

## 刑法谦抑主义的应然走向

魏汉涛

**内容提要:** 社会变迁使刑法谦抑主义面临前所未有的挑战, 理论界对刑法谦抑主义的适用与否展开了激烈的争辩, 渐渐形成了“坚守论”与“抛弃论”两种立场。坚守论有利于遏制刑法对个人自由的干预, 但该观点可能削弱刑法在社会治理中的积极功能。抛弃论可以促进刑法推陈出新, 显著提升刑法的预防效能, 但该观点可能增加司法资源的消耗, 还可能倒向“刑法万能主义”。事实上, 刑法谦抑主义具有时代局限性和视角局限性, 不能盲目地、刻板地坚守这一原则, 应当对其进行反思性审视。刑法谦抑主义所倡导的最后手段原则在实践中很难判断, 立法者也很少将其作为犯罪化的标准, 甚至贯彻最后手段原则有时并非最优选择。应将刑法谦抑主义解读为慎刑, 并从形式和实质两个层面将其规范化、具体化。形式层面可以通过严格刑法立法程序将其规范化; 实质层面借助社会相当性原则、经济性原则、保护实在法益原则将其具体化。

**关键词:** 刑法谦抑主义 慎刑 社会相当性原则 最后手段原则

魏汉涛, 中南财经政法大学刑事司法学院教授。

刑法谦抑主义, 亦称“刑法谦抑原则”“刑法谦抑精神”“刑法的谦抑性”, 主要包括四个维度: 一是补充性、最后性, 意指其他制裁方式均未能有效应对危害行为时才不得不动用刑法; 二是有限性, 要求合理划定犯罪圈, 避免刑法工具化; 三是宽容性, 强调刑罚的适用能宽缓就不要施以重刑; 四是经济性, 倡导以最小的成本投入, 换取最大的刑法效益。<sup>[1]</sup> 然而, 在积极刑法观的浪潮冲击下, 谦抑主义正在面临前所未有的挑战。部分危害行为未经行政法先行规制, 便径直奔向刑法之门, 挑战其最后手段原则; 犯罪圈的不断扩张, 入罪门槛的悄然降低, 对刑法有限性形成挑战; 加重犯罪的法定刑成为刑法修正的主色调, 刑法的宽容性被漠视; 醉酒驾驶的犯罪化亦对经济性原则构成了严峻考验。作为近代刑法殿堂中的坚实基础之一, 谦抑主义正面临着一场深刻的现实挑战, 需要重新思考“刑法谦抑主义应向何处去”这一问题。

[1] 参见陈兴良著:《刑法的价值构造》(第二版), 中国人民大学出版社 2006 年版, 第 315 页。

## 一 对待刑法谦抑主义的两种立场

世界正在经历百年未有之大变局,社会、经济、文化都在快速发展。切换到刑法领域,中国刑法以平均每两年一部修正案的速度在持续优化,刑法触及的领域日益广泛,调整范围不断拓展。在这种背景下,如何看待已传承几百年的刑法谦抑主义,理论界总体上形成了两种立场。<sup>[2]</sup>

### (一) 坚守论

在刑法学的发展历史中,谦抑主义对推动刑法向更加理智与公正的方向迈进,做出了不可磨灭的贡献。“它促进了国家刑罚之形式、内容和执行的人性化改造”,<sup>[3]</sup>使之更趋温良与理性。本文将信守谦抑主义的原始含义并将其运用于批判刑法扩张的主张称为“坚守论”。

#### 1. 坚守论的基本主张

谦抑主义植根于古典自由主义的沃土,其核心思想是限制国家刑罚权,保障公民的自由与权利。因为刑法可能对公民的个人自由予以最严厉的干涉,因此尤其需要采取预防其被滥用的措施。<sup>[4]</sup>刑法万能主义与重刑主义的观念曾盛行一时,刑法的人权保障机能一度弱化。而谦抑主义以其对人权保障的执着追求,赢得了坚守论者的热烈响应。在他们眼中,谦抑主义并未过时,它提供了针对刑法现实运行的反思性思路,避免刑罚适用蜕变为“脱缰的野马”。<sup>[5]</sup>

坚守论的支持者以谦抑主义为标尺,对近年来我国刑法的扩张趋势进行了反思。他们坚信,“以牺牲权利保障为代价以追求社会安全为价值,无异于缘木求鱼或饮鸩止渴注定是无功而返。”<sup>[6]</sup>因此,坚决反对刑法对社会生活的过度干预,主张刑法只能作为维护社会秩序的最后手段。有学者指出,诸如拒不支付劳动报酬罪、骗取贷款罪等新罪名,本可通过其他法律手段进行规制,刑法的越位介入在一定程度上突破了刑法与其他基本法律、社会道德、公序良俗等社会规范之间的治理界限。<sup>[7]</sup>有学者反对刑罚的过度供给,批评刑法缺乏应有的仁慈,甚至担忧刑法沦为社会管理的工具。在有关风险刑法的讨论中,不少坚守论的支持者更是高举谦抑主义的大旗,对风险刑法理论提出严厉的批评。<sup>[8]</sup>

[2] 需要说明的是,不少质疑谦抑主义的观点并非要抛弃谦抑主义,而是关注在多大范围内或多大程度上适用谦抑主义。为了便于论述,本文主要分析两种立场较为明确的观点。

[3] [德]沃斯·金德霍伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期,第149页。

[4] 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第36-37页。

[5] 石聚航:《重申刑法谦抑主义——兼对反思论的辩驳》,《环球法律评论》2024年第3期,第69页。

[6] 刘艳红:《刑法理论因应时代发展需处理好五种关系》,《东方法学》2020年第2期,第11页。

[7] 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527页。

[8] 参见刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期,第26-27页。

## 2. 坚守论的利弊

坚守论值得肯定的地方有三:其一,蕴含了对公民自由的深切关怀。谦抑主义之精髓在于对国家刑罚权的限制,以此捍卫公民的自由与权利之疆界。坚守论的倡导者坚决反对刑法无度扩张,有效抵御了刑法对个人自由领域的侵犯。其二,促进立法者和公众理性地看待刑法的功能。在坚守论者看来,刑法仅是应对犯罪的众多工具中的一种,且非尽善尽美之选,刑法应与其他部门法携手共进,共同编织社会治理的精密网络,而非孤军奋战,独揽重任。这一立场引领人们摒弃刑法万能论,回归理性。其三,减轻刑罚伴生的负面影响。刑罚恰如双刃剑,虽在惩治犯罪上成效显著,但其副作用亦不容小觑。坚守论倡导减少刑事干预,压缩了犯罪的“标签”效应,降低了刑罚对相关方的负面影响,体现了对个体尊严与未来的深切考量。

然而,谦抑主义毕竟植根于早期工业社会的土壤,刻板地坚守这种理论有难以回避的局限。其一,可能陷入刻舟求剑的困境,难以适应日新月异的社会变迁。当今社会与早期工业社会相比,无论是制度架构、人文风貌,还是犯罪形态,皆已发生翻天覆地的变化。若仍固执地坚守原有理念,无异于刻舟求剑。社会在发展变化,新的社会现实催生了新的社会问题,刑法观念只有与时俱进,才能承担起时代赋予的新使命。其二,可能使刑法功能走向虚化,不利于风险防范。在科技日新月异的今天,人类社会已步入风险社会的新阶段,新型风险层出不穷,对人类社会的威胁日益加剧。唯有更新刑法理念,方能顺应时代潮流,使刑法在风险防范中发挥应有的作用。其三,不利于保障社会安全。当前,社会正处于转型升级的关键时期,其发展态势深刻影响着刑法的规制范围与力度。在新的社会背景下,安全价值日益凸显,若仍坚守谦抑主义,或将削弱刑法在社会治理中的积极作用,导致安全保障出现缺口。例如,对于恐怖主义犯罪的规制,如果仍然固守谦抑主义,待恐怖组织实施恐怖活动时刑法才介入,显然不能满足遏制恐怖主义的现实需要。社会变迁使我们无法继续再以绝对性、统一性、确定性、可预测性为前提来构想生活空间和秩序,政府和个体不得不在风险与回报的正比例关系中进行取舍选择。<sup>[9]</sup> 在安全价值的地位不断上升的背景下,坚守谦抑主义会削弱刑法在社会治理中的积极功能。

### (二) 抛弃论

在风险社会背景下,刑法谦抑主义在一定程度上束缚了刑法功能的发挥,为了摆脱谦抑主义的羁绊,有学者提出,“谦抑性既不是刑法的特征,也不足以成为刑法的原则。”<sup>[10]</sup> 本文将这种否定或者放弃谦抑主义的主张称为“抛弃论”。

#### 1. 抛弃论的基本观点

抛弃论者大多间接表达对谦抑主义的摒弃。有学者认为,应避免对谦抑主义过度彰显和迷恋,尤其要警惕借谦抑主义的宏大叙事和浪漫情怀来全盘否定刑法的现代发展,从而导致刑法虚无主义。<sup>[11]</sup> 有学者主张,谦抑主义包括入罪谦抑和刑罚谦抑,根据我国实

[9] 参见季卫东著:《通往法治的道路——社会多元与权威体系》,法律出版社2014年版,第68页。

[10] 简爱:《一个标签理论的现实化进阶:刑法谦抑性的司法适用》,《法制与社会发展》2017年第3期,第26页。

[11] 参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第92页。

际,刑法谦抑的重心应从入罪谦抑转向刑罚谦抑。<sup>[12]</sup> 有论者批判,刑法谦抑性作为一个抽象的理论术语,很难对刑事立法有直接的指导意义,“刑法谦抑与其说是一个必须严格遵守的原则,倒不如说是对立法者审慎立法的温情提示”。<sup>[13]</sup> 这些观点虽然似乎仍然举着谦抑主义的旗帜,但实质上已经进入抛弃论的范畴。

抛弃论的立论根基是社会变迁。随着社会不断发展,社会成员的价值观多样分化,行为潜在的危險性增加,而除刑法之外的其他规制手段已难以应对许多危害行为,<sup>[14]</sup> 刑法必须更加积极作为。在新的社会现实面前,传统谦抑主义对刑法现代化进程的解释力已显乏力,且其本身也不可能导出单向的非犯罪化。<sup>[15]</sup> 抛弃论的支持者大多秉持积极刑法观。在他们眼中,以抽象的谦抑主义去否定实在的犯罪化立法,既不慎重又不科学,不应以刑法谦抑来否定犯罪化之合理性。抛弃论的支持者坚信,片面地崇尚“谦”字,会导致刑法的虚置和功能丧失。这种做法可能产生多米诺骨牌效应,会间接波及其他部门法,削弱其威慑力,进而降低整个法律体系对社会之规制效能,实则碍社会治理水平与能力之提升。换言之,如果仅仅为了“谦”而放纵那些本应由刑法规制之行为,则根本谈不上谦抑。<sup>[16]</sup> 因为刑法之终极使命,非为保护少数犯罪人之权利,而是捍卫善良民众在社会生活中免受犯罪之侵扰,所以谦抑主义之追求绝非以牺牲基本社会保护为代价,或者说刑法之供给不应罔顾民众之权利保障而片面追求谦抑之目标。<sup>[17]</sup>

## 2. 抛弃论的优劣

抛弃论注重回应社会需要,是法律与时代同行的生动体现,其优点有三:其一,更能适应社会变化。抛弃论主张刑法要与时俱进,会使刑法随社会发展灵活调整。通过增设新罪与调整刑罚幅度,刑法得以更有效地应对不断涌现的危害行为与社会风险,确保法律之网紧密而富有弹性。其二,强化刑法的权威。抛弃论通过拓宽刑法的规制边界与加大惩处力度,显著提升了刑法的威慑力和预防效能,有力保障了社会安全。其三,抛弃论积极倡导刑法在社会治理中的主动角色,通过犯罪化趋势与扩大解释等手段,精准对接社会关切,有效维护社会稳定,展现了刑法作为社会治理重要工具的积极作用。

然而,世间万物皆有其两面,抛弃论也不例外,其潜在弊端亦不容忽视。其一,过度扩张刑罚权,可能遭受诘难。刑法作为国家强制力的体现,一旦彻底抛弃谦抑主义,恐将法治之路引向重刑主义与滥刑的深渊,安全与自由之间的平衡将被打破,公民基本权利与自由空间就会面临被侵蚀的风险。其二,增加司法资源消耗,最终可能使投入与产出不成比例。抛弃论主张刑法扩张,会使刑法调整范围扩大与入罪门槛降低,必然伴随着司法资源的投入激增,但实际效果却未必与之成正比。刑事手段是利弊共存的,若过度使用,其负

[12] 参见敦宁:《刑法谦抑主义的西方立场与中国定位》,载赵秉志主编《刑法论丛》2017年第4期,法律出版社2017年版,第413页。

[13] 陈璐:《论刑法谦抑主义的消减》,《法学杂志》2018年第9期,第123页。

[14] 参见张明楷:《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155-156页。

[15] 参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第86页。

[16] 参见郝冠揆:《论轻罪化的三大认识转变》,《兰州学刊》2022年第11期,第116-117页。

[17] 参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第94页。

面效应或将掩盖积极作用。其三,如果将抛弃论贯彻到底,就会倒向“刑法万能主义”,模糊刑法与其他部门法的界限。抛弃论主张放弃谦抑主义,意味着刑法不再是解决社会问题的最后防线,甚至使刑法上升为解决社会问题的优先手段,实质上就是“刑法万能主义”的翻版,会侵蚀刑法的内在逻辑,模糊刑法与其他法律的界限,不利于法律体系的和谐共生。

## 二 刑法谦抑主义的三大局限

刑法谦抑主义在启蒙时期可以视为真理,因为当时它是遏制刑法野蛮扩张的利器。然而,正如辩证唯物主义所深刻揭示的那样,真理有其特定的时空背景与适用条件。一旦这些条件发生变化,真理的光芒就可能逐渐黯淡,甚至失去其原有的指引意义。谦抑主义并非超然于时空之外的永恒真理,不能不分语境地盲目坚守。

### (一) 刑法谦抑主义具有时代局限性

列宁指出,真正科学分析问题的本领,在于不忘记基本的历史联系,我们应当考察某种现象在历史上是如何产生的,在发展过程中经历了哪些主要阶段,同时在此基础上去考察这一事物现在是怎样的。<sup>[18]</sup> 这一洞见为我们审视谦抑主义提供了正确的指引,即不能仅停留于表面认识这种理论,而应置于历史背景中去理解。

#### 1. 刑法谦抑主义诞生的时代背景

谦抑主义的根源可追溯至启蒙时代,那时罪刑擅断与严刑峻法如同乌云蔽日,严重威胁着公民的权利与自由。其背后的深层原因在于当时盛行的君主专制体制。在此背景下,启蒙思想家们提出了罪刑法定、罪刑均衡及刑法谦抑主义等理念,旨在限制国家刑罚权的滥用,为公民的个人权利筑起坚实的防线。然而,在君主专制体制下,单纯倡导这些原则显得苍白无力。因此,启蒙思想家们还呼吁改革政治制度,主张以民主共和制取代君主专制,为这些法律原则的真正实现铺设道路。时至今日,刑事立法权已由代表人民意志的代议机构掌握。在这一民主制度下,将某种行为犯罪化需历经复杂且严格的立法程序,刑事立法权在很大程度上已被“关进了制度的笼子”,刑罚恣意与罪刑擅断的现象已难再现。换言之,现今的时代背景与启蒙时期已大相径庭。若仍一味强调以刑法谦抑主义来限制国家刑罚权,保障公民的自由与权利,则显得有些不合时宜。

#### 2. 刑法立法倾向的与时俱进

在启蒙时期,刑法的处罚范围极为宽泛,甚至肆意干涉公民的私生活。正是基于这一背景,刑法谦抑主义的倡导者主张刑法应当适度收缩,推进非犯罪化进程。然而,随着时代的不断演进,刑法逐渐趋于理性,众多未侵害法益、无被害人的行为得以解脱刑法的枷锁,实现了非犯罪化的转变。但是,社会的飞速发展带来了利益格局的深刻变化,原本不被视为利益或不易受侵害的利益,如今已成为至关重要的利益,并且受到严重的侵害;昔

[18] 参见《列宁选集》(第四卷),人民出版社1995年版,第26页。

日仅需非正式的社会治理手段就可以发挥规制作用,现在人们强烈要求由国家刑法进行规制;原本轻微的法益侵害,现在演变为严重的法益侵害;人们的物质生活水平、精神文明程度进一步提高,人们的评价标准发生了变化;社会生活更加复杂化、科学化、高度技术化,个人行为所具有的潜在危险也飞跃性地增大,这些决定了刑法的扩张。<sup>[19]</sup> 以《刑法修正案(十一)》增设的“非法植入基因编辑、克隆胚胎罪”为例,这一新罪名的增设正是刑法适应生物科技迅猛发展的生动体现。一个显而易见的事实是,刑法通过增设新罪的方式积极参与社会治理,已成为一种刚性需求。<sup>[20]</sup> 社会的发展态势决定着刑法的规制范围与力度,当前刑法的规制范围并非过于宽泛。

显然,若仍固守传统刑法谦抑主义,一味倡导非犯罪化,无疑会与社会现实背道而驰。事实上,犯罪化的趋势在一些国家显而易见。近年来,日本的刑事立法明显呈现出刑事处罚扩大化、早期化和重罚化的倾向。<sup>[21]</sup> 在德国,刑法亦已背离古典自由主义的传统,不再仅仅局限于保护个人权利的范畴,而是不断向毒品犯罪、环境犯罪、有组织犯罪、高科技犯罪、恐怖主义犯罪和产品责任犯罪等新领域延伸。德国刑法没有在刑法谦抑中裹足不前,而是在不断向外扩展,已远远超出了古典刑法理论的边界。<sup>[22]</sup> 这些现象表明,在价值多元、思想自由且潜在危险日益增多的现代社会,需要通过不断扩大犯罪圈的方式来维护社会秩序和防范社会风险。

### 3. 科技发展水平的影响

谦抑主义的核心在于收缩与节制,其倡导者坚持认为,刑罚的发动应仅限于法益受到实际侵害或紧迫威胁的情境。日本学者大谷实曾精辟地指出:“在以法和道德的严格区分为前提的多种价值观共存的宽容社会中,只有在具体侵犯了个人利益的场合,换言之,只有在认可了某种被害的场合,犯罪和刑罚才能被正当化。”<sup>[23]</sup> 这一观点在工业社会背景下确实“接地气”,因为那时的科技尚不发达,不法行为所造成的危害范围相对较小,程度也相对可控。然而,当历史的车轮驶入风险社会,新型科技风险所蕴含的潜在危害变大,这些风险一旦转化为现实,往往会带来灾难性的后果。若刑法等到实际损害产生后再介入,往往为时已晚。因此,谦抑主义倡导者所坚持的仅在实害情况下才能发动刑罚的主张,显然已经落后于时代的发展步伐。面对新型风险,法益保护的早期化、犯罪的前置化成为更为有力的应对策略。“刑法不是圣人而是普罗大众的刑法,固化的理论从来都不是立法抉择的充分条件。”<sup>[24]</sup> 若静态地坚守启蒙时期所形成的谦抑主义理念,无疑会使刑法陷入僵化的境地,难以有效应对社会变迁所带来的新挑战。

[19] 参见张明楷:《增设新罪观念——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020年第5期,第155-156页。

[20] 参见周光权:《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,第41页。

[21] 参见黎宏:《日本刑事立法犯罪化与重刑化研究》,《人民检察》2014年第21期,第10页。

[22] 参见[德]埃里克·希尔根多夫著:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第25页。

[23] [日]大谷实著:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第97页。

[24] 孙国祥:《新时代刑法发展的基本立场》,《法学家》2019年第6期,第10-11页。

## (二) 刑法谦抑主义具有视角局限性

18世纪启蒙思想家对封建制度和专制统治的批判催生了以保障人权和自由为核心的谦抑主义。刑法谦抑主义的立论基础是“个人主义、自由主义的思维和行动模式”,<sup>[25]</sup>是站在公民角度看待国家,突出的是自由和人权价值。然而,着眼于公民个人的谦抑主义存在三个问题:

第一,过分凸显自由价值,可能会不当削弱其他同等重要的社会价值。诚然,自由作为人类最基本且不可或缺的价值,其重要性得到了广泛认可。然而,当自由的追求走向极端,就可能陷入狭隘的极端主义陷阱。社会的良性运作依赖于多种价值的平衡共存,安全、秩序与自由等价值皆为社会不可或缺的基石,理应受到同等重视。因此,权利与自由并非无条件的存在,而是立足于对国家权力的理性约束与个人在社会框架内的稳定生活需求之上。国家的诞生正是人类为了摆脱绝对自由的混沌状态,尝试通过法律来构建一个有序且保障自由的社会环境的结果。真正的、持久的个人自由,唯有在社会共同体的框架下,通过一系列制度性安排方能实现。

作为社会秩序的守护者,刑法的首要任务在于保障公民的权利不受侵犯。社会秩序的平和对个人生活是极其重要的,刑法势必暗含实现社会秩序和平与稳定的目标。<sup>[26]</sup>事实上,启蒙时期的刑法谦抑主义的核心在于“限制刑罚权,保障自由”。然而,随着现代社会步入风险时代,尽管公民的自由与权利仍需捍卫,但风险社会对公共安全的巨大挑战同样要求刑法发挥积极作用。在此背景下,若仍固守限制国家权力的传统谦抑主义,无疑会削弱刑法在风险防范中的关键功能。

第二,单一视角审视问题必然导致认知的片面性。从公民立场出发,自由的最大化无疑是理想状态,刑法的适度限制与谦抑似乎是对公民诉求的积极响应,因而谦抑主义在此视角下被追捧。然而,切换至国家的宏观视角,社会的和谐稳定与有序运行才是终极目标,此时刑法的谦抑态度未必能促进社会稳定,反而可能引发治理上的挑战,因而谦抑主义在此情境下便不再是第一选择。立法者必须兼顾公民个体的权利、自由扩张之需求以及国家对于社会秩序高效运转的维护责任。着眼于保障自由,对犯罪人施加刑罚只能以其罪行为根据(道义责任),即只能进行特殊预防。着眼于社会秩序,对犯罪人则可以根据威慑的需要施加刑罚(社会责任),即可以考虑一般预防。如果既关注自由又重视社会秩序,则一般预防与特殊预防应当兼顾。遗憾的是,部分学者仅从个体角度看待刑法,仅关注刑法不应过多地介入社会生活,忽视了刑法保护社会机能的重要性与不可替代性。<sup>[27]</sup>实际上,立法决策是一个复杂多维的过程,既不能完全偏向自由与权利的保障,也不能一味追求社会整体利益的最大化,而需综合考量各种因素。以刑事政策为例,若单纯遵循谦抑主义,政策倾向将趋于宽松,打击范围缩小;若专注于社会治理的强化,则政策可能趋于严厉,刑事处罚力度加大。然而,现实国家的治理策略并未走向任一极端,而是采

[25] [日]井田良:《日本刑事立法的活跃化及其进路》,张若楠译,《当代检察官》2020年第3期,第24-25页。

[26] 参见周光权:《刑法客观主义和主观主义的融合》,《江苏社会科学》2003年第2期,第152页。

[27] 参见叶亚杰:《论刑法谦抑性的价值与整合》,《河北法学》2016年第12期,第112页。

取了宽严相济的刑事政策,这也间接说明谦抑主义具有视角局限性。

谦抑主义的视角局限在于,它往往过分聚焦于刑罚本身的“恶”,而忽视了犯罪所带来的“恶”,从而认为刑法规制越少越好。一个欠缺刑法威慑的社会必将陷入动荡与混乱,刑法规制的缺失所带来的负面后果将不堪设想。正如有学者所言,“放任主义的替代措施是不可想象的,摒弃对人类安全有最基本威胁的严重犯罪的刑事制裁(或不同名字的相同物),将等同于社会解体。”<sup>[28]</sup>显然,无论是刑事立法还是刑事司法,对犯罪的刑罚措施首先必须满足惩治犯罪、保护法益的基本需求。<sup>[29]</sup>简而言之,谦抑主义所描绘的法律温情主义蓝图,虽然表面上充满理想色彩,但若对犯罪人过分怜悯与同情,从某种程度上讲便是对被害人的残忍与不公。刑法的终极目标是保护公民在社会生活中免受犯罪的侵害,而非纵容少数犯罪者实施危害行为。因此,在刑法的供给上,不能片面追求谦抑性。

第三,刑法谦抑不一定能真正保障自由和权利。刑法的扩张往往伴随着危害社会行为的有效遏制;反之,过度缩减刑法的处罚范围与力度,虽然看似减少了刑法对公民自由的直接限制,但也可能导致不法侵害行为的滋生与蔓延,最终公民的自由与权利反而会在不法侵害的挤压下遭受侵蚀。刑法强化安全保障并非旨在削弱自由与人权,而是为了更好地保障自由与人权。<sup>[30]</sup>唯有在合理强化安全与秩序价值的基础上,自由价值才能得到真正的捍卫。

### 三 刑法谦抑主义的新内涵

刑法谦抑主义的内涵不是固化的,正如法律规范的内容一样有生命,自产生以后就会脱离其倡导者而独立存在,其含义会随着时代发展变化而变化。

#### (一) 刑法谦抑主义的原始内涵存在诸多问题

在多元并存的社会治理工具箱中,刑法是其中不可或缺的重要一员,虽其效力显著,却也伴随着高昂的社会成本,因而必须协调好刑法与其他社会治理手段之间的关系。为此,刑法谦抑主义的倡导者将其内涵解读为最后手段原则。日本学者平野龙一指出,只有其它社会统治手段不充分行使,或者其它社会统治手段过于强烈,有代之以刑罚的必要时,才可以动用刑法。<sup>[31]</sup>然而,将刑法谦抑主义的内涵解读为最后手段原则,看似逻辑自洽,实则经不起细致推敲,更难以发挥立法指引功能。

第一,判断其他社会治理手段是否足以遏制具体反社会行为相当困难。如行政处罚是否足以遏制具体反社会行为,直接受执法状态的影响。以高空抛物为例,如果让警察全天候在小区巡查,相信行政处罚就足以遏制这种行为;如果警察疏于监督,行政处罚可能

[28] [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297-298页。

[29] 参见孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,《法商研究》2022年第1期,第92页。

[30] 参见高铭喧、孙道萃:《总体国家安全观下的中国刑法之路》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第60页。

[31] 参见陈兴良著:《刑法的价值构造》(第二版),中国政法大学出版社2006年版,第300页。

就不足以遏制这种行为。再者,将反社会行为控制到何种程度就是“足以遏制”也没有标准。从现实情况来看,没有上升到刑法调整的不少行政违法行为发案率很高。例如,在公共场所乱停车的行为由交通管理法规调整,但乱停乱放的现象非常普遍。如果严格按照最后手段原则,这些行为也应当犯罪化。按照这个逻辑,大量原本由行政法调整的行为都可能需要上升到刑法调整。这样一来,原本旨在限制刑法扩张的谦抑主义,反而可能会促进刑法扩张。

第二,刑法立法并非将最后手段原则作为具体行为犯罪化的主要根据。刑法立法往往是融合了文化因素、经济因素、大众情感等诸多因素综合考量的结果。例如,在讨论危险驾驶行为犯罪化时有学者提出,吸毒驾驶与醉酒驾驶一样具有危险性,应当一并犯罪化。但立法最终没有采纳这种意见,主要理由是吸毒驾驶不具有普遍性,基于“法律不关心稀罕之事”,没有必要动用刑法规制。很明显,无论是主张吸毒驾驶入刑的呼声,还是立法者的审慎决定,其背后的理由均非最后手段原则。再如,盗窃罪入罪门槛的设定,理由是“盗窃罪仍处于高发态势,为有效维护人民群众的安全感,对入罪数额标准不宜作大幅提高”。<sup>[32]</sup>很明显,盗窃罪的入罪门槛是经济社会发展状况与治安形势等多种因素综合考量的结果,与最后手段原则关系不大。进一步审视其他罪名不难发现,入罪门槛的设定很少基于最后手段原则。

第三,贯彻最后手段原则适用刑法往往并非社会治理之最优选择。在众多社会治理措施中,每一种治理措施都有其优点与局限性。刑法以其严厉的处罚力度著称,但随之而来的是刑罚可能带来的负面效应。行政法以其简便的程序和高效率见长,却因其处罚力度有限,治理效果往往不明显。因此,最佳的治理之道并非片面强调刑法的最后手段原则,而是要在刑法与行政法之间找到平衡点,让两者相辅相成,共同发挥出最大的治理效能。以醉酒驾驶为例,按相关行政法规,醉酒驾驶会被处以吊销驾驶执照和罚款,按照社会大众一般观念,吊销驾驶执照是很严厉的处罚。尽管如此,行政手段在遏制醉驾方面的效果却不尽如人意,根本原因在于醉驾的查处概率相对较低,导致最终实际的违法成本微不足道。试想,若投入足够的警力大力排查,或许仅凭行政手段便能有效遏制醉驾,但此举无疑成本巨大,从经济效益的角度考量显然不是明智之举。将醉酒驾驶犯罪化以后,醉酒驾驶的处罚力度显著提高,在查处概率不变的情况下,可以明显提高醉酒驾驶的违法成本。显然,与增加警力投入相比,将醉驾入刑无疑是一个更为经济且高效的选择。在德国,由于受到国际化和欧洲化的影响,刑法作为最后手段之功能的观念日渐淡薄,导致了德国刑法典修改频繁。<sup>[33]</sup>事实表明,我们更应关注的是刑罚发动的合理性和妥当性,而非一味地追求刑法的限缩或者退缩。

## (二) 刑法谦抑主义的内涵宜解读为慎刑

刑法谦抑主义的具体内容会随着社会的发展而不断发生变化。<sup>[34]</sup>在笔者看来,当今

[32] 胡云腾、周加海、周海洋:《〈关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2014年第15期,第19页。

[33] 参见程红:《德国刑事立法的最新动态及解读》,《国外社会科学》2019年第4期,第23页。

[34] 参见张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,《人民检察》2014年第9期,第6-12页。

刑法谦抑主义的内涵宜解读为慎刑。

### 1. 平衡好民众需求与刑法自身理性之间关系的需要

随着物质生活水平的显著提升,民众对于安全的向往已攀升至新的高度,同时,科技日新月异,随之而来的新型风险也悄然涌现。但是,社会关系日趋复杂,使得行政手段与非正式制度在应对挑战时显得捉襟见肘。社会变迁如同一股不可阻挡的洪流,强烈呼唤刑法积极介入社会生活。然而,我们必须清醒地认识到,刑法犹如一把双刃剑,若其过度干预社会生活,其带来的利益并不足以抵消随之而来的不利后果。在这样的时代背景下,唯有秉持慎刑原则,方能既回应社会公众的殷切诉求,又坚守刑法自身的理性与尊严,实现两者的微妙平衡。

### 2. 避免象征性立法的需要

刑法立法关系到公民的自由和权利,属于国家重大事项,其制定与施行必须秉持谨慎与理性的态度。然而,近年来刑法在某些领域的犯罪化似乎陷入了象征性立法的迷雾之中,部分行为的犯罪化缺乏对法益保护的深思熟虑。当某个事件在媒体的聚光灯下被无限放大后,将相关行为犯罪化的声音便如潮水般涌来。象征性立法“追求的是通过罪名的设置来取得安抚民众不安心理的效果,至于该罪刑规范是否真正能够预防、遏制该种犯罪行为,并不在立法者的考量范围之内”。<sup>[35]</sup>象征性立法不追求刑法规范的实际效果,主要是为了表达立法者的某种姿态与情绪、态度与立场。只有将谦抑主义的内涵解读为慎刑,才能避免陷入象征性立法的泥潭。

### 3. 实现刑法理性扩张的需要

社会的发展浪潮要求刑法不仅要守护自由和权利,更要适时拓展其边界,以适应复杂多变的社会现实。“刑法谦抑性并不意味着不能增设轻罪,也不意味着对犯罪的处罚范围越小越好,关键是要实现妥当的处罚。”<sup>[36]</sup>展望未来,适度犯罪化已成为不可逆转的基本趋势。然而,犯罪化往往受到短期效应的影响,尤其易于受政策影响,甚至出现刑法立法“政策化”。在这种背景下,我们既不可固步自封于传统的谦抑主义,一味强调刑法的限缩;亦不可全然摒弃谦抑之魂,任由刑法立法如脱缰野马般肆意狂奔。当下的使命是在刑法扩张的浪潮中寻找其应有的章法与边界,确保其在有序与理性的轨道上前行。若将谦抑主义的内涵解读为慎刑,并将其细化为一系列可操作、可遵循的规则,我们便能以最小的社会成本预防与控制反社会行为,守护社会的和谐与安宁。

### (三)慎刑的规范化与具体化<sup>[37]</sup>

或许有人批判,犯罪化作为刑事法律体系的重大决策,其慎重性自不待言,将谦抑主义解读为慎刑现实意义不大。可能还有人质疑,将谦抑主义解读为慎刑,从应然的角度看

[35] 程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期,第23页。

[36] 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,第42页。

[37] 谦抑主义既是立法原则又是司法原则,所以慎刑既是立法准绳又是司法指引。在司法中,慎刑就是定罪克制,如果具体行为不上升到刑法处罚,就尽量不要定罪处罚。

无可厚非,但从实然来看可操作性不强。但是,在笔者看来,我国刑法在犯罪化过程中的慎重性确实存在提升的空间,诸如象征性立法、应急性立法以及刑法立法的“政策化”倾向,均在一定程度上反映了部分立法可能不够审慎,所以强调慎刑仍有现实意义。再者,针对我国刑法近年来的轻罪快速扩容、犯罪圈不断膨胀,很多学者提出了质疑,尽管质疑声音不一定都合理,但某种程度上说明了我国刑法扩张可能存在慎重性不足的问题。关于可操作性不强的质疑,这的确是一个值得深入探讨的问题,因而还需要进一步将慎刑具体化和规范化。具体而言,慎刑需要从形式和实质两个层面进行规范化和具体化。

### 1. 形式层面:通过严格刑法立法程序实现慎刑的规范化

刑法立法是解决将何种行为犯罪化,以及配置多重法定刑的活动,直接影响公民的基本权利与自由边界。因之,慎刑首先必须严格刑法立法程序,以确保刑法立法的正当性和民主性。结合我国刑法立法的实践,严格刑法立法程序应聚焦于解决好以下两个问题。

第一,刑法修正案的制定权宜回归全国人民代表大会。《立法法》第10条第1款规定,全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。刑法立法权包括制定权和修改权,因而《刑法》的修改也应由全国人大行使。同时,为顺应社会发展之需,《立法法》第10条第3款赋予全国人大常委会在全国人大闭会期间,对全国人大制定的法律进行部分补充与修改的权限。在笔者看来,增设新型犯罪、大幅度改变罪名的调整范围和法定刑的显著变动,均直接接触及公民自由与权利,属于关乎国计民生的重大事项,唯有作为人民意志的最高代表机构,方能行使这项权力。将刑法修正案的制定权收归全国人大,有助于真正实现慎刑,确保法律的制定既符合人民的根本利益,又彰显法治的尊严与公正。

第二,刑法立法必须坚定不移地全面践行立法民主。尽管立法机关在刑事立法实践中已经注重体现民主性,但仍有精进的空间。自1997年《刑法》颁布以来,平均每两年就对刑法进行一次较大幅度的修正,有的年份甚至一年两次修正,民主立法更显重要。立法民主是主权在民的具体体现,也是确保刑法立法慎重的重要手段,应当全面贯彻。也只有广泛倾听社会各界的声音,集思广益,才能深入洞察社会需求与公众期盼,从而制定出更加贴近社会实际、更符合社情民意的刑法。

### 2. 实质层面:借助科学立法实现慎刑的具体化

慎刑的实体层面主要是践行立法科学化,避免将轻微的反社会行为犯罪化,避免处罚不当罚的行为,防止造成资源浪费。在笔者看来,慎刑的实质层面可以具体化为三个原则。

第一,社会相当性原则。就自然犯而言,何种反社会行为应当犯罪化,实质上是一个社会相当性问题。法律制度不是不与伦理道德、政治、历史以及其他东西掺和在一起,并非纯净科学。<sup>[38]</sup>“刑法制度甚至每一个罪名背后都有自己的法律文化基因,何种行为应犯罪化,并应配置多重的刑罚,表面上取决于立法机关,实则很大程度上受制于当地文化。”<sup>[39]</sup>

[38] 参见[德]米歇尔·施托莱斯著:《德国公法史》,雷勇译,法律出版社2007年版,第485页。

[39] 魏汉涛:《中国刑法学复兴需要有文化自信和文化自觉》,《法商研究》2018年第5期,第14页。

以聚众淫乱为例,这种行为之所以被犯罪化,不是因为它侵害了某种个人法益,也不是因为其他手段不足以遏制这种行为,而是因为在中国文化中这种行为超出了社会容忍度。刑法对自然犯的规制大多有社会相当性的考量,罪与非罪界限的设置是如此,法定刑轻重的配置亦是如此。法律不是要禁止所有对法益有害的行为,而是禁止那些使社会生活变得紊乱的侵害行为。在历史形成的共同生活的社会道德制度内部活动的各种行为,就具有社会相当性,即便侵害了法益也不应以犯罪论处。<sup>[40]</sup> 在人类发展的历程中,在社会秩序框架内认可的行为自然不能被犯罪化,只有那些超出社会所能容忍的行为,才可能上升到刑法调整。社会相当性的判断很大程度上是民众朴素的判断,是基于一定的社会文化背景和普遍价值观念,往往是他们的日常生活经验、道德直觉和一般法律意识。因此,贯彻慎刑,立法者不能想当然,必须深入调查研究,倾听民众的心声。

需要说明的是,在自然犯领域以社会相当性作为犯罪化是否慎重的实质标准,还要遵循“立法者不尊重稀罕之事”的法理。<sup>[41]</sup> 这一法理意指某种行为虽然达到了社会无法容忍之程度,但如果极少发生,也没有必要犯罪化。根据这一标准,有些行为就没有必要犯罪化。例如,2020年,媒体曝光山东省聊城市冒名顶替上大学事件,被顶替者的遭遇令人惋惜,冒名顶替者的行为让人心恶痛绝,严惩冒名顶替者的呼声高涨。<sup>[42]</sup> 随后不久,2020年12月通过的《刑法修正案(十一)》就增设了冒名顶替罪。从社会容忍程度来看,冒名顶替者的行为应当处罚,但将这种行为犯罪化的现实意义并不大。因为随着实名认证的普及和学籍管理的规范化,冒名顶替已经逐渐失去了存在的空间,以后基本上不可能出现冒名顶替上大学的情况,将这种行为犯罪化不具有一般预防效果。从目前的司法实践来看,尚未有最终认定为“冒名顶替罪”的判决。

第二,经济性原则。就行政犯而言,刑法与行政法都是社会治理手段,区别主要在于手段的严厉性,因而采用行政法治理还是刑法治理,主要考量的是经济性,即投入产出的问题。例如,关于预防某些现代风险问题,虽然采用刑法更有利于达到保障个体、社会及国家安全免受新型风险威胁的目的,但可能投入大于产出,因而必须衡量在运用刑法防卫现代风险时所丧失的利益是否小于所获得的利益。美国学者孙斯坦(Cass R. Sunstein)教授直言:“除非法律作出了相反的要求,对风险规制的司法审查应当要求规制机构在对成本和收益都作出合情合理的评估的基础上,证明规制措施能够带来超过成本的好处。”<sup>[43]</sup> 引入经济原则考察犯罪化是否慎重,可以避免不考虑成本的犯罪化冲动,可以协调刑法与行政法在社会治理中的关系,防止刑法“越位”。换言之,引入经济性原则限制犯罪化,将刑法的调整范围控制在一个恰当的范围之内,并通过与其它法律配合,可以实现社会治理效益的最大化。

第三,保护实在法益原则。刑法的目的在于保护法益。并非出于法益保护,或者以精

[40] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第192页。

[41] 张明楷著:《刑法格言的展开》(第三版),北京大学出版社2013年版,第173页。

[42] 参见刘言:《顶替者,陈某某》,《中国青年报》2020年06月17日第006版。

[43] [美]凯斯·R. 孙斯坦著:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第137页。

神化、空洞化的法益保护进行犯罪化,就是立法不慎重。随着非传统安全的拓展,为了保障安全,立法者将诸如公众健康、公共安全、管理秩序、社会安宁等较为抽象的东西,以国家法益、社会法益或集体法益的名义上升为刑法保护的對象,甚至进行象征性立法,导致刑法保护的边界模糊,这需要改进。引入保护实在法益原则作为落实慎刑的具体规则,要求“国家法益与社会法益都必须能够还原为个人法益时,才可能是值得刑法保护的法益”。<sup>[44]</sup>换言之,“在保护集体性利益时,必须要确保意欲保护的集体性利益与个体法益的保护之间存在关联性,不能将与个体法益毫无关联的集体性利益作为刑法保护的對象。”<sup>[45]</sup>此外,随着新型风险的增多,为了防范风险,预防性路径主导下的刑法范式在入罪标准上放松了对行为所造成的实害的考量,法益保护前置化、预备行为实行化成为刑法立法的新常态。如果引入保护实在法益原则,则“只有当某种危险行为具有引发或者协同后继犯的高度盖然性,才有必要制定预防刑法加以禁止。而该高度盖然性的判断必须具有经验依据”。<sup>[46]</sup>

#### 四 结语:传统理论需要批判性审视

每个时代都有自己的话语印记,并孕育出与之相匹配的理论体系。是故,对于那些植根于特定时代的理论,在当前背景下是否依然适用,需秉持批判性的审视态度。传统理论往往是在特定的历史、文化和社会环境中生根发芽,难免带有时代的烙印和局限。通过批判性审视,能够剥去这些理论的表象,洞察其内在不足,从而避免在实践中误入歧途。不同的理论在不同的情境下其适用性会有所差异,借助批判性审视,可以准确地判断传统理论在当前问题或情境中的契合度,进而决定是否需要进行调整或优化。批判性审视还是丰富和发展传统理论的强大动力,它不仅是对传统理论的挑战,更是推动其不断完善的源泉。通过质疑与反思,能够发现传统理论的不足,激发新的理论假设与观点,为学术领域的繁荣与进步贡献力量。

刑法谦抑主义作为刑法学说史话中的一颗璀璨明珠,对刑法走向理性作出了卓越的贡献。但若因谦抑主义的重要性而盲目崇拜,进而不分场域地固守,无疑会阻碍刑法的进步与发展。刑法谦抑主义起源于启蒙时期,彼时的社会背景和当今中国社会现实可谓天壤之别,我们是否仍应毫不动摇地信奉传统的刑法谦抑主义,值得深思。在社会本位的价值体系以及刑法既定性又定量的法律文化背景下,面对新时代社会变革的洪流,有必要对刑法谦抑主义进行重新审视,并赋予其新的内涵。

[本文为作者主持的2022年度国家社会科学基金项目“生物安全视野下人类基因科技开发与应用的刑法规制研究”(22BFX046)的研究成果]。

[44] 张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第81页。

[45] 张永强:《预防性犯罪化立法的正当性及其边界》,《当代法学》2020年第4期,第113页。

[46] 王良顺:《预防刑法的合理性及限度》,《法商研究》2019年第6期,第63页。

## The Direction That Ought to Be Taken by the Doctrine of Modesty of Criminal Law

[ **Abstract** ] The doctrine of modesty of criminal law is facing unprecedented challenges posed by social changes. Against this backdrop, criminal law scholars have engaged in intense discussions on the principle of criminal law restraint, gradually forming two opposing positions: the “adherence theory” and the “rejection theory”. The former is conducive to curbing criminal law’s interference in individual freedom, helps to reject the “omnipotence of criminal law”, and mitigates the negative consequences of punishment. However, this viewpoint may hinder criminal law’s evolution with the times and weaken its positive role in social governance. The latter can promote innovation in criminal law, significantly enhance its preventive effect, and help demonstrate its positive role in social governance. Nevertheless, this viewpoint may steer criminal law towards the quagmire of severity and increase the consumption of judicial resources, potentially leading to “criminal law omnipotence”. In fact, the principle of criminal Law restraint is not a universally applicable truth transcending time and space. It has two major limitations. Firstly, it has temporal limitations. This principle originated in the Enlightenment era of arbitrary criminal justice, but today, where sovereignty resides with the people, legislative power in criminal law is no longer arbitrary. Secondly, it has perspective limitations. The principle views the state from the citizen’s perspective, emphasizing freedom and human rights protection. However, examining criminal law requires consideration from both the citizen’s and the state’s perspectives, as a single perspective can inevitably lead to cognitive biases. Therefore, we should not blindly or rigidly adhere to this principle but should critically examine it. The original connotation of the doctrine of modesty of criminal law is that the principle of last resort should be adhered to in criminal legislation. This principle does not hold up to scrutiny, and legislators rarely use it as a criterion for criminalization. Moreover, implementing the principle of last resort is sometimes not the optimal choice. In the new era, the connotation of the doctrine of modesty of criminal law should be interpreted as prudence in punishment and normalized and specified in both formal and substantive aspects. Formally, the normalization of prudence in punishment should be achieved through strict legislative procedures in criminal law. Only by adhering to strict legislative procedures can we ensure the legitimacy of criminal legislation, and formulate criminal laws closer to social reality and more in line with public sentiment. Substantively, it can be embodied in the principles of social equivalence, economy, and the protection of real legal interests. Only in this way can we avoid criminalizing minor anti-social behaviors, prevent improper punishment, and reduce waste of resources.

---

(责任编辑:贾元)