

# 社会治理“过度刑法化”的法哲学批判

何荣功<sup>\*</sup>

**摘 要** 法治国家权力合法性的全部基础在于保障公民的权利与自由,国家对公民的惩罚必须要有正当化根据。“过度刑法化”是我国当前社会治理中的一种病态现象,反映在立法、司法和思维多个层面。社会治理“过度刑法化”具有高度的社会风险与危害,它将改变国家权力与公民权利的结构,导致国家司法资源的不合理配置,削弱刑法的公众认同,阻碍社会的创新。防止社会治理“过度刑法化”,必须确立刑法参与现代社会治理的机制。当前,我们必须反对刑法对刑事政策的过度回应,强调刑法的司法法属性;要积极提倡刑法参与社会治理的最小化;坚守近代社会所确立的刑法保护公民自由这一根本使命。

**关 键 词** 社会治理现代化 过度刑法化 犯罪化原则 刑法最小化

## 一、“过度刑法化”:一种社会治理的“病态”现象

社会意味着秩序,人性表征着自由。也许正是源于此,康德才断言,自由乃是“每个人据其人性所拥有的一项唯一的和原始的权利”。<sup>〔1〕</sup>如果承认自由是人生来就应享有和不可剥夺的权利,那么,人(包括作为人的政治结合体的国家)就不能恣意对人进行裁判和惩罚,惩罚便成为刑法学中的最根本课题。所以,刑法学在作为教义学面容呈现的同时,必须关注其作为政治哲学和道德哲学的属性,回答刑法适用如何体现国家政治结构与权力运转,以及国家对公民

<sup>\*</sup> 武汉大学法学院副教授。本文为武汉大学“70后学术团队暨我国现代化进程中的刑事法治问题研究团队”的成果之一。

〔1〕 (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,页279。

诉诸强制力的正当性问题。<sup>〔2〕</sup>

现代法律在根本上虽然仍是制度化政治过程的产物,<sup>〔3〕</sup>不同的政治版本会产生鲜明对比的秩序与法图景,但法与其他社会规范却分属不同的生活秩序,刑法作为次要规范和保障法,调整对象与其他部门法迥然差别。所谓“过度刑法化”,<sup>〔4〕</sup>指的是刑法在参与社会治理过程中,没有遵守与其他法律、社会规范的界限,超出其合理功能的情况。<sup>〔5〕</sup>

过度刑法化体现的是国家刑罚权在社会治理中的膨胀与权力体系越位,并非我国特有之现象。上个世纪60年代,美国学者哈伯特 L. 帕克(Herbert L. Packer)就发出警示。他写道,今天,我们面临着严峻的刑事制裁的困境。总体来说,现在的社会治理比起过去更严重依赖刑事制裁这一社会控制手段,而这种手段的哲学基础和实际操作已经受到严厉的批评。<sup>〔6〕</sup>80年代后,刑事制裁扩张所导致的刑法过度成为美国刑事司法最为引人注目的现象,在联邦和州两级刑事司法系统,都出现了实体刑法的明显扩张和刑罚惩罚的明显增加。<sup>〔7〕</sup>同样情况亦出现在英国,仅在1997至2006年工党执政的十年间,英国刑法就新创约3000个罪名。<sup>〔8〕</sup>目前英国罪名总数已超过1万,制定法也达到8000多部。<sup>〔9〕</sup>

刑法是社会的产物,人类本性的局限,为刑罚的存在提供了空间与道义基础。但刑法毕竟是以剥夺和限制公民基本权利为主要内容的,无法否认其“恶”的本质,所以,国家毫无疑问应“竭力把刑罚强制限制在最小的范围之内并且不断寻求减少使用它的机会,而不是增加强制的机会并且把它当作挽救一切道德败坏的药方”。<sup>〔10〕</sup>正是基于此,现代刑法才普遍被视为社会政策的最后手段。刑法过度化是对现代刑法观念的背弃,势必引起社会治理的巨大风险。在英美,刑法过度所引起的罪名的增设和犯罪数量的增加导致了法院和监狱的过度拥挤,已造成了刑罚的谴责功能的大大退化。

改革开放以来,在旺盛社会需求的驱动下,我国的刑事立法明显呈现单向犯罪化的特点。刑法条文和罪名数量一直处于增长中,特别是近年刑法修正案频繁颁布所呈现出的刑法立法

〔2〕 George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, p. xix.

〔3〕 参见(英)马丁·洛克林:《剑与天平——法律与政治关系的省察》,高秦伟译,北京大学出版社2011年版,译者序,页4。

〔4〕 “过度刑法化”,亦称“刑法过度化”、“过度犯罪化”。本文根据表达习惯的需要,交互使用。另外,本文作者在其他场合也常使用“刑法泛化”或“泛刑法化”,参见何荣功:《自由秩序与自由刑法理论》,北京大学出版社2013年版。

〔5〕 Andrew Ashworth, “Conceptions of Overcriminalization”, 5 *Ohio State Journal of Criminal Law*, 407 (2008).

〔6〕 参见(美)哈伯特 L. 帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,页360。

〔7〕 Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 3—32.

〔8〕 Andrew Ashworth and Lucia Zedner, “Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions”, 2 *Criminal Law and Philosophy*, 22(2008).

〔9〕 Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials* (5<sup>th</sup> Edition), Oxford University Press, 2012, pp. 11—12.

〔10〕 (英)威廉·葛德文:《政治正义论》(下卷),何慕李译,商务印书馆1980年版,页141。

异常活性化,使得当前的社会治理明显染上了“刑法浪漫主义”色彩,进一步强化了具有根深蒂固历史传统的政策导向型工具刑罚观。

刑法作为社会治理体系的重要参与要素,在当前我国构建社会治理体系与能力现代化的过程中应如何理性定位?刑法参与社会治理的过度活性化是否妥当?有何法治风险?这些都是事关刑法“安身立命”的重大理论与实践课题。本文以当前刑法过度化为切入点,深度探讨这一问题。

## 二、个人自治、社会福利与现代刑法的应然空间

“过度刑法化”之所以被普遍认为是社会治理中的“病态”现象,根本原因在于其违背了刑法作为社会政策最后手段的性质和保障法的法体系地位;在规范层面,刑法过多过泛。因此,欲回答当前我国刑法是否存在过度的问题,必须首先确立现代民主社会刑罚的正当化根据、犯罪化原则以及刑法的应然生存空间。哲学大师休谟曾言,“一切科学对于人性总是或多或少地有些关系,任何学科不论似乎与人性离得多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性”,“任何重要问题的解决关键,无不包括在关于人的科学中间。”<sup>〔11〕</sup>刑罚处罚范围决定于刑法“元点精神”和法治国根本逻辑,对该问题的解答不可能绕开对人性 and 法律存在正当性这些法治“本源性问题”的回答。

人性为何?从来都是个日久弥新和令人迷失的话题,由于其并非可以通过科学证伪,自然无法得出事实性结论,所以,根本上是个“建构性问题”。近代以来,先哲们几乎都毫无例外地将求解的目光投向人的“理性”与“自由”。一个普普通通的人所要的是什么?密尔说,在饮食家庭之外,他要自由。<sup>〔12〕</sup>卢梭认为,“在一切动物之中,区别人的主要特点的,与其说是人的悟性,不如说是人的自由主动者的资格。……而人特别是因为他能意识到这种自由,因而才显示出他的精神的灵性。”<sup>〔13〕</sup>康德强调:“人,一般说来,每个有理性的东西,都自在作为目的而实存着,他不单纯是这个或那个意志所随意使用的工具。”<sup>〔14〕</sup>马克思、恩格斯也指出,人类“文化上的每一个进步,都是迈向自由的一步”。<sup>〔15〕</sup>

承认人是具有理性和自由的存在物,必然意味着国家要尊重个人自治和自我决定,肯定每个人都应是自己生活的作者,反对个人被他人和外界事物决定和操纵。承认人的本性在于理性与自由,还意味着人不能被视为工具或物件,应永远作为目的物对待,人性尊严具有最高价值,必须得到充分尊重。法是客观世界的规范写照,是事物性质产生出来的必然关系,<sup>〔16〕</sup>其规定必须尽可能与人的本性相一致。

〔11〕 (英)休谟:《人性论》(上册),关文运译,商务印书馆1980年版,页2、3—4。

〔12〕 参见(英)麦金德:《民主的理想与现实》,武原译,商务印书馆1965年版,页162。

〔13〕 (法)卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1997年版,页83。

〔14〕 (德)康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社1986年版,页80。

〔15〕 《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1972年版,页71。

〔16〕 参见(法)孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆2002年版,页1。

如果社会中每个人都孤单地生活着,根本不知道其他人,也不关心其他人,过着隔世的生活,“鸡犬之声相闻,而老死不相往来”,那么,无论如何强调个人自由都不存在问题。但人生来就是从属于特定社会,要过社会生活的,<sup>〔17〕</sup>法律在人类社会的诞生标志着人类完全机械地适应自然界法令时代的结束,人类的社会秩序开始建立在自由选择法律之上。<sup>〔18〕</sup>而在社会生活领域,如果再单维强调个体自治和自由,将会出现“多元自我决定主体间的竞争”,导致自由间的冲突,社会有可能陷入“一切人反对一切人的战争状态”。而且,在任何社会,个人都不可能控制自己生活的方方面面,为了实现安全、健康、安宁等个人福利,必须重视人与人之间的联系,强调社会福利和作为人的集合体的社会公共目标的实现。因此,社会生活中,个人理性虽然应被最大限度的弘扬,但现实世界由个人自治所变现的自由却不可能是无限度的,必须被适当限制,不同的只是在不同的国家社会形态,对自由限制的程度不同而已。现代民主社会由于以实现人的自治和促进个人福利最大化为宗旨,所以,法律的“元点精神”在于尽最大可能弘扬人的理性,扩大人的自由范围,限制人的天性中不利于个体和群体生存和发展的自由,以便根本上保证公民获得正确发展机会。

以上可见,法律作为人类规避自身原始本能,体现人类理性能力的建构物,根本目的在于促进、实现和平与繁荣的秩序体系,提升公民自由,实现人类集体生活的最佳方式。<sup>〔19〕</sup>法律是关于正义的学问,正义不是什么能够做的问题,而是应该做什么的问题。<sup>〔20〕</sup>“法律限制个人自治的正义根据在于为了本人和他人更大的自治和福利”,包括刑法在内的一切法律,只有作为维护社会存在、保障个人自治免受他人非法侵害和促进个人、社会整体福利而存在时,才具有正当性,才是正义的。刑法的目的不是废除或限制个人自治(自由),而是保护和扩大个人自治(自由),这也在根本上划定了现代刑法的生存空间和行为犯罪化的原则。具体来说:

第一,既然法律存在的根据是弘扬人性,保护个人自治和自由等权利免受侵害,刑法从根本上只有在为保护个人自由和更大的社会利益时才是正当的,所以,刑法规制的对象应限于对他人权利、国家和社会利益造成伤害的行为。大陆法系和英美法系刑法理论分别称其为“法益侵害原则”和“伤害原则”,我国惯称为“严重社会危害性原则”。

第二,法律是使人的行为服从规则治理的事业,建立和从事该事业的前提在于人有能力了解和遵循规则,并对自己的违法行为负责。如果法律命令公民从事不可能实现的事情,就是对人的自觉能力的漠视,是对法律内在道德的背离和对人性尊严的冒犯。<sup>〔21〕</sup>只有行为人在有能力和合适的机会做出相反选择而没有选择时,才能让其承担刑事责任。所以,刑法处罚还须要求行为人具备“可责性”,此即为“责任原则”。

第三,真正的道德,必须是出于人的本性,并且促进人之本性的实现和完善,是为了人

〔17〕 同上注,页3。

〔18〕 参见周少华:“法律中的语言游戏与权力分配”,《法制与社会发展》2006年第5期。

〔19〕 洛克林,见前注〔3〕,页8。

〔20〕 洛克林,见前注〔3〕,页14。

〔21〕 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,页65。

的生活幸福。刑罚通过损害法益来保护法益,本身是一种恶,并非道德与善行。国家必须努力以最小的恶实现最大的社会福利。所以,国家应将刑法禁止的行为限定在绝对必要性的限度内,刑法适用还要强调“最后手段性”或“最小化原则”。

第四,即便特定行为的犯罪化符合“伤害原则”、“责任原则”和“最小化原则”,刑法所规定的犯罪亦必须是以法益保护为目的而使用的恰当手段,刑罚必须要反映罪行的严重程度,“动用大炮打麻雀”是对法治国比例原则的违反。刑法对惩罚范围的设定必须符合法治国比例原则。

### 三、当前社会治理“过度刑法化”的多面表征与风险

#### (一)我国社会治理“过度刑法化”的表现

如文首指出,自1979年新中国第一部刑法典颁布开始,我国刑法立法基本上呈现的是单向犯罪化的态势,这种情境延续至今,并无丝毫消减之兆。面对一部部法案的通过和一个个罪名的增加,社会主流反映基本上是一以贯之的犹如例行公事般的“誉美之词”。但近年这种“和谐的局面”渐被打破,理论界开始出现质疑之声,犹如平静湖面上突然泛起涟漪,引起了越来越多学者的注意与回应。有学者指出,1979《刑法》颁布至今,刑法以年均一次的频率被修改着,如此频繁的刑法修改,不但在古今中国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。<sup>〔22〕</sup>还有学者批评道,综观八部刑法修正案,新增罪名三十余个,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。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。我国应该停止以犯罪化为内容的刑事立法。<sup>〔23〕</sup>

笔者丝毫不否定79年以来刑法修正对经济社会发展具有积极保障作用,这里只是想尝试着掀开刑法这块“石板”,看看它的另一面。若依据刑法本性和前述现代刑法应然生存空间的论述,当前我国的刑法过度化及其对社会治理造成的负面影响,绝不可小觑。这种过度化,不仅体现在立法、司法上,也深植于社会民众和管理者的思维中。<sup>〔24〕</sup>

#### 1.立法表现

(1)刑法之手不适当伸向民事经济领域,导致调整对象的过度化。立法是国家法治活动的开端,其重要性被哈耶克视为“人类所有发明中充满了最严重后果的发明之一,其影响甚至比火和火药的发明还要深远”,<sup>〔25〕</sup>自然没有理由不矜持慎重。在区分部门法体系的现代社会,

〔22〕 参见邢馨宇、邱兴隆:“刑法的修改:轨迹、应然与实然一兼及对刑法修正案(八)的评价”,《法学研究》2011年第2期。

〔23〕 刘艳红:“我国应停止犯罪化的刑事立法”,《法学》2011年第11期。

〔24〕 “过度刑法化”在思维上的表现,简单地说,就是当社会中出现某种问题时,国家和社会民众总会情不自禁地想到动用刑法解决。我国刑法立法和司法上的过度刑法化现象,也是“过度刑法思维”的表现与外化。该问题本文不专门展开。

〔25〕 (英)弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,页113。



民法与刑法的属性截然有别,调整范围泾渭分明,但最近的刑事立法在两者界限的问题上屡屡迈出危险的步伐,使得在这些特定领域犯罪与民事、经济纠纷的界限变得模糊起来。

比如骗取贷款罪,关于刑法增设本罪的初衷,权威的解释是,考虑到公安机关、人民银行等部门提出,实践中一些单位和个人骗取银行或其他金融机构的贷款,难以认定行为人主观上具有非法占有贷款的目的,致使这类案件的处理陷入两难境地,要么无罪,要么重刑(贷款诈骗罪)。……客观上造成了此类案件的高发趋势,危害到金融安全。<sup>〔26〕</sup>很明显,本罪处罚的主要是行为人基于非法使用目的而骗取银行贷款的情形。<sup>〔27〕</sup>但稍加思考,我们便不难发现将上述情形纳入刑法范围,难以认为具有正当性:

首先,近代以来,刑法对单纯财产关系的介入范围大大萎缩,只限于对财产权最严重侵犯的情形,即一般的民事欺诈行为由民法调整,只有行为人主观上具有“非法占有目的”的场合,才纳入刑法范围。骗取贷款罪的设立,突破了刑法对财产关系的传统介入限度。

其次,平等是法律的基本价值,刑法对包括财产关系在内的任何社会关系介入,都必须遵循平等原则。平等强调的是“相同的情形相同对待;不同的情形区别对待”。从刑法规定看,我国《刑法》规定的诈骗罪形态多样,除《刑法》第266条规定的普通诈骗罪外,还有特别类型的如合同诈骗罪、信用卡诈骗罪、信用证诈骗罪等。与这些犯罪类型相对应,实践中也大量存在行为人主观上出于“非法使用目的”情形,但刑法并没有对应设置诸如“骗取合同罪”、“骗取信用证罪”等罪名。立法特别设置骗取贷款罪,不能不说是一种偏爱。对于偏爱的理由,如前指出,权威的解释是“避免对于那些没有充分证据证明行为人主观上是否有非法占有目的案件的处理陷入两难境地”。乍听起来,似乎有理,但显然是难以成立的,因为在没有充分证据证明行为人是否具有“非法占有贷款目的”的场合,应按照“疑罪从无”的诉讼原则认定,无论如何也不能蜕变为增设本罪的藉口。其实,只要对我国当前经济社会稍有常识的人都会清楚,本罪是人民银行等金融机构强势意见的法律表达,明显存在对银行等金融机构利益过度保护之嫌,严重违背了市场经济的本质和法治平等原则。

再次,随着社会的进步和市场经济的完善,法律对不损害国家和社会公共利益的民事欺诈类行为的法律后果正呈现出越来越“宽容”的态度。《民法通则》第58条第3项规定,以欺诈手段实施的民事行为无效。1999年《合同法》第54条将因欺诈行为签订的合同规定为可变更、撤销合同(附撤销权的有效合同)。本罪的规定难以与整个社会价值观的前进方向契合。

又如拒不支付劳动报酬罪,该罪被《刑法修正案(八)》视为保护民生的亮点工程。<sup>〔28〕</sup>立法增设本罪的原因是“劳动者报酬关乎劳动者的生存等基本人权和社会稳定。拖欠劳动者报酬严重侵犯劳动者权益,甚至会引发群体性事件和诸多社会矛盾。”<sup>〔29〕</sup>其实,对于增设本罪的正当性,立法过程中就存在巨大争议。梁慧星教授明确反对增设本罪,他认为,轻易采取刑法

〔26〕 参见黄太云:“《刑法修正案(六)》的理解与适用(下)”,《人民检察》2008年第8期(上)。

〔27〕 同上注。

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

〔29〕 同上注。

打击欠薪行为不妥,把老板判几年刑,工厂垮了,劳动者又会失去工作,无益于问题的解决,建议从民事立法的角度,加强保护劳动者的工资债权。<sup>[30]</sup>遗憾的是,反对意见没有被立法机关采纳。现在看来,本罪在处罚的正当性和立法技术方面,都存在严重疑问:

首先,现实社会中,欠债不还的现象并非个案,拒不支付劳动报酬在债务对象上虽有特殊性,但性质上仍然没有逃逸于债权债务关系本质,并不具有纳入刑法调整的特殊理由。

其次,从既有法律的规定看,现有制度和刑法条文(如《刑法》第313条)完全可以解决本罪意图解决的问题,设立本罪将导致罪名的重叠和罪刑条款的多余。对此,支持设立本罪的学者有可能会提出,《刑法》第313条的规定无法圆满解决拒不支付劳动报酬罪所针对的问题,因为《刑法》第313条针对的是自然人犯罪,而拒不支付劳动报酬罪还处罚单位。笔者并非没有注意到本罪主体范围的规定。对于单位实施的刑法没有明确规定单位犯罪的案件,在司法实践中并非鲜见,如单位盗窃等。此类问题如何处理,理论上素来争议很大。从目前立法和司法解释看,也肯定可以径直处罚单位主管人员和其他直接责任人员。而且,退一步讲,即便论者否认该场合可以直接处罚单位主管人员和其他直接责任人员,这也不足以成为立法设置本罪的理由。

再有,根据刑法规定,本罪在性质上属于不作为犯。现代刑法历来是以处罚作为犯为原则,处罚不作为犯为例外,对不作为犯的处罚范围向来持限制立场。即便对不作为方式实施的故意杀人罪等严重罪行,刑法原则上也以构成要件结果的出现才处罚。现行刑法将本罪设定为行为犯构成要件,难以认为是必要和正当的。

(2)立法技术失当,引起刑法范围的过度化。作为一种与人治相对峙、体现人类理性的制度安排,法治的要义在于“已制定的法律得到普遍的遵守,而得到普遍遵守的法律又是制定良好的法律”。在现代社会,所谓良好的法律,其涵义早已超越了对法律实质内容的关注,也包含法律实施程序和立法技术。日本学者川岛武宜说:“作为实用法学研究对象的法包含着两个要素,即赋予立法与审判以动机并决定其内容的价值判断及作为实现该价值判断的手段所采用的词语技术”。<sup>[31]</sup>我国学者也指出,法学的内容基本包括两个部分:一是对法律价值的讨论,二是对法律技术的讨论。前一部分是基本的方面,后一部分是从属的方面。<sup>[32]</sup>立法技术虽然是为法律价值服务的,但技术的运用可以直接决定着法律价值的走向。我国刑法立法技术失当所导致的刑法范围过度化,已影响到了我国刑法的价值抉择,使得刑法弥漫着浓厚的国家主义色彩。具体看,当前刑法立法技术的失当至少体现在以下两方面:

第一,行为构成要件立法技术的泛用。<sup>[33]</sup>刑法以处罚结果犯为原则,以处罚危险犯、行为犯为例外,这也是近代以来刑法的重要特色之一。该立法技术展示的是国家限制刑法范围

[30] 参见梁慧星:“‘恶意欠薪’入罪有坚实的民意基础”,载《新京报》2010年3月14日。

[31] (日)川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社2004年版,页242。

[32] 参见吕世伦:《西方法律思想源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版,页232。

[33] 在我国刑法理论上,一般认为行为犯和抽象危险犯是不同的。由于两者采取的都是行为构成要件,所以,本文不再区分两者,而是一并论述。

的理想。但随着现代社会发展所导致法益侵害风险的增加,刑法不再耐心等待损害结果的出现,越来越多刑法规范着重于行为的非价判断,以制裁手段恫吓、震慑带有社会风险的行为。危险犯(尤其是抽象危险犯)和行为犯的大量出现,是现代科技文明和经济文明的产物,尤以在环境刑法、经济刑法、交通刑法领域表现最为突出。<sup>[34]</sup> 面对行为犯和抽象危险犯的扩张,刑法理论指出,对于任何犯罪构成要件的设定只有符合以下情形,才可以考虑行为构成要件的立法技术,即处罚实害犯的未遂,在刑法保护上仍显不足;侵害结果难以确定;行为人的责任难以认定;掌握过失实害犯所附属的偶然因素等。<sup>[35]</sup> 在刑法上,有些犯罪采取行为构成要件的立法技术是必要的。如生产、销售伪劣商品类型犯罪,销售行为往往是针对社会不特定公众,如果以结果发生为构成要件,将使得本罪的责任证明成为难题。立法将其设置为行为犯构成要件,保证了本罪的可实践性。又如货币类犯罪,其侵害的是国家法益,并不存在具体对象,也难以发生具体法益侵害结果,无法将其规定为结果犯,刑法将行为设置为构成要件,是源于该类犯罪的特性。

但现行《刑法》将有些犯罪设置为行为犯的构成要件,却难以认为是妥当的。如高利转贷罪,根据《刑法》第175条规定,行为人主观上以转贷牟利为目的,客观上套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人,违法所得数额较大的,即构成本罪。但是,单位和个人从银行或其他金融机构贷款后,没有按照贷款合同约定用途将资金投入使用,而是转贷给他人,性质上属于违反贷款合同的民事行为,刑法介入正当性何在?立法者将高利转贷行为纳入刑法范围,主要是认为此类行为破坏了国家的金融秩序,高利转贷行为给银行等金融机构所放的资金造成了风险。但实践中高利转贷是否会造成银行等金融机构所贷款项的风险,是极不确定的。贷款者将其所贷资金高利转贷后如期偿还银行等金融机构的事例,并非稀罕。对于此类案件,虽然转贷所得数额较大,在没有造成银行等金融机构任何资金损失情况下,将其认定为民事纠纷尚且牵强,怎么会认为值得动用刑法惩罚呢?而且,退一步讲,即便国家要动用刑法惩罚高利转贷,保护金融机构资金安全,也应将本罪的范围严格限定在转贷给金融机构造成巨大损失的情形,构成要件应当采取结果犯的立法技术。

与高利转贷罪采取典型行为犯构成要件的立法技术不同,刑法对不少犯罪构成要件的设置采取的是结果犯和情节犯相结合的技术。如骗取贷款罪、骗取票据承兑、金融票证罪等。<sup>[36]</sup> 根据《刑法》规定,不仅在行为造成严重后果或重大损失情形下构成犯罪,在行为违法数额巨大或其他严重情节的场合,也构成犯罪。由于情节犯包括了行为犯的情形,这就为司法解释将这些犯罪扩张解释为行为犯,扩大刑法范围,埋下了隐患与空隙。

第二,兜底条款的滥用。“兜底条款”因具有陈述概括,弹性大,可以保证法律涵盖范围的最大化,以堵截法律漏洞的功能,所以,历来受到立法者青睐而成为重要的立法技术。但任何

[34] 参见林东茂:《危险犯与经济刑法》,台湾五南图书出版公司1996年版,页15。

[35] 同上注,页16—21。

[36] 同样的问题还存在于虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪中。随着最新《公司法》和全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》的颁布,上述三个犯罪中存在的该问题随即解决。



立法技术的运用必须考虑部门法的特性,刑法的特殊性决定了罪刑法定说到底是一项有利于犯罪嫌疑人、被告人和犯罪人的原则,是规范和限制国家刑罚权、保障犯罪嫌疑人、被告人人权的原则。<sup>〔37〕</sup>兜底条款本质上属于不明确的罚则,因为它实质上违反罪刑法定,严格地讲,是不应被允许的。<sup>〔38〕</sup>从法的价值考量,刑法以法的安定性为追求实现正义的最高限度,立法也要尽可能使用明确、具体的条款。这一方面表明立法者试图为公民提供更加明确的行为指南,以保障公民的自由与安全;另一方面表明,立法者试图严格限制刑事领域的司法规范,防止刑罚权的扩张和滥用。<sup>〔39〕</sup>当前我国的客观情况是,刑法立法没有慎重考量兜底条款对罪刑法定原则和刑法人权保障机能的侵蚀,设置数量庞大的刑法兜底性条款,这已成为推动刑法范围扩张的重要助力,也为刑法实践中的过度化提供了法规范上的依据。

(3)国家不适当地将刑法作为“社会管理法”看待,导致了调整对象的过度化。法律是通过一种能够使人类行为受制于规则治理的过程。任何部门法都以各自的形式承担着社会管理的职能,在这个意义上,刑法亦具有社会管理法的性质。但刑法参与社会治理是以矫正正义的方式实现的,刑法本质属于司法法,以法的安定性为最高价值,这就决定了刑法不同于一般意义上的社会管理法,也不属于公共利益服务法。过分强调刑法积极介入社会治理,将使其面临“变性”的风险。该问题在近年刑法修正中表现得日益突出,一旦社会上出现某种乱象,国家总是情不自禁地动用刑法进行治理。当现行刑法缺乏对应条款时,国家总会通过立法,以新增罪名方式解决。以发票类犯罪为例,1997年《刑法》对发票违法行为还持比较克制的态度,处罚范围主要限于增值税专用发票、可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票以及针对普通发票的非法制造、非法出售行为。面对实践中发票的乱象,《刑法修正案(八)》突破了相对克制的立场,新增虚开发票罪和持有伪造的发票罪。谁都无法否认,假发票在当下我国已蔓延成为严重的社会问题,需要规范和严厉打击。但发票制度本身就是一种特权制度,是市场经济改革的对象,而且,该问题的形成原因复杂,国家以非刑法措施也并非不可能解决。<sup>〔40〕</sup>在尚未充分动用经济行政措施着力解决该问题之前,简单地将此类行为大幅度犯罪化,难以认为符合“刑法的最后手段性”,实际上是将刑法作为社会管理法来对待。从法理上看,虚开发票、持有伪造发票的行为性质上属于“介入选择性行为”(Intervening Choice),最终法益侵害结果的发生还需要后续行为的介入,行为的特点决定了国家对这类行为的犯罪化,需要慎重考虑“虚开”、“非法持有”行为本身的危险性程度和行为对象的属性。但显而易见的事实是:在行为的性质和危险性程度方面,虚开、非法持有普通“假发票”无论如何也不能与非法持有“枪支”、“弹药”以及伪造、变造、非法持有“货币”这类特定对象相提并论。动用刑法规制,在处罚正当性上难以认为是充足的。

〔37〕 参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,页5。

〔38〕 参见(日)山口厚:《刑法总论》,付立庆、刘隽译,中国人民大学出版社2011年版,页17。

〔39〕 参见周少华:《刑法之适应性:刑事法治的实践逻辑》,法律出版社2012年版,页32。

〔40〕 参见陈景清:“假发票大规模侵袭中央部门 成谋取违法利益手段”,载《中华工商时报》2012年1月14日。

另外,刑法新近增设的组织残疾人、儿童乞讨罪,组织未成年人进行违反治安管理活动罪,出售、非法提供公民个人信息罪,组织、领导传销活动罪,大型群众性活动重大安全事故罪,也都明显闪烁着国家将刑法作为社会管理法看待的影子。“此类行为通过公安行政部门的治理,是完全可以得到有效控制的,然而,行政机关一方面因法律依据不足,另一方面因这种管理不具有收益性质而不愿进行管理,于是……干脆来个犯罪化,……没有充分动用行政管理手段就将此种行为纳入刑法,则违背了刑法不得作为‘最先保障法’的原则,并且也因此使本罪成为‘立法者的法’而不是民众的法。”<sup>[41]</sup>

## 2. 司法表现

第一,司法解释扩张刑法范围,将刑法防线进一步提前。如骗取贷款罪,根据《刑法》规定,行为给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的,都构成本罪。如前指出,立法并没有将其规定为结果犯,这就为本罪的实践扩张留下可乘之机。根据最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第27条规定,行为涉嫌下列情形之一,应予立案追诉:“(一)以欺骗手段取得贷款数额在一百万元以上的;……(三)虽未达到上述数额标准,但多次以欺骗手段取得贷款的。”很明显,司法解释已将本罪的处罚范围扩张至行为犯。试想,即便骗贷数额达到一百万元以上,或者多次实施“骗贷”行为,若所贷银行款项及利息都如期偿还,在没有给银行造成直接经济损失的情况下,恐怕在民事责任方面都难以认为存在问题,怎么会认为需要刑法追诉呢?

第二,法定犯的判定过分依附行政认定,刑法适用出现了“行政化倾向”。根据《刑法》规定,法定犯的成立,行为需以违反特定经济、行政法律法规为前提。对于是否存在该前提行为,司法实践中普遍的做法是:首先寻求特定主管部门的行政认定意见,如相关行政主管部门给予肯定结论或对行为作出行政处罚,涉案行为数量较大或具有其他严重情节的,司法机关往往以犯罪论处。如对于高利贷行为能否认定为犯罪,司法机关往往先征求银行等金融主管部门的意见,或者先看看金融主管机关是否已对行为作出了行政违法的处理与认定。在现实社会,法定犯认定由于需要具有特定领域的专业知识支持,人民法院有时难以胜任。所以,相关行政主管部门给予必要的答复意见,对案件的慎重处理是完全必要的,而且也有助于维持国家法制统一。但必须注意的是:虽然刑法与行政法同处“公法之家”,但两者的法属性、价值取向、归责原则则存在重大差异,法定犯的判定如果过分依附行政认定将会导致刑法对行政法的依附,形成“刑法行政化取向”,刑法将面临沦为保护纯粹行政利益的危险。而且,实践中亦不排除行政主管部门的答复意见或责任认定,可能具有保护特殊部门利益的色彩,过分强调以行政部门的答复意见和行政认定为判定犯罪的依据,很可能导致国家动用刑法保护垄断或特定部门利益的严重后果。该问题在我国司法实践中并非个案,值得重视!

第三,司法机关不适当地扩张兜底条款范围,导致刑法范围扩张。兜底条款的性质决定了司法实务应当对其采取限制解释立场。比如,关于以危险方法危害公共安全罪中“危险方法”的

<sup>[41]</sup> 刘艳红:“当下中国刑事立法应当如何谦抑?——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析”,《环球法律评论》2012年第2期。

范围,应严格限制在与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法,绝不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。<sup>〔42〕</sup>但实际情况是:不少司法机关对本罪的掌握过于随意,特别是当案件出现严重后果或恶劣社会影响时,司法机关往往不顾本罪“危险方法”的性质和本罪的特点,将一些本不属于本罪的情形认定为本罪,使得以危险方法危害公共安全罪呈现“口袋罪”的特征。<sup>〔43〕</sup>较本罪有过之而无不及的是非法经营罪,自设立以来,司法不断扩大“其他严重扰乱市场经济秩序的非经营行为”的外延,行为类型除涵盖外汇、证券、期货、保险、出版、电信、传销、医药、饲料等多个领域外,实务中有的将“违法建设中的经营行为”、<sup>〔44〕</sup>“销售假冒伟哥的行为”<sup>〔45〕</sup>也纳入本罪。本罪现已堕落成为笼罩经济社会方方面面的“口袋罪”,<sup>〔46〕</sup>处罚范围与市场经济提倡的经济自由存在明显矛盾。

第四,司法机关将社会转型时期的“灰色行为”纳入刑法范围,难以符合犯罪的本质。当前比较受社会关注的是有些司法机关将民间金融行为(如高利贷、集资等行为)视为“灰色经济”,纳入刑法范围,大量以非法经营罪、变相吸收公众存款罪论处。包括民间高利贷、集资在内的民间金融行为在我国当前经济生活中的效用是正负兼具的,实践证明其对于解决国家正规金融制度不足,为小微企业提供畅通融资渠道,整体提升金融服务水平,促进区域经济发展等方面都起到了积极作用。经济学家陈志武指出:“如果能开放民间金融并发展各类小额金融品种,不仅能让各地像浙江那样调动好自有的资源,而且能够为更广泛的老百姓家庭提供更好的致富机会。”<sup>〔47〕</sup>实践将该类行为入罪的做法,只是窥其效用之一端,并不符合社会经济实际情况,已激起了社会对刑法适用的抵触情绪,该问题在“孙大午案”、“吴英案”中都有明显体现。

第五,司法机关滥用刑事手段插手经济纠纷,导致刑法的过度化。司法机关插手经济纠纷,是个老问题。近年,随着司法体制改革和中央三令五申地强调,该问题在实践中得到一定程度改观,但仍难以让人满意,尤其是在经济社会发展相对落后地区,该问题仍有一定的普遍性。个中原因,有的是因为办案机关出于经济利益的驱动,有的是办案人员业务水平所致,有的是因为腐败引起,有的与司法机关对国家刑事政策错误理解相关。比如,有的地方司法机关漫无边际把握刑法中“伪劣产品”的范围,甚至把质量不符合合同约定的办公用品解释为“不合格产品”,认定为生产、销售伪劣产品罪,远远偏离了本罪的立法本意。有的地方司法机关不慎重把握合同纠纷与合同诈骗的界限,导致合同诈骗罪的司法滥用,严重误伤了正常的民事经济活动。

〔42〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页610。

〔43〕 参见张明:“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。

〔44〕 参见刘光圣:“违法建设治理中的刑法适用”,《人民检察》2012年第4期。

〔45〕 参见金泽刚:“销售假冒伟哥的行为如何定罪量刑—兼论非法经营案件的法律适用问题”,《法学》2006年第9期。

〔46〕 参见高翼飞:“从扩张走向变异:非法经营罪如何摆脱‘口袋罪’的宿命”,《政治与法律》2012年第3期。

〔47〕 陈志武:《金融的逻辑》,国际文化出版公司2009年版,页100。

## (二)社会治理“过度刑法化”的风险与价值批判

刑法不只是规定犯罪构成要素条文的组合,也是一个具有特定价值判断,特别是人权价值、法治国家原则及民主原则所组成的整体。从刑法对犯罪范围的设定,可以窥见国家在社会治理中奉行的价值决定。刑法过度反映的是国家对刑法价值理解的偏离,这将导致社会治理面临巨大的风险。对于刑法过度的危害,西方学者指出,一方面,刑法过度所呈现的罪刑扩张意味着国家刑罚权的不适当膨胀,必然相应导致公民权利的限制与压缩,形成对公民行动自由的妨碍;另一方面,刑法作为社会控制高度专业化手段,只有在针对特定目的时才有效用,超越目的之外的不适当使用将是无效的,而且会导致更大危害。<sup>〔48〕</sup> 这些问题在我国亦同样存在。

第一,刑法过度化将改变国家权力与公民权利的结构。公民的基本权利和自由乃一种“先验”的存在,应受到国家所有法律秩序之维护,<sup>〔49〕</sup>这是法治国的基本命题。现代社会,没有不受限制的权利和自由,只是对公民权利和自由的限制须有正当理由。任何社会,国家刑罚权和公民权利的量都不可能是无限的,两者的关系犹如“蛋糕”之两半。法治社会两者关系的理想状态是:刑罚权与公民自由应处于平衡状态,两者能够合理、平等分得各自份额“蛋糕”。国家刑罚权一旦扩张,意味着国家分得“蛋糕”份额会相应扩大,在“蛋糕”总量不变情况下,公民的“蛋糕”份额就不得不减少。刑法过度化引起的是国家刑罚权的膨胀,必然形成对公民权利和自由的压缩。

第二,刑法过度化将导致国家司法资源的不合理配置。经济学家萨缪尔森曾指出,“稀缺这一事实存在于经济学的核心之中。没有一个社会达到了一种无限供给的乌托邦。物品是有限的,而需求则似乎是无限的”。<sup>〔50〕</sup> 司法资源紧缺亦是我国当前和今后一个相当长时期的基本社会现实。通过绝对增加国家对司法资源的投入,当然不失为问题解决之道,但在社会资源整体供给无法绝对满足社会需求的情况下,通过优化既有资源配置,实现效益最优化,无疑是问题解决更为可行有效的办法。任何社会,社会纠纷整体上呈现的都是“金字塔”结构。作为社会纠纷极端形态的犯罪虽然高居“金字塔”体系顶端,但其往往发源、形成于处在“塔基”的民事经济纠纷或一般违法行为。正是基于此,科学的反犯罪之策是国家应尽可能将有限的司法资源“下沉”用于解决和应对处于社会纠纷“金字塔”体系底端的普通社会纠纷和细小违法行为,消除犯罪生成的土壤,达到对犯罪治理“事半功倍”之效。刑法一旦过度化,将人为地扩大处于“金字塔”顶端的犯罪圈范围,国家将相应增加对犯罪治理的资源投入。在特定时期国家司法资源总量投入既定的情况下,如果过多投入司法资源对犯罪治理,相应地就必然造成司法资源对“前犯罪阶段行为”(一般社会纠纷和细小违法行为)投入的消减,严重情况下甚至可能会形成“倒金字塔”式的犯罪治理机制。这种机制由于与犯罪生成机理相违背,自然不可能达成国家对犯罪治理效果的“帕累托最优状态”。

〔48〕 Sanford H.Kadish, “The Crisis of Overcriminalization”, 7 *American Criminal Law Quarterly* 17—34 (1968—1969).

〔49〕 参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),台湾元照出版公司1999年版,页213。

〔50〕 (美)萨缪尔森:《经济学》,胡代光等译,北京经济学院出版社1996年版,页14。



第三,刑法过度化将削弱刑法的公众认同。常言道:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”。现代社会,刑法的权威不仅源于国家的强制力,更来自于国民对刑法的公众认同。<sup>[51]</sup> 刑罚是和平时国家对公民基本权利与自由限制的最高形式,其适用最能彰显国家的权力与权威,也最容易挫败公民的自由,必须强调其德性。刑法的过度化使国家对公民权利的剥夺与限制失去了正当化理由,必然引起民众质疑。以我国刑法立法为例,过去刑法颁布几乎总是能够得到社会的一致好评,但近年刑法修改却引起了越来越多学者的质疑甚至批评的声音,个中反映的就是国民对刑法认同感的减弱。

第四,刑法过度化将阻碍经济社会的创新。在压制型的社会秩序下,公民满身缠绕束缚,创新只是理想者的奢望。经济社会的创新需要自由的社会环境,只有自由,每个人才可以做自己擅长之事,在分工中发挥自己的优势。刑法过度化引起的对公民自由空间的排挤,将对公民创新造成阻碍。该问题特别反映在经济领域,市场经济的本质在于鼓励经济自由和经济的改革与创新,若刑法过分强调对既有经济秩序的保护,经济创新行为动辄得咎,必然造成对市场主体创新动力的挫败,形成对经济社会发展源动力的扼杀。在这个意义上,我国《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中那些明显染有“半统治、半市场”色彩的罪名如非法经营罪、骗取贷款罪、非法吸收公款存款罪的处罚范围到了该反思的时刻了!

#### 四、社会治理“过度刑法化”形成机理的解读

任何疾病的产生,都不可能是无缘无故的,“过度刑法化”作为社会治理中的病态现象,其中纠缠着历史和现实诸多因素。在现实方面,社会转型期引起的严峻社会治安形势,使得国家面临巨大压力,而动用刑法解决这些问题,往往有立竿见影之效果。该效果恰好迎合了当前整个社会流行的“绩效”考核体制,该体制反过来又推动助长了刑法适用,促成了两者间的“恶性”互动。这里笔者尝试从刑事政策、刑罚权属性、社会纠纷解决机制缺位的角度对当前刑法过度化机理作些澄清。

##### 1. 刑法对刑事政策的过度回应与刑法过度化

刑法作为刑事政策的最重要的核心、最高压区和最亮点,<sup>[52]</sup>本质上不失为一种刑事政策。但罪刑法定原则的确立,使得刑法超越了政策的属性,确立了其作为规范体系的本质。现代社会,刑法与刑事政策的分立早已是客观事实,但两者的联系从未中断:一方面,刑法作为社会治理的重要措施之一,必须以社会为基础,回应社会需求,受到国家公共政策制约;另一方面,刑法毕竟不是简单地作为国家权力或控制力的体现,而是使权力成为有效维护和促进社会法治与文明的一种力量,刑事政策的法制化可以有效避免国家以政策代替法律的错误做法,限制国家立法与司法权力的恣意妄为。

[51] 参见周光权:“论刑法的公众认同”,载《检察日报》2002年7月12日。

[52] 参见(法)米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,页1。

重视贯彻刑事政策的思想历来是我国刑事立法的特色。1979年《刑法》第1条规定:“中华人民共和国刑法……依照惩办与宽大相结合的政策……制定。”1997年《刑法》虽然没有再明确规定刑事政策,但惩办与宽大相结合刑事政策仍然被认为是其灵魂。<sup>[53]</sup>2005年,宽严相济基本刑事政策提出以来,刑法立法体现刑事政策更是表现的淋漓尽致。比如新近颁布的《刑法修正案(八)》,无论是总则的修订,还是分则罪名的增设,无不体现着宽严相济的基本刑事政策的指导。<sup>[54]</sup>

现代社会,否定刑法与刑事政策的联袂是不明智的,因为否定两者的关联意味着将刑法的发展推回到“机械物理地理解犯罪与刑罚关系的古典刑法时代”。而且,刑法如果欠缺刑事政策的指导,将会蜕变为没有灵魂的一堆条文聚合。但刑法与刑事政策,毕竟在本质属性、制定主体和程序、表现形式与内容、实施方式、调整范围、稳定性程度方面有显著不同,两者的差异决定了应各自归位,各就各位,不能越俎代庖、互相替代、混为一谈,<sup>[55]</sup>刑法必须在合理限度内回应刑事政策。刑法一旦超越了自身的限度,过度回应刑事政策,就不可避免地出现调整范围的过度化。回顾现行《刑法》中的“问题罪名”,不少就是刑法过度回应社会需求、过度政策化的结果。有的罪名如拒不支付劳动报酬罪的增设,主要源于特定时期国家对民生问题的重视,而拒不支付劳动报酬的现象恰巧成为该时期热点民生问题。有的罪名如危险驾驶罪染有明显的民粹化色彩,其增设与特定时期“醉驾”和“酒驾”成为社会焦点有莫大关系。有的罪名如新近发票类犯罪的增设,则直接动因于国家特定时期开展的对发票专项治理行动。当前我国虽然大力提倡社会治理的现代化,但拘于社会资源、国家治理能力等多重因素的制约,短时期社会治理难以彻底摆脱刑法的政策化、民粹化和工具化的思维范式,由此而导致刑法的过度化仍将是一个长期困扰我国社会治理的突出问题。

## 2. 刑罚权的扩张本性与刑法过度化

孟德斯鸠曾精辟地指出,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”<sup>[56]</sup>现代民主制度的建立,只是改变了权力的运行路径,不可能彻底改变国家权力与生俱来的滥用本性。权力一旦获得扩张的机会,便总会趁机行事。我国刑法过度化的背后明显闪烁着刑罚权扩张的影子,归纳起来,主要通过以下两条路径。

第一,刑罚权主动扩张所导致的刑法范围的扩大。刑法是现代国家实现对社会控制的重要手段之一,刑法范围实际上反映着国家在处理保护公民自由、社会福利与自身利益时的容忍度。国家出于强化对社会秩序和自身利益的保护,以刑罚权为载体扩张权力范围,是无法避免的。即便实践中有立法程序的规范制约,但面对刑罚权的巨大动能,立法程序有时也难以发挥实质性约束作用。而国家一旦以立法程序将某种行为犯罪化,就获得了和平时期国家对该类

[53] 参见胡康生、李福成主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社1997年版,页2。

[54] 参见郎胜:“《刑法修正案(八)》解读”,《国家检察官学院学报》2011年第2期。

[55] 参见卢建平:“刑事政策与刑法关系论纲”,《法治研究》2011年第5期。

[56] 孟德斯鸠,见前注[16],页154。

行为最强烈、最优势的治理资源与地位。至于立法是否正当,是否会导致调整范围的过度化,是否危及公民自由,指望刑罚权自律,历来是不现实的。前文指出的当前国家将刑法作为社会管理法对待以及所导致的刑法过度化问题,就鲜明地反映着国家治理社会的上述逻辑。以司法解释扩大刑法范围同样涉及该问题,因为司法解释一旦放宽了刑罚权的范围,同样意味着司法机关获得了打击犯罪的更优势地位,其可以动用更多司法资源实现维护社会秩序的任务。比如,司法解释一旦将特定犯罪扩张解释为行为犯,就会明显减轻司法机关对特定犯罪的证明责任,便利犯罪的认定。

第二,刑罚权被动扩张所导致的刑法范围扩大。在法治完善、权力有效分立制约的体制下,司法权因具有权威性、终局性和超然性,一般并不存在被动性扩张的问题。所谓司法权被动扩张的现象往往发生于司法权地位相对孱弱、法治并不理想的环境下。一般而言,一国司法权对立法权和行政权从属程度越高,其被动扩张的问题往往就会越突出。根据我国《宪法》规定,我国采取的“议行合一”的权力运行体制,立法权、行政权与司法权的性质、行使主体和程序都是不同的,这种不同本身就说明了各自的独立性以及相互间的平衡与制约。但在实际运行中,政府事实上在很大程度上集行政、司法、部分立法权于一体,在权力构架与体系中具有十分强势地位。该体制虽具有保持国家权力统一稳定、决策迅速和行动高效等优越性,<sup>[57]</sup>但政府行政权能量过大则可能对立法权和司法权造成冲击,消弱国家立法权与司法权的应有机能。现实的情况是:由于政府行政权处于国家权力体系中的核心优势地位,很大程度上主导和影响国家权力和社会运行,政府意愿往往会遍布到社会的各个角落,甚至轻而易举地上升为法律。立法程序对立法权启动的应有制约功能难以发挥,实际工作中主要扮演规范立法过程的角色。以经济刑法范围的设定为例,在“政府主导经济增长的模式”下,刑法调整对象就难以摆脱行政化的色彩,那些与政府特定时期倡导的市场经济理念不符合的行为,在政府(主管部门)的推动下,很容易通过国家立法纳入刑法范围。此外,政府一旦推行某项专项社会治理措施,在政府强大权力能量的动议下,立法、司法机关往往不得不为政府的行为做出“背书性”的立法和司法。

### 3. 社会纠纷解决机制缺位与刑法过度化

社会纠纷的性质和复杂性决定了纠纷解决机制的多元性与复杂性。作为纠纷解决的最终和最高结构,国家所要掌握的应当是最终解决权而不是最先解决权,这应当是国家构建社会纠纷解决机制应秉持的基本原则。从整体上看,现代社会纠纷解决机制的理性配置既包括以国家为主体的诉讼和审判机制,又包括以社会为主体的人民调解等非诉讼纠纷解决机制。<sup>[58]</sup>但事实上,人类行为的最终目的不是都能通过理性来说明的,往往诉诸着人类的情感和感情。<sup>[59]</sup>从古至今,社会纠纷解决机制错位和缺位的现象从未间断。有些社会问题通过民事、行政途径并非得不到合理解决,但由于民事、行政解决机制不畅通,或者以民事、行政途径解决,耗时长、难以即时见效,当该类问题一旦成为社会聚焦点时,国家就会忍不住动用刑法,以

[57] 参见钱正荣:“‘议行合一’的‘前世’与‘今生’”,《传承》2009年第11期。

[58] 参见宋明:“论和谐社会纠纷解决机制的科学配置”,《大连干部学刊》2008年第4期。

[59] 参见(英)休谟:《道德原则研究》,曾晓平译,商务印书馆2001年版,页145。

求得立竿见影的治理效果,满足社会的即时需求。比如拒不支付劳动报酬罪的设立在很大程度上反映的就是当前国家民事、行政制度解决拖欠劳动者报酬的缺位和失效。<sup>〔60〕</sup>又如危险驾驶罪,虽不能否认本罪的设立即刻带来了该类案件明显下降,<sup>〔61〕</sup>但必须追问的是:不将“醉驾”犯罪化,通过严格行政执法是否就无法达到减少和预防该行为发生的效果?本罪的增设是否存在刑法为警察的不作为买单?还有,刑法规定了不少发票类犯罪、税务类犯罪、食品安全类犯罪等,刑法积极介入上述领域,与国家对该类社会现象非刑法解决机制(特别是行政执法机制)不到位有无关系呢?社会生活中,任何犯罪的发生都不可能是一蹴而就的,往往需要经过滋生、发展到最终实施、完成的过程,期间面临多重社会控制措施的阻扰和社会纠纷解决机制的消解。在犯罪发生之前的任何一时点,如果相应的社会纠纷解决措施能够发挥效用,犯罪都可能被预防制止。从这个意义上看,大量犯罪的发生不能不说是社会纠纷非刑法解决措施缺位所带来的遗憾结果,而弥补这种缺位结果的代价是国家不得不动用昂贵的刑法来应付。所以,完全可以认为,一国对刑法倚重程度及实践中刑法的适用程度,可以在很大程度上反映该国社会纠纷非刑法解决措施缺位、失效之程度。

#### 4. 刑罚威慑功能的过度倚重与刑法过度化

刑罚是否有威慑功能,在理论上至今并未完全定论。但基于功利主义人类社会的生存和生活方式以及对人所具有的趋利避害本能的考量,多数意见还是倾向认为刑罚具有“杀儆效应”与威慑功能,只不过刑罚的威慑效果取决于多个因素,除刑罚轻重外,还决定于刑罚的确定性及其程度。如贝卡里亚很早就断言:“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性。”<sup>〔62〕</sup>犯罪学上的种种实验(如“破窗实验”)也证明了该论点。现代犯罪学理论普遍认为,刑罚的严厉性和确定性是实现刑罚威慑效果的两个基本变量,理想的刑罚模式应当是尽可能提高刑罚确定性以避免通过提升刑罚严厉性而达到对犯罪预防。但人性的功利性特点,往往导致国家对社会问题的解决偏爱选择眼前、表面化的应对之策,而不愿设计出着眼于长远、根本性的应对措施。相对于以提升刑罚确定性实现对犯罪的威慑,通过提高刑罚严厉性和扩大打击范围无疑要便利得多,而一旦国家倚重后者作为威慑和预防犯罪之策,刑法的扩张与过度化便难以避免。

## 五、刑法参与现代社会治理机制的理论建构

法学家埃利希指出,不论是现在还是其他时候,法律发展的重心既不在立法、法学,也不在司法判决,而在社会本身。<sup>〔63〕</sup>现代社会的高度复杂性使得法律所担负的使命更为艰巨,其角

〔60〕 刘艳红,见前注〔41〕。

〔61〕 参见卢建平:“关于醉驾入刑的理性审视”,《法律资讯》2011年第6期。

〔62〕 (意)贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,页59。

〔63〕 参见(奥)尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,前言,页3。



色也更具挑战性,一个看似法律方面的问题往往不是或不再仅仅是一个法律问题,一项形似简单的立法也常常会有许多因素纠结其中。<sup>〔64〕</sup>如前分析,过度刑法化,表象上看似乎是个刑法专业问题,其实它早已超越了刑法的范围,成为一个社会问题。这在根本上决定了应对刑法过度化绝非刑法专业本身能完全胜任,必须从刑法与社会关系的维度探讨刑法参与现代社会治理的机制。因篇幅所限,本文主要选取以下两个方面作尝试性探索。

### (一)刑法过度政策化的反对与“司法法”属性的提倡

维护刑法自主性和处罚范围的适当,必须反对刑法的过度政策化,而这首先要从刑法与刑事政策的正当关系谈起。历史上,刑法并非生来就和刑事政策捆绑在一起。刑事古典学派机械、物理地理解犯罪与刑罚的关系,刑罚被认为是对犯罪的机械反动,刑事政策在其思想体系中并无生存余地。近代学派改变了古典学派关于犯罪与刑罚关系的物理性理解,强调“犯罪—刑事政策—刑法”的互动,重视刑法的预防功能,将刑事政策带入刑法体系,催生了刑法与刑事政策的“二重协奏”,但此后刑法始终面临着过度政策化的困扰。

政策的本质是政治,所以,刑法与刑事政策的关系根本上反映的是刑法与政治的关系以及刑法的自主性和限度问题。现代法治国家,法律与政治历来被认为是共生的。法律的本质是国家依据政治权力所为的强制,它是为了实现并维护社会秩序的目的而要求人们为一定行为的装置或过程。<sup>〔65〕</sup>任何强大的、有组织的政治力量,为了达成自己的政治目标,都要创造自己的法律观念或法律命题。而在社会结构中,法律命题总是为政治力量所支配,法律命题必然或多或少地体现着一定的政治理想。在斗争中获得胜利的社会力量,总会通过创造法律命题的方式来强制保护自己利益的规范实现,因此,法律命题必然带有政治色彩。<sup>〔66〕</sup>换句话说,法律本质上是政治权力作用于社会生活所采用的形式,法律价值判断的结论是它的具体内容。<sup>〔67〕</sup>我国学者也指出,法律与政治的区分只是一种相对的、技术性的、表面化的区分,从彼此构造生成、实际运作实践看,法律与政治始终具有非常密切的内在联结,<sup>〔68〕</sup>它们都面对共同的社会公共利益要求而担负着建立和维护共同社会秩序的责任。……法律乃是另一种形式的政治,即以其规范化、权威化、统一性的标准化要求表达着政治的诉求;而政治的诉求一旦改变或者消失,将直接导致法律的改变或者法律的完全消失。<sup>〔69〕</sup>

法律与政策(政治)的联袂当然有积极意义。具体到刑法领域,如前指出,刑法作为现代国家公共政策的重要环节,在实现社会治理过程中,必须适时回应社会需求,否则刑法将会蜕变成没有灵魂的一堆机械条文,失去存在的必要性。另一方面,在现代法治国家,法治的推行必须严格贯彻形式理性主义,政治权力必须采取制度化法律的形式作用于社会生活,否则社会生

〔64〕 参见肖世杰:“法律的公众认同、功能期许与道德承载——对刑法修正案(八)的复眼式解读”,《法学研究》2011年第4期。

〔65〕 川岛武宜,见前注〔31〕,页251—252。

〔66〕 川岛武宜,见前注〔31〕,页230。

〔67〕 川岛武宜,见前注〔31〕,页263。

〔68〕 参见姚建宗:“论法律与政治的共生:法律政治学导论”,《学习与探索》2010年第4期。

〔69〕 参见姚建宗:“法律的政治逻辑阐释”,《政治学研究》2010年第2期。

活将会陷入权力的挟持之下,无法预测。<sup>〔70〕</sup>“刑事政策刑法化”和“刑法刑事政策化”实际上是刑法与刑事政策联袂互动的结果。但是,法律与政策的分离毕竟是近代制度文明的重要成果,我们在强调刑事政策与刑法共生互动关系的同时,必须重视刑法回应刑事政策的途径与限度,警惕刑法对刑事政策的过度回应。因为,一方面,法治首先乃是一种规则之治,在法治国家,政治行为必须受法治约束,“如果一种法律没有规则或者其规则未得到有序的遵守,那么这种法律就不能成为我们所了解的那种法律制度。它是一种随意决断的非正式‘制度’。”<sup>〔71〕</sup>另一方面,虽然法律在本质上决定于政治,但法律本身具有自主性,刑法自主性的最重要体现在于罪刑法定这个刑法帝王原则的确立以及所体现的刑法对法的安定价值的维护。正如学者们反复强调,就国家对犯罪的治理而言,刑法很难认为是必需的,没有刑法并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击,而且,没有立法的犯罪打击可能更为及时、有效、灵活、便利。实际上,人类之所以需要刑法,一方面是要惩罚犯罪,另一方面是要保证刑罚的正当性。亦即,刑法的目的不只在在于遏制犯罪,还在于遏制国家权力。现代刑法存在的一个特别重要的理由,就是限制国家的刑罚权。<sup>〔72〕</sup>刑法一旦过度卷入政治或政策之中,将会松懈近代以来紧套在刑罚权身上罪刑法定的脚镣,刑法的安全价值势必面临危机,导致刑法自主性的消解,国家刑罚权便会乘机以推行公共政策为藉口,谋取自身利益扩张而危及公民自由。具体来说:

第一,反对刑法的过度政策化,首先必须明确刑法作为“司法法”的根本属性,反对将刑法看作一般的社会管理法。法律可以被区分为立法法、司法法和行政法。刑法作为国家的裁判规范,以法的安定性为指导原理,被划分在司法法范畴中。<sup>〔73〕</sup>张明楷教授也指出,司法法以法的安定性为指导原理,这一点与以法的合目的性为指导原理的行政法迥然有别。<sup>〔74〕</sup>其实,深究起来,两者的差异远非限于此。首先,从国家权力结构看,司法与行政的分类以及司法法的设置不乏是国家精心为雄心勃勃的行政权准备的冷却剂,具有避免行政权过度活跃对公民权利造成不适当排挤的救济、纠偏功能。刑法司法法的根本属性决定了国家刑罚权的发动必须是被动的,只有在行为发生了法益侵害结果或危险时,刑法的介入才具有正当性与合法性。而行政法和一般社会管理法,基于公共利益和国家对社会管理的需要,则可以积极主动介入社会管理活动。其次,从法存在的目的看,司法法的根本目的在于恢复对法律所确认的分配正义的侵害,实现所谓的矫正正义,本性历来是反民主的。而行政法所追求的合目的性在于效率,其内涵是每一个人均在努力最大化他们自己的欲望,国家通过平衡这些相互竞争的利益,实现

〔70〕 川岛武宜,见前注〔31〕,页263。

〔71〕 (美)P.S.阿蒂亚、R.S.萨默斯:《英美法中的形式与实质—法律推理、法律理论与法律制度比较研究》,金敏、陈林林、王笑红译,中国政法大学出版社2005年版,页61。

〔72〕 周少华,见前注〔39〕,页94。

〔73〕 参见(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,页20。

〔74〕 张明楷,见前注〔42〕,页20;何荣功:“经济自由与经济刑法正当性的体系思考”,《法学评论》2014年第6期。

最大的全体的善。<sup>〔75〕</sup>司法法属性决定了刑法不能成为国家行使分配正义的手段,不应身陷社会琐碎管理活动中,只有存在需要实现矫正正义的场合,介入才有必要。

在国家职能日益强化和多元化的今天,强调刑法的司法法属性,对于避免刑法过度政策化和社会治理过度刑法化,具有现实意义。近世早期,得到人们普遍承认的国家目的除了维护社会内部公共秩序和抵御外来侵略外,就没有什么更多的内容了。而如今,国家被普遍认为应当负有更为广泛的责任,国家不仅要保证公民享有最起码的生存条件,还应积极追求公共福祉、促进经济增长、环境保护及文化教育之振兴。包括刑法在内的所有法律都是国家制定的,国家职能和任务的界定,无疑关系到法律的调整范围。出于对国家权力的戒备,现代各国虽然都强调国家应积极推进社会福祉和公共利益建设,但仍应尽可能给予个人追求利益来满足公共利益,只是在个人“自由的自发性”仍无法达成公共福祉之需求时,国家才可以介入。<sup>〔76〕</sup>但事实上无论国家采取何种措施孤心苦诣地限制国家权力,只要人们要求国家所做的事情越多,国家为实现目标,对个人自由的限制必然越大,刑法扩张本质上是国家权力在质与量上扩增的结果。前文指出的经济刑法的过度化,实际上是政府在当前经济领域的职能过多、权力过大的反映。

强调刑法的司法法属性,必须明确在公民与社会的关系上,司法组织历来被看作是一种处于管理者和被管理者之间的中立力量。<sup>〔77〕</sup>刑法作为司法法,意味着对于行政国家建立的行政、经济等秩序,司法权不能不加选择地给予保护,对于那些纯粹是基于行政管理需要确立的秩序,即所谓的“单纯的行政性利益”,并无刑法保护的必要性。

强调刑法的司法法属性,还意味着作为司法权本质属性的刑罚权的行使必须要保持一定的超逸性,重视其与行政法在法律属性和法任务上的根本区别,不能因为公安机关和其他行政机关对某类社会问题、违法行为的反映强烈,就简单地将该类行为通过犯罪化纳入刑法范围。若如此,刑法面对的社会问题将会应接不暇,陷入无穷无尽的琐碎的社会事务管理中,调整范围将会无限扩大,刑法最终将蜕变为“社会管理法”。

第二,反对刑法的过度政策化,对于刑法立法和司法而言,有着不同意义。就立法而言,首先,立法是国家实现分配正义的过程,国家一旦使用法律来实现分配正义的理念,法律便不可避免地被拖进政治事务的争议中,<sup>〔78〕</sup>立法本身就是国家的一项政治活动。反对刑法的过度政策化,针对点主要是强调行为犯罪化的正当化根据,刑法对任何犯罪的增设必须恪守“伤害原则”、“责任原则”、“刑法最小化原则”以及“比例原则”,而不能仅是某个时期国家的政策需要。其次,刑法立法反对过度政策化,当前需要反思刑法频繁修改及其负面作用。“人们在传统上总是以一个法秩序的持续时间的长短,来衡量法律安全目的是否达到。”<sup>〔79〕</sup>“如果经常修改法律,那么人们在特定时间将很难发现法律的规定是什么,更为重要的是,人们需要知晓法

〔75〕 洛克林,见前注〔3〕,页104。

〔76〕 陈新民,见前注〔49〕,页141以下。

〔77〕 参见(英)彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,页364。

〔78〕 洛克林,见前注〔3〕,页117。

〔79〕 斯坦等,见前注〔77〕,页55。

律,不仅是为短期决定,而且是为长期计划……如果人们受法律的指引做长期决定,稳定性是必要的。”〔80〕刑法最明显而且最直接地涉及塑造和约束公民行为,“如果法律不能提供稳定性和一定程度的确定性,那么结果必将导致而不是抑制混乱”。〔81〕如果刑法可以任意修改,罪刑法定所强调的法的安定性机能就会大大减弱。另外,反对刑法频繁修改,可以避免国家将刑法作为工具,推行政治目的;可以减少社会治理对刑法的依赖,迫使国家和全社会在刑法之外寻求解决犯罪之道,促使国家和社会反犯罪措施走向理性化、科学化。

在司法上,反对刑法的过度政策化,当前的问题主要是确保刑法适用上的安定性,反对不惜牺牲刑法的形式理性而寻求所谓的社会效果。著名社会学家韦伯曾将法官的审判活动比拟一台自动售货机,从它的顶端将文件与费用塞进去,利用推理、机械地读出法典化的条文,进而从低端吐出判决意见。韦伯的理想不乏独特,但这种认识被认为是激进版本的审判形式主义观点,无法契合社会现实。〔82〕一方面,“法官是国家结构下的机器,因而不可避免地要作出政治性的判决”;〔83〕另一方面,现代社会早已超越了田园牧歌时代,社会关系错综复杂、案件形态各异,任何试图一劳永逸构建解决问题方案的想法都是天真的。但韦伯强调法律形式理性的观念却有独特的法治价值,尤其对于刑事法治而言,形式正义是维护刑法安定性的最基础环节。刑法以法的安定性为追求实现正义的最高限度,适用过程必须重视形式正义,必须严格限制刑事领域的司法规范,〔84〕强调刑法是刑事政策不可逾越的藩篱。以牺牲刑法的形式理性而换取所谓的个案社会效果,必将危及刑法的是非判断,侵蚀刑事法治的根基。

第三,反对刑法的过度政策化,当前需要特别关注刑法对热点民生问题的介入。民生问题关系人心向背、社会治乱和政权兴衰,“党的十八大”强调“要把保障和改善民生放在更加突出的位置”,要“着力保障和改善民生”,所以民生问题可以说是当前中国最大的政治或政策问题之一。社会现实生活中热点民生问题的形成往往有特殊的背景,是社会矛盾和多方利益冲突的集中反映,作为社会控制手段之一的刑法当然不该视而不见。而且,热点民生问题反映的社会矛盾往往时效性强、社会关注度高,在社会各方面巨大压力下,国家往往有使用刑法解决的冲动。但刑法最后手段性的特点和热点民生问题形成的原因,更需要国家优先尝试使用社会政策和民事、经济、行政等法律等手段进行化解。国家一旦提倡“民生刑法观”,极易导致国家各部门过分强调刑法对该类问题解决,容易形成“口号化”、“运动式”推进的危险,容易导致刑法过度活跃,推动刑法成为社会管理常规手段的巨大风险。这将松懈和转移其他社会措施对解决社会矛盾的基础意义,导致其他社会纠纷解决机制功能的退化,而后者才是维护国家社会稳定和健康发展之本。

## (二)“刑法最小化”观念的提倡与实践贯彻

“刑法最小化”,在大陆法系刑法上习惯称为“刑法谦抑主义”,强调的是刑法应将处罚范围

〔80〕(英)约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,页187。

〔81〕(美)H·W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿均译,三联书店1990年版,页67。

〔82〕洛克林,见前注〔3〕,页86。

〔83〕洛克林,见前注〔3〕,页110。

〔84〕周少华,见前注〔39〕,页32。



限制在绝对必要的限度内,在行为对他人造成伤害(或法益侵害)的场合,国家应当优先尝试使用教育、劝诱等非刑事手段,只有在绝对没有其他替代手段情况下,才有必要纳入刑法范围。理论上,关于刑法是否有必要坚持最小化原则,并非没有不同声音,有学者认为刑法并不属于“表面上的不义”,对社会结构和规则的塑造十分重要,行为的犯罪化只要有正当化根据即可,并不需要其作为最后手段使用。<sup>〔85〕</sup>但考虑到刑罚适用对公民权利与自由造成的妨碍,理论界支配性的观点还是肯定刑法最小化观念。

对于刑法最小化观念的传统解释,道格拉斯·胡萨克(Douglas Huask)教授批评认为缺乏应有深度,因为其没有真正回答动用刑罚的理由。他认为,所谓刑法最后手段性,是指在其他方法能够达到刑法目的时,刑法就不应当被制定。<sup>〔86〕</sup>安德鲁·阿什沃思(Andrew Ashworth)教授立足于意思自治、社会福利和其他社会控制形式的价值,提出了“刑法最小化”的方法,对于刑法最小化观念走向深入作出了实质性贡献。他认为,为了实现刑法范围的最小化,行为的犯罪化必须考虑以下四方面因素,即尊重人权;强调公民有不被国家惩罚的权利;倡导处罚的最后手段性以及处罚的有效性。<sup>〔87〕</sup>

现代刑法谦抑主义思想在我国早已被接受,只是长期以来多止于口头和观念的层面。近年梁根林教授立足于刑事立法的层面,对犯罪化作业过滤机制的研究将刑法最小化思想推向实践化。他认为:

位于现代刑事法律科学与现代刑事政策核心的,就是以刑法干预的正当性考虑与刑法干预的谦抑性思想为基础的‘道德——第一次法——第二次法’的犯罪化作业机制过滤原理。这种三阶段递进收缩式的犯罪化作业机制过滤原理,要求刑事立法在决定是否将特定种类行为犯罪化并赋予刑事制裁的法律效果时,应当渐次考量道德规范体系、民商法、行政法等一次法规范体系以及刑事法作为第二次法规范体系对该行为调整的必要性、可能性与有效性。<sup>〔88〕</sup>

刑法参与现代社会治理是否需要坚持“最小化”,实际上关涉法律以及刑法对社会治理的意义问题。法律是人类有目的的创造物,作为一种手段而非目的,体现的是对人的需要的制度性满足。<sup>〔89〕</sup>但即便在法治发达国家,法律也只与人类生活的一部分(主要是物质利益冲突)有关。对人类生活中更多、更大的领域,法律最多也只是勉强涉及。<sup>〔90〕</sup>具体到刑法而言,犯罪是错综复杂的社会因素共同作用的结果,刑法的高度专业化、单一性特性难以针锋相对地对

〔85〕 Jonathan Herring, *Great Debates in Criminal Law* (2<sup>nd</sup> edition), Palgrave Macmillan Press, 2012, p.14.

〔86〕 Douglas Husak, “The Criminal Law As Last Resort”, 24(2) *Oxford Journal of Legal Studies*, 217 (2004).

〔87〕 Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6<sup>th</sup> Edition), Oxford University Press, 2009, pp.31—34.

〔88〕 梁根林,见前注〔37〕,页34。

〔89〕 周少华,见前注〔39〕,页194。

〔90〕 斯坦等,见前注〔77〕,页130。

犯罪发生的因素产生积极触动效用,这必然决定刑法对犯罪预防的效果是极其有效的,所以,试图通过刑法达到对犯罪的有效治理,只可能是浪漫主义的想法。在现实方面,刑法的适用以再次牺牲犯罪人的权利为代价,虽无法否认其远期目标在于预防和减少犯罪的发生,保障公民自由,但在当前阶段、在具体案件中,刑罚适用毕竟会导致对犯罪人自由等权利的限制和剥夺,形式上呈现出明显的“伤害”特征,不能否定其“表面不义”的基本属性。特别是刑罚适用对犯罪人和社会都会产生负面后果,如对犯罪人会产生“标签效应”,容易引起国家权力滥用,耗费国家有限的司法资源,把握不好很容易伤及无辜,甚至形成新的更大的伤害。而且,社会客观事实是,更多人遵守法律是源于对法律的尊重而不是对惩罚的畏惧,所以,好的方法是创造条件减少犯罪的机会,而不是诉诸惩罚减少犯罪的发生,犯罪化应当作为维持社会秩序的最后手段。<sup>〔91〕</sup>现代国家对犯罪的治理必须采取“国家与社会二元参与体系”,尽最大限度采取前置性的非刑法措施,使公民不能犯罪,不敢犯罪,不愿犯罪,不易犯罪,而不是倚重刑法的事后治理。在这个意义上,刑法最小化的观念当然要积极提倡!

第一,对于刑法的调整范围设置,笔者认为,梁根林教授提出的“三重作业过滤体制”是极其有价值的。刑罚事关公民基本权利和自由的限制和剥夺,“一个审慎的立法者在面临是否需要将特定种类行为犯罪化或者是否需要将刑事制裁继续适用于特定种类行为时,要首先扪心自问是否还存在其他可行的控制方法。”<sup>〔92〕</sup>如果认为法律是道德的底线,那么,刑法可以认为是法律的底线。“某种危害社会的行为能够为道德规范体系或者第一次法规范体系有效调整,就不应当进入第二次法的干预范围。只有当道德规范体系以及第一次法规范体系无法有效予以调整,并且符合第二次法调整的要求时,该特定行为才能被立法者纳入刑法干预的范围,赋予刑事制裁的法律效果,并通过正式的立法程序予以犯罪化。”<sup>〔93〕</sup>若立足于该立场,现行刑法关于发票、传销、骗取贷款、拒不支付劳动者报酬、危险驾驶等罪的设置是否符合刑法最小化原则,结论便有些不言自明了。

第二,贯彻刑法最小化原则,必须强调实体刑法上公民有不被犯罪化的权利。法治国公民权利与国家权力的逻辑关系决定了公民具有不被犯罪化的权利,反映在刑法上就是确立了“伤害原则”或“法益侵害原则”等犯罪化的基本原则。“伤害原则”在我国被称为“严重社会危害性原则”,即任何行为构成犯罪必须具有严重社会危害性。近年,传统社会危害性理论一直面临着刑法理论界反思与检讨,甚至被学者们视为是我国刑法知识去“苏俄化”的一个重要切入点。<sup>〔94〕</sup>该问题并非本文主题,故此处不具体展开。但笔者认为,如果刑法理论和实践继续保留传统刑法关于犯罪本质的理解,那么在考察行为是否具有严重社会危害性时,必须重视公民在实体刑法上有不被犯罪化的权利,国家必须对行为的犯罪化承担证明责任。特别是在“权利

〔91〕 S.Benn and R.Peters, *Social Principles and the Democratic State*, Allen & Unwin Press, 1959, p. 227.

〔92〕 帕克,见前注〔6〕,页 247。

〔93〕 梁根林,见前注〔37〕,页 34。

〔94〕 参见陈兴良:“社会危害性理论:进一步的批评性清理”,《中国法学》2006年第4期。

相互性”的场合,对公民行为的犯罪化要特别考量;公民行使和追求权利的行为,不能轻易被犯罪化。比如,言论自由是现代各国宪法规定的公民基本权利与自由,公民在行使这种权利时,天然具有侵犯他人名誉权、隐私权等危险性。在公民行使言论自由而导致对他人伤害的场合,就不能简单地比照社会中非法侵害他人人身、财产案件同等对待,不应不分青红皂白地将其犯罪化。如果立法者和法律解释者只是片面、单向地关注被害一方权益损害事实,就很容易认为该情形下的行为符合了犯罪化原则,将其纳入刑法的范围。但这种武断的做法很容易导致对公民言论自由这项宪法基本权利的限制和侵犯。因此,该类行为犯罪化的特殊性在于:此类情形中权利表现出相互性,权利之间存在冲突,对所谓加害行为是否具有犯罪化的根据以及刑罚的限度如何,需要首先解决权利冲突场合权利体系配置问题,需要回答权利体系中不同类型的具体权利形态,究竟是一律平等,还是存在位阶高低之别,进而决定刑法的介入限度。言论自由属于现代各国宪法保护的最基本权利,在权利体系中具有基础性地位,这就决定了刑法对行使言论自由行为的犯罪化务必慎之再慎。又如,在经济刑法范围方面,既然国家推行市场经济体制,强调市场对资源配置的决定性作用,市场经济原本含义是一种没有外在强制的自发的、自愿的经济,意味着在这种经济体制下,每个人都享有经济自由。<sup>[95]</sup>那么,市场主体为争取平等市场经济主体地位和经济自由的行为,即使对现行的转变中的经济体制有所冲击,也不宜轻易被立法犯罪化和司法上解释为犯罪。

第三,强调刑法参与社会治理最小化,还必须关注刑法对普遍违法行为的处理问题。“人们往往认为,任何一个神智健全的立法者,甚至一个邪恶的独裁者,也不会有理由制定一个要求人们实现不可能实现事情的法律。”<sup>[96]</sup>其实,一个健全的立法者不仅不应当制定人们不可能实现事情的法律,也不应当制定司法机关不可能实现之事的法律。比如对于经济社会转型期出现的具有规模性、普遍性的违法行为,虽不可否认其具有社会危害性,但因其数量大,法若责众,必将面临巨大的司法成本以及来自社会普遍抵触情绪,削弱刑法的道义力量。相反,如果国家采取选择性打击,杀一儆百,社会民众和犯罪分子就会将惩罚看作仅仅是碰运气时可能会遇到的一种危险,<sup>[97]</sup>惩罚同样缺乏道义性。对于此类行为的处理,理性的方法应当是国家尽可能优先通过非刑法措施予以化解,刑法介入尽可能保留在最后的阶段。在以非刑事措施达成对普遍违法行为的大量消解后,刑法再介入为宜。

## 六、展望:社会治理的现代化与现代刑法的使命

以上笔者以刑法过度化为切入点,集中探讨了刑法过度的风险与危害,并从两个层面展示了刑法参与现代社会治理的机制问题。刑法如何参与现代社会治理,实际上与现代社会刑法的使

[95] 参见王海明:“论经济自由原则”,《齐鲁学刊》2007年第3期。

[96] 沈宗灵,见前注[21],页61。

[97] 参见(美)查尔斯·霍顿·库利:《人类本性与社会秩序》,包凡一、王源译,华夏出版社1999年版,页296。

命,是个一体两面的问题。这里,笔者再对该问题作必要补充性论述,以期本文的观点更为明晰。

法律是人类社会的公共事业,它并不是陈年的古董,供奉于充满了灰尘的架子之上被人欣赏。它像一棵古老却又具有旺盛生命的参天大树,顽强地扎根于历史之中,却又依旧开出了新芽,长出了新的树枝,并不时褪去枯木。<sup>〔98〕</sup> 美国学者若内特和塞尔兹尼克将法律的发展归纳为三种形态,即“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”。<sup>〔99〕</sup> 这种划分反映的是法律进化的进程以及法律与社会之间的相生关系。陈兴良教授亦指出,一定的法律形态总是与一定的社会形态以及一定的政治形态相联系的。压制型的法律、自治型的法律和回应型的法律总是与压制型的社会、自治型的社会和回应型的社会相对应的。目的决定手段,当我们确立了以和谐社会为建设目标以后,法律不再是专政的工具,而是各种社会关系的调节器,各种社会矛盾的化解器。刑法不再是单纯的暴力强制,尽管刑法仍然具有强制性,但这种强制是具有节制性的,不能超过一定的界限。<sup>〔100〕</sup> 刑法是社会的产物,一方面,刑法必须适应时代发展;另一方面,面对社会发展,刑法的立场也应作出相应调整。

当前,国家大力强调社会治理能力的提升与治理体系、水平的现代化,刑法参与社会治理的机制必须适应社会发展的新要求。具体到对犯罪治理而言,笔者认为,我国必须改变传统的主要由国家垄断的反犯罪体系,确立由“国家与社会整体对付犯罪的二元反应体系”;要根本上改变传统的间歇性、运动式的犯罪治理模式,建立常态社会的犯罪治理模式。国家和全社会必须充分认识刑罚作为一种心理威慑力量作用的有限性,树立刑罚相对性观念。只要我们承认犯罪源于社会基本矛盾,是社会矛盾和社会结构中诸多致罪因素综合力量作用的结果,就应当合乎逻辑地得出刑罚作为一种来自外部的心理威慑力量,显然不可能与促成犯罪的社会基本矛盾等深层次原因相抗衡。只有在消除或者至少是减少社会矛盾与社会结构中诸多致罪因素作用的基础上,刑罚才能发生其预防犯罪的功能。在整个社会控制犯罪系统工程中,刑罚只是发挥有限和短促的作用。刑罚量投入的多少和犯罪率的高低不可能成简单的反比关系。<sup>〔101〕</sup> 国家和社会若不着力于改变催生犯罪的因素,只是希望通过传统“严打”、“运动式”犯罪表面化治理,只可能产生“割韭菜效应”的犯罪治理效果。

实现社会治理体系的现代化,构建刑法参与现代社会治理机制,还必须清楚:“刑罚权是和平时期国家最具有暴力性和工具性的国家公权力。国家刑罚权能不能受到刑事法的有效约束,是一个国家在刑事法领域是否实现法治的根本标志,进而也是判断一个国家是否为法治国的基本标志。”<sup>〔102〕</sup> 实践已证明:刑事制裁既是人类自由的重要保障,同时也是人类自由的主要威胁。慎重和人道地使用刑事制裁,它就是人类自由的保障;如果不加选择地和强制地使用刑事制裁,它就是人类自由的威胁。<sup>〔103〕</sup> 回顾整个20世纪,世界范围内主要的政治危险皆源自于权力过大的

〔98〕 洛克林,见前注〔3〕,页110。

〔99〕 参见(美)P·诺内特、P·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2004年版,页18—19。

〔100〕 参见陈兴良:“宽严相济刑事政策研究”,《法学杂志》2006年第3期。

〔101〕 梁根林,见前注〔37〕,代自序,页7。

〔102〕 梁根林,见前注〔37〕,页2。

〔103〕 帕克,见前注〔6〕,页363。



国家产生的威胁,该威胁早已波及到刑法领域,引起了刑法的扩张与过度化。今天,行政国家面对公民日益增长的社会福利需求,总会采取雄心勃勃的计划,促进经济繁荣,规制环境风险,应对贫困与社会歧视的挑战,确保安全防护犯罪,这些都是摆在各国执政者面前的迫切任务。为解决这些任务,国家权力加强,伴随司法权扩大也是必然趋势。但司法本质上是反民主的,法律人必须通过无偏见地坚持贵族统治的信念来缓和民主政治过程中的不确定性、无知的或者过于雄心勃勃的行为。<sup>[104]</sup> 刑法作为司法法,必须从法治的立场思考在行政国家应对公民日益增长的社会福利需求过程中基本立场问题。“人是一切价值存在的基础和前提,也是法价值存在的基础与前提,是法价值的最终归宿。”<sup>[105]</sup> 法律是人类有目的的创造之物,作为满足人的需要的一种规范体系,只有保护人的自由,根本上对人才是有价值的。刑法作为从属性的法益保护手段,其根本任务在于,使其公民在由宪法所保障的基本权利获得维护的前提下,自由而和平地共同生活在一起。<sup>[106]</sup> 对于社会治理的参与,刑法必须固守其维护矫正正义的精神气质和保护公民自由的根本价值。刑法的制定和实施,不仅要起到预防犯罪、保护法益,维护社会秩序之效用,也要在根本上有助于维护国民的自由,这是现代刑法仍需坚守的根本立场。

**Abstract:** The justification and legitimacy for the state power is to serve and protect the civil rights and freedoms from harm. Any punishment should be justified in the state under rule of law. Excessive use of criminal law is abnormal during the governance of society, which lies not only in legislative and judicial activities, but also in the minds of the people. Excessive use of criminal law will arouse high risks for the governance of the society, which will endanger the normal society structure and cause harm to the human rights and freedoms, disproportionately distribute judicial resources, weaken the identification to the criminal law, discourage social development and economic innovation. To tackle with the problem, it is crucial to establish the proper mechanism by which criminal law participates in social governance. Without any doubt, criminal law should make response to the needs of society and criminal policy, but during which the criminal law must stick to its own attributes and any excessive response must be forbidden. The idea of minimalizing use of the criminal law should be fully advocated. There is no reason to change the fundamental position of criminal law ever established in the state of the rule of law.

**Key Words:** Modernization of Society Governance; Excessive Use of Criminal Law; The Principles of Criminalization; Minimization of Criminal Law

(责任编辑:江 溯)

[104] 洛克林,见前注[3],页6。

[105] 卓泽渊:《法的价值论》,法律出版社2006年版,页4。

[106] 参见(德)克劳斯·罗可辛:“对批判立法之法益概念的检视”,陈璇译,《法学评论》2015年第1期。