

轻罪治理模式的概念与正当性研究

晏文博

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2024年3月5日; 录用日期: 2024年3月13日; 发布日期: 2024年4月18日

摘要

为了应对社会风险增加, 民众的社会吁求也从自由转向安全, 从而推动了刑法领域中积极的立法理念以及轻罪增设的立法实践。其中, 轻罪增设的目的不仅是为了实现积极立法的趋向, 还有平衡传统刑法理念下厉而不严的重刑主义的立法结构。但是这一立法模式并没有在学界取得一致的认可, 其在范围界定上以及合理性根据上均处于讨论中, 而二者又均为轻罪治理模式的前提性基础, 因此有必要进一步加以厘清, 从规范目的入手, 提出宣告刑说的合理性, 并综合理论与实践两个层面, 为轻罪模式的合理性提供依据。

关键词

轻罪治理, 宣告刑, 正当性, 罪刑法定

Research on the Concept and Legitimacy of Misdemeanor Governance Model

Wenbo Yan

School of Criminal Law, East China University of Political Science, Shanghai

Received: Mar. 5th, 2024; accepted: Mar. 13th, 2024; published: Apr. 18th, 2024

Abstract

In order to cope with the increase of social risks, the public's social appeal has also shifted from freedom to security, thus promoting the positive legislative concept in the field of criminal law and the legislative practice of adding misdemeanors. Among them, the purpose of adding misdemeanor is not only to realize the trend of active legislation, but also to balance the legislative structure of severe but not severe punishment under the traditional criminal law concept. However, this legislative model has not been unanimously recognized in the academic community. Its scope definition and rationality are in discussion, and both are the prerequisite basis for the misdemeanor

文章引用: 晏文博. 轻罪治理模式的概念与正当性研究[J]. 争议解决, 2024, 10(4): 175-185.

DOI: 10.12677/ds.2024.104215

governance model. Therefore, it is necessary to further clarify it. Starting from the normative purpose, the rationality of the declaration of punishment is proposed; it also integrates the two levels of theory and practice to provide a basis for the rationality of the misdemeanor model.

Keywords

Misdemeanor Management, Declaratory Penalty, Legitimacy, Legality

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. 问题的引出

自二十世纪后半期起, 科技进步带来了社会的迅速发展以及生产生活环境的极大改变, 但也随之削弱了原本社会的自治能力, 导致精神世界衰弱的同时也加剧了风险发生的可能, 这使得法律必须积极介入来阻止危险的现实化, 而刑法作为法律的最后保障, 也积极地参与其中, 形成了一股犯罪化治理的浪潮, 我国的历次刑法修正也顺应了这种趋势[1]。

虽然我国刑法采取了积极立法、增设新罪的扩大犯罪圈的路径, 但从刑罚论角度而言也并非为重刑化, 而是在犯罪化的同时兼顾刑罚的轻缓化, 例如刑法修正案(十一)中新增的高空抛物罪以及妨害安全驾驶罪, 其法定最高刑只有一年有期徒刑, 这种立法模式也被称为轻罪治理。这一治理模式形成于实践, 因而在学界仍然存在不少争议, 其中前提性的问题就是轻罪概念的界定以及轻罪治理模式的正当性。对于轻罪治理这一模式而言, 如果概念不能界定则无法构建内容和规则, 正当化不能证成则理论的根基不稳。

基于完善轻罪治理模式的目的, 本文将分别讨论轻罪概念的界定问题以及轻罪立法的正当性问题, 这两个问题虽然是独立的, 其完善视角都是基于实践需求, 同时二者都是轻罪治理的基础, 因此一并讨论具有关联性。在轻罪概念的界定问题上, 本文将在实践视角下, 考虑标准的适用主体, 比较轻罪标准合理性, 建构符合轻罪治理模式的轻罪概念; 在轻罪立法的正当性问题上, 遵从犯罪化路径的正当化要求, 在理念上证成犯罪化路径与刑法基本原则的符合, 在实践中证成犯罪化路径的实质合理性与形式合理性, 构建符合实践需求的轻罪治理模式的正当性基础。

2. 轻罪概念的标准问题

轻罪的概念问题也就是轻罪标准的界定问题, 这一概念本身源于域外属于犯罪分层的工具性概念, 在如今我国的轻罪治理模式中, 轻罪概念的价值在于作为犯罪区分的标签, 直接指向程序上的繁简分流以及后果上的刑罚轻缓, 实际上也是对犯罪性质轻重的一种分层式处理。区别于国外的地方在于, 我国缺乏对轻罪概念的明文性规定, 对这一概念的研究和面向主要是实务界的司法机关, 目的便是前述的程序与刑罚问题处理, 因此轻罪标准的确定上不可忽略其适用的实践领域, 同时也必须兼顾其所属的轻罪治理模式的目的与价值。

在轻罪标准的界定上, 学界的讨论集中在三个问题: 一是采取形式标准说还是实质标准说; 二是刑期标准上是采取法定刑还是宣告刑; 三是具体年份上是采取 1 年说、3 年说还是 5 年说。虽然目前的学界观点渐趋一致, 但通说对于标准的选择的理由出发点往往带有理论偏向而一定程度上忽视了实践意见

及实践理性，这无助于轻罪治理模式的实践面向，因此下文的标准选择将会从这一视角的补足进行。

2.1. 形式标准说的确定

轻罪标准讨论的首要问题，就是形式标准与实质标准的对立，而二者的理论上升也可以上升到形式刑法学与实质性法学的角度，但是毕竟缺乏明文规定，因此二者的争论实际上也只是判断标准的具体内容问题。其中还有折中一说，因此如何在实质、形式与折中三说中审视不同的理由，是这一问题解决的关键。

实质标准说，是在确定轻罪概念时，依据犯罪性质的严重程度，来划分轻罪与重罪。犯罪性质是否严重，实际上也就是对于法益侵害程度是否严重，这一问题的判断实际上也可以转化为犯罪构成要件判断，无论是依据阶层论还是要件论，其犯罪要素如行为手段、场景、后果、行为人主观、动机、目的，都需要进行参考和评价，从而整体性得出犯罪严重程度这一结论，为具体犯罪贴上轻罪或者重罪的标签。实质标准说的重点在于对犯罪严重程度的具体评价与细节区分，不同于刑罚的二次评价，直接对犯罪认定的具体要素进行评价可以避免二次评价的粗略性以及概括性，从而在全面评估犯罪要素的基础上综合得出犯罪严重性的评估结果。

虽然实质标准说有利于坚持对实质正义的追求，但是并不适合对司法实务的要求。从经济角度出发，法律的运行也需要成本，如何合理分配有限的司法资源也是司法运行的重要考虑^[2]，不能执行的法律规定再完善也不具有任何意义，而判断标准过多显然要求这一过程有更多的资源投入，因此会显著降低其实践适用的可能性；从正义的角度出发，多样的犯罪要素的评估意味着结论的得出受到众多因素的影响，容易产生不一致的结论，既影响裁判的权威性，也会影响受裁判不同而利益受损的被告人。因此，实质标准说并不适合作为轻罪概念的界定标准。

与实质标准说相反，形式标准说舍弃繁琐、细节的犯罪要素的评价，而是直接依法律规定刑罚作为轻重罪的划分标准，尽管刑罚之轻重是对于犯罪的二次评价，但是相对于实质标准说的一次评价而言，其通过具体的数字来标识犯罪的轻重，极大减轻了操作的繁琐和资源投入，在实务中更具有经济可行性，同时标准的简明也有利于判断结论的一致性，从而可以扩展标准的适用群体，增加轻罪标签的适用阶段。在正义实现方面，程序正义的实现是实质正义实现的保障，形式标准说简化判断标准有利于限制法官的自由裁量，从而增加判断的一致性，维护被告人、被害人等各方利益。

混合标准说虽然意图综合形式与实质标准，通过取长补短形成更加合理标准，但这一观点也忽略了轻罪标准的实践面向。只要考虑实践经济性因素，实质性的标准判断就会与之冲突，混合标准是本身就是综合实质标准与形式标准，显然也难以脱离这一困境，因此并不适合作为轻罪概念的界分标准。

综合而言，从实践面向的视角处罚，形式标准说具有经济理性和形式理性，比实质标准说更适合作为轻罪概念的界分标准。而下一个问题是，在形式标准说的内部应当采用法定刑基准还是宣告刑基准。

2.2. 宣告刑说的赞成

法定刑与宣告刑是对刑罚的区分，前者是法律明文规定对犯罪的可适用刑罚，是宣告刑做出的依据；后者则是司法人员依据法定刑、综合具体犯罪中的各要素、对犯罪人做出的具体需执行的刑罚^[3]，两种基准的不同选择会影响轻罪的范围大小。若采用法定刑基准，则轻重罪的划分完全依照事前的法律规定，不考虑具体犯罪中的实际法益侵害性；但在宣告刑标准中对于这类因素则会予以考虑，因而这一标准下轻罪的范围会更广泛。轻罪标准本身属于轻罪治理模式，当然应当符合刑罚轻缓化的内容要求，而轻罪的认定与重罪相比可以为被告人提供更多地实体和程序利益，显然符合刑罚轻缓化的价值取向，因此从体系要求而言，宣告刑基准说显然更符合轻罪治理模式的要求。

但在学界，通说的观点更支持采纳法定刑说，其理由主要集中在法定刑说具有便捷的可操作性、全面的程序利益以及一致的社会认同上，而如果要支持宣告刑基准说，则必须回应法定刑说的优越性理由。

首先是对可操作性问题的回应，宣告刑基准比之法定刑基准，具有相等的流程步骤，但是更有利于实质正义，因此综合而言，显然是宣告刑基准更为合适。法定刑说直接采用法律的明文规定，对轻重罪的划分只需简明地判断法定最低刑或者最高刑是否符合特定期限，在判断流程以及操作过程中具有直接、明确、高效率的特点[4]，还可以避免标准复杂可能导致的结论不一的问题。而宣告刑与之相比，其判断的做出需要参考刑事政策、量刑情节等因素，因此在操作流程上会更加复杂，也容易导致结论的不一致，影响裁判的可预测性。但是这一问题的思考是建立在同等过程的比较下，而实际上宣告刑说是建立在法官判决的基础上，因此判断过程与法官原本的审理过程具有一致性，并不需要增加额外的判断流程，之后依据法官做出的宣告刑进行判断与直接依据法定刑判断的流程则已经一致，在操作性和时间投入上二者并没有明显区别。而在相同时间资源的投入中，宣告刑基准相比法定刑基准，其是对具体案件的实际评价，更能真实反映案件中的法益侵害，是对实质正义的保障，相同地投入而获取更多的成果，显然宣告刑基准更为合适。虽然流程具有一致性，但是法定刑与宣告刑的判断时点不一，这会影响被告人可能享有的程序利益，因而也就成为对宣告刑说的最大质疑。

其次是程序利益的享有问题，宣告刑标准也可以适用与非法官等司法人员，其判断结论的一致性因为必须依据法定刑而具有大致相当，因此即使采用宣告刑标准也可以保障被告人的程序利益。法定刑说因为判断流程的简单，并不局限于审判阶段才能做出，而如果能在诉前阶段就确定犯罪的标签，则可以据此适用不同的程序以及羁押措施，从而为轻罪的被告人提供更多的程序利益；宣告刑基准必须建立在法官判决的基础上，而判决的做出已经是审判阶段的末期，此时轻罪的认定已经无法回溯至审前阶段，这会一定程度上损害被告人的程序利益。但是从实践的角度出发，纵然宣告刑只能由法官在判决中最终确定，其他司法参与主体也并不会完全放弃自行推测最终的判决结果，因为犯罪的认定主要依据是确定的法定刑，而可能影响刑罚的要素也明列在案情重，这就提供了判断具体宣告刑的可能，如检察院往往会在审前提出量刑建议，这在结论上往往与法院具有一致性。既然其他司法参与主体可以估计宣告刑，那么轻罪的认定完全可以提前至审前阶段，即使最终的轻罪认定结论不一致，只要秉持一律优待的态度，就不会对被告人的程序利益造成过多影响，这也符合轻罪治理模式下刑罚轻缓化内容的价值取向。

最后的问题在于采取宣告刑说可能会违背社会认知，宣告刑说并不会违背国民的认知，反而是建立在这一基础上的实质性判断。法定刑是对犯罪严重程度的反映，这也对国民的行为做出了方向指引，更高的法定刑代表着更严重的行为恶性[5]，国民据此做出对应的道德评价，换言之，如果规定为高法定刑的罪名被认定为轻罪，则显然会使得国民产生道德评价上的混淆与困惑，而宣告刑说的依据为法官综合量刑因素之后的宣告刑，因此的确可能出现宣告刑与法定刑不一致的情形。但是这一观点过于片面，从实践的角度出发，事前确定的法定刑区间为国民提供了基本的行为性质指引，但是这种指引毕竟是原则性的，当存在其他必须考虑的特殊因素时，基于公平原则，显然必须予以考虑，这也正是法官这一职业的存在价值。会导致法定刑与宣告刑出现差异的只有量刑情节中的减轻处罚情节，而无论是法定情节或是酌定情节，都属于有着法律明文的形式性规定，前者直接由法律具体列明，后者则诉诸最高法院的权威，都为特定犯罪严重性的减轻提供了足够的辩护理由，这显然足以支撑国民心中的朴素正义观，毕竟民意的反映是司法裁量的基础，法律的规定往往来自于社会既有规范的确认，而刑罚减轻的情节的规定，也往往出自这一理由。

除此之外，宣告刑说的采用还有其他的合理性理由。从实践的角度出发，宣告刑说本身就是实务界的观点，司法实务中往往采取宣告刑说来作为轻罪与重罪的划分标准[5]，历年的司法统计也往往以宣告刑作为标准来确定轻罪的范围[6]。在域外，俄罗斯也才用了宣告刑说作为轻重罪的划分标准。《俄罗斯

联邦刑法典》在明确规定了“轻罪是最高法定刑不超过 3 年的剥夺自由的犯罪”的同时，还有“法院有权将宣告刑不超过 3 年的剥夺自由的犯罪降格为轻罪”的规定[7]，这表明俄罗斯对轻罪的划分也是采用了宣告刑标准，其依据可能也是出于一种形式正义基础上对实质正义的追求，因为单纯依据法定刑就会忽略具体案件中可能情节对于犯罪行为性质的影响，既然宣告刑的做出不能忽略这些影响实质正义的因素，那么轻罪标签的认定自然也不能忽略。综合而言，在轻罪标准问题上采取宣告刑说，更符合实践需求以及兼顾实质正义，同时也不会产生法定刑说支持者的种种问题，是更优越的选择。

2.3. 三年说的坚持

在确定轻罪概念的界分应当采取形式标准说，并依据宣告刑进行判断时，最后的问题就是判断的时点应当是有期徒刑的 1 年、3 年还是 5 年。于其他刑罚相比，罚金刑、管制刑和拘役刑都显得过轻而导致轻罪范围过于狭隘，无期徒刑、死刑则显然过重，无法作为轻重罪的划分界限，因此只有在本身幅度较大的有期徒刑中进行选择。

针对同一犯罪的不同严重程度，我国刑法匹配了不同档位的刑罚，极少数的犯罪只有一档刑期，多数犯罪具有两档或者三档。第一档刑期相比于其他档位，对应的犯罪性质相对较轻，出于适当轻罪范围的考虑，更适合从中选择具体的判断时点，而其中适合的时点也有 1 年、2 年、3 年、5 年以及 10 年，但是 10 年过重，不适合作为轻重罪的划分，2 年过少，在现行法律中并不多见，因此需要考虑的主要是 1 年、3 年以及 5 年这几个时点。

5 年说的观点比较老旧，其依据主要是立法机关的早期倾向[8]。在刑法分则中，虽然部分国家安全犯罪、走私罪的罪名都采用了 5 年作为区分时点，但是这种划分方式在近年的刑法修改中已经不见了[9]，因此不能以立法选择的理由来支持其作为轻罪划分的标准。同时，5 年作为轻罪的划分界限，会导致轻罪的范围过于宽广，例如犯一般情节的故意杀人罪，其法定最低刑为 3 年，若是以 5 年为标准，则故意杀人罪就是轻罪，这显然与本罪的法益侵害性不符合，不能作为一般性规则，也可能会严重违背国民的认知与法感情。所以，即便 5 年说有利于扩大轻罪的认定范围，但也必须契合我国现有的罪名刑罚体系，从实践的视角出发，偏离现行法律规定的理论是没有实践价值的。

1 年说的观点比较新颖，其立法实践主要体现在修正案(十一)新设的妨害案件驾驶罪以及危险作业罪。主张者认为，3 年说的观点会导致轻罪的体系过于庞大，为了适当控制轻罪的规模，1 年说更为合适[10]。但是，轻罪治理模式无法避免新罪的设立，故而采取刑罚上的轻缓来予以平衡，扩大轻罪规模显然更有利于这一目的的实现，而且还能扭转我国刑罚结构中处刑过重的现状，因此目前来说，控制轻罪规模是没有意义的。除此之外，从实践角度出发，我国现有法定刑规定为 1 年有期徒刑的罪名尚在少数，不符合我国的立法现状，并不适宜作为司法实践的指引性标准。

与 5 年说、1 年说相比，3 年说更具有合理性，这也是学界目前的通说[11]。3 年说符合立法实践，近期发布的刑法修正案(十二)将行贿罪、单位行贿罪以及单位受贿罪的法定刑档期由原本的 5 年修改为 3 年，同时在刑法分则中的诸多罪名也采用了 3 年作为其刑罚档期的划分，因此采用 3 年作为轻重罪的划分标准，轻罪的范围是合理的，而且是在不断扩大的，是符合立法、司法实践的。而且从国民的认知而言，将 3 年刑期以下的犯罪认定为轻罪是可以接受的，对于国民而言，自然犯是最为直接、最为切身的利益侵害者，而其中的盗窃罪与故意伤害罪则是其中的典型，对于普通的盗窃与故意伤害而言，都是处以 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，同时并处或者单处罚金，3 年在此划分了普通的盗窃、伤害行为与严重的此类行为。在一般认知中，普通的盗窃、伤害行为是极为常见的，因此国民对于此类行为的宽容度也相对较高，将其视作生活中的一般性风险，将此类行为认定为轻罪，而刑期超过 3 年、法益侵害性比这类行为更为严重的行为被认定为重罪，显然符合国民的一般预期。因此，在此处坚持 3 年说作为

轻重罪的标准是合理的。

在轻罪概念的界定上,从实践的观点出发并基于对轻罪治理模式的考虑,应当采取形式标准进行判断,也就是依据宣告刑,对3年以下有期徒刑的犯罪认定为轻罪,反之则为重罪。这一标准的适用不仅是法官,也包括其他司法参与者,但并非面向立法活动的。轻罪概念确定的目的是为了完善轻罪治理模式的基础,但是如果不为这一模式的正当化进行辩护,则轻罪治理模式的存在都会受到否定,因此下一步便是研究轻罪治理的正当化问题,这主要集中在对轻罪立法的问题讨论上。

3. 轻罪立法的正当性问题

轻罪立法是轻罪治理模式在法律实践中的集中表现,立法是司法活动的指引,大量轻罪的增设改变了传统的重刑主义犯罪结构,体现了立法者对现有的犯罪治理格局进行的调整,司法活动中则表现为轻罪判决占据了整体案件数量的多数[12]。这种立法现象虽然有大量的实践表现,但其正当性未得到阐明,因而在多个方面受到学者的质疑。

学者的质疑也就构成了对轻罪立法这一行为的正当性的追问,主要集中在理念与路径两个部分,即轻罪立法是否符合刑法的基本原则以及轻罪立法的路径选择是否合理,解决轻罪立法的正当性问题,必然从上述两个问题着手,而首先要讨论的就是作为轻罪立法与刑法的基本原则的问题。

3.1. 理念层面的正当性证成

轻罪立法的理论集成是积极刑法观,其是对我国立法领域积极修订刑法、出台刑法修正案所进行的理论总结,表明了刑法积极干预社会的态势[13]。对于这种积极刑法、轻罪立法的现状,多数学者表示了赞同,如付立庆教授就认为在当下中国刑法的发展趋势中,刑法就应该积极一些介入社会生活[13],张明楷教授也认为,在慎重增设新罪的情形下,积极刑法而非激进刑法是合理的[14]。但是也有部分学者表示反对,主张应当坚守传统刑法观,限制立法机关的新罪设立行为,控制犯罪圈的扩大问题[15]。犯罪圈的扩大是轻罪立法实践的实质内容,就其理念性的正当性而言,就意味着是否符合刑法的基本原则,即罪刑法定原则与谦抑性原则。

3.1.1. 关于罪刑法定原则

作为刑法基本原则,罪刑法定原则包括形式的侧面和实质的侧面,形式的侧面即传统罪刑法定原则的内容,是针对司法权的扩张所作的限制;实质的侧面是限制立法权,避免不正义的法律,实现实质法治的要求,主要包括刑法的明确性以及刑法的适正性两个部分,后者又可以分为禁止处罚不当罚的行为以及禁止不均衡的、残虐的刑罚两个部分,这一侧面的功能。轻罪立法实践属于立法论层面,必须符合罪刑法定原则的实质侧面的要求,也即立法内容上具有明确性以及适正性两个方面。

刑法的明确性要求犯罪构成与法定刑的明确性,前者的明确性要求刑法条文的规定能够使人清楚地了解何种行为构成犯罪、明确犯罪与非罪之间的界限,后者则是要求刑法规制的罪名必须有明确对应的法定刑。从目的与手段的关系上而言,我国刑法修改增设新罪的目的就是严密可能粗疏的刑事法网,如果新罪的构成依旧是模糊的,那显然无法起到堵漏的作用,反而可能增加新的问题,因此不应该存在模糊的犯罪构成;从构成口袋罪的角度而言,属于显性口袋罪的非法经营罪和寻衅滋事罪都是79刑法的遗留问题,新设罪名中只有计算机类犯罪有潜在口袋罪嫌疑[16],但是其犯罪构成的模糊并非立法本意,而是时代变迁产生的可解释填补的漏洞。以非法获取计算机信息系统数据罪为例,学者认为其作为犯罪对象的“数据”涵盖的范围过广,包括个人信息、财产信息、知识产权信息以及其他数据[17],这一罪名设立在刑法修正案(七)中,当时我国的信息网络刚刚初步发展,为了阻止网络病毒以及木马大肆盗取财产性数据与此涉及的文件内容的局面[18],而希望能通过罪名的设立来组织此类行为、维护网络的有序。最初

的“数据”内容上并不存在需要额外的解释，只是之后随着网络技术的应用和发展，黑灰产业获取利益的方式已不再局限于直接盗取他人的财产性数据，身份信息、知识产权信息等各类数据都具有了可侵害价值，从而也导致“数据”的范围必须进行适度的扩张性解释，否则无法适应时代内容变更以及犯罪治理的需求。虽然罪名的设立之处需要具备一定的前瞻性，但是如果是社会环境急剧改变而带来的事物变化，导致原有刑法概念内涵的变更，实际上是难以避免的，法益不会是一成不变的，而是会随着社会关系而不断变更的[19]。既然潜在口袋罪实际上也并违反构成要件的确切性要求，那自然轻罪立法实践整体上是符合这一要求的。法定刑的确切性在我国刑法中基本不存在此类疑问，而对于罚金刑与没收财产刑的质疑也并非轻罪立法实践的特有问题，应当放在整体刑罚研究中加以研究。

刑法的适正性要求是对处罚对象和刑罚本身做出的内容上的限制，不当罚的行为不可罚，刑罚的规定也不应当不均衡或者残酷。轻罪立法的内容是否属于应当处罚的对象，也就是刑法处罚范围是否过度侵入公民的私人领域，造成公权力的过度扩张。根据传统刑法的观点，刑法的任务对个人利益的保护源于自由主义传统的价值理念赋予刑法权力限制的目标与功能。新时代的刑法立足于风险社会的背景，基于风险控制与犯罪预防的功能性考虑，刑法的保护对象逐渐侧重国家法益与集体法益，因此可能侵蚀了原本的个人领域，限制了国民的自由范围[20]，影响个人的自由与幸福[21]。传统与现代刑法的区别源于价值考虑的不同，法律是建立在社会基础上的，价值选择也必须在当前社会条件下做出，也就无法忽视风险社会的现状与影响。在这一背景下，传统刑法的存在环境发生了极大的变化，物质层面表现为科技改变了世界，网络技术等新型技术将人们的生产与生活环境进演进到前所未有的地步，以盗窃罪为例，传统社会中的盗窃以实物盗窃为主，而自从网络技术发展之后，虚拟财产的盗窃问题已经超越了传统盗窃成为了盗窃形态中更为严重、紧迫的危险；精神层面表现为道德价值和功能的衰落，我国社会经济的迅速发展带来过快的城市化，人口流动的快速变化同时伴随着社会私德的衰弱，在新建立的城市社会中无法依赖传统的非规范性道德进行自治，这种规范的空缺要求法律的积极介入。因此，积极立法并非立法者的意愿性行为，而是面对风险社会的能动回应，而刑法是这一回应的重要工具，这也符合刑法保护法益任务的实现[22]。正是如此，尽管轻罪立法实践的路径是犯罪化，但为了平衡这种手段可能带来的不利影响，所以也采取了刑罚轻缓化的并行方式，如刑法修正案(十一)中增设的新罪中多数的通常形态犯罪，其法定最高刑都未超过3年有期徒刑，而3年有期徒刑在我国刑罚结构中已经算轻缓之列。

轻罪立法实践既然具备了确切性以及适正性，也就符合了罪刑法定原则的实质侧面对于立法的限制性要求，具备了正当性基础，而就需要讨论影响积极刑法观正当性成立的另一个问题，轻罪立法是否符合刑法的谦抑性。

3.1.2. 关于刑法的谦抑性

在传统刑法观中，刑法的谦抑性意味着刑法不应当积极主动介入社会治理，而是应当作为其他部门的保障法，实际上就是对立法权的限制[23]。当然这种观点肯定是片面的，毕竟如果刑法谦抑性的任务只是对立法进行限制的话，那最好的方法当然是无为而治，而这显然是不可能的。在我国改革开放后的社会发展早期，基于我国公权力强盛、司法混乱的现状，强调对刑事立法进行限制是合理的，但是法秩序建立、社会转型，急需刑法参与社会治理的情形下，依旧强调单方面对立法的限制，这种对刑法谦抑性的理解观点就是过度保守的，没有考虑社会现实，也会使得刑法谦抑性失去实践价值。轻罪立法实践也并非当然违背刑法谦抑性的价值。

首先，轻罪立法实践没有改变刑法最后法的地位。尽管立法增设的轻罪扩大了原本的轻罪范围，但这并不意味着就不需要其他部门法前置性地对程度更轻的行为予以规制和管理，也就是实际上部门法到刑法的违法梯度依然存在，刑法依然具有最后法地位。而对于没有其他前置法存在的新设罪名，说明其危

险性无法区分只能由刑法予以规制，这也没有动摇刑法的保护性处罚原则，而是对这一原则的坚守。实际上，在风险社会应对过程中，不仅仅是刑法增设，行政法部门本身也在快速扩充，来应对不断增加的新兴领域，而刑罚作为保障法，如果没有与之对应的上位保障，显然也不符合这一地位的要求。

其次，刑法谦抑性的传统限制观念不适应时代的变化，不能如原本社会中一般过于坚守刑法的被动性地位[24]。风险社会背景中社会环境的变化给原本的刑法带来了大量新的应对任务，如果刑法一味固守被动性地位，实际上也就是放弃了对遏制犯罪的自身目的，而本末倒置了刑法的自身任务与法律的共同任务，显然前者才是刑法自身独特性与价值性的体现。刑法谦抑性只是强调刑法的次序应当排后，但如果一味否认刑法的被动，实际上也就剥夺了刑法的独立价值，毕竟刑法有自身的判断标准和流程，只要是符合其定罪标准的，就可以认定为犯罪。因此，轻罪立法只要增设的犯罪本身不至于僭越前置部门法的领域，则不存在违背刑法谦抑性之处。

最后，轻罪立法实践与刑法谦抑性的目的具有一致性。轻罪立法实践的目的在于通过犯罪化实现刑法犯罪控制、社会秩序维持的目的，而刑法的谦抑性目的则在于限制刑法的扩张，二者表面上看起来是矛盾的，因为犯罪化路径实际上就是刑法的扩张，正是刑法谦抑性应当实现的目标。但是无论是立法还是控权，其根本的出发点都需要回到个人利益上，二者都是实现个人利益的手段，冲突也正是出于立法之弊会超过可得之利，但是理论上的冲突不过是学者各自经验的交流，利益衡量的最有效方式自然还是实践的检验，而无论是英美法系还是大陆法系，其犯罪化路径都早已实施[25]，从其结果而言也未见不妥，那自然说明这立法手段的可行与个人利益的相符。

在理念层面，轻罪立法的正当性源自于罪刑法定原则与谦抑性原则的契合，但在实践路径层面，轻罪立法还需要证明其合理性。轻罪立法是否为实现轻罪治理目标合理性选择，必须考虑轻罪立法是否符合合法益保护原则，以及比例原则。

3.2. 实践层面的合理性证成

实践层面的轻罪立法实践，也必须在宪法框架内运行，因此基于宪法规定的法益保护原则与比例原则，是风险社会下刑事立法必须遵循的铁则[26]。轻罪立法实践的合理性证成主要考察其内外两个层面，内在层面上关注其犯罪化路径是否符合法益保护原则的实质性要求，外在层面上研究立法路径选择是否具有形式的合理性，也即立法手段是否符合目的需求、自身是否适当、是否必须采用这一手段以及采用立法手段是否遵循最小损害的原则这四个方面。

3.2.1. 关于法益保护原则

轻罪立法的内容是犯罪化，判断行为是否应受到刑法规制，其实质性依据在于其是否具有值得刑法保护的利益，这是实质法益概念的限制任意罪名增设功能的要求[26]。近年增设的新罪中，大量的罪名保护法益属于集体法益[27]，而集体法益这一概念与个人法益相对，在学界也颇有争议，因此，判断轻罪立法是否符合法益保护原则，实际上就是讨论集体法益是否符合法益保护原则，即对集体法益的保护是否具有正当性。

法益概念建立在对个人法益保护的基础上[28]，这有利于实现对国家刑罚权的限制，避免立法的恣意，但是从这一正当目的出发的愿景却与扩张的集体法益发生了冲突，因为后者所保护的并非具体的个人利益，同时在危险界定上的模糊性也影响了其实质内涵。为了辩护集体法益的正当性与合理性，自然必须理顺其与个人法益的关系以及这一法益存在的价值。

集体法益的保护对象是社会公众利益，也即区别于国家与个人的第三类利益[29]，其否是与个人法益是对立的疑问构成了对集体法益的第一个质疑[30]。显然，集体法益与个人法益的关系并非截然对立的，

从还原论的角度出发,集体法益必然是要能够回归到个人法益的根本,因此在这种情形中,尽管集体法益的保护对象是某种具体的秩序,但秩序维持所形成的有序社会,实际上维护的是个人的利益,对集体法益的保护构成了对个人法益保护的重要路径[31];即使否定还原论,个人法益与集体法益之间的联系依然非常紧密,集体法益的存在价值在于它能增进人们的利益,以危险驾驶罪为例,该罪的保护利益为交通秩序以及与此有关的交通领域的公共安全,这可能无法拆分为具体的个人利益,但是不可否认,不特定行人只有具有使用进入这一领域的可能,那么对这一领域的秩序维护就保护了国民潜在的使用需求的选择权利,也就实现了对于个人利益的保护。毕竟,如果不以个人利益为最终归属,那集体法益的存在目的显然是存疑的,也就不具备法益的资格,保护集体法益的重要目的还是在于对个人法益的保护[32]。

集体法益的另一个问题是它的保护对象具有模糊性和抽象性,这会影响行为性质的界定,与法益内容的明确性要求存在一定的冲突,使得法益概念对刑法处罚范围的限定功能难以生效[33]。但是这种观点存在偏误,法益如果抽象的无法明确,那实际上也就不能作为法益,例如刑法修正案(十一)新增的侵害英雄、烈士名誉荣誉罪,该罪的保护法益是公共秩序中的社会核心价值、公民的共同认识,虽然偏向于无形的价值秩序,但本罪是结果犯,必须是对“社会公共利益”造成可评估衡量的实际损害才能构成本罪[34],换言之,侵害本罪的行为实际上是剥夺了属于共同秩序下其他公民对共同认知的价值归属,这种私人情感成为社会多数认知时具有一定的秩序价值,可以从经验角度识别对其的损害。据此,虽然直接描述集体法益的内涵可能具有模糊和抽象之处,但只要能清楚法益是否受损,就从损害边界上限定了法益的内容,从而使得集体法益的内容也不至于补课把握。

轻罪立法实践的增设罪名并非全都是集体法益,但是个人法益的保护本身就是刑法的立身之本,集体法益也必须从根本上能促进个人利益。因此从法益种类角度而言,轻罪立法实践符合了法益保护的原则,具有内在正当性,但是否具备形式理性则还需要经过比例原则的检验。

3.2.2. 关于比例原则

比例原则是发端于行政法领域的形式正当性原则,其分为三个依次关联论证的子原则:适当性、必要性以及狭义的比例性,因为适当性的前提是符合目的的需求,因此目的正当显然应当首先论证[35],也即轻罪立法,或者说轻罪治理的目的是否具有正当性。

轻罪立法实践属于轻罪治理目的的实现手段,而轻罪治理则是为了解决风险社会背景下社会治理、多样态犯罪预防的需求。从社会基础角度而言,轻罪治理是社会变迁、环境变化情形中,传统刑法立足根本发生改变情形下不得已做出的被动性回应,而不是立法者刑罚权的有意扩张;从法益保护角度而言,轻罪治理意在是维持社会秩序,使社会即使在急剧变化中也保持安定和秩序,通过牺牲一定的自由来保障国民享有更多的自由。外在的被动性变化与内在的保护性要求共同构成了轻罪治理目的的正当性。

轻罪立法实践具有适当性,也即符合轻罪治理的目的。轻罪治理的根本是保护个人利益,但是因为社会环境的变化,社会风险的出现往往不仅仅牵涉到具体个人,而是聚合了不特定多数人的利益,网络风险、生物安全风险、环境风险这类新型风险转化为现实危害之后牵涉众多、后果严重,因此刑法不得不尽量将其遏制在危险阶段,防微杜渐,从而由原本的事后性惩罚转向事前性预防。由此,原有的刑事立法显然不足以实现,必须增设新罪、改造原有罪名,进而也就演化为为了轻罪立法这一实践路径。

轻罪立法具有必要性,在实现个人法益保护的途径中,轻罪立法实际上是最优的选择。立法路径的选择首先源于非正式的社会治理手段已经难以起到规制效果[26],必须由法律进行替代,而在违法制裁的严厉性不足以遏制风险时,刑法作为保障法加以介入显然理所应当,而将原本的违法性制裁提升为犯罪制裁也正是风险升级的应对。其次,轻罪立法并非情绪性或者象征性的,毕竟立法本来就应该考虑国民诉求、参考国民意志,这也是法律作为国家公共职能的要求,同时,轻罪立法的根基依然是对个人法益

的保护,符合法益保护原则,具有明确的内容,这说明这些新罪的实际性价值。总之,从必要性以及价值衡量的角度而言,轻罪立法路径对于轻罪治理模式是必要的。

轻罪立法具有狭义的比例性。从保护个人利益的目的出发,轻罪立法路径就是将原本非罪行为犯罪化,在将更多行为纳入犯罪圈后也会增加刑罚的处罚范围,而从预防刑论的角度出发,纯粹的报应刑在如今的社会环境下作用有效,因此构建“严而不厉”的刑事法网显然更符合轻罪治理的需求,“轻罪”即是新设罪名的性质不严重之意,也代表立法趋向上的刑罚的轻缓化。刑罚轻缓化的实现不仅在于法定刑,也在于审前入罪的严格、审中量刑的慎重、审后执行的宽厚,甚至更在于执行完毕以后如何更好地处理犯罪附随后果,而这些问题在学界已经引起了激烈的讨论,相信日后一定能形成体系化的解决方案。但无论如何,犯罪化路径是现代社会背景下的必需之路,而刑罚轻缓化是平衡这一严厉手段的内在限制,从利益衡量角度而言,显然这一内在要求已经尽量平衡轻罪治理模式实践的利弊,在没有其他更合理处理严重风险的情形下,这一方案路径依然是不错的选择。

在实践层面,轻罪立法同时符合法益保护原则与比例原则,前者为犯罪化路径提供了实质合理性,而后者则提供了形式合理性,从而整体构成了轻罪立法实践的合理性。

4. 结论

风险社会背景下,我国刑事法治之路面临许多新的问题和挑战,而在被动应对过程中总结形成的轻罪治理模式,是否能够成为未来理性立法的指导和思想,则需要取决于这一模式自身的正当性与合理性。为了完善轻罪治理模式,就必须明确轻罪概念的界定以及轻罪立法的正当性这两大前提性问题,对于轻罪概念的界定而言,与实质标准说相比,形式标准说在操作上更有优势,而在实践的视角下,形式标准的内部采用宣告刑说与3年有期徒刑时点更为合适,既能够在形式上符合现有制度,同时在实质上保障正义价值。在路径上,轻罪治理模式的实践方式是轻罪立法,其正当性来源于理念层面上符合罪刑法定原则与谦抑性原则的前提性要求,以及实践层面上符合法益保护原则和比例原则。轻罪治理模式的任务研究尚有许多,就是本文对这一模式前提性问题也仅仅是在实践视角下予以回答,其中更为重要的应当是如何实现真正刑罚轻缓化,这都有赖于学界的进一步研究。

参考文献

- [1] 何荣功. 轻罪立法的实践悖论与法理反思[J]. 中外法学, 2023, 35(4): 943-962.
- [2] 陈正云. 刑法的经济分析与伦理价值[J]. 法学研究, 1999, 21(6): 76-96.
- [3] 林亚刚. 刑法学教义[M]. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [4] 陈兴良. 轻罪治理的理论思考[J]. 中国刑事法杂志, 2023(3): 3-18.
- [5] 戚永福, 曹瑞璇. 轻罪治理的中国面向: 内涵廓清、实践检视及路径选择[J]. 青少年犯罪问题, 2023(5): 14-27.
- [6] 樊崇义. 中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践[J]. 中国法律评论, 2023(4): 191-201.
- [7] 魏东, 周树超. 我国“轻微罪”立法与司法的理性思考[J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2022, 40(1): 94-104.
- [8] 田兴洪. 轻重犯罪划分新论[J]. 法学杂志, 2011, 32(6): 51-54.
- [9] 袁彬. 犯罪结构变化下轻罪的刑法区别治理[J]. 人民检察, 2022(9): 15-20.
- [10] 陈小彪, 张婉悦. 轻罪立法扩张及其司法应对[J]. 中国刑警学院学报, 2023(5): 14-26.
- [11] 周光权. 转型时期刑法立法的思路与方法[J]. 中国社会科学, 2016(3): 123-146, 207.
- [12] 最高人民法院工作报告(全文) [EB/OL]. 中国法院网. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/03/id/6563667.shtml>, 2024-01-07.
- [13] 付立庆. 论积极主义刑法观[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 99-111.
- [14] 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.

-
- [15] 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.
- [16] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2021.
- [17] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理[M]. 陈忠林, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
- [18] 孙道萃. “口袋罪”的刑法定位重述[J]. 国家检察官学院学报, 2022, 30(1): 105-122.
- [19] 杨志琼. 非法获取计算机信息系统数据罪“口袋化”的实证分析及其处理路径[J]. 法学评论, 2018, 36(6): 163-174.
- [20] 黄太云. 《刑法修正案(七)》解读[J]. 人民检察, 2009(6): 5-21.
- [21] 克劳斯·罗克信, 樊文. 刑法的任务不是法益保护吗? [J]. 刑事法评论, 2006(2): 146-165.
- [22] 刘艳红. 中国刑法的发展方向: 安全刑法抑或自由刑法[J]. 政法论坛, 2023, 41(2): 60-72.
- [23] 劳东燕. 风险社会与功能主义的刑法立法观[J]. 法学评论, 2017, 35(6): 12-27.
- [24] 卢建平. 轻罪时代的犯罪治理方略[J]. 政治与法律, 2022(1): 51-66.
- [25] 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, 34(1): 86-97.
- [26] 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.
- [27] 郎胜. 我国刑法的新发展[J]. 中国法学, 2017(5): 23-46.
- [28] 劳东燕. 风险社会中的刑法——社会转型与型法理论的变迁[J]. 刑事法评论, 2015, 36(1): 655.
- [29] 付玉明. 立法控制与司法平衡: 积极刑法观下的刑法修正[J]. 当代法学, 2021, 35(5): 15-27.
- [30] 孙国祥. 集体法益的刑法保护及其边界[J]. 法学研究, 2018, 40(6): 37-52.
- [31] 张明楷. 集体法益的刑法保护[J]. 法学评论, 2023, 41(1): 44-58.
- [32] 张小宁. 论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定[J]. 法学, 2018(12): 145-160.
- [33] 王强军. 刑法干预前置化的理性反思[J]. 中国法学, 2021(3): 229-247.
- [34] 曲新久. 《刑法修正案(十一)》若干要点的解析及评论[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2021, 36(5): 18-36.
- [35] 刘权. 目的正当性与比例原则的重构[J]. 中国法学, 2014(4): 133-150.