

从回应型规制到反思型规制：刑法立法规制模式的转变

姜 涛*

摘要：刑法不是社会管理法或秩序维护法，如何追寻法益保护与人权保障的最佳平衡点，如何有效避免刑法从自由模式滑向管制模式，如何避免积极刑法立法观滑向激进刑法立法观，都需要刑法立法实现从回应型规制到反思型规制的模式转变。反思型刑法规制应遵循比例原则，从目的正当性上判断刑法所期待保护的法益是否真实、有价值，从手段正当性上判断刑法是不是保护法益的最后手段，有无穷尽行政法、民法等救济手段，并立足于法益衡量意义上的后果考察，对犯罪化立法的效果提前进行利弊分析方面的评估，以确定有无必要采取刑罚手段。从比例原则出发，我国未来刑法立法需要遵循以下发展路径：不能搞大规模轻罪犯罪化立法，“以轻罪预防重罪”的立罪逻辑不能自洽，重视犯罪化立法的立法实证与立法试验。

关键词：积极刑法立法观 反思型规制 回应型规制 比例原则 相当规模犯罪化

自1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)制定后，我国已颁布了12部刑法修正案，立法积极态势明显，增加新罪和扩大个罪的犯罪圈是修正案的重心。以积极回应当代社会的犯罪治理需求为基本特点，现代刑法成为典型的回应型法。与之对应，刑法学界有积极刑法立法观、折中刑法立法观、消极刑法立法观等理论分歧，不同刑法立法观在相当规模犯罪化、适度规模犯罪化或立即停止犯罪化的观点上存在重大分歧。不难看出，积极刑法立法观追求刑法对社会问题的积极回应，主张相当规模犯罪化。^①由于缺乏相应的衡量与审查标准，因此积极刑法立法观在实践层面存在一些理论偏误，需要予以纠正。刑法理论不能只是对立法发展趋势的“背书”，而应对其进行深刻反思与批判，为我国刑法再法典化规划未来。本文认为，如何在解释刑法立法现实的基础上保持一定的反思性，是刑法理论创新的关键。强调刑法立法对社会问题的积极回应，并不意味着主张相当规模犯罪化。为此，本文首先分析现代刑法的回应型规制及其刑法观选

* 华东政法大学刑事法学院教授

基金项目：国家社会科学基金资助项目(21&·ZD210)

① 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。

择,其次主张将比例原则作为刑法立法之反思型规制的理论工具,进而明确其对刑法立法的审查步骤与方法,以期构建刑法立法之反思型规制的模式,指导刑法立法并守护刑事法治精神。

一、我国刑法立法的回应型规制态势及其刑法观反思

在社会转型时期,社会风险的增加与复杂化、民众的法益保护需求、决策者的政绩意识等因素综合在一起,使现代刑法立法呈现出典型的回应型规制的发展态势,刑法立法的特点是扩大惩罚范围和增设严厉惩罚,刑法理论界亦提出积极刑法立法观来解释这一立法现象。

(一)我国刑法立法的回应型规制态势明显

就12部刑法修正案的修正内容来看,主要是增设新罪名或扩大个罪的犯罪圈,同时出现了预备行为正犯化、帮助行为正犯化、法益保护抽象化等刑法保护早期化现象,甚至加重了对个罪的处罚力度。

首先,分则个罪数量扩容。1997年《刑法》共有414个罪名,截至《中华人民共和国刑法修正案(十二)》[以下简称《刑法修正案(十二)》],罪名增至483个,共增加了69个新罪名。伴随着功能主义刑法观、社会刑法等理论的兴起,刑法与社会的关系引起立法者的高度重视。部分罪名被反复修正。例如,危险驾驶罪作为《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]新增加的罪名,《中华人民共和国刑法修正案(九)》[以下简称《刑法修正案(九)》]即对其进行修正,扩大了该罪的犯罪圈。骗取贷款罪作为《中华人民共和国刑法修正案(六)》[以下简称《刑法修正案(六)》]新增加的罪名,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑法修正案(十一)》]亦对其进行修正。还如,行贿罪被《刑法修正案(九)》《刑法修正案(十二)》进行过两次修正。立法的频繁修正虽然促进了刑法立法的科学性,但也表明以往刑法修正案在对未来犯罪形势的评估上存在不足,导致一些新犯罪如危险驾驶、帮助信息网络犯罪活动等呈现出高发态势。

其次,个罪处罚范围扩张。刑法修正案把“生产、销售假药罪”“污染环境罪”等个罪之构成要件修正为抽象危险犯,强化刑法提前干预。此外,《刑法修正案(九)》增设的帮助网络信息犯罪活动罪属于帮助行为正犯化,而《刑法修正案(八)》增设的“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”等则属于预备行为正犯化。帮助行为正犯化是将从犯变成正犯,预备行为正犯化是将预备行为变成实行行为,既意味着处罚范围扩张,也意味着处罚强度加重,等于取消了预备犯、帮助犯从宽处罚的“待遇”。

再次,刑罚惩罚趋于严厉。从我国立法实践来看,刑法立法的积极态势固然大大增加了刑法干预风险制造行为以保护社会安全的空间,但也使刑法的恣意性上升到难以忍受的程度,刑法立法呈现出“又严又厉”的罪刑结构。例如,《刑法修正案(十一)》不仅增加了妨害安全驾驶罪、危险作业罪、妨害药品管理罪、负有照护职责人员性侵罪、冒名顶替罪等17个新罪名,^①扩大了洗钱

^① 分别为妨害安全驾驶罪、危险作业罪、妨害药品管理罪、“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”、负有照护职责人员性侵罪、袭警罪、冒名顶替罪、高空抛物罪、催收非法债务罪、“侵害英雄烈士名誉、荣誉罪”、组织参与国(境)外赌博罪、非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪、“非法植入基因编辑、克隆胚胎罪”“非法猎捕、收购、运输、出售,陆生野生动物罪”、破坏自然保护地罪、“非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪”、妨害兴奋剂管理罪。

罪、违章冒险作业罪、食品监管渎职罪、军人违反职责罪等个罪的犯罪圈,而且加重了对“非法吸收公众存款罪”“挪用资金罪”“假冒注册商标罪”“欺诈发行股票、债券罪”等十几个罪名的刑罚处罚力度。《刑法修正案(十二)》进一步加大对行贿罪的处罚力度,并调高了单位行贿罪、对单位行贿罪等罪名的法定最高刑。

最后,保持构成要件的开放性。为确保刑法活性化回应功能,刑法修正案更加倾向于采取模糊性的构成要件。依据罪刑法定原则的要求,个罪的构成要件应当符合明确性原则。刑法原本规定的入罪标准较为明确,但后来被刑法修正案修改为模糊性的构成要件或者使刑法保护的法益变得模糊化、抽象化和精神化,致使刑法的确定性逐渐降低。例如,《刑法修正案(九)》改变贪污罪、受贿罪的入罪标准和量刑标准,以“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”或“较重情节”“严重情节”“特别严重情节”作为入罪与量刑加重的标准。再如,《刑法修正案(八)》对污染环境罪采取“严重污染环境的”入罪标准。

由上可见,现代刑法以立法的技术性与实用性为依托,强调刑法立法的回应型属性。这对传统刑法提出新挑战,刑法在罪刑结构上均做出了新调整,强化与发展了刑法的灵动反应机制,呈现出回应型规制的典型发展态势。为何会出现刑法的回应型规制,这是由刑法与社会的关系所决定的,具有一定的正当性根据。新的问题与社会矛盾层出不穷且日趋复杂,需要刑法立法积极介入。如前所述,《刑法修正案(十一)》新增新罪名17个,并扩大了十多个罪名的犯罪圈。尤其是工业时代社会风险不断增加,诸如恐怖袭击、环境污染、经济犯罪等日常生活的浪潮将新的犯罪现象冲刷到了立法者的脚前。^①对此,正如有学者所指出的:“无论是认为刑法修改过于频繁也好,还是认为立法与学者的预期相去甚远也好,我们都不得不承认,历次刑法修正案的相关规定及时回应了转型社会所产生的某些特殊问题,立法具有正当性,相关规定也具有合理性”。^②

在社会风险日趋增加且复杂化的现代社会中,面对刑法立法的积极回应发展态势,刑法理论是应谨守消极立法的传统刑法立法观,还是应积极发挥刑法的社会规制作用而主张积极刑法立法观,这已成为刑法再法典化进程中的重要议题。

(二)对支撑我国刑法立法的回应型规制之刑法观的反思

积极立法与消极立法是看待刑法立法发展的两个理论视角,对应着积极立法观与消极立法观,积极立法观是对现有刑法立法发展态势的证成,消极立法观是对现有刑法立法发展态势的反思。在刑法立法积极回应社会安全需求的新态势下,积极刑法立法观成为我国刑法理论的新主张。这一理论学说有不少学者追随,^③亦有不少批判意见,^④还有不少修正观点。^⑤

积极立法与消极立法涉及修法方向的指引、修法的功能期待(即是否需要积极地参与更广范围的社会治理)、修法效果等多个维度,刑法立法是否需要坚持积极立法,这在刑法理论上存在明

^① 参见[德]米夏埃尔·库比策尔:《德国刑法典修正视野下的刑事政策与刑法科学关系研究》,谭淦译,《中国应用法学》2019年第6期。

^② 周光权:《刑事立法进展与司法展望——〈刑法修正案(十一)〉总置评》,《法学》2021年第1期。

^③ 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;付立庆:《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019年第1期;张明楷:《增设新罪观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期。

^④ 参见刘艳红:《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》,《比较法研究》2021年第1期;王俊:《积极刑法观的反思与批判》,《法学》2022年第2期。

^⑤ 参见高铭暄、孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期。

显分歧。肯定论者认为积极立法具有合理性,通过增设新罪来满足保护法益的合理要求,并主张相当规模的犯罪化,^①展现出浓厚家长式的强势保护与积极防控风险的色彩。否定论者强调积极立法已经步入工具化、现象化、过罪化的深渊,需要及时“刹车”。^②这种争论的背后涉及刑法理论建构的价值系统:刑法是单一地回应社会发展的需要,还是应纳入更多的刑法价值考量?刑法理论需要首先对这一问题进行回应。

支撑我国刑法立法的回应型规制的刑法观是积极刑法立法观。积极刑法立法观伴随着社会转型进程而形成,是一种特殊的立法规范与技术,也是对古典刑法范式的新突破。其虽然阐明了当代各国刑法立法回应型规制的发展态势,但也存在一定的理论偏颇。例如,部分主张积极刑法立法观的学者认为,未来中国仍需进行相当规模犯罪化,^③“积极回应”并不等同于“过度干预”,二者是不同性质的问题,如果从回应社会现实的角度出发对积极主义立法观进行审视,这一立场具有合理性。例如,醉驾、高空抛物等行为对民众的生命安全具有极大的危险性,刑法将之作为犯罪予以规制具有合理性。但如果把积极刑法立法观理解为相当规模犯罪化,那么不仅可能会滑向象征性立法,存在“刑法中心论”的理论偏误,而且对于相当规模犯罪化之副作用的化解方案也存在诸多疑问。

积极刑法立法观主张相当规模犯罪化,即在我国现有犯罪规模的基础上再增加相当数量的轻罪,这已经滑向激进刑法立法,说理上明显欠缺说服力。不难看出,激进刑法立法观的参照对象是英美、德日的轻罪立法,无论是日本还是美国,罪名数量(尤其是轻罪)体系庞大,远远超过我国刑法中的483个罪名。以美国为例,美国每年约有1320万个轻罪案件。^④这一参照只是简单的类比分析,并不关照中国与西方国家在法律文化、诉讼体制等方面的差异,反而只会造成刑法立法的加速运行。尽管主张积极刑法立法观具有一定的现实合理性,但如果缺乏对积极立法的反思,那么积极刑法立法观就存在滑向激进刑法立法观的风险,积极刑法立法观势必如无根的浮萍,很难期待其具有限制国家刑罚权的理论功能,刑法立法反而因为有太多可能性而变得难以预测,这会导致象征性立法与过度犯罪化。

第一,积极刑法立法观催生象征性立法。象征性立法本质上反映的是立法的显性功能与隐性功能之间的冲突与博弈,隐性功能的不当扩大,会造成刑法立法引导功能的失灵与法益保护功能的缺失。^⑤象征性立法将犯罪化立法、重刑化立法解释为立法机关对民意、舆论的回应,这其实掩盖了决策者依赖刑法、依赖重刑的社会治理动机,将公民秩序与政治秩序融为一体,容易导致刑法立法的不当扩张。一般认为,在社会瞩目事件发生后,在媒体及民众的大加挞伐下,人大

^① 参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期;张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期;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。

^② 参见刘宪权:《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,《法学评论》2016年第1期;刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011年第11期;刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017年第3期。

^③ 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。

^④ See Stevenson, Megan, Sandra Mayson, The Scale of Misdemeanor Justice, 98 Boston University Law Review, 731(2018).

^⑤ 参见[德]弗兰克·萨利格:《积极主义刑法与象征性刑法——刑事政策视角的衡量考评》,郑童译,《国外社会科学》2022年第3期。

代表竞相提出修议案，如惩罚醉驾、冒名顶替、高空抛物等行为，并且通过立法者成为立法现实。尽管这种犯罪化的立法一般存在对公民基本权利的不当限制，但民众及人大代表深信加重刑责是应对社会层出不穷案件的重要法宝，立法机关也更倾向于呼应人民声音，将其立法视为民主立法，亦不敢反其道而行，甚至刑罚正成为国家自导自演、国民自我满足的手段。^① 笔者认为，象征性立法并不具有合法性，不能把民意或舆论驱动犯罪化立法解释为民主立法。正如医生给病人治病，法律人是给社会治病；正如一般民众等非医学人士不能给病人治病，法律也不能由一般民众所决定，而应当由专业人员来决定。象征性立法倚重积极的一般预防理论，它将刑法作为针对一般人的行为规范，认为通过确保对规范或者法秩序的“信赖”，能够唤醒可能实施犯罪的“一般人”的规范意识。^② 然而，大规模增设轻罪或许能产生“急刹车”遏制犯罪的效果，但并不必然会产生强化国民规范意识的结果，危险驾驶罪的高发态势即为明证。

第二，积极刑法立法观导致过度犯罪化。过度犯罪化是指刑法立法将不应当纳入刑法规制范围的行为作入罪化处理，或者不当设置个罪的处罚范围。前者如《刑法修正案（六）》增设的骗取贷款罪，就存在将民事纠纷人为拔高为刑事犯罪的重大疑问，将以欺诈等方式取得的贷款理解为犯罪，导致行为人被定罪处罚，反而不利于增加金融机构的风险防控意识，并且尽管该罪的立法目的在于保护金融机构的财产安全，但因为行为人坐牢反而导致贷款无法真正收回。后者如《刑法修正案（八）》对醉酒驾驶入罪采取抽象危险犯模式，但如果对醉酒驾驶入罪采取具体危险犯模式，那么可以为司法解释在一定程度上限制本罪处罚范围之不当扩大提供立法根据。刑法是对公民基本权利限制最大的法律，也极易成为国家控制社会的手段。过度犯罪化是科学立法、民主立法的“天敌”，非但不是社会治理的有效手段，反而造成国家对民众自由的剥夺，从而导致刑法认同危机。毕竟，刑法并非万能，而只是诸多社会解决手段中的一种。因此，应当摒弃刑法立法及司法适用中的工具主义倾向，不应把社会治理遭遇的问题、难题一概交由刑法解决，否则，必将导致刑法“肥大症”，造成国家治理能力的降低。

第三，积极刑法立法观使社会治理陷入“刑法中心论”。积极刑法立法观是社会转型进程中刑法立法发展转变而形成的概念，并以此为基础形成特殊的立法规范与技术，是对古典刑法范式的新突破。刑法的回应型规制具有合理性，但也有其限度，不能因相当规模犯罪化而强化“刑法中心论”。毕竟，在采取行政处罚与刑事处罚二元处罚机制的立法框架下，随意的、大规模的轻罪立法不具有合理性。“刑法中心论”者主张将国家以正当程序颁布的成文刑法规范作为社会秩序维护或法益保护的核心，它是一种“以刑法为中心而通向社会控制的道路”，包括大规模增设轻罪以强化民众的规范意识。不难看出，这种对刑法行为规制机能的重视，是一种行为无价值的立场，主张将以往属于行政法、经济法或民法等调整的行为犯罪化，以形成轻罪、微罪体系。然而，对刑法的依赖虽然短时间内可以镇痛，但是从长期的社会发展来看，会严重损害社会机体的健康，不利于社会机体的自我康复，且会制造更多社会对立面。一方面，相当规模的犯罪化是一场痛苦的失败，它是从一个极端突然摇摆到另一个极端，是一种过犹不及的反应；另一方面，相当规模的犯罪化意味着过多的刑法干预和过少的自由，将导致过度且不受控制的“大刑法”，把如此多的人描绘成刑事处罚的对象，自然会导致一个被鄙视的犯罪阶层的产生。

^① 参见[日]松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第10页。

^② 参见[日]松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第8~10页。

问题还在于,刑法真的是维护社会秩序或法益保护的最优选择吗?笔者认为,不能因为刑法立法需要积极回应社会发展进程中民众对法益保护的需求,就大幅度降低犯罪化标准,搞所谓的大规模轻罪立法。历史经验表明,刑法的宽严与国家治理能力有关。当国家治理能力低下的时候,更多的社会矛盾会出现,部分社会矛盾是导致犯罪的原因;相反,当国家治理能力提高的时候,社会矛盾也会随之减少,导致犯罪的原因自然也会减少。刑法上的犯罪化扩张立法往往是因为社会治理能力不足、刑事法治不够健全。而刑法的扩张又是造成犯罪数量暴增的原因,即老子在《道德经》中所言的“法令滋彰,盗贼多有”。例如,替考、酒驾、高空抛物、拒不支付劳动报酬、袭警等行为,根本上而言都是社会治理能力不足导致的乱象。因社会治理能力不高而造成社会越轨行为频发,然后以刑法惩治这类社会越轨行为,这对提升社会治理能力并无多大助益,反而会导致刑法对民众自由的剥夺。例如,酒驾的查处其实源于行政机关的执法怠惰与执法能力不足,当《刑法修正案(八)》增加危险驾驶罪后,行政机关反而把查出酒驾犯罪作为完成年度考核任务的重要指标,从而出现此类犯罪的高发态势。

第四,积极刑法立法观的理论方案不具有实践合理性。刑法立法跟不上社会转型发展的新需求而无法积极回应犯罪发展的新态势固然是个问题,但是有效防范刑法立法过度参与社会治理而干预公民自由则是更为重要的问题。刑法立法者基于维护社会安全和社会秩序的考量,把原本由行政法调整或尚未被其他法律调整的行为纳入刑法的调整范围,导致犯罪圈扩大,这存在“犯罪圈越大、安全圈越小”的悖论:首先,“犯罪圈大”可能超出司法承受能力,如果刑法制定后得不到有效实施,而司法力量与能力又有限,那么会导致选择性司法或拼凑式司法,反而出现“犯罪滋生、社会安全难以保障”的怪相。其次,社会安全是一个与惩罚概率相关的范畴,如果只重视惩罚强度而不重视惩罚概率,那么将导致不少犯罪不能被发现,社会安全难以得到保障。再次,过度犯罪化导致刑法与民法、行政法、经济法等法律的边界不清,司法机关会借助司法解释扩大犯罪边界,破坏罪刑法定原则,从而带来严重的刑法风险。最后,当前监狱行刑效果并不理想,再犯罪率仍维持在较高水平。许多犯罪人因未真诚悔过而未能改造为新人,这类犯罪人会反复犯罪、持续犯罪。若大规模增加犯罪而出罪机制不畅或缓刑比例不高,则会导致再犯罪人数规模扩大,成为新的社会安全隐患。

第五,积极刑法立法观导致刑法谦抑主义被错用。为消除刑法大规模增加新罪的副作用,积极刑法立法观主张者提出“立法积极、司法谦抑”的新主张。例如,张明楷教授指出:“与其主张刑事立法的谦抑性,不如强调刑事司法的谦抑”。^①周光权教授则提出与积极刑法立法观配套的制度建设,包括“认罪认罚退赃从轻处罚规定的总则化”“建立与新设大量轻罪相契合的不起诉制度”“打造不开庭审理的刑事速裁程序”“降低羁押率”“降低犯罪的附随负面效应”等。^②田宏杰教授进一步指出:“刑法谦抑性在我国刑法现代化进程中的实现之路在于刑事立法扩张与刑事司法限缩的并行不悖和张弛有度,前者以行政犯增设的犯罪化扩张和刑罚强度减弱的结构化调整为主线,后者则应致力于以下两条进路的展开:一是前置法定性与刑事法定量相统一的刑法适用解释对立法犯罪化之司法认定限缩;二是前置法优先处理原则与刑事法优先处理例外相结合的

^① 张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期。

^② 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。

刑事案件办理模式的倡导。”^①笔者认为,谦抑应是立法者的德性,而非司法者的责任,刑法的谦抑性应当在立法者的法典中辉耀,而非在法官个人的行动中放光芒。^②将立法制造的问题交由司法来化解,这其实是司法所不能承受之重,并且科学立法和刑法的谦抑性可能被误导。以危险驾驶罪为例,立法忽视了治理醉驾的复杂性,以严厉谴责的姿态出现,导致危险驾驶罪成为新的犯罪之王,这并不符合科学立法的要求。刑事司法固然可以对“醉酒”标准从严把握,但是这种司法并无刑法根据,属于“失根”的刑法谦抑,会严重破坏立法的权威性,而司法谦抑也难以真正成为一种长久的制度实践。

在理论多元化时代,积极刑法立法观与消极刑法立法观之间的批判与反批判,是刑法理论繁荣的体现。无论是积极刑法立法观,还是消极刑法立法观,抑或是折中刑法立法观,其间的根本分歧不在于要不要犯罪化立法或者立即停止犯罪化立法,而在于多大规模的犯罪化立法以及根据何种标准进行犯罪化立法。就这一问题而言,单纯从抽象层面的思考价值极为有限,从某种意义上来说都只是一种立场或价值表达,难以真正进入修法实践。真正有价值的问题是,从理论上分析积极刑法立法观存在的理论偏误,使积极刑法立法观保持一种“审慎”立场,这就涉及对刑法立法之反思型规制的理论逻辑建构和理论工具选择问题。

二、刑法立法之反思性规制的理论逻辑和理论工具

(一)刑法立法之反思型规制的理论逻辑

美国的两位法学家诺内特和塞尔兹尼克在《转变中的法律与社会:迈向回应型法》一书中把法律发展类型区分为3类:压制型法、自治型法和回应型法,并指出“迈向回应型法”是法律发展的应然图景。^③回应型法律是一种“作为回应各种社会需要和愿望的一种便利工具的法律”。^④如果从刑法角度观察,压制型法、自治型法分别对应政治刑法、市民刑法,而回应型法对应风险刑法。自治型法是对压制型法反思的产物,而回应型法是对自治型法反思的产物,这与当前国内学者主张的积极刑法立法观之间具有近因性。

作为法社会学的重要观点,回应型法强调法律与社会之间的张力,强调法律对社会的功能性,并主张法律不能脱离其存在的社会环境。与自治型法的消极立法相比,回应型法主张积极立法,以积极回应民众的安全保障需求。根据法社会学的观点,当代各国刑法立法的积极回应态势具有一定的合理性,新的问题与社会矛盾层出不穷且日趋复杂,需要刑法立法积极介入,尤其是工业时代社会风险的增加,如恐怖袭击、环境污染、经济犯罪等,对传统刑法提出新挑战。刑法在罪刑结构上均做出了新调整,强化与发展了刑法的灵动反应机制,呈现出刑法积极主义的发展态势,由此导致刑法的新任务领域不断扩张,除恐怖犯罪、经济犯罪、税收犯罪、环境犯罪、网络犯罪等范围不断扩张以外,个罪的犯罪圈亦发展成“肥大症”。现代刑法立足于积极刑法立法观而呈

^① 田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期。

^② 参见[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,第87页。

^③ 参见[美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第16页。

^④ [美]诺内特、[美]塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第16页。

现出回应型规制的典型发展态势。从我国近年来的刑法立法看,刑法立法为迎合民意或民生保护的需要而大肆增加新罪名或扩大个罪的犯罪圈,甚至加重对某些犯罪的处罚强度,这使得刑法成为风险刑法。同时,司法机关面对如潮水般涌来的新型“犯罪”,基于保护被害人的需求,大量地将处于罪与非罪临界点的行为解释为犯罪,把处于轻罪与重罪临界点的犯罪解释为重罪,由此导致犯罪化上的“双高”现象,即高定罪率与高判刑率,这是风险刑法的刑法风险。

然而,我们必须意识到,回应型规制与压力型立法具有高度重合性,压力型立法的本质仍是法律的强制性规制,且严重忽视了刑法对政治、经济、社会等的反作用。换言之,现代刑法立法的回应型规制是增加更多的罪名和设置更为严厉的惩罚,以强化民众的规范意识,这仍然属于刑法的强制性规制。反思型规制基于系统分析而强调对压力型立法的规制,是对法律之强制性规制的再规制。刑法上的犯罪与惩罚理念、方式多形成于简单社会时代(农业社会时代或初级工业社会时代),过度强调对社会冲突的惩罚,强调对加害方单向的惩罚。在高度复杂的社会中,犯罪治理面临新的挑战,不能仅依据传统的犯罪认定、刑罚制裁以及两者之间的“条件程式”来完成刑法任务,否则在后果考察层面会造成“事与愿违”的糟糕效果。例如,刑法规定单位犯罪本是为了借助刑罚制裁来预防单位犯罪,以免公司、企业给社会造成危害,却可能因刑罚制裁而造成公司、企业破产、劳动者失业和国家税收损失等更为严重的消极后果。有法理学者指出:“反思型法注重激发诸社会系统的自我规制潜力以及为系统际冲突供给协商处理程序,不仅能适应高度复杂社会的治理需要,而且契合‘共建共治共享’的中国社会治理理念。”^①可见,法理学者眼中的反思型规制主要是通过协约自治来弥补法律强制性规制的不足的。

本文意义上的反思型规制是对刑法强制性规制的局限性的双重反思:一是从刑法与社会关系的视角,将刑法的副作用降至最低而把其功能发挥至最大化。这自然包含认罪协商、法益恢复等协约自治的内容,但又有所不同,主要是强调刑法立法、刑事司法的审慎,以避免造成“刑法圈越大、安全圈越小”的悖论。二是从刑法与宪法关系的视角,反思并确认刑法上的犯罪化立法是否符合宪法保障公民基本权利的要求。这既包括考虑犯罪化立法是否以保障公民基本权利为出发点,也包括反思是否存在对公民基本权利的不当限制等问题。这种两重视角的目的,均在于排除不利于社会和他人的犯罪化立法。刑法的目的是通过犯罪及刑事责任的设定与实践,引导一般民众实施从社会角度看最有利于社会和他人的行为,禁止实施从社会角度看最不利于社会和他人的行为。刑法的回应型规制虽然从正向角度看到了那些最不利于社会和他人的行为,强调刑法在社会风险防控中的积极作用,但是没有从反向角度看到单向度的惩罚可能从社会角度看也是不利于社会和他人的。因此,反思型规制追求适度规模的犯罪化,具体包括以下几点:第一,对高发型的犯罪化立法保持必要的谨慎,包括提高其入罪标准。例如,把危险驾驶罪设计为具体危险犯而不是抽象危险犯,对其构成要件增加“不能安全驾驶”的限制。第二,不将原本属于治安拘留的行为升格为犯罪。从司法统计数据来看,我国近5年来每年被治安处罚的人数在900万左右,如此巨大的存量行为假如被犯罪化,或者没有正确对待危险驾驶罪之构成要件的涵摄范围,会导致犯罪率急剧攀升,并不利于社会治理。这正是司法解释对其入罪标准进行限制的重要原因。第三,刑法对集体法益的保护需要谨慎。集体法益以大众为利益的持有人,具有公共性的特征,即使其目的是保护集体法益,也不能过于抽象或模糊,要有明确的内涵可供法官正确认定

^① 陆宇峰:《论高度复杂社会的反思型法》,《华东政法大学学报》2021年第6期。

个罪的构成要件。第四,增加新罪或设置个罪的构成要件必须进行后果考察。以社会福祉的增减来评估特定犯罪化立法是否可采,把弊大于利的情况予以排除,或者选择有利于法益恢复的行政前置性要件。第五,对于非侵犯国家安全、公共安全的犯罪,刑法设置危险犯需要考虑到行为与结果之间的客观归责要求。此类犯罪的不法构成要件需要有结果要素的特殊设定,即制造现实危险的特殊情况,如“足以危害人体健康”“严重污染环境”等。

(二)刑法立法之反思型规制的理论工具之选择

对刑法立法进行反思型规制的理论工具是什么?发端于刑法理论内部的刑法的谦抑性理论、法益论能够完成刑法之反思型规制的任务吗?如果不能,刑法理论又应该选择什么样的反思型规制工具?这在刑法理论上存在重大分歧,需要进一步讨论。

1.刑法的谦抑性理论和法益论的局限性

刑法的谦抑性理论和法益论一直是指导刑法立法的实质标准,也是讨论刑法之正当性的重要且必要的根据。其中,刑法的谦抑性理论是对刑法的外部反思,即从刑法与其他法律的关系角度主张刑法的边界。法益论是对刑法的内部反思,即从刑法目的角度对刑法规范进行反思。两者都是对刑法的局部反思,具有未完成性、非规范性的特点:首先,刑法是法益保护法,法益保护原则通常具有证成立法与解释个罪之构成要件的功能,但是,在立法积极态势下,并没有真正发挥批判立法的功能。或者说虽然具有批判、反思刑法立法的功能,^①但并没有提供衡量标准,因为行政法、民法等也是法益保护法,对于侵害法益或具有法益侵害危险的行为,需要在法益保护原则之外思考刑法与行政法、民法的边界。例如,同样是侵害生命法益的行为,有的是正当防卫导致的,有的是民事侵权导致的(如建筑物倒塌),有的是行政违法导致的(如轻微的殴打)。其次,如何区分刑法与其他法律的界限,刑法的谦抑性理论提供了解答方案。例如,有学者从违背刑法谦抑性理论的立法类型角度,主张刑法不应成为替代政府管理职能的“社会管理法”,其中,防范和治理严重社会危害行为的“危害防治法”、缺乏公众认同而仅体现立法者意志的“立法者的法”、未穷尽其他措施即予启动的“最先保障法”和难以有效执行的“纸面上的法”,都不符合刑法的谦抑性。^②按照刑法谦抑理论所主张的刑罚的最后手段性,如果一种行为由其他法律调整可以取得与刑法调整同样或更佳的效果,那么没有必要采取刑罚手段。然而,这种理论假设并没有考虑到刑法、行政法、经济法等不同法律的规范保护目的之差异,且不同法律的规制效果差异在实证层面通常缺乏可操作性。最后,法益论与刑法的谦抑性理论都是一种非规范性理论,即在实证法层面缺乏规范依据,都只能算是“法学家法”的范畴,因此两者都只能算是对刑法立法的“软约束”,难以形成对刑法之强制性规制的规制效应。以法益论为例,由于法益论是一种局部反思的理论工具,不同的法益观带来的效果不同,因此理论界关于个罪之保护法益是什么的讨论,所主张的法益定义、形成机制及制度理念完全不同,这种对法益的不同解读已经使法益成为一个“变色龙”的概念,其在刑法实践中的意义极为有限。正如国外学者所指出的那样,以法益概念限制刑法“量的”扩张趋势和“质的”去边界化方面成效不大,这已为20世纪六七十年代后的德国立

^① 参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,《法学家》2021年第1期。

^② 参见刘艳红:《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。

法史证实。^① 在个案实践中,2008年德国联邦宪法法院在“兄妹乱伦案”^②判决中,亦明确否认了法益概念对立法的反思批判功能。德国也有学者强调,对刑法规范的正当化而言,仅有法益理论是不够的,在特别的预备犯和危险犯的情况下,必须发展附加的可罚性界限。^③ 就我国而言,尽管法益论为越来越多的学者所接受,但其并未真正进入刑法实践。

2.比例原则的确立

当代刑法所强调的以保障人民自由为重要目的的法治思潮,以个人刑事责任为基础并通过罪刑法定原则、罪责相当原则、法益保护原则、刑法最后手段原则、禁止双重评价原则等基本理念所建构的刑法体系与刑法理论,是在一次又一次刑法修正的历程中不断创新而建立的。比例原则正是吸收了上述内容而形成的体系化的宪法原则,对反思型规制立法的实现具有重要意义。

比例原则是对刑法的内部与外部的综合反思,也是一种立足于宪法的规范反思,具有宪法根据。即立足于宪法对刑法立法、刑事司法进行全面反思,强化对刑法体系的合宪性控制,以打通宪法与刑法的“任督二脉”。比例原则的形成乃源于法治原则及基本权的本质,所有的国家行为(包括立法、司法与行政)皆应受其拘束,它从法治原则出发,将个人作为国家或社会存在的前提,强调刑法不能通过牺牲个人、无视个人的手段来保护个人。

为何刑法的谦抑性理论未真正进入司法实践?这一问题与刑法理论对刑法的谦抑性理论之体系建构密切相关。如前所述,刑法的谦抑性理论更多是作为一种观念指导存在,缺乏法教义学的实质内涵,也不具备规范的约束力,因而往往沦为一种空洞的理念,难以真正进入刑法立法与刑事司法实践。例如,当刑法上的犯罪设定涉及法益冲突时,刑法的谦抑性理论通常给不出合理的解决方案,只有运用比例原则来权衡言论自由与言论犯罪、集体争议权与社会管理秩序保护等之间的冲突,才能追寻法益保护与人权保障的平衡。法益论与比例原则是刑法立法反思型规制的法教义学工具,但两者的分析路径不同,前者把法益论的功能定义为反思刑法立法的立法论功能与指导构成要件适用的解释论功能,并从法益保护的真实性、必要性与价值性角度建构其立法批判功能,以说服立法者能够对不当立法及时“踩刹车”。后者作为宪法审查基准,强调理性的刑法规定应当满足三重理性要求,即目的层面符合法益保护要求、结构层面当属于限制自由的最小手段、功能层面保护目的与限制手段之间的狭义比例性,三者分别对应刑法的目的理性、形式理性与功能理性。从理论主张上看,尽管法益论与比例原则都不反对犯罪化立法与惩罚,而是反对过度的犯罪化与重刑化,但是法益论若想要成为指导、约束立法者的力量,就不能只作为刑法性概念而存在,而是必须回到社会生活或在宪法框架下得以实质化改造。但是这种实质化改造存在疑问:一方面,如果从社会生活角度建构实质的法益概念,那么会抵牾民主立法原则,即以先法性法益批判或否定刑法立法,这其实是以刑法理论否定民主立法的结果;另一方面,如果从宪法角度建构实质的法益概念,那么属于不完全改造工程,因为法益保护与比例原则相比,比例原则本身包含法益保护原则的内容,仅当刑事立法的保护目的符合法益标准且为保护该目的时才能动用刑法。如此理解法益论与比例原则的关系更为妥当,更具有可操作性,也更加具有规范属

^① Vgl. Michael Kubiciel und Thomas Weigend, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzbekritik, Kri-PoZ, 2019, 36ff.

^② Vgl. BverfGE 120, 224.

^③ 参见[德] Claus Roxin:《法益讨论的新发展》,许思捷译,《月旦法学杂志》2012年第12期。

性。比例原则可以被运用于实践,是刑法立法、刑事司法的合宪性审查标准。在强调法律合宪性审查的时代,更应该重视具有规范内涵的比例原则的价值。比例原则不仅强调最后手段原则,还强调最小手段原则。以最小手段原则为标准改进实体刑法,对于降低不公正惩罚的发生率和更好地保障人权本身都是至关重要的。刑法是国家最具侵犯性和有辱人格的制裁,只能作为最后手段,并且应当寻求最小干预,而最小干预原则强调惩罚的严重性与效果的严重性(比例原则)相一致。^①之所以形成最后手段原则,是因为在诸多制裁手段中,刑罚手段涉及人的生命、自由等人身权益,是限制人权最为严厉的手段。因此,应该依据严格的比例原则审视刑罚手段的合宪性,并强调对刑罚手段的目的审查与手段审查均应采取严格审查标准。从最后手段原则理解比例原则的手段审查,最后手段蕴含“不得已的必要性”,即如果用行政法、民法调整可以取得相同或更好的效果,那么没有必要动用刑罚手段;如果能够对个罪设置行政前置性要件确保法益恢复的,那么没有必要坚持有罪必究;同时,还需要避免出现轻罪、重罪之法定刑配置或加重处罚上的失衡问题。就此而言,比例原则才是对刑法立法进行反思型规制的合理的理论工具选择。

3.比例原则的基本功能

比例原则不是单纯的抽象理论,而是具有明确可操作性的规范属性,它能够真正进入合宪性审查实践,能够发挥限制不当刑法立法的功能,以免国家公权力不当干预公民的基本权利。

第一,比例原则具有“正反合”功能。比例原则既有从反向上过滤“过度犯罪化”的法律清算功能,又可以从正向上证成刑法立法的正当性或导出具体化刑法立法的内容,以达到科学立法的效果。作为前提,比例原则适用的根本功能,在于防御性权利的保障。防御权主要针对国家义务的消极性而言,防止个人自由受到公权力的不合理侵害。^②它强调刑法最后手段原则和最小侵害原则,刑法是影响公民基本权利最为严重的限制手段,应当作为最后手段使用,即使国家为保护集体利益而不得不侵犯公民的基本权利,也必须以最小的侵犯来限制公民的基本权利,不能进行过度犯罪化立法与重刑化。一般认为,如果刑法有其值得保护的重要法益,且通过刑罚手段能够实现法益保护的目,而运用行政法、民法等手段不能实现法益保护目标或成本过高时,刑法将某种行为规定为犯罪才符合比例原则。否则,这种犯罪化立法就是过度的。就此而言,比例原则要求立法机关在刑法立法形成过程中,厘清行为应该处罚或不罚,审慎判断达成目的所使用的刑罚手段是否必要,使目的之达成与达成目的的手段之间协调、有度、有效,并且能够通过宪法上的基本权利把刑法立法的合法性、合理性根据说清楚,这有利于实现审慎的犯罪化与刑事责任的宽缓化。

第二,比例原则为犯罪化立法提供负向的过滤机制。立法者在进行犯罪化立法时,必须固守比例原则,只有这样才能避免恣意妄为。从宏观层面来看,比例原则的功能是调和个人权利与集体法益之间的冲突,以达到符合实质正义理性的目的。比例原则以人权保障为根本价值追求,而非唯集体利益至上。如果所要保护的集体利益很重要,但采用较温和的手段损害了不是很重要的权利,那么可以采取相对宽松的审查。相反,如果所要保护的集体利益极为重要,但采取的手段相当严厉,可能严重侵犯了个人重要权利的本质内容,那么可能需要进行严格审查,^③不能轻

^① See N. Padeld, *Criminal Law* (10th edition), Oxford University Press, 2016, p.2.

^② 参见蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,《中国社会科学》2021年第4期。

^③ 参见刘权:《比例原则审查基准的构建与适用》,《现代法学》2021年第1期。

易牺牲个人重要权利,应尽可能采取保全个人权利与集体利益的方法。这有利于唤起立法者、司法者的权利保障意识,保持积极立法而不是激进立法。从微观层面来看,比例原则明确了刑法立法的审查基准与方法,这种审查基准与方法对确保刑法立法的反思型规制具有重要意义,可以实现对过度犯罪化、重刑化、无效化、有害化的过滤。如果刑法在惩罚犯罪上的收益远低于因此而付出的巨大成本,那么这种刑法就是低效甚至无效的,例如,对公司、企业犯罪中的董事长、总经理等实施逮捕、监禁,可能导致企业倒闭、破产,劳动者失业,影响政府税收等。如果刑法对犯罪的惩治以牺牲宪法上公民的基本权利为代价,如以聚众扰乱国家机关秩序罪惩治因信访聚集的群众,就是把属于公民基本权利的行为界定为犯罪,那么这种刑法就是有害的,它严重污染了法治。

第三,比例原则的功能在于判断国家公权力的行使是否存在一种合乎目的与手段之比例关系,或是否具有宪法所容许的正当性。传统的“三阶”比例原则可分为适当性原则、必要性原则与均衡性原则这3个子原则,其中,适当性原则是指公权力行为必须有正当目的,手段必须具有适当性,能够促进所追求的目的的实现;必要性原则要求公权力行为者所运用的手段是必要的,手段造成的损害应当最小;均衡性原则要求公权力行为的手段所增进的公共利益与其所造成的损害成比例。^①比例原则及其所衍生的“过当禁止”,在涉及国家干预人民之自由权作为基本权的合宪性审查程序中扮演着相当重要的角色。这建构起了刑法与宪法之间的位阶顺序,在任何情况下刑法都具有捍卫具体、特定个体权利的主观功能以及捍卫宪法秩序的客观功能。在社会风险日趋增加的时代背景下,立法者出于防范风险和保障安全的考虑,会采取“抓早、抓小、抓全”的政策立场,大量增设抽象危险犯,以预防风险发生或降低其概率。这体现为轻微犯罪的大量增加,其中包含着“以轻罪预防重罪”的立法意图。轻微犯罪侵害法益较小或仅为法益侵害的危险,行为人的身心危险性不大,主观恶性不深,对轻微犯罪人贴上犯罪标签会导致此类犯罪人“社会性死亡”,并且尽管此类犯罪的刑罚处罚宽缓,但刑罚附随后果等社会性处罚较重,甚至是终身性的,导致轻罪不轻、刑罚倒挂问题,因此,不能以轻罪处罚不重为由大规模增设轻罪,轻罪增设也必须严格遵守比例原则。对刑法立法进行比例原则审查,就是强调以刑罚对公民的自由予以限制属不得已的强制措施,具有最后手段的特性,自应受到严格限制。刑法立法不能进行大规模犯罪化,否则不具有宪法容许的正当性,会导致自由与安全之间的紧张关系。

三、比例原则对犯罪化的基本要求和审查步骤

(一)基于比例原则的犯罪化立法审查步骤

刑法立法实现非犯罪化的规范路径,主要是适用比例原则进行合宪性审查。比例原则作为一种负向的过滤机制,一种“带牙齿”的宪法审查标准,既体现了审慎立法的基本立场,也对立法者提出了说理论证的责任。以比例原则审查刑法立法,既涉及审查的基本步骤,也涉及审查尺度。笔者认为,从比例原则出发,刑法上的犯罪化立法需要经过以下3个阶层的步骤检验:

1.目的正当性审查。这涉及刑法干预公民自由的目的一—保护法益及其重要性。就刑法立法而言,存在两种目的不正当的情况:一是欠缺法益保护,即刑法立法设定犯罪,并不能明确其保

^① 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期。

护法益是什么;二是原本值得保护的法益变得不那么重要,刑法立法在立法当时有明确的保护法益,如已婚男女的配偶权。但是,随着社会变迁或社会观念的改变,刑法原来保护的法益已经变得微不足道,甚至不具有价值,不值得刑法持续保护。上述两种判断均以法益为主轴,从存在面看,法益必须是真实的、可以被损害的利益;从价值面看,法益必须是有价值或有利益的存在,立法者需要检验制度或社会资源对于人类自我实现有何功能,以判断有无正当目的。作为前提,刑法保护法益的类型与范围是通过犯罪化立法来体现的,这种权力掌握在立法者手中,立法者也享有一定的形成自由。如果刑法将不具有真实法益侵害或侵害危险的行为规定为犯罪,如《刑法修正案(六)》增设骗取贷款罪,在《刑法》已经有贷款诈骗罪的情况下,再增设骗取贷款罪以维护所谓的金融安全,这就是一种象征性立法,严重违背比例原则。不难看出,立法者优先选择刑法作为惩治环境污染、保护食品安全的手段,背后无非是出于各种经济上、国家财政上的考量,而制裁效果严厉的刑法相较于其他规范系统是相对省力且容易满足社会期待的方案(亦称为“推辞性立法”)。^① 在目的正当性审查中,集体法益的刑法保护范围与边界至关重要。诚然,在尊重基本人权的现代法治国家中,生命、身体、自由等个人法益不仅是人类的直接利益,而且是集体法益存在的基础和出发点,刑法应将其作为主要法益予以优先保护。^② 因此,现代刑法强化对集体法益的保护也是不争事实,并倾向于采取抽象危险犯的入罪标准。集体法益与公共安全、社会秩序等同义,过于抽象且难以判断。从目的正当性审查角度看,如果刑法增设个罪却不能说明其保护的法益是什么,如集体法益不能还原为个体利益,不属于可能危及的极端重要法益,或者危险发生的可能性极小,那么这种犯罪化立法就不符合比例原则的要求。刑法是沟通法,只有刑法规范为一般民众所理解,才能发挥刑法的机能。^③ 按照“模糊无效理论”,如果刑法所保护的法益过于抽象、模糊,不能为一般民众所预见,民众无法理解什么行为是被保护的,那么作为担保行为规范之实效的制裁规范势必将无法发挥任何作用。毕竟,这一作用发挥的前提是使社会成员形成有效的规范理解。此外,在法益衡量的维度,若刑法保护 A 法益会导致 B 法益受侵害,而 B 法益重要于 A 法益,则违背比例原则。

2. 手段正当性审查。手段正当性要求刑法手段能够达成法益保护目的。刑法、民法、行政法都是法益保护法,在保护法益明确的前提下,还涉及保护手段上是选择刑法还是其他法律的问题,不能造成刑法的“肥大症”。应从存在层面分析,如欲达成这一功能,则必须具备何种事实条件,刑法是不是实现这一功能的有效手段或最后手段。依据比例原则,犯罪化立法必须考量刑法作为法益保护最后手段的补充性,刑罚不应渗透到社会生活的每一个角落,而只应控制在维持社会秩序所必需的最小限度之内,刑罚手段只能谨慎地、有节制地加以运用,不到万不得已不应该诉诸刑罚。只有当侵害行为无论是采取行政还是民事的手段都无法有效防止时,才能用刑罚手段加以处理。^④ 因为手段正当性审查必然涉及手段与目的之间的合比例关系,所以采取何种审查标准至关重要。对此,刑法理论不能仅停留在一种抽象层面的逻辑推衍论证或“思想试验”,而

^① Vgl. Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, Duncker & Humblat · Berlin, 2000, S. 125.

^② 参见黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社 2016 年版,第 47 页。

^③ Vgl. Bernd Mussig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Peter Lang Publishing, 1994, S. 222.

^④ 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第 2 版),黎宏译,中国人民大学出版社 2008 年版,第 8 页。

需要通过实证分析,提供其他温和法律手段在法益保护效果方面好于或等于刑法手段的有效判断,以供立法者决策。其实,检验适用刑罚手段是否会导致过度侵犯自由,存在合理性审查标准、中度审查标准与严格审查标准之分。三者均以目的与手段之间的关系为分析工具,分别强调合理性、实质关联性和紧密关联性,从而呈现出“由宽到严”的审查尺度区别。刑法对公民的基本权利限制最大,应当采取严格审查标准,即使行为人实施的犯罪造成法益侵害,但若是为了保护法益迫不得已而为,也应该基于宽容精神,强调刑罚是最后和极端的手段。

3.手段必要性审查。手段的必要性意味着在确定采取刑法手段的同时,刑法保护目的之重要性必须优越于干预公民基本权利的重要性,不能进行保护法益与损害自由之比例失衡的犯罪化立法。这就需要分析个罪之构成要件的涵摄范围,不能造成个罪的“肥大症”。比例原则要求构成要件受制于保护法益,从保护法益来判断个罪之构成要件的涵摄范围。这就需要分析具体行为与保护客体之间的侵害历程如何发生,是选择结果犯、具体危险犯还是抽象危险犯。实害、现实的危险都是自然的、经验的概念,是可以证明的。而抽象的危险是一种拟制的概念,是无法借助法益侵害来证明的,不受因果法则支配而成为客观存在,保护法益具有精神化、抽象化特点。精神化、抽象化的法益具有不可侵害的特点,或者说这种侵害是法律拟制的,不能通过证据予以证明。如果不受侵害,那么不可能有现实的危险与抽象的危险的分级。这决定了立法者不能将具体危险犯降格为抽象危险犯,需要审慎对待抽象危险犯的存在范围,将其局限于可能危害国家安全、公共安全的犯罪领域而不是妨害社会管理秩序的犯罪领域。同时,比例原则要求依据实害和危险的轻重程度区分法定刑的轻重,不能出现重罪轻罚、轻罪重罚、刑罚过剩等现象。例如,对于设置五年以下有期徒刑就可以达成预防犯罪目的的,就没有必要对其设置五年或十年以上有期徒刑。刑罚设置与法益保护之间必须符合法益衡量之平衡原则(即比例原则之狭义比例性原则)的审查。只有当刑罚是人道的且所造成的消极后果小于犯罪行为的危害后果时,适用刑罚才是“值当的”。例如,过高的罚金已经超出合理的目的,刑法增设终身监禁会导致比死刑更重的惩罚,就不符合比例原则的要求。

(二)比例原则对犯罪化立法的基本要求

在社会转型时期,刑法根据社会发展的需要增加新罪或调整个罪的犯罪圈,这是刑法积极参与社会治理的体现。然而,犯罪治理与治理犯罪均不可偏废,对犯罪化立法的限制也不宜忽略,否则刑法处罚的范围将漫无边际。因此,刑法理论尚需进一步讨论比例原则对犯罪化立法的基本要求,这涉及以下3方面的问题。

1.不能搞大规模轻罪犯罪化立法

社会风险的增加与复杂化对国家提出了安全保障的义务,这为犯罪化立法提供了说理根据,如以危险预防为主要目的之抽象危险犯大量增加。可以预见,随着新型法益侵害行为的不断出现,未来刑法修正案还会增加一些新的罪名,以积极回应民众的安全保障需要。然而,国家的保护义务有其限度,违背当事人意志的监护性保护,既不是国家保护义务论所包含的,也不是国家保护义务论所允许的。^①不难看出,大量增设轻罪以强化民众的规范意识成为近年来国内学者推崇的主张,尤其是随着《中华人民共和国行政处罚法》的颁布,不少学者以“法治原则下涉及人身自由的处罚,具有刑事法性质,只能由人民法院裁判”为由,主张把剥夺人身自由的行政处罚

^① 参见[日]小山刚:《基本权利保护的法理》,吴东镐、崔东日译,中国政法大学出版社2021年版,第298页。

涉及的行为纳入轻罪体系。

笔者认为,上述主张虽然具有一定的合理性,但细究之下可以发现,这是一种典型的违背当事人意志的监护性保护,表面上是在保障公民的基本权利,实际上却可能严重损害公民的基本权利。因此,不能过于激进而主张大规模增设轻罪,否则会导致过度犯罪化。原因如下:第一,上述观点不仅忽视了行政诉讼作为法院裁判对违法行政处罚的救济功能,而且会使更多的行政违法者被贴上犯罪标签,导致进入司法程序的犯罪数量暴增。第二,我国现阶段刑事司法存在腐败性司法、趋利性司法等现实问题,单一地由行政程序转变为司法程序的改革可能并不会带来实质性改善,反而可能造成过度犯罪化现象。第三,过于频繁的犯罪化立法将会给刑法规范带来巨大的混乱和不确定性,削弱法律从业人员在现有规范下积累的司法智慧。毕竟,司法智慧有路径依赖问题,那些在已有刑法体系中积累了专业知识的法律人将不愿意放弃这些智慧,从而在面对新的犯罪治理需求时存在严重的“水土不服”问题。就此而言,即使主张积极刑法立法观,也只能是有限规模的犯罪化立法,而不是相当规模的犯罪化立法,不能进行犯罪化立法“大跃进”。

同时,安全与自由之间的紧张关系及其化解,始终是犯罪化立法需要直面并解决的难题。要在捍卫自由与保障安全之间走一条平衡道路极为艰难,积极刑法立法观的主要问题不是反自由,而是破坏安全。刑法立法上的犯罪化是与社会转型相关的活动,社会转型时期社会矛盾的大量增加,必然需要刑法立法予以回应。然而,刑法对社会问题的回应必须慎之又慎,只能追求适度规模犯罪化,而不能搞犯罪化立法“大跃进”。毕竟,刑法是社会长治久安的“定海神针”,需要走出“犯罪圈越大、安全圈越小”的困境,而不是制造这种怪相。刑法不是追求正当目的的唯一适当手段,面对社会转型时期社会矛盾的增加,犯罪化立法是无奈选择而非正当选择。主张积极刑法立法观且强调相当规模的犯罪化,会导致刑法整体罪名大幅度增加与个罪之犯罪圈的膨胀,这固然可以发挥部分犯罪预防功能,但也会把不少本属于行政违法、民事违约的行为纳入犯罪圈,得不偿失。更为重要的是,过度犯罪化往往意味着把超越个人而存在的“人类安全”视为具有普遍妥当性的理性,会形成对抽象危险犯的依赖症,这其实展现了一种虽努力追求积极的一般预防但效果有限的现代刑法图景。就此而言,如果缺乏合理的犯罪边界,积极刑法立法观可能是一个“自我挫败”的理论主张,刑法修正案快速增加新的犯罪或扩张个罪犯罪圈,可能导致“犯罪圈越大、安全圈越小”的悖论。

2.不能坚持“以轻罪预防重罪”的立法逻辑

随着风险社会的到来及民众权利保障要求的提高,“以轻罪预防重罪”是学界近年来的基本主张,如有学者曾指出:“如果考虑到我国刑法还规定了聚众斗殴、寻衅滋事等包括了伤害内容的犯罪,以及伤害的标准远远高于日本的事实,我国故意伤害罪的发生率会更高。从立法论的角度可以想到的是,日本等多数国家刑法规定了暴行罪,该罪成为故意伤害罪的一道防线,使得故意伤害罪明显减少。我国刑法没有规定暴行罪,一些人因为暴行本身不成立犯罪,便肆无忌惮地实施暴行,进而构成了故意伤害罪。这表明,暴行罪的设立有利于保护公民身体健康”。^①就立法发展趋势而言,刑法修正案频繁出现以危险驾驶罪预防交通肇事罪,以非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪等预防恐怖主义犯罪等态势。同时,各国刑法典中也出现了刑法保护早期化和法益保护前置化、抽象化的趋势,这些趋势秉持着以轻罪预防重罪的立罪逻辑。

^① 张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期。

笔者认为,“以轻罪预防重罪”的立罪逻辑不能自治:第一,这一立罪逻辑把人当成手段而不是目的。公民不是作为法律的主体,而是作为保护的客体。刑法上的犯罪化立法越多,就越是体现为把人当成预防犯罪的工具。第二,尽管学者们主张以前科消灭来解决轻罪的副作用,但问题在于,国家制裁的真正目的是给罪犯带来耻辱的痛苦,这种污名化才是刑罚发挥作用的体现。因此,刑事定罪通常具有侮辱性、社会排斥性以及产生与社会分裂的结果。同时,犯罪标签主要是一个文化现象,不会因前科消灭而真正消除。第三,刑法的传统功能是通过惩罚的威胁来减少危害社会的行为。“以轻罪预防重罪”固然有避免重罪的功能,如以危险驾驶罪来预防交通肇事罪,但就利益衡量而言,这会导致更多人身陷囹圄,国家与社会将为此付出巨大代价。危险驾驶罪每年处罚10万人以上甚至高达30万人,即为明证。^①第四,过度强调“以轻罪预防重罪”的立罪逻辑,必然会造成轻罪立法上的攀比效应,导致过度轻罪化悖论。轻罪数量的大幅度增加,也会使司法实践中的选择性司法、腐败性司法等问题随之增加。第五,轻罪与重罪之间并不必然是逻辑上的递进关系。例如,故意杀人并不以故意伤害为前提,交通肇事也并不必然以醉酒驾驶为前提。

增设轻罪预防破窗效应,这是增设轻罪的意外惊喜,但不能反过来,为了预防重罪而一味地增设轻罪,以强化风险预防。比例原则强调,如果以限制公民基本权利较小的手段就能够达到相同或更佳目标,那么应当选择限制较小的手段。不难看出,“以轻罪预防重罪”主张中的轻罪与重罪,通常是危险犯与实害犯的递进关系。所谓以轻罪预防重罪,就是以抽象危险犯预防实害犯。危险犯亦有抽象危险犯与具体危险犯之分,相比于抽象危险犯,具体危险犯是对公民基本权利限制较小的手段。为避免陷入“以轻罪预防重罪”的怪圈而违背比例原则,刑法对轻罪设置抽象危险犯的做法应进行严格限制。就其设置来说,刑法不排斥危险犯,但对危险犯应当以具体危险犯为主,只对个别例外(如累积犯)设置抽象危险犯,将其局限于保护极端重要法益(如公共安全),具有法益侵害可能性的领域,不能把单纯的不服从行为(如秩序违反)规定为抽象危险犯。就其适用而言:第一,抽象危险犯的出罪需要从法益的反面论述来实现,若具体危险的可能性不存在,则抽象危险犯的可罚性也应当受到排斥。例如,不能简单地把生产、销售假药罪的保护法益界定为药品管理制度或促进健康的制度性条件,而是需要进一步考察所谓的假药是危害身体健康还是增进身体健康。第二,若危险已经排除,则行为人不应该受到处罚。例如,醉酒驾驶一段时间后,把车停在路边睡觉的行为。第三,对抽象危险犯不能采取严格责任,而是允许反证。例如,环境污染是由天气恶劣导致排污管被冻裂所引发的,行为人对此完全不知情,故不能对其定罪。

从立法发展来看,刑法应当整体上严格限制抽象危险犯。过于具体化的罪名会陷入分类逻辑的概念陷阱,带来处罚漏洞。相反,过于抽象化的罪名会陷入哲学思辨的语言陷阱而罚及无辜,典型如刑法中的抽象危险犯。抽象危险犯既是对抽象法益的刑法保护,也是刑法对法益的抽象保护。^②从积极角度看,抽象危险犯立法有助于提高司法效率,抽象危险犯的构成要件行为已表现危险性,由于没有不法结果的现实危险的要求,不需要证明不法行为与不法结果之间的因果

^① 参见《2021年全国检察机关主要办案数据》, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1, 2025-05-06。

^② 参见[日]关哲夫:《现代社会中法益论的课题》,王充译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第12卷),法律出版社2007年版,第348页。

关系,因此可以避免实害犯中证明故意、过失和因果关系等困难。从消极角度看,抽象危险犯对危险的干预属于典型的提前干预,即允许在某些危险变集中之前,刑法基于安全进行预防性干预,在某些情况下,可能连起码的危险都没有,这种干预具有典型的象征性刑法属性,即出于保障安全的需要,立法者与一般民众很容易在以法律手段预防风险上达成共识,甚至主张用更为严厉的刑法去打击犯罪,而不考虑立法目的能否达致或立法效果如何。面对醉驾、高空抛物、抢夺方向盘等行为导致的损害,民众很容易从自身利益而不是公共性立场出发夸大这种损害,由此导致犯罪化立法情绪的高涨,立法者屈从民意从而大量增设新罪。因此,刑法增设抽象危险犯更多的是刑法的不当扩张或非理性扩张。不当扩张意味着把本不该由刑法调整的行为纳入刑法,而非理性扩张则意味着某种行为纳入刑法固然有其正当性,但其范围缺乏必要的限制,如对危险驾驶罪增加“不能安全驾驶”的入罪限制。在重视社会风险控制的时代,损害不仅包括实害,而且包括危险,但排除完全没有危险的情况。就此而言,立法将某种行为定义为犯罪而形成的法定危险,并不等同于现实危险,抽象危险犯的个罪构成要件必须增加一定的结果要素。

3. 需要强调犯罪化立法的实证调研与立法试验

犯罪化立法需要有正当理由,正如法官不能在没有证据的情况下定罪一样,立法者也不能在没有社会危害事实根据的情况下将特定种类的行为定义为犯罪,这一事实根据包括行为危害及其程度、其他法律调整的效果等。如果大多数人认为一个人的行为已经构成犯罪,但《刑法》中的条款并未涵盖该行为,那么可由立法机构予以纠正。刑法是法益保护法,而拟增设新罪的保护法益是什么,属于立法事实论范畴,需要予以证明。鉴于立法者的一个不太确定或错误的判断都会产生非常严重的后果,理论界多主张应避免激情立法、案例立法或现象立法等,而避免的方法是把犯罪化立法建立在实证分析的基础上,包括明确判断个罪的保护法益、实际评估刑法实施的利弊。具体而言:第一,犯罪是一种存在法益侵害或侵害危险的行为,法益侵害的危险不能靠直觉、想象、经验等非理性标准进行判断,而是需要通过立法实证来明确风险存在与危害结果之间的“因果链”,以确保个罪保护的法益具有真实性、价值性,在立法事实层面把不具有法益侵害的真实性、价值性的情况予以排除。第二,惩罚不成比例的罪行违背比例原则,刑法并非万能,不是所有的社会矛盾都需要借助刑法解决,也不是所有的社会矛盾都能够通过刑法解决。如果其他法律调整的效果更好或与刑法调整的效果相同,或者以犯罪惩治某种行为所要付出的成本巨大而收益较小,那么没有必要将其规定为犯罪。例如,如果对逃税罪设置行政前置性要件就可以实现确保税收的立法目的,那么没有必要直接对逃税人追究刑事责任。这一犯罪惩罚模式有必要在行政犯中予以扩大化适用。第三,就分则个罪而言,采取实害犯还是危险犯、具体危险犯还是抽象危险犯,涉及刑法的宽严及对公民基本权利的限制程度。例如,抽象危险犯与具体危险犯关于手段限制轻重的衡量以及手段所实现效果的衡量,不管其衡量标准是什么,都不仅是方法论上的存在,而且涉及立法实证与司法统计。

刑法上的犯罪化具有指导公共政策制定与运行的功能,而不是单纯被动受制于公共政策。^①同时,小到个人式的风险回避,大到社会群体的社会保险机制乃至国家的风险预防与控制,都是在概率统计的基础上发展而来的,因此必定涉及立法试验与立法实证问题。试验性立法是比例

^① See Hamish Stewart, *The Normative Structure of Criminal Law: Moral or Political?*, 9 *Criminal Law and Philosophy*, 719(2015).

原则验证的制度保障,只有结合两者才能有助于比例原则在刑法立法中的贯彻落实。以集体法益的刑法保护为例,多数人的安全并不必然比个体的自由更重要,集体法益的范围与内容需要合理划定,不能动辄以保护集体情感为由而进行犯罪化立法,也不能把本属于个人法益之集合的情况包括在内。同时,刑法、民法、行政法等都是法益保护法,刑法对集体法益的保护必须遵循比例原则,并重视试验性立法。比例原则要求正确对待刑法与行政法在集体法益保护上的角色担当与分配,不能不加批判地将本属于行政法调整的行为纳入刑法,从而使刑法发展成为社会管理法或风险管理法。试验性立法意味着如欲把某种侵害集体法益的行为纳入刑法上的犯罪,必须先由行政法调整,并经验证行政法的调整是无效的。若没有经过行政法意义上的先行先试,则不宜直接规定为犯罪。

刑法可能防控危险,但对于风险基本无能为力。立法试验的前提条件是通过立法实证明确危险与风险的区分。风险具有如下特点:第一,侵害的未来性与不确定性,即按照过去的经验,风险被推定为一个不确定但有可能发生的损害事件,这一损害事件并不是立即发生,而是指向未来,甚至可能在未来也不会发生。当然,这也包括因信息不对称(如不明确、不充分的科学资讯)而导致损害发生,或如依据已有科学知识预测不会发生但事实上造成了某种损害的低概率事件。第二,风险不仅存在于主观层面,就风险发生的因果层次而言,因人们缺乏足够的信赖而无法确信一定的原因必然会产生一定的结果;而且在客观层面也无法确切得知是否存在这种因果关系。风险是基于知识的有限性而产生的,它可能造成不可预测的威胁结果,或者成为无法避免的情况。相比之下,危险是基于已经掌握的知识与经验法则而得出的可预测的威胁结果。例如,从事事实性陈述的角度看,年老病死是一种风险,但从规范性陈述的角度看,它不属于危险,因为这种利益损失是可以预见的,却又是不可避免的。^①如果刑法对风险进行规制,那么必然会导致美国社会学者罗伯特·默顿所称的“失范”状态,^②即一种约束力丧失的状态,从而发展成为纯粹的工具性控制。例如,将正常的民间融资行为规定为非法吸收公众存款罪,对属于市场行为的银行借贷规定为骗取贷款罪等。当然,即使被证明为危险,刑法对危险的预防与控制也只能局限于当危险转变为现实时会造成不特定且多数人的的人身法益、财产法益遭受严重损害的情况,且惩罚的行为系危险发生可能性大的情况,不宜将对秩序法益侵害的危险或危险发生可能性小的情况入罪。

四、结 语

刑法理论的任务不只是认识刑法,也包含改善刑法,需要启人清明,并唤醒责任感。积极刑法立法观从刑法与社会关系的视角观察刑法,主张相当规模的犯罪化,这存在僭越刑法边界的风险。刑法是以剥夺自由、财产等权益为制裁手段的,是人类的“亲密敌人”,而不是“快乐伙伴”。刑法上的过度犯罪化是对公民自由的最大威胁,可能导致大规模犯罪失序状态的出现。因此,现代刑法仍需追求法益保护与人权保障的最佳平衡点,需要特别警惕“刑法圈越大、安全圈越小”的悖论。由于刑法立法上刑罚权扩张的现象属于常态,刑法理论不宜再为刑罚权的扩张呐喊助威

^① 参见[德]雅克布斯:《保护法益?——论刑法的合法性》,赵书鸿译,载赵秉志、宋英辉主编:《当代刑事法研究》(2017年第1卷),法律出版社2017年版,第23页。

^② Vgl. Merton, Sozialstruktur und Anomie, in: Sack/König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, S. 283 ff.

而主张相当规模犯罪化,而是需要形成一种限制国家刑罚权扩张的理论,以形成对国家刑罚权扩张的警醒力量。因此,刑法学作为刑法限制科学的属性,在新的时代背景下虽有合理修正,但并未发生根本性改变。基于此,本文提出刑法立法之反思性规制理论,把比例原则植入刑法理论,期待为审慎的犯罪化与刑事责任的宽缓化立法提供具有可操作性的审查标准与方法。

Abstract: Criminal law is not a social management law or a law for the maintenance of order, how to pursue the best balance between the protection of legal interests and the protection of human rights, how to effectively avoid the criminal law sliding from a free mode to a control mode, and how to avoid a positive view of criminal law legislation to a radical view of criminal law legislation, all of which require the transformation of criminal law legislation from a responsive regulation to a reflective regulation. The reflective criminal law regulation should abide by the principle of proportionality, judge whether the legal interests expected to be protected by the criminal law are true and valuable from the perspective of the legitimacy of the purpose, judge whether the criminal law is the last means to protect legal interests from the legitimacy of the means, whether exhaust remedies such as administrative law and civil law, and based on the investigation of the consequences in the sense of measuring legal interests, conduct an assessment of the pros and cons of the effect of criminalization legislation in advance, so as to determine whether it is necessary to adopt criminal punishment. Proceeding from the principle of proportionality, China's future criminal law legislation needs to follow the following development path: large-scale legislation on the criminalization of minor crimes cannot be carried out, the logic of "preventing serious crimes with misdemeanors" cannot be logically self-consistent, and the legislative empirical evidence and legislative experiments of criminalization legislation should be emphasized.

Key Words: positive view of criminal law legislation, reflective regulation, responsive regulation, the principle of proportionality, criminalization on a considerable scale

责任编辑 田国宝