法治背景下刑法的社会定位及其回归路径

The Social Position and Return Path of Criminal Law under the Background of Rule of Law

张士彬
ZHANG Shi-bin

【摘　要】在全面推进依法治国的时代背景下，应重新审视和正确把握刑法的社会定位。依法治国要始终强调和坚守刑法的法律属性、保障法地位及其限制国家刑罚权非理性发动、倒逼国家治理体系和治理能力现代化的价值支撑。聚焦当前的刑法定位偏差现象，国权主义刑法观根深蒂固，过度、情绪化立法挥之不去，司法入罪化重刑化色彩浓厚，亟需树立民权主义刑法观、解决刑法立法合理性正当性问题、反思和破解司法中的“先刑模式”。刑法社会定位回归的要诀是过滤和整合，途径是遵循程序公正，严把刑法“入口关”，畅通“出口关”；推行司法犹豫，完善司法处理上的过滤机制；革新多元治理，强化犯罪的源头预防和制度预防。

【关键词】　刑法定位　定位偏差　先刑模式　回归路径　过滤机制
【中图分类号】DF6　【文献标识码】A　【文章编号】2095－9206（2016）03－0093－09

Abstract: Under the background of comprehensively promoting the rule of law, social position of criminal law should be reconsidered seriously and correctly grasped. Governing the country by law always requires to emphasize and adhere to the legal attribute of criminal law, the position of the last security law, restricting irrational occurrence of state criminal power, and reverse pressing national governance system and governance capacity modernization. Focusing on the current position deviation of the criminal law, the concept of the national standard of criminal law is deeply rooted, excessive and emotional legislation is lingering, criminalization and severe punishment tendency is strong. These factors urgently require to establish the concept of civil rights of criminal law, resolving reasonable justification of criminal legislation and rethinking criminal-first approach in judicial practice. Return of social position of criminal law needs to filter and integrate, the route of which should follow justice of procedure, make the bar of entrance strict and activate the bar of exit, carry out the judicial hesitation and improve the mechanism of filter on the judicial practice, revolutionize multiple administering and the mechanism of taking precaution of crime source.

Key words: Position of criminal law　Position deviation　Criminal-first pattern　Return path　Filtering mechanism

［收稿日期］　2016－03－18
［作者简介］　张士彬，男，1979 年 8 月生，华东政法大学博士研究生，上海市长宁区人民检察院职务犯罪预防科科长，一级检察官，研究方向为刑法学、职务犯罪预防。

中国自古以来就有严刑峻法的历史传统，存在着过分依赖“以刑治国”和“从重、从快、从严”打击犯罪的现象。仅从 1997 年《刑法》修订起，十八年来，全国人大常委会即已颁布实施九部刑法修正案，故“在今天的中国，说严刑峻法是一种社会的常见现象并不为过”[1]，“如此频率的刑法修改，不但在古今中国刑法立法史上绝无仅有，而且在有据可查的世界刑法立法史上，恐也无出其右”[2]。刑法的频繁修改，使得“当前的社会治理明显染上了‘刑法浪漫主义’色彩”[3]，故而有学者指出“我国应该停止犯罪化的刑事立法”[4]。与之相反，有学者从作为社会治理手段之一的刑法本身存在既保障自由、又侵犯自由的自我悖论角度，提出“过于‘慎刑’，过于限缩刑法的功能，会导致刑事法网的疏漏，从而造成社会失序的后果”。[5]因此，在新时期、新形势下，站在全面推进依法治国的战略高度，我们有必要从观念、理论和实践等层面，重新审视具有生杀予夺大权的刑法在中国特色社会主义法治体系和现代化社会治理体系中的定位，进而探寻其回归本位的方式方法与路径。

一、托底与限权：刑法在全面推进依法治国中的科学定位

早在 2011 年 3 月 10 日，全国人大常务委员会时任委员长吴邦国在十一届全国人大四次会议上做工作报告时即庄严宣布，中国特色社会主义法律体系已经形成。然而，中国特色的社会主义法律体系不能简单地等同于中国特色社会主义法治体系，同时，具备了中国特色社会主义法律体系，也并不能想当然地认为我国已经全面实现了依法治国。实际上，中国特色社会主义法治体系是完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系和完善的党内法规体系“五位一体”的有机整体。[6]由此可见，完备的法律规范体系只是我国全面推进依法治国的基本前提，但可以明确的是全面推进依法治国既不是刑法“一法独大”、“尾大不掉”，而民商、经济、行政等其他法律不张，更不是、也不能主要依靠刑法治国。

（一）全面推进依法治国需要刑法与其他部门法律各就各位、各司其职、各得其所

众所周知，中国特色社会主义法律体系是以宪法为统帅，以宪法相关法、民商法、经济法、行政法、刑法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规与自治条例、单行条例三个层次的法律规范构成的。虽然作为法律体系有机组成部分的法律规则千千万万，但各法律之间、各部门法之间“并非是杂乱无章地拼凑在一起，而应是一个有机联系的统一整体”[7]。刑法调整手段的最后性、适用上的谦抑性和法律责任的最为严厉性，决定了其与民商、经济、行政等其他部门法在社会关系的调整对象、范围和方式上有所侧重、有所不同，但彼此间却相互作用、相互补充，共同为我国全面推进依法治国战略提供充分、坚强的法律保障。

古语云：“法律政令者，吏民之规矩绳墨也。”[8]所谓刑法与其他法律各就各位、各司其职、各得其所，是指作为中国特色社会主义法律体系有机组成部分的各部门法律齐全完备、相互协调、相互补充、相得益彰，共同规范、引导、教育和评价人们的言行，使各部门法律成为判断是非曲直的尺度、定纷止争的标准。因此，推动刑法与其他法律互补、并行关系的建立是全面推进依法治国的根本要求。“当一般性的违法行为或矛盾能够在刑法以外的其他法律框架内得到有效解决时，刑法将仅仅起到红线的警示作用，这也应该成为依法治国过程中刑法发展的定位问题”[9]，诚如有学者所言，“刑法毕竟是一种杀伤力很强大的法律武器，在立法和运用中如果稍有不慎，将本来可以通过其他相对平和的社会规范如纪律、道德或者民事、行政、经济等法律手段解决的问题，一律诉诸刑事手段，无助于社会公平正义的实现”。[10]显然，就全面推进依法治国而言，应该让民商法、经济法、行政法、劳动法等部门法律成为调整社会关系、解决社会矛盾纠纷机制的“第一道防线”，反之，若把刑法挺在其他部门法律前面，将混淆刑法与其他法律的界限，降低甚至损毁刑法的权威、功效，导致刑法工具主义、万能主义和重刑主义思维与行为根深蒂固、挥之不去。毋庸置疑，这对新时期我国协调推进“四个全面”

战略布局、实现中华民族伟大复兴的中国梦，不是福音而是威胁。

（二）刑法在全面推进依法治国中要始终处于保障法、而非先行法的地位

在全面推进依法治国所依赖的整个法律体系中，刑法应当始终处于保障法的地位，而民商法、经济法、行政法、劳动法等部门法律则属于前置法。刑法保障法的地位不仅是由其最后性、谦抑性、严厉性的特征所决定，更在于“刑法首先是一部律法，只是具备法律的功能，不能超出法律的功能去苛求实现法律领域之外的目的；刑法其次是一部部门法，不能超出部门法的意义解决其他法律应该解决的问题”[11]。比如，针对拒不执行劳动报酬行为而言，首先应由民法、行政法等前置法予以调整和解决，不能直接进入刑法的调整范围，否则就有动用刑法干涉私法、侵犯自由之嫌。需要注意的是，刑法的保障法地位并不意味着其与前置法之间是非此即彼的“一对一”对应关系。在调整具体社会关系时，前置法往往不只一个，而且两个以上的前置法之间也是有层次性之分的，即“私法不能调整时公法要介入，无疑是对的……但是，公法的介入不等于就是刑法的介入。在刑法介入之前，还有一个重要的法律门类，即行政法”[12]。

有学者从逻辑的自洽性、论证的合理性、方法论的中立性等角度质疑刑法保障法的地位，认为“刑法倒似乎应该是其他部门法所保护的法律”，并提出了“刑法事先法或刑法事先性”的概念，即“刑法与其他部门法及宪法的关系，应该是一种功能平等和作用相当的关系，不存在保障性关系。也即，刑法的调整范围即社会关系事先已经确定。”[13]笔者认为，这种观点属于对刑法保障法与其他部门法（前置法）关系的误读。一是前置法与保障法的区分标准并非其调整的社会关系是否事先已经确定，因为所有部门法的调整范围事先都是已经确定的，如民法调整的范围是平等主体之间的人身关系和财产关系，行政法调整的范围是行政主体在行使行政职权和接受行政法制监督过程中，与行政相对人、行政法制监督主体发生的各种关系以及行政主体内部发生的各种关系，等等。之所以说刑法是保障法，是指针对社会矛盾、纠纷和需要法律调整规范的行为，我们在选择刑法之前，优先选择民商法、经济法、行政法等其他部门法，即“社会规范对社会生活的调整，是一个道德—刑法以外的法律—刑法的过程，刑法是最后的一道防线”[14]。二是刑法保障法的地位并不意味着刑法的效力位阶比民商法、经济法、行政法等其他前置法高，更非简单的“形式上刑法出场顺序的先后和发生效力时间的早晚”[15]。无论是作为保障法的刑法，还是作为前置法的其他部门法在效力位阶上均具有同等的效力，而且刑法保障法的地位不仅是司法层面的选择适用问题，更是立法时的价值取向和方式选择问题，即“刑法对犯罪的规制是一种对类型化行为的规定形式，某些介于多重法律关系之中的行为，我们应当学会由低到高、由轻到重的递升式的处理方法”[16]。

（三）刑法是限制国家非理性发动刑罚权的天然屏障，倒逼国家治理体系和治理能力现代化的价值支撑

如果说强调刑法在法律体系中的部门法地位是促使刑法由政治属性回归法律属性，明确刑法的保障法地位是重申全面推进依法治国中刑法在整个法律调整序列中始终处于最后位置的话，那么在全面推进依法治国视野下审视刑法的意义和作用，就在于锁定刑法限制国家刑罚权、倒逼国家治理体系和治理能力现代化的身份。具体来说，就是指全面推进依法治国中，刑法非但不是国家主要的法治方式和方法，而且还要规范和限制国家运用犯罪化、刑罚化方法治理国家，即国家要最大限度地减少社会治理对刑法的依赖，“迫使国家和全社会在刑法之外寻求解决犯罪之道，促使国家和社会反犯罪措施走向理性化、科学化”[3](P542)。然而，在依法治理国家、推进社会主义现代化建设的进程中，我国的刑法“出现了一些‘病态式’的盲目扩张现象，即普遍将刑法作为解决社会冲突和民间纠纷的常态化手段”[17]。特别是当前社会管理方式仍较为单一、落后，相关非刑事法律法规等前置法缺失甚至缺位，加之社会转型期矛盾多发和风险社会来临的实际现状，国家机关和社会公众往往容易产生用简单的、严厉惩罚性的方法去回避风险、解决复杂问题这样的思想倾向，进而导致“刑法被错误地委以重任，成为调控社会的‘一

线’角色。”[18]

其实，“刑法并不仅是实现国家政治目的的工具，甚至主要不是实现国家政治目的的工具”[19]，可以说作为现代刑法灵魂的罪刑法定原则“从其诞生之日起，就是从‘不定罪’和‘不处罚’角度提出来的”[20]，其形成与确立的过程就是防范司法擅断、制约国家刑罚权和保护个人自由的过程。此外，面对矛盾高发、风险积聚的社会，刑法在惩罚犯罪、预防犯罪方面的作用和功能往往是有限的、相对的，甚至依赖于社会其他政策、制度和法律的配合。马克思就曾尖锐地指出，“历史和统计科学非常清楚地证明，从该隐以来，利用刑罚来感化或恫吓世界就从来没有成功过”[21]。对相对缺乏自由传统的我国而言，保障公民自由、限制国家刑罚权的任性发动更为重要，国家在全面推进依法治国中，应该始终坚持“审慎对待刑法价值重心的转变，不能盲目追求风险的应对而摧毁自由”[22]，正如陈兴良教授所言，“‘风险社会’并不只是对刑法提出了挑战，而是对社会治理提出了挑战，因此，对风险的应对应是全方位的”[23]。换言之，面对纷繁复杂的社会风险，刑法应当保持自身的定位和品格，社会风险不能成为刑法过度扩张、国家刑罚权任性发动、其他社会治理方式萎缩或遁形之借口。

二、越位与错位：当前刑法立法与司法定位偏差现象透视

结合前面的论述，聚焦我国刑法立法、司法的现状以及指导刑法立法、司法的刑法观，我们很容易发现理论和实践中对刑法定位存在偏差的情况层出不穷。

（一）国权主义刑法观根深蒂固，民权主义刑法观尚未树立

思想是行动的先导和动力。有什么样的刑法观，就会有什么样的刑法立法和刑法司法。刑法史上的刑法观有哪些类型，取决于国家和社会对刑法的定位与分类。李海东先生在《刑法原理入门》一书中，从国家与公民在刑法中的地位角度，将历史上迄今为止的刑法分为民权主义刑法和国权主义刑法两大类[24]；陈兴良教授则在《从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改》一文中，提出了政治刑法和市民刑法的命题[25]，并认为“政治刑法和市民刑法在一定程度上可以和国权主义刑法与民权主义刑法相对应。民权主义刑法与市民刑法，从本质上来说，就是法治国的刑法，由此区别于人治国或者专治国的刑法”[26]。

从学者们的具体论述来看，对刑法分类名称的表述虽然有别，但各自所意欲表达的思想和观点却并无二致。与之相对应，历史上的刑法观大致分为国权主义刑法观和民权主义刑法观。所谓国权主义刑法或称政治刑法观、国权本位刑法观、权力本位刑法观、权威主义刑法观，是指以保护国家权威、利益和权力为出发点，以限制公民的权利和自由为对象，强调以国家刑罚权的运用打击和预防犯罪；而民权主义刑法观或曰市民刑法观、民权本位刑法观、权利本位刑法观、自由主义刑法观，是指以保护公民的权利和自由为出发点，以限制国家刑罚权的介入和发动为对象，注重刑法对保护公民权利和自由的保障。显然，根据各自立足点、出发点和归宿点的差异，民权刑法观是“当代刑法罪刑法定原则的核心所在”，故此德国刑法学家李斯特才会有“刑法既是善良人的大宪章，又是犯罪人的大宪章”之科学论断。

不得不承认，理想很丰满，而现实总是很骨感。长期以来，传统的国权主义刑法观一直视刑法的政治属性和政治功能为第一位，刑法从属于政治或政治学范畴，主要的任务就是镇压犯罪、服务统治。特别是在立法的指导思想上，对一些无序、失范该由民法、经济法和行政法调控的行为予以犯罪化，纳入刑罚圈的现象，使刑罚权的范围无限扩张，表现在社会大众心理上，强化了全社会对刑罚预防和控制犯罪的效果和作用的期待，重刑主义思想抬头。[27]这种传统国权主义刑法观念混淆了政治与刑法的关系，使刑法的法律属性严重萎缩，“刑法知识的政治化以及意识形态化，实际上是政治对刑法学的一种侵蚀”[28]，必然导致刑法工具主义、万能主义和重刑主义的思维观念与方式盛行不衰。因此，站在全面推进依法治国、建设法治国家的时代背景下，我们理应“旗帜鲜明地、义无反顾地擎起民权主义刑法

观的大旗，同时应当彻底批判国权主义刑法观的陈旧观念”[29]。

（二）过度、情绪化立法挥之不去，合理性正当性根基存疑

近年来，增设新罪、扩容旧罪、加重刑罚、兜底条款过度解释、司法解释越位解释的呼声或现象屡见不鲜。常见的情形有三①：一是“两会”代表、委员的提案、议案，如提议将性贿赂、挥霍浪费、吸毒、卖淫等行为犯罪化；二是学界某些专家学者的意见建议，如主张见危不救、袭警、毒驾酒驾等危险驾驶等行为犯罪化或新罪化；三是全国人大常委会出台的单行刑法和刑法修正案以及最高司法机关制定的司法解释，如《刑法修正案（八）》将醉驾入罪、扩大特殊累犯范围、调整提高某些个罪及数罪并罚的法定刑，《刑法修正案（九）》规定对袭警行为要从重处罚；最高人民法院关于交通肇事、非法经营、寻衅滋事等犯罪的司法解释，等等。尤其是前两种情形，经常伴随着、裹挟着或发酵着社会公众高涨的刑法立法情绪或“立法情结”，甚至新闻媒体也自觉不自觉地加入为之鼓与呼的行列②。是故，每一次的刑法修改，都能赢来“立法者的自我欣赏和学者们一时的倾情赞美”[16](P272)。

不可否认，刑法立法的修改完善对推动我国的社会治理、维护社会秩序稳定，起到了一定的积极作用。然而，这种效果的获得是暂时的、短视的甚至是以牺牲公民权利自由、人为制造风险社会中的刑法危险为代价的。主要体现在以下三个方面：

首先，许多犯罪化、刑罚化和重刑化的刑法立法行为经不起推敲。刑法中，“有些内容在立法的当初就缺少其合理性和正当性，有些随着时代的变迁已丧失其存在的意义。因此，对刑法的推敲必须经常持续地进行。而且，这种推敲不仅是以现已实行并具有效力的刑法为对象，还应针对立法过程中的法案，进而还必须在立法过程中考虑到应制定怎样的刑法”[30]。比如，骗取贷款、聚众淫乱、拒不支付劳动报酬、持有伪造的发票、高利转贷、醉酒驾车等罪名或行为，要么违背了公私财物平等保护的物权法原则，要么属于无被害人的轻微危害社会行为，要么属于当由民商法、经济法和行政法等前置法所调整规范的行为。诸如此类不具有合理性正当性根基的规定在刑法及其修正案中还有很多。正所谓“如果不思考刑法的界线，并且从非刑事法律的角度审视刑法，那么被禁止的行为是否正当是无法确定的”[31]，诚哉斯言！

其次，刑法修改的权限和程序存在瑕疵。根据我国《宪法》第 62 条、67 条、《立法法》第 7 条之规定，刑法属于我国的基本法律，只能由全国人大来行使立法权，全国人大常委会只能在全国人大闭会期间对刑法“进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。”从民权主义刑法观的视角看，全国人大常委会在九个刑法修正案和两个单行刑法中新增罪名、改变累犯构成要件、提高数罪并罚刑期和死缓执行门槛、削减 20 余个死刑罪名等行为，有超越“补充、修改”职责进行制定属于基本法律范畴的刑法之嫌疑。

最后，刑法修改中存在情绪化、随意性立法现象。原本修改刑法应当始终坚守刑法的保障法地位，力戒被情绪化的舆论或者民意所牵制，“迁就甚至屈从舆论或者民意的情绪性刑事立法无异于饮鸩止渴”[32]。然而，从现有刑法典和刑法修改中，不难发现情绪化、随意性立法倾向。比如袭警行为从重处罚的妨害公务罪修改，不过是单独增设袭警罪建议的各方权力角逐妥协之结果；骗取贷款罪、高利转贷罪的增设，无非是金融机构强势意见和利益的体现；废除嫖宿幼女罪（按强奸罪从重处罚）、增设贪污受贿罪终身监禁（不得减刑、假释）的立法等，均是立法对舆论和民意的过度迁就与回应。

（三）司法入罪化重刑化色彩浓厚，“先刑模式”亟待反思

在当前的司法实践中，受到国权主义刑法观

① 前两种情形，可参见汪明亮：《道德恐慌与过剩犯罪化》，复旦大学出版社 2014 年版，第 4 页；参考文献［4］。

② 关于嫖宿幼女罪的废除，媒体就曾以《嫖宿幼女罪或将废除 人大代表：此罪不废 我就没完》、《全国人大代表孙晓梅：嫖宿幼女罪不废 我就没完》等标题，多次详细报道了相关人大代表、政协委员自 2008 年以来如何声讨、建议“废嫖”，这一意见直至 2015 年被《刑法修正案（九）》采纳。具体内容，请参见中国网 http://henan.china.com.cn/special/2015/0820/741051.shtml、http://jiangsu.china.com.cn/html/law/political/221190_1.html，最后访问时间 2015 年 12 月 8 日。

念和“先刑后民观念”的影响，司法机关在处理案件，特别是涉及刑民（或刑行等）交叉案件和新生事物发展中遇到的新型案件（如涉网络案件）时，往往习惯于运用刑事思维和“先刑模式”予以解决，具体表现就是先根据行为人行为的社会危害性来判断或决定对该行为是否应当进行刑事评价，然后通过寻找刑法规定、解释刑法规定或出台司法解释等方式，对该行为予以入罪化、刑罚化甚至是重刑化。典型事例有“许霆案”、网络寻衅滋事案、过度维权性索赔案、组织同性卖淫案、全国首例“嫖宿幼女”被判强奸案[33]以及以吴英为代表的民间融资案等。

产生上述问题的原因主要有两点，一是违背了刑事司法应当遵循的“规范在前、价值随后”的司法原则[34]，成为司法入罪化、重刑化的现实注脚。实际上，根据立法规定及刑法理论的通说，我国犯罪的三个基本特征为严重的社会危害性、刑事违法性和刑罚当罚性[35]。其中，立法机关在决定对某种类型化行为是否规定为犯罪时，率先权衡的主要因素就是该种行为是否具有严重的社会危害性，然后再考虑刑法上如何规制的问题，即立法时坚守“价值在前、规范随后”的原则。然而，在司法裁判时，司法机关首当其冲要考虑的应该是行为是否符合刑事法律的规定，如果刑法并没有将此种行为纳入犯罪圈，则无论该种行为有多大的社会危害性都不能作为犯罪对待。倘若以所谓的社会危害性为先，就会存在以维护社会秩序或国家利益为由，滥用国家刑罚权侵犯公民人权之嫌。二是司法实践中长期形成和坚守的“先刑模式”操作惯性。所谓“先刑模式”是指司法机关在处置涉及刑民（或刑行等）交叉案件和新生事物发展中遇到的新型案件时，在社会危害性价值观和国权主义刑法观的指引下，以刑事思维为先、以刑法规范为先和以刑事处理为先的具体司法操作方式。这种“先刑模式”造成的直接后果是，“在可罪可不罪的案件中以犯罪论处，在可罚可不罚的案件中以刑罚处置”[36]。比如“许霆案”中，许霆在 ATM 上取钱的行为系基于与银行之间的正常客户关系，发现 ATM 存在故障后的后续取钱行为完全符合恶意不当得利的构成要件，即使数额再大，也并“没有超出民法的调整范围，没有必要通过刑法规范加以评价，以至于需要运用刑罚来加以惩罚”[37]。需要强调的是，反思“先刑模式”，并非要排除刑法对有社会危害性行为的调整与适用，也并非说明刑法与其前置法在位阶上有何不同，只是引导司法机关，特别是公安司法机关在处置案件时，先行考虑刑法前置法甚至是道德、党纪政纪等规范能否以及应不应该适用，而非在“价值优先”观念左右下直接去刑法中寻找调整规制依据，甚至以出台司法解释的形式扩大犯罪圈。

三、过滤与整合：刑法社会定位的回归路径思考

在厘清刑法的正确社会定位，找准当下刑法定位偏差问题的症结之后，重点就是探寻和研究刑法回归本位的路径与方式方法了。笔者认为，除了要牢固树立民权主义刑法观念、及时更新刑事司法理念、不断彰显刑法前置法的功效以及正确运用法治思维法治方式以外，更主要的是要建立“一个有效的制度检疫机制、风险预警机制和犯罪预防机制”[38]。

（一）遵循程序公正，严把刑法“入口关”、畅通“出口关”

意大利著名刑法学家贝卡里亚早在 250 多年前就向世人告诫：“对大量无关紧要的行为加以禁止，防止不了可能由此产生的犯罪。相反，是在制造新的犯罪，是在随意解释那些被宣传为永恒不变的美德和邪恶。”[39]因而，尽管刑法在管理社会、惩治和预防犯罪方面具有不可替代的作用，但其必须始终坚守“最后法”或“保障法”的地位，那种“似乎每个新发现的社会现象都需要一部专门的法律、规则或一个刑法条文”[40]的现象，自当予以禁止。总的来说，就是要通过充分发挥立法程序的检疫和过滤作用，严格把好犯罪化、刑罚化和重刑化之门槛，积极推进立法中的非罪化、轻刑化和非刑罚化进程，进一步扭转刑法修正中的单轨运行现象。

首先，对于关涉刑法总则基本原则内容的废、改、立，应严格按照《宪法》和《立法法》规定的立法权限和程序，“由全国人民代表大会

通过和批准，使之纳入到基本法律的范畴”[41]，否则，“我们宁可再等待一些时日，由日后的全国人民代表大会负责修改”[16](P276)，以更好地符合依法治国的应有之意和最大限度地代表全国人民的民意。其次，涉及犯罪化、刑罚化、重刑化的刑法法条修改，应坚持“三读”通过的原则，以防止限制或剥夺公民自由权利的事项未经一稿、二稿充分论证和征求意见，而直接在三审中予以通过的情形。如《刑法修正案（九）》对贪污受贿罪创设终身监禁（不得减刑、假释）的刑罚执行措施、对嫖宿幼女罪罪名废除（按强奸罪从重处罚），直接关乎被告人的生杀予夺和否定性评价程度，但是在《刑法修正案（九）》草案的一稿、二稿中均未出现过相关内容，而是利用三审对草案的整体、一次性审议获得法律效力。之所以对此种内容的修改，坚持三审程序，最主要的考虑还是恪守民权主义刑法观念，限制国家刑罚权的任性发动，防止舆论和民意“绑架”刑法立法，如“被害的居民掀起了激烈的居民运动，或著名的学者有说服力地对立案当局施加了影响”[30](序章P6)等等。当然，对于非犯罪化、轻刑化和非刑罚化而言，自然无上述程序上的严格限制，刑法“出口关”的畅通乃刑法谦抑性、最后性和人道性的应有之义和本质特征。

（二）推行司法犹豫，完善司法处理上的过滤机制

破除司法中的“先刑模式”，遵循“法律必须被信仰”、“守望比创造更重要”的职业操守，必然带来刑事司法犹豫制度和前置法过滤机制的充分运用实施。所谓司法犹豫是指国家刑罚权的行使在一国刑事政策的指引下，以现代刑法理念为根基，充分考量刑罚行使的社会效果，以暂缓或节制国家刑罚权的行使为标尺，裁量不启动或者暂缓启动国家刑罚权程序运作的一种制度。[42]具体来说，按照诉讼阶段的不同，司法犹豫可以分为侦查阶段轻罪处分制度、审查起诉阶段的起诉犹豫制度、审判阶段的宣告犹豫制度及执行阶段的犹豫制度。这也就是说，“在运用刑法——社会关系的最后调整利器的过程中，我们必须经常作经济分析，使实现刑事责任、惩罚犯罪的制度（包括立案、侦查、起诉、审判、执行等一系列司法制度）的运转成本实现最小化”[43]。显然，司法犹豫的推行，将有助于“保障被追诉人享有不脱离社会权和复归社会权、克服刑事司法中的有限理性和非理性、增进社会的总福利与总价值的实现、维护社会的宽容性与多样性”[44]，这对刑法在当前全面推进依法治国背景下社会定位的回归大有裨益。

推行司法犹豫制度，要注重并正确、充分运用刑法前置法。对涉刑民（或刑行等）交叉案件和新生事物发展中遇到的新型案件，如并未超出民法、经济法、行政法等其他前置法的范围和界限，就应当自觉摒弃“先刑思维”，不轻易地将所有有危害性的行为都拔高到刑法领域，应坚持由低到高、由轻至重的递升式处置方式。比如，对于时下新兴的“互联网＋金融”的新产业发展业态，就应当审慎对待其中的P2P等网络融资案件，如果不能通过强化行政法的监管和处置方式，过滤掉一部分有危害性的互联网金融行为，那么很多互联网行为极易被套上非法经营、非法吸收公众存款、非法集资等刑事犯罪的帽子，成为刑法过度打击的对象。如此一来，既违背了刑法应秉持的社会定位，更造成新生的互联网金融创新产业发展受到阻碍或遭遇扼杀的命运。

此外，司法处理上的过滤机制还包括刑法第13条的“但书”规定①、刑事和解制度的推广运用和刑法第37条免予刑事处罚的规定，等等。

（三）革新多元治理，强化犯罪的源头预防和制度预防

北京大学梁根林教授在《刑事政策：立场与范畴》一书的代自序中指出，“传统的刑罚体系不再是国家和社会对付犯罪的唯一或主要的有组织的反应方式，甚至国家机器的操控者亦不再主要依赖于不断变换花样的刑罚来治理和控制犯

① 事实上，司法裁判环节，大胆而谨慎地运用13条“但书”规定对某些所谓的刑事案件做出无罪处置，是刑法体现“有诺必践”司法之信的极好表达空间。具体内容，请参见马荣春、徐晓霞：《刑法之信：社会诚信的最后一块堡垒》，《福建行政学院学报》2013年第2期。

罪”[45]，这说明试图通过刑法或重刑来遏制犯罪是有限的、低效的甚至是无用的。相反，如果能从源头和制度层面加强对犯罪的研究和预防，远比严刑峻法惩罚犯罪要更高明、更有效。特别是在当前全国协调推进“四个全面”战略部署的新形势下，通过坚守刑法的保障法地位，可以倒逼国家治理体系和治理能力的现代化，进而为合理、有效地预防犯罪提供强有力的社会资源和制度保障。

首先，要改变传统社会治理理念，积极培育和发挥社会力量，构建多元治理体系。在传统的社会治理模式中，政府起着主导作用，即使是社会的微观事务也都有政府的身影，但社会治理的效果往往适得其反。依法治国的提出确立了法治国家、法治政府和法治社会一体化的法治建设目标，“是一个国家权力与公民权利的持续互动过程，是政府与社会对公共生活的共同治理”[46]，是一元单向治理向多元交互共治的结构性转变。比如，面对所谓的风险社会，国家不应当过度地依赖刑法将一些预备行为、帮助行为犯罪化、刑罚化，而应该整合社会基层组织、拓宽社会参与渠道，加强对社会治安面和不稳定因素的滚动排摸、分析研判，做足预警预案，以更合理地组织对犯罪的反应，毕竟“犯罪行为被实施之前，可能会有许多犯罪临近的预兆。犯罪经过一系列的预备活动，而往往会在危害结果产生前得以制止。这类预防方法或者由负有职责的所有公民施用，或者由被特别授权的人施用”[47]。

其次，重视犯罪原因、规律和特点的研究，探索构建预防犯罪的制度体系保障机制。扭转长期以来过分注重犯罪规制和刑罚研究的局面，将对犯罪的有组织反应关口前移，“把研究和关注的重点从对具体犯罪的认定与惩罚上转移到对整体犯罪的原因研究和对犯罪的预防上”，进而根据某类犯罪发展的趋势和规律，有针对性地提出系统的预警预防犯罪的策略和制度，尽最大可能地抓早抓小，将犯罪消灭在萌芽状态，减缓刑法的压力和对公民权利自由的侵犯。比如，对于贪污受贿犯罪的特殊预防而言，行为人一旦被定罪判刑即足以防止其重犯贪污受贿犯罪，但对国家和公职人员来说都是一种损失。倘就刑法的一般预防而言，刑法的作用又总是有限的，如果能够重视犯罪学的研究，加强对权力运行规律的探索，充分运用好各项职务犯罪预防政策，让权力运作制度规范科学、党纪党规发力生威、监督检查措施及时到位、举报监督畅通便捷、责任追究上顶真较真，职务犯罪必定能得到合理有效的遏制，诸如“小官巨腐”、塌方式系统性腐败和家族式腐败等现象，也不会滋生蔓延而久不被发现和查处。

法治“是现代社会治理的标志与基石，是公平正义的根本保障”[48]，是人类社会发展到目前为止最理想的一种政治法律制度模式，是各国人民通向民主、自由、幸福、安康的必由之路。因此，在全面推进依法治国的时代背景下，正确把握刑法的科学定位、遵循定位回归的路径规律，对我们提高国家治理体系和治理能力的现代化，助推中华民族伟大复兴中国梦的实现，无疑将具有十分重要的现实意义和方向引领作用。

参考文献

[1] 杨兴培．预防犯罪比严刑峻法更重要［J］．检察风云，2013（3）：32.

[2] 邢馨宇，邱兴隆．刑法的修改：轨迹、应然与实然——兼对刑法修正案（八）的评价［J］．法学研究，2011（2）：20.

[3] 何荣功．社会治理“过度刑法化”的法哲学批判［J］．中外法学，2015（2）：525.

[4] 刘艳红．我国应停止犯罪化的刑事立法［J］．法学，2011（11）：108－115.

[5] 沈海平．过度刑法化还是秩序供给不足？［N］．检察日报，2015－05－13.

[6] 习近平．关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明［N］．人民日报，2014－10－29.

[7] 李步云．法治国家的四大要素［N］．人民日报，2007－09－26.

[8] 管子·七臣七主.

[9] 赵晓峰．依法治国过程中的刑法定位之我见［J］．法制与社会，2015（20）：25.

[10] 郎胜．在构建和谐社会的语境下谈我国刑法立法的积极与谨慎［J］．法学家，2007（5）：62.

[11] 孙万怀．反对违法交通行为的过度立法与司法犯罪化［N］．中国社会科学报，2009－08－18.
[12] 夏勇．刑法与民法——截然不同的法律类型［J］．法治研究，2013（10）：35－36.
[13] 孙道萃．反思刑法保障法［J］．国家检察官学院学报，2012（5）：93.
[14] 张小虎．刑法的基本概念［M］．北京：北京大学出版社，2004：54－55.
[15] 孙道萃．论刑法在社会主义法律体系中的当代定位——从反思刑法保障法到倡导刑法事先法［J］．金陵法律评论，2012，春季卷：148.
[16] 杨兴培．反思与批评——中国刑法的理论与实践［M］．北京：北京大学出版社，2013：230.
[17] 于冲．论刑法的理性与功能再定位——社会转型期刑法发展脉络的梳理与反思［J］．学习论坛，2014（1）：77－78.
[18] 刘伟．刑法修正的基本动向及客观要求研究［J］．政治与法律，2011（5）：101.
[19] 严励．刑事法律观念的转换［J］．政治与法律，2000（6）：11.
[20] 刘宪权，杨兴培．刑法学专论［M］．北京：北京大学出版社，2007：27.
[21] 马克思恩格斯全集：第 8 卷［M］．北京：人民出版社，1974：578.
[22] 龙敏．秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的价值冲突与协调［J］．甘肃政法学院学报，2010（5）：149.
[23] 陈兴良．社会风险与刑法规制："风险刑法"理论之反思——"风险刑法"与刑法风险：双重视角的考察［J］．法商研究，2011（4）：15.
[24] 李海东．刑法原理入门：犯罪论基础［M］．北京：法律出版社，1998：4.
[25] 陈兴良．从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改［M］//陈兴良．刑事法评论：第 1 卷．北京：中国政法大学出版社，1997：1－32.
[26] 陈兴良．法治国的刑法文化——21 世纪刑法学研究展望［J］．人民检察，1999（11）：10.
[27] 梁根林，何慧新．二十世纪的中国刑法学（中）——反思与展望［J］．中外法学，1999（3）：1－2.
[28] 陈兴良．刑法知识论［M］．北京：中国人民大学出版社，2007：序言第 II 页.
[29] 魏东．刑法修正案的观察与检讨［J］．法治研究，2013（2）：20.
[30]［日］西原春夫．刑法的根基与哲学［M］．顾肖荣，陆一心，谈春兰，译．上海：三联书店上海分店，1991：4.
[31]［美］道格拉斯·胡萨克．过罪化及刑法的限制［M］．姜敏，译．北京：中国法制出版社，2015：16.
[32] 刘宪权．刑事立法应防止被情绪化的舆论或民意控制［EB/OL］．［2015－12－08］．http：//www.chinalaw124.com/zuijiagongzheng/20151110/13214.html.
[33] 王英占．全国首例"嫖宿幼女"被判强奸罪［N］．成都商报，2015－03－03.
[34] 杨兴培．刑法乃国家重器，司法不可任性［N］．上海法治报，2015－03－18.
[35] 苏惠渔．刑法学：修订本［M］．北京：中国政法大学出版社，1999：75.
[36] 杨兴培．刑民交叉案件中"先刑观念"的反思与批评［J］．法治研究，2014（9）：66.
[37] 杨兴培．"许霆案"的技术分析及其法理思考［J］．法学，2008（3）：58.
[38] 杨兴培．论筑建以揭示原因、预防为主的刑事犯罪法学——兼论刑法学与犯罪学的整体相互联动［J］．中国刑事法杂志，2011（7）：12.
[39]［意］贝卡里亚．论犯罪与刑罚［M］．黄风，译．北京：中国大百科全书出版社，1993：104.
[40]［意］恩里科·菲利．犯罪社会学［M］．郭建安，译．北京：中国人民公安大学出版社，2004：218.
[41] 张波．论刑法修正案——兼谈刑事立法权之划分［J］．中国刑事法杂志，2002（4）：24.
[42] 王振，董邦俊．刑事司法犹豫制度的理性检讨［J］．湖北经济学院学报：人文社会科学版，2010（12）：90.
[43] 高铭暄，陈冉．论社会管理创新中的刑事法治问题［J］．中国法学，2012（2）：57.
[44] 徐鹤喃，郭云忠．刑事司法中的犹豫——兼谈我国不起诉制度的发展［J］．法学家，2006（6）：82－84.
[45] 梁根林．刑事政策：立场与范畴［M］．北京：法律出版社，2005，自序：1.
[46] 马一德．法治助推国家治理体系和治理能力现代化［J］．党建，2014（6）：32.
[47]［英］吉米·边沁．立法理论——刑法典原理［M］．李贵方，姜富权，张文志，孙力，蒋莺，陈兴良，译．北京：中国人民公安大学出版社，1993：27.
[48] 杜飞进．中国现代化的一个全新维度——论国家治理体系和治理能力现代化［J］．社会科学研究，2014（5）：53.

（责任编辑：李　伟　赵建蕊）