

轻微犯分流处罪的比较考察与制度选择

王华伟

内容提要:轻微违法犯罪的分流处置是多数国家共同面临的课题,而如何选择妥当的制度架构则有待从比较法的角度进行考察。以德国为例,程序法的路径虽然被司法实务所青睐,但是面临着法律适用标准不一、裁量权异化等一系列正当性危机。通过对程序法路径的反思,实体法路径试图从刑事违法性的实质程度性要求来分流轻微违法犯罪,但是该种模式也面临着制度操作层面的难题。部门法路径则主要是针对商店盗窃等特定情形,希望实现从刑事处罚向民事赔偿的转换,但是因缺乏牢靠的理论基础而没有得到主流认同。在我国现有的法治语境下,仍然应当坚持实体法路径为主体的轻微犯处罪模式,同时适度吸收程序法路径作为补充,以此为基础重新评估罪量立法模式的相对合理性,实现轻罪体系的本土化建构。

关键词:轻微犯 处罪模式 制裁模式 德国刑事法

王华伟,北京大学法学院博士后研究人员。

一 问题的提出

多数国家都会面临大量轻微违法犯罪行为的处置难题。然而,一个国家的刑事司法资源总是非常有限的,如果将大量的刑事司法资源都投入到轻微违法犯罪的处理中,对整个刑事司法系统将会是难以承受之重。尤其是为了应对风险社会诸多新型犯罪的挑战,许多国家近年来都在一定程度上采取了立法活性化、处罚前置化的策略,新的犯罪化浪潮让原本有限的刑事司法资源变得更加捉襟见肘。而我国近年来不断降低犯罪门槛,增设轻罪条款,犯罪数量的整体增加将不言自明。^[1]

究竟应当选择何种轻微犯分流机制,是理论上亟待探讨的问题。按照我国刑法学界一种经典的描述,外国犯罪构成模式是“法定性+司法定量”,而我国犯罪构成模式则

[1] 参见何荣功:《我国轻罪立法的体系思考》,《中外法学》2018年第5期,第1208页。

是“立法定性+定量”。^[2]换言之,我国主要倚重实体法的路径实现轻微犯罪的出罪,而西方国家则主要通过程序法路径(即司法者的酌定裁量)来解决这一问题。以此差异为话题,中国刑法学界对罪量立法模式的评价存在极大争议。总的来说,一派观点正面肯定了罪量立法模式的优点,积极阐述了其刑事政策上的重要意义,总体上维护“立法定性+定量”模式;^[3]而另一派观点则对罪量立法模式的缺陷加以批判,甚至主张废除罪量要素,全面倒向“立法定性+司法定量”模式。^[4]然而,是否程序法路径确实更具制度优越性,实体法路径面临过多缺陷而难以为继,则仍是需要深入研究的问题。

事实上,“立法定性+司法定量”的表述固然精辟,但是可能还不足以深入全面地描述西方轻微违法犯罪处置模式的全貌。以往的研究似乎对西方“立法定性+司法定量”模式充满了许多美好的想象,以至于部分学者会认为这必然就是我国制裁模式改革的方向。然而,这种观点可能过于理想化了。只有对国外轻微犯罪处置的实际情况有精准的理解,才能更好地观照我国罪量立法模式,不至于盲目模仿而轻视了中国的本土实践经验。在整个大陆法系内部,德国的刑事法律制度无疑具有极高的代表性,有鉴于此,本文将主要立足于德国和中国的轻罪法律制度展开对比,对几种典型的轻微犯分流路径进行深入分析,以求对轻微犯分流犯罪的制度选择寻找妥当的答案。

二 程序法路径的反思

程序法路径主要是指在刑事诉讼程序上设计相关制度将轻微犯罪行为分流出去。在这一路径中,较为典型的模式是赋予检察官酌定不起诉的自由裁量权来实现。然而在我国司法实践中,整体的不起诉率和酌定不起诉率都很低。以2013-2015年的数据为例,我国酌定不起诉率仅分别为3.9%、3.8%和3.7%。^[5]目前学界许多观点都呼吁,应当进一步为酌定不起诉制度“松绑”,以更好实现轻微犯罪的分流犯罪。如所周知,在成文法体系内的代表性国家—德国,通过程序法分流轻微犯的机制被高度倚重。然而,事实上越来越多的德国学者表达了对程序法路径的困惑与担忧,这一点在我国学界并未引起重视。在对我国不起诉制度进行“松绑”和“解套”以前,不妨首先审慎考察德国模式的经验。

(一) 不起诉制度的危机

在德国,对于轻微犯罪的出罪规则,主要规定在程序法中。程序法路径首先是通过不起诉制度来实现的,主要由两个部分构成。第一部分是《德国刑事诉讼法》第153条规定的“罪责轻微不起诉”。该条规定:^[6]“在以轻罪为对象的程序中,如果行为人的罪责轻

[2] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000年第2期,第34页。

[3] 参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》1988年第2期,第28-29页;梁根林著:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第29页。

[4] 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,《法学家》2015年第1期,第103页以下;林山田著:《刑事法论丛(二)》,台北兴丰印刷厂有限公司1997年版,第21-22页。

[5] 参见2013-2015年《最高人民法院工作报告》。

[6] 详细内容参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第146-149页。

微,且不存在追诉的公共利益,经有权开启审判程序的法院同意,检察院可以不进行追诉。如果轻罪没有设置最低刑罚,且行为所引起的后果轻微,则无需获得法院的同意。”第二部分则是第 153a 条的“履行负担与指令的不起诉”。该条规定:“经得负责开启审判程序的法院和被指控人的同意,检察院可以对轻罪暂时不提起公诉,同时对被指控人科处负担和指令,如果这些负担和指令适合于消除刑事追诉的公共利益,且与罪责的严重程度不相抵触。作为负担和指令,尤其要考虑以下情形:(1)为恢复因犯行而导致的损害而履行一定的给付;(2)向公益设施或国库缴纳一定数额的金钱;(3)履行其他具有公益性的给付;(4)履行一定程度的扶养义务;(5)努力与被害人达成调解,并完全或绝大部分地弥补其犯行,或尽力争取弥补;(6)参加社会训练课程;(7)参加《道路交通安全法》第 2b 条第 2 款第 2 句规定的进修课程或第 4a 条规定的驾驶资质课程。”

为了防止私人复仇,保障公正、平等地适用刑法,德国自 1877 年《德意志帝国刑事诉讼法》以来就一直确立并保持了起诉法定原则。^[7]然而,大多数观点认为无限制适用法定原则不再是强制性的,因为这种强制的后果将使刑事司法负荷过重。^[8]出于这种考虑,在世界经济危机的大背景下,1924 年刑事法学者埃明格尔(Emminger)改革首次引入了“因罪责轻微不追诉”制度。^[9]1974 年通过的新诉讼法第 153a 条,进一步创立了“履行负担与指令的不起诉”,同时对这两个条款新增了特定条件下无需获得法院同意的规定。^[10]经过几次改革,不起诉的范围突破了“罪责轻微”的限制,也进一步拓宽了适用范围,在背离起诉法定主义原则的道路上走得更远,进一步补强了第 153 条的减负功能。^[11]如今,第 153 条所创设的“罪责轻微不起诉”制度的实践价值被广泛认可。数据表明,2016 年德国检察机关总计结案 5181670 件,而按照《德国刑事诉讼法》第 153 条第 1 款因罪责轻微不起诉的案件达到 745743 件,占比约 14%。因履行负担而不起诉的案件总计 174143 件,占到所有结案总数约 3.4%,其中以支付金钱的方式结案的多达 142602 件。^[12]

然而,尽管在法律实践中被倚重,这种程序法的出罪路径仍面临诸多问题,受到许多学者批判。其一,不起诉制度的适用标准不统一。首先,罪责轻微不起诉制度中的“罪责轻微”如何界定是非常棘手的问题。例如,德国一些州司法机关对此作出了规定,但是另一些州则没有,检察机关之间就是否起诉经常存在差异,这种标准的不统一引起了司法的不稳定。^[13]就财产犯罪而言,行为后果的严重程度常常会诉诸于《德国刑法典》第 248a 条的价值界限。然而,在德国的司法实践中,犯罪行为“轻微”的数额标准可能是 25 欧

[7] Vgl. Peters, in Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl., 2016, § 152, Rn. 1 ff.

[8] 参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社 2013 年版,第 46 页。

[9] Vgl. Peters, in Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl., 2016, § 153, Rn. 1.

[10] Vgl. Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Unterbesonder Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW, Band 92, Heft 1, 1980, S. 218, 219.

[11] Vgl. Peters, in Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl., 2016, § 153a, Rn. 1 - 3.

[12] Vgl. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaften, Fachserie 10 Reihe 2.6 (2016), S. 26.

[13] Vgl. Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Unterbesonder Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW, Band 92, Heft 1, 1980, S. 220, 221.

元、30 欧元,也可能是 50 欧元。^[14] 其次,《德国刑事诉讼法》第 153 条的适用也存在数额标准差距过大的问题。例如,由于“轻微性”而不起诉的平均数额标准在商店盗窃中是 24 马克,在侵占罪中却达到了 1264 马克,而在严重的经济刑事犯罪中,确定适用边界的损失额从 50000 马克到 250000 马克都被承认。^[15] 最后,不起诉制度中刑事追诉的公共利益如何认定,也是完全不清楚的。^[16] 其二,程序法路径赋予了检察官很大的自由裁量权,使其在一些情况下不再受到法院监督,存在权力滥用的风险。此外,扩张的起诉裁量权甚至可能会在实践中进一步异化成为变相的裁判权。魏根特认为,要求被告支付款项以撤销案件的权力实际上已经使得检察官的作用类似于(量刑)法官。虽然这些钱款技术上未被视为罚金,但它们起到了类似的惩罚作用。^[17] 其三,《德国刑事诉讼法》第 153a 条“履行负担与指令的不起诉”将不起诉制度与给付金钱连接在一起,可能导致其背离制度设计初衷而产生司法异化。在德国学界,该条款因为具有“刑事司法商业化”的特征而受到强烈的批评。^[18] 上文数据也表明,司法实践中“履行负担与指令的不起诉”绝大部分都是以给付金钱来实现的,这就可能进一步恶化不起诉制度的不平等适用问题。

(二) 自诉制度的诘难

与不起诉制度相配套,德国进一步采用了设置自诉犯罪的办法应对轻微犯问题。例如,《德国刑法典》第 248a 条规定:犯第 242 条盗窃罪和第 246 条侵占罪,所盗窃或侵占的物品价值轻微的,告诉乃论,但刑事追诉机关基于特别的公共利益,认为依职权有追诉必要的,不受此限。这一规定的思想基础在于,在这些犯罪行为中通常都只涉及到轻微犯,因此原则上没有刑罚追诉的公共利益。该条款没有涉及犯罪行为不法和罪责的内容,因此,其不是免责性的构成要件,而是一种程序性条件。^[19] 而且,该条款同时被《德国刑法典》第 257 条包庇罪、第 259 条窝赃罪、第 263 条诈骗罪、第 263a 条计算机诈骗罪、第 265a 条骗取给付罪、第 266 条背信罪以及第 266b 条滥用支票和信用卡罪加以援引适用。由于其被广泛地适用于广义的经济犯罪,因此被普遍视为《刑事诉讼法》第 153、153a 条之外的应对轻微犯罪的程序法方案。^[20]

通过自诉制度应对轻微犯罪,确实是一种可以考虑的程序法路径,它将是否启动刑事诉讼的选择权交到了被害人手中,使得部分轻微犯罪可能最终不会走进刑事诉讼程序,从而减轻了司法系统的办案压力。但是,这一制度同样存在一系列难以回避的问题。一是这种制度将是否起诉的决定权交给被害人,在制度逻辑上并没有充分根据。既然这类轻微犯没有追诉的公共利益,似乎没有道理再将这种追诉权赋予被害人。如有学者所言,如

[14] Vgl. *Elisa Hoven*, Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht, JuS, 2014, S. 976.

[15] Vgl. *Günther Kaiser*, Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW, Band 90, Heft 4, 1978, S. 900.

[16] Vgl. *Arzt usw.*, Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD), J. C. B. Mohr, 1974, S. 9.

[17] 参见[德]托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 47 页。

[18] 参见[德]克劳斯·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社 2003 年版,第 105 页。

[19] Vgl. *Hohmann*, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl., 2017, § 248a, Rn. 1.

[20] Vgl. *Eser/Bosch*, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 29. Auflage 2014, § 248a, Rn. 1-3.

果自诉犯罪行为本身在追诉上缺乏公共利益,那么实际上就承认了其在处罚上也缺乏足够的公共利益。对被害人的某种利益补偿也不能改变这一点,因为犯罪与刑罚是一种公共性的手段,私人的补偿利益不足以发动公共性的刑罚。^[21] 二是自诉制度中“价值轻微”的标准也难以统一。^[22] 三是在自诉制度中,被害人是否提起告诉可能并不是基于犯罪行为本身的轻微性,这可能导致自诉制度的异化。有观点指出,只有在很少的情况下,被害人是基于损失的数量或者行为人的再犯来决定是否提起告诉。相反,实践中常常是其他的理由促使被害人提起诉讼,例如,对行为和行为人的主观印象,或者是否签订保险合同。^[23]

综上所述,虽然通过程序法路径分流轻微犯罪的做法已经在司法实务中得到广泛运用,但是事实上却面临着系列制度正当性的危机。起诉法定主义是罪刑法定主义得以落实的程序性保障原则,这决定了程序法路径所依赖的起诉便宜主义只能是例外性存在的辅助性对策,其不可能从根源上妥当应对作为普遍性问题而存在的轻微犯出罪困境。一旦支撑程序法路径的各项条件(如司法人员的法律素养和公正操守、民众对法律裁决差异性的接受度等)出现偏差,那么司法结论的正当性危机就会显现出来。诚如学者所言,这种犯罪圈“宽进严出”的“漏斗型”刑事司法体制,将是否构成犯罪的决定权交予警察和检察官,甚至可能导致对罪刑法定和现代社会主义立法原理的背离。^[24] 尤其是当酌定不起诉的条件与金钱给付相关联时,由公民经济状况差异所带来的司法不平等就可能会被迅速放大,继而严重地侵蚀民众对司法公正的信任。同样,将是否起诉、发动刑罚请求的权利赋予被害人,不仅没有充分的理论根基,而且容易在实践中被异化。因此,总的来说,以程序法路径为导向的轻微犯出罪机制可以部分吸收借鉴,但是远非值得照搬照抄的理想化模式。

三 实体法路径的探索

既然程序法路径并非轻微犯出罪的“治本”之道,人们便将目光投向了实体法路径。在我国刑事法律体系中,直接地体现为罪量要素的广泛设置,以及与之配套的刑法/行政处罚二元制裁模式。不可否认,目前这种制裁结构面临着系列诘难。在深入剖析这些问题以前,不妨先来梳理一下德国立法、司法和理论界对此问题的态度。

(一) 构成要件目的的限缩解释的运用

在德国刑法学界,构成要件目的性的限缩解释是应对轻微犯罪的重要方法,它以多种形式体现出来。一方面,轻微性原则(Geringfügigkeitsprinzip)在构成要件的界分原则中被

[21] Vgl. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, in Küper/Welp (Hrsg.) Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, SS. 101 – 102.

[22] Vgl. Kindhäuser, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 248 a, Rn. 6.

[23] Vgl. Beckmann, Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, S. 129.

[24] 参见何荣功:《我国轻罪立法的体系思考》,《中外法学》2018年第5期,第1209、1212页。

重点讨论。^[25] 例如罗科信认为,按照“轻微性原则”,在大多数构成要件中可以在一开始就将那些仅具有轻微损害的行为排除出去。具体来说,并非所有对身体健康的损害都属于虐待,只有那些明显的损害行为才符合;只有较为严重的、以犯罪的方式严重侵犯人类尊严并与性有关的行为,才是刑法意义上的猥亵;只有持续的妨碍才称得上所谓“暴力”,等等;^[26]而那些缺乏持续性的仅造成轻微后果的强制行为,没有实际意义的社会危害性行为,应当排除出刑法。^[27] 按照这种构想,构成要件该当性被认为具有程度性的要求,而不仅仅是形式符合性。有论者认为,符合构成要件该当性的不当行为,只有具有足够的分量,才能在其刑事处罚上被正当化。就合理的刑法反应而言,行为人的不当行为在性质和数量上均体现为具有相当的严重性,如果不当行为仅具有轻微的分量,那么则不能成立犯罪行为。^[28] 事实上,这种以程度化为导向的构成要件目的限缩性解释,也被司法实践所采纳。德国哈姆地区州高等法院的一份判决曾指出,如果行为人仅仅以轻微的方式对扣押财物进行处置的,并不符合破坏封印罪的构成要件。^[29] 对此,有论者指出,轻微性原则在刑法规定中,甚至某种程度上在整个犯罪论体系的所有阶层(包括诉讼法)都得到了运用。哈姆地区州高等法院的判决实际上将轻微性原则作为一般性的构成要件限缩机制加以适用了。^[30] 另一方面,也有部分学者在社会相当性的范畴中探讨了轻微犯的问题。例如,罗科信将轻微性的社会可容忍行为看成是社会相当性理论中的第二种常见类型。给邮差送新年小礼物被认为并不符合《德国刑法典》第 331 条接受利益罪的构成要件,非常小额的赌博并非第 284 条规定的可罚行为,家庭范围内的贬低言论也应当从第 185 条侮辱罪的构成要件中排除出去。^[31]

以“轻微性原则”为代表的构成要件目的性限缩解释,建立在现存实定法的基础上,无需大费周章地推动立法改革来实现,也不会产生体系性定位难题,因此是被广泛认可的一种应对轻微犯罪的有效手段。但是,在理论上围绕轻微性原则并非没有争议。一方面,关于轻微性原则的基本定位仍然存在较大争议。一种较典型的观点认为,尽管可以承认轻微性原则的适用性,但还是应当限定在轻微犯程序性应对策略范围。例如,有论者指出,轻微性原则只是目的解释的下位概念,而不是独立性、一般性构成要件的修正。^[32] 实际上,关于轻微性原则基本定位的争论,并不仅仅是轻微犯应对路径的技术性抉择,而在更深的层面上反映出德国学者们对构成要件不法内涵理解的根本差异。另一方面,轻微

[25] Vgl. Eisele, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, Vorbemerkungen zu den § 13 ff, Rn. 70a; Freund, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2017, Vorbemerkung zu § 13, Rn. 207.

[26] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 31 页。

[27] Vgl. Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS, 1964, Heft 10, SS. 376 - 377.

[28] Vgl. Freund, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2017, Vorbemerkung zu § 13, Rn. 207 - 208.

[29] Vgl. OLG Hamm: Unerhebliche Erschwerung der Pfändungsdurchführung, NJW 1980, S. 2537.

[30] Vgl. Heribert Ostendorf, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamm NJW 1980, 2537, GA, 1982, S. 333, 345.

[31] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2006, § 10, Rn. 40 - 41.

[32] Vgl. Eisele, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, Vorbemerkungen zu den § 13 ff, Rn. 70a.

性原则的具体尺度是否以及如何来设定,也难有定论。目前,轻微性原则仅停留在一种抽象的原则层面,尚没有具体的下位规则支撑其运作,与明文法律规范的关系也没有得到充分说明。

(二) 立法论层面的出罪方案

沿着上述对刑事不法的反思性思考,一些学者进一步主张应当在实体法的立法论层面解决轻微犯出罪的问题。一种观点在反思程序法路径以及刑事不法实质内涵的基础上,主张应将轻微犯罪整体性地纳入到德国《违反秩序法》中。持这种立场的代表性学者之一是鲍曼(Baumann),他从比例性原则出发,主张按照量的区分方法,将那些轻微的违法都纳入到《违反秩序法》中。因此,严重的社会危害行为属于刑法,轻微的社会危害行为属于违反秩序法。^[33] 另一种思路则希望在刑法典的总则或分则中确立明确的规则,将轻微的违法行为排除出犯罪圈。例如,有论者认为,轻微犯的问题只能通过实体法的途径解决,应当在总则中添加一个条款,将轻罪中的轻微行为从轻罪的刑事可罚性中排除出去,并为其确定一种较轻的特别处罚。^[34] 刑事法学者弗里施(Frisch)也持类似立场,他指出,最简单的解决方案在于将一些犯行从实体刑法中完全拆分出来,同时将宽泛的条文限缩成为特别(加重)的构成要件。不过他认为,总则性的实质犯罪概念并不可行,更好的方式是在分则具体条文中,对那些按照严重性不需要投入刑罚的情形作出规定。^[35]

在实体法的立法论层面排除轻微犯罪,固然可以较好地避免解释论上的难题,也可以一种更彻底的方式解决轻微犯出罪的问题。它将轻微犯の出罪基础不再定位为程序性处置策略,而根源于刑法构成要件的不法本身。这种立法建议实际上在方向上非常接近中国(总则和分则)的罪量立法模式。然而,这种模式也遭遇了不少批判。首先,将轻微犯罪降格纳入到《违反秩序法》中,意味着在刑事犯罪行为与违反秩序行为区分问题上采取了量的区分说,而这背离了主流学说的立场。在德国,质量结合说仍然是占主导地位,并且其中量的区分思想实际适用范围非常狭窄。在 1979 年,联邦宪法法院曾明确指出,刑法典第 242 条将轻微的盗窃行为置于刑罚之下,是与宪法相协调的。价值轻微物品的盗窃和侵占与普通盗窃和侵占的区别不在于构成要件,而在于处理方式。^[36] 换言之,联邦宪法法院实际上认为像盗窃、侵占这类犯罪不论法益侵害程度如何都只能属于刑法领域。其次,上述实体法路径,在刑罚目的上也面临着诘难。例如,有论者认为,之所以否定这种量的区分在财产犯罪中的适用,重要的原因在于学者们担心可能会造成社会评价标准的衰弱。^[37] 还有学者认为,实体法上去犯罪化,会带来一般预防上的损失,它似乎在暗示人们轻微违法行为不应视为犯罪,尤其是在诸如财产犯罪的情形中。而程序法上的

[33] Vgl. Baumann, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP, Heft 12, 1972, S. 273, 275; Baumann, über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ, Heft 1, S. 3.

[34] Vgl. Dencker, Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, JZ, 1973, Nr. 5/6, S. 150.

[35] Vgl. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, in Küper/Welp (Hrsg.) Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, SS. 105 - 106.

[36] Vgl. Verfassungsgemäße Regelung des Bagatelldiebstahls, NJW 1979, 1039.

[37] Vgl. Hirsch, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, Unterbesonder Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW, Band 92, Heft 1, 1980, S. 243, 244.

出罪则使潜在的行为人不知道检察官会在案件中如何反应,因而预防的效力可以得到维持。^[38]最后,立法者之所以排斥这种路径的另一个重要原因在于实践中区分刑事犯罪行为与违反秩序行为的困境。早在1971年,就议员问询关于将轻微犯划归到《违反秩序法》中这一建议的看法,议会的回复是:“对于这种实体法的解决方案,只有当存在确定的、实际可行的构成要件区分边界才是可行的,但是这非常困难。”^[39]此外,也有学者担心,通过违反秩序法的路径应对轻微犯罪可能带来处罚被滥用的危险。

从以上情况可以看出,实体法路径的探索在德国并非顺畅无阻。尽管如此,在笔者看来,对实体法路径的批判可作如下回应。首先,在行政违法与刑事违法的区分问题上,即便是在德国刑法学界,量的区分学说也不乏支持者。而德国主流观点按照“核心领域”(即关系到社会共同体基本价值的领域)这一概念来划定量的区分学说适用范围的做法,在法定犯时代已经到来的当下越来越显得苍白无力。一方面,“核心领域”这一概念本身的边界并不清楚;另一方面,通过这一概念划分出两组(类似于自然犯/法定犯的)犯罪范畴并加以区分对待,并不具有妥当性。在“法定犯自然犯化”、“行政犯刑事犯化”^[40]的时代背景下,二者所保护的法益对社会共同体来说都至关重要,不宜“厚此薄彼”。此外,即使是那些处在所谓“核心领域”的轻微犯,一律将其纳入犯罪圈、动用刑事司法资源予以规制,也并不符合刑法谦抑性原则和宪法比例性原则的要求。相反,将这些轻微行为出罪并不会带来所谓一般预防机能弱化的问题,因为相对轻缓的行政处罚足以对这类轻微违法行为产生与其行为不法程度相匹配的一般预防效果。最后,刑事违法与行政违法(或秩序违反)之间的区分虽然困难但并非完全无法实现。只要对二者的违法性程度做出相对清晰的界定,借助更为细化的规范化标准,这一任务仍然可以达成。事实上,即便是在德国的法律语境下,依托于构成要件目的限缩解释而展开的出罪实践表明,构成要件不法的程度之维已经在一定范围内得到了肯认。当然,由于思维惯性和立法传统的束缚,将这种思想落实到立法中的做法仍然十分艰难。

四 部门法路径的构想

既然实体法路径和程序法路径都存在一定问题,那么是否在实体法路径和程序法路径之外还存在其他类型的出罪方案呢?德国学者对此进行了不懈的探索,一项富有想象力的方案是部门法的出罪路径。

(一)从刑事处罚到民事赔偿

部门法解决方案的特点在于跳出了“实体法路径”和“程序法路径”这种固有的思维模式,转而针对刑法分则中的特定犯罪领域进行专门的制度设计和改革。在这里,最具代表性的是关于商店盗窃行为“除罪化”(Entkriminalisierung)和“除刑化”(Entpönalisierung)

[38] Vgl. Meier, Bagatellarische Tatbestände, ZStW, 2017, 129 (2), S. 445.

[39] Vgl. Baumann, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP, Heft 12, 1972, S. 274.

[40] 参见[日]大塚仁著:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第221页。

的两次改革草案。

第一次草案出现在 1974 年,由以阿茨特(Arzt)、埃泽尔(Eser)等为代表的学者们所提出。这种观点在对占主导地位的程序法路径进行批判的基础上,提出了用民事赔偿替代商店盗窃的刑事处罚草案,并且在 1976 年德国第 51 次法学家大会上提交讨论。这一草案适用于在营业时间对店主造成不超过 500 德国马克损失的违法者。按照其规定,被害人可以要求赔偿物品的售价。而且,这种处罚每次都会被记录下来,如果在行为之前 2 年的期限内,该行为人已经有 2 次制裁的记录,那么刑事追诉仍然是允许的。^[41]阿茨特等学者认为,这样一种民事赔偿方案,可以激活刑法的谦抑性,达到除罪化的效果。而且这种做法准确地计算和认定了损失,因而对被害人自我保护更为有利,也能强化预防效果。^[42]

第二次草案出现在 1992 年,由以阿尔布雷希特(Albrecht)、哈斯默(Hassemer)、福斯(Voß)为代表的学者们所提出。这一草案的委员会指出,在商店盗窃领域,立法者应当引入除罪化和除刑化措施。除罪化的措施主要是指在商店盗窃领域限缩盗窃罪的构成要件范围,同时引入民事赔偿制度。首先,学者们主张将那些偶而从自助型商店盗窃轻微价值物品的行为,从 242 条刑法的盗窃罪中分离出来;其次,应当引入总括性的损害赔偿制度,而这种损害赔偿应当更多地考虑被害人的影响;最后,多数的观点主张放弃对每次盗窃行为的登记制度。^[43]而除刑化措施主要是指引入轻微盗窃犯罪的免除刑罚制度,以进一步补充《德国刑法典》第 242 条盗窃罪规定的适用。而且学者们认为,这些规则应当拓展到其他财产犯罪,例如侵占罪、诈骗罪、包庇罪、窝赃罪。^[44]

(二)理论诤难与方案流产

部门法路径相当具有创造性,其跳出了刑事法的视野局限而改采民事赔偿的替代方案,在实际后果上可能确实更加有利于被害人一方。而且,部门法方案主要针对商店盗窃这一特定轻微犯罪形式,确实顾及了司法实践的紧迫需求,因为商店盗窃在简单(无加重情节)盗窃案件中占到了相当高的比例。但是,整体来说部门法解决方案并没有得到德国刑法学界的广泛认可,这一点在 1976 年德国第 51 届法学家大会的讨论中体现得非常清楚。学者们对此方案的诸多批评意见总结如下:^[45]第一,草案所提出的最高 500 德国马克的损失额已远超过了轻微犯罪的范围;第二,这种部门法方案会导致与其他轻微盗窃行为的不平等对待,因为其他领域的轻微盗窃行为仍然处在刑事处罚范围中;第三,这种民事赔偿的替代方案被指责为是一种私刑的复活,因为它实际上具有处罚的性质,而且如果行为被登记下来,当行为人再犯的时候还是可能会被刑事追诉;第四,这种程序完全是

[41] Vgl. Arzt usw., Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD), J. C. B. Mohr, 1974, S. 4 ff.

[42] Vgl. Arzt usw., Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD), J. C. B. Mohr, 1974, SS. 9 - 10.

[43] Vgl. Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, Vorschläge der Hessischen Kommission „Kriminalpolitik“ zur Reform des Strafrechts, Nomos, 1992, S. 56, 57.

[44] Vgl. Albrecht/Hassemer/Voß (Hrsg.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, Vorschläge der Hessischen Kommission „Kriminalpolitik“ zur Reform des Strafrechts, Nomos, 1992, S. 59.

[45] 中文文献参见钟豪峰:《轻微商店盗窃行为的刑事管理策略——德国经验的启示》,《中国刑事法杂志》2013 年第 5 期(第 57 卷),第 35 页以下。

按照个体受害者的意愿来开启和实施的,可能会带来任意性和不确定性;第五,这种方案采取了一种“灭火式思维”,而忽略了轻微犯是一个整体性的问题,应当通过一般性的观点和标准来加以应对,否则法律适用的不平等性和不均衡性是不可避免的。^[46]正因为部门法方案的以上种种缺陷,在1976年的德国法学家大会的表决上,这一草案在154人中只得到了18票支持。^[47]可见,跳脱出程序法与实体法的框架寻找轻微犯出罪机制的做法并不容易。关键的问题在于,提倡部门法路径的学者仅仅强调了实践理性的一面,但是尚未找到一个坚实的理论基础来论证如何实现从刑事处罚向民事赔偿的跨越。

五 中国模式的重新审视与制度选择

(一) 轻微犯罪分流处置的路径选择

从德国轻微犯罪分流处置的实践来看,程序法路径被特别地倚重。但是,存在并非总是合理。越来越多的德国学者对程序法路径提出了批判与质疑。将轻微犯的出罪主要地诉诸于检察官的自由裁量甚至金钱给付,这容易造成起诉标准的不统一,潜藏着检察官滥用权力的风险,可能异化为一种不经司法审查的变相刑罚,甚至还存在着沦为富人“花钱免刑”工具的风险。起诉便宜主义所追求的司法经济性、灵活性和起诉法定主义所保障的法律适用公平性、稳定性之间,始终存在着难以弥合的矛盾。这些特征决定了程序法路径不宜作为一般性原则普遍适用,同时程序法路径中赋予司法人员的自由裁量权也确有必要受到一定程度的制度化监督。尤其是在中国当下的法治语境中,司法人员的专业素养良莠不齐,权力寻租现象屡禁不止,同案同判的呼声日渐高涨,如果将轻微犯出罪的任务诉诸于程序法路径和司法自由裁量,其导致司法活动异化的风险相当高。

对程序法路径更深层的追问在于,如果轻微违法行为不仅罪责轻微且对其追诉缺乏公共利益,那么此时这类行为还是真正意义上应然的刑事犯罪吗?如弗里施所言,程序上不起诉的行为,说明这种行为不值得投入刑罚,实质上也意味着它不是一种犯罪。程序法上由于轻微性而不起诉的规则,事实上已经确定了刑事可罚行为的下限。因此,在实体法上准确界定什么是真正的犯罪行为,才是更妥当的做法。^[48]决定犯罪应罚性的不仅仅是违背法律规范的行为及其可避免性,同时也在于不法的分量和法律损害的严重程度。如果对法律秩序的伤害非常轻微,以至于不适合(不合比例)动用刑罚,那么在这里应罚性便是缺失的。^[49]所以,面对种类繁多、数量庞大的轻微违法行为,立足于起诉便宜主义的程序法路径更像是一种回避问题本质的权宜之计。

与此相对,实体法路径则更加直面问题的根本,即不法程度轻微的构成要件类型行为

[46] Vgl. Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, Unterbesonder Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW, Band 92, Heft 1, 1980, SS. 240 – 242.

[47] Vgl. Verhandlung des einundfünfzigsten deutschen Juristentages, Band II, 1976, S. N 178.

[48] Vgl. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, in Küper/Welp (Hrsg.) Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, SS. 100 – 101.

[49] Vgl. Frisch, Strafbarkeit, Strafbedürftigkeit, und Straftatsystem, GA, 2017, Heft 7, SS. 372 – 374.

是否是实体刑法中真正值得动用刑罚处置的犯罪。在实体法的范畴内,德国理论界与实务界在解释论和立法论上都做出了一定程度但又有所保留的回应与探索。在实体法上将轻微犯排除出罪意味着直接或间接地承认了刑事不法的程度性要求,这无疑在实质违法论的命题上打开了新的维度。然而,这种思路如要进一步展开,仍然面临很大的挑战。在刑法理论的发展史上,违法性理论被其最重要的奠基人之一宾丁表述成一个择一性的问题。在这里人们希望确定行为是否与规范的要求相符合,如此一来,就容不下量的思考方式了。^[50] 以至于人们曾经认为,违法性要么存在要么不存在,不具有程度的不同。^[51] 当然,随着实质违法性理论的发展,这一现象得到了扭转,违法性的程度化也得到了承认。^[52] 不过,是否刑事违法性应当设定程度性阈值标准,以及进而以此实现与其他违法性的区分,都尚无定论。而且,刑事违法与行政违法的区分确实在法律技术和司法实践中存在相当大的难度,甚至被学者们称为“导致法学家绝望的问题”。^[53] 然而,如果我们回到刑法谦抑性、最后手段性的根本特征,乃至上升到宪法合比例性原则的高度,实体法的思路恐怕才是真正的归宿。即使这种方案在具体制度设计上存在一定技术性难题,但是通过导入类型化思维,不断总结司法实务经验,仍然是可能实现的。

事实上,程序法、实体法和部门法的方案都有各自面临的问题,任何一种方案都难言完美。但是,程序法路径遭遇的是正当化危机,而实体法路径面临的则是操作性难题,前者只能从实践合理性的角度给出应急方案,而后者则旨在从本质上回应轻微犯出罪问题。在我国刑法学界,长期以来更多看到的程序法路径和司法定量模式具有适用上的灵活性和便宜性,以及其不会造成额外的犯罪论体系性难题,但是却忽略了其中所存在的不确定性风险及其深层逻辑困境。正因如此,“立法定性、司法定量”被不少学者认为是更为理想的制裁模式。^[54] 而本文的研究恰恰表明,程序法路径的轻微犯分流机制所存在的问题并不比实体法路径要少,如果对此没有清醒认识,则不可能找到真正适合我国国情的轻微犯应对策略。在我国现有的制裁结构下,仍然应当坚持实体法路径为主体的轻微犯出罪模式,同时适度吸收程序法路径作为补充。尤其值得注意的是,实体法路径也并非只能通过立法才能实现。上文中德国关于构成要件目的限缩解释的实践告诉我们,即使刑事立法上没有明确将轻微犯罪出罪,法官也仍然可以立足于刑事违法的程度性要求,借助解释论的手段将轻微违法行为排除出犯罪圈。就我国的特殊刑事法律语境而言,极为重要的启示在于,对那些没有明确规定罪量要素的犯罪,并非只要符合构成要件行为类型而不管其实际不法程度如何,一律入罪,这种僵化、教条的法律适用思维曾在诸如“醉驾是否一律入刑”的争论中体现得淋漓尽致。

[50] Vgl. Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, Verlag Dunker & Humblot, 1966, S. 15.

[51] Vgl. Noll, übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW, 1956, Band 68, Heft 2, S. 181.

[52] Vgl. Eduard Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW, Band 64, Heft 1, 1952, S. 255 ff.

[53] 参见林山田著:《经济犯罪与经济刑法》,三民书局、台北兴丰印刷厂有限公司 1981 年版,第 108 页。

[54] 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,《法学家》2015 年第 1 期,第 107 页;吴亚可:《我国犯罪定性定量立法模式检讨》,载陈兴良主编:《刑事法评论:刑法的工具论》(第 38 卷),北京大学出版社 2018 年版,第 311 页以下。

(二) 中国罪量立法模式的客观评价

对轻微违法犯罪的分流处置,乃是各国面临的共同难题,只不过采取的策略各有不同,有的国家偏重程序法路径出罪,有的国家则更倾向于实体法路径出罪。^[55]从德国的司法实践来看,显然启用程序法路径来应对轻微犯的做法更受青睐。不过,虽然实体法中立法论层面的建议并未付诸实践,但是构成要件目的性限缩适用的方案仍然被司法实践所认可。部门法的方案由于支持者过少、争议过多而并没有被主流采纳。因此,德国轻微犯的出罪模式可以总结为“程序为主、实体为辅”。中国的轻微犯应对模式则体现出了与此完全不同的特征。一方面,《刑法》总则第13条但书条款和分则罪名中广泛存在的罪量要素共同构成了中国独具特色的罪量立法模式;另一方面,以量的区分思想为基础,我国《刑法》和《治安管理处罚法》构成了行为类型大量重合的二元制裁模式。我国《刑法》罪量立法模式不仅体现了轻微违法行为非犯罪化的理念,事实上也为两种类型趋同的制裁手段的区分发挥了指引功能。在这种模式下,绝大部分没有达到实体法罪量标准的轻微违法行为就直接被出罪或纳入行政处罚的管辖范围,真正需要通过程序法上不起诉制度来分流的轻微违法行为则是相对少数,这也是中国酌定不起诉率整体偏低的重要原因之一。因此,中国轻微犯的出罪模式可以相应地总结为“实体为主、程序为辅”。

我国实体法导向的轻微犯分流模式,存在着不少理论与实践难题,遭到了学者们激烈批判。例如,罪量要素在阶层犯罪论中的体系定位难题,以及由此产生的一系列“连锁反应”(如罪量与罪过论、未遂论、共犯论的交叉性难题),可谓让学者们绞尽脑汁。再如,不论是在《刑法》总则还是分则中,罪量立法一直面临着明确性原则的诘难。^[56]客观来说,这些批评都有一定道理。但是,在我们系统梳理分析了德国轻微犯分流处置模式及其经验之后,尤其是在对程序法路径的种种缺陷有了更深层理解的基础上,当我们再次从更加宏观的视角来观察中国的实体法模式,便会发现更多的相对合理性(而非绝对不足性)。

一方面,在刑法知识转型的大背景下,实现罪量立法结构与阶层犯罪论体系的融合确非易事。但是,就此议题的研究,我国几代学者薪火相传,在犯罪概念与社会危害性、可罚的违法性、责任主义原则与客观处罚条件等语境中不断摸索,已经达到了相当的深度,形成了珍贵的学术积累。^[57]例如,《刑法》第13条但书条款的正当性、必要性与可适用性,罪量要素与日本可罚违法性学说的对比分析与理论衔接,罪量要素与客观处罚条件的异同,以及随之而来的如何认识罪量要素等问题,都在过去二十年的学术发展史中得到了深入探讨。时至今日,在对我国《刑法》中罪量要素进行类型化处理的前提下,将其大体定位于构成要件该当性阶层,作为奠定犯罪不法的基础要素加以确立,使其接受主观故意的规制,贯彻责任主义原则的立场,逐渐被越来越多的学者乃至实务判例所肯认。而近年来诸如罪量要素(尤其是犯罪数额)缺失的场合是否可能构成未遂,^[58]罪量要素在共犯构成

[55] 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期,第54页。

[56] 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,《法学家》2015年第1期,第104-105页;林山田著:《刑事法论丛(二)》,台北兴丰印刷厂有限公司1997年版,第21-22页。

[57] 参见车浩著:《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版,第315页。

[58] 参见黎宏:《论盗窃罪数额犯的未遂》,《环球法律评论》2018年第1期,第66页以下。

(尤其是共犯从属性判断)中所扮演的角色等方面的研究,也在进一步地推进本土刑法罪量要素与域外阶层犯罪论体系的深度融合。

另一方面,对罪量要素明确性问题的批判过于绝对。刑法的明确性原则是相对而言的,特定立法的明确性只有在参照系的对比中才能得到公允评价。刑法只能处罚那些具有严重法益侵害的行为,这不但清楚地体现在“法官不理睬琐事”这样的古老格言中,而且更是刑法谦抑性和宪法合比例性的基本要求。然而,在许多国家的实体刑法中这一程度性要求并没有做出规定,因此导致无论如何轻微的行为都可能构成犯罪,这种局面虽然可以通过程序法的方案得到缓解,但是从宪法层面的明确性要求来看,实体刑法的规定是非常值得质疑的。正因如此,对盗窃轻微价值物品的行为也作为刑事犯罪处理的做法是否涉嫌违宪的问题,在 1979 年曾提交德国联邦宪法法院裁定。^[59] 对此,日本学者松宫孝明在论及可罚违法性理论时也指出,构成要件是可罚的行为类型,因而可罚性判断的大部分应在立法阶段予以解决。如果不能合理地限定或者缩小解释的话,毋宁说这些规定本身就是违宪无效的。^[60] 换言之,构成要件中法益侵害的程度性要求是刑法的应有之意,如果刑法条文对此没有规定,本身就有违反刑法明确性原则的嫌疑。而中国《刑法》中罪量要素较之于那些完全回避这一问题的规定来说,已经在刑法的明确性要求上向前迈进了一步。更何况,在司法经验与理论反馈不断累积的基础上,我国《刑法》中的多数罪量要素(如“数额较大”、“情节严重”)都通过相关司法解释得到了进一步地明确化,这一具有较高稳定性、统一性的实践模式早已被实务界和理论界所接受。诚如陈兴良教授所言,首先将原本由司法者裁定的罪量因素在立法上大体加以划定,其后再将其交由司法者解释适用,这种做法并不与罪刑法定所要求的明确性原则相冲突。^[61]

总的来说,实体法的立法模式在不法论上明确回应了轻微犯分流罪的依据,而不再将其交由检察官自由裁量,相对而言具有更强的制度稳定性。事实上,即使在酌定不起诉制度中,裁量权的适用仍然存在争议。例如在雷洋案中,涉嫌玩忽职守的警务人员就是按照《刑事诉讼法》第 173 条第 2 款的规定不予起诉的,这一处理也引发了不小的争议。而反观实体法的立法模式,却给司法者做出了明确的指引,限定了裁量权的使用,客观上规避了部分司法恣意和权力滥用的风险。

(三)轻罪体系的本土建构与展望

随着劳教制度的废除,立法者通过降低入罪门槛的方式,将原有的劳教行为予以犯罪化,且将其他一些较为严重的违法行为转化为轻微犯罪,由此开启了犯罪化的立法进程,逐渐形成了轻罪体系。^[62] 但是如何建构适合于我国国情的轻罪体系尚无共识。目前学界一种颇为具有影响力的观点认为,我国罪量立法模式和二元制裁体系的架构导致长期

[59] Vgl. Verfassungsgemäße Regelung des Bagatelldiebstahls, NJW 1979, 1039.

[60] 参见[日]松宫孝明著:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第79-80页。

[61] 参见陈兴良:《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,第119页。

[62] 参见陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整——〈刑法修正案(九)〉评述》,《法律科学》2016年第4期,第182页。

以来行政处罚权过于扩张而刑事司法权受到抑制,因此轻罪化改革的趋势应当是逐步取消罪量,并将治安处罚和大量的微罪(法国称违警罪、德国称秩序犯等)行为纳入刑法领域,实现刑事制裁的一体化和司法化。^[63] 按照本文的研究,这种观点值得三思。

鉴于轻微犯罪与严重犯罪的显著差异,犯罪分层的策略无疑具有重大的理论和实践价值。但是,将我国现行《刑法》《治安管理处罚法》所构成的二元制裁模式合并为《刑法》统摄的一元模式,必然带来极大量的轻微违法行为入罪,这不仅背离了制裁体系的世界发展大势,也会给轻微犯的分流处置带来不可承受之重。例如,1871年《德意志帝国刑法典》原本采用了1810年《法国刑法典》一元模式下的犯罪三分法,即重罪、轻罪和违警罪。但是,之后大量管理性规定的颁布以及对损害所要求的惩罚和报复,使得德国法院由于大量轻微犯罪行为而负荷过重。人们意识到,如果将其制裁都置于一般的刑事诉讼程序中,法院将无法集中精力处理那些真正严重的犯罪。^[64] 正是基于这样的考虑,德国逐渐开始从一元制裁模式转向了《刑法典》和《违反秩序法》所构成的二元制裁模式,将那些仅具有轻微违法性的犯罪类型排除出罪,同时引入酌定不起诉等制度进一步补强其分流处置功能。

近20年来,我国刑事案件和治安违法案件的数量不断飙升,在此背景下不顾司法资源极度紧张这一事实而进一步犯罪化,显然是不切实际的。我国治安管理处罚案件的数量远超刑事案件数量,将前者通通入罪化,司法体系完全不可能承受。例如,2016年,我国查处治安管理处罚案件数量高达约1065万件,而刑事案件数量约112万件,^[65]前者是后者近十倍之多,如果将治安管理处罚行为都纳入刑法管辖范围,事实上目前已经疲于应对的司法审判系统(以及刑罚执行机关)不可能“照单全收”,最终大量轻微违法行为仍然不得不主要倚重程序法策略来分流。而此时,上述程序法出罪方案中标准不明确、滥用裁量权等问题便会被放大,最终可能使整个司法系统陷入混乱。因此,我国轻罪体系的构造(包括犯罪分层思想的引入),基本上仍然应当依托于对现行二元制裁模式的局部改造而非彻底推翻来进行。从完善刑罚体系、防止行政权滥用的角度,可以在一定程度上压缩治安管理处罚体系,尤其是削除行政处罚剥夺自由的权力。^[66] 当然,彻底转向一元制裁体系并不符合我国当下的国情和国际大势。轻微违法行为的司法化固然能提供行为人更多正当程序性权利的可能,但是同样也应当警惕取消刑事不法程度限制所造成的过度犯罪化的负面效果,如犯罪标签效应,过于沉重的司法负荷等。虽然实践中行政处罚权的滥用饱受诟病,但是相对而言对行为人来说,进入刑事诉讼程序本身就己经是一种极为不利的后果。对这一问题,更多应当着眼于行政程序法的视角,加强对行政处罚权的程序性监

[63] 参见陈兴良:《犯罪范围的合理定义》,《法学研究》2008年第3期,第142-143页;张明楷:《犯罪定义与犯罪化》,《法学研究》2008年第3期,第145页;刘仁文:《关于调整我国刑法结构的思考》,《法商研究》2007年第5期。

[64] Vgl. Albin Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Würzburg, 1961, SS. 8-9.

[65] 参见中国法律年鉴社主编:《2017中国法律年鉴》,中国法律年鉴社2017年版,第1160、1169页。

[66] 参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,《中国社会科学》2016年第3期,第142页。

督。近些年来,行政法学界对行政裁量权的规范行使已有较深入研究,实践中陆续出现了许多行政处罚裁量基准,这都为行政处罚权的制约提供了可能。

德国以程序法路径为主导的轻微犯罪分流机制实际上充满危机,而实体法、部门法方案恰恰都是在对其缺陷进行批判的基础上所提出的,对此我们应当具有清醒认识。在对我国制裁体系进行调整与完善的过程中,比较法的研究固然是极为重要的视角,但是应当对其予以全面、准确把握。总的来说,轻微违法犯罪的分流处置应当妥善兼容程序法、实体法等多重路径,而彻底抛弃实体法、全盘依赖程序法的方案不应是我国刑事法体制改革的基本方向。

[本文为作者参加的 2016 年度国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(16ZDA061)子课题三“我国刑法修正的理论模型构建问题研究”的研究成果。]

[**Abstract**] The decriminalization of minor offences is a common task faced by many countries. The choice of proper institution needs to be researched from the perspective of comparative law. For example, the related judicial practice in Germany relies heavily on the procedural law approach, which is faced with a series of legitimacy crises, such as the uncertain criteria of judicial application, the possible abuse of discretion and so on. Upon reflections on the procedure law approach, the substantive law approach tries to decriminalize minor offences by referring to the substantial degree of criminal unlawfulness. However, this approach is also faced with the problem of implementation at the level of institutional operation. The departmental law approach is designed for shoplifting and tries to transform criminal penalty into civil compensation, but it is not supported by the mainstream opinion due to its lack of solid theoretical basis. In the current legal context of China, the dominating substantive law approach should be maintained, but the procedural law approach should become an important supplement. On this basis, it is necessary to reevaluate the rationality of quantitative elements of crime in the Chinese penal code, so as to construct a localized system for minor crimes.

(责任编辑:王雪梅)