

微罪治理体系下立法原则的审思与回应

胡恺逸

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年4月4日; 录用日期: 2023年4月13日; 发布日期: 2023年5月31日

摘要

微罪立法作为功能主义背景下刑法活跃化的主要表现形式之一, 在风险防范和社会治理中具有明显的法治合理性。微罪入刑的本质在于严密刑事法网, 其将风险社会理论作为价值选择, 以积极刑法观的姿态展现刑事立法从“厉而不严”向“严而不厉”的轻缓化转向。微罪治理体系饱受古典自由主义刑法质疑的原因在于, 其对刑事立法原则的冲击将导致无限度的扩大其存在范围。但是, 预防刑法是国民安全价值的必然选择, 微罪立法并不是对刑法谦抑性的背离, 而是通过刑法的早期介入实现对法益前置化保护。与此同时, 以立法谦抑性作为微罪扩张的限缩路径, 将比例原则确立为法益保护客观化与明确化的审查标准, 并以预防责任实现我国微罪治理的最优化目标才是微罪立法原则完善的应然路径。

关键词

微罪立法, 刑法谦抑性, 法益保护, 比例原则, 责任主义

Reviewing and Responding to Legislative Principles under the Micro-Crime Governance System

Kaiyi Hu

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Apr. 4th, 2023; accepted: Apr. 13th, 2023; published: May 31st, 2023

Abstract

As one of the main manifestations of the activation of criminal law in the context of functionalism, micro-crime legislation has obvious rationality of rule of law in risk prevention and social governance. The essence of micro-crime legislation is to tighten the criminal law network, which takes the risk society theory as the value choice and shows the lighter turn of criminal legislation from

“strict but not strict” to “strict but not strict” with a positive view of criminal law. The reason why the micro-crime system of governance has been challenged by classical liberal criminal law is that its impact on the principles of criminal legislation will lead to an unlimited expansion of its scope of existence. However, preventive criminal law is a necessary choice for the value of national security, and micro-crime legislation is not a departure from the modesty of criminal law, but a front-loaded protection of legal interests through the early intervention of criminal law. At the same time, the principle of proportionality should be established as the standard of review to objectify and clarify the protection of legal interests, and the preventive duty should be used to achieve the optimal goal of micro-crime governance in China.

Keywords

Micro-Crime Legislation, Modesty of Criminal Law, Protection of Legal Interests, Principle of Proportionality, Responsibilism

Copyright © 2023 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

自 1997 年现行刑法颁布以来,共出台 11 部刑法修正案,新设“轻罪”共计 28 个,其中“微罪”¹共有 6 个,²在刑事立法活性化动向与积极刑法观的指导下,我国犯罪分层正在发生实质性的变化,即传统的重罪和轻罪开始向微罪端延伸,从而导致微罪概念正在形成[1]。这种“轻重并进”的立法逻辑以《刑法修正案(八)》“危险驾驶罪”的设立为开始,由此刑事立法逐步对社会民众关于公共安全与稳定的诉求来予以回应,并通过立法活动的积极转向,将刑法处罚措施不断提前。在积极刑法观的指导下,将原本作为社会治理最后手段的刑事立法逐渐向事先预防犯罪的工具刑法转变。

但预防刑法观的确立虽是刑法发展的必然趋势,但所带来的犯罪标签泛化等问题也确有存在。以危险驾驶罪为例,该罪名的设立确实有效遏制了“醉驾”“飙车”等高危驾驶行为的发生,但危险驾驶罪作为近年来发生率最高的刑事案件,其大有居高不下之势。据相关数据显示,2019 年间危险驾驶罪作为全国检察机关起诉人数最多的罪名,已达 32.2 万件,占全部刑事案件起诉数量的 17.7%。到 2021 年,检察机关“以危险驾驶罪”起诉的刑事案件数量已经达到 35.1 万件,超过传统高发犯罪——盗窃罪近 10%,占全部检察机关起诉人数罪名的 20.1%,已经成为名副其实的我国刑法第一大罪[2]。即使危险驾驶罪的刑罚仅为拘役刑,但每年 30 余万人因此被犯罪化,无论是对个人、家庭、社会乃至整个国家的法制建设来说都存在巨大的隐患。同时,微罪体系多以抽象危险犯的立法形式予以确立,其对刑法谦抑性的冲击以及在司法实践当中与公民自由权的矛盾等问题也已成为学界抨击的重点。在我国刑事立法从“厉而不严”到“严而不厉”的调整过程中,微罪立法无疑是推进其价值转向的关键所在。但任何刑事犯罪规范的构建均是以违法犯罪二元体系为基础,单纯的降低犯罪门槛与微罪立法体系的扩张能否带来目的性效果?其司法实践质效又将如何?以及在微罪立法的趋势下,构建哪些相应配套制度才能在既发挥微罪立法功能性成果的基础上,最大程度降低其对个体和社会的“不良反应”?本文将围绕上述问题展开体系性思考,以求对微罪入刑正当性予以重释,并在此基础上对微罪体系立法原则的诸多质疑予以回应。

¹ 通说认为轻罪与重罪的区分以法定刑 3 年有期徒刑为界,而将法定刑 1 年有期徒刑以下的犯罪认定为微罪。

² 危险驾驶罪、妨害安全通行罪、危险作业罪、适用虚假身份证件、盗用身份证件罪、代替考试罪以及高空抛物罪。

2. 微罪治理体系建构的合理性确证

有学者认为,“轻微罪”立法是我国刑法走向现代化的标志,是走向“严而不厉”刑法结构的调整过程[3]。可以说,我国现阶段刑事立法的转向正处在这种调整过程的前阶段:在保持犯罪概念与违法犯罪二元体系不变的前提下,增设众多新型犯罪,以这些“轻微罪”的立法形式回应公众对安全的呼吁,同时也是积极主义刑法观下预防性犯罪的具体展现。其中,微罪体系的建构不单是对民众诉求的回应,更是在时代潮流与刑法发展过程中的应然选择。

2.1. 风险社会下刑法的价值取向

风险社会理论最早由德国社会学家乌尔里希·贝克所主创,他认为风险社会是一个设计巧妙的控制社会,它把针对现代化所造成的不安全因素而提出的控制要求扩展到未来社会。进一步说,这种由社会发展与经济变迁带来的风险也进一步使我们不断捕捉与其伴生的机会,以此来增强自身防范化解风险的能力。在风险社会理论引入我国后,便引起了我国学界极大的讨论兴趣。陈兴良教授认为:“贝克的风险社会理论是以后工业社会的技术风险为叙述原型,并以此为前提展开。因此,风险社会的风险是以技术风险为基础,其他都只是技术风险的外在表现。而在目前我国学者的论述中,风险社会的风险存在着严重泛化的现象。这种泛化的表现,首先是将风险扩展到制度风险,甚至犯罪风险[4]。”劳东燕教授将政治社会风险等制度风险也一并归入风险社会中的风险[5]。随着国内大批刑法学者对风险社会这一社会学概念的关注,在工业现代化不断发展的今天,各种社会风险接踵而至。有学者认为我国已经进入风险社会、传统刑法应变革为风险刑法。叶良方教授提出:“刑法在面对风险社会中的新型风险时,不能坐以待毙,而应该在对法益保护功能和人权保障功能重新定位后,适当地调整刑法保护的行为范围,以风险防控早期化的方式,将那些最为严重的高度风险消灭在萌芽阶段[6]。”

而作为社会治理最强硬手段与国家机器的重要体现,在面对社会风险袭来时显然不能坐以待毙。在社会发展进程中,社会公众对犯罪行为的认知已从过去的严重暴力犯罪逐渐转化为危及正常生活、带有法益侵害性质的一般犯罪行为。自进入二十世纪以来,“醉酒驾驶机动车”致使交通事故频发的现象屡禁不止,为此2011年《刑法修正案(八)》正式将“酒驾入刑”。此后,诸如像“南京张明宝醉酒驾车案”“成都孙伟铭醉酒驾车案”等严重酒驾所引发的恶性案件得到了有效遏制。显然,刑法在面对社会高发风险时应选择提前介入,将刑法保护措施前置化,在扩大刑事处罚范围的同时,也在不断降低处罚力度。以求在刑法现代化转向的进程中,最大限度的严密刑事法网,从而不断满足社会生活的需要。

2.2. 现代刑法中积极预防的立场坚守

微罪体系的建构是在风险社会与网络社会交织下的产物,更是秉持积极刑法观立场下的必然选择。认识到社会变迁所带来犯罪结构形态的变化后,在刑法观规范主义与刑事政策的指导下,微罪治理体系以其推动刑法参与社会治理的科学性逐渐受到关注。而传统刑法观则以理性为主导,其认为不法具有客观性,立法要惩罚的是造成危害后果的行为,并将其惩罚后能够带来的利益作为刑罚正当性的考量依据,即希望通过防止引起危害后果的行为来增进社会的总体幸福以及实现社会正义[7]。但传统刑法观在面对社会发展时便有些不合时宜。一方面,仅以理性为中心,单纯将“恶行为”作为刑法规制对象的想法,在一定程度上忽略了现代社会进程中刑法反应的灵活性,也限制了刑法预防功能的发挥。虽然刑法确有必要作为社会治理的最后手段,但在高发风险与潜在风险并存的当下,社会大众作为行为主体,其行为方式与价值选择都在发生不同程度的变化,而公民个人作为契约人的身份参与社会生活的基本要求确应如一。此时就需要立法者摒弃过去约束性立法的初衷,而应将一些可能严重危及一般公众安全感的风险行为提前纳入刑法规制范围,其中某些可能受到侵害的新型法益既是刑法所要保护的法益。另一方面,

一般预防已然成为社会治理的重要工具。当今社会面临的风险具有复杂性、多样性与不可预测性。随着社会经济水平的高度发展,风险在一定程度上与各种利益的摩擦有着紧密联系,由此表现为较强的内生性。但任何一种风险的形成都不是单一因素作用的结果,不同因素在某一特定环境下相互影响,由此产生形态各异、影响程度不同的风险。而在面对如此纷繁复杂的风险时,世界各国无疑将功能性立法置于首位,由强调报应刑主义到积极预防,由重视犯罪结果导向到行为导向。因此,刑事立法体系的建构应发挥刑法规范的指引与规范作用,通过新设的抽象危险犯或行为犯的立法模式发挥刑法功能的积极导向。在高发犯罪危害性降低的同时,以微罪立法体系的处罚早期化来促进一般预防目的的实现,这不仅与我国社会的现实情况相呼应,更是时代精神下的必然产物。

有学者认为:“积极预防性刑法观主张国家为了实现社会安全治理,扩大并增强国家刑罚权的使用,通过国家刑罚权防范社会失范行为以维护社会稳定与秩序,主张犯罪化立法,形成预防性与扩张性相结合的更为开放的积极预防性刑法理念[8]。”积极主义刑法观并非以刑法规范数量的增加来定义其是否扩张,重要的是如何将处罚范围与社会发展相适应,法益保护范围如何与公众的认知水平相一致。因此,在刑法活跃性与功能性得到发挥的同时,理应将刑法扩张的有效性作为其评价标准,在对社会安全需求作出理性回应的前提下,恪守刑法谦抑性之前提,以责任主义为中心,防止刑法在规范层面的泛化。

3. 对微罪立法原则的理论批判

任何事物都有两面性,只有通过对其内涵与性质予以深刻把握,才能获得更加全面而细致的认知。我国刑法以近年来通过微罪立法体系取得了显著的社会治理效果,但随之不断推进与深化,其所引发的负面后果与理论争议不容忽视。

3.1. 基本前提:对刑法谦抑性原则的冲击

对现阶段刑法积极转向持批判的学者认为,刑法谦抑性的主要功能是制约立法权,即在其他部门法无法惩治严重危害社会的行为时,立法者才通过制定刑法规范对该类行为进行补充性规制[9]。面对不断扩张的刑法犯罪圈以及大幅增设微罪的立法动向,刑法学界对此产生了广泛质疑。有观点认为,现行刑法所设置的某些轻罪,通过施加治安管理处罚的方式足以有效规制,而没有必要将其规定为犯罪行为[10]。晚近刑事立法不断以公民社会安全体验感为前提,将公共安全保护目的置于法益保护功能之前,从而不免呈现出“象征性立法”与“情绪立法”的表征。微罪立法体系的形成导致我国刑法陷入一味苛求完善体系的陷阱当中,在行政管理与行政司法存在弊端的情况下,企图通过刑法手段对违法行为予以遏制,从而产生刑法工具主义风险。而刑法谦抑性作为法治国家的基本良知,应做到立法规范与普罗大众的一般认识相协同,从而规避刑法过度犯罪化的偏好。

刑法作为最直接且严厉的法律规范体系,理应与社会道德、纪律或行政、民事等规范予以区分。但随着微罪体系的不断建构,刑法已不再是社会治理的最后手段,而是逐渐显现出提前化、早期化与单独化之趋势。刑法谦抑性原则无疑是在古典主义刑法观指导下应运而生,在贯彻自由刑法理念的同时,将刑法规制社会行为的阶段后置,以消极事后惩罚的“守夜人”地位来保障社会秩序的和谐与稳定。在启蒙思想熏陶下的刑事立法观念将个人自由作为刑法的基本要求,而不断扩张的刑罚权则促使公民自由权的虚置。虽然刑法与自由从始至终都是一种紧张关系,但刑法作为保障自由的法律,同时也不可避免地对自由造成侵蚀。在刑法面前,国民是权利的主体,刑法的权威来自人民,只有获得群众的信仰,刑法才会真正的发挥作用。而微罪治理体系将法益保护机制的前移,以抽象危险犯作为刑法前置化的主要方式,未将实害结果作为犯罪构成要件之一,而以“防患于未然”的视角将刑法介入时间置于实害结果甚至危险状态发生之前,从而极易导致行为一经发生而一律入罪。这不仅导致犯罪标签泛化,更与现代刑

法谦抑性的原则立场相悖。同时，晚近刑事立法将过去一般的行政违法行为纳入刑法规制范围之内，使公民行为的自由受到限制。同时，刑法的人权保障机能决定了抽象危险犯的立法应采缓和态度，只有对法益造成危险或有造成极大危险之可能的行为才应作为刑法的规制对象。而刑法应该为公民保留最基本的自由空间，国家刑罚的强制力为人民所赋予，而预防性刑事立法不能过分增加“公民的合作义务”。

3.2. 立法设计：抽象危险犯对法益保护原则的异化

为满足风险社会提前保护法益的需求，微罪立法体系在发挥刑法规范指引作用的同时，以抽象危险犯的立法方式将现代风险予以规制。所谓抽象危险犯是指虽不具有发生法益实害的危险，但仍有给予刑事责任负担之必要的犯罪^[11]。以行为无价值论为基础的抽象危险犯理论将法益保护一再提前，将罪质的中心置于行为人的行为义务之上，即虽然行为尚未造成实害结果或具体危险，但只要其违反了行为义务或规范，就推定行为对法益产生了抽象危险，因而将受到刑法的非难评价。预防性刑事立法在秉持理性的基础上，将违法与犯罪的边界不断前移，严守微罪类型的“非实害化”，从而将更多的超个人法益纳入刑法保护范围。法益概念作为源于德日刑法体系的舶来品，带有替代前苏联传统刑法“犯罪客体”之趋势。法益理论以认识犯罪本质并批判、解释立法的双重机能逐渐成为微罪立法建构的规制性原则。但作为刑法转向时期主要的犯罪类型——抽象危险犯以其抽象化、模糊换的法益理念而引发了传统法益观的危机。

长期以来，法益保护主义都被作为刑事立法体系建构的正当性依据，在判断行为入罪边界基准时，对实质法益有无现实危险或危害结果是其重要考量标准。而法益保护原则在上述立法批判功能发挥的过程中，有赖于法益的明确性与具体性。而抽象危险犯的多以抽象集体法益为保护对象，不仅降低了犯罪的成立标准，更是扩张了刑法的处罚范围。其保护法益非但没能成为刑事立法正当性的检验标准，反而作为扩张基点成为工具主义刑法的重要手段。同时，即使将个别抽象危险犯的法益界定为具体的个人法益，也使得在衡量其个体生命、财产安全等实害结果发生时，由于危险流的运行过程较长，而致使其对立法解释机能弱化^[12]。任何理论的提出均非静态的，而是在历史变化与经验累计中逐步开放。因此，传统法益保护原则在受到风险社会理论裹挟下的积极刑法观冲击的同时，其必须做出适时合适的调整，以至于革命性转变，才能在现代刑事立法中维系其原则性地位。

3.3. 罪责理念：与传统责任主义原则的对抗

近些年来，责任主义原则随着德日犯罪论体系的兴起逐渐引起了学界的关注。与此同时，大陆法系国家的刑法理论往往在宪法上寻找责任主义的根据，即认为责任主义是宪法上的原则。³我国的责任主义原则在《宪法》上体现为第33条第3款之规定：“国家尊重和保障人权。”以及第38条前段：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”责任主义也就是我们通常所说的责任原则、罪责原则，是指“无责任则无刑罚”的原则。也可称之为消极的责任主义，即“所有的刑罚都应当只在责任的范围内”的原则^[13]。责任主义原则作为法治与宪政基础性地位的原则，其不仅制约量刑，对于刑事立法中犯罪圈的划定也具有指导意义。责任主义原则思想包括两大基本内涵：个人责任与主观责任。在对判断个体行为是否具有刑法上的非难可能性时，必须将处罚主体限定于实施行为的独立个体，而排斥团体责任的存在。同时这里的责任又是主观上的责任，即应将其责任能力、主观上的故意与过失、期待可能性等作为是否归责与量刑的具体考量因素。而在风险社会刑法建构中，抽象危险犯的构成要件中没有对结果的表述，

³《德国基本法》第1条第1款规定：“人的尊严不可侵犯。尊重和保护的尊严是一切国家权力的义务。”第2条第1款规定：“人人有自由发展其人格之权利，但以不侵害他人之权利或不违犯宪政秩序或道德规范者为限。”《日本宪法》第13条规定：“所有国民都作为个人而受到尊重。对于国民的生命、自由以及追求幸福的权利，只要不违反公共福祉，在立法及其他国政上都必须给予最大的尊重。”

只要有该当构成要件行为的存在即可追究刑事责任，至于行为人的主观罪过不必具体考量，这给人以客观归责的强烈印象[14]。传统责任主义原则在社会报应主义思想的影响下，其事后处置方式得到了广泛支持。但随着风险社会的到来与高发犯罪类型的转化，刑法在轻微罪立法模式转型期间，其传统责任主义观念也发生偏离。传统责任主义原则作为饱受实践经验佐证的刑罚一般处理方式，对其肆意的背离必将导致侵犯公众基本权利及个体行为自由。风险刑法认为，对于风险防范要将预防目的导入罪责认定当中，而将传统责任主义原则中的主观要素予以剥离。对于这种颠覆传统观点的功能责任论的观点，无疑遭受“大刑法”论者的批判。正如有学者所言，“风险刑法理论所称的罪责功能化，是以预防风险的必要性取代非难可能性，因而否定了罪责中的主观归责要素”，这与德国刑法学家所主张的功能性罪责概念和实质性罪责概念中以非难可能性为前提的罪责功能化是存在根本区分的，风险刑法的罪责功能化会扩张罪责范围，而德国学者具有预防必要性要素的罪责概念则会限制罪责范围。

4. 微罪治理体系下立法原则的完善与再造

持批判观点的学者普遍将关注重点聚焦于积极刑法观对刑事立法增设新罪以及介入提前化的否定之上，积极刑罚观指导下的微罪立法体系的构建致使刑法不再是社会治理的最后屏障，反而成为化解国民与社矛盾的单独规范与优先手段。而刑法毕竟是一种破坏力较强的法律武器，在确立及其运用中若不加限缩，将本来可以通过其他相对平和规范解决的问题一律诉诸刑事手段，便无助于社会公平正义的实现[15]。因此，对谦抑性、法益保护与责任主义等原则做出适时调整已然刻不容缓。

4.1. 司法谦抑性对立法谦抑性误读的化解

刑法谦抑性原则作为有古典刑法起源并延续至今的刑法基本原则，在保障人权以及立法、司法等活动中具有重要意义。需要注意的是，刑法谦抑性也并非是一成不变、绝对静态的刑法原则，在社会进步与法律发展的过程中，如何以社会实践为基础，在人权保障与惩罚犯罪之间实现动态平衡应是一直关注的问题。首先，刑法近年来增设新罪并不能代表就是对谦抑性的违背，二者并不存在必然联系，同时持批判观点的学者应并未针对具体罪名提出针对性的否定观点。近年来，我国刑法所新设的罪名，如危险驾驶罪与高空抛物罪等，均是在社会发生大量典型案例，造成公民与社会法益损害的情况下，在提前预防与降低事故隐患的立法目的下所采取的积极立法态度，符合风险社会与打击犯罪的立法价值选择。其次，仅凭借刑事立法的活跃性而得出其已成为社会治理的单独或优先手段的观点存在明显问题。随着改革开放步伐的稳步推进，我国法律体系迎来了蓬勃发展的新时期。民法、公司法、行政法与经济法等法律规范的屡次调整，无论是在数量亦或是修订幅度上均远超刑法，上述法律依然是在前置法领域不断对社会生活发挥着优先指导的原则性作用，而刑法则作为例外补充，呈现出一种“先民后刑”的程序模式。最后，将争议焦点聚焦于刑事立法的谦抑性，不如以立法后的司法处理方式的谦抑性作为研究重点。在刑事立法活跃度大幅提高的今天，为防止微罪体系构建带来的犯罪标签泛化的“不良反应”，如何在刑法规范的适用上实现司法谦抑性，从而尽可能限缩处罚范围并实现一般预防的社会效果才是重点。在立法谦抑性的路径选择上可以借鉴德日刑法中的做法：警察直接处理微罪案件，而不移送检察机关。例如，在日本，警察在侦查阶段遇到轻微犯罪案件，并不需要移送检察机关，而是直接给予轻微的犯罪处分[16]。通过微罪处分权的划分不仅可以在一般犯罪行为符合“情节显著轻微，不需要追究刑事责任”的出罪条件是予以简化处理而节约司法资源，还可以进一步提高公民的守法观念。同时，我国近年来得到广泛适用的认罪认罚从宽制度与不起诉或附条件不起诉机制也是在司法层面对微罪扩张予以限缩的具体路径体现。在司法实践中，办案法官往往结合案件实际情况，不仅在实体层面对构成要件符合性进行实质判断，同时也应在当罚性中对有无特殊预防必要性与刑法可否替代性等方面对行为人予以程序出罪。扩宽刑法

裁判规范与刑事立法规范的距离，才是符合刑法谦抑性的应然举措。

4.2. 比例原则对法益保护主义的补充

首先，面对微罪立法体系构建中大量新增的抽象危险犯，其法益的抽象性与象征性是否确实存在影响法益保护主义对立法批判功能实现的可能还需重新审视。法益是否应具有绝对意义上的明确性并非刑法的一般要求。在刑法体系当中，任何概念的把握都不是绝对的，当对刑法值得保护的内容进行归纳整理为一种概念时，其必然存在模糊性，这也是教义刑法学存在的价值所在。其次，仅以实质法益保护原则而批判抽象危险犯的做法并不能在根本上改变刑法介入早期化的立法趋势。积极刑法观念的确立与完善不仅有利于更加周延的保护法益，更是在为防止特殊风险所造成的危害结果发生下的必然选择。在风险社会的背景下，立法者逐渐将目光转移到一些侵害集体法益的严重犯罪上，即那些可能破坏或有极大威胁公共社会管理秩序与群体安全的犯罪，这些超个人法益的存在意味着刑法已不能像过去一样仅单纯的作为社会管理的手段，而更应该成为社会制度稳定的工具。而这种超个人法益在一定程度上就意味着保护法益的渐趋抽象化，对社会整体制度的把控并非绝对的明确，而应在历史与发展的观念下，对具有刑罚相当性与必要性的行为予以提前预防。最后，法益保护原则作为由大陆法系内部生成并不断丰富的刑法基本原则，其对当今刑事立法依然具有重要的指导意义，但在风险社会理论宣扬下，对法益保护主义予以适当的补充或摄入新的价值理念已是刑法发展的必由之路。而比例原则作为法治国家中一项重要的宪政原则，旨在调整公私法益之间的冲突。虽然我国宪法并未明文规定这一原则，但在宪法第5条⁴、第13条第3款⁵以及立法法第6条⁶，均内含比例原则的精神。在积极刑法观下刑事立法转型而带来的问题，单纯反对刑法立法扩大化并不妥当，刑法也应在社会生活中发挥其作用。比例原则作为宪法运行的基本原理，对其刑法中犯罪圈的划定与罪刑设置也有着重要作用。按照通说观点，比例原则包括三个原则：“1) 妥当性，即所采取的措施可以实现所追求的目的；2) 必要性，即除采取的措施之外，没有给其他关系人或公众造成更少损害的适当措施；3) 相当性，又称均衡性，即采取的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例[17]。”其一，在微罪立法的问题上，其立法目的应符合目的妥当性之要求。应以对该行为的刑法规制不损害行为人宪法上的基本权利为基础，并可援引刑法中同一法益的“上一位阶犯罪”为坐标，参考将该违法行为入罪的举措是否合乎对公民权利与必要法益的保护，并将其与刑法谦抑性原则相融合，从而落实罪刑法定与罪责刑相适应两大基本原则。其二，对微罪的设立应当把握是否具有入罪的必要性。对同一违法行为存在多种制裁措施时，不能仅因该行为社会危险性巨大而对其一律采取刑事规制手段。若对某一违法行为尚有行政或民事制裁措施予以有效预防，刑法规范还应谨慎遵循介入时段与范围。其三，对微罪行为所采取的刑罚规范手段应与行为危害性和行为人责任相适应。尽管管理论界多将有法定最高刑为一年以下有期徒刑的行为认定为微罪，但对不同违法行为还有拘役、管制、罚金等附加刑存在，如何协调平衡、灵活运用各刑罚处置手段仍是值得讨论的问题。

总之，比例原则作为一项宪法原则，而刑法作为宪法的下位法和保障法，比例原则的效力位阶与适用范围必然涵盖刑事立法，立法的成效也应利用比例原则进行合宪性检视。比例原则内在的“三阶”或“四阶”的具体分析方式，也是刑法谦抑性原则在立法过程中的具体考量，如何定义二者之间的关系与作用分担也是今后研究的重点。诚然，立法部门的行为目的与法律意义上的立法目的不能等同视之，但

⁴《中华人民共和国宪法》第五条：中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

⁵《中华人民共和国宪法》第十三条第三款：国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

⁶《中华人民共和国立法法》第六条：立法应当从实际出发，适应经济社会发展和全面深化改革的要求，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。法律规范应当明确、具体，具有针对性和可执行性。

立法部门的目的也并非单纯的法律分析，对广大社会公众关切问题的回应日渐增多也已成为刑事立法活跃的动因。此时将比例原则作为法益保护主义原则的补充，才能更好的发挥其立法批判与限制功能。

4.3. 预防责任对传统责任主义的革新

预防刑法以微罪立法体系的建构为基础，不断增设危险型犯罪、预备型犯罪、帮助型犯罪等犯罪类型，并通过对实害结果尚未发生的行为犯罪化，以立法技术上介入边界的提前来完成预防责任的实现。预防型犯罪中的罪责认定在事前预防的角度将行为个体的主观罪过予以淡化，即只要行为人认识到其所实施的行为被预防性刑法所禁止，就推定其有罪过。这种对传统罪过形式的消解，以及将危险行为状态与实害结果的抽离，使得微罪立法体系的涵摄范围确有不断扩张之势。但在对此种责任类型予以否定之前，我们首先应该看到传统责任主义以报应性后果责任为主的性质，其在伦理观念的影响下将传统社会中“道德”与“善良”作为评价标准。在国民社会实践的经验累积下，将严重侵害后果的发生作为责任处罚的临界点，将关注焦点聚焦于当下行为的严重后果，而很少的将“未来”重大风险的防控作为责任认定的依据。在风险社会理论风靡的今天，消极责任主义原则中传统的报应论体系已不能更好地对不同社会风险性活动起到预防与威慑的导向作用。而预防性责任的存在价值就在于，其以前瞻性的视野对没有实害结果的犯罪行为予以惩处，并以“行为本位”的思想，对严重侵犯公共社会秩序与道德的犯罪起到极强的威慑作用。在与传统后果责任的比较中，二者并没有明显的边界与鸿沟。后果责任指向后果，预防责任指向未来的“后果”，是事先一步对这种后果予以阻止。后果责任甚至是预防责任的先例，为其提供经验，从而成为佐证预防责任的有力根据。两种责任作为刑事责任的两个方面，针对的不同情况下的不同行为，并没有因为施加预防责任就排挤了后果责任[18]。在对预防责任所带来的立法扩张态势进行限缩时，应立足客观处罚条件，在坚守责任主义的同时，于不法与罪责两种构成要件之外创设新的犯罪要素。例如通过“数量较大”、“造成严重后果”、“遭受重大损失”等罪量概念的明确，对犯罪的成立范围进行必要的规制。因此，客观处罚条件的设置不仅是基于我国风险社会政策下刑法工具机能发挥的选择，更是为司法实践中犯罪体系的逻辑分析提供了规范引导。

参考文献

- [1] 梁云宝. 积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对[J]. 政治与法律, 2021(7): 35-48.
- [2] 李文涛, 赵昕, 方涛. 醉酒型危险驾驶罪的司法适用困境及治理路径[J]. 甘肃理论学刊, 2022(5): 91-98.
- [3] 何荣功. 我国轻罪立法的体系思考[J]. 中外法学, 2018, 30(5): 1202-1221.
- [4] 陈兴良. 风险刑法理论的法教义学批判[J]. 中外法学, 2014(1): 103-127.
- [5] 劳东燕. 公共政策与风险社会的刑法[J]. 中国社会科学, 2007(3): 126-139.
- [6] 叶良芳. 为风险刑法理论辩护[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2022(4): 149-160.
- [7] 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.
- [8] 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.
- [9] 刘宪权. 刑事立法应力戒情绪——以《刑法修正案(九)》为视角[J]. 法学评论, 2016(1): 86-97.
- [10] 陈小彪, 刘柏宏. 轻罪扩张的现实困境与应然路径[J]. 四川警察学院学报, 2022, 34(3): 29-39.
- [11] 田宏杰. 立法扩张与司法限缩: 刑法谦抑性的展开[J]. 中国法学, 2020(1): 166-183.
- [12] 蓝学友. 规制抽象危险犯的新路径: 双层法益与比例原则的融合[J]. 法学研究, 2019, 41(6): 134-149.
- [13] (日)大塚仁. 犯罪论的基本问题[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1993: 77.
- [14] 刘雅婷. 风险社会下的抽象危险犯及其界域[J]. 西南科技大学学报(哲学社会科学版), 2012, 29(1): 12-16, 33.
- [15] 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, 132.

-
- [16] 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.
- [17] (德)哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 238-239.
- [18] 姜敏. 刑法预防性立法:罪型图谱和法治危机消解[J]. 政法论坛, 2021, 39(6): 176-188.