《学术界》(月刊)
总第 219 期,2016.8
ACADEMICS
No.8 Aug. 2016

# 比例原则与刑罚积极主义的克制

○姜　涛
(南京师范大学　法学院,江苏　南京　210097)

〔摘　要〕比例原则对克制刑法积极主义意义重大,不仅有利于避免刑罚过剩,弥补刑法的谦抑性不足,而且有利于合理配置罪刑规范,正确处理宪法与刑法的关系。立足于比例原则,刑法制定应正确处理其与行政法等法律之间的关系,坚持法律体系调整对象的内在规律,不可以把本应由其他法律调整的对象直接规定为犯罪。而刑法实施应当固守刑法解释的保守性,重视形式解释,即使采取实质解释,也应当确立有利于被告人原则。

〔关键词〕比例原则;刑法解释;刑事立法;刑罚积极主义;刑法的谦抑性;二元化犯罪模式

刑法自古以来就是一门受政治影响最深的法律,政治家与一般民众不论是否对国家、社会有共同的理想,他们最迫切追求的秩序与利益分配的愿景,都会反映在刑法上,从而使刑法成为关涉国家安全、社会福祉和公民自由的基本法律。然而,如果刑事立法与司法解释缺乏基本的理性,则会导致刑罚积极主义。不难看出,自 1997 年刑法典施行以来,我国已先后颁布出台了九部刑法修正案,犯罪化步伐明显加快。与此同时,两高不断颁布扩张化司法解释,又进一步扩大了具体个罪的犯罪圈,导致严重的"刑罚积极主义"。如果这一问题得不到解决,刑事立法将会成为刑事司法不能承受之重,刑事司法不堪重负又必然会出现选择性司法和犯罪黑数增加,最终使刑法修正的合法性也受到质疑。[1] 本文认为,法治是良法善治,民主立法、科学立法要求必须认真对待比例原则,把比例原则

作者简介:姜涛,中国法治现代化研究院法治战略研究所副所长,南京师范大学法学院副院长、教授,博士生导师。

作为刑事立法与司法的“帝王原则”,明确刑事立法的边界与刑法解释的限度,以维护刑法权威。

## 一、我国刑罚积极主义倾向的两个向度

(一)刑法修正案快速增加新的犯罪或扩大原有犯罪圈

简要地回顾我国刑法三十多年发展史,这是一个从 79 年刑法到 97 年刑法,到现在一个决定、九个修正案的发展过程。其中,在前十八年内,我国的刑法条文从 1979 刑法的 192 条,发展到 1997 年的 352 条,罪名也增加到 413 个。在后十八年的时间内,我国共制订了九部刑法修正案,平均每两年一部刑法修正案,增加新的罪名五十多个,并不断扩大原有犯罪的犯罪圈,因而呈现出典型的犯罪化扩张趋势。

其一,增加新的罪名。增加新的罪名意味着立法者在 97 刑法没有规定的情况下,直接以修正案的方式规定新的罪名。比如,《刑法修正案(一)》增加隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪;《刑法修正案(三)》增加“资助恐怖活动罪”“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质罪”“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息罪”“故意传播编造的恐怖信息罪”等四个罪名;《刑法修正案(四)》增加“走私废物罪”“雇佣童工从事危重劳动罪”;《刑法修正案(五)》增加“妨害信用卡管理罪”“窃取、收买、非法提供信用卡信息罪”“过失破坏武器装备、军事设施、军事通信罪”;《刑法修正案(六)》增加“枉法仲裁罪”“组织残疾人、未成年人乞讨罪”“背信运用受托财产罪”“骗取贷款、票据承兑、金融票证罪”“背信损害上市公司利益罪”“虚假破产罪”“重大群众性活动安全事故罪”“隐瞒、谎报安全事故罪”;《刑法修正案(七)》增加“利用未公开信息交易罪”“组织、领导传销活动罪”“出售、非法提供公民个人信息罪”“非法获取公民个人信息罪”“组织未成年人进行违反治安管理活动罪”“非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪”“提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪”“伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪”“利用影响力受贿罪”;《刑法修正案(八)》增加“危险驾驶罪”“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”“虚开普通发票罪”“持有伪造发票罪”“拒不支付劳动报酬罪”“组织出卖人体器官罪”“食品监管渎职罪”;《刑法修正案(九)》增加“准备实施恐怖活动罪”“宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪”“利用极端主义破坏法律实施罪”“强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪”“非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪”“侵犯公民个人信息罪”“虐待被监护、看护人罪”“使用虚假身份证件、盗用身份证件罪”“组织考试作弊罪”“非法出售、提供试题、答案罪”“代替考试罪”“拒不履行网络安全管理义务罪”“非法利用信息网络罪”“帮助信息网络犯罪活动罪”“组织、资助非法聚集罪”“编造、故意传播虚假信息罪”“虚假诉讼罪”“泄露不应公开案件信息罪”“披露、报道不应公开的案件信息罪”“对有影响力的人行贿罪”。其中,《刑法修正案(九)》一次性就增加 20 个罪

名，堪称规模庞大。

其二，扩大原有犯罪的犯罪圈。以修正案的方式扩大原有犯罪的犯罪圈，是当前刑法修正案的常态，且愈演愈烈。《刑法修正案(一)》修正了刑法第168、174、180、181、182、185和225条；《刑法修正案(二)》修正了刑法第342条；《刑法修正案(三)》修正了刑法第114、115、120、125、191条；《刑法修正案(四)》修正了刑法第145、155、339、344、345、399条；《刑法修正案(五)》修正了刑法第196条；2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》修正了刑法第134、135、161、163、164、182、186、187、188、191、303、312条；《刑法修正案(七)》修正了刑法第180、201、239、312、337、375、395条；《刑法修正案(八)》修正了刑法第107、109、141、143、144、151、153、157、164、199、200、205、206、226、244、264、274、293、294、295、328、338、358条；《刑法修正案(九)》修正了刑法第120、151、164、170、237、239、241、260、267、277、280、283、285、286、288、290、300、302、309、311、313、322、350、358、360、383、390、391、392、393、426、433条。通过上述修正，不仅扩展具体个罪的犯罪主体范围或犯罪对象范围，比如把强制侮辱妇女罪中的“妇女”改为“他人”，把职务侵占罪中的“公司、企业的工作人员”改为“公司、企业或其他单位的工作人员”，而且降低了本罪客观方面的入罪门槛，比如把生产、销售假药罪由具体危险犯，改为抽象危险犯，同时，也存在拓宽行为的表现形式，比如，把危险驾驶罪中的行为类型，在原来的酒驾、追逐竞驶的基础上，增加“从事校车业务或者旅客运输，严重超过定额乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的”和“违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危害公共安全的行为”两种类型。

其三，立法解释也在扩大犯罪边界。立法解释原本是对刑法文本的进一步解释，但立法化倾向也十分明显。比如，全国人大常委会2014年4月24日作出的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》针对刑法分则没有规定单位犯罪的情况如何追究刑事责任做出立法性质的解释，即“公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。”这个立法解释已经超出了阐释刑法条文本身含义的范围，属于典型的填补刑法漏洞。再比如，全国人大常委会于2002年12月28日作出的《关于〈刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》，将渎职罪的犯罪主体，由刑法规定的“国家机关工作人员”扩大到“依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员”。此外，全国人大常委会《关于刑法第三百八十四条第一款的解释》将“个人”扩大到“单位”，即将“以个人名义将公款供其他单位使用的”和“个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的”，都解释为“挪用公款归个人使用”，也属于立法化的扩张性解释。

那么，刑法修正案增加新罪，会对司法实践带来什么压力呢？以《刑法修正

案(八)》增加的危险驾驶罪为例,最高人民法院专委胡云腾大法官在2014年中国刑法年会上透露,自2011年《刑法修正案(八)》颁布生效以后,截至2013年年底,全国每年判处危险驾驶罪的被告人平均高达10万人左右。[2]另据江苏省高级人民法院在网站上公布的有限司法数据统计显示,江苏省法院系统自2011年5月1日至2014年10月受理危险驾驶罪的情况为:2011年为2839件;2012年为9684件;2013年为10749件;2014年1至10月为9829件。危险驾驶罪和盗窃罪已成为数量最多的两类犯罪。可以想象一下,如果这一数字不减,《刑法修正案(八)》实施20年后,醉驾将至少"制造"200万犯罪人。试想,一个犯罪增加的案件压力如此,自97刑法颁布以来,我国共颁布九部刑法修正案,增加了53个罪名,除部分罪名案发量小之外,诸如利用影响力受贿罪、侵犯公民个人信息罪、非法利用信息网络罪等的案发率都很高,从而带来"案多人少"的矛盾。

(二)司法实践难以恪守刑法解释的保守性

司法解释与司法实践中扩张性地运用刑法,也是导致"案多人少"矛盾的重要原因。司法解释作为刑法正确适用的辅助工具,因缺乏立法权与司法权之间边界的法治化制度保障,因而经常出现司法解释立法化现象。而对刑法与司法解释没有规定的不明确条款,法官与检察官也经常因入罪思维的影响而采取扩张解释。两者都违反了刑法解释的保守性。

司法解释有细化犯罪构成标准与统一司法判断尺度的功能,突破立法权界限的司法解释往往存在立法化趋势。刑法解释的立法化趋势,虽然为学界批判为以司法权僭越立法权,但在社会急剧变化的当下中国,刑法解释对交通肇事罪共犯、非法经营罪"其他扰乱市场经济秩序的行为"、网络型寻衅滋事等规定,都突破了97刑法规定的内容,是一种典型的立法化刑法解释。比如,2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定:"交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。"这一司法解释即突破了97刑法典有关共同犯罪的规定,属于一种典型的立法化司法解释。

再比如,自97刑法第225条规定非法经营罪之后,不仅刑法修正案把非法经营证券、期货或者保险业务的行为纳入本罪,而且之后通过一系列司法解释扩大本罪的犯罪圈,把"非法经营证券业务的行为""非法买卖外汇的行为""非法传销行为""非法出版行为""非法经营电信业务行为""非法经营食盐行为""生产、销售'瘦肉精'行为""垄断货源、哄抬物价、囤积居奇行为""擅自设立互联网上网服务营业场所,或者擅自从事互联网上网服务经营活动的行为""非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品的行为""未经国家批准擅自发行、销售彩票行为""违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定,哄抬物价、牟取暴利,严重扰乱市场秩序的行为""违反国家规定,使用销售类终端机具(POS机)等方法,以虚拟交易、虚开价格、

现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金的行为”“未经烟草专卖行政主管部门许可,无生产许可证、批发许可证、零售许可证,而生产、批发、零售烟草制品的行为”“擅自发行基金份额募集基金”等十五种行为列入本罪的处罚之列,完全超出了刑法第225条有关非法经营罪的文义射程范围,从而使非法经营罪成为一个典型的口袋罪。

口袋罪严重破坏罪刑法定原则,刑法中欠缺范畴型的兜底条款为口袋罪提供了规范空间。归纳来看,刑法中不符合构成要件明确性原则的情况,大致包括欠缺范畴型的抽象性规定和涵盖过度型抽象性规定,前者是指缺乏对行为或结果的规定,概括到几乎无边无际,让受规范约束者无法预见行为的风险,动辄得咎而陷入法律的陷阱,如刑法分则部分经常出现的“情节严重”“情节恶劣”;[3]刑法第129条和第441条中的“不及时报告”等等。这些规范对何种行为类型或这种结果等将会导致被处罚,根本没有做任何提示,这往往使民众处于疏而不漏的法网之中;后者在是指诸如口袋罪那样把社会通识意义上的无辜者纳入处罚范围,而这种类型的抽象性规定表面上披着刑法外衣,但其往往是政治抉择、道德评价或意识形态的变种,如我国现行刑法第63条第2款“根据案件的特殊情况”、第279条的“招摇撞骗”、第290条的“社会秩序”和第291条的“公共秩序”。

司法解释本来只能对刑法规范的适用做出进一步明确,但在面对刑法中的不明确规定时,往往会做出扩张性解释:一方面,因缺乏刑法的基本理性,维护稳定和社会和谐往往超越人权保障,成为刑法适用的出发点,甚至把刑法看成惩罚犯罪的工具,宣扬刑法万能主义,当因行政执法怠惰、社会管理能力低下而导致社会矛盾时,把化解这种矛盾的希望寄托于刑罚手段。另一方面,因公、检、法关系虽然相互分工,但配合多于制约,司法实践中有“公安机关是做饭的,检察机关是端饭的,审判机关是吃饭的”之形象说法,对公安机关移交检察机关的案件,检察机关会带病起诉、强行起诉,而法院也往往基于三个机关之间的合作,而强行判决。

应该说,部分刑法修正或扩张化解释是理性的,是刑法回应社会生活的需要,但也有部分刑法修正或扩张化解释是非理性的,被批判为情绪化立法,或者从后果考察上分析,其弊大于利。尤其是把因行政机关怠惰或社会管理能力低下所引发的冲突,交给刑法去解决,这就忽视了社会治理对社会发展的意义。举例来说,我国台湾地区刑法并没有生产、销售假冒、伪劣产品的犯罪规定,但在台湾几乎没有发生食品安全事件,而在中国大陆,刑法第141至149条规定了“生产、销售伪劣产品罪”“生产、销售假药罪”“生产、销售劣药罪”等八个具体犯罪,但由于行政领域的腐败、滥用职权或玩忽职守等,食品安全事件频发。不去考虑社会管理创新,而把维护社会秩序的愿景寄希望于刑罚手段,这并不符合社会治理的要求:一方面,企业的生产、销售假冒、有毒食品等行为一经媒体曝光,就难以再维持经营;另一方面,行政机关工作人员因为存在腐败或渎职行为,也面临着被犯罪追究的风险。从经济发展、社会正义等立场上分析,食品安全的保障首

先是一个社会治理问题，企业诚信体系建设、行政机关的执法能力、严厉惩治腐败犯罪等手段，都可以预防食品安全事件。

在司法承载能力恒定的情况下，刑法以积极的立场介入社会生活，必然会带来“案多人少”的矛盾。随着立法与司法上犯罪圈的极度、快速膨胀，犯罪治理成为一句空话。犯罪快速扩张是社会治理能力低下的体现，因社会管理体制中问题丛生，行政机关又存在不作为、乱作为等乱象，刑法就会被国家与民众寄予厚望，从而成为维护社会稳定的强力工具。可以预见，如果我们认真对待这种犯罪化的快速发展趋势，“案多人少”的矛盾还会进一步加剧，进而导致选择性司法，严重破坏刑法权威。然而，学界对这一现象并不重视，刑法学界把学术资源放在刑法教义学领域，强调“立法不是被嘲笑的对象”，而刑事诉讼法学学界则受制于专业的限制，认为国家的员额制存在问题，使司法机关中具体办案的法官、检察官无法承载众多的案件。其实，就造成“案多人少”的直接原因来说，立法应该是最重要的原因，立法不断地增加新的罪名或司法解释不断做出立法化司法解释（相当于立法），则会使司法实践中的案件不断涌现，而一线办案的法官、检察官并没有增加，这就会使“案多人少”的矛盾更加突出。

最高人民法院工作报告公布的数据显示，犯罪总数呈现出逐年递增趋势，2008 年至 2012 年，各级人民法院审结一审刑事案件 414.1 万件，判处罪犯523.5 万人，同比分别上升 22.3％和 25.5％。每年的案件都没有过百万。2014 年，各级法院审结一审刑事案件 102.3 万件，判处罪犯 118.4 万人，同比分别上升7.2％和 2.2％。2015 年，各级法院审结一审刑事案件 109.9 万件，判处罪犯 123.2 万人，同比分别上升 7.5％和 4％。可见，人民法院审理刑事案件的数量呈现出逐年递增趋势，如果再加上公安机关撤销案件、检察院不起诉案件的数量，则比例会更高。

从国家治理的角度分析，刑事立法意义上的犯罪扩张与刑事司法意义上的扩张化解释并不都具有合理性，部分扩张并没有立法事实根据，是一种典型的案例立法与激情立法，也不符合刑法扩张的逻辑规则，并没有正确定位刑法在国家治理体系现代化中的功能，没有遵循刑法与其他法律之调整对象的内在规律。因此，我们需要寻找克制刑罚积极主义的理论方案。

## 二、比例原则对克制刑罚积极主义的变革意义

如要正确认识刑法在国家治理现代化中的功能地位，则需要立足于刑法与其他法律之间的内在关系规律，理性对待比例原则对刑法治理体系现代化的变革意义，以为立法者正确对待刑事立法的边界与解释者明确刑法解释的限度提供理论支撑。

### （一）比例原则有助于避免“刑罚过剩”现象

一般而言，刑罚过剩在两种意义上存在：（1）一种行为如果运用行政或经济手段等就可以实现立法目的的话，则没有必要运用刑罚手段，刑罚动辄剥夺他人

自由、生命，应该充当最后一道防线的角色，不可以越位。比如，对组织考试作弊的行为，运用行政或民事制裁手段即可起到同样效果的，则没有必要将其入罪，否则，就会带来犯罪圈的极度膨胀，超出司法应有的承载能力。对于逃税行为，只要行为人能主动补足税款，缴纳滞纳金，并接受行政处罚，就可以增加行为人或单位的违法成本时，则没有必要将其视为犯罪。(2)对于一种行为，刑法有必要对其规定为犯罪，但是在较低惩罚的情况下，就可以满足民众的报应情感或实现预防犯罪之目的时，则没有必要动用死刑或长期自由刑。比如，对于盗窃行为，即使数额特别巨大，采取长期自由刑既可以起到隔离排害作用和预防犯罪功能的，则没有必要动用死刑；对于情节较轻的绑架，在 10 年以下有期徒刑范围内，即可以满足被害人的报应情感和实现犯罪预防目的时，则没有必要把绑架罪的法定最低刑规定为 10 年有期徒刑。

如何避免刑罚过剩，需要借助比例原则。在比例原则看来，刑法作为人类控制犯罪的基本工具，是其他法律的保障法，具有补充性与经济性，其中，补充性意味着只有在其他法律构筑的防线崩溃之时，刑法充当第二道防线，是社会正义或定纷止争的最后手段，而经济性意味着当惩罚犯罪带来的成本远远大于因此而获得的收益时，刑法应该止步，以避免损害刑法权威。比例原则源于法律体系的内在规律，当代法律体系与古代法律体系不同，存在着明确的刑法、行政法、经济法等部门法划分。随之而来的问题是，刑法与行政法、经济法等之间的界限是什么，如果一种行为可以由刑法与其他法律调整，但刑法所取得的效果并不比其他法律更优的话，那么立法者应如何抉择？对此，比例原则从国家权力与公民权利的辨证关系出发，主张国家权力的行使应以对公民权利侵害最小的方式为之，当行政法、经济法对某种行为的干预也可以取得相同或更好效果时，刑法就没有必要再介入，因此，对避免刑罚过剩意义重大。

(二)比例原则有利于实现罪刑规范的合理配置

现代刑法的任务在于保护法益，实现罪刑规范之合理配置的前提是把犯罪化的标准建立在法益论的基础上，无法益保护的真实性、必要性与价值性，则没有必要将其规定或解释为犯罪。

犯罪的本质是一种具有严重法益侵害性的行为。刑法、行政法与民法等均有法益保护的任务，那么何种法益应成为刑法保护的对象。有学者指出，法益有先法性法益、宪法性法益和刑法性法益之分，刑事立法意义上的法益只能是宪法性法益，刑事司法意义上的法益是刑法性法益。[4] 笔者认为，这种区分具有一定的意义，但并没有建构完整意义的法益论。作为前提，法益侵害说、规范违反说、义务违反说和社会危害性说作为一种理论建构，都只是一种言说工具，而不是一种真理，关键是看哪种言说工具更具有说服力。如果法益论只停留在刑法的任务在于保护法益，这并没有多大意义，它只能靠学术权力而存续。不同的法学家完全可以建构不同的理论来解释犯罪化的根据，往往哪个法学家的群体更为庞大，则该种学说就会有更多的人接受，比如，四要件论、三阶层说就是如此。因

此，我们必须慎重思考法益论如何为犯罪化提供根据，以及如何为法官或司法机关解释刑法提供入罪与出罪解释的标准。

法益如果从概念上理解，就是法律所保护的生活利益、公共利益和国家利益，它主要涉及三个层面的问题：一是法益保护的真实性，即刑法赖以保护的生活利益、公共利益和国家利益是否为真实，如果法益保护并不具有真实性，如果是立足于媒体的报道或夸大，引发民众虚妄的集体意识，从而对立法者构成压力，比如，对医院贩卖挂号号头的行为、组织考试作弊的行为、虐待动物的行为等，基本上是基于媒体报道与夸大其词，不明就里的一般民众会在网络上唤起保护这些法益的主张。在民主立法时代，这些虚妄的集体意识容易带来激情立法或案例立法。二是法益保护的必要性。现代法律体系被严格地区分为刑法、行政法、经济法等不同法律部门，刑法自身的保障法角色，意味着一种破坏法益的行为，如果必须纳入犯罪圈，则必须符合比例原则要求的必要性，如果某种破坏法益的行为，行政法或经济法等也可以取得相同或相似的效果，则这种法益并不具有法益保护的必要性，刑法不可以将其规定为犯罪。比如，对单纯酒驾行为，只要交警积极地、认真地履行自己的职责，完全可以减少酒驾，并避免酒驾造成严重事故，单纯酒驾行为并无入刑的必要。三是法益保护的价值性。刑法不仅保护个人法益，而且涉及国家法益、公共法益，对个人法益而言，何种行为具有法益的破坏或破坏的危险，则主要是一个民众的共同价值观问题，是一个与国家任务无关的领域，国家不可以借助意识形态等把国家的价值观强加于一般民众，比如禁止堕胎、禁止吸毒、禁止赌博、禁止同性恋、禁止秘密的性聚会等，这些禁止性的规定，从民众共同价值观的立场上，是不具有法益保护的价值性的。

（三）比例原则有利于弥补刑法之谦抑性的不足

刑法应具有谦抑性，是我国刑法理论的共识。作为一种理论建构，它和比例原则具有相似之处，两者均主张刑法应当作为社会抗制违法行为的最后一道防线，能够用其他法律手段调整的违法行为尽量不用刑法手段调整。[5]但两者也有不同，比例原则是立足于宪法意义上的公民基本权利对刑法意义上犯罪与刑罚设定的制约作用，反对不符合比例原则的犯罪设定与刑罚种类，它不仅架设了宪法与刑法之间的母子关系，强调宪法上公民的基本权利对刑法意义上犯罪与刑罚设定的制约，而且相比于刑法的谦抑性理论来说，是一个更具有制度价值的宪法原则，对刑事立法与刑事司法具有“强制性的约束力”。因此，可以弥补刑法之谦抑性的不足。

当然，比例原则作为罪刑关系配置的基本原则，如若想充分发挥其功能的话，则有赖于其下三项子原则的规范建构，即将比例原则之下的适当性原则、必要性原则和法益均衡原则予以规范化，使其成为比例原则适用中的三个基本判断标准：目的正当性、手段必要性以及限制妥当性。其中，目的正当性要求刑法只有出于保护“重要公益”及以上之目的才可以对公民个人自由进行限制，以免以维护公益为名不当侵犯公民个人自由。手段必要性意味包含着两个逻辑相关

的内容:相同有效性与最小侵害性。前者要求若有非刑罚手段可以达成立法目的的情况,应选择非刑罚手段;而后者则要求刑事立法对公民权利的限制压缩到最低极限。而"限制妥当性"则需要无可避免地进行法益或利益的权衡工作——衡量达成目的所带来的收益,是否大于限制个人自由所带来的损失,即需要我们确定刑事立法对基本权利的侵犯程度,以及所获得利益大小与份量。[6]

比例原则构成了刑事立法的边界,对犯罪设定具有强力制约。首先,当某种行为可以运用其他法律予以调整时,或者运用刑罚手段并不能达到更好的效果时,则没有必要运用刑罚手段,这有利于确保刑罚手段的最后性,也是遵循法律体系之内在规律的体现。其次,比例原则借助于宪法与刑法之间的功能性位阶,把宪法有关公民基本权利的规定,变成了衡量犯罪化的标准,强调刑法绝不可以把属于公民基本权利的行为纳入犯罪,这意味着在刑事立法问题上增加了一道规范过滤程序与标准,是一个可以操作、具有明确法律依据的标准。最后,比例原则强调衡量刑事立法达成目的所带来的收益,是否大于限制个人自由所带来的损失,这是一个后果考察的范畴,也是一个符合决策理性的判断标准,把比例原则作为刑事立法中犯罪化的衡量原则,容易取得各方共识,并成为实践行动。

(四)比例原则有利于合理架构宪法与刑法的关系

我国刑法第1条规定,刑法制定与适用必须依据宪法。就宪法与刑法的关系而言,立法者在增加新的犯罪或刑罚时,必须要重视宪法有关重视公民基本权利对犯罪设定的制约意义。

公民的基本权利与犯罪、刑罚等国家公权力之间是一种互斥关系,属于公民的基本权利范畴的行为,则不能再属于刑法以公权力设定的犯罪或刑罚范畴。[7]具体来说,这种互斥关系具体体现有二:(1)属于公民的基本权利的范畴,则国家有义务采取积极措施去保障这种权利的实现,而不是动辄利用刑罚等国家公权力去限制公民的基本权利,也不能无视公民的基本权利,把性质上属于合法行使基本权利的行为解释为犯罪。比如,言论自由本就是说错话的自由,如果说的都是对的,那就不叫言论自由。既如此,司法解释把发表不实言论并被转发500次以上的行为,规定为寻衅滋事罪等,就是一种违反宪法规定的行为。(2)不可以把公民基本权利与国家公权力混为一谈,如果一种行为属于公民基本权利的范畴,则不能将其理解为属于国家公权力的范畴。比如,科研自由作为公民的基本权利,是一种典型的社会权,不仅意味着公民按照自己的兴趣、爱好从事科研,也意味着国家需要提供相应的物质条件,以保障公民能够现实地从事科研。就此而言,科研经费是科研自由的必要组成部分,科研人员侵占科研经费的行为就不是犯罪。

刑法是社会治理手段之一,也是破坏力最大的手段,刑法中的犯罪不是越多越好,而是越少,社会越文明。刑法中的刑罚不是越重越好,而是应当走向轻缓化。没有对比例原则的认识与运用,我们很难架设宪法与刑法、刑法与行政之间的关系,难以正确认识法律体系之调整对象的内在规律,往往会扩大刑法的社会

控制功能，从而带来严重的“刑罚肥大症”现象。在重视法治在国家治理现代化中作用的当下，比例原则因能正确处理国家权力与公民基本权利、手段与目的、刑法与其他法律等之间的关系，而应成为刑事立法与司法的“帝王原则”。

## 三、把比例原则作为克制刑罚积极主义的“帝王原则”

刑事立法与司法应以比例原则为“帝王原则”，意味着刑法修正与刑法解释也成为治理的范畴，治理理念不仅意味着刑法体系的现代化，需要尊重刑法与其他法律的内在规律，而且意味着刑法实施能力的现代化，需要认真对待刑法解释。

### （一）比例原则与刑事立法的边界

立法是司法中“案多人少”的成因之一，化解“案多人少”的矛盾，需要立法者重视比例原则在犯罪界限与标准判断中的法治意义，比例原则要求刑事立法理性区分刑事不法与行政不法，把不具有法益保护之必要性的行为拒斥在犯罪圈之外：后果考察构成了比例原则适用的前提，通过后果考察，如果刑法适用的结果是弊大于利，则不宜实现该行为的犯罪化。刑罚目的并非积极的犯罪预防，而是消极的事后处理，立法者不可以在主要犯罪已经构筑防线的基础上，再去惩罚次要犯罪以实现预防主要犯罪的目的。同时，其他法律在没有建构制度性事实并证明其构筑的防线崩溃时，立法者不可以违背“无先而后”的逻辑规则，将其直接规定为犯罪。

其一，刑法中的犯罪设定不可以违反“无先而后”。刑法是其他法律的保障法，具有二次性与补充性，当其他法律构筑的制度防线崩溃之时，且具有严重的法益侵害性，则刑法需要将破坏法律制度的行为纳入刑法调控范围。刑法作为治国理政的重要工具，刑事立法必须遵循法律体系的内在规律，正确划分不同法律部门的调整范围及其判断标准，从而形成和维护符合犯罪控制与人权保障目标的基本秩序。比如，在行政法或民法没有将某种行为纳入调整范围之前，或虽然已经纳入，但并没有事实证明其他法律构筑的防线崩溃之前，刑法就不可违背“无先而后”的逻辑规则，而直接将该种行为纳入刑法的调整范围。对此，国内学者已有一定的学术自觉，胡启忠教授指出，“‘立罪至后’是先贤理论的逻辑归结，也是刑法谦抑理论的逻辑结论，还是本体论上的人性要求，因而应是金融刑法立罪的基本逻辑规则。”[8] 刑法中的犯罪一般被区分为自然犯与法定犯。法定犯是基于法律规定而构成犯罪的情况，有学者指出，我国当前正处于法定犯时代。[9] 如前所言，比例原则要求坚持刑罚手段的最后性，当运用行政、经济等法律手段可以达成相同效果或更优效果之时，刑罚手段就没有必要适用。以《修九》增加的“组织考试作弊罪”为例，这一新的犯罪与最近几年发生的替考事件屡禁不止有关，但该行为是否已达到必须用刑罚手段惩罚的程度，是立法者在对替考行为犯罪化之时，必须要慎重思考的问题。如果这种行为没有被行政法所强力规制，或者运用行政手段即可达到预防目的，立法者则没有必要把替考行为纳入犯罪

的范畴。

其二,刑法中的犯罪设定应重视二元化犯罪模式。二元化犯罪模式体现在刑法第 201 条有关偷税罪的立法中,即“有第 1 款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,5 年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”其中,因“补缴应纳税款,缴纳滞纳金,并且接受行政处罚”而导致的非犯罪化是一个向度,而因“不补缴应纳税款,或不缴纳滞纳金,或不接受行政处罚”而导致的犯罪化则是另一向度,这是一种“行政处罚优先的非犯罪化”和“刑罚处罚保障的犯罪化”并存的犯罪模式。[10] 二元化犯罪模式立足于功能责任论,强调犯罪治理的法律后果与社会效果,对非自然人对象的犯罪具有十分重要的意义,它强调被害人在犯罪治理中的积极参与及其对犯罪认定的制约意义。毕竟,犯罪治理不仅在方式上强调从强制走向协商,而且从过程上强调公民参与式犯罪治理,而不是单纯的政府主导式犯罪治理。[11]

如何合理地组织对犯罪的反应,这不仅是一个刑事政策问题,也是一个刑法意义上的犯罪圈与刑罚强度与种类的设定问题。二元化犯罪模式所描述的法律图景,是一种刑法治理体系优化后的最优选择。刑法只是法律手段中的一个维度,具有保障性、补充性,只有在其他法律所构筑的防线崩溃之时,刑法才介入而充当第二道防线。如果淡化其他法律手段或社会手段,迷信刑法万能,把刑法作为维护社会秩序的最强力工具,则是夸大了刑法的作用,不但会出现不合比例原则的刑事司法资源浪费,而且还与宪法规定的人权原则背道而驰。也因此,我们除了以非犯罪化和刑罚轻缓化来减轻司法机关在诉讼社会背景下的负担之外,还可以考虑采用二元化犯罪模式,以刑罚之从属性来解决部分行政犯的治理问题,二元化犯罪模式不仅能够满足刑法上设置行政犯之目的诉求,而且较好地体现了比例原则,因而是行政犯之犯罪模式的理性选择。未来的刑法修正案应适当扩展二元化犯罪模式的适用范围,具体可以考虑在纯正的贪利性行政犯中实行。[12]

其三,刑法中的刑罚种类调整应避免“刑罚过剩”。刑罚过剩意味着刑法对个罪规定的法定刑太重,对实现预防犯罪的目的并无价值,而是单纯把这种过剩的刑罚用来满足报应犯罪的需要。刑罚过剩现象,这是一个报应主义所主张,但为预防主义所抛弃的概念。从全球范围看,刑法轻缓化乃是大势所趋,有学者指出,“德国现在有超过 50%的刑事案件通过非正式的‘转处’途径处理,真正以正式刑罚途径处理的只有一小半;而这一小半中又有高达 80%以罚金处理,另 14%处以缓刑,监禁的仅 6%。”[13] 过重的刑罚不仅对预防犯罪没有必要,而且会造成国家资源的重大浪费。自《刑法修正案(八)》以来,“限制死刑、提高生刑”成为刑法修正的基本路向:限制死刑不仅具体体现为废除了 22 个具体个罪的死刑,而且对死缓后执行死刑的适用条件、绑架罪适用绝对确定的死刑进行了严格限制;提高生刑也包括两个方面的改变,即刑法修正案提高数罪并罚情况下有期

徒刑的最高执行年限,即由原来的最高 20 年改为 25 年,同时,在贪污罪中首次增设终身监禁,即被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。

笔者认为,"死刑过重"是一个客观存在的现实问题,但"生刑过轻"并不是符合刑法发展趋势的命题,也不是一个符合犯罪治理理念要求的命题:其一,提高生刑不符合刑罚轻缓化发展趋势。刑罚发展史是一个从野蛮到文明的进化过程,刑罚轻缓化即是刑罚文明的体现,刑罚轻缓化不仅意味着死刑的逐步废除,而且意味着长期自由刑应当予以纠正,以免造成刑罚过剩,毕竟,对于大部分犯罪的判刑而言,并不是为了实现犯罪预防,而是满足国家或被害人的报应情感。过长的刑期对实现预防犯罪并无多大用处,反而助长民众的报应意识,对刑法文明发展不利。其二,不能满足一般预防的需要。就一般预防的实现而言,立法者必须正确对待惩罚几率和惩罚强度之间的关系,惩罚几率意味着被发现的机会,惩罚强度意味着被发现后判处的刑罚量。重视惩罚的几率,乃是刑罚必然性、及时性的另类表达。提高犯罪惩罚的几率,这是增加犯罪风险的最重要维度,也是合理组织对犯罪的反应的需要。[14] 其三,终身监禁往往是一种比死刑更为残忍的刑罚。"好死不如赖活着",是国人的口头禅,但事实并非如此,贝卡利亚坦言:"终身苦役同死刑一样也是痛苦的,所以,它也同样是残酷的。我认为:如果把苦役的受苦时间加在一起,甚至是有过之而无不及。"[15] 终身监禁意味着罪犯要在监狱生活一辈子,没有任何出狱的希望,是一种更为残忍的刑罚。与此同时,还会极度增加国家改造罪犯的成本和监狱改造罪犯的难度。

其四,刑法不宜为预防主要犯罪而规定次要犯罪。随着风险社会命题被提出,刑法保护的早期化与抽象化,成为当今不少国家刑事立法发展的趋势,不仅将造成法益危险的行为(比如、危险犯、预备犯等)列入可罚性的范围,而且还会将抽象危险作为犯罪证成的判断依据。观察刑法在现代风险社会中的角色问题,存在着明显的处罚早期化、处罚严厉化和处罚扩大化倾向。由于危险遍布在各个生活角落,发生在各个领域中,因此刑法介入必然出现扩大化趋势。不仅在日本,这也是世界各国刑法在风险社会之下所呈现出来的特征,而在经济刑法的发展中表现尤甚。[16] 其中,处罚的早期化意味着立法者以惩罚次要犯罪的方式预防主要犯罪,比如,为了预防重大交通事故罪而规定危险驾驶罪。

笔者认为,刑法保护的早期化并不必要,刑法中的抽象危险犯并无正当性根据。抽象危险犯意味着行为人实施一个在观念上被视为危险的行为,即可构成犯罪,它并不考量现实的、具体的危险,其目的在于通过刑罚制裁,预防行为所带来的实害。我国刑法新增的抽象危险犯,最典型的莫过于醉驾。一如我们所知,《刑法修正案(八)》实现了醉驾入刑。然而,由于其犯罪门槛低,自 2011 年 5 月 1 日至今,全国每年平均处理醉驾犯罪 10 万起,占全国每年处理犯罪的七分之一左右。目前,危险驾驶罪已经超过盗窃罪,成为名副其实的新的"犯罪之王"。

作为前提,立法者在实现醉驾入刑时,没有借鉴德国、我国台湾地区的具体危险犯模式(必须是达到不能安全驾驶的程度),而是只要符合醉酒的要求,不管是否能安全驾驶机动车,就构成犯罪。理性地看,预防交通事故罪并不需要以醉驾行为犯罪化的方式实现。有数据显示,"自 2011 年醉驾正式入刑以来,公安机关严格管理、严格执法、广泛宣传。4 年来,全国查获酒后驾驶违法行为 150 万起,发生涉及酒驾道路交通事故的起数和死亡人数较'醉驾入刑'前同比分别下降 25%和 39.3%。"[17] 值得注意的是,酒驾道路交通事故的起数和死亡人数下降并不是醉驾入刑的功劳,而是公安机关查处酒驾行为的功劳。也就是说,只要公安机关严格查处酒驾,即使醉驾没入刑,也会导致这种结果。立法者以惩罚次要犯罪实现预防主要犯罪的目的并无正当性根据,反而每年给 10 万左右的民众贴上犯罪标签,带来就业、入伍等社会难题。

(二)比例原则与刑法解释的限度

比例原则的价值诉求乃是人权保障,刑法涉及人的生命、自由等基本人权,自然应该以必要为前提,如果可以采取其它手段可以实现相同或相似目标,则刑法应当止步。比例原则对刑法解释具有制约意义,刑法解释应以形式解释为主,以实质解释为例外,确立有利于被告人的原则,并不可以去填补刑法漏洞,以免构成对人权原则的破坏。

其一,刑法解释应以形式解释为原则,以实质解释为例外。形式解释并不意味着法条主义,而是对罪刑法定原则的坚守。在犯罪化扩张解释在司法实践中泛滥的时代,坚持形式解释是具有现实意义的,刑法解释应立足于刑法文本的文义,尊重立法者的立法意图,这是刑法之保守性的体现。就当前刑事司法实践来看,无论是两高颁布的司法解释,抑或法官在个案中对犯罪边界的解释,往往都存在着明显的实质化倾向,前者如前述两高对非法经营罪、寻衅滋事罪的解释,后者如法官对"事前通谋"的解释,把两人之间电话联络即视为事前通谋。实践当中,这种扩大化的解释会因为政治需要、民意而牺牲刑法理性,刑法自古以来就是一门受政治影响最深的法律,政治家与一般民众不论是否对国家、社会有共同的理想,他们最迫切追求的秩序与利益分配的愿景,都会反映在刑法上。比如,严厉惩治受贿行为,在政治家与一般民众之间就较易达成共识,也因此,司法实践把作为受贿罪客观要件的为他人谋取利益,首先降低为承诺为他人谋取利益,然后又降低为"明知他人有请托事项而收受他人财物",存在着明显的实质化倾向。尽管这种改变有利于反腐败,但却动摇了刑法根基,突破了罪刑法定原则的边界,因为在 97 刑法制定中,立法者原意显然没有包含这些情形,而是解释者根据案件实际情况进行了"与时俱进"的解释。

其二,刑法实质解释论应确立有利于被告人原则。刑法中有诸多的不明确概念,比如行凶、情节恶劣、不及时报告等,这些概念自身的含义是什么,不仅立法原意难以证明,而且完全可能随着时代更替而被赋予新的含义,因而蕴含着刑法实质解释的空间。一般而言,实质解释有两个面向:一是有利于被告人的实质

解释。比如,立足于家庭伦理对刑事不法的阻却,把丈夫在婚姻存续期间违背妻子意旨实施的性交行为,解释为非罪;立足于绑架罪之法定刑比较重,把索债为目的实施的控制人质行为解释为非法拘禁罪。二是不利于被告人的实质解释。比如,把以欺骗手段实施的对价购买美容服务的行为,解释为诈骗罪或强迫交易罪;把轻微的殴打而因行为人特异体质导致的死亡,解释为过失致人死亡罪。无论是主张目的解释,还是客观解释,都可能出现这两种结果。刑法自身是由不明确概念所组成的,面对这种不明确,司法难免遇到法律疑问,比如许霆案引发的盗窃罪、信用卡诈骗罪、侵占罪、无罪等争议。法律疑问意味着刑法规定与案件事实之间无法实现无缝对接,而不是单纯的事实不清、证据不足,如果是后者,我国刑事诉讼法已经明确"事实不清、证据不足"应当做无罪对待。而法律疑问原则上属于立法者的过错,及立法者规定不明确导致案件事实与法律规定之间无法无缝对接,对此,不能由被告人"买单",否则,在具体实施中则可能带来刑法解释的扩张化适用,导致立法与司法的双重不正义。

其三,刑法解释不可以填补刑法漏洞。现代法治强调司法权对立法权的尊重,司法权不可以僭越立法权而进行立法化的解释。立法者并不是神,难免存在疏漏。同时,立法在前,社会发展在后,随着社会发展中新问题、新情况的出现,就会形成法律漏洞。然而,刑法漏洞和刑法的不明确性之间的边界是什么?这是一个长期为法学家思考但又没有得到彻底解决的问题。从刑法的稳定性与灵活性之相统一的原则出发,刑法中的概念并不是绝对明确的,而是相对明确的。就刑法用语来说,任何刑法概念都是由固定含义与边缘含义所组成的。那种不符合构成要件明确性要求的刑法用语,则属于刑法中不属于漏洞的漏洞,比如前述欠缺基本范畴的不明确条款,看似这类条款具有高度的灵活性,但却不符合构成要件明确性原则,属于无效条款。张明楷教授指出,"真正的刑法漏洞是不可能通过解释来填补的,换言之,即使某个行为值得科处刑罚,但只要刑法没有明文规定,就必须得出无罪结论,不管是形式解释论者还是实质解释论者,在这一点上不会有区别。"[18] 以我国现行刑法第 236 条规定的强奸罪为例,刑法明确把把本罪的构成要件界定为"违背妇女意志",而把违背男性意志而事实的强迫性交等行为排除在外,对此,解释者就不可以把该行为解释为犯罪。同理,在刑法中兜底条款没有基本类型涵摄范围的前提下,司法解释不断扩张本罪的犯罪圈,等同于以刑法解释方法填补刑法漏洞,并不利于提高立法者的立法能力与立法质量。

如果把刑法的保守性比作一块"坚石",那么比例原则就是一杆"魔杖",通过这杆魔杖,可以化解我国现行刑事立法与司法中犯罪化扩张带来的"案多人少"矛盾。思考刑法在国家治理现代化中的功能,需要思考比例原则对克制刑罚积极主义的变革意义,比例原则主张刑事立法与司法应固守目的正当性、手段必要性及限制妥当性,是通过对国家权力与公民基本权利之间辩证关系的准确界定,明确刑法与宪法、行政法之间调整对象的内在规律性问题,并以此进行刑法理念

与罪刑规范的根本性再造，因而成为了刑事立法的边界与刑法解释的限度。

**注释：**

〔1〕于志刚：《刑法修正何时休》，《法学》2011 年第 4 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。

〔2〕具体见最高人民法院审判委员会专职委员胡云腾大法官在 2014 年中国刑法年会上所作的“从刑事审判看刑法改革与发展的几个趋势性问题”报告。

〔3〕至于司法解释明确了情节严重、情节恶劣等所包含的内容，能否依据认定这种规定已经通过刑法解释使这些不明确概念具体化，进而认定这种规定不再违背构成要件明确性原则？陈兴良教授指出，“我国刑法把本应由司法机关具体裁量的罪量要素加以框架性规定，然后再由司法机关加以解释，这一立法模式并不违反刑法的明确性。”（陈兴良：《刑法的明确性问题：以〈刑法〉第 225 条第 4 项为例的分析》，《中国法学》2011 年第 4 期。）应该说，结合中国司法体制的现实来看，这种分析是成立的，但这种把构成要件之明确性的任务完全寄望于司法解释，其实也是司法权对立法权的僭越，它可能导致最高法院的法实证主义，最终导致精英法治国风险。

〔4〕刘孝敏：《法益的体系性位置与功能》，《法学研究》2007 年第 1 期。

〔5〕姜涛：《激励、效能、谦抑：二元化犯罪模式的法理审视》，《时代法学》2010 年第 3 期。

〔6〕姜涛：《追寻理性的罪刑关系：把比例原则植入刑法理论》，《法律科学》2013 年第 1 期。

〔7〕当然，这并不排除公民行使基本权利的方式会构成犯罪的情况，比如，以非法剥夺他人自由的方式索要自己的劳动报酬，获得劳动报酬，是公民的基本权利，但如以刑法禁止方式实现的话，则会涉嫌非法拘禁罪等。

〔8〕胡启忠：《金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例》，《中国法学》2009 年第 6 期。

〔9〕储槐植：《要正视法定犯时代的到来》，《检察日报》2007 年 6 月 1 日，第 003 版。

〔10〕姜涛：《激励、效能、谦抑：二元化犯罪模式的法理审视》，《时代法学》2010 年第 3 期；姜涛：《在秩序与自由之间：刑法父爱主义之提倡》，《江淮论坛》2015 年第 1 期；姜涛：《行政犯与二元化犯罪模式》，《中国刑事法杂志》2010 年第 12 期。

〔11〕竹立家：《社会转型与国家治理现代化》，《科学社会主义》2014 年第 1 期，第 9 页。

〔12〕姜涛：《行政犯与二元化犯罪模式》，《中国刑事法杂志》2010 年第 12 期。

〔13〕刘仁文：《见危不救入刑引争议立法审慎因忧“刑罚过剩”》，《解放日报》2011 年 12 月 21 日。

〔14〕姜涛：《废除行贿罪之思考》，《法商研究》2015 年第 3 期。

〔15〕〔意〕贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，2008 年，第 47 页。

〔16〕姜涛：《风险社会之下经济刑法的基本转型》，《现代法学》2010 年第 4 期。

〔17〕刘子阳：《权威披露典型危险驾驶行为特点》，《法制日报》2015 年 12 月 2 日，第 004 版。

〔18〕张明楷：《实质解释论的再提倡》，《中国法学》2010 年第 4 期。

〔责任编辑：马立钊〕