

轻微暴力行为入刑否定论

邹兵建

内容提要:作为积极刑法观和全面犯罪化论在殴打伤害行为的法律规制问题上的具体体现,轻微暴力行为入刑论在我国学界支持者众多。但无论是从正当性、必要性还是可行性的角度分析,轻微暴力行为均不宜入刑。首先,轻微暴力行为入刑缺乏正当性。在我国刑法采用定性加定量立法模式的背景下,轻微暴力行为的不法程度没有达到犯罪化的要求。而且,我国刑法采用定性加定量的立法模式具有妥当性。其次,轻微暴力行为入刑缺乏必要性。我国法律对殴打伤害行为的威慑力是充足的,即便认为确有必要提升法律对殴打伤害行为的威慑力,实现这一目标的最佳方法也不是轻微暴力行为入刑。最后,轻微暴力行为入刑缺乏可行性。轻微暴力行为入刑的成本是危险驾驶罪的两倍,超出了社会可以承受的最大限度,而轻微暴力行为入刑的收益却极为有限。轻微暴力行为入刑论在我国学界盛行,从侧面反映出我国目前的刑法立法论研究或许陷入了某种方法论误区。刑法立法论研究要同时处理好宏观与微观、本国与外国、定性与定量、成本与收益四组关系。

关键词:轻微暴力行为 暴行罪 故意伤害罪 积极刑法观 消极刑法观

邹兵建,南开大学法学院副教授。

一 问题的提出

我国法律对殴打伤害行为的规制由《刑法》和《治安管理处罚法》两部分组成:故意伤害致人轻伤以上的,成立故意伤害罪;一般的殴打行为和故意伤害致人轻微伤以下的,构成治安违法。与之不同的是,很多国家在刑法中规定殴打伤害行为一律构成犯罪。比如,《德国刑法典》第 223 条规定,虐待他人身体或者损害他人健康构成身体伤害罪,且该罪的未遂可罚。按照德国的司法判例,殴打行为属于典型的“虐待他人身体”的行为。因而殴打行为和伤害行为都会构成身体伤害罪。^[1] 日本刑法对殴打伤害行为的规制由伤害

[1] Vgl. Paeffgen/Böse, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 8.

类罪名(包括伤害罪、伤害致死罪、伤害现场助势罪等)和暴行罪两部分组成。暴行罪中的“暴行”,是指对他人体施加非常轻微的有形力,包括但不限于殴打行为。^[2]为此,我国也有不少学者提出,应当借鉴外国刑法有关暴行罪的规定,在我国刑法中增设暴行罪。^[3]本文将这种观点称为“轻微暴力行为入刑的立法论方案”。也有学者试图通过对我国《刑法》第 234 条作重新解释来扩大故意伤害罪的处罚范围。^[4]本文将这种观点称为“轻微暴力行为入刑的解释论方案”。在我国现行刑法不断向安全刑法的方向发展,轻罪立法已成为我国刑事立法的特色与趋势的大背景下,轻微暴力行为入刑论很容易转化为新的轻罪立法举措,应当引起学界的认真对待。

轻微暴力行为入刑论是我国部分学者所主张的积极刑法观和全面犯罪化论在殴打伤害行为的法律规制问题上的具体体现。^[5]但也有部分学者主张消极刑法观,反对刑法的过度犯罪化。^[6]遗憾的是,虽然轻微暴力行为入刑论已经在理论上得到较为全面的阐释,但主张消极刑法观、反对刑法过度犯罪化的学者尚未对轻微暴力行为入刑论做出具体回应。这种状况一方面反映出我国目前的积极刑法观与消极刑法观之争过于注重对抽象理念和宏观问题的辩驳,而在一定程度上忽视了对具体问题的研讨;^[7]另一方面也使轻微暴力行为入刑论者陷入了自说自话的境地,导致很多问题没有得到充分讨论。有鉴于此,本文将立足于否定论的立场对轻微暴力行为应否入刑展开具体讨论,以期促进学界在这个问题上的深入交锋,为积极刑法观与消极刑法观之争提供一个微观的思考视角。

在刑法学的语境中,“伤害行为”与“殴打行为”属于互斥的两个概念。“伤害行为”是指损害他人身体健康、包含致人轻伤以上风险的行为。^[8]伤害行为的实际结果包含三种可能性:一是致人轻伤以上(包括致人轻伤、致人重伤、致人死亡),二是致人轻微伤,三是未造成任何损伤。为了方便论述,本文将致人轻微伤的伤害行为称为“轻微伤害行为”,将未造成任何损伤的伤害行为称为“伤害未果行为”。“殴打行为”是指造成

[2] 参见[日]松宫孝明著:《刑法各论讲义》(第4版),王昭武、张小宁译,中国人民大学出版社2018年版,第38页。

[3] 参见张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006年第4期;冯军:《犯罪化的思考》,《法学研究》2008年第3期;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;郑泽善:《日、韩刑法中的暴行罪与伤害罪》,《法治研究》2016年第3期;李立众:《暴行人罪论》,《政法论丛》2020年第6期等。

[4] 参见张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022年第6期,第9-12页;肖中华著:《侵犯公民人身权利罪》,中国人民公安大学出版社1998年版,第108页;赵秉志著:《犯罪未遂形态研究》(第2版),中国人民大学出版社2008年版,第300-301页。

[5] 参见陈兴良:《犯罪范围的合理定义》,《法学研究》2008年第3期;付立庆:《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019年第1期;张明楷:《增设新罪观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期;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》,《比较法研究》2020年第6期。

[6] 参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,《法学》2011年第11期;何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期;齐文远:《修订刑法应避免过度犯罪化倾向》,《法商研究》2016年第3期;谢望原:《谨防刑法过分工具主义化》,《法学家》2019年第1期;黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第1期。

[7] 类似的批评意见,参见马寅翔:《刑罚社会功能化视角下刑法立法观的反思与重塑》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期,第99页。

[8] 参见陈兴良主编:《刑法各论精释(上)》,人民法院出版社2015年版,第88页。

他人暂时肉体疼痛或轻微神经刺激但不包含致人轻伤以上风险的行为。^[9]在我国刑法语境下,轻微伤害行为、伤害未果行为、殴打行为都无法成立故意伤害罪的既遂。不过,前两种行为在行为人有重伤故意的情况下可以成立故意伤害的未遂。另外,这三种行为如果侵犯了除健康法益之外的其他法益,也有可能构成其他犯罪(例如寻衅滋事罪、侮辱罪等)。本文所说的“轻微暴力行为”,是指暴力程度轻微并且没有侵犯除健康法益之外的其他法益因而被我国《刑法》排除在故意伤害罪(包括未遂)和其他罪名的处罚范围之外的暴力行为,其外延由轻微伤害行为、伤害未果行为和殴打行为三部分组成。

二 轻微暴力行为入刑的正当性审视

讨论轻微暴力行为应否入刑,首先需要分析以什么标准判断某类行为应否被刑法规定为犯罪?针对这个问题,德国刑法学提出了法益原则,^[10]英美刑法学提出了损害原则,^[11]我国传统刑法学奉行社会危害性理论。^[12]但无论是法益原则、损害原则抑或是社会危害性理论,都旨在解决犯罪化的必要条件问题,而非充分条件问题。也有学者对这个问题作了更为精细的研究:美国学者帕克(Herbert L. Packer)提出了能被刑法认定为犯罪的行为的六项标准,^[13]张明楷教授主张用比例原则补充法益原则,并且认为刑事立法的审查应当按五个步骤展开。^[14]刘艳红教授提出,为了实现刑法的谦抑性,应当同时满足六点要求。^[15]这些观点对本文的写作均具有启发价值。但是,刘艳红教授只是从反面思考刑事立法应当如何实现刑法的谦抑性,没有从正面讨论犯罪化的判断标准。帕克提出的六项标准和张明楷教授提出的五个步骤在内容上较为全面,但是各个子标准(步骤)之间的逻辑关系不够清晰。本文认为,应否增设某个新罪的判断与刑罚的正当性密切相关。因此,可以从报应和预防两个角度思考问题。另外,应否增设某个新罪的问题,不是纯粹的定性问题,而是需要进行成本收益的计算。为此,本文将依次从正当性(报应)、必要性(预防)、可行性(成本与收益)三个角度分析轻微暴力行为应否入刑的问题。

现代刑法的根本任务是保护法益,在讨论某类行为是否应当被犯罪化的过程中,法益判断理应发挥关键作用。一方面,如果某类行为没有损害或危及他人的法益,就不应被犯

[9] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第466页;张明楷著:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第1122页。

[10] 参见[德]克劳斯·罗克信:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,第146-165页。

[11] 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第187-201页。

[12] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第42-44页。

[13] 参见[美]哈伯特L.帕克著:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第293-294页。

[14] 参见张明楷:《法益保护与比例原则》,《中国社会科学》2017年第7期,第99-108页。

[15] 参见刘艳红:《当下中国刑事立法应当如何谦抑?——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析》,《环球法律评论》2012年第2期,第64-74页。

罪化。^[16] 另一方面,如果某类行为不法程度非常轻微,根本无需对其发动刑罚,其亦不应被犯罪化。^[17] 我国《刑法》第 13 条但书的规定不仅适用于刑事司法,而且适用于刑事立法。关键的问题是,轻微暴力行为的不法程度是否达到了犯罪化的要求?在不同的立法模式下,犯罪化对不法程度的要求高低不一。我国刑法采用定性加定量立法模式,而西方国家刑法普遍采用定性不定量立法模式。在犯罪化对不法程度的要求上,前一种模式远高于后一种模式。因此,讨论轻微暴力行为的不法程度是否达到了犯罪化的要求,需要分两步展开。第一,在定性加定量立法模式下,轻微暴力行为的不法程度是否达到了犯罪化的要求?如果答案是肯定的,问题到此结束。如果答案是否定的,鉴于在定性不定量立法模式下很容易认为轻微暴力行为的不法程度已达到犯罪化的要求,争论的焦点自然会转移到对立法模式的评价上。为此,需要继续追问第二个问题:我国刑法采用定性加定量立法模式是否妥当?下面拟对这两个问题展开分析。

(一) 不法程度是否达标

在不法程度上,殴打行为低于伤害未果行为,伤害未果行为低于轻微伤害行为。因此,只要能证明轻微伤害行为的不法程度未达到犯罪化要求,就足以说明所有的轻微暴力行为都无法达到这个要求。因此,下文仅以轻微伤害行为作为分析对象。本文认为,在我国刑法采用定性加定量立法模式的背景下,轻微伤害行为的不法程度没有达到犯罪化的要求。

第一,轻微伤害行为的不法程度非常轻微,没有达到刑法分则第四章的最低要求。轻微伤害行为的不法体现在损害他人的健康法益,致人受轻微伤。从日常生活经验来看,这些轻微伤经过简单治疗就可以痊愈,甚至不需要任何治疗也可以自然痊愈。^[18] 可见,轻微伤害行为对健康法益的损害非常轻微。轻微伤害行为如果入刑,应当位于刑法分则第四章。在这一章中,法定刑最轻亦即不法程度最低的罪名是侵犯通信自由罪。按照我国《刑法》第 252 条的规定,侵犯通信自由罪的构成要件行为是“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的”行为。这里的“情节严重”是指多次、经常隐匿、毁弃、非法开拆他人信件或者隐匿、毁弃、非法开拆他人信件数量较多或者造成严重后果等。^[19] 从司法实践来看,在那些被判处侵犯通信自由罪的案件中,行为人隐匿、毁弃、非法开拆他人信件的数量,一般都在数百封乃至数千封。^[20] 在不法程度上,一次轻微伤害行为不可能高于隐匿、毁弃、非法开拆他人成百上千封信件。因此,轻微伤害行为的不法程度低于侵犯通信自由罪。另一个经常被用来与轻微伤害行为作比较的罪名是非法搜查罪。最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》规定了国家机关工作人员利用职权非法搜查,应予立案的情形。值得注意的是,该司法解释针对的不是由

[16] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band. I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7 ff.

[17] Vgl. Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 32.

[18] 参见肖中华著:《侵犯公民人身权利罪》,中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 86 页。

[19] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2021 年版,第 946 页。

[20] 参见上海市闸北区人民法院(2010)闸刑初字第 17 号刑事判决书;上海市青浦区人民法院(2020)沪 0118 刑初 788 号刑事判决书。

普通公民实施的非法搜查行为,而是由国家机关工作人员实施的非法搜查行为。后者的不法程度远高于前者,因为后者很容易使被害人误以为自己没有合法反抗的权利。实际上,由上述司法解释所列的第一种情形可知,在国家机关工作人员利用职权非法搜查的场合,殴打行为是引起检察机关立案追诉的一个充分条件。换言之,国家机关工作人员滥用职权的不法、非法搜查的不法、殴打行为的不法三部分加在一起,才能满足非法搜查罪对不法程度的要求。这当然意味着,殴打行为或轻微伤害行为的不法程度不如非法搜查罪。

第二,部分罪名将被害人受轻微伤作为立案追诉或从重处罚的一个条件,不能说明轻微伤害行为足以单独满足这些罪名对不法程度的要求。按照相关司法解释的规定,对于抗税罪、强迫交易罪、虐待罪等罪名而言,被害人受轻微伤是引起公安机关立案追诉的一个充分条件。^[21] 在行为人盗窃、诈骗、抢夺的财物未达到“数额较大”,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁的场合,行为人使用暴力致人轻微伤以上是对其以抢劫罪定罪处罚的一个充分条件。^[22] 这些罪名之所以将被害人受轻微伤作为立案追诉的一个条件,是因为行为人侵犯其他法益的行为不足以单独满足这些罪名对不法程度的要求,只有在加上被害人受轻微伤害这一情节后才能满足该要求。这当然也意味着,轻微伤害行为的不法不足以单独满足这些罪名对不法程度的要求。除了充当部分罪名的立案追诉条件外,被害人受轻微伤还是非法拘禁罪、袭警罪等罪名的从重处罚情节。^[23] 但这仍不足以说明轻微伤害行为能够单独满足犯罪化对不法程度的要求。

第三,以身体法益在重要性上仅次于生命法益的重大法益故而不能过于限制故意伤害罪的成立范围为由论证轻微伤害行为具有刑事可罚性,或者通过将身体法益的损害转换成财产法益的损害来论证轻微伤害行为已达到犯罪化对不法程度的要求的观点^[24]正当性不足。一方面,故意伤害罪所涉及的身体法益主要是指健康法益,健康法益的重要性与具体的损伤程度密切相关,重伤意义上的健康法益非常重要,轻伤意义上的健康法益在重要性上有所降低,而轻微伤意义上的健康法益实际上并不那么重要。正是因此,理论上有一种有力的观点认为,被害人同意可以阻却故意轻伤的违法性,但无法阻却故意重伤的违法性。^[25] 另外,我国《刑法》规定了过失致人重伤罪但不处罚过失致人轻伤的行为,说明立法者对重伤意义上的健康法益和轻伤意义上的健康法益作了区别对待。另一方面,即便轻微伤害行为人拒绝承担治疗轻微伤的费用,并且这笔费用的数额已经达到财产犯

[21] 参见 2022 年最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第 53 条;2017 年最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》第 5 条;2015 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第 17 条的规定。

[22] 参见 2005 年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条的规定。

[23] 参见《刑法》第 238 条第 1 款;2020 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》第 2 条的规定。

[24] 参见张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022 年第 6 期,第 3-4、10 页。

[25] 参见田宏杰著:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社 2004 年版,第 390 页。

罪的定罪起点,也不能以此为由主张将轻微伤害行为予以犯罪化。否则,按照相同的逻辑,岂非行为人因侵权或违约造成对方遭受数额较大的财产损失且拒绝赔偿的,都应当被犯罪化。这显然是不合理的。

第四,以行为人对伤害结果欠缺控制为由主张刑法处罚轻微伤害行为的观点难以成立。^[26]一方面,在大多数伤害案件中,行为人对损伤结果有较强的控制力。有且只有在被害人有特殊体质而行为人对此毫不知情的场合,行为人才会对损伤结果缺乏控制力,但这种场合毕竟是少数情形。另一方面,即便是在行为人对结果欠缺控制力的场合,刑法也可以对结果要素提出要求。例如,行为人对于自己违反交通运输管理法规的行为是否会造致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的结果,实际上没有什么控制力,但我国《刑法》第 133 条将交通肇事罪规定为实害犯而非行为犯。这种立法规定既体现了刑法谦抑的精神,又契合了学界在违法性本质问题上的主流立场。

第五,试图以故意伤害罪的未遂处罚轻微伤害行为,难言妥当。有学者认为,我国《刑法》将犯罪未遂规定在总则而非分则之中意味着从理论上我国刑法可以处罚所有的故意犯罪的未遂。^[27]这种理解是孤立、片面、机械的。还有学者认为,在故意轻伤未遂的案件中,部分案件属于“情节显著轻微危害不大”的情形,另一部分案件属于情节严重的情形,后一类案件应当以故意伤害罪的未遂加以论处。^[28]从存在论的视角看,司法实践中的确存在故意轻伤未遂的案件,也的确可以从中挑出一些情节相对严重的案件。从价值论的视角看,故意轻伤未遂的案件,或者说其中情节相对严重的案件,是否值得以故意伤害罪的未遂追究其刑事责任?故意伤害行为对健康法益的侵害主要通过行为所包含的风险和行为造成的实际损害结果两个方面体现出来。就前一个方面而言,故意轻伤未遂案件只包含致人轻伤的风险;就后一个方面而言,故意轻伤未遂案件最多只造成轻微伤。由此可见,故意轻伤未遂案件对健康法益的侵害非常轻微,不应以故意伤害罪的未遂对其加以论处。^[29]

综上,在我国刑法采用定性加定量立法的模式的背景下,轻微伤害行为的不法程度没有达到犯罪化的要求。这一结论当然也适用于不法程度更低的伤害未果行为和殴打行为。

(二)立法模式的比较与选择

轻微暴力行为入刑论者将其他国家刑法普遍处罚轻微暴力行为作为支撑其立场的重要理由,这忽视了我国刑法立法模式的特殊性。其他国家刑法普遍处罚轻微暴力行为,只能说明在定性不定量立法模式下轻微暴力行为入刑有一定合理性,不能当然地将这一结

[26] 参见张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022 年第 6 期,第 4 页。

[27] 参见杨柳:《释法抑或造法:由刑法历次修正引发的思考》,《中国法学》2015 年第 5 期,第 292 页。

[28] 参见肖中华著:《侵犯公民人身权利罪》,中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 108 页;赵秉志著:《犯罪未遂形态研究》(第 2 版),中国人民大学出版社 2008 年版,第 300-301 页;张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022 年第 6 期,第 12-18 页。

[29] 参见王志祥:《故意伤害罪理论研究六十年》,《山东警察学院学报》2009 年第 3 期,第 16 页。值得注意的是,所谓情节严重的故意轻伤未遂案件,往往不仅侵犯了健康法益,而且还侵犯了其他法益。这类案件虽然不成立故意伤害罪的未遂,但是有成立其他罪名(例如侮辱罪、寻衅滋事罪)的余地。

论迁移到定性加定量立法模式之中。关于我国刑法采用定性加定量立法模式是否妥当,理论上存在肯定论与否定论。^[30] 如果否定论可以成立,那么包括轻微暴力行为在内的大量行政违法行为都应当入刑。可见,轻微暴力行为应否入刑与刑法立法模式之争密切相关。因此,在这里有必要对两种立法模式的优劣作一个比较。

第一,考察刑法的明确性。在定性加定量立法模式下,我国刑法分则规定了很多罪量要素。有学者认为,这些罪量要素使得我国刑法规范的内容不够明确,违反了刑法的明确性要求。^[31] 这个批评不能成立。在我国当前的司法体制下,刑事司法解释是刑法规范体系的重要组成部分。对于我国刑法分则中的罪量要素具体所指为何,最高司法机关通常会出台刑事司法解释予以明确阐释。因此,我国刑法分则中的罪量要素并不违反刑法的明确性要求。^[32] 相反,通常被认为严格遵循了刑法明确性要求的定性不定量的立法模式,反而会在一定程度上违反这一要求。这是因为,采用这种立法模式的国家无法做到对所有被刑法规定为犯罪的行为都进行追诉,只好在司法阶段对情节显著轻微的案件进行分流出罪。^[33] 在这种模式下,司法定量属于司法者自由裁量的范围,没有全国统一的明确标准,更遑论让国民事先知悉这一标准,这显然有违刑法的明确性要求。

第二,考察刑法适用的统一性。刑法适用的统一既是形式法治的基本要求,也是我国刑事司法的一个重要目标。在定性加定量立法模式下,借助司法解释的进一步阐释,我国刑法规范的内容相对明确,这有利于确保刑法适用的统一。而在定性不定量立法模式下,由于司法定量没有统一标准,刑法的适用很难统一。^[34]

第三,考察刑法的最后手段性。刑法的最后手段性原则与我国长期贯彻的宽严相济刑事政策高度契合。在定性加定量立法模式下,那些只符合定性要求不符合定量要求的行为提前落入了行政法或侵权法的处罚范围,这符合刑法的最后手段性原则。而在定性不定量立法模式中,符合定性要求的行为只能用刑法来处理,显然有违刑法的最后手段性原则。为此,德国学者罗克辛辩称,刑法的最后手段性原则只是一种刑事政策的准则,而不是一种强制性规定。^[35] 这实际上是无奈地承认了定性不定量立法模式会违反这一原则。

第四,考察法益保护的严密性。与定性加定量立法模式相比,定性不定量立法模式的犯罪圈更大,因而被很多学者认为对法益的保护更加严密。^[36] 实则不然。一方面,在定

[30] 肯定论观点参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》1988年第2期;梁根林著:《刑法总论问题论要》,北京大学出版社2018年版,第147-152页等。否定论观点参见李居全:《也论我国刑法中犯罪概念的定量因素——与储槐植教授和汪永乐博士商榷》,《法律科学(西北政法大学学报)》2001年第1期;周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期等。

[31] 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,《法学家》2015年第1期,第105页。

[32] 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118-119页。

[33] 参见王华伟:《轻微犯分流出罪的比较考察与制度选择》,《环球法律评论》2019年第1期;于佳佳:《日本轻微犯罪处理机制的经验与启示》,《交大法学》2015年第4期。

[34] 参见王华伟:《轻微犯分流出罪的比较考察与制度选择》,《环球法律评论》2019年第1期,第165-168页。

[35] Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band. I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 101.

[36] 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,《法学家》2015年第1期,第106页;梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,《法学研究》2017年第1期,第52-54页。

性加定量立法模式下,我国法律对法益的保护并不存在明显漏洞。刑法的任务是保护法益,但是刑法并不是保护法益的唯一手段,其他部门法例如行政法、侵权法同样承担了保护法益的任务。因不满足定量要求而被排除在犯罪成立范围之外的行为,往往会落入行政法或侵权法的法益保护范围。另一方面,定性不定量立法模式会在司法阶段对情节显著轻微的案件进行分流出罪,这些被分流出来的案件既不用承担刑事责任又不会受到行政处罚,由此形成一定的处罚漏洞。^[37]

第五,考察规范意识的塑造。有学者认为,与定性加定量立法模式相比,定性不定量立法模式能够更好地塑造国民的规范意识。^[38]然而,塑造国民的规范意识并不仅仅依靠刑法,行政法、侵权法等其他部门法同样能够塑造国民的规范意识。^[39]此外,刑法中的行为规范能够发挥作用的前提条件是,其对应的制裁规范被严格贯彻落实。在定性不定量立法模式下,由于客观条件所限,很多轻微违法行为虽然被犯罪化,但是并没有被真正追究刑事责任。对于这类行为,司法机关要么完全视而不见,要么进行选择性的执法。^[40]这两种做法都会损害刑法的权威性和公正性,与塑造国民规范意识的目标南辕北辙。批评者之所以误以为定性加定量立法模式不利于国民规范意识的塑造,是因为其错误地将轻微违法行为不构成犯罪等同于轻微违法行为不受任何处罚,进而等同于容忍甚至鼓励轻微违法行为的发生。这显然是对定性加定量立法模式的严重误读。

第六,考察程序的正当性。在定性不定量立法模式下,所有符合定性要求的行为都要经过司法程序才能被处罚。而在定性加定量立法模式下,符合定性要求但不符合定量要求的行政违法行为只需经过行政程序就可以被处罚。一般而言,司法程序比行政程序更有利于保障被处罚者的合法权利。可见,在程序的正当性上,定性加定量立法模式不如定性不定量立法模式。我国在程序的正当性上存在一定疑问的主要是行政拘留,因为它涉及对人身自由的限制。^[41]不过,我国的行政拘留期限较短、程序严格并且有多种救济途径,能够在一定程度上保障被处罚者的合法权利。当然,如果坚持认为行政处罚不应包含限制人身自由的内容,那么行政拘留的设置的确违反了这一要求。

第七,考察成本与效率。两种立法模式运行的成本与效率,与各自程序的复杂性密切相关:成本与程序的复杂性成正比,效率与程序的复杂性成反比。如前所述,符合定性要求但不符合定量要求的行为只需经过行政程序就可以被处罚,显然,司法程序比行政程序更为复杂。因此,两相比较定性不定量立法模式运行的成本更高,运行的效率更低。^[42]上述分析中的成本主要指司法机关为处理违法犯罪案件而投入的人力物力财力,没有考

[37] 参见李洁:《中日涉罪之轻微行为处理模式比较研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2002年第4期,第110-111页。

[38] 参见冯军:《犯罪化的思考》,《法学研究》2008年第3期,第147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》(第38卷),北京大学出版社2017年版,第309-311页。

[39] 参见黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第1期,第167-168页。

[40] 参见[日]佐伯仁志著:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第20-21页;于佳佳:《日本轻微犯罪处理机制的经验与启示》,《交大法学》2015年第4期,第147-148页。

[41] 参见刘仁文:《我国行政拘留纳入刑法体系构想》,《法制与社会发展》2021年第5期,第48-54页。

[42] 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38页。

虑社会成本。相较于定性加定量立法模式,在定性不定量立法模式下,有更多的国民会被贴上犯罪人的标签。这些人在服刑结束后要复归社会存在相当的难度,很容易走向社会的对立面,成为社会的不稳定因素,提高社会治理的难度。^[43]

综上所述,在刑法的明确性、刑法适用的统一性、刑法的最后手段性、法益保护的严密性、规范意识的塑造、运行的成本与效率方面,定性加定量立法模式均优于定性不定量立法模式;只不过,在程序的正当性上,定性加定量立法模式不如定性不定量立法模式。综合权衡后应当认为,我国刑法采用定性加定量立法模式更具有妥当性。

三 轻微暴力行为入刑的必要性考察

上文从报应论的角度对轻微暴力行为入刑的正当性进行了审视并得出了否定结论。接下来,本文尝试从预防论的角度讨论轻微暴力行为应否入刑。这也是轻微暴力行为入刑论者最常用的论证角度。他们主张轻微暴力行为入刑的一个核心理由是,我国法律对殴打伤害行为的威慑力不足,应当通过轻微暴力行为入刑来增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力。这个理由能否成立,取决于以下两个问题:其一,我国法律对殴打伤害行为的威慑力是否有所不足?其二,若要提升我国法律对殴打伤害行为的威慑力,轻微暴力行为入刑是否为最佳方法?只有当这两个问题的答案都是肯定的,轻微暴力行为入刑论的上述理由才能成立。下面对这两个问题逐一展开分析。

(一) 法律威慑力是否充足

轻微暴力行为入刑论者之所以会认为我国法律对殴打伤害行为的威慑力不足,主要有两个论据:其一,与德日等国的刑法相比,我国刑法对殴打伤害行为的处罚范围较窄;其二,我国发生的个别殴打伤害案件(例如唐山烧烤店打人案^[44])引起了社会广泛关注,这些案件的发生证明我国法律对殴打伤害行为的威慑力不足。但是这两个论据都存在疑问。一个合格的比较法研究,绝不仅仅是简单的法条对比。忽略我国与其他国家在人口规模、文化传统、法治理念、司法制度等方面的不同,仅仅关注我国刑法与他国刑法在法条文本上的差异,并且以他国刑法作为评价我国刑法优劣的标尺,这种研究的意义极为有限,甚至还有一定的误导性。以个别案例来证明我国法律威慑力不足,则存在以偏概全的风险。实际上,判断我国法律对殴打伤害行为的威慑力是否充足,最根本的方法是,考察其在司法实践中的实际效果,看我国与殴打伤害有关的治安状况如何。

统计结果显示,1997年至2021年,我国公安机关受理的殴打伤害治安案件数量呈现先增后减的变化趋势,并于2012年达到峰值。另外,在这25年间,殴打伤害治安案件数量占有治安案件总数中的比重先后经历了平稳、上升、下降、平稳四个阶段,最终在27%上下浮动。(见图1)

[43] 参见[美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第5-6页;储槐植、张永红:《刑法第13条但书与刑法结构——以系统论为视角》,《法学家》2002年第6期,第48页。

[44] “‘唐山某烧烤店打人案’一审公开宣判陈继志获刑24年”,中国新闻网, <https://www.chinanews.com.cn/sh/2022/09-23/9858921.shtml>,最近访问时间[2023-09-05]。

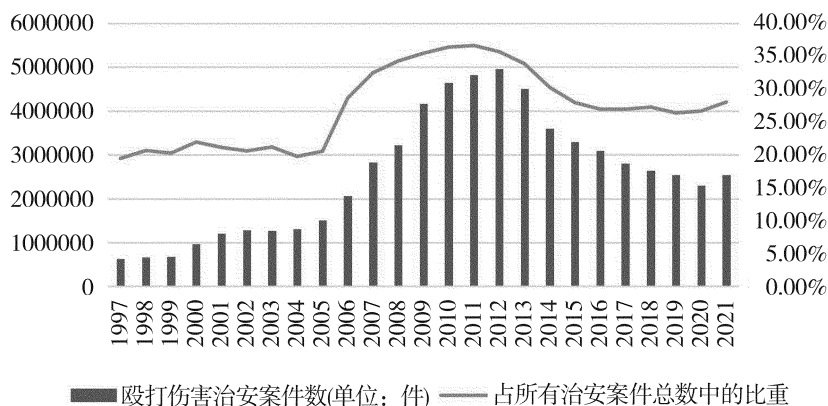


图 1 殴打伤害治安案件数量及比重(1997 年—2021 年)^[45]

殴打伤害案件不仅包括殴打伤害治安案件,还包括伤害类刑事案件。统计结果显示,1997 年至 2021 年,我国公安机关立案的伤害类刑事案件数量同样呈现先增后减的趋势,并于 2010 年达到峰值;我国伤害类刑事案件在所有刑事案件中的比重则在整体上呈现不断下降的趋势。(见图 2)

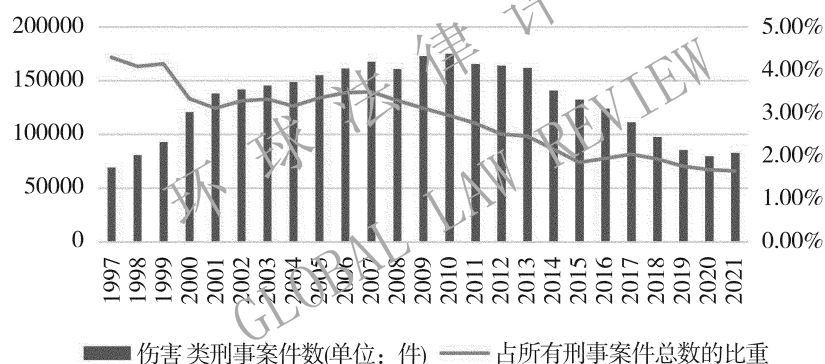


图 2 伤害类刑事案件的数量及比重(1997 年—2021 年)^[46]

尤其值得注意的是,2012 年至 2021 年,无论是殴打伤害治安案件的数量及其在所有治安案件中的比重,还是伤害类刑事案件的数量及其在所有刑事案件中的比重,都呈现逐年下降的趋势。

当然,以上数据只能表明我国的殴打伤害案件没有不断增多。衡量一个国家的治安状况如何,最重要的指标是犯罪率(一年内发生的刑事案件数除以人口数)。需要注意的是,犯罪率的大小会受到犯罪成立范围的影响。在二元制裁体系下,我国的犯罪成立范围较窄,很多在其他国家构成犯罪的行为,在我国只构成治安违法。为了使横向比较更有参考价值,除了将我国的犯罪率与世界平均犯罪率进行比较外,还有必要将我国的违法犯罪率(一年内发生的刑事案件数和治安案件数的总和除以人口数)与世界平均犯罪率进行

[45] 数据来源:《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(1998—2022),中国法律年鉴出版社:1998—2022 年版。

[46] 数据来源:《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(1998—2022),中国法律年鉴出版社:1998—2022 年版。

比较。近二十年来,世界各国的犯罪率有了一定的变化。本文选取德国、日本、加拿大这三个用刑法处罚轻微暴力行为的国家与我国进行对比考察。从2000年至2020年,德国的平均犯罪率为7434件/10万人,日本的平均犯罪率为1322件/10万人,加拿大的平均犯罪率为7091件/10万人;我国的平均犯罪率为394件/10万人,平均违法犯罪率为1100件/10万人。^[47] 以上数据足以表明,无论是我国的犯罪率还是我国的违法犯罪率,在世界范围内都属于非常低的水平。这充分说明我国治安状况良好。

严格来说,犯罪率的统计涵盖了所有罪名,违法犯罪率的统计涵盖了所有罪名和治安违法行为,二者未必能够准确反映我国与殴打伤害有关的治安状况。为此,有必要参照犯罪率和违法犯罪率的统计方法,对殴打伤害发生率(一年内发生的殴打伤害案件总数除以人口数)进行统计和比较。以德国为比较对象,按照德国警方犯罪统计公布的德国人身伤害案件数和德国联邦统计局公布的德国人口总数可以计算出,德国的殴打伤害率发生在2016年为695件/10万人,在2019年为657件/10万人。^[48] 而我国的殴打伤害发生率在2016年为232件/10万人,在2019年为186件/10万人。由此可见,我国的殴打伤害发生率远低于德国。

值得注意的是,有论者尝试从主观评价的角度论证我国法律对殴打伤害行为的威慑力不足,认为“社会的发展变化,使人们的评价标准发生了变化。以前的一般违法行为,现在上升为犯罪行为完全是社会发展的必然结果。许多法益侵害行为,以前人们可以容忍,现在不能容忍”。^[49] 这个理由能否成立,同样需要用实证数据加以检验。国民对殴打伤害行为的容忍度是一个主观评价性的指标。从主观评价的层面看,对于法律威慑力是否充足的判断而言,根本性的指标应该是社会治安满意度。而国民对殴打伤害行为的容忍度是影响社会治安满意度的两个自变量之一,另一个自变量是社会治安状况。即便国民对殴打伤害行为的容忍度有所下降,只要社会治安状况得到足够程度的改善,国民对社会治安的满意度仍然会上升,由此仍然可以肯定法律威慑力是充足的。有研究表明,近年来,我国居民对社会治安的满意度呈上升趋势。^[50]

综上所述,无论是我国整体的治安状况,还是与殴打伤害有关的治安状况,都处于良好状态;并且,我国居民对社会治安的满意度持续高位上升。因此,无论是从客观层面还是从主观评价层面来看,都应当认为,我国法律对殴打伤害行为的威慑力是充足的。

(二)提升法律威慑力的方法选择

或许有学者会提出,我国与殴打伤害有关的治安状况虽然良好,但仍有提升的空间。

[47] 德国、日本、加拿大三国的犯罪率数据来自德国 statista 数据平台, <https://www.statista.com/studies-and-reports/politics-and-society>, 最近访问时间[2023-05-22]; 中国数据来自《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(2017—2020), 中国法律年鉴出版社2017—2020年版。

[48] 德国警方犯罪统计(PKS)显示,德国的人身伤害案件数在2016年为573450件,到2019年降至546363件。Vgl. Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 223 Rn. 6. 德国联邦统计局官网显示,2016年德国的人口总数为8252.17万,2019年德国的人口总数为8316.67万。 <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=statistikTabellen&selectionname=12411#abreadcrumb>, 最近访问时间[2023-09-18]。

[49] 张明楷:《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期,第156页。

[50] 参见卢建平:《犯罪统计与犯罪治理的优化》,《中国社会科学》2021年第10期,第114页。

轻微暴力行为入刑可以增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力,减少殴打伤害案件数量,使我国治安状况变得更好。其核心逻辑是,只要增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力,就能明显减少我国的殴打伤害案件。这种观点夸大了刑罚威慑在减少殴打伤害案件上的实际效果,对此本文将在第四部分展开分析。现在要讨论的问题是,轻微暴力行为入刑是否为增加我国法律对殴打伤害行为威慑力的最佳方法?如果答案是否定的,那么,即便承认增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力有助于减少殴打伤害案件的数量,也无法由此推导出轻微暴力行为入刑的必要性。

增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力,存在扩张犯罪成立范围和提升法定刑两种方法,轻微暴力行为入刑旨在扩张犯罪成立范围,也有个别轻微暴力行为入刑论者同时主张提高相关罪名的法定刑。^[51] 不过需要注意,这两种方法没有穷尽所有的可能性。法律对某类行为的威慑力如何,不仅与相关法条的内容有关,而且还与该法条在司法实践中的适用状况有关。^[52] 在我国司法实践中,由于治安调解和刑事和解被广泛适用,很多殴打伤害案件没有受到相应处罚,我国法律原本应有的威慑力没有完全实现。

我国公安机关适用治安调解的情况,可以用治安调解案件数和治安调解率加以衡量。2006 年至 2010 年我国的治安调解案件数和调解率都呈现快速上升趋势,每年的治安调解率依次为 22.4%、27.9%、31.9%、33.7%、38.3%。^[53] 在同一时期,部分省份的治安调解率接近甚至超过了 50%。^[54] 至于我国在 2010 年之后的治安调解数据,目前无法从公开途径查询到。鉴于我国近些年强调健全社会矛盾纠纷行政预防调处化解体系,^[55] 有理由相信,我国在 2010 年之后的治安调解率会比 2010 年之前的数值更高。

虽然目前无法从公开途径查询到殴打伤害治安案件的治安调解率,但可以肯定,它一定会高于整体的治安调解率。这是因为,整体的治安调解率的分母是公安机关查处的所有治安案件的总数。其中,有很多治安案件没有明确的被害人,自始不符合治安调解的前提条件。在统计殴打伤害治安案件的治安调解率时,上述自始不符合调解条件的治安案件会被剔除出去,得出的数值会比整体的治安调解率明显高出一截。

即便是在故意伤害致人轻伤的刑事案件(下称“轻伤害案件”)中,由于刑事和解被广泛适用,行为人仍然有很大的概率不被追究刑事责任。如果被害人选择自诉,根据《刑事诉讼法》第 212 条和最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第 40 条的规定,法院要尽可能通过调解促进双方达成刑事和解。而达成和解的自诉案件基本上会

[51] 参见周大伟:《降低暴力入刑标准 提高暴力伤害刑罚》,微信公众号“法学学术前沿”2022 年 6 月 12 日, https://mp.weixin.qq.com/s/8BshGJXu3imYkeJpwfhf_w, 最近访问时间[2023-09-20]。

[52] 参见张心向:《刑法教义学与刑法社会学的冲突与融合》,《政治与法律》2022 年第 8 期,第 126-127 页。

[53] 2006 年的数据参见李刚:《去年化解矛盾纠纷 137.8 万起》,《人民公安报》2007 年 2 月 5 日第 1 版;2007 年的数据参见《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(2008),中国法律年鉴出版社 2008 年版,第 253 页;2008 年和 2009 年的数据参见刘学刚、闵政:《群众满意社会和谐是最高标准》,《人民公安报》2010 年 2 月 23 日第 1 版;2010 年的数据参见《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(2011),中国法律年鉴出版社 2011 年版,第 234 页。

[54] 参见裴兆斌、张淑平:《辽宁省治安调解实践调查报告》,《辽宁公安司法管理干部学院学报》2009 年第 1 期,第 25 页;赵力军主编:《化解社会矛盾之略》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 136 页。

[55] 参见《法治政府建设实施纲要(2021—2025)》,中国政府网, https://www.gov.cn/gongbao/content/2021/content_5633446.htm, 最近访问时间[2023-09-18]。

被撤回起诉。如果被害人选择公诉,刑事和解可以发生于刑事诉讼的任何阶段。在司法实践中,轻伤害案件的刑事和解主要发生于立案侦查阶段,占比在 90%以上。^[56]立案后因刑事和解而被撤销案件的轻伤害案件,占已立案的轻伤害案件总数的 60%-70%。^[57]需要注意的是,这个数据并未包含在审查起诉阶段因刑事和解而未被起诉的案件。另外,还有一些轻伤害案件因刑事和解而未被公安机关立案。而在作为自诉案件的轻伤害案件中,因刑事和解而被撤回起诉的案件也占很高的比重。综合上述信息,可以合理推测出,在所有的轻伤害案件中,因刑事和解而出罪(包括公诉案件中的不予立案、撤销案件、不起诉和自诉案件中的撤回起诉)的轻伤害案件占比超过 70%。

对殴打伤害案件适用治安调解和刑事和解,有助于化解矛盾纠纷、促进社会和谐、提高司法效率。但与此同时,它会使得这些案件中的施暴者没有受到相应处罚,在一定程度上弱化我国法律对潜在施暴者的威慑力。所以,除了上文提及的扩张犯罪成立范围、提升法定刑这两种方法外,适度降低治安调解与刑事和解在殴打伤害案件中的适用率,也可以增加我国法律对殴打伤害行为的威慑力。并且,本文认为,在这三种方法中,第三种方法效果最佳。

首先,提升刑罚的确定性优于提升刑罚的严厉性。刑罚的威慑力与刑罚的严厉性及刑罚的确定性都是正相关的关系。但是,刑罚威慑力与刑罚严厉性的相关程度,低于其与刑罚确定性的相关程度。因此,理想的刑罚模式应当是尽可能提高刑罚确定性,以避免通过提升刑罚严厉性来实现对犯罪的预防。^[58]所以,与扩张犯罪成立范围和提升法定刑相比,降低治安调解率与刑事和解率能够更好地提升刑罚威慑力。其次,释法路径优于造法路径。轻微暴力行为入刑论主要采用的是造法路径。而降低治安调解率与刑事和解率采用的是释法路径。从两种路径的经济性、及时性和法律稳定性等角度考虑,应当认为,释法路径优于造法路径。只有在没有解释空间时,才能考虑采用造法路径。^[59]最后,在刑事和解率保持不变的背景下,轻微暴力行为入刑必将会引发一种现象:有些未造成任何损伤的殴打行为因为未达成刑事和解构成犯罪,相反,有些故意伤害致人轻伤的行为却因为达成了刑事和解而不构成犯罪。这会严重违反罪刑均衡原则。不仅如此,鉴于在司法实践中达成刑事和解的关键在于赔偿金额的多少,上述现象还意味着,赔偿能力弱的人即便实施不法程度很低的行为也会构成犯罪,而赔偿能力强的人即便实施不法程度较高的行为也不构成犯罪。如此一来,刑法对殴打伤害行为惩罚的实现与否直接和赔偿能力挂钩,显然是不符合最初的立法目的的。

综上所述,即便认为确有必要提升我国法律对殴打伤害行为的威慑力,实现这一目标的最佳方法也应当是适度降低治安调解率与刑事和解率,而非轻微暴力行为入刑。需要说明的是,本文并不反对治安调解与刑事和解,也不认为我国目前真的需要降低治安调解率与刑事和解率。本文只是强调,如果非要提高我国法律对殴打伤害行为的威慑力,那么

[56] 参见黄京平:《刑事和解的政策性运行到法制化运行——以当事人和解的轻伤害案件为样本的分析》,《中国法学》2013年第3期,第164页。

[57] 参见田兴洪著:《宽严相济语境下的轻罪刑事政策研究》,法律出版社2010年版,第227页。

[58] 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期,第538页。

[59] 参见杨柳:《释法抑或造法:由刑法历次修正引发的思考》,《中国法学》2015年第5期,第293-297页。

最佳方法也不应是轻微暴力行为入刑。

四 轻微暴力行为入刑的可行性追问

上文从正当性(报应)和必要性(预防)两个角度论证了轻微暴力行为不应入刑。为了使问题得到更加全面的讨论,下文采用经济学中的“成本—收益”分析方法,分析轻微暴力行为入刑的可行性。在此需要回答两个问题:其一,轻微暴力行为入刑的成本可否承受?其二,轻微暴力行为入刑的收益是否明显?

(一)成本可否承受

任何立法举措都会有相应的成本,轻微暴力行为入刑亦是如此。轻微暴力行为入刑的成本由司法成本和社会成本两部分组成,其司法成本体现为,轻微暴力行为入刑将会使所有的殴打伤害治安案件转化为刑事案件,增加刑事案件的数量,从而耗费更多的司法资源;其社会成本体现为,轻微暴力行为入刑将增加罪犯的数量,使得更多的国民被贴上犯罪人的标签,并由此带来一系列问题。不过仅仅指出轻微暴力行为入刑有一定的成本,还不足以成为反对轻微暴力行为入刑的充足理由,问题的关键在于,轻微暴力行为入刑的成本是否在可以承受的范围之内。而要回答这个问题,就不能仅做定性分析,而需要在定性分析的基础上作定量分析。

统计结果显示,1997年至2021年,我国公安机关平均每年立案的刑事案件数为489万件。同一时期,我国公安机关平均每年受理的殴打伤害治安案件数为254万件。如果轻微暴力行为得以入刑,这些殴打伤害治安案件都会转化为刑事案件,^[60]这意味着,我国公安机关平均每年立案的刑事案件数会由原来的489万件激增至743万件,增幅高达51.95%。(见图3)。

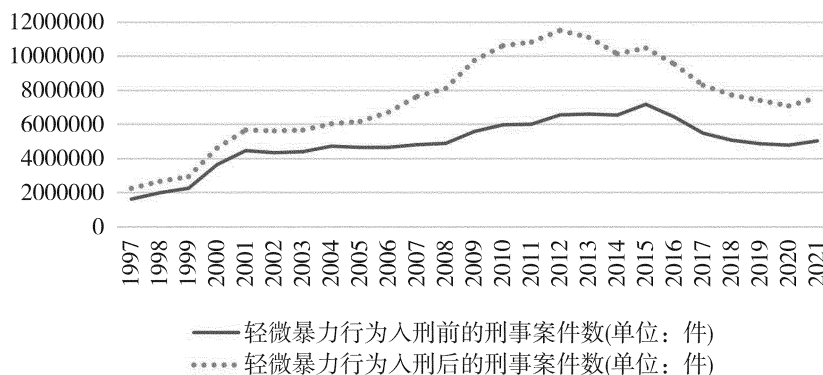


图3 轻微暴力行为入刑对刑事案件数量的影响(1997年—2021年)^[61]

[60] 或许有学者会提出批评说,这个统计没有考虑司法实践中刑事和解的适用情况。这个批评不能成立。因为,本文在此统计的是公安机关立案的刑事案件数,而不是一审法院审理的刑事案件数。一般而言,刑事和解发生于刑事案件立案后,因而刑事和解不影响刑事案件立案数的统计。

[61] 数据来源:《中国法律年鉴》编辑部编辑:《中国法律年鉴》(1998—2022),中国法律年鉴出版社:1998—2022年版。

如果每个刑事案件平均耗费的司法资源保持不变,轻微暴力行为入刑将导致我国对司法资源的需求增加至原来的 1.5 倍。如果我国司法资源的投入总量保持基本不变,轻微暴力入刑则意味着每个刑事案件平均耗费的司法资源降低至原来的 66%,这必将导致办案质量大幅下降。当然,上述分析是以每个刑事案件都得到司法机关处理为前提的。但实际上,在司法资源供给严重不足背景下,很容易出现选择性执法的现象,破坏司法公正。^[62] 另外,轻微暴力行为入刑还意味着我国每年判处的罪犯数量将增至原来的 1.5 倍。2018 年至 2022 年,我国法院判处罪犯 776.1 万人,平均每年判处罪犯 155.2 万人。^[63] 以这个数据为基准,轻微暴力行为入刑意味着我国平均每年增加 80.6 万个罪犯,进而彻底改变 80.6 万个家庭的命运。这种幅度的罪犯数量的剧增显然超出了我国社会所能承受的最大限度。

为了更加直观地揭示轻微暴力行为入刑的巨额成本,在此不妨将轻微暴力行为入刑的成本与增设危险驾驶罪的成本做一个横向比较。评估醉驾入刑的实际效果同样需要从成本和收益两个角度展开。从收益的角度看,醉驾入刑十余年来在遏制酒驾醉驾、维护交通安全方面取得了良好的治理效果。^[64] 醉驾型危险驾驶罪之所以受到很多人的质疑,归根到底是因为其案件数量过大导致该罪名的适用成本过高。而轻微暴力行为入刑的成本又远高于醉驾入刑的成本。2019 年至 2021 年,我国法院平均每年审结一审刑事案件 122.3 万件。以这个数据为基准,轻微暴力行为入刑将导致我国法院平均每年审结的一审刑事案件增加 63.5 万件。而在同一时期,我国法院平均每年审结的危险驾驶罪案件数量为 31.9 万件。由此可以计算出,轻微暴力行为入刑将增加的刑事案件数是危险驾驶罪案件数的 1.99 倍,约等于 2 倍。换言之,轻微暴力行为入刑的成本是危险驾驶罪适用成本的 2 倍。这进一步说明,轻微暴力行为入刑的成本是我国社会不能承受之重。^[65]

(二) 收益是否明显

轻微暴力行为入刑论者认为,轻微暴力行为入刑主要有以下三项收益:其一,减少殴打伤害案件的发生;其二,促进寻衅滋事罪的正确适用;其三,促进正当防卫制度的正确适用。^[66] 下面对这三项收益展开逐一分析。

[62] 参见周详:《“醉驾不必一律入罪”论之思考》,《法商研究》2012 年第 1 期,第 138 页。

[63] 参见周强:《最高人民法院工作报告——2023 年 3 月 7 日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,最高人民法院网,http://gongbao.court.gov.cn/Details/0cf2ab48a3d2a9cd604af4991aa7d7.html,最近访问时间[2023-05-22]。

[64] 参见梁根林:《刑事政策与刑法教义学交互审视下的危险驾驶罪》,《中国法律评论》2022 年第 4 期,第 156-158 页;沈海平:《反思“醉驾入刑”:从理念、规范到实践》,《人民检察》2019 年第 15 期,第 53-54 页。

[65] 需要说明的是,上文对轻微暴力行为入刑成本的计算是以轻微暴力行为入刑的立法论方案为依据的。如果采用轻微暴力行为入刑的解释论方案,轻微暴力行为入刑的成本会比上述计算结果低一些。由于我国目前对殴打伤害治安案件的统计没有进一步区分殴打案件、伤害未果案件和轻微伤害案件,本文在此无法精确计算出解释论方案下轻微暴力行为入刑的成本,但在这里可以做一个大致估算。如果殴打案件、伤害未果案件、轻微伤害案件在数量上大致相同,那么解释论方案下轻微暴力行为入刑成本是立法论方案下轻微暴力行为入刑成本的 2/3,相当于 1.3 个危险驾驶罪的成本。由此可见,即便采用解释论方案,轻微暴力行为入刑的成本仍然是非常高昂的。

[66] 参见孙运梁:《我国刑法中应当设立“暴行罪”——以虐待儿童的刑法规制为中心》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013 年第 3 期,第 80-82 页;李立众:《暴行入罪论》,《政法论丛》2020 年第 6 期,第 37-38 页;张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022 年第 6 期,第 9-12 页。

轻微暴力行为入刑最主要的预期收益是减少殴打伤害案件的发生。这项收益虽然存在,但远不如轻微暴力行为入刑论者所预想得那样高。一方面,在我国当前的社会背景下,轻微暴力行为入刑的威慑效果较为有限,只能在很小的幅度上降低我国的殴打伤害发生率。法律经济学的研究表明,为实现一个特定幅度的犯罪率下降而耗费的边际成本,会随着犯罪率的降低而不断升高。^[67] 简言之,犯罪率越低,降低特定幅度的犯罪率所需付出的边际成本越高。反过来意味着,在增加投入的刑罚成本保持不变的情况下,原本的犯罪率越低,所能增加的刑罚威慑效果越弱。由本文第三部分的分析可知,我国的殴打伤害发生率是非常低的。这从根本上决定了,在我国当前的社会背景下,轻微暴力行为入刑所能增加的威慑效果较为有限,不会有立竿见影的效果。另一方面,殴打伤害率并非越低越好,殴打伤害行为既有消极的一面也有积极的一面。有些殴打伤害行为有一定的合理性,尽管它们没有被法律予以正当化。例如,基于义愤的殴打伤害行为、事前防卫或事后防卫的殴打伤害行为、报复性的殴打伤害行为,等等。这类殴打伤害行为实际上是一种社会纠纷的预防或解决方式。^[68] 如果通过刑罚完全消灭了殴打伤害行为——虽然这一假设情况永远不可能发生,那么很多纠纷将难以解决,或者解决的成本将变得非常高昂。既然殴打伤害行为既有消极的一面也有积极的一面,那么殴打伤害发生率的降低就不能全部计算成正面收益。

在我国当前的司法实践中,寻衅滋事罪被滥用的现象较为突出,该罪成了一个典型的口袋罪。轻微暴力行为入刑论者认为,寻衅滋事罪之所以被滥用,是因为在一些案件中,行为人的轻微殴打行为不符合其他罪名的构成要件但是又被司法者认为具有处罚必要性,所以司法者选择用寻衅滋事罪来处罚这些行为。轻微暴力行为入刑后,司法者完全可以使用暴行罪来处罚这些行为,不必滥用寻衅滋事罪。因此,轻微暴力行为入刑有助于阻止寻衅滋事罪被滥用。^[69] 本文认为,轻微暴力行为入刑的确可以在一定程度上限缩寻衅滋事罪的司法适用范围,但是无法从根本上阻止寻衅滋事罪被滥用。寻衅滋事罪之所以会沦为一个口袋罪,一方面是因为其构成要件的内容不够清晰明确,另一方面则是因为部分司法者在司法理念上片面重视打击犯罪而忽视保障人权。只要这两个问题没有得到根本性的解决,寻衅滋事罪被滥用的现象就无法避免。

轻微暴力行为入刑者认为,轻微暴力行为入刑后,无故先动手打人的一方成立暴行罪,被打者即可进行反击,因而轻微暴力行为入刑有助于促进正当防卫的正确认定。^[70] 可是,理论上普遍赞同,作为防卫起因的不法侵害并不要求达到构成犯罪的程度。^[71] 殴

[67] 参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》(第6版),史晋川、董学兵等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2012年版,第469页。

[68] 例如,法律禁止殴打小偷。但是,在法律惩治小偷不力的场合,殴打小偷现象的存在会弥补法律威慑的不足,从而减少盗窃案件的发生。对相关案例的分析,参见王启梁:《传统法文化的断裂与现代法治的缺失——少数民族农村法治秩序建构路径选择的社区个案研究》,《思想战线》2001年第5期,第90-92页。

[69] 参见李立众:《暴行入罪论》,《政法论丛》2020年第6期,第37-38页;张明楷:《身体法益的刑法保护》,《政治与法律》2022年第6期,第12页。

[70] 参见李立众:《暴行入罪论》,《政法论丛》2020年第6期,第37页。

[71] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第10版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第129页;陈兴良著:《正当防卫论》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第63-65页。

打行为即便不构成犯罪,也足以成为合格的防卫起因。诚然,在我国司法实践中,有一部分司法者错误地认为,作为防卫起因的不法侵害仅指犯罪行为。这种错误的司法观点应当被纠正,而不应当被迎合。更为重要的是,在我国当前的刑罚附随后果制度下,轻微暴力行为入刑可能会严重打击一般国民的防卫积极性。暴行罪是一个轻罪,其法定刑的严厉程度实际上远远不如刑罚附随后果,而刑罚附随后果对同一个人最多只能适用一次。另外,在我国司法实践中,双方打斗的案件很容易被司法机关认定为互殴。^[72]这意味着,在有犯罪前科的人与无犯罪前科的人发生争执并有可能升级为打斗冲突的场合,暴行罪对双方的威慑程度迥然不同:有犯罪前科的人只需要考虑其可能面临的刑罚,无需考虑刑罚附随后果;而无犯罪前科的人不仅需要考虑其可能面临的刑罚,还需要考虑刑罚附随后果。^[73]这将迫使无犯罪前科的人在面临有犯罪前科的人实施的不法侵害时不得不选择避让。这种现象显然有违“法不能向不法让步”的法治精神,不利于正当防卫制度的正确适用。

综上所述,从成本的角度看,轻微暴力行为入刑的成本远远超出了我国社会可以承受的最大限度。从收益的角度看,轻微暴力行为入刑虽然能够在一定程度上减少殴打伤害案件的发生,但较为有限;轻微暴力行为入刑虽然能够在一定程度上限缩寻衅滋事罪的司法适用范围,但是无法从根本上阻止寻衅滋事罪被滥用。综合考虑轻微暴力行为入刑的成本与收益状况,应当认为,在我国当前的背景下,轻微暴力行为入刑缺乏可行性。

五 余 论

轻微暴力行为入刑论在我国学界盛行,从侧面反映出我国目前的刑法立法论研究或许陷入了某种方法论误区。揭示并逾越这种误区,具有超越讨论轻微暴力行为应否入刑这一具体问题的一般性意义。本文认为,我国刑法立法论研究的误区,主要表现为没有处理好四组关系。

一是宏观与微观的关系。立法论研究既要有对宏观理念的整体把握,也要有对具体问题的细致讨论。我国目前的刑法立法论研究过于注重对抽象理念和宏观问题的辩驳,而在一定程度上忽视了对具体问题的探讨。这导致很多学者——其中既有积极刑法观的支持者也有消极刑法观的拥护者,在回答应否增设某些罪名时,将所有被讨论的罪名视为一体,得出全部肯定或全部否定的结论。这种结论与其说是被论证出来的,毋宁说是根据学者们各自支持的刑法观推导出来的。这种逻辑推导忽视了不同罪名之间的显著差异,所得出的结论很难有什么说服力。

[72] 参见邹兵建:《互殴概念的反思与重构》,《法学评论》2018年第3期,第177-179页。

[73] 当然,通常而言,有犯罪前科的人所面临的刑罚会比无犯罪前科的人所面临的刑罚更重。因为,有犯罪前科的人可能会构成累犯,即便不构成累犯也有可能被司法者酌定从重处罚。但是需要注意,暴行罪的法定刑非常轻,即便对构成暴行罪的有犯罪前科的人进行从重处罚,其宣告刑的严厉程度也极为有限。因此,在刑罚上从重处罚这一点给有犯罪前科的人带来的威慑力,远远不如刑罚附随效果给无犯罪前科的人带来的威慑力。

二是本国与他国的关系。立法论研究需要借鉴参考其他国家的相关立法情况,但是不能照搬照抄、拿来主义,而要立足我国的社会现实和实际需求,提出符合我国国情的立法方案。近年来,我国学界已开始强调解释论研究的主体性。^[74]但实际上,强调立法论研究的主体性,比强调解释论研究的主体性更为迫切。解释论研究需要尊重法律条文,我国刑法与他国刑法的不同之处,是我国刑法教义学研究不能回避的约束条件。而立法论研究将法律条文视为评价对象,其约束条件没有那么清晰。如果不能准确把握我国与他国在人口规模、文化传统、法治理念、司法制度等方面的差异,在学习借鉴域外立法经验的背景下,很容易理所当然地将德日刑法当成评价我国刑法的标准。在本文看来,以外国刑法规定了暴行罪为由主张我国刑法增设暴行罪,以及以外国刑法采用定性不定量立法模式为由主张我国刑法改用这种立法模式,恐怕都是我国刑法立法论研究主体意识淡薄的表现。

三是定性与定量的关系。立法论研究一定要兼采定性研究和定量研究两种方法。近年来,我国刑事立法受个别热点案件引发的社会舆论影响很深,情绪性立法的现象较为突出。^[75]这在很大程度上是因为,我国的刑法立法论研究只注重定性研究,而忽视了定量研究。^[76]这种研究方法的局限性在轻微暴力行为人刑论者那里同样有所体现。这些学者在阐述轻微暴力行为人刑的理由时,只有文字没有数字,有些论断实际上是凭感觉做出的,没有经过实证数据的检验,当然也就不那么可靠。

四是成本与收益的关系。立法论研究既要关注收益问题,又要关注成本问题,而且还要将二者进行对比,看某项立法举措的成本收益率是否符合比例原则。在成本收益问题上,我国的刑法立法论研究呈现一个奇特的现象:主张积极增设某个罪名的学者往往只强调增设该罪的收益,对成本问题避而不谈;而反对增设某个罪名的学者往往只看重增设该罪的成本,对收益问题沉默不语。不仅针对某个具体罪名的争论存在这个问题,在宏观理念上的积极刑法观与消极刑法观之争也在一定程度上存在这个问题。这种“攻其一点,不及其余”的做法,使得我国目前的刑法立法论研究看似争论频出、热闹非凡,但实际上基本是在自说自话,很少形成真正的理论交锋。

暴行罪是近些年我国学界争论应否增设的众多罪名之一。否定了轻微暴力行为人刑的妥当性,并不当然意味着其他被讨论的罪名一概不应被增设。但可以肯定,在讨论其他罪名是否应当被增设时,同样可以从正当性、必要性、可行性这三个角度展开,以及同样需要处理好宏观与微观、本国与他国、定性与定量、成本与收益这四组关系。

[本文为作者主持的 2018 年度天津市哲学社会科学规划项目“刑法因果关系的实证研究”(TJFXQN18-002)的研究成果。]

[74] 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,《法学研究》2015 年第 2 期;刘仁文:《再论强化中国刑法学研究的主体性》,《现代法学》2023 年第 4 期。

[75] 对情绪性立法的批评,参见刘宪权:《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,《法学评论》2016 年第 1 期。

[76] 对这一现象的批评,参见张明楷:《中国刑法学的发展方向》,《中国社会科学评价》2022 年第 2 期,第 33-35 页。

Argument Against the Criminalization of Minor Acts of Violence

[**Abstract**] Under the current legal system in China, minor acts of violence usually do not constitute a crime. This situation has been criticized by many Chinese legal scholars who believe that China should establish new charges in its criminal law to punish minor acts of violence. Moreover, some scholars suggest that the offense of intentional injury should be explained broadly to cover minor acts of violence. This article refers to the above two viewpoints as the theory of the criminalization of minor acts of violence. This theory has a significant influence in the Chinese criminal law academic community, yet its validity remains questionable. The issue of whether minor acts of violence should be criminalized can be analyzed from three perspectives: legitimacy (retribution), necessity (prevention), and feasibility (costs and benefits). Firstly, the criminalization of minor acts of violence lacks legitimacy. China's current criminal law follows a legislative model that combines qualitative and quantitative elements. Within this framework, the degree of unlawfulness exhibited by minor acts of violence does not meet the threshold for criminalization. Secondly, the criminalization of minor acts of violence lacks necessity. A central premise of the theory advocating such criminalization is that the deterrent effect of Chinese law against assault and injury is insufficient, thus necessitating the inclusion of minor acts of violence in the scope of criminal offenses to enhance the deterrent force of Chinese law against such acts. However, this premise is tenuous. On the one hand, statistical data demonstrates that the deterrent effect of Chinese law against assault and injury is sufficient. On the other hand, assuming that there is a need to augment the deterrent effect of Chinese law against assault and injury, the optimal method to achieve this goal should be moderately reducing the rates of public security mediation and criminal reconciliation, rather than resorting to the criminalization of minor acts of violence. Lastly, the criminalization of minor acts of violence lacks feasibility. On the one hand, the costs associated with implementing such criminalization far exceed the maximum limits that Chinese society can bear. On the other hand, criminalizing minor acts of violence produces very limited benefits and, at times, may even have adverse effects. The prevalence of the theory advocating the criminalization of minor acts of violence in the Chinese criminal law circle reflects a potential methodological pitfall in the research of legislative theory, which is primarily manifested in the failure to effectively address four sets of relationships: the relationship between macro and micro perspectives, the relationship between domestic and foreign considerations, the relationship between qualitative and quantitative research, and the relationship between costs and benefits.

(责任编辑:贾元)