

反思刑法谦抑主义

孙 国 祥^{*}

摘 要:谦抑性考察已成为当下评判刑事立法和刑事司法的基础性分析工具。与此相应,我国晚近以来的历次刑法修正案所反映的犯罪化进程被不少学者反复诟病为“不谦抑”。刑法谦抑主义虽然彰显了古典刑法保障个人权利的理念,但是谦抑性并非一个价值中立、超越时空、至高无上的刑法原则。直面现代社会刑法法益保护与人权保障的内在紧张关系,仅从单一化的谦抑主义维度去评判刑法发展的得失是偏颇的。谦抑性应该还原为罪刑法定原则之下用来说明和贯彻罪刑法定原则的子原则。反思刑法谦抑主义,并非要放弃或终结对刑法谦抑性的追求,而是主张在肯定谦抑理念的同时对谦抑性在立法和司法、设罪和配刑等不同场域作不同的把握。刑法的发展需要在法益保护与人权保障中寻求一种张弛有度的动态平衡,而绝非单向度的谦抑主义。

关键词:刑法谦抑主义 犯罪化 非犯罪化 轻刑化 刑法修正案

自 20 世纪 90 年代以来,刑法谦抑主义被我国许多学者推崇为现代刑法最重要的理念。不少学者高擎谦抑主义大旗,或者将其作为反思刑法传统功能的视角,或者将其作为解构刑法具体规范的工具,或者将其视为引领未来刑法现代化的标识。然而,刑法谦抑主义真能担此重任? 本文在归纳谦抑主义引领下的若干流行观点的基础上,对上述问题进行观察和反思。

一、刑法谦抑主义的流变及推导出的若干理论主张

刑法谦抑主义是西方国家启蒙时期伴随对传统刑法意义和目的的反思而形成的理念。^① —

^{*} 南京大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(20BFX056)

^① 有学者认为刑法谦抑性这一概念最初是由日本学者平野龙一提出来的。参见杨曼蛟:《在人性观视野下诠释刑法谦抑性》,《政法论坛》2010 年第 3 期。但是,日本学者平野龙一指出,谦抑性是根据德国弗莱堡大学耶塞克教授在日本的演讲整理归纳的。参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 90~91 页。德国著名刑法学家耶塞克认为,欧陆启蒙主义时期,人们就开始思考刑法的意义和目的,思考刑罚权通过国家契约论与法定原则的联系。参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社 2017 年版,第 132 页。

般认为,中国刑法学理论中的谦抑性概念是从日本传入的,由最初有些别扭的新术语逐渐成为刑法学理论研究的基础性概念。虽然对于什么是谦抑性,人们的理解仍有差异,但是望文生义,谦就是“让”,抑就是“压”,说得复杂些,作为一种价值追求、思想构建、行动理念,在社会冲突面前,刑法应该压制“冲动”,退居二线,体现其补充性、不完全性、最后手段性和宽容性的特征。^① 集谦抑性的多种意涵,其基本立场就是刑法的入罪要谨慎和消极,刑罚的配置与适用要缓和及宽容。

(一)刑法谦抑主义刑法地位的演绎

通过对相关文献的梳理不难发现谦抑主义刑法地位演绎的大致脉络。最初,谦抑主义是用来作为对刑法保护机能的一种制约而出现的,^②是罪刑法定原则派生的用来诠释罪刑法定原则内容的子原则,促使罪刑法定原则始终保持消极、抑制的方向。^③ 随着谦抑主义理念被倡导,一些学者将其抬升至与罪刑法定原则同等地位的刑法基本原则。例如,有学者提出:“无论在刑事立法的制定、刑事司法的运作方面,还是在刑事解释的维护方面,刑法谦抑性的理念都应深入其中,刑法谦抑性宜与罪刑法定、罪刑均衡等刑法原则并列而视为刑法的基本原则”。^④ 时至今日,在国内外一些学者的笔下,谦抑性已经遽然攀升到前置于罪刑法定原则之上理念的位置。“罪刑法定原则、罪刑相当原则作为刑法的基本原则,统摄于一个前置性理念,即刑法谦抑理念。”^⑤ 换句话说,谦抑主义已成为贯穿于全部刑事法领域的基本理念,体现了对刑法价值目标的追求。有学者直截了当地提出:“刑法谦抑性是法治国家的最基本的操守。必须从斑斓绚丽的宏大叙事内化为刑法立法和司法惯习性的行动约束。”^⑥ 值得一提的是,在作为“马克思主义理论研究和建设工程重点教材”的《刑法学》中,刑法的谦抑性也被认为是决定刑法的法律性质、与其他部门法相区别的一个显著特点。^⑦

(二)基于刑法谦抑主义推导出的若干理论主张

刑法谦抑主义的脉络沿着观念层面的转变和立法、司法层面的践行而展开。对刑法学一些基本命题的理论见解,可以映射谦抑主义带来的某些颠覆性主张。

1. 呼吁停止立法的犯罪化作业,主张部分“纯道德犯罪”的非犯罪化。谦抑主义主张刑事立法应克制,与晚近以来盛行的非犯罪化、非刑罚化思想同构,“通过非犯罪化保护法益”是其标志性的口号。^⑧ 晚近以来,我国每次修正刑法,都会有不少学者以背离谦抑主义为由否定其合理性。例如,针对《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)》]新增高空抛物等罪名,有学者批评道:“将该类行为上升到刑法规制的高度,模糊了作为最后一道防线的保

① 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。

② 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。

③ 参见刘淑珺:《日本刑法学中的谦抑主义之考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(2008年第1期),北京大学出版社2008年版,第288页。

④ 熊永明:《论刑法谦抑性宜为刑法的基本原则》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第6期。

⑤ 徐岱、王军明:《刑法谦抑理念下的刑事和解法律规制》,《吉林大学社会科学学报》2007年第5期。

⑥ 石聚航:《刑法谦抑性是如何被搁浅的?——基于定罪实践反思性观察》,《法制与社会发展》2014年第1期。

⑦ 参见《刑法学》编写组:《刑法学》(上册·总论),高等教育出版社2019年版,第38页。

⑧ 参见[德]洛塔尔·库伦:《环境刑法——新教义学的探索》,胡敏慧译,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第16辑·下卷),法律出版社2019年版,第121页。

障法刑法与其他部门法的界限,违反了刑法的谦抑性原则”。^①

与此相应,近年来还有不少学者纷纷撰文,主张刑法应该与犯罪化发展反其道而行之,即应循非犯罪化的方向发展,那些“纯道德犯罪”“无被害人犯罪”应及时在立法上除罪。一些学者提出的拟非犯罪化的罪名众多,诸如聚众淫乱罪,传播淫秽物品罪,盗窃、侮辱尸体罪甚至聚众斗殴在没有造成人员伤亡的情况下,都属于无被害人犯罪,都应非犯罪化。^②

2.主张司法应秉承罪疑唯轻的原则,禁止作不利于被告人的解释。因文字表达存在一定的局限性,故刑法中的大多数概念都存在解释的空间。同时,随着社会状况的变迁,被固定化后的法规范出现疏漏或缺陷,法解释就成为明确法规意思内容的实践性工作。^③ 尽管没有人否认刑法需要解释,但是该如何解释却存在不同的价值取向。本来,对于刑法法益保护与人权保障的机能性冲突,学界一直沉浸于寻求保护与保障双向使命的平衡,刑法解释也以此为目标,但一些学者站在谦抑主义的立场上强调人权保障优先的理念,主张刑法的解释应坚持“有利于被告原则的立场”,并断言“在需要对刑法进行必要的解释时,坚守对被告人有利原则已成为当今坚持罪刑法定原则的一个子原则”。^④

3.强调刑法的辅助性,否定刑法的独立性。例如,有学者指出:“刑事诉讼在纠纷解决的时间上的最后性,要求国家和社会在解决纠纷时,能用民事诉讼、行政制裁等其他手段时尽量不用刑事的手段”。^⑤ 在司法实务中,一些司法人员在分析具体案件时,尤其是在涉及罪与非罪的界限时,常常自觉或不自觉地以刑法谦抑性作为佐证,并似乎立即占据了先进刑法理念的制高点。晚近以来的一些社会热议案件,如“许霆盗窃案”^⑥“马尧海聚众淫乱案”^⑦等,有人认为司法机关把许霆利用自动取款机出错从中取钱的行为、^⑧马尧海以换妻为名聚众实施的性行为^⑨作为犯罪处理明显不符合刑法的谦抑性。

4.强调以宽为先的刑事政策。谦抑主义在当下也已经成为解读和评判刑事政策正当性的重要标准。无论是对20世纪80年代“严打”刑事政策的反思,还是对宽严相济刑事政策的解读,一个重要的维度就是看其是否契合刑法谦抑主义。肇始于20世纪80年代的“严打”,不但扩大了处罚的范围,而且加大了处罚的力度,特别是死刑罪名的大幅增多和死刑司法的增加,试图通过单向度的“严打”营造良好的社会秩序,自然不符合谦抑性的要求。一些学者强调宽严相济刑事政策应当包含“宽”字为先的谦抑原则。^⑩ 由此形成一种令人忧虑的反常现象,“一些刑法学者与实务人士经常挂在嘴边的话就是‘缩小打击面,扩大教育面’、‘不能扩大处罚范围’;有人甚至以

① 刘宪权:《〈刑法修正案(十一)〉的解读与反思》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2021年第1期。

② 参见杨兴培:《公器乃当公论,神器更当持重——刑法修正方式的慎思与评价》,《法学》2011年第11期。

③ 参见[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第8页。

④ 杨兴培:《反思与批评——中国刑法的理论与实践》,法律出版社2013年版,第42页。

⑤ 郭云忠:《检察权谦抑性的法理基础》,《河北法学》2007年第5期。

⑥ 参见侯国云、么惠君:《许霆取款行为不应以犯罪论处》,《法制日报》2008年1月20日。

⑦ 参见郭晓飞:《刑(性)法的宪法制约——法教义学视野内外的聚众淫乱案分析》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第34卷),北京大学出版社2014年版,第491页。

⑧ 参见赖修桂、赵学军:《从许霆案看刑法的谦抑性》,《法律适用》2009年第2期。

⑨ 参见曹瑞:《自我决定权、比例原则与无被害人犯罪的除罪化——从“马尧海案”说起》,《广州广播电视大学学报》2012年第2期。

⑩ 参见龙宗智:《宽严相济政策相关问题新探》,《中国刑事法杂志》2011年第8期。

出罪为荣、以入罪为耻,似乎刑罚处罚范围越窄越好,乃至没有刑罚处罚更好”。^①

5.谦抑主义被奉为刑法学理论证成的权威标准。随着谦抑主义的滥觞,谦抑主义不仅成为解构传统刑法学理论的工具,而且成为评判新的刑法学理论是否科学的重要标准。某个学术观点、主张一旦被贴上“不谦抑”的标签,那么该观点、主张就会被斥为保守、落后,一个解释一旦被贴上“不谦抑”的标签,那么解释者往往就会陷入无从辩解的尴尬境地。^②例如,近年来,风险刑法成为理论界研究的热点问题。“由于现代社会生活的复杂化、科学化和高度科技化,对于每个个体来说社会变成一个巨大的‘黑匣子’,完全把控社会几乎是不可能的。人们的生活很大程度上都依赖着各类脆弱的技术手段……因此,通过刑罚方法来抑制那些可能引发实害结果的行为成为了趋势。”^③但是,该观点被一些学者认为与谦抑主义抵牾而受到不少质疑。很多学者并非从理性的维度去研讨风险刑法的利弊,而是挥舞谦抑主义的大旗直接“扣帽子”,如有学者认为“风险刑法”的理论是反法治的,动摇了刑法谦抑主义。^④

总之,在谦抑主义的语境下,人们习惯于抱怨刑罚的过度供给,指责刑法不够仁慈。对某种行为罪与非罪的理论分析,既不关注该行为有无实质性的法益侵害,也放弃对该行为入罪的构成要素设置是否正当的深度思考,而是将其简单地放在是否谦抑的“坐标”上进行检验,凡是有扩张刑法干预范围之嫌的,都一律给其贴上不谦抑、不正当的标签。

二、以刑法谦抑主义为名的若干主张的多维审视

谦抑主义拥抱的是古典自由主义的理念和传统,隐含着个人权利保障与国家刑罚权限制的关系。对此,德国有刑法学者指出:“由于刑法可能对公民的个人自由予以最严厉的干涉,因此尤其需要采取特殊的预防其被滥用的措施”。^⑤在我国,谦抑性迅速成为普及性的概念有其特定的历史背景助推。众所周知,在我国传统的刑法理念中刑法万能、重刑主义思想一直占据主导地位,刑法的社会保护与人权保障机能长期失衡,谦抑主义向刑法的人权保障机能倾斜,其理念得到广泛的认同。客观地讲,启蒙时代个人主义和自由主义精神大旗下的刑法谦抑主义,具有历史的进步意义。“它促进了国家刑罚之形式、内容和执行的人性化改造,这一成就是必须得到承认的。”^⑥但是,当下一些学者对谦抑主义的片面理解和追求也向人们提出了可以追问、思考和反诘的问题。

(一)现阶段刑事立法是否需要犯罪化作业

作为现代社会刑法发展重要标志的犯罪化(活性化)趋势,在理论界受到许多负面的评价。虽然学者不需要亦步亦趋与立法保持一致,但是学者也不能先天地站在犯罪化的对立面。当下

① 张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,《人民检察》2014年第9期。

② 参见简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,《法制与社会发展》2017年第3期。

③ [日]井田良:《日本刑事立法的活跃化及其进路》,张若楠译,《当代检察官》2020年第3期。

④ 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期。

⑤ [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第36~37页。

⑥ [德]沃斯·金德霍伊泽尔、蔡桂生:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

中国,刑事立法是否已经失去犯罪化的合理性和实质的合法性?笔者以为,我国现阶段刑事立法所体现的犯罪化趋势具有一定的合理性。

首先,犯罪化历程无法一蹴而就。社会发展的不同时期会有不同的刑法规范供给需求。晚近以来,各国刑事立法大都呈现出犯罪化趋势,并且,“这样的‘犯罪化和重刑化’趋势并不是短暂现象,今后还会持续一段时间”。^①事实上,即使是20世纪60年代非犯罪化浪潮甚嚣尘上之时,各国刑事立法的犯罪化作业也从来没有停止,只不过近年来在急剧变革的社会中展现出更加迫切的刚性需求,立法的步伐呈现出越来越快的趋势而备受关注。至于主张“通过非犯罪化保护法益”,也是一厢情愿且无法完成的任务。因为“通过非犯罪化保护法益”建立的基础是“行为参与者无论如何都会以基于理性的行为去实现他们共同的利益”这一假设,而这一假设实际上是难以成立的,人的利己主义考虑决定了,缺乏制裁的力量就难于实现法益保护。^②

与西方国家刑事法治建构的历程相比,新中国刑事立法的起步本来就较晚,客观上需要一个逐步完善的过程。正如我国学者所指出的:“受人的主观认识能力局限性的影响,立法者对于犯罪的评定不可能一次就无遗漏地完成。”^③并且,我国现阶段犯罪化的趋势与我国刑法犯罪圈本来就比较小有一定的关系。例如,与德国刑法相比,我国刑法规定的入罪门槛比较高,限缩了犯罪圈的范围,导致我国刑法犯罪化的程度上远远低于德国刑法犯罪化的程度。^④正因为我国刑法中的犯罪圈较小,所以我国有学者预言:“将来很长一个时期,立法上的犯罪化是刑法立法的主旋律”。^⑤

其次,刑法无法固化为自给自足的封闭体系。刑法本身是国家社会治理工具的有机组成部分,是时代的产物。社会治理的现代化,必然要求作为社会治理工具的刑法现代化。现代刑法的发展,不论是称为“风险刑法”还是称为“预防刑法”,用什么名号标注并不重要,起码从一个比较宏观的发展轴线看,刑法功能变异的必然性其实具体反映出“刑法之现代化”的需求,而主要促因则在于国家试图透过刑法更有效地保护个人权益及支撑此种权益的社会性条件,如经济秩序、自然环境等。德国刑法学者指出,尽管坚决抑制刑法扩张的呼声未曾停息,但是在客观上,“日益复杂的社会关系也需要以更强硬的手段,来应对其潜藏危险的、需要区别对待的发展变化”。^⑥对此,我国也有学者强调:“刑法谦抑性并不意味着不能增设轻罪,也不意味着对犯罪的处罚范围越小越好,关键是要实现妥当的处罚。而为了实现妥当的处罚,立法上就不能束手束脚,也就无法得出不能增设必要新罪的结论”。^⑦申言之,犯罪化是一个永无止境的立法实践活动,以谦抑主义为名的停止犯罪化的诉求不具有妥当性。

最后,犯罪化与非犯罪化是刑法良性发展缺一不可的两翼。犯罪化与非犯罪化并非势不两

① [日]井田良:《日本刑事立法的活跃化及其进路》,张若楠译,《当代检察官》2020年第3期。

② 参见[德]洛塔尔·库伦:《环境刑法——新教义学的探索》,胡敏慧译,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第16辑·下卷),法律出版社2019年版,第121页。

③ 郑丽萍:《犯罪化与非犯罪化并趋——中国刑法现代化的应然趋势》,《中国刑事法杂志》2011年第11期。

④ 参见程红:《德国刑事立法的最新动态及解读》,《国外社会科学》2019年第4期。

⑤ 陈兴良:《回顾与展望:中国刑法立法四十年》,《法学》2018年第6期。

⑥ [德]冈特·施特拉腾韦特、[德]洛塔尔·库伦:《犯罪总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第4页。

⑦ 周光权:《论通过增设新罪实现妥当的处罚》,《比较法研究》2020年第6期。

立,也非在任何时候都必须平行并进,而是互有交集和竞争的两条脉络。虽然人们向往没有犯罪也没有刑法的社会,但是无情的社会现实时刻警醒我们,那是遥远的未来愿景(一个未必能够实现的愿景),将愿景作为现实,无疑是超越,对正在走向刑法现代化的我国来说,其后果常常是欲速则不达,不但无法实现真正意义上的谦抑主义,而且会出现与谦抑主义倡导者主观意愿背道而驰的效果。面对社会生活层出不穷的问题,在提不出具体的解决之道之前,“质疑社会问题是否会在刑事司法制度中找到解决路径,如同否认此社会问题的存在”。^① 正确的选择恐怕不是停止犯罪化,而是在人权保障与社会保护中寻求一种动态性的平衡。对此,德国刑法学者的分析不无启发:“当新型危害社会的行为对和平的共同生活构成威胁的时候,存在许多对其进行刑事处罚的理由,而最终做法是在议会制民主的政体下通过民主制度制定有效的法律”。^② 我国学者对此也作了同样的分析:“作为刑法学人,我们不应将‘违反刑法的谦抑主义’作为一个‘万能’且‘简单’的立法批判工具,指摘刑法的‘过度犯罪化’,在法益保护原则受到了冲击的当下,如何进行刑事立法妥当性的审查与实效性的评估才是刑法理论应当深入研究的问题。”^③ 因此,一厢情愿的谦抑主义话语,对刑法现代化进程的解释力是非常有限的,本身也不可能导出单向性的非犯罪化。

(二)对刑法是否只能作有利于被告人的解释

如前所述,一些学者强调,为贯彻刑法谦抑主义,刑法适用应当作有利于被告人的解释。启人深思的是,刑法规范在客观上存在的巨大解释空间决定了如果对刑法只能作有利于被告人的解释,那么势必造成刑法中的大多数条文被虚置。例如,1997 年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 385 条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪”。如果站在只能作有利于被告人解释的立场上,那么贿赂(财物)的范围应严格限定为金钱、物品。与之相对应,那么,近年来大行其道的“财产性利益”输送就不应作为贿赂认定。职务之便的“职务”有法定职权与实际职权之争,从有利于被告人的角度看,应限于严格的法定职权,而不能以实际拥有的职权作为认定依据;为他人谋取利益应解释为为他人谋取非法利益,并要求实际为他人谋取利益,谋取合法利益或者未实际谋取利益不能作为受贿罪认定;主观上为他人谋取利益必须建立在受贿故意的基础上,事后受贿就应予以否定。如果一概做这种有利于被告人的解释,那么受贿罪的刑法规避就会变得轻而易举,刑法对受贿罪的规制就会成为一纸空文。

事实上,有不少学者已经论证对刑法作不利于被告人解释的正当性。例如,德国著名刑法学家罗克辛曾指出:“当法律问题有争议时,以一般法律解释之原则应对被告为不利之决定时,法院亦应从此见解”。^④ 质言之,与刑事诉讼法“无罪推定”“疑罪从无”原则不同,刑法并没有规定法官有义务从诸多解释法律的可能性中,只能选择一个有利于被告人的解释;相反,“在疑罪的情况

① [美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社 2015 年版,第 164 页。

② [德]埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgenbdorf):《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社 2015 年版,第 236 页。

③ 程红:《德国刑事立法的最新动态及解读》,《国外社会科学》2019 年第 4 期。

④ [德]罗克辛:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾地区三民书局 1998 年版,第 145 页。

下,在对法律规范的解释方面,法院不是选择对被告人最为有利的解释,而是选择正确的解释”。^①

(三)刑事司法是否只能坐等其他法律无法调整时才能发动

作为刑法谦抑主义的重要维度,“刑法规范一定程度上是立法者的‘最后手段’”。^②作为一种立法理念,它强调刑法法益保护的补充性、最后手段性,劝诫国家动用刑罚权须持谨慎态度。刑法作为后盾法,在社会矛盾面前不应冲锋在前,要表现出一定的惰性。

进入刑事司法领域,在刑法有规定的情况下,并不需要坐等其他法律无法调整时才能发动刑法。换句话说,在刑事司法领域,刑法无须站到民法或者行政法的背后。民法、行政法无法调整的,刑法可以介入;行政法和民法可以调整的,刑法同样可以介入。“在罪刑法定原则的指导下,对于符合犯罪构成要件的行为,就应当以犯罪论处,尤其是在民事侵权和刑事犯罪竞合的场合,不能以某种行为属于民事调整为由而否认该行为构成犯罪。”^③在一些犯罪中,民事责任、行政处罚与刑事责任的目的并不相同,“刑法的适用可以并应该强化遵守法律的行为,相较于行政处罚或是民法中的赔偿机制,刑法表现出的社会不认同与前者存在本质上的不同”。^④因此,民事责任、行政处罚与刑事责任常常并行不悖,民事责任、行政处罚不能当然替代刑事责任。

(四)宽严相济的刑事政策是否必须以“宽”为主

宽严相济是我国现阶段基本的刑事政策,其丰富的内涵需要做辩证的解读。晚近以来,将刑罚看作一种“恶”是学界颇为流行的观点。为了抑制刑罚的“恶”,宽严相济理应以“宽”为主。在一些地方,甚至将司法出罪的无罪判决作为践行谦抑主义、体现司法“进步”的标志。这种对宽严相济刑事政策形式意义的误读和对谦抑主义的片面追求并不妥当。

在笔者看来,泛泛而论地将刑罚斥之为“恶”在逻辑上难以自洽。我国有学者正确地指出,英国著名学者边沁“在提出‘刑罚是一种必要的恶’时,仅仅说明刑罚这种‘恶’与犯罪所产生的‘恶’具有本质上的区别,完全没有限制刑法在必要时可以适用的意思”。^⑤事实上,社会的形成源于个人对绝对自由的理性放弃,个人因此得以在包括刑法在内的法律形塑的社会中得以稳定地自由生活。既然个人离不开社会,那么维系社会稳定的刑法就是必须的,“必要的恶”也就不是真正的“恶”,而是一种善。而如果对犯罪产生的“恶”不闻不问,那么本身倒可能是一种不作为的“恶”。诟病刑罚之“恶”,在轻刑化、非刑罚化的旗帜下自废武功,其结果必然是对犯罪持放任主义的态度,而“放任主义的替代措施是不可想象的,摒弃对人类安全有最基本威胁的严重犯罪的刑事制裁(或不同名字的相同物),将等同于社会解体”。^⑥

① [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第212~213页。

② [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第3页。

③ 周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,《中国刑事法杂志》2020年第3期。

④ [荷兰]安德烈·克里普:《欧洲刑事法:以整合为进路》,杜鹃、石佳慧译,中国法制出版社2020年第3版,第232页。

⑤ 王世洲:《刑法保护是最高等级的法律保护——主译序》,载[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第3页。

⑥ [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,第297~298页。

总之,无论是刑事立法还是刑事司法,对犯罪的刑罚供应首先必须满足惩治犯罪、保护法益的基本需求。将宽严相济刑事政策解读为以宽为主,片面、过度强调轻刑化必然导致刑罚供应不足,惩治犯罪不力,从而削弱对刑法法益保护的力度。相对于以往刑罚过于专注报应,我国刑法中以重刑为主的刑罚结构不甚合理,刑罚结构需要进一步优化,死刑罪名仍应逐步减少。可以肯定的是,宽严相济的刑事政策既不是单纯的以宽为主,也不是单向度的以严为主。例如,《刑法修正案(十一)》增加了17个新罪名,并对一些既有罪名的构成要件要素进行了调整,降低了入罪的门槛,扩大了刑法的调整范围,同时提升了部分犯罪的处罚力度。可以说,基本体现了从严规制的刑事政策立场。但是,不难发现,《刑法修正案(十一)》中也有不少严中有宽的规定。例如,刑法一方面降低了部分犯罪的最低刑事责任年龄(由14周岁降低到12周岁),但对12周岁行为入刑事责任的追究设置了严格的条件和程序,仍体现了对未成年人进行特殊保护的刑事政策。

由此而论,无论是在立法还是在司法领域,不难发现以谦抑主义为名导出的若干极端主张,与其说是解读,不如说是附会,也未必符合倡导谦抑主义者的初衷。过度迷信谦抑主义,在立法上可能克减刑法的法益保护机能,在司法上可能削弱刑法惩治犯罪的力度,有损刑法的权威性。正如德国学者所言,从形式上看,晚近以来的刑法发展“背离了古典自由主义的、旨在保护个人权利的刑法模式,而总是延伸到新的领域,如环境、毒品、有组织犯罪、恐怖主义、高科技犯罪和产品责任……德国刑法并非在谦抑,而是在不断向外扩展,其中包含了远远处于‘古典’刑法理论之外的领域”,^①因此,将谦抑性作为刑事法领域“一个简单而便于操作的、用于辨识‘惩罚性’刑事法规的标准追寻,大抵是徒劳的”。^②如果据此指责现代刑法发展背离了谦抑主义,是一种倒退,那么恐怕也是不客观、不能成立的。谦抑主义旨在尊重和保障人的自由,“倘若我们历史性地看待我们今日的刑法,那么,我们就会发现,在尊重人的自由、尊严以及对罪刑均衡的理解这些方面,我们今日的刑法在根本上要远远优越于近代以来的任何一部刑法”。^③外国如此,我国也一样。

三、刑法谦抑主义机能的合理定位

尽管笔者有上述疑窦和反思,但是并不否认谦抑主义本身蕴含的积极价值。谦抑主义在我国刑事政策的调整和刑事法治的建构过程中发挥了积极助推作用,但是,“谦抑性既不是刑法的特征,也不足以成为刑法的原则”。^④面对社会变革的大潮,应当对刑法谦抑主义进行新的思考,将其重新定位于罪刑法定原则衍生出来的用来说明和贯彻罪刑法定原则的下位概念。在肯定谦抑主义积极价值的同时,不需要对谦抑主义过度彰显和迷恋,尤其要警惕借谦抑主义的宏大叙事和浪漫情怀来全盘否定刑法的现代发展,从而导致谦抑主义语境下的刑法虚无主义。

(一) 界定谦抑主义机能的主要维度

^① [德]埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgenbdorf):《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第25页。

^② [德]埃里克·希尔根多夫(Eric Hilgenbdorf):《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第25页。

^③ [德]沃斯·金德霍伊泽尔、蔡桂生:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

^④ 简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,《法制与社会发展》2017年第3期。

笔者认为,界定谦抑主义在刑事立法和刑事司法中的作用,应把握3个主要的维度。

1.个人自由的边界。反思谦抑主义,离不开对个人自由的思考。谦抑主义反映了“个人主义、自由主义思维和行动模式影响”,^①从而对立法和司法的犯罪化和重刑化予以掣肘。然而,刑法的发展与个人自由存在既冲突又互动的关系,个人自由并不具有绝对性,而是有边界的。

首先,个人自由的发展受时代制约。谦抑主义迎合了古典自由主义的刑法观,“原则上讲,每个公民都有其自己的自由领域,亦即其可以自行安排的行动空间。这一自由的反面,则是不得以给他人的法益造成损害或者危险的方式干涉他人的自由”。^②个人自由发展始终是现代刑法追求的目标,这一目标不会也不应该放弃。但需要强调的是,随着现代社会的发展,刑法已经拓展对自由的关注范围,“延伸到了个人生活的众多面向,‘自由’因此必须涉及经济、社会、文化等方面的限制与机会”。^③易言之,虽然可以将“阻止公民不正当地危害他人”作为“使公民受刑事处罚的唯一充分理由”,^④但是“危害他人”在今天已经不再作狭义的理解。这种危害不仅仅是实害,也包括危害的风险;不仅仅是对单个个体的侵害,还应包括对公众及公众利益的侵害。因此,建立在传统自由主义基础上的刑法约束机制已不再是金科玉律。

其次,自由保障并非刑法价值的全部。出于对犯罪人忧思同情的过度谦抑,视人权保障高于一切,其实是将刑法推到了个人自由的对立面。这在某种意义上隐含着刑法的虚无乃至消解。自由从来不是绝对的。“人要能在社会上生存或生活,就必须要有规范作为行为的指引。”^⑤一旦个人自由至上,人就会失去起码的规范意识、责任意识,人心涣散滋生更多的犯罪。也就是说,“过于重视保障被告人、犯罪嫌疑人人权,就会导致犯罪的增加,难以对被害人的法益进行有效的保护”。^⑥所以,相对自由主义的立场得到了人们的广泛认同,并且成为现代刑法发展和扩张的正当性基础。

晚近以来,刑法保护集体法益规范的增加备受诟病。但在笔者看来,刑法加强对集体法益的保护在现代社会具有相当的合理性。尽管古典主义刑法的理念强调刑法的核心任务是保护个人法益,但是这与当时生产和生活方式相对简单的社会情状相适应。随着社会的发展,人们之间的交往和联系越来越密切,人们在享受生活的同时,也会面临空前的风险。传统的个人自由竞争在现实的风险面前越来越无能为力,公众对不确定性的恐惧使公众的安全感降低,安全诉求攀升,刑法的安全保障功能成为常态功能。^⑦例如,应对2020年全球爆发的新冠肺炎疫情,显示了抗疫方式不同,取得的效果也完全不同。中国以及其他一些国家,民众的集体主义素质以及由此产生的社会纪律性,使抗疫取得了巨大的成功。^⑧人们追求的自由生活,往往离不开暂时的个人自由的牺牲和减让(如疫情期间各种对个人行动的管控措施),在不可预测的风险和灾难面前,对自

① 参见[日]井田良:《日本刑事立法的活跃化及其进路》,张若楠译,《当代检察官》2020年第3期。

② [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《论犯罪构造的逻辑》,徐凌波、蔡桂生译,《中外法学》2014年第1期。

③ 钱永祥:《自由主义如何看到了“底层”?》,《读书》2019年第7期。

④ 参见[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第169页。

⑤ 王皇玉:《刑罚与社会规训》,台湾地区元照出版有限公司2009年版,第30页。

⑥ 黎宏:《预防刑法观的问题及其克服》,《南大法学》2020年第4期。

⑦ 参见高铭暄、孙道萃:《总体国家安全观下的中国刑法之路》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2021年第2期。

⑧ 参见[英]马丁·雅克:《新冠疫情如何影响全球治理》,《新华文摘》2021年第2期。

由与秩序需要做新的诠释,人类命运共同体决定了合作远比竞争重要,“真正和稳定的个人自由,只有在社会共同体中通过各种制度性安排才能实现”。^① 易言之,刑法“强化安全保障不是为了削弱自由和人权,而是为了更好地保障自由和人权”。^②

2.现实的国情和社会发展的阶段性。刑法是特定社会和发展阶段中的刑法,而特定社会的经济、政治、法律和历史文化等各种因素都是刑法发展绕不开的宏观变量。专注于谦抑主义本身含义的解读,将谦抑性作为超越时空的刑法原则,而忽略践行谦抑主义的现实条件、不同语境,并不恰当。日本有学者指出,在现代社会,市民的安全保护成为刑法第一位的保护法益。因为社会城市化导致地域社会的控制力弱化、国民生活质量的提升导致被害感受性增强、国民的中产阶级化导致报应感情强化等事情的变化,所以,针对不能忽视的市民安全强化的要求,刑法必须发挥其本来的机能。^③ 我国现阶段的国情和社会发展同样提出了刑法发展的现实需要。一方面,“在国家迅速发展过程中,新的社会矛盾、新的问题、新的挑战仍将不断涌现。推动刑法不断发展的基本动因也不可能有根本上的改变”。^④ 尽管人们有理由期望刑法应该比其他法律更具安定性,但是安定性同法律的发展和进步应该是并行不悖的。另一方面,谦抑性也要考虑安全维护的国家责任与国民责任的分配。我国的国家性质决定了国民安全的责任主要由国家承担,国民也形成了将自己的安全寄托于国家的依赖感,刑法一旦过分谦抑,那么就会出现国民权利无法得到有效保护的窘境。

3.刑法机能的平衡。谦抑主义偏爱刑法的人权保障机能,以此作为对国家刑罚权发动的钳制是值得肯定的。基于法益保护的现实需要,立法犯罪化的冲动始终存在,对此,社会应保持警惕。谦抑主义有助于对立法者的设罪制刑权力形成理念制约,但法益保护与权利保障处于此消彼长的悖论中,谦抑性一旦过度(如停止犯罪化和非刑罚化等吁求),其付诸实践的结果必然是将刑法应当现实承担的社会保护机能搁置一边,从而削弱刑法的社会保护机能。刑法是为社会保护而生的,在社会保护与权利保障的悖论中,首先应该满足善良人的权利保护需要。社会秩序的平和对个人生活是极其重要的,刑法势必暗含实现社会秩序平和与稳定的目标。^⑤ 谦抑主义描绘的法律温情主义蓝图尽管看上去很美,但终究系一厢情愿。刑法的终极目标不是为了保护少数人有实施危害行为的权利,而是保护善良的人在社会生活中免受犯罪的侵袭,所以,谦抑主义的追求不应是牺牲基本的社会保护,或者说,刑法的供给不能罔顾善良人的权利保障而片面追求谦抑性。“对自由保障的侧重也不意味必须要以弱化刑法的社会防卫机能为代价”;^⑥ 否则,就会出现与谦抑主义主张背道而驰的结果。毕竟对犯罪人无原则的怜悯与同情,从某种意义上讲就是对被害人的残忍。那种停止犯罪化的诉求,不但立法者“怨难从命”,而且社会大众恐怕也无法认同。

(二)谦抑主义在当代刑事立法和刑事司法中的合理定位

在肯定谦抑主义理念的基础上,通过合适的路径将谦抑性合理定位,也许应该成为当下谦抑

① 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其限度》,《法学研究》2018年第6期。

② 高铭暄、孙道萃:《总体国家安全观下的中国刑法之路》,《东南大学学报》(哲学社会科学版)2021年第2期。

③ 参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第25页。

④ 郎胜:《在构建和谐社会的语境下谈我国刑法立法的积极与谨慎》,《法学家》2007年第5期。

⑤ 参见周光权:《刑法客观主义和主观主义的融合》,《江苏社会科学》2003年第2期。

⑥ 马乐:《为刑法主观主义辩》,《环球法律评论》2014年第2期。

主义研究以及倡导谦抑主义者真正值得关注的问题。

1. 刑事立法:减让入罪谦抑,重视刑罚谦抑。我国有学者指出:“刑法谦抑主义事实上同时包括‘入罪谦抑’和‘刑罚谦抑’两个方面的内容。根据我国的实际情况,对刑法谦抑主义的贯彻,应当实现从‘入罪谦抑’到‘刑罚谦抑’的重心转换。”^①笔者赞同这一观点,并对此做进一步的分析。

(1)就立法犯罪化而言,应当适当减让对谦抑主义的追求。“刑法不是圣人而是普罗大众的刑法,固化的理论从来都不是立法抉择的充分条件。”^②基于我国刑法规制力度在整体上属于“厉而不严”、法网过于稀疏的现实,以及面对社会治理现代化带来的与日俱增的刑法需求,立法者在刑法修正案中,通过增加新罪名或者对现有罪名的构成要素进行改造,降低了犯罪门槛,刑事法网编得越来越密,反映立法越来越重视刑法社会保护机能的发挥。据我国立法机关工作人员介绍,《刑法修正案(十一)》增设轻罪,立法机关考虑的是进一步发挥刑法的引领推动作用,贯彻罪刑法定原则明确性的要求,向社会提供明确的行为指引,充分发挥刑法的行为评价功能。^③针对一些学者质疑晚近以来刑法修正案增设轻罪的趋势背离谦抑性原则,我国也有学者进行了回应性的批驳:“要在法治的框架内及时进行社会治理,刑法就必须与时俱进……继续坚持刑法典应如磐石一般稳固的前见,抵制否定刑法修订工作,未必合适”。^④

晚近以来,刑法的最后手段性在立法层面受到了挑战。据介绍,在德国,“由于受到国际化和欧洲化的影响,同时,‘刑法具有作为最后手段之功能(……)’的观念日渐淡薄,导致了德国刑法典修改频繁”。^⑤这种观点虽然有些道理,但是权力往往呈扩张性的趋势,过度扩张的刑罚权必然侵蚀个人的自由权利,因此,谦抑主义对刑事立法的钳制作用仍应肯定。这应该体现在以下两个方面:一方面,任何行为的犯罪化必须以实质性的法益侵害为依据,防止犯罪化的冲动。刑法的任务是保护法益,法益给刑法和刑罚提供了实质性的限定,无法益侵害即无刑罚。这就将道德伦理要求与刑法判断区隔,成为刑法干预的界限。在现代社会,由于出现法益抽象化和保护前期化的现象,因此法益的守护机能(立法批判机能)有所弱化,但什么样的利益可以成为刑法保护的对象不应是任意的。国家刑罚权仅在其他国民的人权和社会秩序可能遭受严重侵害时,人们对该行为已经无法容忍时始可发动。“如果我们将人们可以接受的行为规定为犯罪,那么,或是条文被虚置,或者人们对犯罪含义的态度会发生微妙的变化。”^⑥另一方面,刑法社会保护机能的发挥应体现一定的谦抑主义精神。刑法的制定虽然是为了保护法益,但是法益保护的任务并不是也不可能由刑法单独完成的。在国家的法益保护体系中,基于保护力度和保护方法上的差异,不同的法律对同一法益从低到高地发挥着保护作用。其中,刑法保护是最高等级的法律保护。^⑦

① 敦宁:《刑法谦抑主义的西方立场与中国定位》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2017年第4期),法律出版社2017年版,第413页。

② 孙国祥:《新时代刑法发展的基本立场》,《法学家》2019年第6期。

③ 参见张义健:《〈刑法修正案(十一)〉的主要规定及对刑事立法的发展》,《中国法律评论》2021年第1期。

④ 李立众编:《刑法一本通——中华人民共和国刑法总成》,法律出版社2021年第15版,《第十五版序言》第1页。

⑤ 程红:《德国刑事立法的最新动态及解读》,《国外社会科学》2019年第4期。

⑥ [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,第355页。

⑦ 参见王世洲:《刑法保护是最高等级的法律保护——主译序》,载[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲译,法律出版社2013年版,第2页。

尽管人们都希望一步到位获得最高等级的保护,但是不同等级的保护社会所相应付出的代价和成本是不一样的,高等级的保护意味着社会的高代价、高成本。如果低等级的保护也能实现法益保护的目,那么就不需要动用“最高级别”的保护。因此,刑法在立法意义上强调其二次性以及比例原则是有道理的。

(2)应肯定谦抑主义对立法重刑主义的调节作用。作为刑法理念的谦抑主义也会随着社会发展阶段的不同呈现出不同的形式和诉求。现阶段立法犯罪化的趋势仍难以阻挡。不过,在犯罪化的同时,现代刑法发展确实呈现出轻刑化的特征,在某种程度上,从另一个维度诠释了现代刑法谦抑主义的重心,即刑罚的谦抑。晚近以来的立法,“在刑罚论部分,制裁措施渐趋软化。为应对犯罪圈扩张带来的处罚措施不适应的问题,立法增加了越来越多的难以归属于刑罚的措施,如社区矫正、禁止令、职业禁止等,这些措施实属具有保安处分性质的制裁措施,与传统刑罚措施相比,在执行方式上要柔软很多”。^① 由于刑罚是刑事法的核心要素也是通过刑法惩罚犯罪的最终落脚点,因此适当的刑罚量自然就成为刑法谦抑性原则必须考虑的刑法面向。^②

在我国,虽然没有出现严重的过罪化,但是在既往刑罚设置和适用过程中过刑化的现象确实存在且较为突出。“基于历史惯性,加之适逢经济发展方式转型,及至新世纪初刑法结构尚未出现基本改观。”^③ 具体而言,死刑、无期徒刑的罪名在刑法的罪名中所占比例仍居高不下;含有 5 年以上有期徒刑幅度的罪名接近占全部罪名的 2/3,刑罚结构偏重的痼疾并未消除。正因如此,我国有学者提出:“在当下的中国语境下,刑法谦抑性的内涵应该更着重于对刑罚的考量”。^④ 充分发挥谦抑主义的引导作用,实现刑事制裁手段的轻缓化应该是今后我国刑法改革的重要方向。

当然,谦抑主义引导下的刑罚轻缓化是相对的。刑罚的供应量必须足以实现其惩治犯罪、保障法益的基本需求。“轻刑化是历史发展的必然趋势的结论,并不意味着任何时代、任何条件下刑罚都越轻越好,并不意味着可以超越时代实行轻刑化,而且也不应排斥个别犯罪的刑罚由轻到重的调整。”^⑤ 例如,在《刑法修正案(十一)》出台前,我国刑法对职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪 3 个罪名的刑罚配置明显偏低,刑法修正后,职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪的法定刑分为“数额较大”“数额巨大”和“数额特别巨大”3 个量刑幅度,最高刑提升至无期徒刑,挪用资金罪的法定最高刑提升至 15 年。这在一定程度上加强了对民营企业的保护力度。此种由轻到重的调整显然具有相对合理性。

2.刑事司法:在肯定谦抑主义作用的同时也要防止谦抑性被滥用。笔者肯定谦抑主义理念在刑事司法中的指导意义,重视罪刑法定原则之下的谦抑主义所具有的人权保障价值,但同时认为,需要防止谦抑性被滥用,司法也需要妥当地堵塞刑法的漏洞,促进刑法法益保护机能的实现。

(1)谦抑主义在刑事司法中具有价值导向作用,对谦抑主义的司法理念应予肯定。

首先,应坚守罪刑法定原则的底线,不利于被告人的解释应符合规范预期。尽管刑法的解释不一定都有利于被告人,但是不利于被告人的解释仍应符合规范预期,防止作超越立法文义且不

① 参见卢建平、司冰岩:《从统治到善治——我国刑事政策理念 70 年之变迁》,载赵秉志、贾宇、张旭主编:《新中国 70 年刑法的变迁与发展》(上卷),中国人民公安大学出版社、群众出版社 2019 年版,第 305 页。

② 储槐植、何群:《刑法谦抑性实践理性辨析》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2016 年第 3 期。

③ 储槐植:《刑法现代化本质是刑法结构现代化》,《检察日报》2018 年 4 月 2 日。

④ 储槐植、何群:《刑法谦抑性实践理性辨析》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2016 年第 3 期。

⑤ 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2003 年版,第 98 页。

符合规范预期的扩张性解释。例如,非法经营罪适用范围的扩张之所以备受诟病,就是因为一些解释脱逸了刑法规范本身的制约。一般认为,“违反国家规定”“破坏市场经济秩序”等实质性的要件,限定了非法经营罪的开放性在司法中的恣意。又如,非法经营同类营业罪的主体是国有公司、企业的董事、经理,在实务中,有的司法机关将该罪的主体置换为国家出资企业的国家工作人员,这种解释就不是符合规范预期的扩大解释,而是背离罪刑法定原则的类推解释。

近年来,刑事执法机关集中力量在一定时期内针对突出的违法犯罪活动进行整治的各种专项治理运动不断。专项治理运动针对性强,震慑效应明显。在专项治理运动中,当刑法供应不足时,司法机关往往来不及等待刑法的修正和补充,而是在刑事政策的指导下,直接代替立法机关,通过司法解释进行犯罪化。典型的例子如使用“软暴力”催收高利贷的行为,本来在刑法中并没有相应的罪名可以规制,但在“扫黑除恶”斗争中,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2018年印发了《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》,明确指出该行为可以构成寻衅滋事罪。此种类推性的解释,动摇了建立在罪刑法定原则基础上的刑事法治。放眼司法实践,类似的在刑事政策指导下的司法犯罪化现象屡见不鲜。刑事政策似乎总是认为对社会的刑事控制力不够,其“着力之处一直是不断地扩张刑事责任的范围或持续地加重刑事责任的程度”。^①而一旦对刑事政策导向与刑法的关系处理不当,刑事政策就会成为司法扩张刑法、滥施刑罚最直接的借口。说到底,通过类推解释进行司法犯罪化虽然有一定的合理性,“但不可否认的是,这种先由司法机关进行类推解释,再由立法机关修改刑法增设新罪的做法,毕竟违反了罪刑法定原则,不能得到认可,更不应当成为常态,而是需要尽可能克服”。^②换言之,在刑事司法中通过刑事政策或司法解释进行犯罪化的冲动背离了谦抑主义,应予警惕和抑制。

其次,轻微犯罪行为的“出罪事由”应具有开放性。有论者认为,在司法定罪中,谦抑主义发挥作用的范围有限。其理由是,谦抑主义要求限缩犯罪,但我国刑法明确规定“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪量刑”,“若将谦抑主义适用于司法,进行事实上的非犯罪化,意味着极大的违背刑法典规定的‘罪刑法定’的风险”。^③这种观点其实是对1997年《刑法》第3条的误读。现代刑事法治的逻辑,司法入罪的标准具有绝对的封闭性,法无明文规定不处罚;而出罪事由则具有一定的开放性,即使行为符合构成要件,并不绝对排除因案件中存在某些特殊的事由,司法也可以例外地考虑出罪。

我国刑法在总体上体现的是重刑主义思维,但在司法实践中,司法机关在谦抑主义理念的影响下,对某些犯罪,“法官群体不约而同地在司法实践中积极主动地控制刑罚资源的过量投入”。^④这具有一定的合理性,值得肯定。尤其是在立法扩大了处罚范围后,司法可以通过解释对犯罪的司法认定作限定,以对犯罪化形成一种制约。例如,醉驾入刑后,被查处的醉驾案件呈上升趋势。在一些地方,危险驾驶罪首次超过盗窃罪,成为发案率最高的犯罪。2021年“两会”期间,有人大代表建议取消“醉驾型”危险驾驶罪。实际上,醉驾入刑本身并没有问题,关键是司

① 劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范意义上的解读》,《中国法学》2011年第1期。

② 张明楷:《〈刑法修正案(十一)〉对司法解释的否认及其问题解决》,《法学》2021年第2期。

③ 刘淑珺:《日本刑法学中的谦抑主义之考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(2008年第1期),北京大学出版社2008年版,第310页。

④ 白建军:《从中国犯罪率数据看罪因、罪行和刑罚的关系》,《中国社会科学》2010年第2期。

法对醉驾入刑范围应该有所限定,避免机械执法。最高人民法院《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。”该规定反映了司法个案出罪、免刑事由的开放性,体现了谦抑主义的精神。

(2)警惕谦抑主义在刑事司法中被滥用。受刑法谦抑主义的浸染,刑事和解、相对不起诉、缓起诉以及认罪认罚从宽等司法创新正在司法中滥觞,在这一过程中,需警惕谦抑主义被滥用。

首先,严格执法仍然是刑法实施过程中的重要任务。我国有学者强调:“司法者应当严格按照法律的规定裁判,而不应当以谦抑性为由,放弃对已经构成犯罪的行为人追究刑事责任。”^①遗憾的是,执法不严的现象在刑法实施的过程中仍不同程度地存在。如前所述,出罪事由应是开放的,但这种开放不能是无原则的,司法退让也要有退让的理由。任何出罪起码应具有法理上的依据,并且需要经过严格的价值判断及论证。只有在出罪事由所体现的价值远超过刑法的安定性价值,并且在出罪事由符合社会主流价值观和绝大多数人共同认知的情况下才能够被允许。没有在法理上能站得住脚的理由任意出罪,应该不被允许。

其次,司法中的重刑与轻刑应并行不悖。相对于以往以“从重、从严”为名的量刑偏重做法,适度轻刑化乃至对部分犯罪实行非刑罚化是必要的,但矫枉切忌过正。司法中的谦抑主义不能成为单向性的价值考量维度,谦抑不是迁就,不能与轻刑化绝对勾连,不是对所有犯罪一律无原则地从轻,更不能演变为谁轻谁优的“比赛”。例如,对未成年人犯罪,一些地方多年来进行轻刑化和非刑罚化的实践,但并没有带来遏制未成年人犯罪的结果,各种规避法律的举措反而给社会带来更多的困惑。正如有的学者指出的,从这几年的实证研究看,不断出台的政策在扩大未成年人犯罪嫌疑人及被告人诉讼权利的同时,又极大地稀释了未成年犯罪人特别是严重暴力犯罪人因其罪行所应承担的责任以及由此而来的社会负面评价,许多未成年人乘机钻了法律的空子,利用法律赋予的特殊保护逃避法律责任。^②所以,应对未成年人犯罪,一方面,应坚持谦抑主义的理念;另一方面,对犯罪严重的未成年人,在刑事政策上不应无原则地宽容,防止从一个极端走向另一个极端。

四、结 语

行文至此,笔者仍要强调,没有人否认刑法谦抑主义在刑法发展中的积极意义,也没有人认为谦抑主义已经成为历史,但谦抑主义不是刑法的本质。谦抑主义产生于特定的历史条件下,其发展必须正视犯罪的质和量在时代发展中的变化,数字时代并不需要固守机械时代的评价标准,古典主义建构了以自由保障为中心的刑法,而“我们今天的法律,已经不再只是为了实现这种法治国的机能了”。^③此外,不应忽略谦抑主义的落地生根需要以我国当下的社会实践为基础,不正视社会现实,不分场合地到处擎起谦抑主义的大旗,不但无法实现谦抑主义的目标,而且可能

① 王利明:《民法要扩张 刑法要谦抑》,《中国大学教学》2019年第11期。

② 参见张鸿巍:《对未成年人刑事政策的反思》,《法制日报》2014年5月14日。

③ [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国政法大学出版社2011年版,第11页。

导致谦抑主义走向极端进而获得相反的效果。反思刑法谦抑主义,应当将谦抑性的单向性价值取向融入刑法的整个价值体系中去思考和权衡。说到底,无论是犯罪化还是非犯罪化,也无论是重刑化还是轻刑化或者非刑罚化,并非择一的选边关系,“最好或最后的理论倾向和政策选择,应当落在两端之间——或许偏向某端,但不是在任何一极的端点上”。^① 任何选择具有动态性的特征,此起彼伏甚至相互扭结,最终均须受社会生活逻辑的多重性和复杂性制约,只有在满足现实生活对刑法基本需求的基础上,践行刑法谦抑主义才是合理的和可期待的。

Abstract: The modesty and restraint principle has recently become a fundamental analytical tool for judging criminal legislation and criminal justice. Correspondingly, the criminalization reflected in the successive amendments to the criminal law in recent years has been repeatedly criticized by many scholars as “not consistent with the modesty and restraint of criminal law”. The modesty and restraint principle highlights the classical notion of protecting individual rights in criminal law, but it is not a value—neutral, time—transcending, supreme principle of criminal law. Confronting the inherent tension between the protection of legal interests and human rights in modern society, it is biased to judge the development of criminal law only from the simple standard of modesty and restraint. The modesty and restraint of criminal law should be reduced to a sub—principle used to illustrate and implement the principle of Nulla Poena Sine Lege. Rethinking the modesty and restraint of criminal law is not to abandon or end the pursuit of this principle but to acknowledge it and, at the same time, to grasp it differently in legislation and justice, criminalization and sentencing. The development of criminal law requires a dynamic balance between protecting legal interests and safeguarding human rights rather than a unidirectional modesty and restraint.

Key Words: the modesty and restraint of criminal law, criminalization, decriminalization, penalty lightening, criminal law amendment

责任编辑 田国宝

^① 陈彩虹:《我们需要什么样的繁荣?》,《读书》2016年第3期。