

预防性刑法扩张的理性审视和应对*

郭理蓉

(北京师范大学法学院, 北京 100875)

[摘要] 近年来我国刑事法律的预防性刑法扩张倾向明显, 在刑法学界引起争议。面对方兴未艾的犯罪化趋势, 有必要对预防性刑法扩张进行全面审视和思考。从理论基础来说, 对于风险社会理论的滥用与零容忍政策的误读, 使得二者难以构成预防性刑法扩张的充分理论根据。在轻罪的立法模式问题上, 我国的轻罪立法不宜采用“立法定性+司法定量”的入罪模式, 违法行为制裁体系的多元化更符合对违法行为分级分类处理的需要, 并且越轨行为的早期惩戒对于防止初级越轨发展为犯罪具有重要意义。作为预防性刑法扩张导致犯罪标签负面效应突出的应对之策, 轻罪的司法出罪与前科消灭受到关注。通过司法出罪限缩犯罪圈的效果实现有赖于司法观念的转变和轻罪类案出罪标准的规范化, 同时还要监督和制约权力在司法出罪过程中的行使, 防止司法出罪成为寻租机会。前科消灭制度可以在一定程度上消减犯罪标签的消极影响, 但也要看到其效果的局限性。作为对风险的反应举措, 预防性刑法在某些领域具有其必要性和重要意义, 但以预防性理念为指导过度扩张犯罪圈, 则应当慎重。

[关键词] 预防性刑法 理论基础 入罪模式 司法限缩 前科消灭

[中图分类号] D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 2096-983X(2024)04-0102-10

近些年来, 犯罪圈的积极扩张已然成为我国刑法立法的一个明显趋势。自《刑法修正案(八)》增设了危险驾驶罪等罪名以来, 预防性刑法的扩张日益引起关注。法益外延扩大化, 一般违法行为犯罪化的规模不断扩大, 危险犯与行为犯立法模式频繁使用, 刑法介入早期化, 犯罪预防的刑罚防线显著前移……这些被认为是预防性刑法的典型表现。“近几次的刑法修正不断扩容预防性立法的体量, 初步酝酿一股渐成气候的预防性立法现象, 并冲击传统刑法立法思维。”^[1]根据笔者粗略统计, 从《刑法修正案(八)》到《刑法修正案(十二)》, 新增的

45个罪名中有近一半属于预防性立法, 并且这几部修正案对分则中50余个条文进行了修改, 如将一些犯罪由结果犯修改为行为犯、弱化一些财产犯罪的数额要求等, 也明显体现出预防性刑法观念。关于如何看待和评价预防性刑法及其扩张, 刑法学界存在观点分歧, 赞许者有之, 批评者亦有之。面对方兴未艾的犯罪化趋势, 我们需要对预防性刑法扩张从理论基础、立法模式及其应对之策进行全面审视和思考。因为犯罪的治理就像对待一条河流, 我们不仅要厘清它的源头, 筑牢沿岸堤坝, 还要关注它最终流向何方。

收稿日期: 2023-07-06; 修回日期: 2024-04-10

*基金项目: 北京市社会科学基金重点项目“轻罪治理中刑事司法问题与路径选择”(23FXA005)

作者简介: 郭理蓉, 法学博士, 教授, 主要从事刑法学、刑事政策学研究。

一、预防性刑法扩张的理论基础 审视

(一) 风险社会理论的滥用：刑法不应当、也不可能控制所有的风险

预防性刑法扩张的主要理论基础之一是风险社会理论。随着风险社会观念的推广,对似乎无处不在的风险的恐惧以及对安全的强烈需求反映在了刑事法律领域。在刑事政策上,这导致了刑法的范式转换:刑法的镇压性功能不断转向预防性功能。^{[2](P4)}预防性刑法的扩张于是成为对社会公众安全感强烈需求的一种回应。公众对于安全的现实需求会汇聚成刑事政策上的压力,最终通过目的的管道传递至刑法体系的内部,驱使刑法体系向预防目的的方向一路狂奔。^{[3](P31)}对“风险”的强调与恐惧使得人们对于刑法的预防功能寄予了深切厚望,人们期望这一强有力的制裁措施可以在防范风险、保护社会方面发挥其他预防措施所无法比拟的强大威慑作用。

风险社会理论提供了反观和审视现代社会的一个不同的视角,警醒人们看到人类行为给生态环境乃至人类自身所带来的巨大风险,推动各国意识到生态危机并积极采取行动保护环境。公害犯罪、环境犯罪概念的提出以及相关立法的不断完善,无疑体现了风险社会理论对刑法的积极影响。但同时,在刑法领域,风险社会理论被狭义化和简单化了,无视“风险”的宏观性、遍在性,将其简单地理解为风险个人化、个别化,强调个人风险、行为风险。^[4]风险社会理论创始人贝克所说的“风险社会”的“风险”是指现代化所带来的难以预测的、毁灭性的、全球性的生态灾难,“是与现代化的威胁力量以及现代化引致的怀疑的全球化相关的一些后果”^{[5](P19)}。而我国很多刑法学者在论及具体“风险”罪名时,往往将“风险社会”的“风险”与“社会危害性”意义上的“风险”相混同了,实际上已经脱离了作为其研究前提的“风险社会”。^[6]除了环境风险等宏观性、遍在性的风险

以外,被作为预防性刑法扩张的事实依据而提及的其他风险实际上与贝克的“风险社会”没有直接关系,仍然属于传统意义上的风险。

不可否认,作为对风险的反应举措,预防性刑法在某些领域(如恐怖主义犯罪、公害犯罪)具有其必要性和重要意义。预防性刑法并不是近几年才出现的新事物,对于某些具有潜在的较大的危害性但尚未造成实际危害后果的行为,及早进行干预和禁止,以防止严重危害后果的发生,这在很多国家的刑法中早就有所体现,比如关于危险犯、持有犯、不作为犯的规定。因应社会发展中风险的变化,基于防范重大风险、保护重要法益的客观需求,对于威胁到公众生存、安全和健康的行为,刑法自然应当及时作出反应,例如,《刑法修正案(八)》将重大环境污染事故罪(结果犯)修改为污染环境罪(行为犯),《刑法修正案(九)》将帮助恐怖活动、准备实施恐怖活动等行为规定为独立的罪名,《刑法修正案(十一)》增设危险作业罪、妨害药品管理罪等罪名,体现了刑法对生态安全、公共安全等重大法益进一步加强保护的立场。

不过,预防性刑法因其介入提前,在维护社会秩序的同时也隐含着不当地限缩公民权利的风险。这种来自国家法律制度及其不当实施带来的风险同样是值得警惕的,这是另一种“风险”。刑法因其禁止性规范的属性以及刑罚措施固有的剥夺、限制性质,一向被视为是一柄“双刃剑”,预防性刑法的扩张则进一步强化了这柄双刃剑“倘用之不当,国家与个人两受其害”的风险。而在风险社会语境下,因对个体化的行为风险以及安全需求的过度强调,上述的后一种风险往往容易被忽略。

即使秩序与安全需要刑法予以必要的保护,其也应当接受自由主义刑法的理论审查与价值平衡。^[7]为了控制对社会公共安全构成威胁的重大风险,预防性刑法的扩张虽然有其必要性,但仍然应当经过犯罪化的基本原则(必要性、可行性以及相当性)的考量并受其制约。

人类社会一直是在与风险共存中发展、前进，全面消除一切风险或者完全地规制一切风险都是不可能的。面对现代社会的各种风险，刑法亦要有所选择和取舍。“刑法并不规制一切风险，它只规制不可欲的、会导致不合理的类型化危险的风险。”^{[3](P37)}从人的本能心理来讲，风险对于人们来说都是不可欲的。但在有些情况下，当不可避免的风险作为追求目标的合理代价或者风险有助于实现更重要的目的时，一定程度的风险是能够为人们所接受和容忍的，超过一定的限度，风险就可能变成难以容忍的不合理的风险。而这个“限度”就是刑法是否应当介入的分界点，也即刑法介入的必要性依据或者是犯罪化的门槛。

对应于不同层次的风险，风险控制力度、手段也有所不同。只有风险程度较高、普通手段不足以实现对风险的控制并保障社会安全基本秩序的情况下，这种风险才能进入刑法规制的范围。对于社会难以容忍的、“会导致不合理的类型化危险的风险”在刑法上予以禁止的必要性和可行性，需要经过充分的论证和评估，不仅要评估风险的来源、风险的程度、风险可能带来的危害后果，还要考虑目前已有的或者可选择的规制手段及其效果。与此同时，还应当考虑和评估另一方面的风险，即以刑法这一最严厉手段禁止该行为可能带来的负面影响和后果。因此，对刑法干预必要性的权衡可以转换成对“倘若不以刑法禁止该行为，会有什么风险”与“倘若以刑法禁止该行为，会有什么风险”的比较。而“倘若不以刑法禁止该行为，会有什么风险”不能被偷换概念替换为“倘若不禁止该行为，会有什么风险”，因为“不以刑法禁止”不等于“不禁止”。如果概念被替换，权衡

所得出的结论就会不同，而这就是有些“风险”行为为何会越过行政法的规制而直接入刑的一个主要原因。

以高空抛物为例，在《刑法修正案(十一)》通过之前，民法中规定了从建筑物中抛掷物品造成损害的侵权责任，刑法中对于高空抛物行为造成人员伤亡、财产损失所适用的罪名包括过失致人死亡罪、过失致人重伤罪、故意毁坏财物罪、以危险方法危害公共安全罪等。^①但《治安管理处罚法》中并未对高空抛物的处罚做出规定，实践中对于未造成危害结果的高空抛物行为，有的公安机关以“扰乱公共秩序”为由予以行政处罚。因处罚理由不够具体明确，使得行政处罚的合法性遭到质疑，所以公安机关往往以“没有法律依据”为由，不予处罚。对高空抛物的风险控制措施应包括三个层次：民事责任、行政责任和刑事责任。从目前相关立法来看，中间层次(行政责任)是“空”的，所以，完善高空抛物法律规制的应然逻辑是要先完善《治安管理处罚法》，对未造成危害结果的高空抛物行为作出明确的处罚规定，而非将其直接入刑。而且，将未造成危害后果的高空抛物行为入刑，导致此类行为在法律责任上出现“两头严、中间轻”的状况，即未造成危害后果的和造成严重危害后果的，都构成犯罪，要承担刑事责任；而造成较轻后果的，则承担民事责任，这显然是不合理的。此外，《刑法修正案(十一)》对高空抛物罪设置了“情节严重”的入罪条件，那么，倘若情节不严重，不能被认定为犯罪，同时因没有给他人造成损害、不能适用《民法典》追究侵权责任的话，只能考虑予以行政处罚，但行政处罚的法律依据缺失的问题仍然有待解决。^②

①2020年7月《刑法修正案(十一)草案》公布时，笔者在中国裁判文书网搜索到2013至2020年7月相关刑事裁判文书共计49份，剔除少数因高空抛物引起的非法侵入住宅、妨害公务等案件，真正关于高空抛物的刑事裁判文书只有30份。在这30个案件中，判决为以危险方法危害公共安全罪的15件，过失致人死亡罪的7件，过失致人重伤罪4件，故意毁坏财物罪2件，寻衅滋事罪和重大责任事故罪各1件。

②妨害安全驾驶行为也同样是在行政处罚法律依据缺失的情况下直接入了刑。好在立法者已经注意到这一问题。2023年9月，《治安管理处罚法》修订草案公布，该草案中将高空抛物、妨害安全驾驶等行为增列为违法行为并规定了相应的行政处罚。可以期待，随着未来《治安管理处罚法》的修订，高空抛物、妨害安全驾驶等行为的法律规制可得以完善。

（二）“零容忍”的迷思与正解：对违法行为的零容忍不等于必须入刑

预防性刑法扩张的另一个理论依据是“零容忍”理论。似乎无处不在的风险对社会生活安宁构成了威胁，倘若不及早采取强有力的防止和干预措施，就有可能发展成为更大的危险或者造成严重的后果。如此，原本是在不同视角与背景下的两个理论之间建立起了逻辑上的联系，构成了预防性刑法扩张的理论基础。如果说风险社会理论为理解和解释社会变迁、思考和讨论刑事政策与刑事立法提供了某种新的思路（即便是有所误解），“零容忍”政策则成为预防性刑法扩张的一个实践性模版。^{[8](P135)}

“零容忍”衍生于西方犯罪预防理论中的“破窗”理论，源于美国心理学家Philip Zimbardo的一个实验。以此实验为基础，政治学家James Wilson和犯罪学家George Kelling于1982年在《大西洋月刊》上发表文章提出了破窗效应理论。他们认为，“破窗”是漠不关心和缺乏执法力度的信号，会增加社会公众对犯罪的恐惧感和削弱社会控制。诸如打破窗户、在社区内乱涂乱画、破坏公物、乱扔垃圾等混乱和不文明的行为，会导致进一步的混乱和犯罪行为的增加。^[9]简言之，小的恶行如果不及时得到制止和惩罚的话，会演变升级为更大的犯罪。

破窗理论对美国几个主要城市的执法实践产生了重大影响。1993年纽约市实施了一项旨在“回收纽约公共空间”的执法战略，因轻罪被逮捕的人数激增，犯罪率出现显著下降。其他城市纷纷效仿，“零容忍”警务政策也被英国借鉴和引入。英国在犯罪率相对较高的城市如利物浦实施这一政策，并且出台了《反社会行为令》，对轻微违法行为处以包括监禁在内的较严厉的惩罚。^[10]

“零容忍”警务引发了激烈辩论。支持者认为，纽约“零容忍”举措是犯罪率下降的重要原因，至少是部分原因。批评者则认为在实施该警务战略之前，纽约的犯罪率已经开始下降，在没有实施该警务战略的其他大城市，犯

罪率也在下降。^[11]并且，批评者还指出零容忍政策的多重负面效应，如导致更多人被捕，并且由于犯罪标签效应的影响，这些人在住房、就业等方面遭遇困境；零容忍政策执行中产生的种族主义问题；零容忍把重点放在轻微犯罪和街头犯罪上，而忽略了精英阶层犯下的更严重的罪行。^[10]作为一种激进的警务策略，零容忍警务有破坏警察与社区关系的风险。^[12]

近些年“零容忍”观念在我国颇受推崇，成为近年来预防性刑法扩张的一个支持理由。对此，有必要廓清迷思，客观理性地认识和评价。一方面，在广义的犯罪防控方面过度强调零容忍，不符合理性的刑事政策观，既难以实现目标，也容易导致刑事政策出现极端化倾向。犯罪是必然存在的社会现象，不可能被消灭。否认犯罪的必然性，就有可能导致以消灭犯罪为目标的非理性、甚至是极端化的刑事政策。对犯罪的零容忍甚至消灭，是一个不具有实现可能性的“奢侈”目标，因为它既超出了任何社会治理者的能力，也超出了犯罪治理资源所能承载的限度。无论是何种高效的犯罪追查机制以及业务技能何等高超的警务人员，都不可能巨细无遗地追究到所有的罪错和越轨行为。在犯罪的治理方面，过度强调零容忍的绝对化刑事政策既不理性，也不现实，其结果只会造成犯罪防控系统的机构和人员疲惫不堪、难以为继，而且防控效果可能适得其反，即便短期内看似取得一定效果，也难以长久持续。此外，警务政策应该避免对警察和社区关系造成巨大内在风险，广泛和不分青红皂白地拘捕轻微违法者，会加剧甚至制造社会矛盾，损害普通居民的安全感乃至激发民众对警察的不信任感，不利于维护社区乃至整个社会的稳定。所以，以理性犯罪观为基础的刑事政策的目标应是将犯罪控制在社会所能容忍的限度之内。

另一方面，即便零容忍政策是具有可采性的，零容忍也不等于对于违法行为在刑法上零容忍，换言之，对违法行为的零容忍并不意味着一定得入刑或者必须用刑法手段来禁止。近年来，

违法行为入刑在我国快要成为一种惯性思维,每当某类违法事件频繁发生,便有人提出将其“入刑”的建议,其中,“零容忍”被频繁提及。但实际上,动辄以“零容忍”作为将违法行为入刑的理由,是对“零容忍”的误读。如破窗理论的提出者乔治·凯林等所言,“事实上,‘破窗理论’所提出的概念,与使用‘扫街’方法对付‘不受欢迎者’,是完全对立的;相反地,它主张警方应与民众,包括街头游民,密切地协调合作,发展出社区的规范标准。此外,社区规范的执行,绝大部分通过非逮捕的方式——教育、说服、咨询和命令——唯有当其他方法无效时,才依靠逮捕。”^{[13](P27)}破窗理论的重点在于强调对于失序行为应当及时干涉,而非任由其发展、恶化,这也是零容忍政策的基本含义。并不是将违法行为通通纳入刑法、以刑事手段来予以惩戒,才叫零容忍。对于违法犯罪的治理手段是多样化的,应当根据具体情况来决定使用哪种反应措施。刑法的动用意味着当事人的基本权利可能面临着被剥夺的巨大风险。而且一旦被剥夺就难以修复甚至无法修复,刑法适用的“双刃剑”风险及其高昂的成本和代价决定了其在违法犯罪治理体系中不应该被作为首要考虑的选项。因此,所谓对违法犯罪的零容忍,应当理解为对违法犯罪行为及时发现并予以相应的惩罚,至于予以什么样的惩罚,是纪律处分、行政处罚亦或是刑罚,则要根据具体的行为和相应的法律规范来确定。总之,只要发现,就不能对其不闻不问、宽纵不理。在这个意义上,将零容忍理解为惩罚(而非仅仅是刑罚)的确定性,可能更为恰当。

二、预防性刑法扩张背景下的轻罪入罪模式：“立法定性+司法定量”？

由其目的所决定,预防性刑法干预的通常是尚未造成严重后果的行为,相应地,所设置的刑罚通常也比较轻,因此,预防性刑法的扩张主要体现在轻罪范围的扩张。那么,这种基于预防目

的轻罪要不要设置一定的门槛?换言之,轻罪的入罪条件是否应有“量”方面的限制?

犯罪门槛的设置有两种方式:一种是我国刑法传统的“立法定性又定量”的方式,另一种是西方很多国家刑法中“立法定性+司法定量”的方式。“立法定性+司法定量”的方式对司法者的要求较高,特别是在没有司法解释对入罪的定量标准作出明确说明的情况下,完全由办案者来裁量和把握入罪标准。从我国目前的司法实践来看,容易出现两种状况:一是个案处理上的失衡,二是绝对化的司法倾向。例如,《刑法修正案(八)》将扒窃新增为盗窃罪的行为类型且没有数额限制,于是很多地方出现了因扒窃1元而获刑的案件,所判刑罚也轻重不一,从1年管制、3个月拘役到6个月有期徒刑不等。^[14-16]实际上,在对扒窃行为的规制上,原本治安管理处罚法与刑法就衔接得很好,违法与犯罪、行政处罚与刑罚,轻重层次区分很清楚,对于数额较少的扒窃,行政处罚已足以实现对其的惩戒。将扒窃不限数额地纳入刑法以后,反而造成了司法实践中的困扰和争议。再如,实践中醉驾案件处理中绝对化的司法倾向曾引起诸多争议,2017年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》以及2021年“两高”联合印发《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》都强调对于醉驾应综合考虑多方面因素,予以区别处理。但危险驾驶罪案件自2019年以来持续居于刑事案件数量第一位的事实表明,抽象危险犯这种只定性不定量的入罪模式在司法实践中产生的绝对化倾向是不可小觑的。因此,笔者认为,我国的轻罪立法并不适宜采取立法定性、司法定量的模式。

其一,这种模式模糊了违法与犯罪的界限,与我国一直以来违法、犯罪相区分以及以此为基础确立的违法行为制裁体系不相符合,也使得违法行为制裁的缓冲地带消失。在我国,对应于违法行为的不同程度,违法行为制裁措施是多元化、分层次的,刑事处罚只是违法行为制裁体系中的一类。给轻罪设置“量”的门槛,

一方面适应了违法行为分级分类的现实,给行政处罚的适用留出空间,实现对不同程度违法行为的区别对待;另一方面,对违法行为设置“量”方面的入罪门槛,对部分违法行为适用行政处罚,也在一定程度上为违法行为的制裁与纠正提供了一个缓冲地带,既使刑法可以保持其作为“最后性”手段的慎重和克制,又为行为人提供了一个改悔机会。越轨行为的早期纠正和惩戒,对于犯罪预防具有重要意义。特别是对于初次违法者来说,这是非常重要的,避免其一念之差就踏入了刑法的规制范围,通过行政处罚这一强度较轻的早期惩戒,给初次越轨者提供了一次改悔的机会。

其二,倘若轻罪在立法上只定性,而将定量的部分交给司法,司法人员对于具体案件的裁量仍然需要(或者高度依赖于)统一的解释性文件或者指导性意见,否则,司法绝对化的问题就不会是个别现象,而将是普遍性的。与其让司法人员去自由裁量掌握入罪的标准,导致严重司法失衡现象以及由此带来其他问题(如司法腐败),不如在立法上明确入罪门槛,对入罪标准做出“量”方面的限定。以醉驾型危险驾驶罪为例,鉴于此类案件数量持续居高引起的争议,2023年“两高两部”联合发布《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》,为醉驾案件的处理提供统一、规范的指导,该《意见》完善了本罪的出罪机制,规定了几种可以作法定不起诉的情形。这实际上是将醉驾案件的司法标准调整为“醉酒程度+情节”,但这与刑法关于醉驾型危险驾驶罪的罪状描述(“醉酒驾驶机动车的”,并无情节限制)显然是不一致的。因此,解决醉驾型危险驾驶罪的司法困境的根本之策还是需要从立法着手,修正刑法第133条之一第1款第(二)项的表述。醉驾行为之所以被入罪,是因为该行为危及公共安全,为了防止醉驾发生危及公共安全的后果,刑法才提前介入干预。醉驾行为当然违法,但不一定必然危及公共安全,是否危及公共安全,要结合行为当时的具体情境来判断。如果该项的表述改为“醉

酒驾驶机动车,危及公共安全的”,即改采用具体危险犯的罪状模式,则与刑法第13条“但书”之间的紧张关系也就迎刃而解了。^{[8](P176)}

三、预防性刑法扩张前提下的应对:司法出罪与前科消灭

“犯罪化会给那些被判有罪的人带来危害、污名化以及严厉对待,无论刑罚是否涉及监禁刑。”^{[17](P261)}犯罪标签会产生相应的负面效应。除刑罚以外,犯罪还会产生其他附随后果,不仅包括规范性评价后果(如其他法律中明确规定有犯罪前科的人不得从事某些行业),还包括非规范性评价后果(如社会舆论或者虽无明文规定但实质上会对有前科者在就业、生活等方面产生的消极影响)。

基于预防性刑法理念所增设的犯罪基本上是轻罪,而每新增一个轻罪罪名所产生的犯罪标签的增量不可小觑。以危险驾驶罪为例,我国每年约30万人因此而获刑。除了泛化问题外,犯罪标签备受争议的是其株连效应。犯罪标签不仅对犯罪人本人的就业、生活带来影响,还会株连其亲属,使其无法通过公务员、参军或者一些重要岗位的政审,而这些限制往往都是内部规定或者非成文的要求,并没有明确的法律依据,是隐性的不利后果。虽然犯罪标签的株连效应不能完全归因于预防性刑法,是其他制度不合理导致的问题,但是预防性刑法扩张无疑会导致犯罪标签泛化,扩大犯罪标签的基数,进而使得受犯罪标签株连的人成倍增多。面对预防性刑法扩张引起的“过度犯罪化”“犯罪标签泛化”等质疑和批评,学界目前有两个较具共识性的应对路径,一是加大司法出罪的力度,从而限缩事实上的犯罪圈,使得大量轻罪得以在事实上非犯罪化;二是尽快在立法上确立前科消灭制度。

(一) 犯罪圈的司法限缩:观念转变、标准规范化与权力制约

在立法扩张犯罪圈背景下,以司法出罪

的方式来限缩事实上的犯罪圈,从而尽量减少犯罪标签,这是一个“无奈”却现实的选择。但要想通过司法出罪来实现限缩犯罪圈,我们需要在以下几个方面付诸努力。

首先,谦抑、宽容的司法观念需在实务部门进一步普及。从我国目前轻罪司法的现状来看,谦抑、宽容的司法观念的普及还不太理想,实践中很多本可以出罪的轻罪案件并没有被出罪处理。例如,有因扒窃1元而被判有期徒刑7个月并处罚金2000元的;^[17]有因入室盗窃一把32元的热水壶而被判有期徒刑6个月并处罚金2000元的^①;有在自家院子里捕到一只麻雀而被判非法狩猎罪的^②;还有很多没有被司法出罪的醉酒型危险驾驶案、帮助信息网络犯罪活动案。据统计,2019年全国检察机关不起诉41409人,不起诉率仅为2.2%。^[19]2020年以来,随着认罪认罚从宽制度和少捕慎诉慎押政策的实施,不起诉率逐年上升,2020年全国检察机关不起诉24.3万人^[20],不起诉率约为13.4%;2021年全国检察机关不起诉34.8万人,不起诉率为16.6%^[21];2022年全国检察机关不起诉51.3万人,不起诉率26.3%^[22]。2023年全国检察机关不起诉57.8万人,不起诉率25.5%。^[23]这里的不起起诉率是包括了四种不起诉(法定不起诉、证据不足不起诉、酌定不起诉和附条件不起诉)在内。所以,作为轻罪主要出罪途径的酌定不起诉的适用率比总的不起起诉率是要低的。根据最高人民检察院公布的数据,2022年全国检察机关不起诉的51.3万人中,因不构成犯罪或证据不足而不起诉21.1万人,未成年犯罪嫌疑人附条件不起诉2.6万人,依此算来,酌定不起诉约有27.6万人,酌定不起诉率约为14%。^[23]在轻罪的司法出罪方面,有些地方的司法机关可能做得稍好一些,但就整体来说,限缩犯罪圈的司法理念尚未被基层司法人员广泛接受和普及。

其次,类案的不起起诉标准亟需规范化。近年来,随着认罪认罚从宽制度和少捕慎诉慎押政策的实施,不起起诉案件的数量在逐年上升,但也凸显出一些问题,其中最突出的一个问题就是酌定不起起诉的标准不统一。以常见多发的“超市盗”^③案件为例,对于数额相近、情节类似的此类案件,其处理结果存在着明显差异,甚至在同一个人的法院或检察院,对于情节轻重相似的“超市盗”案件的处理亦有很大差别。究其原因,就在于办案人员“酌定”的标准不同,有的看重盗窃数额,认为数额表明行为的危害程度大小;有的看重盗窃次数,认为次数反映了嫌疑人的主观恶性大小;还有的看重嫌疑人事后对被害人的赔偿以及被害人是否出具谅解书,认为这表明了法益是否被现实修复。数额、次数、赔偿和谅解,对于“超市盗”案件来说,都是决定是否起起诉时需要考量的因素。每个具体案件在各个方面虽有不同,但从司法的角度来说,应当有一个相对明确、统一的标准。^[24]同理,实践中多发的轻伤害、帮助信息网络犯罪活动罪等轻罪案件,其不起起诉标准也应当规范化,以避免或者尽量减少类案司法处理结果的显著失衡。

再次,加强对检察权行使的监督与制约,防止司法出罪成为寻租机会。司法出罪的途径包括不起起诉和判决无罪。不过,司法实践中根据刑法第13条“但书”作出的无罪判决很少见,因此当前司法出罪的主要途径是不起起诉。近年随着认罪认罚从宽制度的广泛适用,不起起诉的案件数量显著上升,认罪认罚从宽对于促进刑事案件分流处理、提升司法效率确实具有积极意义。但在该制度适用过程中也凸显出一些问题,其中,检察机关权力过大引起很多争议。权力的失衡会带来腐败风险。根据刑事诉讼法的规定,酌定不起起诉的条件是“犯罪情节轻微,依照刑法规

①参见广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院刑事判决书(2015)西刑初字第103号。

②参见辽宁省新宾满族自治县人民法院刑事判决书(2020)辽0422刑初55号。

③“超市盗”是司法实务部门对一类盗窃案件的简称,指在超市购物结账时以逃避支付的方式(如,不扫码或者故意漏扫码,或者以带有低价商品码的塑料袋包裹高价商品并扫低价码结账)盗窃超市商品的行为。

定不需要判处刑罚或者免除刑罚”，什么样的情形属于“不需要判处刑罚或者免除刑罚”？要根据立法和个案具体情况判断。刑法中关于免除刑罚的规定包括以下四种情形（见下表）：

表1 我国刑法中免除刑罚的规定

序号	立法表述方式	相对应的刑法条文
1	“应当免除处罚”	第24条第2款
2	“应当减轻或者免除处罚”	第20条第2款，第21条第2款，第28条
	“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”	
3	“可以免除处罚”	第67条第1款，第351条第3款
4	“可以从轻、减轻或者免除处罚”	第19条，第22条第2款，第383条第3款
	“可以减轻或者免除处罚”	

表1中除了第一种情形可以直接适用酌定不起诉以外，其他三种情形是否对犯罪嫌疑人适用酌定不起诉，都是要由检察官来裁量的。很多轻微犯罪是理应根据刑法和刑事诉讼法的相关规定适用不起诉的，对于这类案件，检察机关对其做不起诉处理是合法合理的。但是就轻罪案件来说，在犯罪性质、情节等方面也并不完全一样，有轻与更轻之分，在处理上需要予以区别对待。在轻罪案件中，只有那些犯罪情节轻微到无需判处刑罚或者免除刑罚的程度的，才能适用酌定不起诉。而在认罪认罚从宽制度的适用过程中，检察机关的强势地位及其在是否追诉犯罪方面具有终局性质的决定权，这可能导致很多的寻租机会，从而成为司法腐败的新的温床，不符合酌定不起诉条件的轻罪嫌疑人一方想方设法去寻求不起诉的可能，而符合不起诉条件的案件被害人一方则可能千方百计让犯罪嫌疑人被起诉，手握出罪决定权的检察官倘若不能抵御权力和物质的诱惑，就可能徇私枉法，将原本应当起诉的案件做不起诉处理，或者将原本不应被起诉的犯罪嫌疑人送上被告席。所以，监督和制约权力在司法出罪过程中的公正行使，也是不可忽视的。

（二）犯罪标签的消除：前科消灭的相对性

对有前科标签者的待遇体现了社会防卫需求与个体权利保障之间的关系，法律需要在二

者之间把握适当的平衡。对于危害程度不同的犯罪，社会防卫需求与个体权利保障的比重也应有不同，对于危害程度严重的犯罪，可以更多倾向于社会防卫需求，而对于危害程度较轻的犯罪，则要较多考虑个体权利保障。预防性刑法较多强调社会防卫需求，在预防性刑法积极扩张的情况下，社会防卫与个体权利之间的天平有些失衡。应对由此导致的犯罪标签负面效应倍增的一个重要策略是建立前科消灭制度。前科消灭能够在一定程度上消减犯罪标签对于有前科者的不利影响，在犯罪标签日益普遍化的情况下，轻罪前科消灭制度的建立具有必要性和迫切性，当然，在具体制度设计上不能“一刀切”，需要根据轻罪的层次区分不同情形来处理。^{[8](P215-217)}同时我们也要认识到，前科消灭并非绝对，是有一定局限性的。

首先，从前科消灭的方式来看，具有相对性。前科消灭不可能消灭行为人之前的犯罪事实，已发生的客观事实无法被消灭。前科之所以会对有前科者造成负面影响，是因为前科会被记载并且可以被查到，因而会被他人了解并传播。因此，所谓前科消灭实际上是消灭关于前科的记录。记载了对犯罪行为的侦查、起诉和审判等过程的法律文书、证据材料等司法档案材料是关于犯罪的记录，但犯罪记录不仅限于犯罪的档案材料。除了犯罪的档案材料，犯罪记录还包括其他有关行为人犯罪的记载资料，如个人的档案材料、法院的裁判文书库/网（包括电子数据）。如果从词语的本意上来理解“消灭”，对这些档案材料的物质实体的“消灭”只能是将其销毁，而司法档案材料属于具有保存价值的历史记录，受《档案法》的保护。因此对于这些司法档案材料以及其他记载有犯罪有关信息的实体材料的消灭或者销毁是不具有可行性的。可行的“消灭”方式就是让犯罪记录不被人所知，不能被查询、被了解和被传播，让犯罪记录从人们的视野里消失。这个“消失”只能是相对意义上的，即让其从公开场合和公共查询渠道中隐身。所以，前科消灭的基本方式就是将那些记

录有犯罪信息的材料予以封存,让公众无从查询,而非从物理意义上将其销毁或者抹除。

其次,从前科消灭的实际效果来看,也是相对的,不可能完全地、彻底地消除犯罪标签的不利影响。虽然在制度设计上应尽可能地去通过严格封存犯罪记录来实现让前科不为人知的效果,但前科毕竟是已经客观发生过的事实,当时还可能有被害人、见证人、知情者,不可能把他们关于此事的记忆给抹除掉。有的案件甚至当时媒体还作了相关报道,把当年当日的所有报刊、网页等通通封存起来或者删除掉,也是不可能做到的。特别是在当今互联网高度发达,“互联网的记忆”是几乎无法抹除的。前科消灭制度可以部分地消除前科对于当事人在规范性评价上的不利影响,但恐怕很难杜绝非规范性评价方面的消极影响。

四、结语

犯罪化的动力来源于社会现实需要,即便是所谓持消极刑法观者也并不反对适时适度的犯罪化。犯罪化意味着最为严厉的否定性评价,更大的犯罪圈无疑会带来更多的定罪与更多的刑罚。因此,无论基于何种理由的犯罪化都应当经过全面的充分的审视和评估。适应社会迫切需要的、必要的犯罪化无可厚非,需要警惕的是过度的犯罪化、不当的犯罪化。

犯罪圈的合理划定与控制首先是立法者的责任,在立法上积极扩张犯罪圈、特别是采用定性不定量模式作出罪状描述的前提下,寄望于司法者在“有法必依、执法必严”的要求下通过灵活处置、大量出罪而限缩实然的犯罪圈,对于司法者来说,恐怕也是难以承受之重。毕竟,比起抽象的立法者,具体的司法者恐怕是更难以扛得住舆论的压力。随着立法上轻罪范围的不断扩张,司法中轻罪案件数量激增,犯罪标签效应问题也愈加突出。前科消灭虽然可以在一定程度上消减标签的消极影响,但也是有局限性的。解决犯罪标签效应问题的根源和关键在于

标签本身,与其草率地贴上标签以后再费力地撕掉它(撕掉以后可能还会残留印痕),不如在以犯罪之名标定行为的时候,审慎而行。犯罪的治理好比对一条河流的治理,需要做全流程规划,在打开上游水闸之前,先要疏浚下游泄洪渠道,否则难免会有水库满溢、堤坝溃塌的危险。

参考文献:

- [1]高铭喧,孙道萃.预防性刑法观及其教义学思考[J].中国法学,2018(1):66-189.
- [2]乌尔里希·齐白.全球风险社会与信息社会中的刑法[M].周遵友,江溯,等,译.北京:中国法制出版社,2012.
- [3]劳东燕.风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [4]卢建平.风险社会的刑事政策与刑法[J].法学论坛,2011(4):21-75.
- [5]乌尔里希·贝克.风险社会[M].何博文,译.北京:译林出版社,2004.
- [6]夏勇.“风险社会”中的“风险”辨析——刑法学研究中的“风险”误区之澄清[J].中外法学,2012(2):250-262.
- [7]刘艳红.中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法[J].政法论坛,2023(2):60-72.
- [8]郭理蓉.轻罪刑事政策研究[M].北京:中国法制出版社,2023.
- [9]WILSON J Q, KELLING G L. Broken windows: The police and neighborhood safety[J]. Atlantic Monthly, 1982, 249(3): 29-38.
- [10]THOMPSON K. Zero tolerance policing – An evaluation[EB/OL]. (2016-10-18) [2019-06-17]. <https://revisesociology.com/2016/10/18/zero-tolerance-policing-an-evaluation>.
- [11]BERNARD E. Harcourt, reflecting on the subject: A critique of the social influence conception of deterrence, the broken windows theory, and order-maintenance policing New York style[J]. Michigan Law Review, 1998, 97(2) 291-389.
- [12]BRAGA A A, WELSH B C, SCHNELL C. Can policing disorder reduce crime? A systematic review and meta-analysis[J]. Journal of Research in Crime and Delinquency, 2015, 52(4): 567-568.
- [13]乔治·凯林,凯瑟琳·科尔斯.破窗效应[M].陈智文,译.上海:生活·读书·新知三联书店,2014.
- [14]扒窃1元获刑6月,扒窃行为不以金额定罪[EB/OL]. (2015-03-05) [2023-07-06]. <http://gz.sina.com>.

cn/2015-03-05/detail-iavxeafs1516045.shtml.

[15]益阳一男子扒窃1元被判拘役3个月罚金1000元[EB/OL]. (2013-11-20) [2013-07-01]. <https://hn.qq.com/a/20131120/006347.htm>.

[16]武汉男子菜场扒窃1元被罚1000元管制一年[EB/OL]. (2014-07-27) [2023-07-06]. <http://news.hexun.com/2014-07-27/167021414.html>.

[17]丹尼斯·J. 贝克. 不被犯罪化的权利[M]. 王晓晓, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 2023.

[18]扒窃1元获刑7个月[EB/OL]. (2022-12-28) [2022-12-28]. <http://fj.pthjfy.gov.cn/article/detail/2016/01/id/4919851.shtml>.

[19]张军. 最高人民检察院工作报告——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[R/OL]. (2020-06-01) [2020-06-01]. <https://www.spp.gov.cn/gzbg/>.

[20]张军. 最高人民检察院工作报告——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[R/OL]. (2021-03-08) [2023-07-02]. <https://www.spp.gov.cn/gzbg/>.

[21]2021年全国检察机关主要办案数据[R/OL]. (2022-03-10) [2022-03-10]. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1.

[22]2022年全国检察机关主要办案数据[EB/OL]. (2023-03-08) [2023-07-06]. https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230307_606553.shtml#1.

[23]2023年全国检察机关主要办案数据[EB/OL]. (2024-04-08) [2024-04-10]. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1.

[24]郭理蓉. “超市盗”案件的司法失衡与不起诉标准的规范化[J]. 犯罪研究, 2023(2): 82-89.

【责任编辑 邱佛梅】

Rational Thinking and Response to the Expansion of Preventive Criminal Law

GUO Lirong

Abstract: In recent years, the trend of preventive criminal law expansion in China's criminal law has become evident. In the face of the continuing criminalization, it is necessary to comprehensively examine the expansion of preventive criminal law. From a theoretical perspective, the abuse of risk society theory and the misreading of the zero-tolerance policy makes it difficult for them to form a sufficient theoretical basis for the expansion of preventive criminal law. China's misdemeanor legislation should not adopt the criminalization mode of legislatively qualitative while judicially quantitative. The diversification of the sanction system for illegal acts is more in line with the needs of graded and classified treatment of illegal acts, and early punishment of deviant acts is of great significance in preventing primary deviance from developing into crimes. As a response to the prominent negative effects of criminal labeling caused by the expansion of preventive criminal law, the judicial prosecution and elimination of criminal records for minor crimes have been emphasized. The effectiveness of restricting criminal circles through judicial decriminalization depends on the transformation of judicial conception and the standardization of non-prosecution standards. Meanwhile, it is necessary to supervise and restrict the exercise of power in the process of judicial decriminalization, and prevent rent-seeking opportunities. The system of eliminating criminal records can to some extent reduce the negative impact of criminal labels, but its effectiveness should also be limited. As a response to risks, preventive criminal law has its necessity and significance in certain fields, but excessive expansion of criminal circles guided by preventive philosophy should be cautious.

Keywords: preventive criminal law; theoretical basis; criminalization mode; judicial restraint; eliminate the criminal record