

# 犯罪现实与刑罚的社会控制

## 基于刑罚目的论的反思

黄河\*

**摘要** 警方犯罪统计中的犯罪现实,在某种程度仅是一幅扭曲的犯罪图景。犯罪的追诉与惩罚不单纯是官方对“客观犯罪”的反映,更是刑罚的社会控制机制的产物。不起诉人数增加并不意味着检察机关更加收放自如地行使了不起诉的裁量权。自由刑在法院量刑中的地位非常显著,重刑比重在危害公共安全、妨害社会管理秩序罪和财产犯罪中过于显著。刑罚的社会控制背后,暗含着人们对刑罚目的论的不同理解,在人们的观念里,绝对的刑罚理论从来都未曾“过时”,相对的预防论之功能性效果被高估,刑罚对人们行为的影响只是一种相关但不必然蕴含因果的关系。“社会需要多少犯罪”这一设问,可以引导人们对刑罚的社会控制进行反思,并在此基础上谋求新的出路。

**关键词** 犯罪率 刑罚的社会控制 刑罚目的论

### 一、问题的提出

在日常生活中,犯罪这一话题总能引起公众和媒体的兴趣,但犯罪并非一个一眼能就看透的物理性存在,实际的犯罪数量、结构和发展趋势究竟如何,人们很难对此做出精确的判断。社会

\* 中国政法大学比较法学研究院讲师。本文系国家社科基金项目“德国刑事审判权运行机制研究”(项目编号:19FFXB041)和中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划“刑事司法改革问题研究创新团队”(项目编号:19CXTD02)的阶段性成果。

生活世界如何呈现,往往取决于“经验化的现实”(empirical reality)如何通过经验来进行传达。<sup>[1]</sup>在犯罪测量问题上,各国基本上以官方犯罪统计的形式定期对外公布数据,该数据是公众了解“犯罪现实”的重要来源。同时,犯罪统计数据可以作为衡量一个国家或者政府为被害人以及其他公民提供司法保障服务水平的指标。因此,官方犯罪统计的重要性不言而喻。

对于官方犯罪统计中的犯罪现实,单纯地了解“社会有多少犯罪”往往是不够的,应当更加重视对这些官方数据的解读。此外,人们需要进一步探究这些犯罪现实在刑罚的社会控制体系中是如何被生产出来并沉淀成为官方犯罪统计中一个个的数字的,这涉及到刑事司法体系中不同行动主体的角色分工和具体运作。而隐藏在刑罚社会控制运作背后更深层的话题则是刑罚目的论,即通过刑罚的实施,究竟能给社会带来什么。刑罚目的论是沟通罪与罚的纽带,在一定程度上不仅影响着立法者的思维,而且还影响到司法人员在具体个案中的定罪与处刑。基于此,本文第二部分先从警方官方公布的犯罪统计数据入手,勾勒出不同犯罪类型的现状以及发展变化;第三部分将对检察机关刑事追诉和法院的刑事制裁的社会控制进行分析,探究不同行动者对于犯罪处理的行动逻辑;刑罚目的论的反思作为文章的第四部分,将阐述绝对论和相对论的基本立场以及相关的经验性研究结论。基于刑罚目的论的反思,针对“社会到底需要多少犯罪?”这一疑问,以中国社会当前常见多发的犯罪类型为切入点,详细阐述刑罚的社会控制的新出路。

## 二、警方犯罪统计中的犯罪现实

### (一)犯罪总量的横截面与纵截面

从横截面来看,2018年全国警方共立案506.92万件,其中超过一半的案件(55%)为盗窃犯罪,虽然官方统计数据中没有详细列出其他财产犯罪的数量,但盗窃和诈骗类犯罪已经占到了案件总数的77.8%。公众眼中严重暴力犯罪案件(杀人、伤害、抢劫和强奸)在数量上(16.01万件)远低于财产犯罪,仅占总数的3.1%。

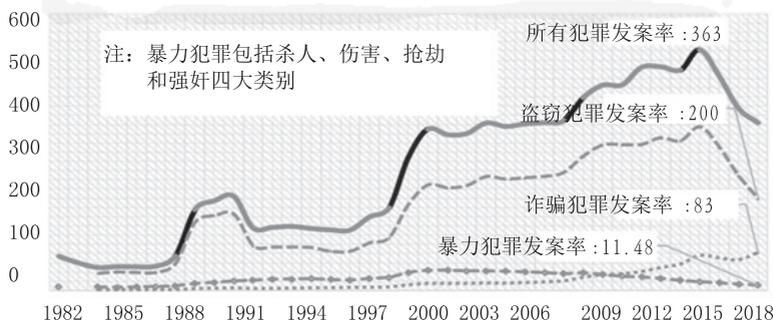


图1 每十万名人口中发案率的变化

[1] Henry H. Brownstein, “The Social Production of Crime Statistics”, *Justice Research and Policy*, Vol. 2, No.2, 2000, p. 74.

从纵截面来看,自1981年我国开始正式对外公布警察登记在案的犯罪数量以来,犯罪总量的绝对值和相对值都有所上升。1981年警方记录在案的所有刑事案件数量为89.03万件,2018年,这一数字增加了4.7倍(506.92万件)。考虑到人口增长因素,以犯罪增长的相对值(每10万人口中登记在案的数量)来进行衡量更有意义,该相对值从88.96件增加到363.29件,增长了3.1倍。如图1所示,这一时期犯罪相对值同比增长率较高的年份是1989年(133.3%)、2000年(60.3%)、2009年(13.6%)和2015年(9.2%),即图1中4段黑线所示的陡坡式上升趋势。而1992-1993年以及2016-2018年,呈现出一种“断崖式”的下降趋势。

## (二)犯罪结构对犯罪总量的决定性影响

犯罪总量上的增长趋势传达出的仅仅是一个扭曲的犯罪图景,犹如在“六畜兴旺”的情况下,把牛、猪和鸡等加在一起,统计出所有牲畜腿的数量。因此,需要从犯罪结构来考察,何种犯罪类型的变化对于总量的变化起到了关键作用。

一方面,从图1中可以发现,财产性犯罪的变化对犯罪总量变化起到了关键性作用。1983年至2018年,盗窃和诈骗占有所有案件发案率的平均比重为76.2%,其中有四分之一的年份比重超过80%(1989年最高达到了87%);而盗窃罪发案率的变化曲线基本上与所有犯罪发案率的变化曲线能保持同步(图1中第1条和第2条曲线)。由此可见,财产性犯罪(尤其是盗窃罪)的变化对整个犯罪率的发展起到了决定性的作用。另一方面,让媒体“兴奋”,让百姓“心忧”的暴力犯罪并没有人们想象的那么严重:

其一,从暴力犯罪的相对数值来看,2001年是暴力犯罪发案率发展变化中的一个转折点(图1)。1984年到2001年,暴力犯罪的发案率基本上逐年上升(从7.2件上升到43.8件)。从2002年开始,暴力犯罪发案率的基本发展趋势是逐年下降,2018年已经下降到了11.5件,差不多回到了1989年以前的水平。

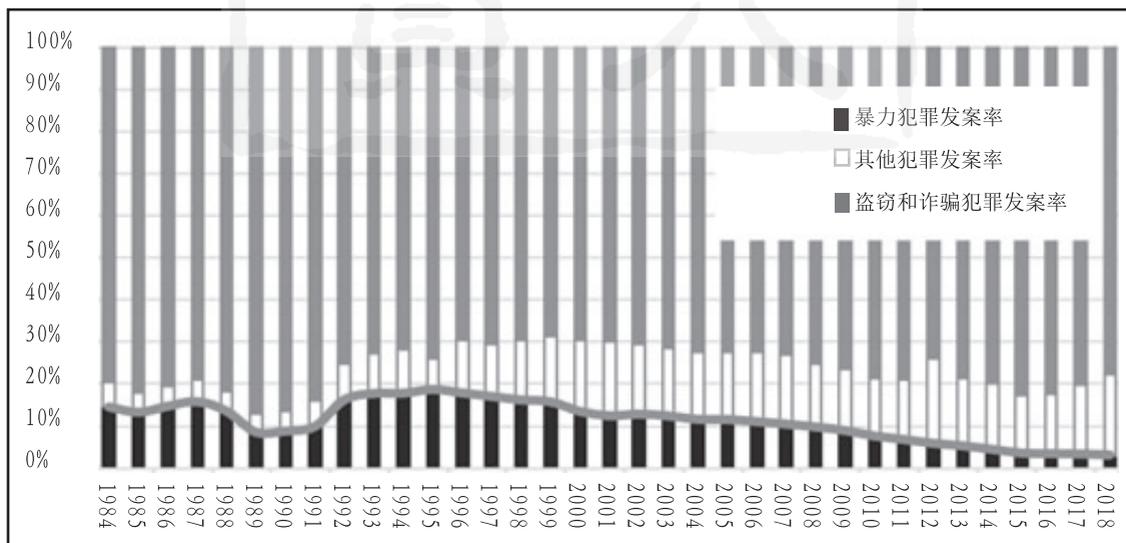


图2 不同犯罪发案率的比重变化

其二,从相对值的比重来看,暴力犯罪占有所有案件的比值较低(图2)。从1984年到1986年,暴力犯罪发案率比重徘徊在13%到15%之间。1987年到1989年期间,暴力犯罪的比重开始呈现下降趋势,其中1989年,虽然暴力犯罪的发案率比上一年度增长了47.1%,但暴力犯罪占有所有犯罪发案率的比重却下降了将近四成(从13.7%下降到8.6%)。从1990年开始,暴力犯罪占警方登记在案的所有犯罪的比重持续上升,增长率最快是1992年,同比增长64%(从10%上升到16.4%)。

如果单独看1992年的增长率,人们不免产生疑惑:1992年全国范围内并没有进行“严打”,况且离1983年第一次“严打”已经过去了将近十年之久,那为何这一年度暴力犯罪发案率占全部犯罪发案率的比重却增长如此迅猛?对比图2中暴力犯罪发案率、盗窃犯罪发案率以及全部犯罪发案率,人们可以发现,其实1992年暴力犯罪发案率这一相对值并没有太大的增长,即每十万名人口中暴力犯罪发案率从1991年的20.4件上升到了22.1件(增长率仅为8.3%),相比之下,每十万名人口中盗窃罪发案率却从166件陡然下降至97.5件(下降超过四成),正是由于盗窃罪发案数量的下降才导致当年整体犯罪发案率总数的下降。

因此需要注意的是,当暴力犯罪发案率占有所有犯罪发案率比重较上一年度出现突然增长的情况,并不意味着该年度暴力犯罪的“现实情况”出现大幅增长,也可能仅仅只是一种“通货紧缩”现象,故而不能断然地得出该年度社会治安严重恶化的结论。另外,自1995年开始,暴力犯罪占全部犯罪发案率的比重逐年下降,即从1995年的最高值18.9%下降到了2018年的3.2%。而同期盗窃和诈骗犯罪占比量的总体趋势是在增加(2016年至2018年略有下降)。由此可见,暴力犯罪在整体犯罪比重中的地位在不断下降。相反,财产性犯罪在整体犯罪结构中的比重一直稳居首要位置。社会中暴力犯罪的回落,绝非中国特色。事实上最近30年来,北美和欧洲绝大多数国家暴力犯罪也都呈现出大幅回落的趋势。〔2〕

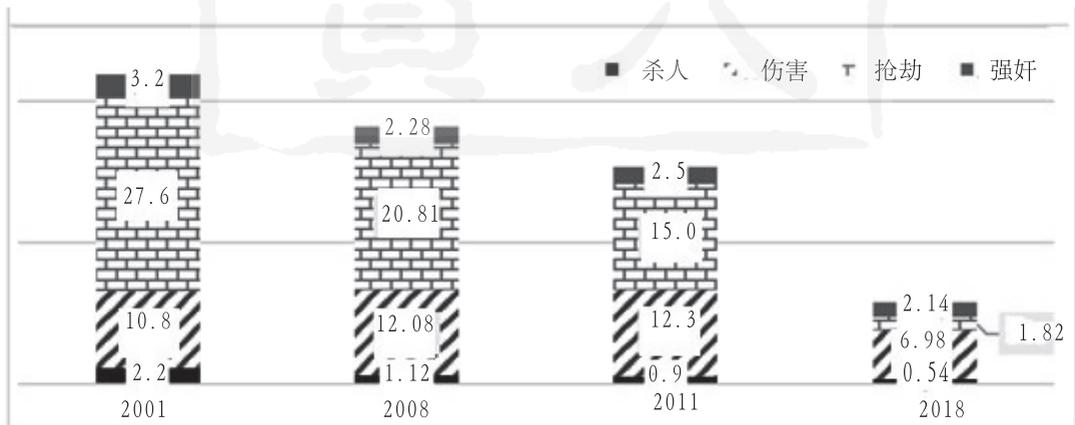


图3 警方登记在案的暴力犯罪发案率（每十万名人口）

〔2〕 See Jan van Dijk et al. (eds.), *The International Crime Drop: New Directions in Research*, Houndmills; Palgrave Macmillan, 2012, p. 303.

其三,从四种严重暴力犯罪具体的相对值来看(图3),在过去将近20年的时间里,抢劫类和杀人类犯罪下降分别超过九成和七成。伤害类和强奸类犯罪率分别下降了35.4%和33.1%。这说明,近年来民众成为接触型犯罪被害人的风险和几率大幅下降。

### (三)控制型犯罪

在一定程度上,犯罪率的产生是一种社会学现象,与真实的越轨犯罪行为相比,它更容易被概念化为实际社会控制的反映。<sup>〔3〕</sup>通常情况下,报案人(绝大多数是被害人)主动向警方报案,从而使得某一犯罪事实纳入刑事追诉机关的法眼。相比之下,警察在日常执法过程中,自己主动发现导致犯罪嫌疑并启动侦查程序的比例非常少。警察主动发现的犯罪事实,主要与“控制型犯罪”相关,即某一类型的犯罪案发主要是警察施加一定程度的控制策略的结果。简言之,“控制型犯罪”中的犯罪明数非常高,在警方发现线索之时,犯罪嫌疑人往往也被锁定。常见的“控制型犯罪”主要包括无被害人的犯罪,例如毒品犯罪,贩毒者和吸毒者并非犯罪被害人,通常也不会主动和刑事追诉机关合作。此外,一些人身依附性很强的犯罪也属于控制型犯罪的范畴,这类型犯罪中虽然存在明确的被害人,但被害人要么没有意识到自己是被害人,要么出于羞耻或恐惧的原因没有报案。也正是由于犯罪人与受害人之间的人身依附性,使得被害人某种程度上为犯罪人的罪行进行了掩护。例如贩卖人口以及虐待被监护、看护人中的被害人。另外,典型的“控制型犯罪”还包括危险驾驶罪,因为对于其他未造成实害结果的危险犯而言,行为人的“落网率”取决于警方查处的力度。譬如,在新冠疫情期间,尤其是疫情得到基本控制后,无症状感染者数量往往取决于政府采取大规模核酸和血清检测的力度和范围。总之,从某种程度而言,警方记录在案的犯罪数量,只是反映了警方的“生产能力”(productivity),并不能反映一个国家真实的犯罪数量。<sup>〔4〕</sup>

## 三、刑事追诉与刑事制裁的控制机制

### (一)作为“不公诉”机关的检察院?

2014年至2018年,检察机关不起诉的人数总体趋势在不断上升,其中2017年和2018年不起诉的年增长率都超过20%(其中北京市年增长率超过了30%)。由此是否可以断定检察机关行使不起诉裁量权比以往更加“灵活”?

一方面,假定每年公诉机关面临的案件压力上升幅度保持平稳增长,且案件结构没有显著变化的前提下,如果公诉机关不起诉的裁量权维持不变的话,则不起诉率应当是随着起诉率同步增长。但无论从全国数据还是北京的数据来看,显然无法得出这一结论;另一方面,假定案件结构没有显著变化的情况下,如果公诉机关不起诉的裁量权可以“收放自如”,则起诉和不起

〔3〕 Sean P. Varano et al., “Constructing Crime: Neighborhood Characteristics and Police Recording Behavior”, *Journal of Criminal Justice*, Vol.37, No.6, 2009, p. 554.

〔4〕 John van Kesteren et al., “The International Crime Victims Surveys”, *International Review of Victimology*, Vol.20, No.1, 2014, p. 59.

诉人数之间应当存在“此消彼长”的现象。但从全国数据和北京市的数据来看,这种情形只有在少数年份中有凸显(2015和2018年全国数据以及2018年北京数据)。尤其是在2016年,全国公诉人数较上一年度增长0.4%的情况下,不起诉人数却比同期“暴增”了26.8%。

总之,近年来检察机关虽然声称不起诉案件数量和人数在逐年上升,但这种总数上的上升并不能作为证明检察机关不起诉自由裁量权扩大行使的唯一例证。不起诉案件数量人数的上涨可能仅仅是公安机关输入案件的犯罪结构所致,即轻罪案件的“水涨船高”现象。

表1 全国以及北京市检察机关提起公诉和不起诉人数的情况

	全 国					北 京				
	提起公诉	%	不起诉	%	比值	提起公诉	%	不起诉	%	比值
2014	1,437,899		80,020		18	25,194		2,537		9.9
2015	1,434,714	0.2%	81,087	1.3%	17.7	21,878	-3.2%	2,365	-6.8%	9.3
2016	1,440,535	0.4%	90,694	11.8%	15.9	19,909	-9.0%	2,112	-0.7%	9.4
2017	1,705,772	18.4%	114,994	26.8%	14.8	22,745	14.2%	2,905	37.5%	7.8
2018	1,692,846	-0.8%	140,650	22.3%	12	21,073	-7.4%	3,915	34.8%	5.4

目前,官方统计数据中只提供了刑法分则中类罪名的起诉案件数量和提起公诉的被告人的数量,并没有提供公诉机关在具体罪名中的起诉案件数量和被告人人数,因此只能结合最高人民检察院和最高人民法院的工作报告进行粗略的观察。根据2020年最高检的工作报告,“醉驾”已经取代盗窃罪,成为“刑事追诉第一犯罪”。而《最高人民法院工作报告》显示,2019年一审刑事案件129.7万件,其中排名前五位的犯罪类型分别为危险驾驶罪(31.9万件,占24.6%)、盗窃罪(20.8万件,占16%)、故意伤害罪(9.7万件,占7.5%)、交通肇事罪(7.2万件,占5.6%)和诈骗罪(6.1万件,占4.7%)。在警方的犯罪统计中没有具体统计危险驾驶罪和交通肇事罪的立案数量,只在数据中标注“其他”案件(2018年“其他”案件占比为18.8%)。<sup>[5]</sup>基于此,可以推测的是,在这18.8%的警方立案的案件类别中,经由检察机关和法院的努力,至少贡献出了三成左右的案件,这从一个侧面可以反映出对于危险驾驶罪,公检法机关非常严格的刑事追诉的态度和策略。另外,对于交通肇事罪而言,虽然占据了所有刑事案件的第五位,也无需大惊小怪。一方面因为交通肇事罪中,出现被害人死亡情节的案件占比接近95%,<sup>[6]</sup>而根据相关司法解释,出现死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或主要责任的,处三年以下有期徒刑或拘役;另一方面,交通肇事罪犯罪暗数是极低的,如果出现死亡或者身体伤害后果的,基本上不存在事故不为警方知悉或者被害人权衡报案与否的问题。

[5] “其他”指案件类别在杀人、伤害、抢劫、强奸、拐卖妇女儿童、盗窃、财产诈骗、走私、假币类犯罪之外,并由公安机关依法负责侦查的案件。

[6] 最高人民法院:“司法大数据专题报告之交通肇事罪特点和趋势”,<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-246381.html>,最后访问日期:2021年4月11日。

## (二)法院作为通往监狱的驿站?

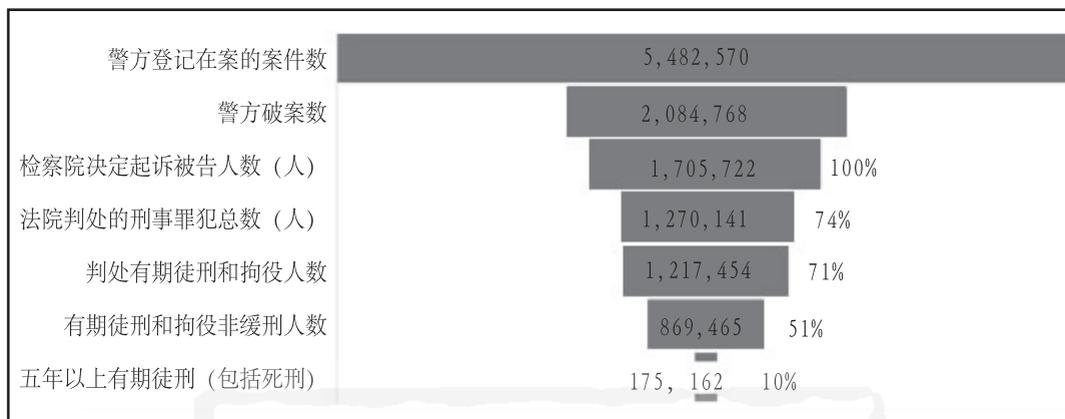


图4 刑事过滤机制

如图4所示,2017年法院判处刑事犯罪的总人数为1,270,141人(占检察机关起诉被告人人数的74%)。<sup>〔7〕</sup>被告人从法院处“领取”的刑罚后果来看,超过三分之二的被告人(71%)被判处剥夺自由的刑罚(有期徒刑和拘役)。过滤掉缓刑的人数,一半左右(51%)的被告人被实际执行自由刑。而判处五年以上自由刑的“重刑”比例占到了10%左右。换言之,每10个被起诉的被告人中,就有一个被告人失去五年以上的人身自由。

从全国法院历年判处的刑罚后果来看,随着“宽严相济”的刑事政策的执行,一方面,免于刑事处罚的人数从2002年的11,266人(占生效判决人数的1.59%)持续增长至2017年的20,684人(占生效判决人数的1.63%);<sup>〔8〕</sup>另一方面,非剥夺自由(有期徒刑和拘役缓刑)的人数在过去十五年来也基本上呈现增长趋势。但有三点情况需特别说明:第一,如图5所示,剥夺自由的刑罚(有期徒刑和拘役实际执行)仍然在整个刑罚后果的比重最大,过半数的年份中,该比重都超过70%,最高值出现在2002年(79.1%),随后出现下降趋势(2013年为63.97%),而2014年开始,该比重又开始持续上升,2018年达到了71.89%。与此相对应,自2014年开始,判处有期徒刑和拘役缓刑的比重在下降;第二,虽然判处五年以上的重刑相对比重下降了一半,但从绝对人数上来看,2016至2018年出现较大的振幅,即2017年(175,162人)比2016年(97,816人)翻了将近一番,虽然2018年(155,638人)有所下降,但该数值仍差不多回到了十年前的高位水平(2008年为159,020人);第三,在过去十几年里,全国法院生效判决中的无

〔7〕 在此有两点需要说明:其一,实践中有部分案件是自诉案件,检察机关并没有提起公诉,而是由自诉人直接向法院提起公诉,我国刑事犯罪统计中没有将这类案件的数量进行明确统计,但自诉案件与公诉案件相比,前者可能数量非常少。其二,并非每一个提起公诉的案件,法院都在同一年度完成审结工作。因此提起公诉的人数与判处的刑事犯罪的人数之间的比例只能是一个“近似值”。

〔8〕 但2018年该数值又下降为16,711人,降幅将近20%,这也是自1983年以来,降幅比率波动最大的一年。

罪宣判的人数出现大幅下滑,即从 2000 年的 6,617 人,持续下降至 2012 年的 727 人(2013 年为 825 人)。虽然 2014 年至 2017 年宣告无罪的人数有所上升,即从 778 人上升至 1,634 人,但总体而言,无罪宣判的人数占所有生效判决总人数比例的锐减是不容忽视的(2000 年的 1.02% 下降至 2017 年的 0.13%)。另外,2018 年(819 人)宣判无罪的人数又比 2017 年(1,634 人)下降了一半。无罪判决率的下降是否意味着公检法机关案件办理质量有了大幅度的提升? 人们无从知晓。

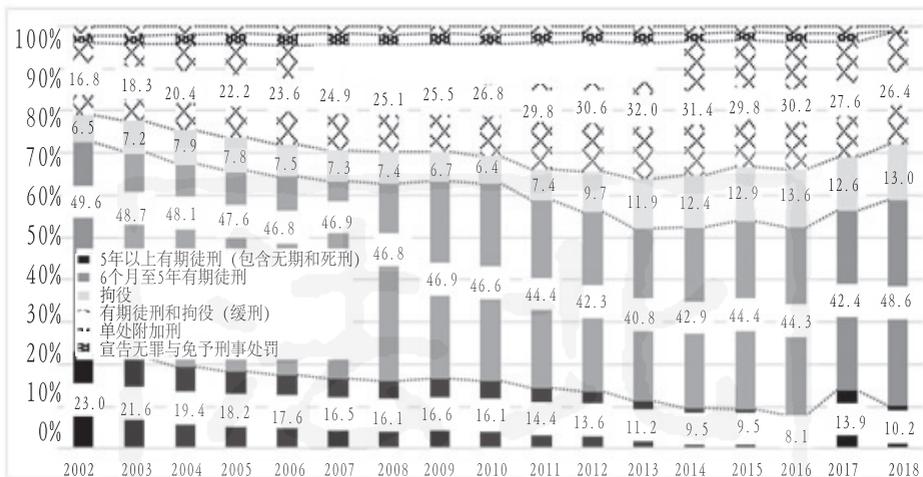


图5 法院判处具体刑罚后果的比重

关于自由刑在具体罪名中的分布情况,中国法律年鉴没有提供相关信息。2017 年开始,最高人民法院公报上开始公布类罪名中的被告人人数。如图 6 所示,在 2018 年全国法院判处被告人刑期数量上,妨害社会管理秩序罪、侵犯财产罪和危害公共安全罪中判处三至五年以及五年的人数最多。由此可见,在社会法益和财产法益的保护上,三年以上自由刑,尤其是五年以上的重刑立下了“汗马功劳”。

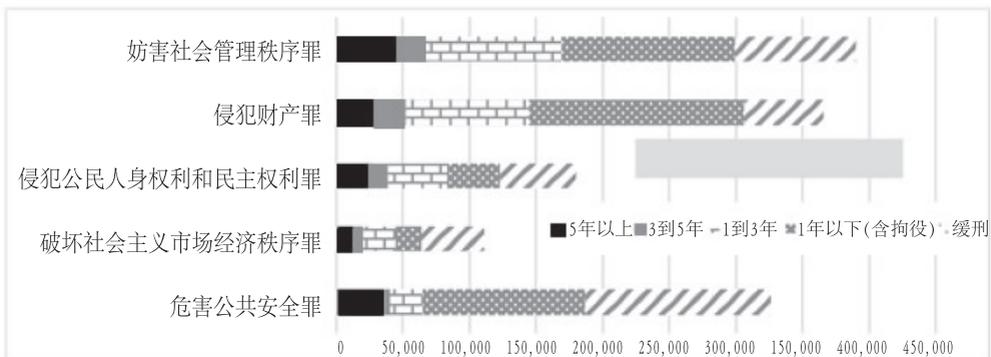


图6 类罪名中被告人刑期情况

总之,从法院判处刑罚后果来看,虽然最近十几年来,免于刑事处罚和判处有期徒刑和拘役缓刑的人数有所上升,但凭此无法完全证明法院在量刑过程中坚持了宽宏大量的制裁策略。相反的事实是,自2013年开始,所有自由刑实际执行(有期徒刑和拘役非缓刑)的比重在持续上扬,缓刑比重在下降。而同一时期(2015年开始),警方登记在案的发案率中,无论是全部犯罪的发生率,还是暴力犯罪以及财产犯罪中的盗窃罪,都出现了大幅度的下降。从整体来看,自由刑仍然是刑罚社会控制中数量最多,地位最重要的手段。

## 四、刑罚目的论之反思

### (一)绝对的刑罚理论从来都未曾过时

从司法机关追诉犯罪的过滤机制和掌控力度来看,通过刑罚来实现社会治理以及社会控制,一直以来备受人们的推崇和偏爱。在这些态度、立场以及司法政策执行的背后,其实都暗含了人们对刑罚目的的理解。国内刑法学中,经常将绝对报应论视为“旧派”学说,而将相对预防论视为“新派”学说。这种分类可能存在以下两个方面的问题:其一,“新”与“旧”的对立,字面意义上所蕴含的感情色彩以及地位上的优越感非常明显。似乎只要是属于“旧派”,就应当扫入历史的故纸堆,不能让它有苟活的机会。但时至今日,“罪有应得”“杀人偿命”和“恢复正义”等观念仍在民众心中占据相当大的地位,既然这种观念仍存在现实的土壤,那么此种观念背后所代表的理念就不能说是“过时”的“旧派”;其二,在新自由主义的影响下,报应刑的理念“改头换面”又出现在人们的视野中,而且支持者还为数不少。

#### 1. 报应理念与“德意志意识形态”

绝对的刑罚理论带有哲学上浓厚的“德意志意识形态”,因为人们可以很容易地将它与康德和黑格尔联系起来。在康德眼中,刑法典中暗藏着一种类型化的命令式(Imperativ)。无论是对于犯罪人,还是对于整个市民社会而言,法官判处的刑罚不应当纯粹地作为一种促进他人向善的工具。在任何时候,需要针对犯罪人判处刑罚的理由仅仅在于,他实施了犯罪行为。康德在《道德形而上学》中举了一个小岛的例子来论证恢复正义的必要性;假设生活在一个孤岛上的公民社会中的全体公民经过民主投票决定,解散这个社会,全体公民都各奔东西。那么在监狱中被关押的最后一名谋杀罪的死刑犯也应该被执行死刑,因为这是正义的要求,不会因为社会即将解散而改变。如此一来,每个人都能得到他的行为所应得的东西。

最近有的学者试图从康德的其他论述中来证明,其实康德并非完全意义上的绝对论者。莎伦·伯德(B. Sharon Byrd)和约阿希姆·赫鲁施卡(Joachim Hruschka)认为,康德同样在本书中另一处地方提到,如果一个人在沉船事故中与另一个人处于同样的危险中,为了自救而将他人推下船板,则不应当对他判处死刑。刑罚施加痛苦的威慑并不大于行为人对自身生命丧失的担心。这样一来,刑法不可能产生预期的效果,因为法官判处其死刑的威胁力仍不确定,

但此时行为人溺水死亡的危险却是相当确定的。基于此,康德似乎也主张消极的一般预防。<sup>[9]</sup>当然,从康德论述中提到的这两个例子,是否可以分别解读出他本人对刑罚持有不同的看法,是值得怀疑的,综合评价康德关于刑罚的所有观点,不难发现,他所持的报应刑基本立场是非常清晰的。在他看来,刑罚决不能作为促进另一种善的手段,判处刑罚仅仅是因为这个人犯了罪。康德甚至认为,对于盗窃之人,就应当判处死刑或者罚他成为奴隶。<sup>[10]</sup>

绝对的刑罚论的代表人物黑格尔则用“否定之否定”(Negation der Negation)来论证刑罚存在的正当性,即犯罪意味着行为人对刑法规范的否定,而刑罚则是对否定者的再次否定,如果犯罪人否定刑法规范而杀人,国家就以刑罚作为回应,来对犯罪人否定刑罚的行为进行否定。

## 2. 规范效力和规范确证——绝对论的“新变体”

在当代刑法学中,绝对论仍有很多理论变体,例如京特·雅各布斯(Günther Jakobs)的“规范效力论”(Normgeltung)和米夏埃尔·帕夫利克(Michael Pawlik)的“规范确证说”(Normbestätigung)。雅各布斯认为刑罚的目的在于确保规范的效力,任何的功利主义以及恣意性的刑罚都无法被正当化,唯有对违反规范者所造成具体的损害进行清偿或弥补的刑罚才具有正当性。刑罚既不是为了防止违反规范者的再犯,因为这些所谓的再犯行为尚未造成任何损害,也不是祛除他人践踏规范的倾向,而是通过刑罚使规范在认知上的稳定性得到“维持”(erhalten),但不是“提高”(gesteigert werden)这种规范的认知。<sup>[11]</sup>而雅各布斯早年倡导刑罚目的在于“培养民众的法律忠诚感”(Einübung in Rechtstreue),因此学理上曾将其归入一般预防的阵营。<sup>[12]</sup>但雅各布斯在最新论著中,已经悄然地放弃了此前的观点,尤其是在此他明确强调的是“维持”而非“提高”。如果人们联想到雅各布斯所提出的“敌人刑法”的概念,则更容易判别他在刑罚目的论上立场的转变。

帕夫利克则从公民对国家的“忠诚义务”(Loyalitätspflicht)出发,试图阐述公民忍受刑罚所施加的痛苦的义务。其认为该义务是公民享受国家保障的和平与自由的“代价”。如果公民违反了忠诚的义务,就必须忍受这样的事实,即享受自由与履行忠诚义务之间不可分割的联系是以刑罚的代价得以确认的。这种确认是由于他违反义务而被剥夺了一部分自由而发生的。<sup>[13]</sup>当然,帕夫利克此番论述还不足以清晰的表明他坚持的绝对论立场。在最新的论著《规范的确证与身份的平衡——论刑罚的正当性》中,帕夫利克明确的提到,报应刑对犯罪之否定评价的积极意义在于,那些实施犯罪行为之人以及因犯罪而被判处刑罚的人有一个共同点,那就是他们通过自己的行为表达了自己的立场(Stellungnahme)。该立场由两个判断组成,即通过肯定某种具体的东西,而否定了其他的东西,反之亦然。违法者对他所采取的非法行为表

[9] Byrd/Hruschka, Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat, JZ 2007, S. 961.

[10] Hörnle, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe — warum?, 2011, S. 18.

[11] Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 115.

[12] Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 13.

[13] Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 90 f.

示“肯定”(Ja)的同时,也是对自己所违反的规范说“不”(Nein)的一种暗示。而法院则将该行为的“它种可能性”(Handlungsalternative)作为参照,以决定是否应宣布该行为应受惩罚。法院的有罪判决一方面是否定了犯罪行为所代表的对立规则,另一方面,通过判决也确认和肯定了犯罪人所破坏的规范秩序的权威性。<sup>[14]</sup>由此可见,帕夫利克已经旗帜鲜明地表示了自己对黑格尔的辩证法的认同。

### 3. 小结:对绝对论立场的反思

诚然,一方面,绝对的刑罚理论非常契合一般民众朴素的“罪与罚”的法感情,另一方面,它对国家刑罚权也起到了一定的限制作用。例如人们可以把社会原有的正义状况(未发生犯罪之前的)设想为一个稳定的“天平”,而犯罪便是加在天平一端的秤砣,使之失去了平衡。而刑罚则是犯罪后国家强制施加于天平另一端的秤砣,目的在于回复原来的平衡状态,即恢复原来的绝对正义状态。刑罚这个秤砣的重量应当按照犯罪人的罪责为测量标尺,即罪责必须与刑罚相适应。

但无论是康德与黑格尔的经典的绝对论,还是雅各布斯和帕夫利克最新的理论变体,在刑罚正当性方面的论证都存在诸多问题。首先,这些理论在论证刑罚正当性的基本思路都是用“应然”来解释“实然”,无法往前更进一步地解释“为何”一定要“应然”。此时,“应然”往往也就变成了“先验性”的存在。换言之,在某些情况下,在非正式的社会制裁以及民事规则足以提供周到保障的情况下,为何偏偏硬要通过刑罚进行干预?典型的例证就是故意损毁财物罪;其次,绝对论无法解释在很多情形下(例如轻微犯罪领域),即便是存在犯罪行为,仍可以免除刑罚。<sup>[15]</sup>倘若坚持绝对的刑罚理论,即刑罚为了恢复社会正义,那所有的犯罪行为毫无例外地都应当予以追诉和惩罚,但这种正义的“乌托邦”,古往今来都是不存在的;再次,在当今的世俗社会,作为人为拟制的机构——国家,是否天然就有能力以及有正当权限通过刑罚来实现正义?作为刑罚权的持有者,国家并不必然代表自己在任何情况下都是正义的化身。个中道理其实很简单,当某人或某机构一边挥舞着生杀予夺的大权,一边向权力的受众宣扬自己代表正义,则必然会使人产生疑虑。另外,国家的义务在于确保民众在社会中和平、自由的共存,这种义务也框定了国家保护功能的界限。<sup>[16]</sup>但在社会生活中确实存在一些“无需法律的秩序”,例如犯罪人与被害人之间基于真实的自由意愿而达成和解,化干戈为玉帛,这种情况下,即便没有刑罚,法和平的生活仍会照旧。但在绝对的刑罚理论那里,冲突的调停并不必然会排斥国家刑罚权的介入。此外,如果将刑罚视为是实现正义的手段,也难以解释为什么针对犯罪人已经实施的恶行,国家要通过刑罚权的行使,对他强制施加另一种“恶”,难道正义就是以恶制恶吗?最后,对于所谓确认规范的效力而言,刑罚也非理所当然地存在,因为行为人违反规范,否定了规范的效力,而对于确认规范的效力而言,最简单不过的就是进行一个公开的宣告,以示

[14] Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 51.

[15] Claus Roxin, Prävention, Tadel und Verantwortung — Zur neuesten Strafzweckdiskussion, GA 2015, S. 188.

[16] Ibid., S. 188.

被违反的规范仍然继续有效,并不一定需要通过刑罚才能使得规范的效力得到确证。<sup>[17]</sup>

总之,对于国家刑罚权行使的合法性论证而言,绝对论提供了天然的民众思想认同的基础。古往今来,报应都是一种根深蒂固的对罪恶行为的自然反应和朴素情感。而对于那些强调规范效应和规范确证的人而言,待其浮华褪去,人们会发现,其实这里本质上只是报应论的一个变体而已,其思想根源仍是报应论。而报应论一方面既不能为刑罚权的正当性提供合理化的争论,另一方面,显然也无助于对国家刑罚权的限制,<sup>[18]</sup>它终将沦为规范机械适用主义的“借口”。

## (二)功能化的一般预防

### 1.“被夸大功效”的消极的一般预防

费尔巴哈被认为是一般预防理论的代表性人物,他把刑罚视为是保护社会免受将来犯罪行为的工具。但他不认为对犯罪人判处刑罚是为了避免来自犯罪人自身的危险。相反,刑罚的目的是让所有潜在的犯罪人(一般公众)都意识到实施犯罪将面临不利因素,从而尽可能地制造出一种回避的动机。这种“心理强制”主要是通过有罪判决和最严厉的惩罚来对潜在的犯罪人进行威慑而实现。这种基于成本效益计算的模式,在理性选择的现代经济学方法中也能找到一定的对应关系。<sup>[19]</sup> 但该理论下,刑罚有过度(不相称或不合比例)的倾向,所以被称为“消极”的一般预防。<sup>[20]</sup>

消极的一般预防强调对其他潜在犯罪者的威慑。这一论断在欧陆刑罚史上,是一个古老的假设,尤其是人类面临战争、瘟疫和歉收的危机时,广大民众的末世情绪往往对威慑起到推波助澜的作用。<sup>[21]</sup> 在中国,无论是广大民众,还是立法者、司法者以及绝大多数学者,都对这一假设都深信不疑。刑罚的威慑机制建立在刑罚的严厉性、确定性和即时性基础之上:严厉性意味着惩罚越严厉,也能震慑住犯罪,即惩罚的强度与威慑力之间存在正相关的联系;确定性则是指犯罪之后惩罚的不可避免性,正如唐代思想家沈颜所言:“夫赏罚者,不在乎必重而在乎必刑,必刑则虽不重而民戒,不刑则虽重而民怠”;即时性指刑罚只有在紧跟随着犯罪行为,才

[17] Kuhlen in: Schönemann/Ashworth (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 62.

[18] 当然也有人提出,希望借助报应刑理念来限制国家刑罚权的过度行使,例如托尼欧·瓦尔特(Tonio Walter)教授认为,传统上报应刑理念(Vergeltungsidee)代表着惩罚主义,即要求对犯罪人施加严厉的惩罚并且强调扩大刑法的打击圈。但即便是报应刑的惩罚,也可以是适度和人道的。在某些情况下,即使是支持报应理念,往往也有充足的理由放弃进行报应。报应的思想不仅是刑法的正当化理由,也是对刑法的限制,因为在刑事政策中,它可以作为对抗刑法膨胀的武器。瓦尔特的这一观点颇具新颖性,但是他提出这种观点的背景是德国近些年来预防性刑事立法扩张(性犯罪、恐怖主义犯罪以及帮助他人自杀入罪化等)。Walter, Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, S. 652.

[19] Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 393.

[20] Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl, 2019, S. 7.

[21] Birr, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 76.

能收到最佳效果,如果中间间隔时间过长,则人们很难在犯罪中获取的快乐与刑罚中得到的痛苦之间产生心理上的牵制力。<sup>[22]</sup> 威慑作用的机制在历次“严打”过程中最能体现,即强调“从严、从重和从快”打击犯罪的策略。时至今日,这一概念仍是决策者以及司法机关官方宣传的重要基调,例如在年度“两高”工作报告中时常被提及。但这种似是而非的假设在多大程度上能够被经验所证实,亦或它仅仅是一个与现实无关的“幻觉”,这一疑问一直以来在经验科学和纯粹理性之间存在激烈的争论。

一般而言,关于消极的一般预防效果的系统性经验研究可以通过两种路径来进行。<sup>[23]</sup> 其一是从宏观层面,通过将官方统计中的犯罪率与某一时期或者某一地区的起诉以及制裁策略(判刑的严厉程度)进行比较;其二是个人微观层面的调查访谈,将关于惩罚的可能性和惩罚的严重程度的主观假设与犯罪的几率联系起来。宏观方面的经验研究主要集中在故意杀人罪的死刑威慑作用上,虽然这方面的结论在一定程度上并不完全一致,但绝大多数研究认为,目前无法证实某一个地区的刑罚严重程度与威慑力之间有正相关,例如死刑的执行数量与杀人犯罪的发案率。<sup>[24]</sup> 然而,犯罪率的发展和犯罪后被发现的(可能性)之间存在一定的联系。<sup>[25]</sup> 这一结论也在微观方面的经验性研究中得到证实。海因茨·雄克(Heinz Schöch)在德国哥廷根地区的调查研究显示,法律上的刑罚威胁的幅度和预期处罚的严重程度对是否实施犯罪并没有特别的影响。<sup>[26]</sup> 而受访者主观上对惩罚的主观感受,即被发现的风险在部分违法行为中对犯罪的实施有影响。但主观上被发现的风险预估往往比客观上实际被发现的风险要高得多,德国民众心目中的“风险错位”对遵纪守法的行为产生了有利的影响。此外,其他影响犯罪的因素中,特别是遏制犯罪(deliktsshemmend)的规范的道德义务以及诱发犯罪(deliktsfördernd)的朋友和熟人之间的犯罪频率,对犯罪的实际发生更为重要,即规范的道德义务感越强,违法可能性越低。而熟人圈的违法行为越多,则他们自己违反规范的几率就越高。<sup>[27]</sup> 总而言之,非正式的制裁(informelle Sanktionen),即家庭、朋友圈或其他与之社会关

[22] 梁根林:《刑罚结构论》,北京大学出版社1998年版,第221页。

[23] 需要指出的是,无论是消极的一般预防,还是积极的一般预防,在经验性研究的方法论上,都存在无法克服的障碍,这主要是因为刑罚因素与非刑罚因素对人类行为具有交互和多重影响,各个因素之间无法进行操作性的独立控制。

[24] 美国“National Academy of Sciences”研究报告中明确提到,对谋杀犯罪发案率而言,死刑是否会起到降低、增加的作用或没有任何影响,迄今为止相关的研究并没有提供确定性的信息。因此,委员会建议,这些研究不应用于对死刑政策的判断。参见 Daniel S. Nagin & John v. Pepper, *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, D.C.: National Academies Press, 2012, p. 2.

[25] Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl. 2019, S. 27.

[26] 卡尔·舒曼(Karl F. Schumann)的研究中也发现,预期制裁的严厉程度,即从重的量刑或提高刑罚幅度,对犯罪的实施要么没有起到任何作用,要么只起到了微不足道的作用。参见 Schumann/Berlitz/Guth/Kaulitzki, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1987, S. 161.

[27] Schöch, in: Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, S. 294; Schöch, in: Vogler (Hrsg.), *FS—Jescheck*, 1985, S. 1081 ff.

系较近人对违法行为的社会否定评价,比正式的制裁机制(例如客观上惩罚的概率和严重程度)更能解释不同人在犯罪率上的差异。

至于提高某一行为的刑罚后果,是否能带来比之前更多的威慑效应,并没有得到明显的经验性研究的证实。<sup>[28]</sup> 例如美国加州 1994 年通过的“三振出局法”,如果行为人前两次都犯有暴力犯罪或其他严重犯罪,则第二次的犯罪的刑期将增加一倍,当第三次犯有任何一种重罪时,则可能判处二十五年以上的监禁且不得假释。<sup>[29]</sup> 该法案的出现反映了美国民众对犯罪率日益上升感到愤慨,希望严厉打击犯罪,避免惯犯逍遥法外。从犯罪统计数据来看,1994 年至 1997 年加州包括六大类犯罪(凶杀、强奸、抢劫、伤害、入室盗窃和机动车盗窃)的发案率降低了 30.8%。<sup>[30]</sup> 但犯罪率的大幅下降是否可以归功于“三振出局法”所带来的威慑力呢? 经验研究发现,事实上美国全境范围内的犯罪率在 1991 年后就开始呈现下降趋势,尤其是 1993 年至 2000 年期间,美国的谋杀和抢劫率急剧下降了 40% 以上。犯罪率下降的主要原因很可能跟毒品可卡因流行潮的退去以及监禁人数上升有关(30 岁以上暴力犯罪群体的丧失犯罪作案能力)。<sup>[31]</sup> 而那些没有实施“三振出局法”的地区(例如纽约和芝加哥),其犯罪率亦出现下降趋势,而且纽约作为一个没有制定该法案的州,犯罪率的下降超过了加州。“三振出局法”生效后,加州犯罪率的下降幅度并没有增加,因此,该法案的生效日期并不是犯罪率下降开始或加剧的标志。<sup>[32]</sup> 另外,加州与其他没有施行法案的地区一样,青少年的暴力犯罪率仍在不断上升。<sup>[33]</sup> 总而言之,综合考虑“三振出局法”所带来的负面效应(刑罚措施显失比例、种族平等以及监禁犯人增加),该法案只是一个“粗糙的威慑工具”(crude deterrent tool)。<sup>[34]</sup>

此外,刑罚后果与威慑力之间呈现一定的“边际效应递减”效果。马尔库斯·维尔斯弥尔(Markus Vilsmeier)以财产犯罪为例,向犯罪人和一般公众进行调查访谈,将访谈结果进行加权计算并建模。从定罪概率、刑罚幅度对犯罪偏好贡献率的近似曲线(asymptotische Kurvenverläufe)来看,刑罚威胁的增加对威慑力数值的增加影响越来越小。其中对于犯罪人

[28] 参见 Andrew von Hirsch et al., *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, Oxford: Hart Press, 1999, p. 47.

[29] 郭理蓉:“三振出局制度及其启示与借鉴”,载朗胜等编:《刑法实践热点问题探索》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 410 页。

[30] Franklin E. Zimring et al., *Punishment and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 86.

[31] Alfred Blumstein, “The Crime Drop in America: an Exploration of Some Recent Crime Trends”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, Vol. 7, No. 2, 2006, pp. 25–27. 2000 年以后,美国犯罪率的大幅下降势头依然强劲,这种犯罪浪潮回落现象在加拿大和西欧国家都有体现,参见 Jan van Dijk et al., *supra* note 2, p. 301.

[32] Franklin E. Zimring et al., *supra* note 30, p. 88.

[33] Michael Vitiello, “Three Strikes: Can We Return to Rationality?”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 87, No. 2, 1997, p. 446.

[34] *Ibid.*, at 447.

而言,从两年半的监禁刑期开始,增加刑期所产生的额外威慑效果不到十分之一,而从五年以上的监禁刑期开始,其威慑效果不到相应初始刑期的百分之一。对于一般公众而言,从一年半的监禁刑期开始,增加刑期所产生的额外威慑效果不到十分之一,而从三年以上的监禁刑期开始,其威慑效果不到相应初始刑期的百分之一。换言之,受访者中,无论是一般公众还是服刑人员,三年左右的监禁刑的威慑力已足以达到威慑力。往上再延长刑期对于威慑力而言,已经不再能够产生更多的威慑力,尤其是五年以上的监禁刑,产生的威慑效果基本与三年左右的监禁刑相差无几。<sup>[35]</sup>

综上所述,关于刑罚消极的一般预防效果的大量经验性研究结果表明,法定刑的种类和刑罚的严重程度对犯罪的实施基本上没有什么影响。<sup>[36]</sup>在刑罚变量中,被发现的风险和主观上认为的刑罚严重程度具有一定的威慑作用。规范的道德约束力和非正式的社会控制机制比刑罚更重要。<sup>[37]</sup>犯罪行为被归类为应受谴责的程度越高,以及家人、朋友和熟人的不认同感越强,对实施犯罪的牵制力越强,行为人不犯罪的可能性就越大。而提高某一行为的刑罚后果,并不能带来更多的威慑效应。因此,减少刑罚的幅度是可以通过提高对刑罚的主观敏感性来进行平衡,这也意味着通过较轻的惩罚可以达到同样的威慑效果。

## 2.积极的一般预防与规范意识:一种相关但不蕴含因果的关联性

积极的一般预防认为,刑罚可以促进或稳定社会伦理道德上值得期许的行为,从而巩固对规范的遵守和法律的信赖。这一过程可以从三个不同的维度来解读,即通过刑罚,公众对明令禁止、具有可罚性的犯罪行为的意识将得到加强(Lerneffekt,学习效果);通过对犯罪人的惩罚,将使一般民众确信法治正在得到维护(Vertrauenseffekt,信赖效果);通过惩罚,将恢复被扰乱的和平生活,这也是国家对犯罪的适当回应(Befriedungseffekt,平息效果)。<sup>[38]</sup>总之,刑事立法和刑罚的仪式化执行,向一般民众传递了两个重要信息:其一,违反规范的行为是不值得的;其二,规范背后所代表的刑法所保护的法益应当值得人们肯定和追求,不可以肆意否定和践踏,从而实现规范的内化和接受,并产生预防犯罪的效果。

[35] Vilsmeier, Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, MschrKrim 73 (1990), S. 282.

[36] 从控制变量的回归分析可以看出,对于严重的暴力犯罪而言,刑罚的严厉性的威慑并没有效果,因为绝大多数暴力犯罪发生在“熟人社会”,即犯罪人和被害人之间是有一定社会关系的,尤其是故意杀人犯罪,很多是因积怨太深而一时冲动实施的。相关实证研究可参见:吴雨豪:“刑罚威慑的理论重构与实证检验”,《国家检察官学院学报》2020年第3期,第134页。

[37] 关于规范的道德约束力,试举一个极端的情形:假如废除故意杀人罪死刑或者其他严厉惩罚措施,改用民事赔偿的方式作为杀人的代价和后果,试想会有多少人会觉得自己可以毫无忌惮地大开杀戒?从心理阈值来看,当真的要“弄死一个人”的时候,没有几个人会觉得自己“杀个人比杀只鸡”更容易。换言之,“不应当杀人”这一禁止性规范背后的道德约束力也是一种不容忽视的力量,但很多情形下,我们的社会治理却仍有意无意地奉行着列宁的座右铭:“信任固然好,但控制会更好。”(Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser)

[38] Roxin (Fn. 15), S. 198.

在社会转型时期,当社会最基本的伦理价值都出现问题的时候,刑罚往往被期待能在惩恶扬善方面发挥独特的力量,促进社会团结和融合。例如不少人支持的“见死不救人罪化”,其实这些观念在一定程度上仍是“明刑弼教”思维的延续。另外,有学者认为,在中国法治道路建设过程中,虽然不宜采用“激进的刑法全面干预社会生活的立法模式”,但将刑罚目的定位于积极的一般预防,仍然是一种首选之策,即立法上可以扩大刑法规制范围,“重视刑法规范所具有的行为规范属性,强调刑法规范对个人行为的指引”。〔39〕

但积极的一般预防在规范意识的形成方面能否得到经验性研究的检验?目前关于这方面的经验研究成果还处于匮乏的状态。这种对经验证据的“免疫力”(Immunität)并不是因为积极的一般预防是建立在非理性或形而上学的基础上,而主要是因为从社会心理的形成机制来看,规范意识的形成属于一个高度复杂的过程,受到相当多的因素的影响和控制,以至于诸如刑罚等某一个别因素的影响不能被孤立地加以衡量。〔40〕如果要彻底去研究刑罚对于规范意识形成的促进作用,一方面需要去试图建构一个刑罚体系缺位的社会,从而探究刑事追诉和制裁所产生的效果与其他自律性社会控制机制在人们行为影响上的差异;另一方面还需要试图找到一群规范意识方面“空白”的个体,将他们置于刑罚的影响下,而后判断他们规范意识的变化。〔41〕显然,这种经验性研究设计是无法达成的。因此,目前经验性研究无法证实刑罚在规范意识的形成中的影响力,当然它也无法证伪。总之,对于刑罚的积极一般预防效果与规范意识的形成之间,最多只是一种相关但并不必然蕴含因果的关系。

### 3.小结:规范意识与沟通机制

对于积极的一般预防,人们不应当期待过高。建立规范意识,除了藉由权力的毛细渗透功能,试图把“法律所规定的一般形式扩展到个人生活的无限细小的层面”之外,〔42〕其实还可以通过沟通以达成认同的方式建立规范意识。沟通的前提是要以他人可理解的方式告知受影响者要理解的东西,尤其是要对“为何应当采取和遵守某一规范”提供充足的理由,从而试图获得他人的认同。在此,试举美国西北大学理查德·施瓦兹(Richard D. Schwartz)教授曾做过的非常有趣的小实验来予以说明。根据法律规定,差不多三分之一以上的美国民众需要申报联邦所得税,对于纳税人而言,这是一项普遍且应严格遵守的法律义务。为了测试实验对象诚实纳税义务的履行情况,研究人员将受试者分为三组;第一组实验对象明确告知逃税的法律后果(可能判处三年以下监禁刑),第二组实验对象告知其国家税收的主要用途,尤其是向其说明税收用于对社会弱势群体的救济,第三组控制组则什么都不告知。然后测量他们在1962年主动纳税的情况,结果显示第三个控制组平均起来比上一年少交87美元,第一组实验对象则多交

〔39〕 周光权:“积极刑法立法观在中国的确立”,《法学研究》2016年第3期,第28页。

〔40〕 Meier (Fn. 25), S. 29.

〔41〕 Hörnle (Fn. 10), S. 21.

〔42〕 (法)米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成,杨远婴译,三联书店2019年版,第239页。

181 美元,而第二组实验对象却多交 804 美元。<sup>[43]</sup> 该实验至少可以说明一个问题,即虽然可以通过惩罚威胁的方式来提高人们对规范的遵从度,但通过其他方式,尤其是规范背后道德力量的呼吁和沟通可能是一种确保遵守规范的更有效手段。

## 五、刑罚的社会控制之新展望

“社会需要多少犯罪”这一疑问,本身是一个非常开放性的议题,但可以肯定的是,要对该问题进行彻底反思并寻求出路,需要人们重新思考刑罚目的论以及重构刑罚的社会控制理念。囿于篇幅,笔者拟从以下两个维度进行分析。

### (一) 不起诉制度在危险驾驶罪中的合理运用

如前所述,自醉驾入刑以来,危险驾驶罪已经成为公诉案件的第一大罪。媒体有时也发出这样的疑问,为何对于醉驾处罚越来越严,醉驾数量还越来越多?事实上,对于醉驾而言,其本质上就是控制型犯罪,控制越严,即警方查处力度越大,从犯罪暗数上升为犯罪明数的数量也就越多。而在当下,醉驾的犯罪成本已经非常严苛了,有的甚至会“祸及”子女,例如行为人被追究刑事责任后,子女报考公务员、上军警学校、入党等,在政审环节产生消极影响。在此背景下,人们应当及时地反思,为了打击酒驾,是否真的需要“制造”数量如此之多的犯罪人,社会是否需要承担如此沉重的代价?在社会生活中,对于“喝酒不开车、开车不喝酒”这一规范的接受而言,是否必须通过起诉和判刑来引导人们遵纪守法?在此,笔者试图以德国社会中治理酒后驾车的历史经验来加以说明。

在 20 世纪六十年代,酒后驾车在德国被认为仅仅是一个“微不足道的违法行为”(Kavaliersdelikt),而且也是一个较为常见的现象。<sup>[44]</sup> 1971 年至 1974 年期间,研究人员在德国巴登符腾堡州进行了一次匿名问卷调查,结果显示,在 20 岁至 30 岁的男性被调查者中,有三分之二的人表示,他们在过去一年中,至少有一次酒后驾车的经历。即便是 21 岁以上,正在服兵役的被调查者中,也有 54% 的人承认有过酒驾经历。此外,对于监狱中的服刑人员进行访谈,他们自我报告的酒驾经历与社会上其他人之间也没有多大差别。<sup>[45]</sup> 但随着时代的发展,德国人对于道路交通中禁止饮酒的规范接受程度越来越高。现如今,酒后驾车已成为德国社会和朋辈群体中普遍不赞成的行为。对待酒驾行为这一社会态度的转变,也反映在犯罪统计数据上。如表 4 所示,1960 年到 1970 年,每十万辆机动车中,无论是因酒驾犯罪导致实害结果(致人死亡和伤害)的发案率,还是包含抽象和具体危险犯在内的所有酒后驾驶的发案率,都呈

[43] Richard D. Schwartz & Sonya Orleans, “On Legal Sanctions”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 34, No. 2, 1967, p. 296.

[44] Kaiser, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970, S. 88.

[45] Schöch, *Kriminologische und sanktionsrechtliche Aspekte der Alkoholdelinquenz im Verkehr*, *NSiZ* 1991, S. 11.

现上升趋势,而1970年之后,这些数值开始呈现下降的趋势,尤其是在实害犯领域,酒驾犯罪的发案率下降特别显著。

表2 德国酒驾犯罪的情况(1960—1998)<sup>[46]</sup>

	1960	1970	1980	1990	1998
醉酒驾驶致人死亡(§§ 222, 315c, 52)	3.6	5.1	2.5	0.8	0.5
醉酒驾驶致人伤害(§§ 230, 315c, 52)	60.2	77.8	40.5	24.9	16.7
所有酒驾犯罪行为	451	758	604	420	327
(inkl. §§ 142, 315c I Nr. 1a, 316, 323a)	46,058*	135,287	176,395	154,197	137,935

\* 判刑人数数量(绝对值,非发案率)

人们或许认为,德国的安全驾驶行为的改善与国家刑罚的制裁措施(从严处罚)存在关联,但事实可能正好与之相反。一方面,1964年立法者将醉酒驾车未造成实害结果和抽象危险行为从行政违法行为入罪为刑事犯罪(新增《德国刑法》第316条,相当于我国的危险驾驶罪,其刑罚后果为一年以下自由刑或者罚金)<sup>[47]</sup>。如前所述,醉驾入刑并没有起到立法者所期待的遏制效果。在1969年9月刑法改革中,立法者对酒后驾车行为法律后果做出了从“相对从严”的处罚,即将吊销驾驶证(Entziehung der Fahrerlaubnis)由行政机关依法作出上升为一种保安处分措施,纳入德国刑法典中,并将重新申领期限由6到9个月增加至1年。此外,1973年《道路交通安全法》中新增了第24a条,对于酒后驾车(血液中酒精含量0.8~1.3 Promille)<sup>[48]</sup>可处以3000马克以下的罚款,同时规定了“禁止驾驶”(Regelfahrverbot)1至3个月。

另一方面,在司法上,针对一般的酒驾行为,多数案件被检察官在侦查终结后作微罪不起诉的处理。由于1975年刑事诉讼法改革中引入了附条件不起诉或终止诉讼,因此检察官和法官也经常利用刑事诉讼法第153a条的规定,作出附条件不起诉或终止诉讼的决定。针对没有被诉讼分流的案件,法院的量刑实践也经历重大转变。在上个世纪六十年代,法院量刑时特别追求一般预防的效果,三分之二的醉酒驾驶的抽象和具体危险犯被判处短期自由刑(2到4周,如果被告人有酒驾前科的,则刑期介于1到3个月)并实际执行。对于酒驾造成实害结果的,则判处自由刑非缓刑的比例以及实际刑期更高。法院的这种严厉的制裁态度导致六十年代全德半数以上的监狱爆满,而北威州监狱在1968年甚至作出暂停收监执行的决定。而这一

[46] Schöch, Alkohol im Straßenverkehr, NK 2001, S. 29.

[47] BGBl. I, 921; König, in: LK—StGB, 13 Aufl., 2008, § 316, Entstehungsgeschichte.

[48] 德国1973年《道路交通安全法》酒后驾驶的标准为“0.8~1.3 Promille”(换算成目前我国的标准为80~130mg/100ml),醉驾入刑标准为“≥1.3 Promille”。该标准在2001年被修改,现行的酒后驾车的标准为“0.5~1.1 Promille”,醉驾入刑标准为“≥1.1 Promille”。当然酒后驾车的最低阈值标准也非绝对,如果行为人血液中酒精含量处于0.3~0.5 Promille时,警察根据行为人当时的表现,显然完全“不合适继续驾驶”且“对道路交通安全构成危险”,则也可被认定为酒后驾驶。由此可见,德国酒后驾驶以及醉驾入刑的处罚门槛比我们国家要高。

情况随着1969年的刑法改革发生了重大转折。1969年的刑法改革中,立法者积极推进刑罚宽缓化。其中针对酒驾的法律后果,法院实际判处罚金刑比例由此前不到10%上升至85%左右,对于造成死亡结果的酒驾行为,虽然罚金刑的比例不足10%,但判处自由刑(缓刑)的比例由约为60%。<sup>[49]</sup>

显然,德国道路交通中的酒驾行为的发案率在下降,并非是坚持强硬的起诉策略以及从严、从重、从快的惩罚措施所带来的结果。相反,德国学者认为作为行政违法处罚措施的“禁止驾驶”,在驾驶人心中显然起到了降低可容忍的风险门槛的作用。此外,自1984年开始实施驾驶证实习期制度,在实习期内,新手司机即便血液中酒精含量低于“0.3 Promille”,也将被吊销驾照,这项措施主要是用来针对酒驾风险较高的年轻司机。另外,联邦道路交通中禁酒和禁毒协会和全德汽车俱乐部(ADAC)也开展了广泛的宣传和教育活动。总而言之,步调一致的新闻宣传策略、加大警察执法力度以及透明、统一的制裁实践,被证明是行之有效的措施。

德国的经验对于我们社会治理酒驾和醉驾而言,具有一定的启示意义。诚然,作为“积极刑法立法观”的一个典范,危险驾驶罪的确立,从一般预防的角度而言,能够提高人们的规范意识,起到行为指引的作用。<sup>[50]</sup>但毕竟非刑罚的社会控制措施也能起到“殊途同归”的效果(例如对于体制内的醉驾司机而言,开除公职等措施已经足够严厉了)。基于此,在处理危险驾驶罪的问题上,检察机关完全可以作为“不公诉机关”。

## (二)财产犯罪中的罪量标准应当与时俱进

具体犯罪行为法定刑罚幅度的确立,不仅是对侵害或威胁法益程度进行衡量的一种立法象征化的体现,而且刑罚幅度还是“国家刑罚目的的凝聚态,是罪刑适应原则的数量化”。<sup>[51]</sup>而财产犯罪中的两个典型——盗窃罪和诈骗罪,以数额和情节这一罪量要求为基础,对应的刑罚幅度均为“数额较大”(三年以下)、“数额巨大或者有其他严重情节的”(三年以上、十年以下)和“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”(十年以上)。在立法上,财产犯罪中的刑罚幅度跨越如此之大,很难以相对的刑罚预防论作为合法性论证的基础,而只能从绝对的刑罚目的论或者所谓的罪责相适应去解释其存在性基础。在其他国家,盗窃和诈骗也均为常见多发的犯罪类型,但立法者却没有展示出明显的“惩罚主义”(Punitivität)趋向。以德国刑法典为例,对于普通盗窃罪,法定刑为五年以下自由刑或者罚金(第242条);在加重情节中(第243条),法定刑为三个月以上、十年以下自由刑。而作为法定刑升格的犯罪构成中,例如第244条的携带武器盗窃、团伙行窃以及入室盗窃,法定刑为六个月以上、十年以下。对于诈骗罪而言,其法定刑幅度基本上与盗窃罪雷同,最高的刑罚幅度也是六个月以上、十年以下自由刑。简言之,对于盗窃罪和诈骗罪,无论是数额有多大,情节有多恶劣,德国立法者都没有在刑罚上限上设置十年以上的自由刑。

[49] Schöch (Fn. 45), S. 14.

[50] 周光权,见前注[39],第31页。

[51] 储槐植:“刑罚现代化:刑法修改的价值定向”,《法学研究》1997年第1期,第117页。

此外,2011年最高人民法院关于办理诈骗案件的司法解释中规定,诈骗公私财物价值三到十万元以上应当认定为“数额巨大”,五十万元以上应当认定为“数额特别巨大”。近年来,人们可自由支配财产的种类和价值逐渐增加,相应地留给犯罪人的机会也越来越多,导致在司法实践中很多诈骗类案件涉案金额“轻轻松松”就能达到“数额特别巨大”。在这一背景下,司法解释似乎也应当与时俱进,考虑适当调高数额门槛,保持犯罪构成的定量标准与经济发展水平的动态调整。毕竟在全球范围内,没有多少国家对于财产犯罪的处罚,动辄就是十年以上的自由刑。

## 六、结论

行文至此,需粗略地总结一下本文的结论:

第一,关于“社会有多少犯罪”,警方的犯罪统计给出了一幅犯罪现实的图景。在过去三十多年时间内,我国的犯罪发案率在经历了三次大的爬升后,在2015年到达顶峰,最近几年呈现连续大幅下降的趋势。犯罪总量上升传达给人们的仅仅是一个扭曲的犯罪图景,因为财产性犯罪发案率的起落决定了整体犯罪率的起伏,而自1995年起,暴力犯罪占全部犯罪发案率的比重逐年下降,民众成为接触型犯罪被害人的风险和几率大幅下降。犯罪统计数据在一定程度上是刑事司法机关的“生产过程”和“生产能力”的体现,而控制型犯罪则最为典型。

第二,在检察机关的起诉策略影响下,不同类型的犯罪在后续的诉讼进程中,“命途”多有不同。不起诉案件数量人数的上涨可能是公安机关输入案件的犯罪结构所致,即轻罪案件的“水涨船高”现象,并不见得是因为检察机关比以往更加“仁慈”。而在法院的刑事制裁层面,从整体来看,自由刑仍然是刑罚社会控制最为重要的手段,在危害公共安全、妨害社会管理秩序以及财产罪中,三年以上自由刑,尤其是五年以上的重刑比重最大。

第三,在通过刑罚实现社会控制过程中,人们不能仅仅满足于对“神秘主义”刑法教义学的迷恋和操作,而是应当在动用国家刑罚权时常怀一颗“常识主义”的刑罚目的观念,思考刑罚的本质和功能,这些问题的思考应当融入在对被告人行为的罪与罚的判断和决定上,否则刑罚的动用就沦为机械式的教条主义,刑法“最后手段性”原则也就变得苍白无力。

绝对的刑罚理论在民众心中仍存在深厚的观念基础,且其理论变体在新自由主义的影响下还不断涌现。预防的相对论与报应的绝对论之间关于刑罚目的何在的争论,本质上归结于一点就是“惩罚一个人需要理由吗?不需要吗?需要吗?……”的循环过程。迄今为止,关于刑罚一般预防的经验性研究认为,刑罚对于个体行为的引导力量是有限的,而规范的道德义务、对越轨者的社会排斥以及违反规范行为被发现的几率比严厉刑罚的威慑力更为重要。从积极的一般预防的角度来看,刑罚对规范意识的影响可能被高估了,两者之间最多只是一种相关但不必然蕴含因果的关系。在某种情况下,良好的社会沟通机制对于规范意识的“助推”功能远比刑罚更有效果。

第四,对于“社会需要多少犯罪”这一问题的思考,其实并没有“标准答案”,但它能激发人

们对现有社会刑罚的社会控制进行反思。一方面,在对待危险驾驶行为而言,起诉权不应当异化为一种“通过程序达至合法性”的工具化、官僚化运作结果。危险驾驶罪作为“控制型犯罪”的典型,完全可以成为检察机关从“公诉机关”走向“不公诉机关”的“抓手”;另一方面,人们应当考虑适当调高财产犯罪罪量标准的门槛,保持犯罪构成的定量标准与经济发展水平的动态调整。需要指出的是,在治理术层面,要对“罪有应得”(just deserts)的思维保持必要的警惕,迷恋于通过“犯罪来治理社会”,实质上隐喻着决策者对于犯罪社会成因的忽视或冷漠,尤其是财产性犯罪背后的社会财富获取机会和分配问题。

最后,权且引用德国著名社会学家海因里希·波皮兹(Heinrich Popitz)在五十年前所撰写的《论无知的预防效力》一文中的部分观点作为本文的结束语。<sup>[52]</sup>波皮兹认为,过多、过滥的犯罪追诉,最终只会让社会公众了解到其他人有多么的不遵守规范,这对于公民遵纪守法的意识而言,未必是件好事。此外,如果通过刑罚生产出过多的犯罪,也会让刑罚本身“过劳损”,“如果刑罚失去了它的例外属性,则预防性功能就无从谈起”。有的放矢、适度的刑罚社会控制可以避免民众知道他人“普遍性无视规范”而产生的消极后果或危险,即“无知”(Nichtwissen)才会产生预防效力。

---

**Abstract:** The reality of crime in police crime statistics is, to some extent, a distorted picture of crime. The prosecution and punishment of crime is not simply an official response to “objective crime”, but a product of the social control mechanisms of punishment. The increase in the number of non-prosecutions does not mean that prosecutors are freer to exercise their discretion to prosecute. The position of Imprisonment in the sentencing of the court is very significant, especially in the crime of endangering public security, obstructing the administration of public order and property crime. The social control of punishment implies a different understanding of the teleology of punishment, in which the absolute theory of punishment has never been “outdated” and the functional effect of the relative theory of prevention has been overestimated, and the impact of punishment on people’s behaviour is only a relevant but not necessarily causal relationship. The question “how much crime does a society need” can lead to a reflection on the social control of punishment and help us to seek a new way forward based on that reflection.

**Key Words:** Crime Rate; Social Control of Punishment; Teleology of Punishment

---

(责任编辑:车 浩)

---

[52] Heinrich Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968, S. 20 ff.