

积极刑法观下的刑法谦抑性思考

——基于《刑法修正案(十一)》的分析

黄 海

中央民族大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年9月23日; 录用日期: 2023年10月12日; 发布日期: 2024年1月10日

摘 要

我国正进入立法活跃化的时代, 刑法正由过去的消极保守向积极干预转型, 积极刑法观一定程度上成为指导我国刑法的主导理念, 《刑法修正案(十一)》就是积极刑法观影响下的最新成果。但是主张增设新罪、扩大犯罪圈的积极刑法观引发了违反刑法谦抑性的担忧。积极刑法观并不违反刑法谦抑性, 但在积极刑法观下刑法谦抑性应当被赋予新内涵, 即由强调对立法的约束转向对司法的控制, 并通过不起诉制度、刑事速裁程序和借助人工智能技术实现刑事司法谦抑性的要求。

关键词

积极刑法观, 刑法谦抑性, 法益原则, 刑事立法

Reflections on the Modesty of Criminal Law under the Positive Criminal Law View

—Based on the Analysis of the *Criminal Law Amendment (XI)*

Hai Huang

School of Law, Minzu University of China, Beijing

Received: Sep. 23rd, 2023; accepted: Oct. 12th, 2023; published: Jan. 10th, 2024

Abstract

China is entering an era of legislative activism, and criminal law is transforming from the passive and conservative approach of the past to positive intervention. The positive view of criminal law has to some extent become the dominant philosophy guiding China's criminal law, and the *Criminal Law Amendment (XI)* is the latest achievement under the influence of the positive view of

criminal law. However, the positive view of criminal law, which advocates the creation of new crimes and the expansion of the criminal circle, has raised concerns that it violates the modesty of criminal law. The positive view of criminal law does not violate the modesty of criminal law, but under the positive view of criminal law, the modesty of criminal law should be given a new connotation, that is, the emphasis should be shifted from the restraint of legislation to the control of the judiciary, and the requirement of modesty of criminal justice should be realised through the non-prosecution system, the expedited criminal procedure and the use of artificial intelligence technology.

Keywords

Positive View of Criminal Law, Modesty of Criminal Law, Principle of Legal Benefit, Criminal Legislation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

“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值判断，以制裁手段恫吓、震慑带有社会风险的行为[1]。”随着人类社会逐步由工业社会步入现代社会，社会发展加快的同时新型犯罪不断涌现，犯罪的数量和规模不断攀升，民众陷入被犯罪侵害的风险之中。而刑法以其特有的对社会的广泛而有效统制的特点愈发受到立法者的青睐，各国立法者普遍更加积极地利用刑事立法和刑事政策对社会进行干预，开启了刑事立法活跃化的时代。我国的刑事立法同样进行了频繁的修订，截至目前我国已通过十一部刑法修正案，平均每两年便进行一次修订，这样的修订频率反映了我国刑法正在由相对消极的犯罪化转向积极的犯罪化。晚近的几部刑法修正案都贯彻着积极刑法观的理念，尤其是《刑法修正案(十一)》甚至被认为“整部修正案就是积极预防刑法观的立法实践[2]”。

《刑法修正案(十一)》作为积极刑法观指导下的最新立法实践，增设了大量新罪尤其是轻罪[3]，回应了民众的呼吁，增强了对法益的保护。但是对于刑法立法活跃化带来犯罪圈的积极扩张也备受争议，有学者认为积极刑法观抛弃了古典刑法学确立的刑法谦抑性原则，立法沦为对安抚民众安全诉求的象征性立法，犯罪的积极扩张也可能导致刑罚的泛滥，刑法作为补充法或保障法表现出积极的野望不仅可能无法实现刑法结构“严而不厉”的现代化转型，甚至可能导致我国刑法结构堕入“又严又厉”的境地。因此，有必要对《形式修正案(十一)》进行全面的分析，揭示隐藏在《刑法修正案(十一)》背后所体现的积极刑法观的核心内容，对其与刑法谦抑性之间的关系进行梳理与厘清，为我国贯穿积极刑法观的立法实践寻找正当化依据，也为我国今后的刑事立法趋势指明方向。

2. 积极刑法观的内涵：以《刑法修正案(十一)》为分析样本

《刑法修正案(十一)》总共有 48 个条文，除最后一条是对施行日期的规定外，其余 47 条均涉及对罪刑的修订。其中，共有 15 个条文新增了罪名，共有 32 个条文是对旧有条文的修改。从此次刑法条文的增修情况可以揭示积极刑法观的特点与内涵。

2.1. 通过增设新罪和扩大刑罚处罚范围实现犯罪化

我国刑法正在由传统的“厉而不言”向“严而不厉”现代化刑法结构转型[4]，在这样的整体趋势中积极刑法观主张通过进一步严密刑事法网，推进犯罪化进程以实现非法益的全面保护。因此我国刑法当前的主要任务不是实行非犯罪化，而是应当推进犯罪化[5]。而犯罪化的实现路径主要有增设新罪和扩大刑罚处罚范围。一方面，《刑法修正案(十一)》新增了15个罪名，新罪的增加数量在迄今为止的十一部刑法修正案中居首。具体在危害公共安全罪一章中新增2个罪名，破坏社会主义市场经济秩序罪一章中新增2个罪名，妨害社会管理秩序罪一章中新增罪名达10个。另一方面，《刑法修正案(十一)》也通过修改旧有条文的方式扩大刑法的处罚范围，《刑法修正案(十一)》共修改32个条文，其中在总则部分修改1条，分则部分修改31条。总则部分刑事责任年龄由14周岁下调至12周岁，虽然附加了“经最高人民检察院核准追诉”的程序要件，但是实质上这一规定依然扩大了刑法的处罚范围。在分则部分，《刑法修正案(十一)》既有如在妨害传染病防治罪中增加处罚情形的方式扩张处罚范围，也有如在洗钱罪中删除“明知”的主观要件从而把自洗钱行为也纳入刑法规制范围，也有如在食品、药品监管渎职罪中将原罪状中的“导致发生严重后果或者造成其他严重后果”修改为“造成严重后果或者有其他严重情节”，通过降低入罪门槛从而扩张了刑法的处罚范围。

尽管《刑法修正案(十一)》也有诸如将骗取贷款、票据承兑、金融票证罪中的“其他严重情节”规定删去，以缩小处罚范围，但是这样的条文在整部修正案中仅有两处。总体而言，增设新罪和扩张原有条文的处罚范围以实现犯罪圈的扩大依然是《刑法修正案(十一)》的立法逻辑。

2.2. 通过处罚的前置化与抽象化对法益进行预防性保护

刑法的关注重心由事后的惩罚逐渐转移至事前的预防，立法者越来越寄希望于刑法的风险规制功能以实现对社会控制[6]。刑法积极化的典型表现的即是刑法干预的前置化和干预领域的扩张。一方面，干预起点的前置意味着入罪门槛降低，而从立法实践来看降低入罪门槛主要通过由法益侵害向法益危险的立法导向转变来实现，即把各种无实害结果的犯罪纳入刑法规制范畴。《刑法修正案(十一)》增修了大量的具体危险犯、抽象危险犯和情节犯。如新增的妨害安全驾驶罪、危险作业罪、袭警罪、高空抛物罪等罪名都是只要达到一定的严重程度即构成犯罪，不必造成实害结果。《刑法修正案(十一)》修改的罪名同样如此，如侵犯商业秘密罪的罪状描述由“给商业秘密的权利人造成重大损失……造成特别严重后果”修改为“情节严重”，处罚标准达到情节严重即可，无需发生重大损失，刑法处罚起点大幅提前。《刑法修正案(十一)》的修订透露出强烈的预防性立法的色彩，刑罚的预防功能被激活并强化，反映出刑法进入风险社会后在规范结构上和具体功能上的转型[7]。

另一方面，《刑法修正案(十一)》的干预领域不断拓宽，有学者指出积极刑法观指引下的刑事立法关注犯罪实体领域，具体表现在恐怖犯罪、环境犯罪、网络犯罪等方面[8]。《刑法修正案(十一)》与上述趋势高度契合，新增犯罪都集中于这些领域，如修正案在妨害社会管理犯罪中新增了10个犯罪，立法目的即是维护公共秩序之和谐稳定，渎职犯罪中新增的食品、药品监管渎职罪也反映了国家对食药安全的重视，违规披露、不披露重要信息罪中也首次将单位纳入该罪的处罚范畴。《刑法修正案(十一)》通过将大量新兴法益纳入刑法保护范畴，拓宽了刑法调整范围，体现出刑法正在通过规制风险而非实害以实现非法益的预防性保护。

2.3. 通过侧重保护集体法益强化刑法的社会防卫功能

相较于传统刑法侧重保护个人权益，《刑法修正案(十一)》显然更强调集体法益或超个人利益的保护(见表1)。Hefendehl教授认为集体法益是“服务于多人或者社会的法益”[9]，集体法益可以由社会成员

共同享有，而无法将其分割由特定成员独占。从下表可知《刑法修正案(十一)》增修的范围集中于刑法第三章、第六章，此两章中的犯罪都强调对社会公共利益的保护。《刑法修正案(十一)》表征出显著的保障集体法益的取向，刑法通过强调对集体法益的保护以实现社会防卫的目的，刑法由保障公民个人自由的法律更多带有维护社会秩序、强化安全塑造的色彩。

Table 1. Changes to the *Criminal Law Amendment (XI)*
表 1. 《刑法修正案(十一)》的增修情况

	增修位置	增修数量	所占比例
总则	犯罪	1	2.1%
	危害国家安全罪	0	—
分则	危害公共安全罪	3	6.4%
	破坏社会主义市场经济秩序罪	21	44.7%
	侵犯公民人身权利、民主权利罪	3	6.4%
	侵犯财产罪	2	4.3%
	妨害社会管理秩序罪	14	29.8%
	危害国防利益罪	0	—
	贪污贿赂罪	0	—
	渎职罪	1	2.1%
	军人违反职责罪	2	4.3%

综上，《刑法修正案(十一)》的 48 个条文除掉最后一条关于生效日期的规定，在其实质性的 47 个条文中只有 3 个条文是缩小处罚范围的规定，以及 6 个技术性修改的条文，其余条文均是对新设犯罪或是扩大原有犯罪的处罚范围的规定，占到了整部修正案的 87%。可以说整部《刑法修正案(十一)》的立法，是典型的积极预防性刑法观之体现。

3. 积极刑法观形成之基础与理论争议

“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。^[10]”积极刑法观当然也是社会转型的产物，有其产生的深厚的社会现实基础。积极刑法观也是刑法努力适应当代社会的回应，但是积极刑法观所主张的扩大犯罪圈和积极介入的立法导向也引发了学界关于积极刑法观违背刑法谦抑性的正当性担忧。

3.1. 形成基础

3.1.1. 社会基础：风险社会的到来

积极刑法观的出现是基于全球化的深入发展和现代社会逐渐步入风险社会的客观现实，刑法作为上层建筑在一定程度上反映并不断适应着社会的变化，因此对于积极刑法观的认识和评价也应建立在中国社会变迁的宏观背景之下。1949 年新中国建立后，新生国家面临的首要任务是巩固政权和打击敌对分子，加之受到苏联“革命法制”理念的影响，刑法被视为“人民民主专政的刀把子，是打击犯罪的锐利武器”^[11]，此时的刑法作为政策的附庸，“工具刑法观”占据主导地位。1978 年改革开放的推进和社会主义市场经济体制的逐步建立，中国加速由农业社会步入工业社会，而市场经济天然要求建立健全法制，由此一种更加重视个人权益与人权保障的“民权刑法观”便应运而生^[12]。1997 年刑法典的修订很大程度

上体现了“民权刑法观”的要求，如罪刑法定原则的确立即反映了限制国家权力，保障公民自由的理念。

“民权刑法观”蕴含着中国刑法观的第一次转型，由政治刑法的“工具刑法观”转向市民刑法的“古典自由主义刑法观”，这种刑法观强调个人自由，坚守刑法的补充性，反对刑法积极扩张，对国家权力的扩大保持警惕。

改革开放四十年来我国经济建设和社会发展取得了长足的进步，而科技革命推动着社会形态的整体变迁，古典自由主义刑法观赖以生存的社会语境逐渐失去土壤，人类社会面临的不再是个人行为导致的法益侵害，生态安全、恐怖主义等各种风险对人类社会提出了新的挑战，不确定性所造成的不安在传统社会是从未出现的。在风险社会的背景下坚守传统的以结果为核心的立法模式难以使法益得到保护，需要以整体性的治理和规制策略对导致危险现实化的环节进行控制，刑法干预起点由对法益造成现实紧迫的时点逐渐前移。同时由于风险的不可避免性，刑法的目标由消除危险转为预防危险，基于风险对于全社会的危害性刑法的目光也逐渐由个人法益转向集体法益。刑法观并非亘古不变，而应当反映时代的特色并回应时代需求[13]，因风险社会到来导致的社会整体的转型和变迁，古典自由主义刑法观向积极刑法观的转向也是理所应当了。

3.1.2. 客观现实：需保护的法益日益增加

“刑法的存在理由与机能是，通过报应刑内的科刑防止将来的法益侵害或者危险[14]。”但是刑法需要保护的法益也绝非是一成不变的，而会随着社会的变迁而逐渐增加。首先科技的进步将使得新形式的法益出现，如传统的财产仅仅包括动产和不动产等有形财产，互联网的出现使游戏账号、微信账号等虚拟财产进入受保护的财产范围，虚拟财产等数据资料已成为重要的法益，因此刑法随之新增数据犯罪的罪名。其次社会的发展可能使行为的法益侵害升级，过去可能无伤大雅的行为放到当今可能导致巨大的法益侵害，如过去受制于交通和传媒的不发达，散布虚假信息仅能在一定范围内引起少数人恐慌，但随着现代传媒尤其是自媒体的兴起，虚假的信息可能会导致社会秩序的严重混乱，如在胡鑫宇失踪事件中大量自媒体借助网络平台散播诸如器官贩卖、老师杀人等谣言，引起当地民众产生巨大恐慌，也使全国人民对办案机关的专业性和严谨性产生质疑，对我国国家机关的形象产生巨大破坏。再如过去私家车较少，醉酒驾驶行为对人民群众的生命和财产安全的危害性并不显著，因此醉酒驾驶行为由行政法规制即可。但近年来我国私家车数量迅速增长，截至 2022 年底我国机动车保有量达 4.17 亿辆，驾驶人员数量突破 5 亿人，醉酒驾驶一旦导致交通事故可能导致灾难性的损害，由行政手段的规制效果被证明并不理想，因此把醉酒驾驶行为纳入刑法规制是有其合理性的。同时法治的加强和城市化进程的推进的使得原有的社会统制效果削减，如数额不大的多次盗窃行为过去可能由道德审判或舆论监督，但现今应当由刑法规制。正如井田良教授指出的“刑事立法的活性化倾向，是表明日本社会转变为比以往更加不得不依赖刑罚的社会的一个标志。在某种程度上，这是战后日本社会‘成熟’的佐证[15]。”

3.1.3. 实践需要：强化司法规范支持

我国当今的司法实践中审判人员并非是在浩如烟海的刑事规范中进行审慎决断，反而经常遇到刑法规范不足以应对审判案件需要的窘境[16]，社会的快速发展使得新型案件大量出现，司法机关只能被迫在缺乏对应规范的情况下作出裁判。积极刑法观倡导的增设新罪推进犯罪化有着司法实践的实际需求，没有足够的规范支持带来的可能并非是刑法的谦抑，反而可能助长司法的恣意。如在高空抛物罪设立前，大量高空抛物行为被认定为以危险方法危害公共安全罪，以危险方法危害公共安全罪所保护的法益是不特定多数人的身和财产安全，规制的是可能危害公共安全的具体危险，但实践中的高空抛物行为所抛掷的物品是酒瓶、花瓶等生活物品，即使砸中一定对象也不具备“危险的不特定扩大”的特点，结果是特定的，不应认定为以危险方法危害公共安全罪。《刑法修正案(十一)》对高空抛物罪的立法也印证了这

一点,高空抛物罪最终被设立于扰乱公共秩序罪一节中,证明立法者也认同高空抛物行为所侵害的法益是公共秩序而非公共安全。但在高空抛物罪设立前因缺乏相关的规范,司法实践中倾向于将该行为按以危险方法危害公共安全罪处理¹。“贺建奎非法行医案”也能充分说明增设新罪的必要,贺建奎将人类胚胎基因编辑技术用于辅助生殖医疗,严重违反国家相关规定和医学伦理,法院以非法行医罪判决贺建奎有期徒刑三年,本案的关键在于贺建奎等人仅是进行基因编辑实验是否属于“非法行医”?法院以非法行医罪定罪也显示出司法的无奈——缺乏相关规范,审判人员只能以其他罪名甚至类推定罪。而立法缺位司法类推的做法反而是对罪刑法定原则更大的损害,与其在形式上坚守古典自由主义刑法观所主张的消极刑法观,任由法治被司法实务所突破,不如采纳积极刑法观增设轻罪的主张[17]。

3.2. 理论争议

自《刑法修正案(八)》到《刑法修正案(十一)》都体现出相似的立法倾向:通过增设新罪和修改旧罪的方式拓宽处罚范围,并逐渐由消极的刑法法益保护转变为积极预防的法益保护,刑法不再追求法益发生实际侵害的“结果导向”,总而言之晚近的几个刑法修正案都灌注着积极刑法观的理念,可以说一定程度上积极刑法观在我国已经在事实上确立。伴随着积极刑法观的立法实践的是理论上的巨大争议,批评者认为刑法干预社会生活的程度加深和领域拓宽导致刑法工具化。为防止国家权力过度介入民众生活,应当防止刑法对刑事政策的过度回应,回归刑法作为“司法法”的属性,坚守刑法保障人权和公民自由的根本使命。而这些批评都立足于一个前提:积极刑法观违反了刑法谦抑性,反对积极刑法观的学者认为刑法谦抑性强调刑事立法和刑法适用应当尽可能消极,秉持刑法作为补充法的功能,可以通过道德、纪律等其他统制方式或由民法、行政法等其他法律调整的都不应当由刑法进行规制,“一律诉诸刑事手段,无助于社会公平正义的实现[18]。”

持该论点的学者认为积极刑法观一定程度上反映了社会现实,但却难谓理性。积极刑法观所表征的将刑法作为社会治理的优先手段的倾向偏离了刑法谦抑性的要求[19]。主张积极刑法观偏离刑法谦抑性的要求的学者主要以如下理由进行论证:

第一,积极刑法观违反刑法“最后手段”原则。“最后手段”原则认为民法或行政法未进行规制的行为或者民法、行政法已进行规制且无迹象表明行政、民事手段业已失灵,刑法则不应当介入进行干预。刑法应当作为最后手段,有学者认为民法或行政法等前置法对刑法具有消极的制约作用,一个行为必须首先违反前置法才可能作为犯罪处理,否则不具有构成刑事犯罪的可能性[20],而积极刑法观推进犯罪化的主张违背了这一点。以《刑法修正案(十一)》新增的催收非法债务罪为例,许多学者认为民间借贷在日常生活中十分常见,而是否属于非法债务的性质认定在司法实践中也存在争议,而修十一将催讨非法债务的行为入刑可能导致维权行为被认定为犯罪,从而可能使本已处于弱者地位的维权者受到刑事处罚。而即使行为人催收的债务性质属于非法债务,也完全可以通过侵权处理,“动辄将维权行为当作犯罪处理,必然助长违法犯罪行为”[21]。《刑法修正案(八)》增设的拒不支付劳动报酬罪同理,把应当由行政处罚的违法行为上升为犯罪行为,现阶段并无证据证明我国的劳动行政部门无力应对用人单位拒不支付劳动报酬的行为,将该行为入罪破坏了刑法的安定,也明显违反了刑法的补充性原则。

第二,积极刑法观增设的大量犯罪属于情绪性立法和象征性立法,违反了科学立法的要求。情绪性立法或象征性立法指该法律的本质不是保护法益,而是出于“谋求刑法之外的目的,就像安抚选民或者表达国家自我姿态的法律规定”[22]。有学者认为近年来在积极刑法观影响下的许多新罪即是在民意过度介入下的情绪性立法[23],情绪性立法或象征性立法在恐怖犯罪、网络犯罪和环境犯罪三类犯罪中最为典型,如《刑法修正案(九)》新增的强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪仅是在暴恐事件推动下,

¹ 参见四川省成都市高新区人民法院(2015)高新刑初字第269号刑事判决书。

为了展示国家应对恐怖主义的决心而设立的犯罪，但在司法实践中基本不会得到适用，过低的适用率除安抚民众外并不能发挥积极刑法观冀望达到的预防犯罪的效果[24]。《刑法修正案(十一)》设立的妨害安全驾驶罪等新罪也属于象征性立法，实际上极少被适用。大量增设情绪性或象征性刑事立法的后果将导致刑事立法中出现大量缺乏适用的“空置条款”[25]，违背刑法谦抑性的同时损害刑法的安定性和稳定性，无法达到立法的初衷，立法的科学性存疑。

第三，积极刑法观违背了法益保护原则。刑法谦抑性所要求的限缩处罚范围以法益保护原则为前提，法益保护原则揭示了犯罪的本质是不法，只有某个行为严重侵害了法益才能将其纳入刑法的规制范围。法益作为限制入罪的标准，具有批判和检视立法的功能，因此若某个罪行规范并不能有效保护法益则不具有正当性。而积极刑法观增修的许多犯罪都违背了这一原则，积极刑法观的目的在于创造社会安全的“气氛”，并不是在实质性的保护法益。以《刑法修正案(十一)》新增的高空抛物罪为例，该罪的实行行为对公共秩序的危害较为稀薄，设立该罪本质上保护的是民众对“头顶的安全感”。虽然民众的安全感本身也可以作为法益予以确定，但是并不是任何法益都值得保护，因为刑法的法律后果最为严厉，刑法并不会禁止任何法益侵害，而只是保护最为重大的法益。积极刑法观抛弃了法益保护原则对刑法的限制功能，将法益保护改造为入罪标准，导致犯罪圈过度扩张，长此以往只会导致刑事法律僵尸条款大量增多，刑法陷入空转的怪圈。

4. 积极刑法观下刑法谦抑性的新内涵

4.1. 基本前提：积极刑法观与刑法谦抑性不存在矛盾

积极刑法观的理论预设看似与传统的刑法谦抑性所表现的反对扩大犯罪化，对刑法广泛介入社会生活的排斥格格不入，因此学界一直有积极刑法观偏离甚至违背刑法谦抑性的批判之声，有学者指出如拒不支付劳动报酬罪等新罪的增设显示除刑法逐渐越过了与其他社会规范的分界，动辄以刑法解决社会问题是过度刑法化的病态现象。有学者主张今后的刑事立法不仅不应进一步推进犯罪化，反而应当适当实行非犯罪化[26]。这实际上是把积极刑法观与刑法谦抑性作为根本矛盾的概念进行对立，但实际上二者并不存在冲突，积极刑法观的主张并未偏离刑法谦抑性。

平野龙一认为刑法谦抑性包括三大内涵：即刑法的补充性、刑法的不完整性和刑法的宽容性[27]。刑法的补充性是指非穷尽民事、行政等规范前刑法不得适用；刑法的不完整性指刑法仅处罚严重侵害法益的行为；刑法的宽容性指刑法并不处罚所有犯罪行为。张明楷教授则从形式处罚范围和处罚程度两个方面对刑法谦抑性的价值内涵做出分析[28]。从上述学者对刑法谦抑性的分析可知刑法谦抑性的目的在于限制国家权力肆意行使以保障国民自由，刑法的适用应当限制在一定范围内，应当将刑法作为最后手段，刑法的补充性是刑法谦抑性的核心内涵。

首先，积极刑法观对社会事务干预领域的拓宽并不意味着将刑法作为优先手段适用，积极刑法观同样主张刑法是最后手段。我国与西方国家不同，严格区分违法行为与犯罪行为，刑法只处罚严重侵害法益的犯罪行为，轻微违法行为交由行政法或民法规制，以刑法第 293 条之一的催收非法债务罪为例，对罪状的描述是“催收高利放贷等产生的非法债务，情节严重的……”，即未达到情节严重标准的催收非法债务行为也不会受到刑事处罚，这足以表明立法机关并未把刑法作为最先手段或优先手段适用。其次某些学者所主张的刑事制裁发动的前提是已穷尽前置法手段，这种说法本身在逻辑上也并不周延，对于严重侵害法益的行为不可能要求立法机关先将其宣布为违法行为，再纳入刑法规制，对于严重的犯罪行为直接由刑法处理也不能认为违反了刑法的补充性。

其次，刑法谦抑性并不反对增设新罪和适当扩大犯罪圈。为社会的有序和国民的幸福，刑罚处罚范围并不是越窄越好，而应当越妥当越好[29]。随着社会的发展犯罪也会出现新的形态，如当今的许多犯罪

的实施都转向网络空间,电信诈骗、黑客入侵等层出不穷,增设计算机相关的新罪是维护社会秩序的必然之举。我国的犯罪类型并不多,要完善刑事法网应当增设相应规模的犯罪,这说明增设新罪与刑法谦抑性并不矛盾,刑法谦抑性同时适用于刑事立法和刑事司法,但是这并不意味着贯彻刑法谦抑性的要求应当“捆住立法者的手脚”。同时积极刑法观所主张的增设新罪和推进犯罪化绝非“象征性宣示”,同样是基于法益保护原则下谨慎考量的结果。以拒不支付劳动报酬罪为例,行为人或用人单位故意拒不支付劳动报酬并非直接构成犯罪,而是经有关政府部门责令支付仍不支付的,且达到数额较大的才构成该罪,这不仅侵犯了劳动者获得报酬的合法权利,还侵犯了国家机关的权威和公共信用,侵犯的法益是确切存在的。刑法已将科处罚刑的行为限定在经行政部门责令后仍不支付的情形,已经限制了处罚范围。部分学者认为积极刑法观影响下的刑事立法将刑法干预时点前移,由结果犯调整为危险犯或行为犯,这恰恰是出于保护法益的目的,以《刑法修正案(十一)》修改的生产、销售、提供假药罪为例,《刑法修正案(八)》将“足以严重危害人体健康”删去,降低了入罪门槛,以实现早发现早预防,正因假药对人民群众的生命健康危害巨大才要及早预防,对法益进行提前保护。以上都说明增设新罪和扩大犯罪圈并不违反刑法谦抑性,也不是所谓的“情绪性立法”“象征性立法”,积极刑法观与刑法谦抑性不存在矛盾。

最后,积极刑法观主张的增设新罪并不是象征性立法,也不会导致刑事规范“空置化”危机。部分学者认为积极刑法观主张扩大犯罪圈而增设的新罪只有象征作用,但极少得到司法适用,造成立法资源的浪费。然而这种观点实际上是将罪名的适用率作为衡量立法质量的标准,这样的观点本身存在逻辑漏洞,不能说某个罪名较少得到适用就是象征性立法,更不能说某个罪名因适用不多就没有存在必要。如果认同这样的逻辑那么刑法中绝大多数犯罪适用率都不高,绝大多数罪名都是象征性立法,这样的结论未免过于荒谬。如暴力危及飞行安全罪、侮辱国旗、国徽罪这样的犯罪也基本没有被适用,但恐怕很少有人认为这样的犯罪是象征性立法。何况某些犯罪现在极少得到适用也并不表明以后不会得到适用,如妨害传染病防治罪在过去也很少得到适用,但在新冠疫情期间发挥了重要的作用。因此即使增设的犯罪适用率不高,也不能将新增的犯罪等同于象征立法。

4.2. 积极刑法观下的刑法谦抑性新支点:司法谦抑

长期以来我国学者对刑法谦抑性的价值理解为对立法的控制,反对犯罪圈的扩大,认为刑法越少越好,这是“把刑法局限于与19世纪的‘经典’模式相符的,多少是被狭义定义的‘核心领域’”[30]。基于社会逐渐转型为风险社会,犯罪形态的日益变化和我国刑法的规范漏洞日渐凸显,增设大量新罪尤其是轻罪对完善刑事法网十分必要。需要承认的是,刑事立法也需要保持谦抑,但与国外相比我国刑法的处罚范围本就不大,国外存在广泛的行政刑法与附属刑法,甚至违章停车等行为在英国和日本都是犯罪行为,甚至有学者认为“一概而论地说犯罪比民事错误更为严重也是不对的”[31]。而我国严格采取行政违法与刑事犯罪的双层制裁体系,轻微违法行为都交由治安违法进行规制,刑法的处罚范围已经得到了严格的限制。即使晚近的刑事立法出现了活跃化的趋势,截至《刑法修正案(十一)》我国刑法已有483个罪名,较之日本、德国、英国超过2000个犯罪仍然十分有限。因此,我国的刑事立法已经充分反映了刑法谦抑性的要求。

随着我国立法活跃化,犯罪圈不断扩大,司法机关的压力与日俱增。为防止刑罚处罚范围过分扩大,刑法谦抑性应当由强调对立法的控制转向对司法的控制。在刑事立法上推进犯罪化的同时通过刑事司法上限制处罚范围,使立法指引与司法裁判适当分离。完善刑事法网能够增强规范的支持,使司法机关裁判时能找到正确的法律依据,加强司法控制能使司法机关不至于因缺乏相关规范被迫类推适用重罪,使犯罪嫌疑人的合法权益遭到侵害。为此可以从以下途径贯彻刑事司法谦抑性。

4.2.1. 强化不起诉制度的适用以节制刑罚滥用

我国基本奉行起诉法定主义，虽然赋予检察机关一定的自由裁量权可以对犯罪嫌疑人酌定不起诉，但总体上酌定不诉制度的适用率仍然不高，对我国近年来酌定不起诉制度的适用状况进行统计，如下表 2 所示：

Table 2. Status of application of the system of discretionary non-prosecution in China
表 2. 我国酌定不起诉制度的适用状况

年份	总起诉人数	不起诉人数	不起诉率	被酌定不诉人数	酌定不诉率
2017	1,613,000	114,994	7.1%	83,831	4.9%
2018	1,413,724	140,650	9.9%	102,572	6.6%
2019	1,818,808	190,258	10.5%	144,154	7.2%
2020	1,572,971	249,312	15.8%	208,312	11.4%

从上表可知，尽管我国的酌定不起诉制度的适用率逐年上升，但与域外国家或地区相比较其适用依然偏低，只有大概 10%左右的犯罪人被酌定不起诉。以日本为例，日本在起诉便宜主义下赋予检察人员自由裁量权，具备起诉条件而不予起诉被称为“起诉犹豫”，起诉犹豫在日本司法实践中广泛存在，近十年来适用起诉犹豫而免于起诉的犯罪人远超被正式起诉的人数，起诉犹豫率连续十年超过 60% [32]。不仅日本，德国同样只有极少数案件经由起诉进入正式审判程序，德国 2021 年检察机关共终结 4,879,786 件刑事案件，其中仅有 331,289 件案件被提起公诉，其余 90%以上的案件均以酌定不起诉或其他方式结案[33]，法国、英国等国家亦大致如此。通过扩大不起诉制度的适用，以出罪机制限制刑罚的处罚范围，不仅能限制刑罚的滥用，还能有效节约司法资源，使重大疑难案件得到更加实质精细的审理，保障犯罪人的权利。

4.2.2. 繁简分流下扩大刑事速裁程序的适用

随着立法活跃化必然加剧司法机关“案多人少”的困境，最终可能影响对案件事实和证据的审查质量，削弱对诉讼公正的追求。当然，类似危险驾驶罪、盗窃罪犯罪事实较为简单的犯罪，最优解应当是将事实清楚、证据充分的简单轻罪案件在审查起诉时通过程序分流直接由检察机关作不起诉处理，无需将其交由法院判决。但我国检察机关基本奉行起诉法定主义，对符合起诉条件的犯罪依然会提起公诉。故在渐进扩大检察机关酌定不起诉的适用范围的同时，还应当现阶段继续探索在审判阶段对刑事案件进行简繁分流，通过扩大刑事速裁程序的适用，在尽可能地少占用司法资源的同时使案件得到高效处理。

我国应当进一步贯彻认罪认罚从宽处理制度在庭前阶段实现对案件的简繁分流，对于适用刑事速裁程序审理的简单轻罪案件可以向书面审理的形式过渡，根据推算适用速裁程序审理的一年有期徒刑以下的案件进行书面审理，至少可以避免 25%以上的案件提交庭审，从而大大缓解司法资源不足的困境，为犯罪圈的进一步扩张提供程序的保障。

4.2.3. 繁简分流下扩大刑事速裁程序的适用

当前人工智能的高速发展所代表的前沿技术正逐渐与司法实践融合交汇，正在日渐改变我国的司法运行模式，也为司法效率的提升和个案公正的实现注入新的动力，尤其是近年来以 ChatGPT、文心一言为代表生成式人工智能以其特有的模仿人类神经网络运作模式进行数据分析，并通过不断的数据训练进行深度学习的特性可以突破物理意义上的时空局限，使司法审判由客观的“接近正义”向数字的“可视正义”迈进[34]。

我国司法实践由于立案登记制的全面实施,“案多人少”的困境越发凸显,可能导致审判质量下降,实体正义难以得到保障,削弱司法谦抑的实现。但是生成式人工智能等前沿人工智能技术可以对案件进行辅助分析并对案件性质进行判断,实现案件繁简分流。在正式的审判程序中也可以帮助审判人员进行信息提取,并进行类案和法律规范的检索,极大减轻法官的时间和精力压力,实现司法需求与司法资源的平衡。其次人工智能可以作为辅助办案系统完成类案推送、结果比对、数据分析、办案瑕疵提示等功能,实现“类案类判”,统一司法裁判标准,最终提升案件的审判质量,保障犯罪人的权利,推动个案实体公正的实现。能够在案件中保障犯罪人基本权益,防止刑罚的不公,就落实了刑事司法谦抑性的要求。

5. 结语

《刑法修正案(十一)》对增设新罪和扩大旧罪处罚范围持积极态度的做法表明我国刑事立法趋向活跃化,积极刑法观已然在我国确立。积极刑法观的出现绝非偶然,而是社会转型带来的网络犯罪、有组织犯罪等犯罪新样态和以及风险的充斥带来的必然结果。“刑法的根本任务是要服务于个体的自由与幸福”^[35],国民的幸福依赖于社会的安全与秩序,刑法也应当提供相应的规范支持以规制日益增长的犯罪控制需求,为此刑事立法并不是越少越好,而应当是越妥当越好,刑法谦抑性与积极刑法观并不矛盾,以刑法谦抑性为理由反对增设新罪,批评立法的象征性未免过于抽象,也没有关注到刑法谦抑性的真正的价值蕴含。

当然,推进犯罪化的同时也需要完善相关的配套措施,立足于法益保护原则,同时将刑法谦抑性的重点置于司法层面,推进附条件不起诉的有效运行,从程序上扩大刑事速裁程序的适用,同时也可以利用人工智能减轻司法人员的压力,使司法资源得到更高效的使用,确保积极刑法观面向未来的同时在法治框架内稳健推进。

参考文献

- [1] 何荣功. 社会治理“过度刑法化”的法哲学批判[J]. 中外法学, 2015, 27(2): 523-547.
- [2] 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[J]. 比较法研究, 2021(1): 62-75.
- [3] 张明楷. 增设新罪的观念——对积极刑法观的支持[J]. 现代法学, 2020, 42(5): 150-166.
- [4] 付立庆. 论积极主义刑法观[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 99-111.
- [5] 张明楷. 日本刑法的发展及其启示[J]. 当代法学, 2006, 20(1): 3-12.
- [6] 邵博文. 晚近我国刑事立法趋向评析——由《刑法修正案(九)》展开[J]. 法制与社会发展, 2016, 22(5): 131-148.
- [7] 何荣功. 预防刑法的扩张及其限度[J]. 法学研究, 2017(4): 138-154.
- [8] 高铭喧, 孙道萃. 预防性刑法观及其教义学思考[J]. 中国法学, 2018(1): 166-189.
- [9] [德]Roland Hefendehl. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht [M]. 科隆: 卡尔·海曼出版社, 2002: 19.
- [10] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集: 第6卷[M]. 北京: 人民出版社, 1961: 291-292.
- [11] 刘仁文. 社会转型与刑法的发展[J]. 人民检察, 2009(13): 24-28.
- [12] 陈兴良. 回顾与展望: 中国刑法四十周年[J]. 法学, 2018(6): 18-33.
- [13] 姜敏. 积极刑法观之面相、根据和实践限度的教义学分析——以《刑法修正案(十一)》为分析文本[J]. 法学评论, 2022, 40(6): 34-44.
- [14] [日]井田良. 讲义刑法学·总论[M]. 东京: 有斐阁, 2018: 17.
- [15] [日]井田良. 刑事立法の活性化とそのゆくえ[J]. 法律时报, 2003(2): 4-6.
- [16] 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[J]. 比较法研究, 2020(6): 40-53.
- [17] 周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016, 38(4): 23-40.

- [18] 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[J]. 法学家, 2007(5): 60-63.
- [19] [德]Winfried Hassemer. 现代刑法的特征与危机[J]. 陈俊伟, 译. 月旦法学杂志, 2012(8): 243-257.
- [20] 田宏杰. “直接入刑”: 如何彰显刑法保障性与谦抑性[N]. 检察日报, 2019-11-18(3).
- [21] 张明楷. 妥善对待维权行为避免助长违法犯罪[J]. 中国刑事法杂志, 2020(5): 3-19.
- [22] [德]克劳斯·罗克辛, 樊文译. 刑法的任务不是法益保护吗? [J]. 刑事法评论, 2006(2): 146-165.
- [23] 刘宪权. 刑法立法应力戒情绪——以《刑法修正案(九)》为视角[J]. 法学评论, 2016, 34(1): 86-97.
- [24] 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[J]. 政治与法律, 2017(3): 35-49.
- [25] 魏昌东. 新刑法工具主义批判与矫正[J]. 法学, 2016(2): 85-91.
- [26] 刘艳红. 我国应该停止犯罪化的刑事立法[J]. 法学, 2011(11): 108-115.
- [27] [日]平野龙一. 刑法总论 I [M]. 东京: 有斐阁, 1972: 47.
- [28] 张明楷. 论刑法的谦抑性[J]. 法商研究, 1995, 13(4): 55-62.
- [29] 张明楷. 网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心[J]. 人民检察, 2014(9): 6-12.
- [30] [德]冈特·施特拉腾韦特, 洛塔尔·库伦. 刑法总论 I [M]. 杨萌, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 32.
- [31] [英]G.D.詹姆斯. 法律原理[M]. 关贵森, 等, 译. 北京: 中国金融出版社, 1990: 30.
- [32] (日本)令和四年犯罪白皮书[EB/OL]. <https://hakusyo1.moj.go.jp/jp/69/nfm/mokuji.html>, 2023-04-10.
- [33] Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.6, Rechtspflege, Staatsanwaltschaften, 2021.
https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-10.html#621312
- [34] 马长山. 司法人工智能的重塑效应及其限度[J]. 法学研究, 2020(4): 23-40.
- [35] 劳东燕. 风险社会与功能主义的刑法观[J]. 法学评论, 2017(6): 12-27.