,其中,危险驾驶罪起诉 73.7 万人,占整个起诉案件的 10.27%,且绝大部分案件系醉驾案件。而出现上述情况的原因,其实并不难理解。一方面,刑法在性质上属于事后保障法,目标是通过确认规范的效力(即规范的普遍遵守),以实现对各种法益的保护。<sup>[40]</sup> 刑法的角色和性质决定了其对法益的保护只可能是补充性的,在前刑法规范被有效遵守的情况下,刑法适用的机会就会减少;反之,刑法适用的机会就会大大增加。客观地讲,当前我国国民的守法和规范意识并不强,在国民普遍缺乏规则意识的情况下,饮酒、醉酒开车的现象在社会上还有一定的普遍性,此时增设危险驾驶罪虽然会带来酒后驾车现象的减少,但也必定是以大量犯罪查处为代价的。另一方面,从案件办理情况来看,过去这段时间各级司法机关对本罪的认定是相当严格刚性的,比如公安部《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》(公交管[2011]190 号)指出:“从严掌握立案标准。经检验驾驶人血液酒精含量达到醉酒驾驶机动车标准的,一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查。”而检察机关对醉酒驾驶不起诉的标准,也掌握得非常严格,譬如最高检新闻发言人、办公厅主任白泉民在 2011 年 5 月 23 日接受采访时表示,对于检方来说,醉驾案件只要事实清楚、证据充分则一律起诉。<sup>[41]</sup> 在广州市,2011 年 5 月至 2017 年 10 月,检察机关对危险驾驶罪的起诉率高达 98.01%,比所有案件平均起诉率高了约 8 个百分点。<sup>[42]</sup> 总之,如果在刑事司法上缺乏出罪通道,那么绝大多数的醉驾案件最终都会被定罪量刑,导致危险驾驶罪的数量庞大,挤占有限的司法资源,也就自然不足为怪了。

此外,国家和社会为醉驾入刑付出的成本还包括法院有罪判决后的刑罚执行成本,犯罪所生的标签效应,犯罪前科以及犯罪对行为人自身和家庭带来的负面影响等。比如,依据《行政机关公务员处分条例》第 17 条第 2 款的规定,“行政机关公务员依法被判处刑罚的,给予开除处分”。该后果可能比因醉驾本身受到的处罚后果还要严重的多。

#### (四)小结与评论

犯罪及其造成的危害是一种客观事实,但人类据此形成的应对机制却是一种理解和知识。

[37] 同上注,第 01 版。

[38] 参见陈竹沁:“江苏 1/7 一审审结刑案为醉驾,高院院长吁立法入刑门槛要严”,<http://news.sohu.com/20160311/n440135212.shtml>,最后访问日期 2018 年 2 月 10 日。

[39] 参见卢文洁等:“醉驾案件挤占大量司法资源陈建华建议建立‘醉驾案附条件不起诉’制度”,载《广州日报》2018 年 3 月 11 日,第 A4 版。

[40] 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 15 页。

[41] 参见“最高检表态只要证据充分醉驾一律起诉”,载《北京晚报》2011 年 5 月 24 日,第 08 版。

[42] 卢文洁等,见前注[39],第 A4 版。

“所有的人类理解都只是一种解释,而且,并没有任何一种解释是决定性的。”<sup>[43]</sup>对于犯罪圈的划定,我国与西方国家采取了迥然不同的模式,实际上就是人们针对该问题的两种不同理解。通过以上分析,我们可以得出以下两点结论。

一是,从理论上讲,立法采取“刑法统一调整模式”,将轻微危害行为规定为犯罪,纳入刑事程序并赋予被告人辩护机会,确实更能彰显国家对公民人权的尊重和保护,也更契合法治国原则和法治改革方向。但在这种体制下,由于犯罪门槛低,被刑法覆盖的犯罪数量也就必然多,国家若不配套建立“漏斗式”出罪刑事司法体制,将难以避免实践中的过度处罚问题。但是一旦国家采纳“漏斗式”的出罪刑事司法体制,司法机关将被赋予强大的自由裁量权,这不仅会导致前文所言的“刑事司法体系的真正立法者是检察官不是立法者”的难题,而且也会产生如何确保司法机关权力不恣意行使的棘手问题。英美两国眼下出现的刑罚过度化现象,可以在一定程度上说明由刑法统一调整的大犯罪圈模式以及由此形成的“严而不厉”刑法结构在实践中的效果并非完美无瑕。与此相对,我国采取的是违法犯罪区分的二元体系,在这种体系下,行政机关实际上行使着法治国家普遍由司法机关行使的司法权,单就此而言,确实有违现代法治原则和存在人权保障不充分的问题。但是以行政处罚分流轻微的社会危害行为,不仅能够提高治理违法犯罪的效率,而且在客观上也起到维持刑法处罚谦抑性的作用;特别是在眼下我国权力机关和社会民众对犯罪普遍缺乏必要的理性认知和应有宽容,以及刑事司法体制入罪色彩相当浓厚的背景下,传统违法犯罪区分的二元体系对于节制刑罚范围,避免刑法对社会的过度干预上,并非完全没有制度上的优越性。

二是,危险驾驶罪曾一度被立法机关誉为刑法重视保护民生的亮点条款,也曾一度被立法者奉为“发挥刑法在规范社会生活方面引领和推动作用”的典型事例,但时间总能让人们的认识更为理性。既有的实证结果告诉我们,危险驾驶罪的实施确实起到了一定的积极社会效果,一定程度上提升了国民遵守交通规则的意识,但大量危险驾驶罪案件导致的对有限司法资源的挤占和巨大的社会成本,几乎成为司法机关和社会难以承受之重。为了缓解这一窘境,最近司法机关对醉驾案件的处理出现了缓和立场。2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中规定:“对于醉酒驾驶机动车的被告人,应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况,准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”由此可以看出,法律的运行是个整体性存在,任何问题的改革都是牵一发动全身的问题。对犯罪门槛的降低和轻罪立法的推动,如果没有与之配套的制度跟进,将无法避免刑罚处罚的大量增加。另外,倚重刑法塑造公民的规则意识和解决社会问题,虽然确实可以取得一定的积极效果,是现代国家治理社会的一种选择,但巨大的社会成本则决定了其是一种低效和不具有可持续性的社会治理模式。因此,强调以刑法实现社会治理(包括对公民规则意识的培养与塑造),是一种需要谨慎提倡的治理模式。

取长补短,见贤思齐,是人性的美德,我国刑事法治的进步亦应学习人类文明制度和法治先进经验。劳动教养制度的废止、犯罪门槛的降低以及以轻罪入刑方式构建的“严而不厉”刑

[43] 参见(美)布赖恩·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176页。

法结构,都旨在推动刑事法治进步,希冀以更为法治的方式处理危害社会行为。但是现行的任何制度都是整体性的存在,比如经济学家青木昌彦曾围绕经济制度改革表达了制度及其改革整体性的观点,“一个体系中的各种制度具有战略互补性,某一项或几项制度发生变革,其他的制度要么进行相应的变化,要么就会与新制度难以配合,对新制度的实施产生阻碍。因此,制度变革本质上就应该是整体推进的,否则,就会存在巨大的制度运行成本。”<sup>[44]</sup>不仅经济制度的改革需要体系性思考和整体性推进,在法治建设领域,任何一项法律制度的改革,都会牵涉与其相关的制度改革问题。倘若仅对制度的主体部分进行重构,而不考虑对相关或配套制度改革的话,则必将带来一系列制度间的集体“排异”反应。”<sup>[45]</sup>因此,如果犯罪门槛下降和轻罪立法是我国未来刑法立法不可避免的趋势,那么,配套的立法与改革就应当提上日程。一方面,国家应考虑实体法上相关制度的改革完善,特别是与轻罪对应的轻微刑罚制度建设;另一方面,在诉讼程序上,也必须配套构建相对完善的出罪机制或措施(后文展开)。

## 四、刑法积极参与社会治理:一种需要谨慎提倡的社会治理模式

### (一)行政拘留的扩张:轻罪立法中的悖论现象

如前指出,轻罪立法的“初心”在于以更为法治方式处理轻微危害社会行为,保障公民权利。具体到眼下的我国,一方面国家立法要沿着劳动教养制度改革的方向,继续推进行政处罚权(主要是人身自由罚)的司法化改造;另一方面要避免行政处罚中“人身自由罚”的立法扩张。在前者方面,劳动教养制度废除为我国轻罪立法提供了重要契机,但其后围绕行政处罚权的司法化改造,立法则基本处于停滞状态。对于后者问题,行政拘留在近年来的立法中继续增设扩张。比如2014年新修订的《环境保护法》第63条规定:“企业事业单位和其他生产经营者有下列行为之一,尚不构成犯罪的……对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处十日以上十五日以下拘留;情节较轻的,处五日以上十日以下拘留。”2016年颁布的《网络安全法》也新增了“行政拘留”的处罚措施,第63条规定:“违反本法第二十七条规定,从事危害网络安全活动,或者提供专门用于从事危害网络安全活动的程序、工具,或者为他人从事危害网络安全活动提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助,尚不构成犯罪的,由公安机关没收违法所得,处五日以下拘留,可以并处五万元以上五十万元以下罚款;情节严重的,处五日以上十五日以下拘留,可以并处十万元以上一百万元以下罚款。”法律是人类的作品,与其他作品一样,只有从它的理念出发,才可能被理解。<sup>[46]</sup>劳动教养制度废止后行政处罚司法化改造的搁置和行政拘留在立法中扩张的悖论现象,根本上反映的则是当前国家在轻罪立法问题上整体法治理念和立场的断裂。眼下我国轻罪立法的动力更多的并非是基于法治国家建设和公民权利保障的考虑,而是在积极刑法立法观的指导下,强调刑法参与社会治理,也即“刑修(九)”立法指导思想所言的“发挥刑法在规范和推动社会生活方面的引领和推动作用”。而从改革的实际情

[44] 参见吴敬琏:“‘国进民退’:中国改革的风险”,《中国民营经济与科技》2012年第11—12期合刊,第100页。

[45] 谢川豫,见前注〔7〕,第312页。

[46] 参见(德)古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第4—5页。

况来看,如果要切实立足于法治国家建设推进轻罪立法,那么就必须直面行政权的限制和推进行政处罚权的司法化改造;该问题直接牵扯国家权力的结构调整,事关国家和社会治理方式的深刻变革。但是由于其中利益纠结复杂,改革难度自然很大,所以对理论上推进轻罪立法的种种正当化根据,在实践中很可能被扭曲或者为了便利而只是重视其中的某一方面。

以下,笔者将围绕现代国家为何不能倚重刑法积极参与社会治理来展开法理阐述,以期能有助于更加深刻、科学地理解和把握我国未来轻罪立法的方向。

## (二)谨慎提倡以刑法积极参与社会治理的法理阐述

作为一种政治动物,人们不得不在同他人分享的生活中寻求善的生活方式。<sup>[47]</sup>但是,人的社会与蜜蜂世界的不同在于,人类的基因里并没有遵守规则的生物本能,而蜜蜂世界的规则却是由与生俱来的基因决定的。所以,对于人类社会而言,矩不正,不可为方,规不正,不可为圆,而蜜蜂世界却不会遭遇规矩混乱的烦恼。犯罪表现为行为对法益的损害,但前提却是行为违反社会的规则或规范。也就是说,如果行为与社会伦理、道德以及民事、经济法律法规的要求默契一致,就不会导致法益侵害乃至构成犯罪。但人类的认知具有选择性,往往会忽视犯罪生成的内在逻辑,偏执于对结果的关注。习惯动用刑罚解决社会问题(包括培养公民规则意识),似乎是人类的天性,即便在进入21世纪的今天,威慑仍然是国家维持社会秩序的主要方法。<sup>[48]</sup>而国家和社会民众之所以偏爱以威慑和惩罚来维持社会秩序,一方面是基于人天生具有趋利避害的本性考量,坚持认为奖励和制裁是促使人们实施一定行为的基本方法;另一方面,相对于其他社会治理措施,通过刑罚来解决社会问题,往往可以起到立竿见影的治理效果,且这种效果也更容易得到社会管理体制的青睐和民众的推崇。虽然刑法作为现代社会治理体系的重要环节,参与社会治理和问题解决并不是没有必要性和正当性,笔者也丝毫不否认刑法在参与社会治理中已经取得的积极社会效果;但是刑法的保障法属性和刑事制裁的生硬性、粗暴性都决定了其天然不适宜作为调整社会关系或者参与社会治理的手段。<sup>[49]</sup>

第一,强调以刑法积极参与社会治理,是一种表面和简单化的问题解决方式。

人是社会文化的产物,正是在此意义上,促使人们遵守法律的力量,被认为从来都不是只有法律。博登海默(Bodenheimer)写道:“虽然在有组织社会的历史上,法律作为人际关系的调节器一直发挥着巨大和决定性作用,但在任何这样社会中,仅仅依凭法律这一社会控制力量显然是不够的。实际上,还存在一些能够指导或者引导人们行为的其他工具,这些工具是在实现社会目标过程中用以补充或者替代法律手段的。这些工具包括权力、行政、道德和习惯。”<sup>[50]</sup>学者唐纳德·J·布莱克(Donald J.Black)也通过对法律运行机制的考察,得出结论,社会分层越多,社会关系越复杂,法律也就越多。但是,法律的变化与其他社会控制成反比,当其他社会控制的量减少时,法律的量就会增加。<sup>[51]</sup>法官儒攀基奇则进一步阐述了现实社会中

[47] 参见(美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第16页。

[48] 泰勒,见前注[16],第393页。

[49] 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,第100页。

[50] 博登海默,见前注[3],第357页。

[51] 参见(美)唐纳德·J·布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社2004年版,第14、125页。

法律与其他社会控制措施有效性之间存在的反比例关系：“在一个善恶区分明显、美丑界限易辨的社会中，法律的存在几乎没有必要。相反，在一个善恶极难界分、好坏真假难辨的社会中，对于法律的依赖最为强烈；恰恰基于同样的原因，这种依赖是一种幻想。”“在一个没有共同道德观念与价值标准的社会中，人际关系疏远、甚至敌对，争讼迭起，因而对法律的依赖更为强烈而迫切，但是，在这样的社会中法律的权威性、确定性及影响力亦荡然无存。因此，在一个社会失范状态严重到一定程度的社会中，对于作为冲突解决工具的法律的需求越大，法律的实际效能反而越差。相反在一个道德价值观念统一、凝聚力强大的社会中，为解决冲突而诉诸于法律的情形较少，对于法律的依赖性较小，但法律的效能却非常高。”<sup>[52]</sup>

对于社会治理，刑法与其他规范体系的关系同样呈现上述反比例形态。相对于道德伦理规范和民事、经济、行政法律法规，刑法居于保障地位，对于规则效力的维护或者面对社会问题，如果前刑法规范能够很好地解决，刑法参与必要性就会减弱；反之，如果前刑法规范不能很好地维护社会规则或解决社会问题，社会对刑法的需求就会增加，刑法在社会治理体系中的重要性就会凸显，而恰恰在此种情况下，国家和社会对刑法的期待，往往也只是我们主观上的美好愿望。所以，特定时期刑法参与社会治理的程度，可以反映道德伦理和民事、行政法律法规等前刑法规范对社会问题治理有效性的程度。犯罪表现为行为对法益的侵害，根本上反映的是社会既有规范体系对行为规制的无效。社会秩序的维护从来都要依靠伦理道德规范、民事行政法律法规以及刑事法律规范的整体推进，强调以刑法解决社会问题，只是看到了问题的表象，是一种过于简单化的问题解决方法。

第二，强调以刑法积极参与社会治理，本质上属于功利的或工具主义思维方式。

眼下我们面临众多社会问题，没有疑问的是，国民规则意识淡薄和不遵守规则是其中最为突出的问题之一。正因为如此，如前文指出，我国轻罪立法的重要动因之一是通过将轻微犯罪纳入刑法调整，希望以刑法更为有力地塑造公民规则意识。但这种做法显然过于功利，并没有真正理解人类为什么要遵守法律和规则。个人是一个一体化的、有组织的整体。<sup>[53]</sup>对于公民而言，遵守规则是一种行为方式，表现为行为与法律规范的要求相一致，其实，遵守法律规则更是一种思维方式，体现行为的人格特征。我们不能期待一个在人际交往中不守信、工作中经常迟到早退、社会生活中常常乱窜马路的人，会尊重法律严守规则；我们也不能指望一个对规则合法性缺乏道义上真诚认同感的人会严格遵守法律（包括刑法）的规定。所以，要有效塑造公民规则意识和有效解决现实社会公民不遵守规则的问题，首先需要清楚人们为什么要遵守法律和规则。对此，理论上存在工具主义和规范主义的对立。工具主义以威慑论为基础，认为人们是否遵守法律和规则系基于不同行为可能给自己带来收益还是损失的计算。规范主义强调人们遵守法律源于对法律规范的忠诚，以人们对法律和规范是合法的和正义的道德感为基础，并不是基于对违反法律和规则后果的考量。<sup>[54]</sup>美国学者泰勒（Tom·R.Tyler）以实证主义方法研究的结论是：“人们对法律的尊重，是因为在特定情况下人们有自愿按照一定方式行为的愿望，他们觉得自己理应那样行事。即使人们触犯法律被抓获和受到惩罚的风险很小，

[52] （斯洛文尼亚）卜思天·M·儒攀基奇：《刑法——刑罚理念批判》，何慧新等译，中国政法大学出版社2002年版，中文版本序言，第4页。

[53] 参见（美）亚伯拉罕·马斯洛：《动机与人格》，许金声译，中国人民大学出版社2012年版，第3页。

[54] 泰勒，见前注[16]，第3—4页。

甚至根本没有风险,他们仍然会遵守法律。这是一种行为自律,是因为他们内心认为遵守法律是一种社会责任,并自愿承担这样义务。”〔55〕其还进一步强调,“合法性是一种能够促使人们遵守法律的动机和力量,在促使人们遵守法律方面,合法性比触犯法律被抓获和受到惩罚的风险会产生更大的影响”。〔56〕社会学家马克思·韦伯(Max Weber)将人的行为动机分为四种形态:①传统型动机;②情绪性、爱情性动机;③目的合理性动机;④价值合理性动机。这种划分更多是基于理论研究便利的考量,并不意味着现实社会行为人的行为动机一定准确对应着其中某一种或几种形态。现实中行为的动机往往是其中某几个的结合,而且结合方式也是多种多样的,问题只是在于上述四种动机中哪种占有优势罢了。〔57〕同样,上述工具主义和规范主义的对立也更多具有的是理论框架意义,现实社会公民遵守规则的动机亦并非是绝对的非此即彼关系。换句话说,人们遵守规则可能既有功利的考虑,也有基于对法律或规则的忠诚,而且即便同一行为人在不同时间或者面对不同问题,两者的组合关系也并非是完全一样的。但没有疑问的是,强调通过刑法提升公民的规则意识,显然倚重的是威慑力量,固守的是工具主义思维方式。人与生俱来的趋利避害本能决定了威慑有时确实会对人们遵守法律产生很大的促进作用,但是,“有时候却不能发挥任何作用……人们的行为还会受到其他因素的影响……一旦将其他因素的影响考虑在内,威慑的这种影响作用就没有所说的那么显著了”。〔58〕任何时候,我们对事物功能的使用都不能背离事物的本性,道德伦理规范是法规范的基础,民商、行政法律法规直接为国民设定行为模式,属于第一次法规范体系;与此不同,刑法属于二次法规范体系,〔59〕其决定了对国民行为模式的塑造具有间接性和补充性。因此,强调以刑法塑造提升公民的规则意识,不仅是工具主义的思维形式,而且在实践中也只能取得事倍功半的效果。刑法参与其他社会问题解决,遵守同样的原理,但也面临同样的问题。

第三,强调以刑法积极参与社会治理,是一种幽暗的问题解决方式。

法律是建立在公平基础上的和平秩序,它强迫人们戒除暴力。〔60〕刑法制度本身就是一种天生具有悖论性的制度,它以剥夺公民自由来保护自由,即使在推崇刑法人道性的今天,惩罚也仍然是一场场悲剧,只不过在现代社会,刑罚的暴力本性变得更为精巧、隐蔽。《道德经》云:“鱼不可脱于渊,国之利器不可示与人”,刑罚不仅是现代国家治理社会的公器,更是重器与利器。积极通过刑法参与社会治理,本质上是一种惩罚性的社会治理模式,与宪法提倡的尊重保障人权以及提升国民尊严的主旨精神并不吻合。这些年,对于刑罚机能,学者们越来越倾向于超越传统刑法理论关于报应和威慑的争论,倡导积极的一般预防,即刑罚并不是要威慑公众,而是要积极地强化法忠诚或对法秩序的信任。〔61〕相对于报应和威慑理论,积极一般预防具有理论上的优越性,但无论学者怎样善意理解刑法的积极一般预防机能,该机能的实现都无法回避刑罚是和平时期国家对公民适用的最极端的谴责和权利剥夺措施这一事实。而且,离

〔55〕 泰勒,见前注〔16〕,第396页。

〔56〕 泰勒,见前注〔16〕,第396页。

〔57〕 参见(日)川岛武宜:《现代化与法》,申政武、渠涛等译,中国政法大学出版社2004年版,第74—75页。

〔58〕 泰勒,见前注〔16〕,第394页。

〔59〕 参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第34页。

〔60〕 博登海默,见前注〔3〕,第4页。

〔61〕 金德霍伊泽尔,见前注〔40〕,第26页。

开了惩罚和威慑,所谓的积极一般预防效果也无从发生。只要刑罚不能彻底断绝与惩罚、权力压制以及权利剥夺的关联性,就无法改变刑罚属于不得已“恶”的本性。所以,在文明社会,对犯罪者施以惩罚注定是社会生活中一件特别令人不安与沮丧的事情。<sup>[62]</sup>真正崇高的道德和秩序只能期待于自发的人格,仅凭单纯的权力压制,人的道德是不能完成的。任何希望通过惩罚和威慑方式解决社会问题(包括希望通过刑法提升国民规范意识)的做法,都不失为幽暗的思考和解决问题方式,不值得也不应当提倡。

第四,强调以刑法积极参与社会治理,会导致种种社会问题。

美国当代犯罪社会学家大卫·加兰(David Garland)在谈及刑罚参与社会治理的局限性时总结性指出,在任何社会,“惩罚只是一种用于那些较可靠的社会机制的强制性支持力量,这种支持力量除了有助于管理那些脱逸社会正式控制与整合系统的人外,别无它用。惩罚注定不会取得重大的成功,因为真正能导致服从或者促使犯罪与行为偏差的条件位于刑罚制度的管辖之外”。<sup>[63]</sup>现实社会的问题,特别是那些突出的社会问题,其存在都有着复杂的原因,这些原因同样处在刑罚权的管辖之外,因此,强调以刑法解决注定是不会有明显效果的。而且,积极以刑法解决社会问题,还会导致严重的社会问题。首先,对人类而言,既定思维容易催生行为依赖,对于社会问题的解决,刑法如果总是积极“出手”,身先士卒,其他非刑法措施可能就无法“出手”,或者压根不想再“出手”。长此以往,不可避免地形成社会治理对刑法的依赖,其他社会措施参与社会治理的应然空间被排挤。其次,从社会资源使用来看,通过刑法解决问题,必然意味着增加国家在该领域的资源投入。但特定时期的国家资源总量是一定的,增加刑事资源投入必然意味着非刑法资源参与社会治理的相应减少,而伦理道德、民事、经济和行政等非刑罚措施才是更为根本直接和更具彻底性的社会问题解决机制。最后,倚重刑法解决社会问题,还可能掩盖问题实质,转移社会治理的视线。人作为一种感觉性动物,常常会直觉地认为立法既然已针对社会问题规定了罪名,说明国家和社会已高度重视了,那么问题就会很快解决;即使问题没有得到良好解决,责任也不在国家和社会而在于违法犯罪行为人的“顽固”。但事实证明,前者往往是普通民众在观念上容易产生的错觉和误解,后者也会极大地转移和松懈国家在社会治理和预防公民违法犯罪方面的责任。

### (三) 结论

作为人类的创造物,任何法律和制度本质上都是人类自我设计的一套以满足社会具体需求为目标的问题解决反应系统,刑法也不例外。只是刑法与其他部门法的显著不同之处在于,刑法的适用难以避免暴力和压制,对于追求尊严的人类而言,如果社会问题的解决不能完全摒除暴力,则必须尽力将其限制在最狭小的限度内。但是,刑法参与社会治理,根本上是一种惩罚性的社会治理模式,着实不值得提倡。因此,犯罪门槛的降低和轻罪入刑都必须回归法治轨道才具有道义基础和正当性,我国未来轻罪立法的真正动力和方向也不应在于单纯强调以刑法解决社会问题,而应立足于法治国的建设和刑法结构现代化的逻辑。构建以更为法治的方式处理轻微危害社会行为的刑法制度,保障公民权利,才是未来我国轻罪立法应当坚持的“正

[62] David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1990, p.1.

[63] *Ibid.*, at 289.

道”。

## 五、轻罪立法的方向与配套制度完善的建议

关于立法,孟德斯鸠很早就指出:“要特别注意法律应如何构想,以免法律和事物的性质相违背。”<sup>〔64〕</sup>“常常有立法者,打算要纠正一个弊端,便只想着纠正这一点,它的眼睛只对于这个目标是睁着的,而对于一切弊害则是闭着的。”<sup>〔65〕</sup>如果犯罪门槛的下降和轻罪立法是我国未来刑法立法不可避免的趋势,那么,国家不仅要在宏观层面思考未来轻罪立法应当坚持的立场与方向,而且在具体措施上也要积极着手构建和完善与之配套的制度。

### (一)关于轻罪立法方向的两个问题

轻罪立法表面上看是犯罪圈大小的划定问题,根本上涉及的却是现代国家如何在法治框架内妥当处理危害社会行为的制裁这一课题。国家通过立法不断增设轻犯罪类型,毫无疑问是我国轻罪立法的重要面相,但必须注意的是,轻罪条款和罪名数量的增加并不意味着轻罪立法就是完全契合法治发展方向的。换句话说,未来国家的轻罪立法之路绝不是立法机关简单地增设几个轻罪条款就可草草了事的,其只是轻罪立法的表象,而问题的实质仍在于以更为法治的方式处理社会危害行为,实现国家权力对轻微危害社会行为的科学配置。因此,要保证轻罪立法在法治轨道上的切实推进,国家必须重视以下两个方面的根本性问题:①进一步推进行政处罚权尤其是人身自由罚的司法化改造。由于历史原因,收容教育、强制隔离戒毒中同样存在行政机关实际行使司法权的问题。比如,根据国务院颁布的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》中规定,公安机关可直接对卖淫嫖娼人员进行为期六个月至两年的收容教育,这不仅与《立法法》的规定相冲突,而且由公安机关以行政处罚方式长时间地限制和剥夺公民人身自由,也不符合现代国家的法治原则和精神。又如文首指出,对于吸毒人员,公安机关可依法作出对其长达三年的强制隔离戒毒决定,此时公安机关实际行使的是法治国家普遍认可的司法权。因此,未来轻罪立法的任务之一就是沿着劳动教养制度改革的方向,实现对收容教育、强制隔离戒毒的司法化改造。②避免人身自由罚的行政处罚权扩张。如前所述,轻罪立法表面上看是轻微罪名的增加,将过去由行政处罚的行为纳入刑法调整范围,但实质上反映的却是国家将轻微危害社会行为纳入司法权的处理框架,以更好地贯彻法治原则和保障人权。轻罪入刑的本意之一就是要限制人身自由罚的行政处罚权之适用,轻罪与行政违法两者的范围呈现的是此消彼长的结构。行政拘留在《环境保护法》和《网络安全法》领域扩张的做法,背离了国家推进轻罪立法的初衷,而未来的轻罪立法也必须避免行政拘留等“人身自由罚”的行政处罚措施的进一步扩张。

### (二)刑事法律制度的配套改革与完善

为了避免轻罪立法导致的制度之间的不良“排异反应”,立法机关在刑事实体和程序方面进行以下配套制度改革完善,是必要的。

#### 1. 增设轻微刑罚制度

在“刑修(八)”和“刑修(九)”中,立法关于刑罚配置出现了值得关注的新变化,比如对于危

〔64〕 (法)孟德斯鸠:《论法的精神》(下),张雁深译,商务印书馆1961年版,第300页。

〔65〕 (法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第86页。

险驾驶罪,刑法规定“处拘役,并处罚金”;对于使用虚假身份证件、盗用身份证件罪以及代替考试罪,立法配置的最高刑也只是拘役。但整体上看,近年我国轻罪立法仍然是在既有刑罚制度的框架内展开的,无论是刑罚的种类,还是刑罚执行制度,都没有发生根本性变化。既有的刑罚制度类型过于简单,处罚也相对严厉。对此,储槐植教授写道,目前刑法仍然具有明显的重刑化倾向,其中“有46个死刑罪名,94个无期徒刑罪名;全部犯罪均配置有剥夺自由刑,其中法定刑最低五年以上的罪名有341个,法定刑最高五年以下的罪名仅有127个,而规定拘役的罪名有394个”。〔66〕所以,犯罪门槛的整体性下降和轻罪立法,必然需要刑罚与之呼应,以制度性地保证罪责刑相适应刑法基本原则的贯彻。反之,如果不整体性推进刑罚制度改革,就无法确保犯罪与刑罚间的合理对应关系,造成惩罚的过于酷苛问题。比如,冯军教授曾指出,犯罪化的目的是严密法网,不是用严厉的刑罚来处罚轻罪;应根据轻罪的具体情况,规定各种能够有效预防轻罪的刑罚;在未来的刑法典中,可以考虑增设善行保证,禁止执业、禁止驾驶、禁止使用、禁止进入、公益劳动、社区服务、周末拘禁等适合轻罪的刑罚。〔67〕对此,笔者赞同冯军教授关于犯罪化目的的论述,其指出的现行刑法关于轻罪刑罚措施不足和过于单一的问题,确实是客观存在的;但是冯教授建议增设的刑罚措施是否有必要,则值得进一步讨论,因为有些措施如禁止驾驶等在我国属于行政处罚措施,将其纳入刑罚体系未必具有正当性与法治优越性。此外,刑法结构由犯罪侧结构与刑罚侧结构组成,〔68〕两者具有密切的对应关系,未来我国需要建立哪些轻罪刑罚制度,根本上还取决于未来国家在整体上如何协调行政处罚与刑罚的关系。也就是说,未来国家立法越倾向于限制行政权,节制行政处罚和行政强制措施的使用,那么,立法就会越倾向将现有的行政处罚或行政强制措施(尤其是剥夺和限制人身自由措施)纳入刑法调整并升格为刑罚制度,刑罚种类也就会多元化;而未来立法对犯罪门槛的设置越低,干预社会的范围越大,也就越需要对应地增设轻微刑罚。所以,未来我国刑法中轻微刑罚制度的种类根本上还决定于违法行为处罚措施的法治化或司法化之改造力度。

## 2. 构建前科消灭制度

为了避免犯罪导致的过度标签效应,不少国家都规定有前科消灭或复权制度。比如《俄罗斯联邦刑法典》第86条规定:“在下列情况下前科消灭:①被判处缓刑的人,考验期届满;②被判处比剥夺自由更轻刑种的人,服刑期满后过1年……⑤因特别严重的犯罪被判处剥夺自由的人,服刑期满后过8年。”“前科消灭或者撤销后,与前科有关的一切法律后果便不复存在。”《法国刑法典》第三章第四节中则全面规定了复权制度,其中第133-12条规定:“受重罪、轻罪或者违警罪刑罚的任何人,得依本节之规定依法当然复权,或者按《刑事诉讼法典》规定的条件经法院裁判复权。”我国没有前科消灭或复权制度,相反,刑法第100条规定了前科报告制度,“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒。”“刑修(八)”增设了缓和前科报告制度条款,规定:“犯罪的时候不满十八周岁被判处有期徒刑以下刑罚的人,免除前款规定的报告义务。”前科报告义务免除并非是犯罪人前科的消灭,而且,适用对象仅限于未成年人且被判处有期徒刑以下刑罚的人。因为任

〔66〕 储槐植,见前注〔2〕,第03版。

〔67〕 参见冯军:“犯罪化的思考”,《法学研究》2008年第3期,第147页。

〔68〕 储槐植,见前注〔2〕,第03版。

何事物发展到一定程度,总有回落的机缘,<sup>[69]</sup>这是事物的常理;前科阻碍犯罪人的社会化,既违反刑罚目的,也不人道,所以,越来越多的学者开始主张我国刑法应当建立前科消灭制度。而对前科消灭制度的具体构建,立法机关除了需要考虑其适用程序外,还需要重点解决作为前科消灭对象的“前科范围”以及前科消灭的条件,这都需要立法作出价值选择,故而难免存在争议。然而,立法针对轻罪和未成年人犯罪建立的前科消灭制度,不仅异议小,可行性强,而且以此为契机,也有助于推进前科消灭制度在我国的全面建立。

### 3. 完善司法出罪机制

我国现行刑事诉讼体制并非完全没有出罪或者限制刑罚适用的功能,比如《刑事诉讼法》第173条第2款规定的酌定不起诉制度就是典型的出罪程序机制;《刑事诉讼法》第15条不追究刑事责任和第206条自诉案件可以调解和解的规定,也承担着刑事诉讼上的出罪功能。<sup>[70]</sup>但客观地讲,如前所指,与西方法治国家“漏斗式”的刑事司法体制相比,我国司法出罪机制不仅种类少,而且实践效果也不好。以不起诉制度为例,司法实践中,除了针对未成年、偶犯、初犯、过失犯罪、防卫过当和避险过当等情形外,不起诉的适用率非常低。尽管近年来检察机关内部已逐步取消严格控制不起诉比例的内部考核制度,但是不起诉制度的适用情况仍没有出现明显地乐观转向。<sup>[71]</sup>而导致检察机关不敢、不愿依法适用不起诉的原因是多方面的,其中有观念方面的障碍,有现行办案机制程序的限制,也有社会环境的制约。因此,如果未来国家规模性的推进轻罪立法,那么就必须重视司法出罪机制的构建;只是放宽犯罪入口而无相应出罪机制的构建,将无法避免实践中惩罚的大量增加,“醉驾入刑”的实践也已清晰地证明了这一点。对此,我国有学者将该问题称之为“犯罪问题非犯罪化处理的程序机制”,并提出在犯罪化过程中,应扩大自诉案件的范围、建立审前调解制度、改革现行不起诉制度和建立暂缓起诉制度。<sup>[72]</sup>也有学者立足于诉讼的不同环节,提出应当在制裁危害行为的各个环节中设计相应的司法出罪制度,包括可以在侦查阶段增加警察训诫和撤销案件两种出罪程序;在起诉阶段扩大酌定不起诉的适用范围和增设暂缓不起诉制度;在审判阶段除保留刑事调解制度外,增加缓予刑事宣告制度。<sup>[73]</sup>在笔者看来,未来立法究竟应在刑事诉讼的哪个阶段以及在多大范围内构建司法出罪制度,有以下两方面因素需要予以考虑。第一,犯罪门槛下降的程度和轻罪的数量与规模。犯罪门槛越低,轻罪数量越大,对于司法出罪机制的需求就越强。第二,如何确保司法裁量权的不恣意行使。司法出罪意味着司法机关将拥有行为是否构成犯罪的决定权,在当前我国法治并不完善的情况下,赋予司法机关是否出罪的自由裁量权之后该如何确保其不被恣意滥用,绝非是一件容易解决的事情。此外,我国学者还提出要进一步推进轻罪案件快速处理机制建设,降低羁押率、减少适用羁押性措施以及减少犯罪附随负面效应的制度建设等建议。但限于篇幅,这里将不再予以展开。

尝试中的事物,往往非一举即能成其美,刑法制度的改革也一样。推进国家治理体系和治

[69] 参见赵秉志主编:《刑罚总论问题探索》,法律出版社2002年版,第640页。

[70] 参见陈光中:“论我国的酌定不起诉制度”,《中国刑事法杂志》2001年第1期,第74—75页。

[71] 成懿萍,见前注[32],第74—79页。

[72] 参见汪建成、杨微波:“论犯罪问题非犯罪化处理的程序机制”,《山东警察学院学报》2006年第3期,第44—47页。

[73] 谢川豫,见前注[7],第325—330页。

理能力的现代化是当前我国社会全面深化改革的总目标之一,刑事立法不能脱离国家治理体系和治理能力现代化改革的总体框架。也就是说,未来我国轻罪立法不仅要符合刑事法治的建设方向,也必须在根本上契合国家和社会治理体系现代化的总要求。现代化的社会治理应当采取和平且可持续发展的社会治理方式,并应当是高效和低社会成本的社会治理方式。轻罪立法和“严而不厉”刑法结构的建构的确事关我国刑法结构的现代化,但真正的刑法现代化应当是国家和社会逐步摆脱社会治理对刑法的依赖,而不是刑法纠结其中越陷越深。未来我国刑法的现代化之路,一方面要思考如何在法治框架内妥善处理社会危害行为及其制裁体系问题,另一方面还要战略性地思考和解决如何有效避免现代社会治理对刑法的过度依赖。

**Abstract:** The lowering of the threshold for crimes and the legislation of minor crimes can be legitimated but they may lead to over-criminalization without the support of “funneling” decriminalization mechanism in judicial practice. Nowadays, the lowering of the threshold of crimes and the legislation of minor crimes focus more on the role of criminal law in social governance, for instance, the expansion of administrative detention, which contravenes the rule of law. The active role of criminal law in social governance needs to be considered with prudence, however. To be specific, the legislation of minor crimes in China should be implemented with regard to civil rights and the rule of law. The legislation of minor crimes requires a corresponding system. First, the administrative power should be reframed judicially, especially the power related to the deprivation of personal freedom such as the administrative detention. Secondly, corresponding and proportionate minor punishments need to be added, elimination of prior criminal records needs to be constructed and decriminalization mechanism needs to be improved.

**Key Words:** Legislation of Minor Crimes; Minor Crimes; “Funneling” Decriminalization Mechanism; Over-criminalization

(学术编辑:车 浩)  
(技术编辑:张晓媛)