

轻罪立法的实践悖论与法理反思

何荣功*

摘要 在积极刑法观的指导下,轻罪立法成为近年我国刑事立法的重要特征。以危险驾驶罪为代表,轻罪立法有其积极意义,但导致的问题也值得理性反思。刑法及时回应社会现实增设新罪是必要的,但改变和动摇我国传统违法与犯罪区分的二元制裁体系,特别是为了强化刑法参与社会治理增设轻罪,将本可以由行政法等其他法律或者社会规范调整的行为纳入刑法范围,不应提倡。我国重刑主义的法律传统、权力分配体制以及司法运行机制根本上决定了不宜降低犯罪门槛、积极地推进轻罪立法。传统违法与犯罪区分的二元制裁体系在我国具有制度及其运行机制的适宜性,对于有效避免刑法过度干预社会具有重要的制度意义,应继续坚持。“不严不厉”的刑法结构更适合我国,未来我国刑法结构应避免滑向“又严又厉”。

关键词 轻罪立法 危险驾驶罪 二元制裁体系 不严不厉 又严又厉

一、问题的提出

我国长期采取的是违法和犯罪区分的二元制裁体系,对于轻微危害行为,由行政法等其他非刑法规范调整。近年随着积极刑法观的兴起,这种体系正在发生改变,轻罪立法成为重要的规范现象。轻罪立法,也可以称为轻微危害行为的犯罪化,是指刑法立法降低犯罪门槛,将原本或可由民事经济行政法等非刑法规范调整的行为升格为犯罪,以此强化刑法参与社会治理。^{〔1〕}危险驾驶罪就是近年轻罪立法的典型,本罪曾被立法机关视为刑法加强民生保护的亮点条款,社会也曾对本罪寄予厚望。^{〔2〕}随后危险驾驶罪案件数量居高不下,成为实践中的

* 武汉大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“犯罪化的理论体系与实践机制研究”(项目编号:21AFX010)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见何荣功:《刑法与现代社会治理》,法律出版社2020年版,第72页。

〔2〕 参见黄太云:“《刑法修正案(八)》解读(二)”,《人民检察》2011年第7期,第56页。

第一大罪名,面对本罪的实践尴尬,社会上出现了越来越多理性反思的声音。有学者指出,危险驾驶罪每年将30万余人打上“罪犯”的烙印,对国家、社会还有危险驾驶的个人来说,都是特别巨大的损失,属于司法和个人的“两败俱伤”。〔3〕更有人大代表提出应取消醉驾型危险驾驶罪。〔4〕众所周知,世界各国刑法对“醉驾”都是严厉禁止的,我国刑法将其纳入调整范围本无可厚非,但为何出现如此的实践尴尬与争议,个中缘由值得认真总结思考。

行文之前,首先需要说明的是:刑法是社会的产物,面对社会发展中新类型法益及其面临的侵害,刑法当然不能视而不见。本文并非简单地反对立法增设新罪(包括轻罪),本文不赞同的是动摇和改变我国传统违法与犯罪区分的二元制裁体系,特别是为了强化刑法参与社会治理增设轻罪,将本由或可以由行政法等其他规范调整的行为纳入刑法范围。本文旨在对该学术立场和其中的法理展开整体性分析。

二、轻微危害行为的两种制裁体系

“犯罪不是别的,不过是文化的一个侧面……它是一个有机体,是文化的产物。”〔5〕犯罪及其治理方式根本上反映着人类特定时期的文化形态与思维方式。中西方文化对于犯罪及其治理既存在明显差异,也有着共同的规律性认识与做法,其中两种文化都强调对违法犯罪的预防以及重视防小恶治大恶。比如,中国传统文化素来强调防微杜渐、防患未然。“勿以善小而不为,勿以恶小而为之”(《三国志·蜀书·先主传》)、“莫轻小恶,以为无殃,水滴虽微,渐盈大器,凡罪充满,从小积成”(《法句经》)等名言清晰地反映防小恶治大恶的思维。〔6〕在西方,“今天偷针,明天偷金”(One who steals a pin will steal anything)、“今天偷一两,明天就会偷一磅”(He that will steal an a ounce will steal a pound)等谚语也体现类似的事理。但是,法律特别是刑法应如何对待小恶,我国与西方国家采取了截然不同的处理路径。

西方国家普遍采取低犯罪门槛的一元违法制裁体系。该制裁体系的特点是:刑法关注违法行为的性质,不注重违法行为的量,轻微违法行为也被纳入犯罪圈中。比如,对盗窃罪,《德国刑法典》第242条规定:“意图使自己或第三人不法占有,盗窃他人动产的,处5年以下自由刑或罚金刑。”《奥地利联邦共和国刑法典》第127条规定:“故意占有他人动产,为使自己或第三人因占有此等动产而非法获利的,处6个月以下自由刑或360单位以下日额的罚金刑。”可见,无论是德国还是奥地利,盗窃罪的成立都没有行为情节或者财物数量的限制,只要行为人盗窃他人财物(动产)的,即使价值很少,也成立盗窃罪。采取一元违法体系的国家,犯罪圈很广泛,乱倒垃圾、涂鸦、不戴安全帽驾驶摩托车、违章停车等都可能被规定为刑事犯罪。

〔3〕 参见周光权:“论刑事一体化视角的危险驾驶罪”,《政治与法律》2022年第1期,第15页。

〔4〕 参见王楠:《全国人大代表朱列玉:我为何建议取消醉驾型危险驾驶罪》,载澎湃新闻, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_16941365,最后访问日期:2023年6月15日。

〔5〕 严景耀:《中国的犯罪问题与社会变迁的关系》,吴祯译,商务印书馆2019年版,第2页。

〔6〕 还如:“君子不谓小善不足为也而舍之,小善积而为大善;不谓小不善为无伤也而为之,小不善积而为大不善”(《淮南子·缪称训》)。

西方国家之所以采取大犯罪圈和一元违法制裁体系,有着自身的法治逻辑:一方面,对危害行为只定性、不定量的一元制裁体系有利于强化公民的守法意识,使道德底线刚性化,有助于预防大恶和严重犯罪的发生,避免破窗效应;〔7〕另一方面,犯罪化意味着行为的司法化处理,立法将轻微危害行为犯罪化,实际上是将行为纳入司法程序,国家赋予公民辩护的权利和庭审公平裁判的机会,避免行政权不当干涉和处置公民的人身财产等权利,客观上有助于更好地保障人权。

我国长期采取的是违法和犯罪区分的二元制裁体系,该体系下犯罪的成立有门槛限制,刑法对危害行为并不奉行零容忍的态度。根据《刑法》第13条的规定,犯罪只限于具有严重社会危害性的行为,行为情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。《治安管理处罚法》第2条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、财产权利,妨害社会管理,……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。”可见,在我国,违法行为由刑法和行政法(还包括民事经济法等)共同调整,行为是否成立犯罪,不仅需要考察违法行为的性质(罪质),还要综合考虑违法行为的情节、结果、数量、次数等量的要素(罪量)。我国刑法分则规定的大多数犯罪均包含罪量要素。比如,行为成立盗窃罪,要么需要具备“入户”“扒窃”“携带凶器”“多次”的情节,要么是盗窃公私财物,“数额较大”;又如,故意伤害罪中,只有伤害行为造成被害人轻伤、重伤或者死亡时才成立犯罪,行为造成被害人轻微伤的,按照《治安管理处罚法》或者民事侵权处理即可。

事物的存在往往具有一体性和对应性。西方国家与我国刑法针对违法行为采取的制裁体系分别对应(配套)着各具特色的刑罚制度以及刑事司法运行机制。

在西方国家,由于犯罪圈广泛、犯罪门槛低,所以,现实社会的犯罪数量势必很庞大,如果国家将刑法规定的犯罪最终都定罪处罚,那么,不仅有违刑法谦抑性,也是国家司法资源难以承受之重。为了缓解一元违法体系可能导致的刑法范围过宽的问题,西方国家构建了对应的配套机制与制度。首先,在刑罚制度上,针对轻微犯罪,西方国家建立了类型多元的轻微刑罚制度,比如短期自由刑、赔偿与轻微罚金、资格刑、社区服务,还有相对完善的前科消灭制度等。整体而言,刑法呈现出“严而不厉”的结构特点,即刑事法网严密,但刑罚并不严厉。其次,刑事司法上,西方国家普遍重视司法限制刑法范围的功能,积极以司法出罪机制将大量轻微危害行为排除在刑法之外。实践中刑事司法承载缓和、节制刑罚适用的角色,刑事司法犹如漏斗发挥着对犯罪的积极筛选、过滤和出罪的机能,大量轻微危害行为被刑法规定为犯罪后又筛漏于刑法体系之外,所以,这种刑事司法运行机制常常被形象地比作漏斗型刑事司法机制。〔8〕实践中,警察、检察机关和法院均有一定的出罪权力。有的国家设置了侦查环节的程序出罪制度,比如《法国刑事诉讼法》规定在特定轻微犯罪案件中,警察可以在行为人与被害人之间进行

〔7〕 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·读书·新知三联书店2014年版,第24页。

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

刑事调解,作为追诉的替代程序;〔9〕英国警察有权对符合条件的成年人采取非正式或正式警告,对涉罪未成年人予以训诫或警示,对涉及道路交通犯罪者发出定罚通知等起诉的替代方式。〔10〕检察机关则是许多国家程序出罪权力的主要行使者。例如,英国皇家检察署可以对轻罪的违法者适用附条件警告制度,违法者接受并同意遵守所附条件的,检察官不予起诉;〔11〕法国检察官可以向犯轻罪和违警罪的自然人提议实行刑事和解,犯罪人如果同意检察官提议的刑事和解措施且实际执行,那么公诉即告消灭;〔12〕德国检察机关对不涉及公共利益的轻罪犯罪人,经负责启动审判程序的法院同意,可以不予追诉;〔13〕日本和韩国则赋予了检察官在综合考虑行为人和犯罪的各种情况的基础上,直接裁量不起诉的权力。〔14〕法院的程序出罪权力也在一些国家得到认可,比如美国的暂缓有罪宣告或判决前缓刑,〔15〕韩国的刑罚暂缓宣告制度,〔16〕德国的法院停止程序等。〔17〕

与西方国家普遍重视以漏斗型刑事司法运行机制节制刑法范围及其适用不同,我国刑事司法的整体运行及其机制呈现出“圆筒型”(也称“直筒型”)构造。对于刑事案件办理,强调公安、检察和法院的协调配合,办案机关也遵循统一追诉标准。刑事诉讼程序整体上偏向于对犯罪嫌疑人的追诉。犯罪嫌疑人一旦进入到刑事司法程序,通常面临着将被定罪和追究刑事责任的结果,通过刑事司法程序机制脱离于犯罪之外的机会很小。〔18〕近年,随着我国犯罪结构的变化,中央提出了“少捕慎诉慎押”的刑事司法政策,检察机关的不起诉裁量权有所扩大,但是直筒型的刑事司法追诉机制并没有根本性改变。此外,在刑罚制度上,我国刑罚种类一直保持着主刑和附加刑的分类,主刑和附加刑的种类都相对单一,且轻微刑罚制度严重不足,前科消灭制度也没有真正建立。刑法结构明显具有“厉而不严”的特点,即刑事法网不严密,但刑罚比较严厉。

通过以上比较分析,对于轻微危害行为的中西方两种制裁体系,我们可以得出以下基本认识:

第一,犯罪及其造成的法益侵害是客观存在的,但犯罪圈的设置却系人类的建构之物。国

〔9〕 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷)(上)》,中国检察出版社2016年版,第551页。

〔10〕 参见(英)约翰·斯普莱克:《英国刑事诉讼程序》,徐美君、杨立涛译,中国人民大学出版社2006年版,第91—95页。

〔11〕 参见甄贞:“英国附条件警告制度及其借鉴意义”,《法学家》2011年第4期,第151—163页。

〔12〕 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会,见前注〔9〕,第553页。

〔13〕 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会,见前注〔9〕,第284页。

〔14〕 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法(亚洲卷)》,中国检察出版社2016年版,第339、252页。

〔15〕 See Margaret Colgate Love, “Alternatives to Conviction: Deferred Adjudication as a Way of Avoiding Collateral Consequences,” *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 22, No. 1, 2009, pp. 6-16.

〔16〕 参见(韩)金永哲译:《韩国刑法典及单行刑法》,韩大元校,中国人民大学出版社1996年版,第11页。

〔17〕 《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会,见前注〔9〕,第285页。

〔18〕 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325页。

民观念、法治逻辑、法律传统和司法政治体制等,都会对制裁体系和犯罪圈的划定产生影响。西方国家采取一元违法制裁体系,刑法整体上呈现的是“严而不厉”的结构,为了避免国民行为过度卷入刑事司法程序,西方国家配套建立了漏斗型刑事司法运行机制。我国采取的是违法和犯罪区分的二元制裁体系,立法为犯罪设置的门槛较高,刑法整体上表现出“厉而不严”的结构特征,实践中,刑事司法裁量权受到严格限制,整体呈现的是直筒型运行机制。两种制裁体系和司法运行机制各有特点和优势,并无绝对的优劣之分。

第二,我国和西方国家都强调刑法谦抑性,但路径却不尽一致。我国重视在立法阶段通过设置较高犯罪门槛,以违法与犯罪区分的二元违法体系维护刑法谦抑性,西方法治国家在司法阶段主要通过完善的漏斗型刑事司法运行机制确保刑法谦抑性。刑法谦抑性与犯罪门槛的高低没有必然联系,不能简单地认为犯罪门槛高,就体现刑法谦抑性,犯罪门槛低,犯罪圈大,就不体现刑法谦抑性。刑法谦抑性是一种观念,也是一种立法技术,更是一种刑法运行机制,对刑法谦抑性要动态、整体性理解,不能孤立、片段地看待。

三、轻罪立法的我国实践与问题

(一)轻罪立法的表现与特点

《刑法修正案(八)》之前,刑法规定了不少最高刑为三年有期徒刑的轻罪,《刑法修正案(八)》开启了我国刑法立法将拘役设置为最高刑的先河。《刑法修正案(九)》和《刑法修正案(十一)》增设轻罪的趋势更为明显。

首先,《刑法修正案(九)》增加了12个轻罪,占新增犯罪的60%。其中,最高刑为拘役的有两个,分别是使用虚假身份证件、盗用身份证件罪(第280条之一)和代替考试罪(第284条之一);其余的10个罪名法定最高刑皆为三年有期徒刑,分别是:强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪(第120条之五),非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪(第120条之六),虐待被监护、看护人罪(第260条之一),拒不履行信息网络安全管理义务罪(第286条之一),非法利用信息网络罪(第287条之一),帮助信息网络犯罪活动罪(第287条之二),扰乱国家机关工作秩序罪(第290条第3款),组织、资助非法聚集罪(第290条第4款),泄露不应公开的案件信息罪(第308条之一第1款),披露、报道不应公开的案件信息罪(第308条之一第3款)。

其次,《刑法修正案(十一)》新增8个轻罪,其中,妨害安全驾驶罪(第133条之二)、危险作业罪(第134条之一)和高空抛物罪(第291条之二)的法定最高刑为一年有期徒刑;其余5个罪名的法定最高刑为三年有期徒刑。^[19]

[19] 该五个罪名分别为冒名顶替罪(第280条之二),催收非法债务罪(第293条之一),侵害英雄烈士名誉、荣誉罪(第299条之一),非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪(第344条之一),妨害兴奋剂管理罪(第355条之一)。此外,《刑法修正案(十)》增加了一个罪名即侮辱国歌罪(第299条),最高刑为三年有期徒刑,也系轻罪。

轻罪立法还表现在扩张既有罪名的行为类型和犯罪范围。比如盗窃罪的客观行为原本只有盗窃公私财物,数额较大和多次盗窃两种,《刑法修正案(八)》新增“入户盗窃”“携带凶器盗窃”和“扒窃”三种行为类型;又如,《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》分别将“多次敲诈勒索”和“多次抢夺”增加为敲诈勒索罪和抢夺罪的行为类型。

归纳起来,近年我国轻罪立法具有如下值得关注的特点:

第一,立法的情形多样。有的是将原由《治安管理处罚法》调整,在性质上属于行政违法的行为规定为犯罪,比如《刑法》第133条之一危险驾驶罪(《刑法修正案(八)》增设),第291条之二高空抛物罪(《刑法修正案(十一)》新增);有的是将以往只是属于违反职业伦理规范的行为规定为犯罪,比如第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等(《刑法修正案(九)》增设);有的将原主要由民事法调整的行为新规定为犯罪,如第276条之一拒不支付劳动报酬罪等(《刑法修正案(八)》增设)。^[20]

第二,在法定刑设置上,虽然我国主刑种类包括管制和拘役,但在《刑法修正案(八)》之前,1979年《刑法》和1997年《刑法》都没有规定最高刑为拘役的罪名。立法首次将危险驾驶罪的法定最高刑设置为拘役,其后使用虚假身份证件、盗用身份证件罪和代替考试罪的最高刑也规定为拘役。此外,过去最高刑为一年有期徒刑的犯罪类型很少见,1979年《刑法》只有第149条侵犯通信自由罪的法定刑为“一年以下有期徒刑或者拘役”,1997年《刑法》颁布时,最高刑为一年有期徒刑的只有两个罪名:一个是侵犯通信自由罪,该条款系继承1979年《刑法》的规定;另一个是刑法第322条偷越国(边)境罪。《刑法修正案(十一)》在该方面作出了较大的突破性规定,妨害安全驾驶罪、危险作业罪和高空抛物罪的法定最高刑都是一年有期徒刑。

第三,在构成要件设置方面,根据《刑法》第13条规定,危害行为的情节显著轻微危害不大的,不成立犯罪。在轻罪立法的场合,同样应重视罪量对犯罪成立的限制意义。最近的轻罪立法中,刑法条文往往只规定构成要件行为,不再规定“情节严重”“数量较大”等罪量要件。

(二)轻罪立法的积极意义与困境

如文首指出,在《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪时,包括学者在内的社会各界普遍对本罪寄予厚望,对轻罪立法持积极肯定态度。有的认为,我国社会主要矛盾发生转变,公民对于社会发展的要求不断攀升,刑法应当保护的法益范围越来越广,原有犯罪圈过窄,新时代社会治理需要大量轻罪发挥作用。^[21]轻罪立法具有合理性和正当性,可以顺应社会发展的变化,体现现代社会重视发挥刑法对于社会和公民行为规范的指引、评价功能,并反映出现代刑法谦抑性的延展性。^[22]有的认为,轻罪立法可以使司法机关在罪刑规范缺乏或者规范不明确的情形下,面对新类型案件或者疑难案件时不会违反罪刑法定原则进而认定为重罪,从而避免对

[20] 参见何荣功:“我国轻罪立法的体系思考”,《中外法学》2018年第5期,第1204—1205页。

[21] 参见刘传稿:“轻重犯罪分离治理的体系化建构”,《中国刑事法杂志》2022年第4期,第16页。

[22] 参见孙国祥:“积极谨慎刑法发展观的再倡导——以《刑法修正案(十一)》为视角”,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2021年第9期,第80页。

被告人产生更为不利的后果。^[23] 还有的指出,通过轻罪立法将部分治安案件转为刑事案件,可以解决新时代所面临的保障公民合法权利,规范行政权的法治问题,^[24]通过司法裁决剥夺人身自由,可以更好地保障被处罚者的合法权益、维护司法公正和契合国际人权公约的要求。^[25]

单从理论上讲,上述种种意见都是有道理和见地的,而且,对于违法犯罪的治理,轻罪立法也有积极效果。以危险驾驶罪为例,本罪客观上确实起到了预防交通事故发生和培养国民规范意识的作用。根据公安部公布的数据,醉驾入刑五年来,酒后驾驶问题得到显著改观,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 18% 和 18.3%。^[26] 2021 年醉驾入刑十年之际,伤亡事故相比上一个十年减少了 2 万余起。数据还显示,当前执法检查中每百辆车发现醉驾的比例比醉驾入刑前减少 70% 以上。在国民遵守交通规则意识的培养上,饮酒后大多数机动车驾驶人都能自觉选择代驾出行,全国酒后代驾订单年均达到 2 亿笔,^[27]“喝酒不开车、开车不喝酒”越来越成为社会认同和支持的文明意识和行为准则。^[28]

但是,国家究竟是采取违法和犯罪区分的二元体系,还是降低犯罪门槛,积极推进轻罪立法,不只是个理论问题,更是个实践问题。轻罪立法的问题及其反思主要源于近年居高不下的危险驾驶罪的案件量。根据最高人民法院工作报告的数据,2013 至 2017 年,全国检察机关共起诉 717.3 万人,其中,危险驾驶罪起诉 73.7 万人,占整个起诉案件的 10.27%,其中绝大部分案件系醉驾案件;2019 年全国检察机关共起诉危险驾驶罪 322041 人,占 17.7%;2021 年全国检察机关起诉人数最多罪名为危险驾驶罪,起诉人数为 35.1 万人,占比 20.07%。^[29] 最高人民法院工作报告的数据显示,2013 年全国法院审结的危险驾驶罪案件数量为 9 万多件,居当年刑事犯罪案件数量的第三位,占当年法院审结的全部刑事案件总数的 9.5%;2020 年上述数据分别为 28.9 万件,高居刑事案件第一位,占当年法院审结的全部刑事案件总数的 25.9%;2021 年案件数量增长至 34.8 万件,远远超过其他刑事案件。^[30] 人民法院的数据还

[23] 参见周光权:“论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释”,《比较法研究》2020 年第 6 期,第 42—48 页。

[24] 参见刘传稿:“犯罪化语境下的轻罪治理——基于《刑法修正案(十一)》的分析”,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2021 年第 2 期,第 25 页。

[25] 参见刘仁文:“我国行政拘留纳入刑法体系构想”,《法制与社会发展》2021 年第 5 期,第 48—54 页。

[26] 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。

[27] 参见高莹:“全国道路交通安全各项指数持续向好”,载《人民公安报》2022 年 7 月 26 日,第 03 版。

[28] 参见周佳佳等:《十年了,醉驾入刑要不要修改?——“醉驾入刑”提案第一人再发声》,载人民政协网,<http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2021/05/12/ARTI1620782606219119.shtml>,最后访问日期:2023 年 6 月 15 日。

[29] 相关数据分别来自 2018、2019、2022 年《最高人民法院工作报告》,载中华人民共和国最高人民法院官网,<https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/index.shtml>,最后访问日期:2023 年 6 月 15 日。

[30] 相关数据分别来自 2014、2021、2022 年《最高人民法院工作报告》,载中华人民共和国最高人民法院公报网站,http://gongbao.court.gov.cn/ArticleList.html?serial_no=wx,最后访问日期:2023 年 6 月 15 日。

显示,2011年全国法院共审结刑事一审案件845714件,^[31]2021年该数据为125.6万件,十年间全国法院审结一审刑事案件同比增长41万余件,其中,一半以上的增长是危险驾驶罪案件。与之形成鲜明对比的是,1999年至2019年,我国检察机关起诉严重暴力犯罪从16.2万人降至6万人,年均下降4.8%。^[32]

犯罪不是司法游戏,庞大的案件数量意味着国家要加大人力、财力、物力等司法资源的投入,^[33]巨大案件数量的背后是刑法参与社会治理的巨大社会成本。根据学者统计,危险驾驶罪的行为人年龄主要在20—50岁之间,中位值为37岁,^[34]正值青壮年,此类人群犯罪,无论是对于家庭还是社会,都意味着灾难性的后果。此外,庞大的案件数量将产生严重的犯罪标签效应和附随后果。除刑法规定的前科报告制度外,犯罪的附随后果包括相关行政法规及规范性文件所设置的禁止担任相关公职,^[35]禁止从事律师、会计师等职业。^[36]刑罚会不同程度地影响无辜的他人,这并非偶然或个案,在刑事司法中一直且普遍存在,^[37]犯罪人的亲属特别是直系亲属也会受到影响。

危险驾驶罪产生的问题引起了办案机关的关注,中央和地方办案机关也在想方设法缓解案件数量庞大的困境。最高人民法院2017年《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》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。”该规定改变了此前办案机关单纯地以血液酒精含量认定危险驾驶罪的严格刚性做法,^[38]为危险驾驶罪的宽缓化处理提供了重要规范指导。该时期,不少地方办案机关积极制定相关规范文件对本地区案件的办理进行指导,努力缓解危险驾驶罪案件数量巨大的困境。例如,上海市高级人

[31] 参见《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴(2012年)》,中国法律年鉴社2012年版,第168页。

[32] 参见2020年《最高人民检察院工作报告》,载中华人民共和国最高人民检察院官网,https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml,最后访问日期:2023年6月15日。

[33] 参见齐文远:“修订刑法应避免过度犯罪化倾向”,《法商研究》2016年第3期,第11页。

[34] 参见章桦、李晓霞:“醉酒型危险驾驶罪量刑特征及量刑模型构建实证研究——基于全国4782份随机抽样判决书”,《中国刑事法杂志》2014年第5期,第102—103页。

[35] 例如《公务员法》第26条规定:“下列人员不得录用为公务员:(一)因犯罪受过刑事处罚的;……”《法官法》第13条和《检察官法》第13条规定不得担任法官或检察官的情形包括:“(一)因犯罪受过刑事处罚的;……”

[36] 例如《律师法》第7条规定:“申请人有下列情形之一的,不予颁发律师执业证书:……(二)受过刑事处罚的,但过失犯罪的除外;……”

[37] 参见苏力:《是非与曲直——个案中的法理》,北京大学出版社2019年版,第109页。

[38] 比如2011年公安部《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》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;未达到醉酒驾驶机动车标准的,按照道路交通安全法有关规定给予行政处罚。5月23日,最高人民检察院新闻发言人、办公厅主任白泉民接受媒体采访时表示,醉驾案件只要事实清楚、证据充分,一律起诉。参见郭宁康:“最高检:醉驾案证据充分一律起诉”,载《洛阳晚报》2011年5月25日,第A04版。

民法院、上海市人民检察院 2017 年《〈关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)〉实施细则》规定:“醉酒驾驶机动车的被告人,血液酒精含量在 100 毫克/100 毫升以下且系初犯,认罪、悔罪,未造成其他损失或后果的,可以认定犯罪情节轻微,免于刑事处罚;对于情节显著轻微危害不大的,不作为犯罪处理。”〔39〕

浙江是其中值得关注的典型代表。浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅在 2012 年联合发布了《关于办理“醉驾”犯罪案件若干问题的会议纪要》(以下称 2012 年《浙江会议纪要》),该文件在立案标准上明确要求,“检测结果达到醉酒标准的,一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查”。面对数量庞大且不断增长的危险驾驶罪案件,浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅 2017 年发布了《关于办理“醉驾”案件的会议纪要》(以下称 2017 年《浙江会议纪要》),指出“对符合刑法第十三条规定可以不作为犯罪处理的,不认为是犯罪”,并规定醉酒驾驶机动车,“酒精含量在 140mg/100ml 以下,且无上述从重情节的”,可以适用免于刑事处罚(不起诉)。新规定带来了浙江省 2017 年“醉驾”案件数量的拐点,但相关案件在 2019 年上半年又出现了大幅反弹。〔40〕浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅 2019 年再次印发《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》(以下称 2019 年《浙江会议纪要》),该纪要将醉酒驾驶汽车“酒精含量在 100mg/100ml 以下,且无上述 8 种从重情节,危害不大”规定为“可以认为是情节显著轻微,不移送审查起诉”。2019 年《浙江会议纪要》还将醉酒驾驶汽车案件适用免于刑事处罚(不起诉)的条件调整为“酒精含量在 170mg/100ml 以下,认罪悔罪,且无上述 8 种从重情节,犯罪情节轻微”。但数据显示,2021 年浙江省全省检察机关起诉罪名排在第一位的仍然是危险驾驶罪,以该罪名审查起诉的人数达 11267 人,同比上升 24.22%。〔41〕实证数据让人们越来越认识到提高醉驾案件不起诉酒精含量标准的方式无法达到有效降低醉驾案件数量的预期目标。〔42〕

类似的问题在《刑法修正案(九)》新增的另一轻罪帮助信息网络犯罪活动罪也存在,只不过没有像危险驾驶罪这样受到社会的高度关注而已。检察机关发布的数据显示,2021 年全国检察机关共起诉 174.9 万人,其中危险驾驶罪起诉人数为 35.1 万人,帮助信息网络犯罪活动罪起诉人数为 12.9 万人,两罪起诉人数合计占比 27.4%。〔43〕

〔39〕 又如,重庆市高级人民法院、重庆市人民检察院 2021 年《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)实施细则》规定:“有下列情形之一的,可以免于处罚:(1)血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升至 130 毫克/100 毫升,没有其他情形的;……”

〔40〕 参见王敏远:“‘醉驾’型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本”,《法学》2020 年第 3 期,第 111 页。

〔41〕 参见《重磅!浙江省检察院发布 2021 年度全省检察机关主要办案数据》,载微信公号“浙江检察”,2022 年 1 月 14 日上传。

〔42〕 参见王美鹏、李俊:“‘醉驾’入刑十年的反思与治理优化——以浙江省 T 市和 W 市检察机关办理案件为分析样本”,《人民检察》2021 年第 18 期,第 50 页。

〔43〕 参见《2021 年全国检察机关主要办案数据》,载中华人民共和国最高人民检察院官网,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1,最后访问日期:2023 年 6 月 15 日。

(三) 轻罪立法困境的分析与启示

禁止“醉驾”是世界各国刑法的惯常做法,在其他国家刑法处罚醉驾并没有出现我国的尴尬与问题,其中的机理和原因何在,值得探究,这在深层次上涉及到刑法参与现代社会治理的限度这一重要课题。

从事物的常理看,某种类型的犯罪多,与以下三个方面因素密切相关:一是现实社会该类犯罪的绝对数量多;二是立法对此类犯罪的规定严格,犯罪门槛低;三是实践中办案机关重视对犯罪的查处,打击力度大。当前之所以存在如此庞大数量且不断增长的醉驾案件,与我国机动车数量增长速度快、绝对数量大以及国民规则意识不强、不遵守交通规则密切相关。近些年我国经济社会飞速发展,已全面建成小康社会,在该社会发展阶段,人民生活质量提升,汽车逐渐走入寻常百姓家,机动车保有量和拥有驾驶证的适格驾驶人大幅度提升。根据公安部统计的数据,2011年“醉驾入刑”至2020年,全国机动车增加1.81亿,驾驶人增加2.59亿,两者的年均增长分别为1800万辆和2600万人。^[44]与此同时,随着法治的进步,我国国民的守法意识较之过去也有了明显提升,但整体而言,仍存在问题。具体到交通领域,“喝酒不开车、开车不喝酒”虽然逐步得到社会认同,但并没有成为驾驶人员的行为准则,实践中,仍然有不少民众对于喝酒开车和醉酒的危险性存在模糊认识,对于醉酒驾车的行为后果和法律责任怀有侥幸心理。特别是我国有人情社会的传统,酒文化对于融通人际关系和促进商业交往具有重要的媒介作用。在上述条件下,现实社会即便只有很少比例的人违反交通规则醉酒驾车,醉驾案件的绝对数量也将是相当可观的。^[45]

法律作为社会的重要治理机制,面对社会问题必须做出妥当的回应与选择,但如何回应是个犯罪治理的策略课题。如果国家强化刑法参与社会治理,设置偏低的犯罪门槛,那么,国家难免面临庞大的刑事犯罪案件数量的难题;相反,如果国家节制刑法参与社会治理,刑法对违法行为采取“抓大放小”策略,设置较高的犯罪门槛,那么,现实社会中犯罪的数量就会相应变小。新中国成立以来的两部刑法典都秉持刑法参与社会治理的谦抑性,将大量轻微违法行为作为行政违法交由行政机关处理,这种处理方式不仅效率高,而且,可以大大节省司法资源,特别是可以有效地避免将公民卷入刑事司法程序而被贴上犯罪的标签。可以说,传统的违法和犯罪区分的二元体系,是我国处理违法与犯罪关系的特色,也是一种机制优势。

社会系整体性存在,刑法只是社会整体治理体系中的重要环节。刑法作为保障法和事后法,其主要功能在于通过对前刑法规范效力的确认而实现对法益的强化保护,刑法的性质、地位和角色在根本上决定了其对法益的保护主要系补充性的。现实社会,各种社会规范整体、协调地存在,刑法规范与前刑法规范相互配合,在前刑法规范被有效遵守的情况下,刑法没有发

[44] 参见刘宇鹏:“‘醉驾入刑’十年成效显著 治理酒驾醉驾任重道远”,《汽车与安全》2021年第6期,第9—10页。

[45] 其实,不仅在机动车驾驶领域,在其他领域,也面临类似的问题。经过几十年市场经济的发展,我国社会诚信度明显提升,但各类刑事诈骗案件数量仍然比较多,重要原因在于我国人口基数大,哪怕只有很小比例的人实施诈骗犯罪,也会导致诈骗案件绝对数量庞大。

动的机会和必要性,反之,为了确保前刑法规范的权威和效力,刑法发动就成为必要,刑法适用的机会也将大大增加。^[46] 对于社会上具有一定普遍性的违法行为,寄希望以保障法的刑法积极地参与解决,虽然可以取得一定治理效果,但势必导致案件数量的大幅增加。危险驾驶罪的实践困境鲜活地展示了这一点。

四、我国应慎重推进轻罪立法:一个整体主义的分析

(一) 理论上的两种可能性

面对社会快速变革与发展,新类型法益将不断出现,为了充分地保护法益,刑法增设新罪将是未来我国刑法立法的重要特征。特别是随着法益侵害风险不确定性的增加和刑法立法对积极刑法观的倡导,刑法积极参与社会治理和轻罪立法将是未来刑法发展难以避免的趋势。西方国家普遍采取的一元制裁体系与我国采取的违法与犯罪区分的二元制裁体系都有自身的理论与实践的自洽性,在各自的司法体系中都显示出了自己的适宜性、特色与优势。国家根据自身需要采取何种制裁体系,主要是个选择和取舍问题。而且,一国的刑法完全可以根据自己法治发展需要改变既有体系采取另外一种制裁体系。因此,单从事物逻辑上讲,我国刑法不是不能改采一元制裁体系,在积极推进轻罪立法的同时,构建漏斗型刑事司法运行机制,建立轻微刑罚制度。我国支持加快轻罪立法、扩大轻罪适用论的学者认为,轻罪立法是刑法结构趋于合理的现实需要,^[47]为了解决轻罪立法导致的司法资源挤占问题,可以通过刑事诉讼程序的分流实现庭审案件的适量,不少学者建议加快建立并完善我国当前的不起诉制度,构建和解不起诉、附条件不起诉制度,扩大法定和相对不起诉的范围,对于轻罪罪名赋予检察院决定不起诉时更为自由灵活和充分的裁量权。^[48] 还有学者提出可以构建不开庭审理的速裁程序,精简收案、审查、办案、庭审等程序,从提高司法效率的角度缓解司法资源紧张的问题。^[49] 面对犯罪标签效应等消极的刑罚附随后果,有的学者提出可以通过构建和完善前科消灭制度应对,仿照追诉时效原理设置前科消灭的条件,设立“法定”“裁定”“申请”三种前科消灭方式,以作为轻罪立法的配套制度,解决犯罪标签效应等问题,从而减少轻罪扩大化适用所导致的犯罪人抵触情绪高、难以复归社会等现象。^[50]

(二) 我国不宜推进轻罪立法的机理阐述

以上建议不乏积极意义。但任何时代,法律制度都只是国家文化和政治制度的重要组成部分,一个国家采取何种法律制度,不可能脱离国家司法制度及其实践,也不能脱离该国长期

[46] 何荣功,见前注[1],第85页。

[47] 参见高铭暄、孙道萃:“《刑法修正案(十一)(草案)》的解读”,《法治研究》2020年第5期,第11页。

[48] 参见田兴洪、杜文俊:“轻罪刑事政策指导下不起诉的制度转变”,《法学》2012年第1期,第158—159页。

[49] 参见周光权:“积极刑法立法观在中国的确立”,《法学研究》2016年第4期,第38页。

[50] 参见崔志伟:“积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建”,《现代法学》2021年第6期,第173—178页。

以来形成的法律文化。一元制裁体系和轻罪立法在西方国家的良好运行,有系统完善的配套制度支撑和保障,包括犯罪化的人权保障机制、独立和权威的司法权、漏斗型刑事司法运行机制、轻微刑罚制度、较为完善的前科消灭制度以及社会对犯罪人相对宽容的文化氛围。我国的国家权力分配体系、配套制度和刑法文化在根本上决定了应继续坚持传统违法和犯罪区分的二元制裁体系,慎重推进轻罪立法。

第一,我国权力分配与运行机制,根本上决定了应慎重推进轻罪立法。

在法治国家,表面上看,法律确定国家权力形式与结构,分配国家权力的范围和内容,但事实上一个国家采取何种法律制度,是由国家的权力结构以及国家权力与公民权利的关系决定的。具体到刑法制度而言,国家是采取一元制裁体系还是违法和犯罪区分的二元制裁体系必须以国家权力结构以及司法制度为基础并与之相适应,行政权和司法权的性质及其权力范围就是其中的重要因素。

在西方国家,政府的行政权及其范围受到严格限制,一般情况下,并无处置公民自由的权力,对公民财产权的处置也受到严格限定。在这种权力配置体系下,对于涉及剥夺或者限制公民自由的行为,原则上由司法机关决定和适用。国家对危害行为制裁意味着对公民人身权、财产权等权利的限制和剥夺,只有将危害行为犯罪化,才能纳入司法体系由司法机关调整。所以,西方国家的权力结构与运行架构决定了其必然选择一元制裁体系和轻罪立法。换句话说,轻罪立法是西方国家行政权和司法权划分的自然结果。与此不同,我国行政权强大,行政机关不仅具有罚款的权力,还具有行政拘留即限制剥夺公民自由的权力。除《治安管理处罚法》对行政机关具有罚款、行政拘留权作出一般规定外,我国诸多法律都规定了行政机关可以对公民进行罚款、行政拘留,我国的行政机关实际上行使着西方国家的部分刑罚权。如前指出,赋予行政机关行政拘留权,不仅效率高,可以有效地避免犯罪标签效应,而且,有利于节约有限的司法资源。所以,在我国,轻罪立法不单涉及犯罪门槛的降低,还涉及行政权与司法权的划分这个重大问题。在我国行政权与司法权的功能、定位、权力范围以及关系没有改变的情况下,通过降低犯罪门槛扩大刑罚权范围,本质上是以刑罚权替代行政处罚权,实际上是强化刑法适用,提升对行为的处罚。

我国刑法理论和实践有一种重要的观点认为,轻微危害行为犯罪化在性质上属于行政权的司法化改造,符合法治国家的建设方向,^[51]“基于人权保障的立场,也应当进行犯罪化”。^[52]对于已废止的劳动教养制度而言,上述观点和论证具有可取性,但将其作为一般原则,并不足取。在法治国家,行政权司法化改造的意义不能忽视,但行政权的司法化改造应该集中于对国家行政权本身的改造,旨在限制国家行政权特别是事关限制剥夺公民自由的行政处罚权。近些年,我国行政处罚权(行政拘留)的法律地位并没有改变,相反仍然一直处于扩张之中(后文再述)。立法将本该受到行政处罚的行为提升为轻罪,只是改变了法律对行为性质

[51] 周光权,见前注[49],第23页;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134页。

[52] 张明楷:“犯罪定义与犯罪化”,《法学研究》2008年第3期,第144页。

的评价,提升了行为的惩罚,并非真正意义上的行政处罚权司法化改造。

为了使本文的观点更为明确,有必要对犯罪化及其附随功能特别是犯罪化在西方与我国的功能差异作简要阐述。犯罪化,是指立法将某种行为规定于刑法中的情形。在罪刑法定时代,行为的犯罪化是行为成立犯罪的前提,我国和西方国家对犯罪化概念的理解并无差异,而且,不管是我国还是西方国家,立法将某种行为犯罪化根本原因都在于该行为具有法益侵害性,犯罪化旨在保护法益,维护社会秩序,但是,犯罪化并非立法简单地将行为规定为犯罪,还涉及行为被犯罪化后的国家权力配置与司法体系的运行问题。

西方国家刑法采取一元违法体系和轻罪立法,该体系带来的直接结果是国家将轻微危害行为的处置纳入到司法权的框架中,意味着将由司法机关对其行为的性质和惩罚作出裁决,同时行为人将获得辩护的权利,单就这一环节而言,这种以司法方式评价行为人责任、处置行为人的财产等权利,较之于将公民的人身权和财产权等基本权利交由行政机关处置,更符合法治国家的理性与国家权力运行逻辑,可以更好地贯彻法治原则和实现人权保障。^[53]该思想和法治逻辑不仅体现在西方国家的刑法制度中,也被规定于《公民权利与政治权利国际公约》等国际公约中。^[54]

在我国,行为究竟是作为民事侵权或行政违法处理,还是规定为犯罪,主要考虑行为违法的程度,立法并非为了限制行政权和所谓的法治化解决行为的归责问题。正因为如此,违法行为人违法后,都宁愿接受行政机关的行政处罚,几乎没有行为人会认为将其行为犯罪化纳入司法体系是对其有利或者保障其权利的行为。所以,在我国与西方国家,轻罪立法表面上看都是犯罪门槛的降低,都是将特定行为犯罪化,但实质意义存在明显差异,承载着不同的法治功能。在我国,轻罪立法意味着国家提升对行为的惩罚,是国家强化刑法参与社会治理的表现,这也是我国在考虑是否轻罪立法首先应厘清的前提问题。

综上,西方国家采取的一元制裁体系和轻罪立法,根本上是由其行政权的职能及其权限范围决定的,在西方国家的权力分配体系下,轻罪立法既是一种不得已的选择,也是一种适应性机制。我国行政机关依法具有行政拘留等行政处罚权,针对危害行为,我国采取的是违法犯罪区分的二元制裁体系,轻微危害行为由行政民事法等调整,轻罪立法与我国的二元制裁体系在整体上并不契合。换句话说,除非我国在整体上改革行政权的范围并改变传统违法和犯罪区分的二元制裁体系,否则,轻罪立法应慎重推进。

第二,我国司法体制与司法权的地位性质决定了应慎重推进轻罪立法。

立法是司法的前提和基础。轻罪立法体系中,如果大量轻微违法行为被规定为轻罪,司法环节又不能有效地出罪,那么,既不符合刑法的谦抑性,也将导致案件数量庞大,造成国家司法

[53] 何荣功,见前注[20],第1213—1218页。

[54] 《公民权利与政治权利国际公约》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。等候审判的人受监禁不应作为一般规则,但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判,并在必要时报到听候执行判决。”

资源难以承受之重。正因为如此,采取轻罪立法的国家都建立配套的漏斗型刑事司法运行机制,最终将轻罪筛漏于刑法体系之外。在这个意义上,漏斗型刑事司法运行机制既是轻罪立法制度体系的适应性机制,更是其救济或称纠偏性机制,避免刑法过度干预社会。

完善的漏斗型司法运行机制至少需要以下基础性条件:司法权应具有较高的独立性和中立性;司法权在国家权力体系和社会中有足够的权威;司法运行机制应该是判断性机制,而非追诉性机制;司法权及其运行要规范、清廉,避免导致大量案件处理的不公正。

西方法治发达国家普遍采取的是权力分立制度,其中最具代表性的是三权分立,即立法权、司法权和行政权的分权独立。该制度的弊端不是本文探讨的话题,但在该制度下,“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了”。^[55]虽然司法独立原则也并非意味着司法权能完全超然于资本利益和政党政治之外,^[56]但是司法独立作为西方国家普遍遵循的“宪法性规范”,^[57]是西方国家政治制度的重要特征。在三权分立制度下,司法权在性质上属于判断权,司法具有高度自治性和权威性。西方国家司法权的独立性质和权威地位为漏斗型司法出罪机制良好运行提供了制度基础和保障。

我国的司法体制与运行机制有着自己的特色。从司法权性质看,我国没有分权的传统,历史上行政权与司法权长期合二为一。^[58]在以人民代表大会制度为根本政治体制前提下,我国立法权、行政权和司法权虽然分工行使,但是司法权并不是独立的。实践中,我国采取的是政府主导经济社会发展的模式,^[59]行政权居于强势地位,司法权相对弱势。《宪法》规定了人民法院和人民检察院依法独立行使审判权和检察权。^[60]现实中,司法权的行使还受到种种牵制和制约,司法权的权威性尚不充足,与其应有地位还不够匹配。我国司法权虽然也有判断权的属性,但同时承载着社会管理的职能,具有一定的行政性。在这种情况下,司法运行机制势必难以胜任“立法入罪而司法出罪”。

在刑事追诉机制方面,对于任何国家来说,刑事司法制度根本上是为了应对犯罪而构建的,如果世界上没有犯罪,国家也就没有必要建立刑事司法制度。但这并不意味着刑事司法制度的功能只是单一的追诉犯罪,正如刑法是规定犯罪和刑事责任的规范体系,但现代刑法的机能并非单一的惩罚犯罪。在现代法治国家,刑事司法制度的机能都应该是双向的,既要惩罚犯罪,又要保障人权;既要依法将法益侵害行为积极入罪追诉,也要根据犯罪情节适时将不值得

[55] (法)孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第156页。

[56] 参见郭彦:“走出西方话语体系禁锢:比较法视野中的人民司法制度基本原则研究”,《法律适用》2022年第5期,第127页。

[57] 参见董超:“司法独立在中国”,《政法论丛》2005年第1期,第6—8页。

[58] 参见万鄂湘:“从中西方政治制度比较看我国司法制度的人民性”,载《人民法院报》2008年9月16日,第005版。

[59] 参见顾昕:“政府主导型发展模式的兴衰:比较研究视野”,《河北学刊》2013年第6期,第120页。

[60] 《宪法》第131条和第136条分别规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

刑罚处罚的行为出罪。在西方一元制裁体系中,立法阶段国家将轻微危害行为也纳入刑法范围,犯罪圈大,刑事司法只有具备明显的出罪功能,才能避免刑法过度介入社会,维护刑法的谦抑性。在我国,随着法治建设的全面进步,无论是刑法,还是刑事司法运行机制,偏重打击和追诉犯罪的做法正在逐步得以改变,但整体而言,在惩罚犯罪和保障人权之间,刑法还是更为强调前者,刑事司法运行机制也仍然偏重对犯罪的追诉。

比如,《刑法》第3条指出:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”该条是罪刑法定原则的规定。罪刑法定是现代刑法的圭臬,我国刑法对罪刑法定采取的是综合规定的方式,该条的前半部分规定犯罪要依法定罪处刑,可以称为积极罪刑法定;后半部分规定的是行为不是犯罪的,不得定罪处刑,可以称为消极罪刑法定。其实,在绝大多数现代法治国家刑法中,罪刑法定更多强调的是其消极意义,即刑法没有规定为犯罪的,不得追究刑事责任,旨在限制国家刑罚权。至于构成犯罪的,是否一定要定罪处刑,不是罪刑法定原则关心的核心问题。而且,国家既不会也不可能对所有构成犯罪的行为都定罪处刑,行为构成犯罪但不起诉或者不处罚,可以说是刑事司法的常态。我国刑法对罪刑法定原则的规定,在很大程度上显示出刑法对犯罪追诉机能的倚重。

又如,《宪法》和《刑事诉讼法》都规定了人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应分工负责,相互配合、相互制约。^{〔61〕}实践中,公安机关、人民检察院和人民法院对于犯罪的查处和打击偏重同向而行,分工配合是主基调,办案机关很重视工作中的配合,相互制约是在分工配合的整体框架中展开的。强调办案机关之间的配合关系,有助于提高案件办理的效率,但催生的是直筒型刑事司法运行机制,行为一旦进入刑事司法程序,将很难出罪。

还如,对于不少犯罪,公安部和最高人民检察院联合发布追诉标准。^{〔62〕}实践中,立案、起诉、审判标准常常是同一的,这客观上有利于案件办理标准的统一性,提升了办案机关的合作效率,但行为一旦被公安机关立案,在随后的起诉、审判环节,很难获得出罪的机会。

所以,从理论上讲,在我国推进轻罪立法并配置完善的漏斗型司法运行体制,可以将大量轻罪最终筛漏于刑法之外,避免行为过度卷入刑事司法之中。本文不否认该改革设想具有一定的整体性,但法律的生命更在于实践,在现实社会,如果没有较高独立性、中立和权威的司法权保障,如果现有司法制度仍呈现出明显的追诉性特征,如果办案机关和人员的偏重打击犯罪的思维根深蒂固,那么,这一改革设想必然难以实现,更多停留在纸面和逻辑中。实践中,轻罪立法必将导致案件数量庞大,刑法谦抑性大打折扣和刑法过度干预社会。近年,在中央强调“少捕慎诉慎押”刑事政策的背景下,刑事司法运行机制呈现出一定的漏斗型特征,但漏斗型司法机制在我国真正建立并非易事。

第三,从犯罪治理的现实看,轻罪立法将面临困境。

法律是人类从事社会治理的一种专业化、制度化机制,当然要最大限度地体现制度理性和科学性。从犯罪预防角度讲,国家应重视对轻微危害行为的治理,但是否将轻微危害行为纳入

〔61〕 具体内容参见《宪法》第140条和《刑事诉讼法》第7条的规定。

〔62〕 比如最高人民法院、公安部2010年《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》等。

刑法体系,则是另外的课题。现实社会犯罪的发生都遵循一定的机理和规律。简单地讲,整个社会的违法犯罪就像一个沙堆,呈“金字塔”型构造,底层是轻微违法行为,中层则是严重违法和犯罪,最上层是严重犯罪、犯罪集团。从数量上看,处于底层的违法犯罪数量最大,越向上,数量逐步减少。避免严重犯罪和犯罪集团的产生,应从沙堆底层入手,减小“沙基”,这样整个沙堆自然就变小,沙堆的高度就会下降(即严重犯罪减少),进而犯罪总量减少。^[63] 所以,如何科学应对和处置处于沙堆最底层但是数量又最为庞大的轻微违法行为,这涉及国家刑事政策与犯罪治理的策略。在我国直筒型刑事司法运行机制下,国家需要考虑犯罪门槛与案件数量关系问题。整体而言,两者呈现反比例关系,犯罪门槛高,维持传统的违法和犯罪区分的二元制裁体系,纳入刑法调整的犯罪数量就会少;反之,降低犯罪门槛,推进轻罪立法,犯罪数量就会多,刑事司法就会面临案件数量多的难题。我国历来强调刑法不责众,区别对待,宽严相济,违法与犯罪区分的二元体系既契合我国传统慎刑思想,又可以有效避免刑法对社会的过度干预。

我国的司法实践也证明了适度犯罪门槛对于刑法参与社会治理的意义。除危险驾驶罪外,诈骗犯罪的认定也展示了传统违法与犯罪区分二元体制的优势。与国外刑法不同,我国刑法理论与司法实践很重视民事欺诈与刑事诈骗的区分,诈骗犯罪只限于民事欺诈中的严重部分。行为成立诈骗罪,除了行为人客观上实施了虚构事实、隐瞒真相的行为外,行为人主观上还必须具有非法占有目的,此外,行为的欺骗内容、欺骗程度对诈骗犯罪的成立也具有重要意义。^[64] 当前社会仍然存在大量不诚信和欺诈行为,试想如果我国刑法不区分民事欺诈和诈骗犯罪,不对诈骗犯罪设置一定的犯罪门槛,那么,诈骗犯罪的数量也将是司法实践面临的难题。

其实,即便是对于不属于轻罪类型的犯罪,刑法有时也不得不“抓大放小”。比如,贪污贿赂罪,严格按照从严治吏的刑事政策,贪污罪的犯罪门槛应该较之于盗窃、诈骗罪更低,但是由于现实社会贪污贿赂还比较严重,不仅案件数量多,而且犯罪数额越来越大,国家面临该问题有两种选择:一是维持低犯罪门槛,甚至为了体现从严治吏的刑事政策,降低犯罪门槛,采取刑法对贪污罪(包括贿赂犯罪)的零容忍,这样做带来的直接结果是,大量贪污贿赂行为将被纳入刑事司法程序;二是设置较高的犯罪门槛甚至提升入罪门槛,采取刑法对贪污罪的“抓大放小”,重视纪律、行政法和刑法对国家公职人员职务犯罪的共同治理。当前我国采取了后者立场,这种做法带来的直接结果是,较之于盗窃罪和诈骗罪,贪污罪的范围和处罚都要轻,单就处罚的公平性而言,明显存在不合理性,但避免了因犯罪门槛低而导致的案件数量庞大。

事物往往是矛盾性的存在,法律的制定和适用也一样,国家需要在矛盾和对立中做出相对合理的选择,有时刑法的理想不得不向现实妥协。犯罪门槛设置事关罪与非罪的界限,本质上是个刑事政策问题。改变传统违法和犯罪区分的二元体系,降低犯罪门槛,积极推进轻罪立

[63] 参见万川:“社会治安沙堆效应原理述评”,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第5期,第82—83页。

[64] 参见陈兴良:“民事欺诈和刑事欺诈的界分”,《法治现代化研究》2019年第5期,第7页。

法,必然导致案件数量增大。但是,司法是昂贵的,司法资源和能力的有限性以及犯罪的成本决定了任何国家都不可能将所有危害行为都作为犯罪处理,刑法面对危害行为只可能、也不得不“抓大放小”。如前指出,我国通过违法和犯罪区分的二元体系以及较高犯罪门槛,落实“抓大放小”,西方国家通过漏斗型刑事司法运行机制实现“抓大放小”。〔65〕而且,从处罚的妥当性看,作为最严厉的谴责机制,刑法最终只应当处罚国家和社会最不能容忍的危害行为。在我国犯罪追诉机制没有根本改变的情况下,改变传统违法和犯罪区分的二元体系,推进轻罪立法,并非明智的选择,如危险驾驶罪一样的适用困境几乎是难以避免的。

第四,作为轻罪立法指导思想的积极刑法观,需要反思。

劳动教养制度废止后,轻罪立法的初心并非主要在于行政处罚权的司法化改造,近年推动我国轻罪立法的主要是积极刑法观。立法是国家有目的的专业活动,立法指导思想对于立法活动具有指引意义。1997年刑法修订时国家就确立了立法指导思想和基本原则,即以宪法为依据,以我国的实际情况为出发点和归宿。〔66〕此后,面对不断出现的社会新情况、新问题,我国的立法指导思想也在发展丰富中,《刑法修正案(八)》提出了刑法要加强对民生问题保护。《刑法修正案(九)》强调刑法要坚持正确政治方向、坚持问题导向和宽严相济刑事政策,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导和推动作用”。〔67〕《刑法修正案(九)》在立法指导思想上明确将刑法确定为“引导和推动社会发展的力量”,反映了刑法在我国社会治理中的角色和功能发生了方向性转变,标志着积极刑法立法观在我国正式确立。《刑法修正案(十一)》进一步体现了积极刑法观的立场。

积极刑法观,系相对于传统保守、消极、节制刑法观而言,顾名思义,其不再秉持刑法作为社会治理最后手段的传统做法,强调刑法对社会的积极干预。面对新型违法犯罪,积极刑法观有其合理性,比如对于恐怖主义犯罪,传统刑事政策和刑法既不符合恐怖主义犯罪的性质,也无法有效应对恐怖主义犯罪的威胁。〔68〕又如,面对网络犯罪的非接触性、一对多、技术性强等特点,〔69〕传统的犯罪治理策略同样陷入困境,《网络安全法》确立了共同治理原则并延伸至刑法领域,刑法立法新增拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪,也体现了刑法在网络犯罪治理中的相对积极立场。但作为刑法立法的指导思想和一般原则,积极刑法观并不值得提倡。

首先,在任何时代,刑法并非国家的福利机制,以限制和剥夺公民权利的方式保障公民权利,本质上是一种悖论性制度。刑法的适用虽然彰显正义,但同时也制造新问题,无论如何精

〔65〕 参见何荣功:“贪腐犯罪定罪量刑数额提升的法治反思——以最新刑事立法与司法解释为中心”,《北京师范大学学报(社会科学版)》2016年第6期,第132—140页。

〔66〕 参见李淳、王尚新主编:《中国刑法修订的背景与适用》,法律出版社1998年版,第3页。

〔67〕 李适时:“关于《中华人民共和国刑法修正案(九)(草案)》的说明——2014年10月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议上”,《全国人民代表大会常务委员会公报》2015年第5期,第827页。

〔68〕 参见何荣功:“‘预防性’反恐刑事立法思考”,《中国法学》2016年第3期,第152页。

〔69〕 参见喻海松:《网络犯罪二十讲》(第2版),法律出版社2022年版,第7—8页。

致的司法程序都无法避免其创造的产品是罪犯。刑法的性质天然决定了其没有积极的正当性和必要性。

其次,刑法面对社会发展中的新型危害行为,增设新罪,及时作出回应,这并非积极刑法观之体现。相反,面对新型严重危害行为,刑法无动于衷,是刑法的渎职。积极刑法观强调的是发挥刑法对“规范社会生活方面的引导和推动作用”。在任何法治国家,法律对于社会生活和公民行为都具有重要的规范、引导、塑造、引领、推动作用,而且,现代国家越来越重视立法的引领和推动作用。2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。”但是,部门法属性存在重大差异,科学贯彻中央决定要结合部门法特征,既不能一刀切,也不能简单化。对民事经济法而言,如何强调其对社会发展的引领和推动作用,都不为过,但刑法的性质和悖论性特征决定了其难以担负起对社会的引导和推动作用。刑法是把双刃剑,刑法的机能是保障性的,而非推动性的,正因为如此,刑法在性质上属于保障法和补充法,民法要扩张,刑法要谦抑,^[70]即源于此。刑法参与社会治理及其限度,应遵守刑法的常识。

再者,现代文明社会应提倡和平,克制惩罚,积极刑法观是一种提倡惩罚的社会治理模式,刑罚的适用虽然有合法的形式,但在性质上仍然是一种惩罚,与文明社会倡导的和谐、宽容、友爱的社会价值不相容。在制度文明的意义上,积极刑法观不值得推崇和提倡。

此外,西方国家的一元制裁体系和低犯罪门槛并非没有问题,刑法罪名繁多,刑法热衷于管理琐碎之事,社会治理过度刑法化,都已成为严重的社会问题。^[71]在西方国家已建立比较完善的漏斗型刑事司法运行机制的情况下,都存在种种问题,我国若积极推进轻罪立法,结果更是可以预想的。

还有,在我国轻罪立法还会存在如下运行逻辑疑问:立法阶段将轻微危害行为纳入刑法,其后为了避免过度惩罚又竭力出罪,行为的性质最终又回转到原点。这种“走一段路,绕一个圈,又回到起点”做法的意义究竟何在,^[72]果真可以更好地保障公民的权利?恐怕值得深入思考。

(三)有必要关注的一个现象

如前指出,我国主张轻罪立法的不少学者认为,轻罪立法有助于限制行政权,推进行政权的司法化改造。现实的情况并非如此。近年,行政拘留也一直处于扩张中。比如,关于行政拘留的行使主体,2021年修订后的《行政处罚法》第18条第3款规定:“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关和法律规定的其他机关行使”,^[73]不再限于公安机关。2014年《反间谍

[70] 参见王利明:“民法要扩张 刑法要谦抑”,《中国大学教学》2019年第11期,第33页。

[71] See Andrew Ashworth, “Is the Criminal Law a Lost Cause?” *Law Quarterly Review*, Vol. 116, 2000, p. 225.

[72] 参见王渊:“刑法现代化应注意恪守谦抑性”,载《检察日报》2023年6月8日,第03版。

[73] 2017年《行政处罚法》第16条规定:“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”

法》将国家安全机关也纳入行政拘留的处罚主体。2021年《海警法》将海警机关也纳入行政拘留的处罚主体。又如,行政拘留的适用范围也在扩大。2014年以来我国共有20多部法律新增了行政拘留的适用情形,包括《环境保护法》《教育法》《食品安全法》《反恐怖主义法》《反有组织犯罪法》《反电信网络诈骗法》等。值得注意的是,行政拘留呈现出由治安性拘留向治安性拘留与非治安性拘留并重的发展趋势。传统的行政拘留多是因为治安问题而实施的拘留,近年,行政拘留在政府规制中不断发展和演变,以环境、安全和健康为规制目标的非治安拘留很可能在我国今后的行政法律责任立法中产生引领和示范效应。^{〔74〕}在《环境保护法》《食品安全法》等法律中出现的“行政拘留”更多是为了对公共安全领域风险予以控制,显然并不具有“治安性质”,同时执法主体也从完全系公安机关向公安机关与其他国家机关共同组成转变,因此不能将其简单地归类于“治安拘留”,而是同“治安拘留”相并列的另外一种行政拘留类型或类别。^{〔75〕}可见,劳动教养制度被废止后,我国的刑罚权和行政拘留都处在扩张中,理论上所期待的轻罪立法对剥夺和限制人身自由行政权的法治化改造,不符合实际情况。

五、展望:避免出现“又严又厉”的刑法结构

刑法现代化是刑法发展的目标,也是国家治理体系与能力现代化的应有之义。国家与社会治理的现代化应当意味着刑法应温和而适度地参与社会治理,国家和社会治理尽可能摆脱对刑法的依赖,而不是刑法参与其中日渐主动积极、越来越深。^{〔76〕}在这个意义上,积极刑法观以及近年推进的轻罪立法是否符合国家治理和法治发展的整体目标,值得认真总结、理性思考。

对于刑法结构,我国有一种有影响力的观点认为,“严而不厉”的刑法结构是值得提倡的,是刑法现代化的体现、要求和追求。储槐植指出,我们现在的刑法基本是“厉而不严”,刑事责任、刑事法网还很不严密。现代化的刑法应该是“严而不厉”,^{〔77〕}我国刑法现代化应该是刑法结构从“厉而不严”向“严而不厉”的调整过程。^{〔78〕}梁根林认为,刑法结构“严而不厉”首先要求严密刑事法网、严格刑事责任,“严而不厉”是刑法结构的理想模式。^{〔79〕}付立庆指出,我国目前的刑法结构仍然处在一种从“厉而不严”的恶性结构到“严而不厉”的良性结构的演进和优化的过程之中。我国当下仍是一个严密刑事法网的过程,是渐次的犯罪化过程。^{〔80〕}

从逻辑上讲,刑法结构有“严而不厉”“厉而不严”“不严不厉”“又严又厉”四种类型。如前

〔74〕 参见马迅:“非治安性拘留的理性扩张与法律规制——兼论人身自由罚的法治转轨”,《行政法学研究》2019年第5期,第88页。

〔75〕 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47—49页。

〔76〕 参见何荣功:《刑法适用方法论》,北京大学出版社2021年版,前言第5页。

〔77〕 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。

〔78〕 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。

〔79〕 参见梁根林:“论犯罪化及其限制”,《中外法学》1998年第3期,第52页。

〔80〕 参见付立庆:“论积极主义刑法观”,《政法论坛》2019年第1期,第100—102页。

文所述,西方国家刑法结构普遍呈现的是“严而不厉”的特征,我国刑法结构明显呈现的是“厉而不严”的特点。一国采取何种刑法结构必须与其国家权力分配体制以及司法运行机制相协调。而且,“严而不厉”未必就是现代刑法的理想结构,应然意义上,宽容而有力的刑法才是现代化的刑法。在我国,“不严不厉”的刑法结构更值得提倡。我国有重刑主义的历史传统,现实社会仍然弥漫着比较浓厚的犯罪追诉思维,刑事司法运行机制整体上也仍然偏向追诉犯罪,保持较高犯罪门槛,构建“不严不厉”的刑法结构对于避免刑法过度参与社会治理,具有制度性意义。对于我国刑法的未来发展,一方面要减少和限制死刑立法及其适用,另一方面要继续秉持违法和犯罪区分的二元制裁体系。改变传统违法和犯罪区分的二元体系,降低犯罪门槛,积极推进轻罪立法,势必导致我国刑法走向“又严又厉”,既不符合刑法现代化的发展方向,也背离了国家和社会治理体系与能力现代化的要求。

Abstract: Guided by the positive view of criminal law, misdemeanor legislation has become an important feature of Chinese criminal law in recent years. The importance of misdemeanor legislation cannot be denied, but its problems as represented by the crime of dangerous driving calls for rational reflection. Though it is necessary to keep up with social needs by criminalizing, changing or challenging the binary sanction system of our traditional distinction between violation of law and crime, especially in order to strengthen the participation of criminal law in social governance, is not advocated. Our traditional culture of severe punishment, system of power distribution and judicial mechanism fundamentally make it inappropriate to lower the threshold of crime and to promote misdemeanor legislation. The traditional binary sanction system of distinguishing between violation of law and crime suits the system and its mechanism in China, which has institutional significance for effectively avoiding excessive intervention of criminal law and should be maintained. The structure of the criminal law that is neither strict nor severe is more suitable for our country. In the future, Chinese criminal law should avoid slipping into being both strict and severe.

Key Words: Legislation on Minor Crimes; Crime of Dangerous Driving; Binary Sanction System; Neither Strict Nor Severe; Strict and Severe

(责任编辑:车 浩)