

刑法谦抑原则实现的司法路径

柏雪淳*

内容提要：在刑法立法积极时代，提倡司法谦抑主义成为犯罪治理的客观必然。刑法立法积极导致的过度犯罪化、重刑化存在侵犯自由的风险，需要借助司法谦抑主义予以矫正。司法谦抑主义基于全面慎刑的刑法理念判断，合理划定刑法的处罚范围，成为在立法积极与司法限缩之间寻求合力的理论选择，能够实现自由与安全之间的平衡。现代刑事司法需要正确处理刑法的合法性与节制性之间的辩证关系，以司法谦抑消解立法积极本身所具有的“副作用”。这涉及实体法与程序法两个维度：从实体法上要求重视个罪之出罪事由的体系化建构，强化需罚性的二重判断；在程序法层面则需要确立犯罪治理的刑事司法理念，完善非监禁性措施、事前的社会复归等相关的程序制度，并实现刑事诉讼法上的“社会危险性”与刑法上的“社会危害性”之间的对接。

关键词：司法谦抑主义 慎刑 出罪事由 社会危险性 社会治理法

如何有效治理犯罪，是人类社会面临的共同问题。刑法具有社会治理法属性，追求社会善治与犯罪治理效果。社会善治要求完整全面准确贯彻落实宽严相济刑事政策。自2004年宽严相济刑事政策成为我国基本的刑事政策后，这一刑事政策对刑事司法提出了新要求，也产生了重要影响。2025年中央政法工作会议强调要“全面准确贯彻宽严相济刑事政策，在司法工作中充分考虑犯罪行为的社会危害性，注重人民群众的实际感受，做到该宽则宽、当严则严”^[1]。刑法谦抑原则是宽严相济刑事政策“从宽”的体现，如何因时因事准确地理解与运用“该宽则宽”成为关键。

近年来，过度犯罪化、重刑化、高逮捕率、高羁押率被批评为刑法过度参与社会治理的征表，理论界提倡刑法谦抑原则来约束刑法的不当扩张，借此表达“最小的刑法、最大的自由”的刑法基本理念。然而，现实层面并未真正践行“最小的刑法”，从我国刑法立法的发展看，通过

* 柏雪淳，东南大学法学院博士研究生。

本文为江苏省研究生科研创新计划项目“‘少捕慎诉慎押’刑事政策的理解与适用”（KYCX22_0311）的阶段性成果。

[1] 姜佩杉：《实干担当，奋力开创平安中国法治中国新篇章——聚焦2025年中央政法工作会议》，载《人民法院报》2025年1月14日，第6版。

十二部刑法修正案，刑法罪名由 414 个增加到 483 个，立法积极态势明显且以轻罪居多。从“两高”公布数据来看，2024 年检察机关办理刑事案件的逮捕人数、公诉人数，同比分别上升 3.6% 和下降 3.4%，其中，起诉电信网络诈骗犯罪、行贿犯罪、破坏社会主义市场经济秩序等犯罪同比均上升 53.9%、18.3% 和 13%。^{〔2〕} 2024 年 1—9 月人民法院受理刑事一审案件 91 万件，同比增长 0.9%。判处生效被告人 117.9 万人，同比增长 2.2%。^{〔3〕} 上述数据与轻罪时代的犯罪治理要求并不协调。面对新的犯罪浪潮、新的犯罪结构和新的司法难题，新的犯罪治理策略应强化司法谦抑主义，把刑法节制作作为司法的重要任务。我国当前已经进入建设高水平法治阶段，^{〔4〕} 高水平法治建设需要高质量司法。可以预见，维系“立法积极、司法谦抑”的动态平衡，将是我国高质量司法发展的基本要求。对此，刑法学理论需要研究刑法谦抑原则实现的司法路径，从法律一体化角度建构涵盖司法谦抑主义的实践方案，并使之体系化、法理化与具体化，以有效消除刑法立法积极带来的消极后果，积极服务于我国高水平法治建设的历史进程。

一、刑法谦抑原则的现实挑战及其功能再造

刑法理论是研究刑法立法、司法现象的学问，其并非一成不变，任何时代都有符合社会发展需要的刑法理论。当前，我国刑法立法呈现积极态势，是不可无视的客观现实，面对刑法立法的积极态势，更应提倡司法谦抑主义。

（一）刑法谦抑原则的现实挑战

从渊源上看，刑法谦抑原则为日本刑法理论所提出，后为中国学者介绍到国内，成为一种有力主张。日本学者指出：“所谓谦抑原则是指，刑法不应将所有的违法行为都作为其对象，而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象的原则。……谦抑原则是以刑法的补充性、不完全性和宽容性为内容的刑事立法和刑法解释的原理。”^{〔5〕} “刑罚这种制裁具有强制力，由于它同药效大的药物一样伴有副作用（资格限制与作为犯罪人的烙印），判断以什么作为刑法的对象时，必须慎重考察对某种行为是否有必要动用刑罚来抑止。”^{〔6〕} 自 20 世纪 90 年代中期由我国学者引进至今，^{〔7〕} 刑法谦抑原则已经成为反思刑法不当犯罪化立法的有力工具，^{〔8〕} 以刑法谦抑原则审视犯罪化立

〔2〕 参见应勇：《最高人民法院工作报告——二〇二五年三月八日在第十四届全国人民代表大会第三次会议上》，载《人民日报》2025 年 3 月 16 日，第 2 版。

〔3〕 参见乔文心：《最高人民法院公布 2024 年 1 至 9 月司法审判工作主要数据》，载《人民法院报》2024 年 10 月 17 日，第 1 版。

〔4〕 “建设更高水平的社会主义法治国家”是习近平总书记致中国法学会第九次全国会员代表大会的信（2025 年 1 月 10 日）中提到的新概念，是今后一段时期中国特色社会主义法治建设的基本目标。

〔5〕 〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 8 页。

〔6〕 〔日〕西田典之：《日本刑法总论》（第 2 版），刘明祥、王昭武译，法律出版社 2013 年版，第 25—26 页。

〔7〕 国内学者基本引用日本学者平野龙一的著作理解刑法的谦抑性，即刑法的补充性、不完整性和宽容性。参见张明楷：《论刑法的谦抑性》，载《法商研究（中南政法学院学报）》1995 年第 4 期，第 55 页。

〔8〕 参见马克昌：《我国刑法也应以谦抑为原则》，载《云南大学学报（法学版）》2008 年第 5 期，第 3 页；陈兴良：《本体刑法学》（第 3 版），中国人民大学出版社 2017 年版，第 60—65 页；李洁、孔祥参：《刑法的扩张对谦抑性的背离》，载《社会科学辑刊》2020 年第 2 期，第 66 页；苏永生：《刑法谦抑主义的西方图景与中国表达》，载《法学杂志》2016 年第 6 期，第 74 页；等等。

法的成果越来越多，〔9〕甚至成为批判立法的“万金油”理论。〔10〕刑法谦抑原则与德国学者主张的比例原则、英美学者主张的刑法最后手段原则等近似，其核心要义是强调刑法的后置性，实际上是一种更偏重限制立法扩张的理论。

然而在刑法立法积极扩张时代，刑法谦抑原则面临理论功能定位的现实挑战。一方面，刑法谦抑原则作为限制刑法立法的理论遭遇立法扩张和理论转向的双重冲击，需要厘清其理论定位。我国1979年《刑法》共有129个具体罪名，之后即以单行刑法或附属刑法的立法模式增加新罪。1997年新《刑法》将罪名增加至414个，18年间刑法中的罪名增加220.93%，犯罪化立法态势明显。此后，刑法修正案相继共增设69个新罪名，仍呈现立法积极走向。刑法的任务及其科学性集中体现为立法实践回应社会发展中法益保护与风险控制的需要。刑法理论上积极刑法立法观被提出，刑法理论如何搁置“谦抑性原则”成为新的问题，主张抛弃刑法谦抑原则的声音愈来愈强烈。有观点指出，刑法谦抑原则与积极刑法立法观并不冲突，“限定处罚范围不是刑法谦抑性（刑法的辅助性、最后手段性、片段性）的必然内容，立法上进行一定程度的犯罪化未必违背刑罚谦抑性”〔11〕。还有学者认为，刑法谦抑原则的实现路径是“立法扩张与司法限缩”并轨。〔12〕显然，上述观点尽管尚未明确放弃刑法谦抑原则，但其内涵已与原初含义不同，通过重新定义刑法谦抑原则或对刑法谦抑原则减让，为刑法立法的犯罪化扩张松绑。另一方面，在刑法立法积极时代，系统构建司法谦抑主义的具体内容成为新的理论目标。刑法谦抑原则应当是一种二元建构，包括立法谦抑主义和司法谦抑主义。立法谦抑主义不反对犯罪化立法，立法的积极态势并不意味着放弃刑法谦抑原则对立法的反思批判功能，而是应当以此排除过度犯罪化意义上的激情立法、案例立法、现象立法等非理性现象。司法谦抑主义则需要坚持全面慎刑理念，不仅需要正确对待实质解释论，把形式上符合刑法规定而实质上不具有法益侵害的行为解释为无罪，而且需要审慎运用逮捕、监禁等刑事强制措施，避免因大规模监禁导致过度惩罚。

总结而言，刑法谦抑性原则需要在新的立法背景下寻找作用空间：一方面，刑法理论应建构合理的立法理论，理性慎思当前刑法立法呈现的积极态势，刑法谦抑原则仍是反思刑法立法的重要标准；另一方面，应重新审视刑法谦抑原则的功能及其定位，在司法层面为刑法规范正确运用提供理论支撑。

（二）司法谦抑主义：刑法谦抑原则的重心转向

相比于立法谦抑主义，司法谦抑主义在立法积极时代更具价值。司法谦抑主义认识到刑法立法积极扩张带来的副作用，强调通过司法节制予以消除，从犯罪的“出口”层面限缩刑法适用范围。因此，首先需要进一步明确司法谦抑主义的基本内涵。

首先，司法谦抑主义不同于基于罪刑法定原则的司法合法性。国内有学者指出，司法不能违

〔9〕 参见刘艳红：《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》，载《法商研究》2011年第4期，第26页。

〔10〕 参见黄云波、黄太云：《论稳健型刑法立法观》，载《中国刑事法杂志》2019年第3期，第55页。

〔11〕 周光权：《转型时期刑法立法的思路与方法》，载《中国社会科学》2016年第3期，第133页。

〔12〕 参见田宏杰：《立法扩张与司法限缩：刑法谦抑性的展开》，载《中国法学》2020年第1期，第166页；孙国祥：《反思刑法谦抑主义》，载《法商研究》2022年第1期，第95页。

背刑法的谦抑性而随意入罪、出罪，^{〔13〕} 这里其实是指司法的合法性。司法尊重立法，是法治国原则下立法权与司法权之间的位阶关系所决定的，也是罪刑法定原则的核心要义，是司法合法性的体现。现有的理论学说容易混淆司法谦抑主义与罪刑法定原则之间的界限。从刑法角度看，司法对刑法立法的尊重，应具体体现在个案裁判中贯彻罪刑法定原则，即正确区分罪与非罪、此罪与彼罪、轻罪与重罪、一罪与数罪等的界限。在新的立法环境下，立法的积极扩张包括采取更灵活的法律规定，导致刑法中开放性的构成要件增多，由此给罪刑法定原则的贯彻落实带来新挑战，突破罪刑法定原则的约束而进行类推适用，这种司法上的犯罪化扩张在法律实践中较为常见。例如，把出于友情初次提供银行卡供他人使用的行为，解释为洗钱罪的帮助犯。以罪刑法定原则为主轴的刑法解释论，讨论的是刑法适用的合法性。如果刑法适用立足于司法积极回应民众之安全保障的需求，动辄突破罪刑法定原则的边界而进行入罪解释，本身即为对罪刑法定原则的破坏。反过来，基于罪刑法定原则而要求正确适用刑法，这是罪刑法定原则的应有之义，并非司法谦抑主义。

其次，司法谦抑主义的核心要义是刑法节制。刑法节制是在罪刑法定原则基础上进一步宽大，强调“刑法只能作为最后的手段使用”^{〔14〕}。对于实体法上不成立犯罪的情况，刑事司法系统中的任何一个环节，都应及时作出出罪判断，这种出罪判断体现了罪刑法定原则。如“徐州费氏鸚鵡案”“昆山于某明正当防卫案”等尽管均以不捕、不诉方式结案，但这类案件并不是程序正义问题，而是实体法上不成立犯罪的基本判断，其中，于某明案属于正当防卫，而费氏鸚鵡案涉及的鸚鵡系人工繁殖，并不能成为行为对象，当属于无罪。^{〔15〕} 司法机关对上述案件撤销案件或不起诉，是贯彻罪刑法定原则的体现，不宜把这类案件处理视为对司法谦抑主义的运用，若以司法谦抑主义为依循，强调对此类案件“法外开恩”或程序出罪，反而会混淆罪刑法定原则与刑法谦抑原则的界限。司法谦抑主义是在罪刑法定原则基础上强调刑法节制，例如，对于情节轻微的案件不起诉或不定罪，即在正确区分罪与非罪、此罪与彼罪之基础上进一步强调刑法节制，是在减少社会对立的视野下看待刑法的出罪体系与司法上的非监禁措施。

最后，司法谦抑主义涉及实体法与程序法两个维度。在实体法层面借助法益保护原则、罪刑法定原则限缩刑罚处罚的边界，以入罪层面的限缩解释与出罪层面的扩大解释抵消立法积极带来的负面效应，具体包括：一是，对于处于罪与非罪“模糊地带”的行为，根据刑法谦抑原则不按照犯罪处理；二是，对于处于轻罪与重罪“模糊地带”的行为，根据刑法谦抑原则不按照重罪处理；三是，在重刑与轻刑之间，尽可能选择轻刑，在实刑与缓刑之间，扩大缓刑的适用比率；四是，慎用罚金、没收财产等财产刑。在程序法层面，司法谦抑主义意味着刑事司法系统实现从监禁性到非监禁性、从事后社会复归到事前社会复归、从惩罚性到恢复性、从积极的一般预防到积极的特别预防、从制止性抗制到预防性抗制等基本转变。

〔13〕 参见简爱：《一个标签理论的现实化进路：刑法谦抑性的司法适用》，载《法制与社会发展》2017年第3期，第27页。

〔14〕 Douglas Husak, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 Oxford Journal of Legal Studies 207, 207 (2004).

〔15〕 最高人民法院、最高人民检察院2022年4月6日《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款规定：“涉案动物系人工繁育，具有下列情形之一的，对所涉案件一般不作为犯罪处理；需要追究刑事责任的，应当依法从宽处理：（一）列入人工繁育国家重点保护野生动物名录的；（二）人工繁育技术成熟、已成规模，作为宠物买卖、运输的。”

综上，刑法谦抑原则的内涵不得脱离刑事司法上的刑法节制理念，这标志着刑法谦抑原则的重心转向。司法谦抑主义是刑法谦抑原则对司法的要求，提出了贯彻全面慎刑思想的目标。当然，为什么要坚持司法谦抑主义，仍需进一步论证。

二、为什么是司法谦抑主义：从积极刑法立法观视角的思考

司法谦抑主义是对积极刑法立法观反思的产物。积极刑法立法观导致刑法整体罪名大幅度增加以及个罪之犯罪圈膨胀，固然可以发挥部分犯罪预防功能，但也会把不少本属于行政违法、民事违约的行为纳入犯罪圈，导致过度犯罪化。司法谦抑主义具有矫正积极刑法立法观之实践偏误的功能价值。

（一）司法谦抑主义是对过度犯罪化的合理矫正

刑法是反射法，刑罚太多的社会，并不是好的社会，而是本身就相当不安全的社会，是威慑条件不受控制的社会。^{〔16〕}从历史视角观之，过度犯罪化是一种对社会秩序的苛父式维护，其固然可在短时间保障社会安全，但从长远看，却是制造社会安全隐患的根源。刑法立法者基于社会安全的考量，把原本由其他法律调整或尚未被法律调整的行为纳入刑法调整，若缺乏有效约束，则会导致“犯罪圈越大、安全圈越小”的怪象：（1）犯罪圈大，可能会超出司法承载能力，如果刑法制定后得不到有效实施，导致选择性司法或拼凑式司法，反而使“犯罪滋生、社会安全难以保障”。（2）社会安全同时与惩罚几率相关，若只重视惩罚强度而不重视惩罚几率，则社会安全也难以得到真实保障。（3）过度犯罪化导致刑法与民法、行政法、经济法等的边界不清，司法机关会借助司法解释扩大犯罪边界，破坏罪刑法定原则。刑法过度运用刑罚手段控制和预防犯罪，本身也可能成为引发社会不安的潜在源头。最高人民法院工作报告显示：2009—2011年全国各级法院全年审结一审刑事案件分别为76.7万、77.9万和84万件，判处罪犯分别为99.7万、100.6万和105.1万人。2018—2020年，全国各级法院审结一审刑事案件分别为119.8万、129.7万和111.6万件，判处罪犯数量分别为142.9万、166万和152.7万人。^{〔17〕}十年间，在人口保持基本恒定的前提下，上述数字增加50%以上；二十年期间，判处罪犯的人数基本上以每年5万人的数量递增。司法实践中犯罪人数增加看似积极维护了社会安全，但其实隐含着刑罚对社会的副作用，不仅使司法成本增加，更多人身陷囹圄且因就业歧视等原因复归社会受阻，再犯几

〔16〕 参见〔德〕约亨·本克：《当今刑法的五个基本问题》，樊文译，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第10卷，社会科学文献出版社2017年版，第250页。

〔17〕 参见王胜俊：《最高人民法院工作报告——2010年3月11日在第十一届全国人民代表大会第三次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2010年第3期，第308页；王胜俊：《最高人民法院工作报告——二〇一一年三月十一日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》，载《人民日报》2011年3月20日，第2版；王胜俊：《最高人民法院工作报告——2012年3月11日在第十一届全国人民代表大会第五次会议上》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第4期，第3页；周强：《最高人民法院工作报告——二〇一九年三月十二日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上》，载《人民日报》2019年3月20日，第2版；周强：《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2020年第2期，第366页；周强：《最高人民法院工作报告——二〇二一年三月八日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上》，载《人民日报》2021年3月16日，第3版。自2021年后，最高人民法院工作报告不再涉及每年度判处罪犯数量，故无法进行最新数据统计。

率升高，制造新的社会不稳定因素。

对刑法立法导致的过度犯罪化及其根源问题，刑法学界进行了深刻反思。国内学者对浪漫主义立法观、刑法立法情绪化、预防刑法导致的模糊刑法干预界限的风险等问题进行了理论检讨。^{〔18〕} 国外学者则提醒需要对激进的法治助长滥用法律的行为、^{〔19〕} 刑法规模和范围的爆炸式增长^{〔20〕} 等保持警惕。上述核心观点即刑法节制观念。社会转型时期各方面的矛盾增加，刑法立法之根据涉及社会发展的实际需求、民众的安全保障需求、刑法与其他法律的关系构建、刑事司法的承载能力等多维因素。仅以谦抑性原则要求立即停止或限制犯罪化立法既难以被认可也不具有可行性。笔者认为，刑法谦抑原则与刑法立法之间是一种审查与被审查的关系，即刑法谦抑原则是刑法立法的审查标准，能够把激情立法、案例立法等非理性、不科学的立法摒除。

司法谦抑主义是对行动上的刑事定罪认识的产物。刑事定罪有立法层面设计的定罪和刑事司法活动产生的定罪之区别，前者被称为纸面上的刑事定罪，后者被称为行动中的刑事定罪，包含并反映了刑罚系统如何执行等全部范围。一直以来，刑法理论经常忽视实质性刑事定罪，更专注法益保护原则、刑法家长主义和功能主义等问题的争论。其实，刑事定罪的规范性理论必须包含对司法运行中刑事定罪的规范性解释，不仅需要关注纸面上的刑法，还需要关注其如何适用和执行才满足正义的要求，并借此消除过度犯罪化对法治原则的结构性侵犯。刑事司法的任务是通过正义的审判确认规范的效力，这是犯罪预防的重要条件。在满足个罪之构成要件的前提下，良法善治等法治价值实际上为法官在刑法适用中给予被告人谦抑性的宽大处理提供了积极的理由，这也是司法裁决取得民众认同的关键因素。

（二）司法谦抑主义能够平衡安全与自由的冲突

刑法理论构建须在系统视野中进行，积极刑法立法观在实践转换过程中极易发展为激进刑法观，导致过度犯罪化及过度监禁，因此，必然要更重视司法谦抑主义。刑法谦抑性原则需要解决刑法立法带来的处罚范围扩大等问题，并在具体的司法路径中平衡安全与自由的冲突。

从宪法视角看，民众均有受保护的行动自由，反对不当惩罚的权利、反对无理监禁的权利、反对不当犯罪化的权利。^{〔21〕} 过度犯罪化、泛刑罚化、过高监禁与重刑化，都意味着对公民自由的不合理限制或对公民合法权益的剥夺。保障公民的合法权利，是刑法文明的体现，更是法治的基本要求 and 根本目标。^{〔22〕} 在一个法治国家中，“没有任何一种国家工具，会像刑法那样制度性地强力介入到公民的自由空间之中”^{〔23〕}，刑罚是国家对于人民所能科处的各种措施中最严厉的一

〔18〕 参见付立庆：《刑法修正案八中的浪漫主义思维——以醉酒驾驶入罪为切入的反思》，载《云南大学学报（法学版）》2011年第5期，第104页；何荣功：《预防刑法的扩张及其限度》，载《法学研究》2017年第4期，第138页；刘宪权：《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案（九）〉为视角》，载《法学评论》2016年第1期，第86页。

〔19〕 See András Sajó, *Militant Rule of Law and Not-so-Bad Law*, 16 *Hague Journal on the Rule of Law* 525, 526 (2024).

〔20〕 See Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 3.

〔21〕 See Salil Dudani, *Unconstitutional Incarceration: Applying Strict Scrutiny to Criminal Sentences*, 129 *The Yale Law Journal* 2112, 2121 (2020); [英] 丹尼斯·J. 贝克：《不被犯罪化的权利：刑法规制的界限》，王晓晓译，社会科学文献出版社2023年版，第10页。

〔22〕 参见张文显：《坚持正确的人权观，加强人权执法司法保障》，载《人权》2024年第6期，第29页。

〔23〕 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔：《现代社会中的刑法与两种安全》，陈璇译，载《苏州大学学报（法学版）》2023年第4期，第152页。

种，是对宪法保障的基本权利最强烈的侵害。作为法律保留原则在刑法领域的具体体现，“罪刑法定的刑法信仰要求现代刑法不能过于政治化和工具化，它提倡刑事惩罚的合理性与适当性”〔24〕。自古典时期以来，刑法就既是一种保护法益的必要手段，也是保障公民自由的工具，强调以法益侵害为标准界定犯罪的可罚性基础。预防性刑法从某种意义上突破了该界限，它是一种基于安全考虑的预防性手段，“预防”在古典刑法中只是一个补充目标，却在预防性刑法中逐步发展为占主导地位的目标。〔25〕现代刑法为回应社会风险，确立“抓早、抓小、抓全”的立法政策，这种对安全保障的扩充和对自由的紧缩动摇着刑罚权发动的正当性根基，带来司法在自由与安全之间的“摇摆不定”。

从社会治理视角看，刑法不仅是司法法，还是社会治理法。最高人民法院工作报告中指出要“努力实现案件办理政治效果、法律效果、社会效果有机统一”〔26〕。实现三个效果的统一是对法条主义的纠正，需要重视犯罪治理及其效果。刑法立法积极并不意味着刑法能够有效参与社会治理，反而可能因犯罪化扩张和重刑化削弱刑法的社会功能，使刑法与社会之间关系更紧张。刑事司法通常具有攀比效应，面对刑法立法的犯罪化，司法上的过度入罪化、泛刑罚化、过高监禁化与重刑化随之不可避免，实际社会中的自由被“层层加码”，再犯罪率攀升的同时，累犯从严的实践考察显示其对减少犯罪与社会防卫失效，〔27〕故需借助刑事司法谦抑予以有效化解，防范不必要的刑罚处罚所导致的刑法功能偏移。刑事司法积极参与社会治理对刑事司法能力与刑事司法目标提出新要求。第一，民主立法时代，刑法立法具有对公民之安全保障需求予以回应的功能，化解“犯罪圈越大、安全圈越小”悖论需要借助司法谦抑主义。第二，立法面向社会全体成员，影响范围广泛，司法针对的具体个案通常有其特殊性，司法谦抑主义既是对立法副作用的化解，也不会因大费周章而影响过多民众。第三，刑法的宽严与国家治理能力有关，当国家治理能力提高时，社会矛盾也会随之下降，诱发犯罪的原因自然减少。刑事司法需要重视犯罪治理的整体效果而非仅聚焦治罪，提倡与强化司法谦抑主义恰逢其时。司法谦抑主义是利弊权衡之后的抉择，司法机关需要以刑法谦抑原则为根基，实现刑法理念与规范实践路径的深度融合，并从实体法与程序法层面予以实现。

三、司法谦抑主义实现的实体法路径

司法谦抑主义的价值诉求是人权保障，司法谦抑主义的具体化包含出罪体系构建，要求“准确把握犯罪的基本特征，对不具有严重社会危害性和应受刑罚惩罚性的行为，依法作出不批捕、不起诉决定”〔28〕，在实体法层面，需完善个罪出罪事由的体系化建构，强化需罚性的二重判断。

〔24〕 刘艳红：《刑法的根基与信仰》，载《法制与社会发展》2021年第2期，第168页。

〔25〕 Vgl. Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts, ZRP, 1992, S. 380ff.

〔26〕 周强：《最高人民法院工作报告——二〇二三年三月七日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》，载《人民日报》2023年3月18日，第4版。

〔27〕 参见劳佳琦：《我国累犯从严实效之实证研究》，载《中外法学》2014年第6期，第1648页。

〔28〕 苗生明、周惠永、纪丙学：《准确把握刑事追诉标准 发挥不捕不诉及复议复核制度的价值功能——最高人民检察院第五十二批指导性案例解读》，载《人民检察》2024年第10期，第24页。

（一）以实质解释合理拓展个罪的出罪空间

刑事司法必然涉及刑法解释的宽严与方法选择，刑法解释固然是对刑法条文之含义与意义的解释，但这种解释受制于刑法理念，刑法理念不同，刑法解释的宽严与方法选择就会存在差异。司法谦抑主义蕴含刑法节制理念，是我国刑法解释宽严与方法选择的方向标。就司法谦抑主义与刑法解释方法的关联而言，可以从形式解释论与实质解释论区分的角度进行论述，司法谦抑主义与坚持全面慎刑思想一脉相承，都是对大规模监禁、重刑的反思，应将其落实在具体的解释方法当中，明确实质解释在拓展出罪空间中的功能，需要注意以下三个方面。

第一，实质解释是“以法律入罪与以法益出罪”的综合形态。实质解释方法的风险是对入罪采取实质解释，导致扩大解释与类推适用之间界限不清，故应坚持“形式入罪的合法性与实质出罪的合理性”^{〔29〕}这一实质解释基本原则。一方面，入罪严格遵守罪刑法定原则，严格禁止违背明确性原则的类推适用，某种行为尽管实质上具有法益侵害性或侵害危险，但并没有被刑法明确禁止，则不能以具有相同本质解释入罪。另一方面，实质解释强调个罪之保护法益对构成要件涵摄的行为类型的限定功能，对出罪则强调进行有无法益侵害、所保护的法益是否值得刑法保护、其他法律能否达成法益保护的目等基本判断，避免刑法因保护虚拟的法益、负价值或低价值的法益或违背法秩序一致性原理而形成“合法但不合理”的解释结论。当然，实质解释中依法益出罪并非一刀切模式，需要重视法益保护位阶在解释论中的运用。非人身法益的刑法保护在罪与非罪临界点遭遇争议时，当适当强化出罪解释；在重罪与轻罪区分模糊时，当适当强化轻罪解释。人身法益犯罪与非人身法益犯罪的解释规则并不相同，前者在遭遇罪与非罪临界点、重罪与轻罪区分难题时，当适当强化入罪解释、重罪解释，后者则适当强化出罪解释、轻罪解释。坚持这一解释规则，意味着在非人身法益犯罪认定领域，为贯彻落实司法谦抑主义提供了实体法支撑。

第二，实质解释方法只能在出罪意义上适用。从罪刑法定原则出发，入罪意义上的实质解释存在类推适用风险，应当予以抛弃。现代刑法立法越来越倾向于对个罪采取模糊性构成要件，再由司法解释对个罪的犯罪构成予以明确，因此，如何使刑法立法保持对新型犯罪的回应功能，又不至过度干预民众自由，成为司法解释的重要任务。从罪刑法定原则出发，司法解释不能任意突破刑法规范可能涵摄的范围，^{〔30〕}对于刑法漏洞，只能通过刑法立法予以补充，不能违背法治原则进行类推适用。然而，不少司法解释突破罪刑法定原则而对立法未决事项或法外空间随意予以增添、删减，带有浓厚的造法色彩。^{〔31〕}以洗钱犯罪的“明知”解释为例，“两高”2024年8月19日《关于办理洗钱刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条把“明知”拓展解释为“知道或应当知道”，这里的应当知道尽管以客观情况为判断标准，但整体明确性不足，实践层面极易滑向“可能知道”，从而与过失犯罪的“应当预见”之间产生混淆，把洗钱罪变相解释为包括故意与过失的犯罪，扩大洗钱罪的适用范围，在刑法法条之外创制洗钱罪新的入罪标准，属于典型的类推适用。此外，该司法解释第5条对“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质”的解释，除了明确六种具体情形外，仍规定了兜底条款，对刑法立法而言是一种“哈哈

〔29〕 刘艳红：《实质出罪论》，中国人民大学出版社2020年版，第36页。

〔30〕 参见詹红星：《刑法司法解释的宪法审视》，载《政治与法律》2013年第4期，第61页。

〔31〕 参见刘风景：《司法解释权限的界定与行使》，载《中国法学》2016年第3期，第218页。

镜”的映像存在，这都存在类推适用的风险。因此，我们仍需要坚守，刑法是司法解释不可逾越的“藩篱”。

第三，以实质解释拓展刑法中的出罪事由。从我国现行刑法规定来看，除分则个罪设置行政前置性要件这一出罪事由外，其他出罪事由均由总则规定，涉及正当防卫和紧急避险。这两类出罪事由均针对自然犯，如正当防卫局限于侵犯人身权利的犯罪，紧急避险的适用范围则更窄，司法实践中也鲜有紧急避险出罪的情况，两者的适用范围非常有限。刑法理论的努力方向是在正当防卫与紧急避险之外拓展新的出罪事由。刑法出罪事由是一种多维形式的理论体系。不同于入罪规范的封闭性，刑法中的出罪事由具有开放性。^[32] 从有无刑法明文规定来看，有法定出罪事由（正当防卫、紧急避险）与非法定出罪事由（如被害人承诺、自救行为、义务冲突等）之分；从不法与有责区分来看，有违法阻却事由与责任阻却事由之分；从宪法与刑法关系来看，亦有违反比例原则的出罪、不得把属于公民的基本权利的行为解释为犯罪（如对政府官员的批评性言论）等。从犯罪概念与犯罪本质来看，《刑法》第13条但书条款亦为出罪事由。对于超法规的出罪事由存在体系定位的不同认识，^[33] 需要加深理论研究，以搭建个罪之保护法益与构成要件之间的关系。实质解释的本质，是借助于个罪的保护法益对构成要件涵摄范围的实质限定作用，把不符合刑法正义的入罪去除。法律追求正义，但正义有着博登海默所言的普洛透斯之面，^[34] 捉摸不透，故司法实践中常识、常理、常情等都会成为正义的代名词，社会危害性不大等也会成为出罪论证的修辞。不难想象，司法裁判援引高度抽象的理由，自然存在司法恣意的空间，并且可能演变为民意或政治的依附工具，忽左忽右，缺乏评判出罪与入罪的客观标准。追求实质解释并把个罪之保护法益作为实质解释的标准，有助于在实现司法谦抑主义的同时，有效预防司法恣意。例如，在张某强虚开增值税专用发票宣告无罪案中，人民法院确立了“不以骗抵税款为目的虚开增值税专用发票，且未造成税款被骗损失的，不构成虚开增值税专用发票罪”^[35] 的解释规则，这就是依据个罪之保护法益对构成要件进行限缩解释。

（二）犯罪论体系中的需罚性及其二重判断

1. 把需罚性纳入犯罪论体系

按照古典三阶层犯罪论体系，在具备构成要件符合性、违法性与有责性的情况下，即具有应罚性，其中，正当防卫与紧急避险属于违法阻却事由。罗克辛教授提出的目的理性犯罪论体系，在应罚性基础上增加需罚性判断。^[36] 需罚性就是指功能责任论意义上的预防的必要性，强调在具备应罚性的基础上，进一步从刑事政策或宪法角度判断以刑罚处罚此类行为有无必要，即判断有无预防的必要性。^[37] 如果法益能恢复或者属于宪法上行使公民基本权利的行为，就不具有需罚性。作为前提，需罚性对轻罪与重罪的影响不同，对轻罪涉及以无预防的必要性而出罪，对重

[32] 参见孙国祥：《民法免责事由与刑法出罪事由的互动关系研究》，载《现代法学》2020年第4期，第156页。

[33] 如对义务冲突的体系位置存在构成要件排除说、违法阻却说、责任阻却说等不同观点。参见申屠晓莉：《义务冲突在犯罪论体系中的定位及本土化展开》，载《法治现代化研究》2024年第5期，第136页。

[34] 参见〔美〕博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2017年版，第265页。

[35] 河北省霸州市人民法院（2016）冀1081刑初287号刑事判决书。

[36] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auf., 1997, S. 154ff.

[37] 参见姜涛：《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》，载《政治与法律》2021年第5期，第111页。

罪主要涉及以预防的必要性降低而从轻或减轻处罚。

需罚性是对应罚性理论反思的产物，也是结合中国立法现实、中国自主刑法理论建构、司法高质量发展的需求对犯罪化体系进行的本土化理论建构。首先，从当代刑法立法发展来看，我国刑法对逃税罪、拒不支付劳动报酬罪、拒不履行网络安全管理义务罪等设置行政前置性要件，如果行为人的行为符合前置性要件，则不追究刑事责任。这一免责的根据其实不是不具有可罚的违法性，而是不具有预防的必要性。行政优先处理会产生刑事免责的效果，这其实是一种需罚性判断，应罚性理论对此并未予以体现。其次，在传统刑法学理论中，违法性理论从形式上涉及个罪之构成要件，从实质上涉及个罪保护法益。近年来，但书条款出罪、被害人自陷风险、被害人承诺、法益恢复、行政前置性要件、宪法许可的权利行使等新问题引发理论界关注，人工智能、自动驾驶等对违法性理论提出新挑战，需要对犯罪论理论予以发展完善，提出需罚性理论。以宪法许可的权利行使为例，如果行为人行使宪法上公民基本权利（如申诉、控告权），即使采取比较极端（如在政府门口拉条幅）方式，也不具有需罚性。最后，在司法高质量发展层面，危险驾驶罪等高发态势激活了《刑法》第13条的“但书”条款。需要以更具体、更符合行政犯认定需要的需罚的违法性理论来指导，使在行政违法与刑事犯罪之间属于重叠构成要件的情况下，仍需以量的差异、法益衡量等来建构刑事不法与行政不法的界限标准。把需罚性纳入犯罪认定，其实就实现了《刑法》第13条“但书条款”与犯罪论体系之间的融合发展。

需罚性是刑法谦抑性在犯罪论体系建构中的体现。法律理念是刑事司法的内在驱动力，不同法律观念会导致不同刑事司法类型，并决定刑事司法的价值取向。正如张明楷教授所言：“刑事司法实践之所以大量存在将一般行政违法行为认定为犯罪的现象，主要是因为没有以正当理念为指引，没有做出实质解释，没有进行独立判断。”〔38〕刑法谦抑性的三个维度，对正确认识需罚性的完整内涵具有重要意义。首先，需罚性意味着刑法的补充性。随着《治安管理处罚法》的颁布，《刑法》与《治安管理处罚法》的衔接成为司法实务的重要任务，由于刑法、治安处罚法上大量法律概念重合及存在一定数量的不明确法律概念，导致行政犯罪与行政违法之间界限模糊，在面对少量出售吃剩下的安眠药等行为是否成立贩卖毒品罪、穿日本和服在大街上行走是否构成寻衅滋事罪等争议时，需要立足于刑法的补充性来判断有无需罚性。这不仅要进行双重违法判断，在行政违法的基础上单独进行刑事违法性判断，而且要把刑法当作最后手段、补充手段。其次，需罚性体现为刑法的宽容性。刑法的宽容性强调法益侵害的大小，对情节显著轻微的行为，当以不具有需罚性为由出罪。以骗取贷款罪为例，如果行为人实施了骗取贷款行为，但为贷款提供了足额担保而不会给银行带来经济损失，这一行为固然侵害了金融秩序法益，但因为不会给银行造成严重损失，属于法益侵害较小的情况，不应当被解释为骗取贷款罪。最后，需罚性体现为刑法的不完整性。刑法的不完整性意味着行政处罚等依据的事实只是判断刑事犯罪有无的线索，并不是唯一的决定要素，对犯罪的认定还应当充分考虑定量构成要件对犯罪成立的线索作用，实现犯罪认定定性与定量的统一，并充分考虑行政前置性要件等行政法优先处理规则的适度扩张运用，对能够进行法益恢复的非法吸收公众存款等经济犯罪最大化出罪。

〔38〕 张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，载《中国法学》2017年第4期，第37页。

2. 需罚性的二重判断

第一，重视需罚性的定罪意义。罪与非罪之间存在一条“红线”之隔，不同的理论学说对这条“红线”定义不同，由此导致犯罪的范围存在差异。一方面，需罚性判断需要对轻罪与重罪采取不同的衡量标准。就我国刑事司法实践来说，轻罪与重罪案件的审理程序并不相同，但在刑法领域，学界鲜有关注犯罪分层对解释论的影响。近年来，轻微犯罪或具有可宽恕事由的犯罪保留各种惩罚备受诟病，笔者认为，不同犯罪的出罪事由应有区别，正如有学者指出：“德国刑法则把犯罪区分为重罪和轻罪。……犯罪的层级不同，主观要件、未遂犯的成立范围、刑法适用范围、时效制度、保安处分措施的适用、审理程序、审判机构的等级等诸方面都大不相同。”^[39]在区分重罪与轻罪类型的前提下，轻罪出罪更多考察有无需罚性，即在具有应罚性的基础上，重点考察需罚性，而重罪出罪更多判断有无应罚性，一般不以需罚性为由出罪，只能以需罚性降低而从轻或减轻处罚。以“铁马冰河”走私、贩卖毒品案为例，被告人为治疗癫痫病而代购药品，该药品含有国家管制的精神药品成分“氯巴占”，涉嫌贩卖毒品罪。就本案而言，从应罚性角度，其构成贩卖毒品罪并无疑问，从需罚性角度分析，该类案件与陆勇代购案一样，有其特殊原因——即出于节约严重疾病治疗成本而代购，并不具有预防的必要性或预防的必要性程度降低。

另一方面，需罚性判断需要对自然犯与法定犯采取不同的衡量标准。正当防卫等传统的违法阻却事由通常限制适用在侵犯人身权利的犯罪、侵犯财产犯罪等自然犯中，对经济犯罪等法定犯并不适用。因此，对于自然犯尤其是侵犯人身权利的自然犯，应严格限定需罚性方面的考虑，而对于法定犯尤其是不涉及人身权利的法定犯，可以采取比自然犯宽松的审查标准。例如，是否可以因法益恢复而认为预防的必要性降低，在故意伤害罪与骗取贷款罪中的宽严尺度并不相同。众所周知，刑法对财产犯罪的处罚范围十分广泛，这一处罚理念形成于物质相对贫乏的农业社会时代。^[40]然而，在物质财富不断丰富的时代，刑法应把保护重心放在身体法益上，对其不宜强调法益恢复而降低预防的必要性，对财产法益、市场经济秩序等法益，可以主张因法益恢复而降低预防的必要性，借助有限的刑法资源来实现刑法的主要任务。该主张的原因还有：其一，自然犯与法定犯的报应基础与程度不同，对于一般民众的报应情感较弱的法定犯，更需要强调法益恢复等影响预防的因素。其二，法定犯多属于侵犯市场秩序、管理秩序等秩序犯，经济管理秩序或者国家机关工作秩序、公务执行秩序等是经年累月形成的，对其破坏需要具有累积效应才能显现，其并不会因一次犯罪而崩塌，这与自然犯的伤害机理完全不同，更加需要判断预防的必要性。其三，我国法定犯中已存在支持需罚性理论的立法例，前述逃税罪、拒不履行网络安全管理义务罪等行政犯中设置行政前置性要件，就是在应罚性基础上，单独增加预防必要性的考量，如果行为入罪后满足行政前置性要件的要求，则意味着事后以法益恢复的努力，弥补了犯罪带来的损害，应不追究刑事责任。这从立法论层面印证了本文上述观点。

第二，重视需罚性的量刑实践。司法谦抑主义既包括定罪谦抑，也包括量刑谦抑。控制重刑或不合比例的惩罚，是司法谦抑主义的重要任务。刑法释义学历来把讨论重心放在犯罪论，对量

[39] 周光权：《积极刑法立法观在中国的确立》，载《法学研究》2016年第4期，第35页。

[40] 参见〔日〕平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社2023年版，第96-97页。

刑理论关注显然不够，尤其对责任刑与预防刑之间的关系缺乏合理定义，忽视了预防刑理念在刑罚谦抑中的积极价值，不能把重罪从轻或减轻处罚与需罚性关联起来，最终无助于刑罚轻缓化实现。贯彻落实司法谦抑主义，需要从功能主义立场上把预防刑作为量刑的重要组成部分，在责任刑判断的基础上，重点考察犯罪赔偿、法益恢复等影响预防刑的因素，在责任刑所确立的基准刑的基础上，对基准刑予以合理修正，并在基准刑以下判刑。未来量刑论的发展须立足于预防的必要性建构合理的罪刑阶梯，这是因为量刑与定罪具有不同的社会意义：定罪更主要发挥刑法的一般预防功能，向社会宣告哪些行为是被刑法所禁止的，哪些行为是被刑法所允许的，过于限缩刑法上的犯罪圈，不利于发挥刑法的行为规制机能；量刑更主要发挥刑法的特殊预防功能，把行为人的再社会化作为重要任务，行为人法益恢复的努力通常是认罪悔罪的客观体现，会作为量刑的重要考量因素。从刑法功能主义立场看，行为人的再社会化还涉及需罚性判断，需罚性对预防的必要性的考量，是从刑法与社会之关系角度判断行为有无定罪或判处更重、更轻刑罚的必要性，如，从刑法与社会之关系的角度看，判处刑罚会导致财政收入减少、劳动者失业等更为严重的消极后果，此时需慎用刑罚。

四、司法谦抑主义实现的程序法路径

司法谦抑主义是意图全方位贯穿于刑法运行的制度系统，必然同时涉及实体法与程序法的制度建设。宽严相济刑事政策要求“全面科学把握逮捕条件，完善逮捕必要性审查机制，确保该捕的捕、不该捕的不捕，坚决克服‘构罪即捕’‘以捕代侦’‘以捕促赔’等错误倾向”^{〔41〕}。需要从程序法层面建立“以治理为核心”的配套制度，并实现社会危害性与社会危险性之间的衔接，为降低羁押率提供理论根据。

（一）宏观上建立以治理为核心的程序制度

整体刑事司法的宏观目标应是从社会系统的视域下预防与控制犯罪。2024年最高人民检察院工作报告指出“针对轻罪数量持续增长、占比持续上升，协同各方推进轻罪治理。对轻微犯罪依法少捕慎诉慎押，减少对抗、增进和谐”^{〔42〕}。在预防犯罪的工具箱中，治罪是一种简单化、工具化的犯罪预防模式，治理是一种理性克制、不过度惩罚的犯罪预防模式。治理无疑更契合良法善治的法治观，在犯罪结构改变的时代背景下，司法谦抑主义强调刑事司法理念从治罪到治理的基本转变，一并带来刑事司法功能的现代转型。

1. 拓展慎刑思想在程序法中的理论运用

现代慎刑思想并非凭空而生，而是既有其特殊时代背景，也有法文化渊源，习近平总书记指出：“出礼入刑、隆礼重法的治国策略，民惟邦本、本固邦宁的民本理念，天下无讼、以和为贵的价值追求，德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想，援法断罪、罚当其罪的平等观念，保护鳏寡孤

〔41〕 庄永康等：《宽严相济刑事政策的价值根基与完整全面准确落实》，载《人民检察》2025年第7期，第28页。

〔42〕 应勇：《最高人民法院工作报告——二〇二四年三月八日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，载《人民日报》2024年3月16日，第4版。

独、老幼妇残的恤刑原则，等等，都彰显了中华优秀传统文化法律文化的智慧。”〔43〕中国古代儒法两家对“德法礼”之于社会治理的观念相左，但对“慎刑”有着近似结论。〔44〕可见数千年来，刑法尽管一直扮演着压制犯罪的工具角色，但仍存在反对重刑思想与依赖监禁的刑事诉讼举措的法文化渊源。重刑思想过度强调消极的一般预防，有严重破坏罪责原则、导致刑罚处罚过度、违背刑法谦抑原则等问题，其只应当适用于极少数的严重暴力犯罪，对于轻罪和中间型犯罪不宜采取重刑思想。中华人民共和国成立后，我国的重刑结构形成有其历史原因，〔45〕而我国法律实践长期以来缺乏轻罪与重罪区分的理念，重罪的监禁与惩罚逻辑被机械套用在轻罪上。全面慎刑思想正是在反思重刑惯性过程中产生，其契合了刑罚的人道化、轻缓化、经济性的价值诉求，因而成为刑事政策学上的有力学说。

拓展慎刑思想在程序法中的功能空间，是司法谦抑主义的重要内容，需要将其与法律制度更紧密具体地融合。一方面，应细化轻罪与重罪之间的差异治理目标。在对犯罪区分“轻罪、中间型犯罪与重罪”和对犯罪人区分“可改造之罪犯与不可改造之罪犯”的基础上，对不同类型犯罪及犯罪人设置不同的刑罚目的，并采取不同的处罚和改造措施，这是刑罚目的多元论的观点。依据刑罚目的多元论的主张，相对的报应强调对重罪及危险犯罪者采取重刑或更为严格的监禁措施以隔离排害，对于轻罪而言，积极的一般预防包含着“以轻罪预防重罪”的立罪逻辑，固然能够强化公民的规范意识，但也存在将人当作预防犯罪的工具的风险，积极的特殊预防正好可以避免这一风险。司法谦抑主义追求的刑罚目的即为积极的特殊预防，把行为人的改善与再社会化提前至刑事判决前的阶段，并借助认罪认罚等制度予以实现。另一方面，在刑事司法过程的各个环节减少准刑罚并规范其适用标准。能否以无监禁代替逮捕、短期自由刑多采取缓刑等主张，是20世纪80年代以来刑事政策学的重要议题。侦查、起诉阶段因逮捕而被关押是一种准刑罚或附属性惩罚，审判后的监狱行刑则是正式执行刑罚。按照现行法律规定，判决之前先行羁押时间应当折抵刑期，这表明两者具有相同属性。少捕、慎诉、慎押的共同特点是慎刑，在侦查、起诉与审判活动中均应当予以体现，因而又是一种全面慎刑思想。治理追求社会效果与法律效果的统一，强调认罪认罚、刑事和解等是解决社会纠纷的有效手段，能够实现犯罪治理模式的多元化，契合司法谦抑主义的基本立场。

2. 扩大非监禁性措施的适用范围

刑事司法系统应以预防犯罪和减少刑罚的社会负效应为治理目标，避免成为“犯罪加工厂”。就刑事司法系统而言，公安机关的刑事侦查（包括拘留、逮捕）、检察机关的审查起诉、法院的审判和监狱的行刑，都是剥夺人身自由的国家活动，行为人不进入任何刑事司法环节，都可能造成复归社会困难等再社会化问题，对被羁押者而言是一种代价高昂的经历。不仅如此，审前监禁将增加被告人被定罪、司法人员刑讯逼供等的概率。非监禁正是在反思监禁的弊端中逐步形成的政策理念，司法谦抑主义强调“可捕可不捕坚决不捕”“可诉可不诉坚决不诉”和“审慎动用

〔43〕 习近平：《习近平谈治国理政》（第4卷），外文出版社2022年版，第290页。

〔44〕 参见翟同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2010年版，第331、346、348页。

〔45〕 参见陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023年第3期，第17-18页。

刑罚和重刑”，体现了刑事司法系统由监禁性措施到非监禁性措施的理念转变。

制止性抗制刑事司法系统是借助监禁、刑罚等国家制裁手段处罚犯罪人，预防性协商刑事司法系统是通过认罪认罚等非制裁手段挽救犯罪人。不能将犯罪治理仅当作刑事司法意义上的治安问题，司法机关亦不能将犯罪治理简单化为制止性抗制问题，而是应该更加关注预防性协商，寻求并实践一种符合沟通理性的最佳犯罪预防模式。司法谦抑主义追求的“可捕可不捕坚决不捕”“可诉可不诉坚决不诉”和“审慎动用刑罚和重刑”，就是一种典型的预防性抗制策略，有助于化解羁押强制措施与公民基本权利的紧张关系，且有助于犯罪人事前社会复归，消除犯罪人与被害人之间的矛盾，从根本上消除行为人再犯罪的隐患。这种预防性抗制策略包括扩大非监禁性措施的适用范围，如“取保候审应扩大适用并加强监管”“防止监视居住成为‘变相羁押’手段”〔46〕“运用现代科技手段积极推进非羁押性强制措施的适用”〔47〕等等。

3. 完善事前的社会复归制度

就刑事司法系统而言，侦查、起诉是犯罪输入系统，审判是定罪系统，监狱行刑是罪犯的改造系统，并以事后社会复归为目标。如果犯罪输入过度，则会导致刑事审判资源紧张、监狱人满为患，必定影响罪犯改造成效，社会复归之目标也难以实现。刑事司法系统借助开放性的社会处遇消解犯罪人的危险性，在犯罪输入系统上强调事前社会复归，即如果行为人能够认罪认罚、积极赔偿被害人损失，则可以不捕、不诉，实现由事后社会复归转向事前社会复归的转变，严格限制进入定罪系统的案件数量以形成“漏斗效应”，这对减少监狱的改造压力、改造失败率等有重要意义。

传统刑事司法将关注重心大多放在对犯罪人的惩罚上，被害人所遭受的损害与痛苦，以及因犯罪行为所生的仇恨与不安，仍然未获得妥适地处理。忽视被害人的感受及需求，纵使加害人受到惩罚，也无法填补被害人的损害与伤痛，或使被害人从刑法正义中获得慰藉。正因如此，当代刑事司法系统需要在人权保障与被害者保护之间维持适当的平衡。刑事司法系统中的逮捕、起诉与审判意味惩罚通过更分散、更充分的过程来展示，容易导致不成比例的惩罚，一方面，这种不成比例的惩罚削弱了法律所期待的规范效力，导致民众对刑事司法系统的信任降低，另一方面，对于大多数犯罪，监禁或惩罚的控制效果相当有限，反而可能变成再犯罪的动因。因此，司法谦抑主义导向的事前社会复归强调在侦查、起诉、审判和执行阶段暂缓国家刑罚权的执行，包括侦查阶段的不倚重逮捕和撤销案件，审查起诉阶段的暂缓起诉或附条件不起诉，裁判阶段的缓刑、易科罚金、免除处罚，刑罚执行阶段的减刑和假释，等等。事前的社会复归制度能够积极赔偿被害者的利益损失，恢复被犯罪所破坏的社会关系，因而是我国现代刑事司法转型升级的必然选择。

（二）微观上规范社会危害性与社会危险性之间的内涵衔接

逮捕率、羁押率是衡量一国刑事司法文明程度、犯罪治理能力的重要标准，也是评估国家法治程度与人权保障水平的指标。〔48〕在刑事诉讼法中，逮捕是开启刑事诉讼程序大门的钥匙，也

〔46〕 陈光中、路畅：《我国逮捕与羁押制度改革若干问题探讨》，载《中国法学》2023年第5期，第22页。

〔47〕 孙长永：《少捕慎诉慎押刑事司法政策与人身强制措施制度的完善》，载《中国刑事法杂志》2022年第2期，第121页。

〔48〕 参见陈光中、路畅：《我国逮捕与羁押制度改革若干问题探讨》，载《中国法学》2023年第5期，第6页。

意味着对当事人的监禁，因此，逮捕和羁押本质也应是保障诉讼的一种消极的、最后的手段，^{〔49〕}但在实践中，作为逮捕实质条件的社会危险性却并不需要太多证据来支持，容易导致逮捕的口袋过大。我国《刑法》第13条把犯罪定义为一种具有严重社会危害性的行为，而《刑事诉讼法》第67条“取保候审”、第81条“逮捕”中有“社会危险性”的规定。在解释论上规范《刑法》中“社会危害性”与《刑事诉讼法》中“社会危险性”之间的内涵关系，是司法谦抑主义的应有之义。

一方面，从法律条文表述的内容看，社会危险性与社会危害性的侧重点不同，社会危险性是以人为中心的判断，^{〔50〕}而社会危害性是以行为及其结果为中心的判断。从量刑角度，社会危害性大小与人身危险性高低要分别具体判断，其中，社会危害性大小是以行为人的犯罪可能被判处最高刑罚为标准进行衡量，而不是以个罪的法定刑为标准。人身危险性是立足于刑罚目的，判断对其判处刑罚或重刑是否有助于实现刑罚目的，包括行为人的受刑能力、再犯可能性、被害人原谅等维度，如果判处刑罚对实现刑罚目的无价值或者低价值，那么行为人的社会危险性低，典型如许霆盗窃案此类“千年不遇”的案件，既没有一般预防价值，也无特殊预防意义，该类案件行为人的社会危险性极低，应当不捕不诉。如果行为的社会危害性较小且行为人的社会危险性不高，对其采取“少捕慎诉慎押”通常不存在争议。然而，对于“具有较大社会危害性、较小社会危险性的行为人”“具有较小社会危害性、较大社会危险性的行为人”能否采取“少捕慎诉慎押”，是两者衔接的关键所在，也容易引发争议，需要给予特别讨论。

另一方面，从司法实践看，“具有较大社会危害性、较小社会危险性的行为人”属于司法谦抑主义的适用范围，并无太大争议。但是，对于“具有较小社会危害性、较大社会危险性的行为人”是否采取司法谦抑主义，司法机关仍比较谨慎，如果行为人的犯罪较轻，但并不认罪悔罪，司法实践通常都会作出逮捕、起诉的选择，实践中认罪认罚的自愿性可能受到未决羁押的影响，^{〔51〕}因为当下一个较为普遍存在的司法观念是“犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性是‘少捕慎诉慎押’和‘认罪认罚从宽’的连接点——两者都是通过考量或者降低犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性实现司法理念和规范目的”^{〔52〕}。这一司法观念把认罪认罚作为贯彻落实司法谦抑主义的前提与基础，同时，也意味着刑法上的社会危害性对刑事诉讼法中社会危险性的不当“屈从”。

司法实践这一做法存在偏差，其扭曲了实体法与程序法之间的关系。实体法规定犯罪的标准与量刑幅度，是程序法不可逾越的边界。程序法是实现实体法之目的的程序建构，脱离实体法依据的程序建构是“无源之水、无本之木”。以认罪认罚从宽处罚为例，如果行为人的行为从实体法角度根本不成立犯罪，那么对其采取认罪认罚从宽处罚就是错误的。如果行为人行为的社会危害性小即使不认罪认罚，也不宜缘此对其采取逮捕措施或判处实刑。因此，笔者认为，实体法上

〔49〕 参见施鹏鹏：《对羁押及类似措施的法教义学解读及反思——以人身自由权保护为视角》，载《政治与法律》2023年第11期，第102页。

〔50〕 主要考察行为人的再犯风险与妨碍诉讼风险。参见《人民检察院刑事诉讼规则》第128条、第129条之规定。

〔51〕 参见徐墩：《轻罪案件认罪认罚与未决羁押影响关系的实证分析》，载《清华法学》2024年第6期，第76页。

〔52〕 齐文远：《“少捕慎诉慎押”背景下打早打小刑事政策之适用与反思——以网络犯罪治理为视角》，载《政法论坛》2022年第2期，第64页。

的社会危害性更具有决定性意义，程序法上的社会危险性必须以社会危害性为基础进行综合判断：（1）行为的社会危害性小且行为人的社会危险性低（“双低案件”），此类案件自然应当采取“少捕慎诉”；（2）行为的社会危害性较小，即使因拒不认罪等得出社会危险性较大的结论，也可以采取“少捕慎诉慎押”，除非行为人有再次犯罪的风险；（3）行为的社会危害性一般，但基于认罪认罚、法益恢复等理由判断其社会危险性较小，则可以采取“少捕慎诉”；（4）行为的社会危害性较大，即使基于认罪认罚、法益恢复等理由判断其社会危险性较小，亦不可采取“少捕慎诉”，只可在量刑时从宽；（5）对于社会危害性较大、人身危险性高的案件（“双高案件”），不宜适用司法谦抑主义，以免司法谦抑主义抵牾宽严相济刑事政策。就社会危害性较小、一般与较大的标准建构而言，应当以应当判处的刑罚（宣告刑）为标准进行判断，其中，“社会危害性较小”指应当被判处有期徒刑一年以下有期徒刑的轻罪案件，“社会危害性一般”指应当被判处有期徒刑一年以上、三年以下有期徒刑的中间型犯罪案件，^[53]“社会危害性较大”指应当被判处有期徒刑三年以上有期徒刑的重罪案件。^[54]

对社会危害性与社会危险性之关系的讨论，有助于正确认定司法谦抑主义适用案件的范围。只有正确对待其适用对象范围，才能使之真正成为一种有生命力的制度。多数学者认为，司法谦抑主义适用于轻罪。这一观点既有犯罪学理论支撑，也有一定的实践经验佐证。根据2021年最高人民检察院工作报告的数据，轻罪治理备受关注，不仅判处不满三年有期徒刑及以下刑罚案件，从2000年占53.9%升至2020年的77.4%，而且对轻罪案件特别是因民间纠纷引发的轻微刑事案件，尽量依法从简从快从宽处理，对依法可不批捕和犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的，不批捕8.8万人、不起诉20.2万人，占已办结案件比例分别增加0.8和3.9个百分点。^[55]笔者认为，司法谦抑主义的适用范围应当包括未成年人犯罪、部分涉市场主体犯罪和非暴力犯罪，这些犯罪可以是轻罪，也可以是介于轻罪与重罪之间的中间型犯罪。然而，这一刑事司法政策不宜适用于重罪，因为重罪案件属于社会危害性与人身危险性双高的案件。就此而言，本文并不赞同司法谦抑主义的适用不应有案件范围的限制的观点，^[56]也不宜把其仅局限于轻罪。

五、结 语

我国近年来刑法立法的发展历程，本质是积极回应民众的安全保障需求而不断进行犯罪化立法与重刑化调整的过程。在积极刑法立法与风险调控的时代背景下，刑法谦抑原则亟须在传统的自由保障与新型的安全保护之间寻找最佳平衡点，并予以有效实践。平衡不是两全其美的兼顾，而是在权衡利弊之后作出必要取舍。历史经验表明，过度犯罪化与泛刑罚化并不会取得更好的犯

[53] 当然，对中间型犯罪案件而言，又需要区分自然人犯罪与单位犯罪，对自然人犯罪需要将其定义为应当被判处有期徒刑1—3年有期徒刑的案件，对单位犯罪需要将其定义为应当被判处有期徒刑1—5年有期徒刑的案件。这种区别对待同自然人犯罪、单位犯罪的人罪、量刑标准差异对应。

[54] 参见卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，载《政治与法律》2022年第1期，第54—55页。

[55] 参见张军：《最高人民法院工作报告——2021年3月8日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2021年第2期，第3页。

[56] 参见庄永康等：《少捕慎诉慎押刑事司法政策的内涵功能及其落实》，载《人民检察》2021年第15期，第40页。

罪治理效果，审慎的犯罪化与刑事责任的宽缓化更加符合刑法之社会治理法的属性。刑法理论须对积极刑法立法的副作用有所警惕，为刑事司法提供消除刑法副作用的理论方案。司法谦抑主义把全面慎刑思想贯穿于实体法与程序法中，追求犯罪治理及其效果。从实体法角度，需要拓宽个罪的出罪体系，重视需罚性在定罪与量刑意义上的积极价值，把预防的必要性纳入责任判断范畴，合理定义犯罪的范围和正确调节个罪的刑罚适用。从程序法上，现代刑事司法应完成“从治罪到治理”的功能转型，实现社会危害性与社会危险性之间的衔接，为降低逮捕率、监禁率开辟理论通道，使刑法既发挥维护社会秩序的积极作用，又不会带来不当干预公民自由的消极后果。

Abstract: In an era of active criminal law legislation, advocating judicial moderation is an objective necessity for criminal governance. Over-criminalization and excessive punishment driven by proactive legislation risk infringing upon freedom and require correction through judicial modesty. Grounded in the principle of comprehensive and prudent punishment, judicial humility reasonably defines the scope of criminal punishment, coordinating legislative activism and judicial restraint to balance freedom and security. Modern criminal justice must properly handle the dialectical relationship between the legitimacy and moderation of criminal law, using judicial restraint to alleviate the side effects of proactive legislation across substantive and procedural dimensions. Substantively, it demands systematic construction of individual exculpatory grounds and strengthened dual judgment on the necessity of punishment. Procedurally, it requires establishing a crime-governance-oriented judicial concept, improving non-custodial measures and pre-trial social rehabilitation procedures, and integrating the “social dangerousness” in criminal procedure law with the “social harm” in criminal law.

Key Words: judicial restraint, comprehensive caution in punishment, exculpatory reasons, social danger, social governance law

(责任编辑：简 爱)