

积极刑法观的实践修正与功能完善

欧阳本祺 秦长森

(东南大学 法学院/人权研究院, 江苏 南京 210096)

[摘要] 积极刑法观的理论建设正深陷诸如“刑法适用泛化”“刑法工具化”等多重质疑之中,亟需对其核心主张与现实功能进行修正与重塑。在立法论维度,积极刑法观应当以民权刑法为核心,通过在立法实践中不断夯实刑事立法的事实基础,从而促进刑事立法的科学化发展。此外,还可以利用类型思维法、宪法教义学等理论资源,优化刑事立法的质量与品质。在司法论维度,积极刑法观应当在刑事归责的过程中发展需罚性理论,以求拓宽轻罪裁判的出罪空间。通过修正之后的积极刑法观理论来检视高空抛物罪的刑事立法,可以得出如下结论:(1)该罪立法的增设具有保护公民个人法益的重要价值;(2)该罪的保护法益属于集体法益中的秩序安全法益;(3)对该罪的司法认定可以围绕该罪的法益内涵,从正向筛选与反向排除两个视角来展开。

[关键词] 积极刑法观 法益保护 轻罪增设 实质解释论 高空抛物罪

风险社会的到来给刑法学研究提出了一个时代性命题:当代刑法是否需要回应以及应当如何回应社会现代化所面临的安全困境?世界各国似乎选择了同样的应对措施,即通过扩张犯罪圈的大小来保障社会安全。在德国,自 1969 年刑法大改革至今,立法机关不但对《刑法典》总则犯罪论部分进行了彻底的修订,而且针对犯罪的法律后果、刑法分则以及附属刑法中的诸多罪名进行了持续的改革,大大增加了刑罚的处罚范围^①。在日本,立法机关自 2004 年后多次修改《刑法典》,制定和修改了多部单行刑法和附属刑法,由此走向了活性化立法的时代^②。反观我国刑事立法的变迁轨迹,随着近年来刑法修正案的频频颁布,刑法的规制范围也逐渐广泛。对此,学界不乏诸多批判之声,如:“《刑法修正案(九)》属于情绪化立法,主要来源于非理性结果的舆论,并不科学。”^③“过度刑法化是我国当前社会治理中的一种病态现象,反映在立法、司法等多个方面。”^④“刑事立法通过增设新罪名、扩张罪状并修改罪名的方式不断呈现出犯罪化的趋势,有过度犯罪化之嫌疑。”^⑤同时,也不乏一些学者对刑事立法的增设表示肯定,如:“中国当下刑事法网划定的总体趋势仍是犯罪化,与此相适应,刑法介入社会生活也应该更加积极一些。”^⑥“社会的发展变化,导致需要刑法保护的法益增加,使得法益受侵害的程度更重,原本缺乏类型性的现行刑法,存在许多处罚漏洞,应当通过增设新罪以满足保护法益的要求。”^⑦上述立场形成了晚近以来我国刑事立法中积极刑法观与消极刑法观之争,两者在“我国刑事立法是否应当继续犯罪化”上存在着争议,但观点之间的交锋错位,导致相关争议并不具有针对性。例如,持消极刑法观的学者常常习惯于批判社会中的过度刑法化现象^⑧。而持积

[基金项目] 国家社科基金重点项目“预防性犯罪化立法冲击下刑法教义学的应对与发展研究”(22AFX008)的阶段性成果。

[作者简介] 欧阳本祺(1972—),男,湖南耒阳人,法学博士,东南大学法学院教授,东南大学人权研究院研究员,博士生导师,研究方向:刑法学。

① 参见王钢《德国近五十年刑事立法述评》,《政治与法律》2020 年第 3 期。

② 参见张明楷《日本刑法的修改及其重要问题》,《国外社会科学》2019 年第 4 期。

③ 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。

④ 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。

⑤ 参见齐文远《修订刑法应避免过度犯罪化倾向》,《法商研究》2016 年第 3 期。

⑥ 参见付立庆《论积极主义刑法观》,《政法论坛》2019 年第 1 期。

⑦ 参见张明楷《增设新罪的观点——对积极刑法观的支持》,《现代法学》2020 年第 5 期。

⑧ 参见王强军《社会治理过度刑法化的隐忧》,《当代法学》2019 年第 2 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。

极刑法观的学者则以“法益保护”“严而不厉的刑事政策”等理论为依据来佐证自己的观点^①。消极刑法观的立场古典、浪漫亦美好,其主要立场虽与现实刑事立法状态不相匹配,但否定过度刑法化的立场却具有一定的积极意义。尽管积极刑法观的立场与立法活性化时代相适应,更加契合当下刑法参与社会治理的要求,但也应当注意,如欲调和积极刑法观与消极刑法观之间的对立,就必须对前者的理论展开重新诠释。

本文基本赞同积极刑法观的立场,同时认为应当对积极刑法观的主要论点进行校准,以完善其预设的功能与价值。因此,下文将分别从以下四个方面展开论述:第一,积极刑法观的主要论据是什么?存在什么问题?第二,通过何种方法对原有的立场与观点进行修正?第三,如何确立积极刑法观的理论功能,并使之与消极刑法观的观点相互调和?第四,如何正确运用积极刑法观的功能指导刑事立法与司法实践?

一、积极刑法观的主要论据与问题

在法学研究中,只有对事物本质首先予以确定,明确论题的基本出发点,才能在竞赛规则上求得具体、客观之标准^②。申言之,我们只有在全面掌握积极刑法观主要论据的基础上,才能有效地梳理其中可能存在的理论症结。

(一) 积极刑法观的主要立场

1. 正当性依据:严而不厉的刑事政策

刑事政策既可以化约刑罚的政治意义,又使得刑罚能够对政治体系的稳定做出贡献^③。在我国,严而不厉是刑法参与社会治理的基本政策,其核心内涵在于通过设置更加轻缓的刑罚以及严密法网调整我国刑事立法结构,并进一步在机制上实现犯罪控制与人权保障之间的平衡^④。根据严而不厉刑事政策的要求,在刑事立法技术上需要做到如下几点:(1)对同一种犯罪规定一串近似的犯罪构成以及与之相适应的刑罚;(2)犯罪先在行为犯罪化;(3)堵截构成要件;(4)推定犯罪构成^⑤。积极刑法观便是以严而不厉的刑事政策作为其正当性依据,从“严”和“不厉”两个方面提出增设新罪的要求。

在“严”的维度,支持积极刑法观的学者从社会的发展变化角度入手,主张“人们的利益越来越多原本不认为是利益或者原本不会被侵害的利益,现在却是重要的利益并受到了严重侵害”^⑥,继而,刑法为了周全地保护法益便不得不继续增设新型犯罪;在“不厉”的维度,积极刑法观反对盲目增设新罪,主张通过设置轻罪来实现妥当的处罚^⑦。由此,积极刑法观提倡要进一步扩大犯罪圈,以完善当前的刑罚结构体系。

2. 理论依据:行为的实质违法性

从实质的犯罪概念来看,行为只有具备实质违法性之后才可能构成犯罪,而实质违法性往往将法益侵害性程度作为衡量的基准。在人类文明实现现代化的发展进程中,安全成为社会关注的焦点,由此衍生的安全问题便构成风险社会理论与刑法体系之间的连接点,使预防成为刑法的首要目的^⑧。这种预防的刑事立法往往通过两个方面体现:第一,刑事的规制范围愈加前置。对于通过前置法来规避的部分行为而言,由于规制的力度不能满足保护法益的要求,立法者不得不依赖刑事手段以求对法益的周全保护,高空抛物罪的刑事立法便是一个典型示例。在《刑法修正案(十一)》出台

① 参见付立庆《积极主义刑法观及其展开》,中国人民大学出版社2020年版,第921页;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。

② 参见陈志龙《辩证与法学》,台北:翰芦图书出版有限公司,2008年,第15页。

③ 欧阳本祺:《刑事政策视野下的刑法教义学》,北京:北京大学出版社,2016年,第6页。

④ 参见储槐植《再说刑事一体化》,《法学》2004年第3期。

⑤ 参见储槐植、宗建文等《刑法机制》,北京:法律出版社,2004年,第12页。

⑥ 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。

⑦ 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。

⑧ 参见劳东燕《风险社会中的刑法——社会转型与刑法理论的变迁》,北京:北京大学出版社,2015年,第30页。

之前,司法实践往往通过《侵权责任法》的责任条款来规制高空抛物行为,但立法机关考虑到高空抛物行为具有一定的社会危害性,损害人民群众人身、财产安全,为保障人民群众安居乐业,促进社会和谐稳定,将情节严重的高空抛物行为规定为犯罪^①。第二,刑法的违法性判断愈加独立。虽然根据法秩序统一性原则的要求,行为在前置法上被认定为合法便不会被认为构成犯罪,但越来越多的观点开始认同应当对构成要件进行单独、实质地判断,即刑法的违法性是刑法固有的违法性^②。不仅如此,对于没有前置法规制的行为,也可先通过刑法直接进行规制,侵犯公民个人信息罪便是典型的“刑前民滞型”立法。

3. 实践方式:主张增设轻罪

积极刑法观并非支持盲目地增设犯罪,而是主张增设有有效的轻罪立法。亦即,未来的刑事立法应当在宽严相济刑事政策的指导下,进行以宽为主、以严为辅、严以济宽的犯罪化改造^③。对于增设轻罪的法治效果,周光权教授进行了如下凝练:第一,增设某些新罪能够避免被告人“吃亏”;第二,不增设轻罪,罪刑法定原则很可能被动摇;第三,“备而不用”的新罪立法并非无用^④。在这种理解下,轻罪的增设不仅具有合理性还具有正当性。其中,合理性的基础在于轻罪处罚有利于调节我国的刑法结构,通过不断加大轻刑比例,改变我国过去长期形成的工具主义刑法观的物本逻辑^⑤。而正当性的基础则在于,轻罪处罚能够防止因刑罚过度严厉而导致的犯罪分子与国家之间的对立,这无疑是以人民为中心的体现,也更加符合现代刑事法治的核心旨趣。

(二)积极刑法观需要直面的问题

积极刑法观描绘出了一幅良法善治的美好愿景,但须知刑罚作为一种最严厉的恶害,最终目的是给犯罪人带来痛苦,如不能以最合理的方式进行使用,就会对国民的利益造成侵害^⑥。可见,即便是轻罪立法也需面对因刑罚适用带来的负面问题,正因如此,积极刑法观也遭到学界的一些质疑。具体而言,主要存在如下两个方面的问题:

1. 轻罪的增设是否会模糊刑法与其他部门法的边界?

我国传统刑法理论将犯罪界定为“具有一定的社会危害性、具有刑事违法性和应受刑罚处罚性”的行为^⑦。在这种理解下,刑法与其他部门法之间的界限泾渭分明。然而,随着风险社会的到来,法定犯逐渐开始成为刑事立法的主要范式,甚至有学者直言“法定犯时代随之到来”^⑧。这一范式转换导致刑法的法益保护逐渐前置以及刑法的处罚不断前置,前者表现为立法者习惯创设具有模糊性的集体法益,后者则体现在新设的刑事立法对预备行为、抽象危险行为、持有行为等进行实行化处理^⑨。在刑事法领域中,刑法论理之功能,在于为其确保法律适用的透明性,有预测的可能性及可控制性的手段,用于维护法律适用的一致性^⑩。刑事法的不断前置导致刑法与非刑事法在规制范围上出现重叠,打破刑法与其他部门法之间的原有边界^⑪。具体体现在刑法与行政法的衔接不畅、刑法与民事法的衔接不畅两个方面。在刑行衔接方面,以非法经营罪为例,该罪犯罪构成中兜底条款的设置,导致一些违反行政许可的一般违法行为常有上升至犯罪的危险^⑫。在刑民衔接方面,以高空抛物罪为例,由于该罪属于典型的抽象危险犯,实务中常常在行为人甫一抛出物品后,便不再过问行为是否对公

① 参见许永安《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,北京:中国法制出版社,2021年,第306页。

② 参见周光权《论刑法所固有的违法性》,《政法论坛》2021年第5期;马春晓《法秩序统一性原理与行政犯的不法判断》,《华东政法大学学报》2022年第2期。

③ 参见郑丽萍《轻罪刑事政策的独立品格与基本释义》,《法学评论》2013年第2期。

④ 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;欧阳本祺《论行政犯违法判断的独立性》,《行政法学研究》2019年第4期。

⑤ 参见刘艳红《刑民共治:中国式现代犯罪治理新模式》,《中国法学》2022年第6期。

⑥ 参见[日]前田雅英《刑法总论讲义(第6版)》,曾文科译,北京大学出版社,2017年,第5页;黄荣坚《基础刑法学(上)》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第49页。

⑦ 参见高铭喧、马克昌《刑法学(第八版)》,北京大学出版社、高等教育出版社,2017年,第48页。

⑧ 参见李运平《储槐植:要正视法定犯时代的到来》,《检察日报》2007年6月1日,第003版,第1页。

⑨ 参见李晓龙《刑法保护前置化研究:现象观察与教义分析》,厦门:厦门大学出版社,2018年,第45-51页。

⑩ 参见高金桂《利益衡量与刑法之犯罪判断》,台北:元照出版公司2003年版,第11页。

⑪ 参见霍俊阁《刑法前置化风险与控制研究》,北京:法律出版社2021年版,第54页。

⑫ 参见陈兴良《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》,《法学家》2021年第2期。

民的人身财产造成何种威胁,旋即直接认定为高空抛物罪。事实上,在该罪增设前,大部分的高空抛物行为均是按照民事侵权来处理,只有少部分具有严重法益侵害性的案件才会按照诸如以危险方法危害公共安全罪等公共安全犯罪来处理。

由上可知,积极刑法观所倡导的增设新罪的论点俾使刑法的规制范围不断前置,刑法与其他部门法之间的界限愈加模糊。此外,不同立法之间的规范目的不同,刑法的前置化导致其与古典刑法倡导的严重社会危害性要素相疏离,在立法的正当性与科学化上均存在质疑。

2. 如何确定刑事立法的合理性?

在风险社会中,刑法正当性的实质在于将一个危险行为作入罪处理的合理性问题^①。这一问题随着立法增设的愈加频繁而显得尤为重要。在积极刑法观的理念下,刑事立法不断前置,立法的合理性也常常遭受质疑。一方面,刑法的过度前置化会导致立法者与普通民众之间发生割裂。由于人的选择行为是理性与非理性的同构,现代社会风险所引起的民众恐慌导致一些非理性的立法要求被提出,一旦刑法前置化的过程中包含非理性的要素,就会存在使社会现实发生割裂的风险^②。如果立法者对民众的非理性要求不予回应,民众的诉求得不到满足,就会加剧民众与立法者之间的冲突。反之,倘若立法者对民众的非理性要求过度回应,刑法的介入范围就会过于宽广。另一方面,刑法的过度前置化也会导致立法者更加重视公众安全而忽略对国民权益的保护。如所周知,刑罚的预防目的与报应目的之间存在二律背反的关系,若刑法只是一味地为了达到积极预防的诉求,就会弱化对报应的要求,若刑事立法只是一味地追求对秩序的维护,那么如何协调秩序与自由之间的关系,又将成为一个难解难分的问题。

本文基本赞同积极刑法观的立场,它并不是积极地通过刑罚来干预公民的自由,积极刑法观在现代社会中具有不可替代的重要意义。然而,在推进理论发展的同时也需要意识到,积极刑法观的内部尚缺乏一个具有可操作性、类型化的理论基础,在“刑法与其他部门法的关系”“刑事立法的合理性”等关键问题上还需要继续完善,如此才能更好地指导未来的刑事立法与司法实践。

二、积极刑法观的修正思路——立法完善与司法限制兼顾

如富勒所言:“在追求立法合法性完美之乌托邦里,所有的规则都是绝对清晰明了的,它们彼此协调,为每一个公民所知,并且从不溯及既往。在这个乌托邦中,规则在时间之流中保持恒定,只要要求可能的事情,并且为法院、警察以及其他每一位执法者所遵守。”^③乌托邦的幻想固然美好,可现实世界却并非如此。尽管1979年《刑法典》颁布至今,刑法学的发展逐渐变得去政治化,逐渐摆脱政治话语和意识形态而获得独立发展,但立法毕竟是一个系统工程,很难排除非理性因素的影响^④。积极刑法观的论点需要进一步完善以求得在立法论上的合理性。此外,在解释论上,现有刑法理论的出罪事由分布无序、不成体系,导致我国司法机关在实体法的解释和适用上存在着诸多难以自圆其说的“模糊地带”,刑法上的很多出罪机制难以发挥预设功能^⑤。因此,积极刑法观的相关观点也需要在司法论上进行修正,防止在司法上造成刑法与其他部门法之间的适用错乱。

(一) 积极刑法观在立法论上的优化方法

积极刑法观所主张的增设新罪的观点需要在立法论上进一步完善,以形成具有合理性的立法方法。对此,可分别在立法观念与立法技术上优化。在立法观念上,积极刑法观要倡导民生刑法的理念,强调立法对国民权益的保障;在立法技术上,积极刑法观要不断夯实实证基础,确保刑事立法增设的必要性与合理性。

① 参见高铭喧《风险社会中刑事立法正当性理论研究》,《法学论坛》2011年第4期。

② 参见陈伟著《刑法立法方法研究》,上海:上海三联书店,2020年,第156页。

③ 参见[美]富勒《法律的道德性》,上海:商务印书馆,2005年,第50页。

④ 参见欧阳本祺《中国刑法学的去政治化》,《法学研究》2013年第1期。

⑤ 参见刘艳红《实质出罪论》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第3页。

1. 观念上修正:从国权刑法到民权刑法

受长期重刑轻民思想的影响,我国的刑事政策趋于严厉,以维护社会秩序为基础的国权刑法思维长期存在。特别是在《民法典》出台以前,刑法为了有效维护社会秩序,常常绕过前置法的规定,由最后保障法变为优先保障法,通过适用刑法来架空前置法^①。以经济市场秩序为例,它本质上是一种利益和谐、竞争适度、收益共享的资源配置状态,仅仅依靠刑法规制并不能完全使资源配置达到平衡,而刑法的过度适用反倒会使利益关系存在遭到破坏的风险^②。事实上,市场秩序具有一定的自我修复能力,过度依赖刑法进行治理无疑会造成刑法的肥大化。刑事立法应当借助《民法典》出台的东风,在观念上实现由国权刑法向民权刑法的过渡,这同时也是现代法治人民性的题中之义,是民主立法的必然要求^③。根据民权刑法的理念,刑事立法必须强调以人民的权利保障为核心,去除盲目依赖刑法实现社会治理的主观信仰,在理性看待刑法功能的前提下正确进行立法技术的调整,这无疑为积极刑法观的理论建构提供诸多启示。首先,即便是增设轻罪立法也需要用明确的语言来描述犯罪构成,防止通过保护个人法益的名义不当设定前置性的集体法益立法^④;其次,若存在刑法已经对相关法益提供明确保护的前提,便没有必要增设保护集体法益的犯罪^⑤;最后,对于一些不符合时代发展的罪名,也应当积极地予以废除,而不是一味追求设立新罪。总之,积极刑法观需要依据民权刑法的基本理念,改变过去盲目增设新罪的做法,转为追求立法质量的科学化,通过增设符合时代要求的新罪以及废除不符合时代发展的旧罪,使犯罪圈保持流动性的适度扩张,这才是未来刑事立法的应然方向。

2. 技术上完善:夯实刑事立法的事实基础

科学立法是党的二十大报告中提出的明确要求,我国未来的刑事立法也应当注重对立法的科学化考察,这是积极刑法观在立法技术上必须回应的问题。对此,本文建议未来的刑事立法应当不断夯实实证基础,力求在立法目的的正当性与立法手段的合理性等方面进一步完善。

首先,立法机关需要对不法行为发生的环境和条件进行考察。犯罪的原因多种多样,如果行为人受到了环境和条件的严重影响,实施了某种不法行为,就需要立法机关在环境和条件是否长期存在、环境和条件对行为人的影响是否深刻、环境和条件是否能够通过其他手段来改变等方面进行分析。易言之,若行为人的行为深受某一不利环境的影响,且这一环境在社会中普遍存在,便应当着手利用其他法律手段来改变环境,而绝非将行为人的行为规定为犯罪。譬如,恶意欠薪便是与社会民生息息相关的典型社会问题,这一问题事关社会用工制度、薪酬制度、劳动者与用人单位之间的关系等,通过刑法的介入似乎可以解决部分欠薪问题,但若不对源头加以治理,仅仅因为用人单位欠薪就要对其定罪量刑,就相当于将国家社会管理的问题交由企业主个人承担,将国家在市场经济建设不力、人力资源的开发和管理不善等方面存在的种种问题推托给欠薪者来承担^⑥。其次,立法机关需要考察其他法律手段的治理效果,当利用其他法律手段足以实现社会的良善治理时,便不宜再设置新罪。对于前置法治理效果的考量,可以通过问卷调查、执法回访等形式收集数据,再借助司法大数据技术,对某一行为在经过法律处理之后的复发率、双方当事人对案件处理的满意度、被破坏法益的恢复程度等进行综合评估。只有上述评估选项都表明在某一领域存在重大的规制缺口时,才能考虑增设相关罪名进行规制。最后,立法机关需要做好立法事后的评估工作。立法活动是一个系统性工程,涉及法律的制定、解释、修改与废除。虽然法律不是可以嘲笑的对象,但也并非总是一成不变,这意味在刑事立法制定之后,立法机关还需要对法律的实施效果进行评估,以不断更新、废除不符合时代发展的刑事立法。

① 参见刘艳红《民刑共治:国家治理体系与治理能力现代化路径》,《法学论坛》2021年第5期。

② 参见纪宝成《论市场秩序的本质与作用》,《中国人民大学学报》2004年第1期。

③ 参见周佑勇《推进国家治理现代化的法治逻辑》,《法商研究》2020年第4期。

④ 参见孙国祥《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

⑤ 参见张明楷《集体法益的刑法保护》,《法学评论》2023年第1期。

⑥ 参见刘艳红《实质出罪论》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第76-77页。

(二) 积极刑法观在司法论上的修正方案

尽管能够在立法论上对积极刑法观的主要立场进行修正,但增设轻罪的观点总是存在着刑罚扩张适用的风险,亟需在司法论上进行限制。事实上,立法与司法均是法律运行中的一部分,虽然积极刑法观的主要论点大多聚焦于立法论,但仍有必要在司法论上就新设刑事立法如何适用的问题展开进一步讨论。一些支持积极刑法观的学者对这一问题已有所察觉,相继提出了诸多具有启发意义的方案。例如,有学者认为:“刑法的发展应当兼顾各种价值的平衡,在肯定刑法积极发展趋势的同时,保持一定的谨慎。”^①另有论者指出:“在刑法参与社会治理的过程中,积极刑法观具有现实意义,但对于立法的过度扩张需要保持警惕。”^②上述先发之声对在司法论上完善积极刑法观具有一定的促进作用,而要使积极刑法观的论点切实有效地指导司法实践,还需要在方法论上继续完善。对此,可尝试从如下两个层面展开。

1. 重申罪刑法定原则对轻罪司法适用的指导

积极刑法观主张增设轻罪的观点虽然会使司法实践在裁判时所依据的法律增多,但同时也会带来罪与非罪、此罪与彼罪判断困难的问题。特别是轻罪立法往往采取的是“预备行为实行化、帮助行为正犯化”等立法手段,保护的法益通常属于模糊的集体法益,这无疑给罪刑法定原则的司法适用带来挑战。有论者甚至指出:“不少司法解释与司法判例对刑法条文任意进行扩大解释,模糊了类推与扩张解释的界限,对司法判决坚持罪刑法定原则不应报以太大期望。”^③轻罪立法的增设不能以牺牲罪刑法定原则的适用效果为代价,积极刑法观必须要对罪刑法定原则进行重塑,才能继续指导我国的司法实践。一方面,轻罪的刑事归责应当恪守罪刑法定原则的人权保障价值。限制国家刑罚权与保障公民基本人权是现代法治国家的应有之意,这意味着刑事立法的目的不单单是为了惩罚,而应当是为了更好地保护法益。由于轻罪的法益侵害程度不高,对于行为人主观恶性不强的案件,便不宜判处有期徒刑以上的刑罚,而是应当进一步扩大非监禁刑的适用。此外,在诉讼机制上,司法实务也应当采取繁简分流、快慢分道,构建普通、简易、速裁和认罪认罚等多层次诉讼机制^④。但司法实践中依然存在一定程度的入罪思维与重刑思维,值得深入反思。例如,在“谭某犯妨害安全驾驶罪”一案中,谭某在行驶的公交车上,干扰公交车司机正常驾驶公交车,并拿出一把25cm左右的弹簧匕首恐吓公交车司机。后谭某被法院以妨害安全驾驶罪判处有期徒刑六个月,并处罚金5000元^⑤。事实上,从事后来看,谭某的行为虽然会造成乘客的恐慌,但并不足以侵害驾驶过程中的稳定性,不仅如此,驾驶人员也完全有机会在第一时间采取制动措施,可见对该案的不法分子处以管制即可实现对法益的保护。另一方面,轻罪的刑事归责应当继续扩张出罪的路径。刑法罪名的增设意味着刑罚权的扩张,只有在司法上限缩相关罪名的适用才能更好地限制国家的刑罚权。这意味着司法机关在对案件进行解释时,应当严格以刑法条文的文义为基础进行解释、以刑法自身的独立性为指针进行解释,以法益保护为核心观念进行解释^⑥。当某一行为在前置法上属于合法时,便不能将这一行为解释为犯罪行为,当某一行为在前置法上的评价是非法时,也只能说明行为满足了构成要件符合性的要求。对于行为是否构成犯罪还需要在违法与责任上进行实质的判断,如此才能符合实质罪刑法定原则的要求。

2. 重视需罚性的司法考量

1997年《刑法》修定至今,已通过十一个刑法修正案进行调整,但我国的刑罚结构仍然存在着倒挂的体系混乱与重刑化倾向^⑦。积极刑法的理性修正就是要强调扩张立法而非加强处罚,通过增设

① 参见孙国祥《积极谨慎刑法发展观的再倡导——以〈刑法修正案(十一)〉为视角》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2021年第9期。

② 参见付玉明《立法控制与司法平衡:积极刑法观下的刑法修正》,《当代法学》2021年第5期。

③ 参见王俊《积极刑法观的反思与批判》,《法学》2022年第2期。

④ 卢建平《轻罪时代的犯罪治理方略》,《政治与法律》2022年第1期。

⑤ 参见云南省宣威市人民法院(2020)云0381刑初278号刑事判决书。

⑥ 参见江溯《罪刑法定原则的现代挑战及其应对》,《政法论丛》2021年第3期。

⑦ 参见李翔《论刑法修正与刑罚结构调整》,《华东政法大学学报》2016年第4期。

轻罪的主要目的是通过完善刑罚结构与刑法规制的范围以实现良法善治。但如何通过保障司法实践中的轻罪适用妥当来实现良法善治,还应当从需罚性上进行考量。

所谓需罚性是指在应罚性的基础上,进一步追问“行为人是否需要作为犯罪处理”,即从预防的必要性或者比例原则出发,判断行为人的行为在司法上是否有作为犯罪处理的必要^①。这可以在一定程度上消解刑事立法不断增设危险犯带来的处罚困境。特别是对抽象危险犯而言,其作为往往是被刑法和行政法同时禁止,在刑法上缺乏结果类的构成要件要素,导致行政法与刑法的边界不清,通过在犯罪论体系中注入对需罚性的考量,能够缓解形式判断的机械与僵化。对于需罚性的司法考量,可以从比例原则与行为预防的必要性角度进行论证。从比例原则的角度来看,如果一个行为通过行政法处罚已经足矣,便不需要通过刑事法再进行处罚,这一点在经济犯罪中尤为重要。由于经济犯罪大多属于行政犯,伦理性基础不强,一味地通过刑罚来管制经济,既不符合市场经济的本质,也不利于经济社会的长期发展。遗憾的是,学者们只是关注到经济领域中刑法肥大化的问题^②,忽视了大多数处罚不当的案件往往是由于司法实践形式化地考虑应罚性而忽略了需罚性的问题,同时也疏忽了刑法介入经济社会生活的正当化面向。从行为预防的必要性来看,在现代高风险社会中,导致危害结果出现的原因与作用机理常常较为复杂,行为与结果之间的因果关联变得日益难以确定与证明^③。当结果发生的原因具有多样性时,一味地让行为人承担无疑有违罪责自负原则的要求。此外,对于一些法益可恢复的犯罪而言,当行为人采取措施及时恢复法益时,也需要降低对行为人特殊预防的必要性。

总之,积极刑法观并不是一味地追求入罪,单纯主张通过刑法来解决社会问题,也不是积极地适用刑法,而是积极地调整刑法的罪刑结构。对积极刑法观的理性修正需要在立法论上解决立法科学化与立法协调化的问题,在司法论上解决刑法适用的正当性与合理性问题,如此才能保证积极刑法观不至于坠落成激进刑法观,使之在维护刑法谦抑性的同时,还能够有效规避社会中的重大风险。

三、积极刑法观的功能完善

积极刑法观的发展不能仅仅局限于本体论上的逻辑自洽,还需要在价值论上追问积极刑法观的具体功能。从本体论上来看,积极刑法观在立法论与司法论上均可进行合理的修正,同样,对于积极刑法观的功能完善也可在立法论与司法论两个维度展开。

(一)积极刑法观在立法论维度的功能完善

积极刑法观的核心主张是在现有制裁体系下进一步增设新罪,以完善当前的刑法结构体系。在立法论维度,除了在观念上转向为民生刑法观,以及在立法实践中关注立法的事实基础外,还需要在方法论上寻找检视与完善当前制裁体系的依据,如此才能在功能上不断优化。具言之,积极刑法观在立法论维度的功能完善可从以下三个方面展开:

1. 坚持实质的法益概念

犯罪是侵害法益的行为,行为只有对法益造成侵害或者产生现实的危险时,才具有刑法的可归责性。而轻罪行为与一般违法行为之间的界限模糊,在一定程度上造成了法益的识别困难,法益的功能面向也受到一些学者的批评。其中最大的质疑在于因法益概念的模糊化、法益内容的精神化和法益机能的相对化所导致的立法批判机能丧失的困境^④。虽然全体法秩序共同保护法益,但由于刑法所保护的往往是人类生存生活中最重要的利益,因此刑法法益应当与其他部门法的法益有所区别。笔者不认同法益丧失立法批判机能的观点,反之,法益对立法的批判应当从实质的法益概念入

① 姜涛《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》,《政治与法律》2021年第5期。

② 参见何荣功《经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定》,《法律科学(西北政法大學學報)》2014年第3期;魏昌东《中国经济刑法法益追问与立法选择》,《政法论坛》2016年第6期。

③ 参见劳东燕《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》,北京:北京大学出版社,2015年,第55页。

④ 参见冀洋《法益保护原则:立法批判功能的证伪》,《政治与法律》2019年第10期;黄宗旻《法益论的局限与困境:无法发挥立法论机能的历史因素解明》,《台大法律论丛》2019年第1期。

手,积极刑法观只有主张实质的法益概念,才能为检视刑事立法的正当性提供依据。

实质的法益概念是指前实证的法益概念,它不由立法者创造,而是在未有刑事立法之前便已经存在,立法者只不过是将其予以实证化^①。实质的法益概念不仅具有社会根据还具有宪法根据^②。一方面,社会根据以一个社会中的核心价值为基础,而社会中的核心价值往往又具有一定的流变性,这就意味着刑事立法不能逸脱出社会的核心价值。实质的法益概念与社会的核心价值息息相关,可以为刑事立法筛选出不具有刑法保护意义的价值。另一方面,实质法益概念的宪法基础在于自由主义理念的倡导。无论是法益一元论的观点还是法益二元论的观点均赞同法益概念在价值论上需要以个人利益为核心^③,个人法益保护的就是个人的核心利益,集体法益所保护的也是社会共同生活中能够促进众人普遍自由发展及其基本权利实现的制度条件^④,两者均未逸脱出对人之利益的保障。无疑,实质的法益概念不仅具有自由主义面向,而且同时主张以保护个人权利为核心,既具有社会根据,又具有宪法根据。在援用积极刑法观来增设新罪时,应当借助实质法益概念,检视相关犯罪罪名的设置是否合理,防止由于刑事立法冲动而招致处罚的泛滥。特别是对于一些保护集体法益的刑事立法,要根据实质法益的立场确立保护的集体法益是否具有必要性与重要性。针对这一问题,学界存在着“将集体法益还原为个人法益的一元论”^⑤与“诉诸宪法找寻集体法益实质内涵的二元论”两种立场^⑥,均赞同法益概念的自由主义属性与立法的批判机能,而积极刑法观的立法增设恰好需要根据这种实质的法益概念作为检视刑事立法的正当性基础。

2. 提倡立法的类型思维法

立法的类型思维就是要将具有一定类型的行为予以定型,进而保证构成要件的定型化机能。由于构成要件是不法行为的类型化,立法者必须经过缜密的思考与讨论,才能将某些行为类型予以犯罪化,在法条上以抽象的命题描述^⑦。类型位于抽象和具体之间,是抽象中的具体者、具体中的抽象者;类型是开放的、灵活的、可比较的、反复出现的事物。在法律领域中,类型思维是将法律概念的类型与具体的生活事实相对照,以保障相同情况相同处理的办法。在刑事立法中提倡类型思维法具有如下裨益:第一,对于增设的新罪,应当按照类型思维法的要求保证构成要件的定型性。立法者需要对经验事实进行凝练,进一步将生活经验上升为法律经验。如危险驾驶罪便是在积极刑法观理念的指导下增设的新罪,但是该罪的立法似乎并没有按照类型思维法的要求进行,如有学者所言:“该罪的行为类型欠缺多样性,醉驾行为没有情节限制,双重既遂标准同时存在,导致该罪的预期功能与现实效果之间发生扭曲。”^⑧未来刑事立法的完善需要在增设新罪的过程中进行定型化检验,并且要根据类型思维法来反思既有立法中存在的问题。第二,引入类型思维法可以有效地维护不同章节刑事立法规范的合理性。在我国刑法中,一个章节代表着一类犯罪,同一类犯罪又具有相同的犯罪客体。这意味着只有具有相同特征的犯罪才能规定在同一章节中,罪名归位的合理不仅能够为司法工作人员“找法”提供便利,还能有效防止罪名适用出现混乱。在积极刑法观的指引下,未来我国刑事立法的增设应当遵循类型思维法的指引,根据保护法益的不同来将罪名进行妥当的安置。

3. 引入宪法教义学

我国传统的定罪思维是道德实用主义——适用法律为推行道德服务,定罪的最终目标是罪刑相适应^⑨。由于积极刑法观主张进一步增设轻罪,而轻罪的刑罚较为轻缓,往往会存在道德法律化、道

① 参见陈志龙《法益与刑事立法》,台北:中国台湾大学丛书编委会,1992年,第103页。

② 参见张明楷《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,《法学家》2021年第1期。

③ 贾健:《为批判立法的法益概念辩护》,《法制与社会发展》2021年第5期。

④ 参见李冠煜《论集合法益的限制认定》,《当代法学》2022年第2期。

⑤ 参见孙国祥《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期;付玉明《立法控制与司法平衡:积极刑法观下的刑法修正》,《当代法学》2021年第5期。

⑥ 参见马春晓《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,《环球法律评论》2019年第4期;李冠煜《论集合法益的限制认定》,《当代法学》2022年第2期。

⑦ 林东茂:《刑法综览》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第54页。

⑧ 李冠煜:《再论危险驾驶罪的客观方面——超前立法观、实质解释论、类型思维法之运用》,《北方法学》2014年第6期。

⑨ 欧阳本祺:《论我国定罪思维的传统及其演化》,《法律科学》2010年第3期。

德刑法化的风险。此外,积极刑法观所主张的立法增设离不开刑事政策的思考,如何调和刑事政策与刑法教义学之间的关系便成为积极刑法观亟须解决的问题。对此,不妨通过在刑事立法中引入宪法教义学来调和刑法教义学与刑事政策之间的鸿沟,消弭道德刑法化的影响。首先,作为国家的根本法,宪法集中规定了公民最基本的权利,而这些基本权利通过法定化的形式表达,可对刑事政策中的模糊内涵进行补充,防止不具有权利保障性的政治口号成为规避公民基本权利的工具^①。其次,基本权利的保护具有重要性,使其与道德之间存在差距。通过将宪法教义学中的人权保障理念融入到刑事立法中,也能防止刑法的道德化,有效发挥边界控制与内容形成的功能^②。

(二)积极刑法观在司法论维度的功能完善——实质解释论之倡导

在当前我国的刑法学派争鸣中,存在着形式解释论与实质解释论之争。形式解释论倡导形式理性,主张通过形式要件,将实质上值得科处刑罚但缺乏刑法规定的行为排除至犯罪范围之外^③。与形式解释论相对应,实质解释论主张对构成要件的解释必须要以法益保护为指导,将字面上符合构成要件、实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之外^④。对形式解释论而言,构成要件往往是一种形式化的判断,既不包含违法内容,也不涵盖责任内容,这种形式理性的思考方式在古典刑法时代具有较大的合理性。而以风险社会为背景的积极刑法观,使刑事立法更加全面和抽象,对于罪刑规范的理解便不能局限于表面,还需要进行实质性的考量。申言之,积极刑法观在司法论上的功能完善需要以轻罪的解释论视角为根基,在实质正义上进行考量,实质解释论可以为积极刑法观的功能完善提供依据。

1. 实质解释论更有利于限制处罚的范围

刑法的目的是惩罚犯罪与保障人权,在解释刑法时必须要以刑法的目的为依托。实质解释论以法益保护为根基,既关照了对犯罪分子的惩罚,同时也注意到对基本人权的保障。对于行政犯的解释,按照形式解释论的观点,只要行为满足了形式的构成要件符合性要求,就能认为行为具有不法属性;而根据实质解释论的要求,便可在构成要件阶段进行实质性的考量,在构成要件该当性阶层把不值得处罚的行政违法行为排除掉^⑤。以非法持有枪支罪为例,该罪立法中空白罪状的设置,导致了司法实践常常以我国《枪支管理法》《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》等为依据对行为人是否真正持有枪支进行形式化的判断。但行政法与刑事法的规范目的并不相同,加之我国刑法体系中的出罪路径并不通畅,一旦行为人的行为满足了构成要件符合性的要求,便有很大可能会被认定为犯罪行为。如果采取实质解释论的方法考量刑法独有的目的价值就不难发现,刑法规定非法持有枪支罪是为了保护公众的人身和财产安全,而不是保护公众抽象的安全。因此,对于非制式枪支,即使比动能大于1.8焦耳/平方厘米,但只要该枪支的比动能在一般情况下不足以对公众的人身和财产造成实实在在的危险,也就不能解释为刑法意义上的枪支^⑥。特别是对于轻罪立法而言,采取实质解释论的立场更有利于限制刑事处罚的范围,防止出现积极刑法观在立法增设之后带来的负面后果。

2. 实质解释论更有利于实现处罚的妥当

积极刑法观着重于预防理念的形成,而立法越是强调积极的一般预防,则越需要通过刑法谦抑主义的思想在刑法解释、刑事司法实践等方面发挥限制入罪或者保障出罪的作用^⑦。虽然积极刑法观不赞同重刑主义,提倡增设轻罪立法,但刑罚毕竟是一种最严厉的处罚,除了自身可能会限制公民的基本权利,还会带来一些附随的恶性效果^⑧。实质解释论重视对行为的法益侵害程度与刑罚规制的必要性进行考量,与刑法谦抑性思维不谋而合。通过对行为是否侵害法益进行实质性判断,可以

① 参见张翔《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期。

② 参见张翔《立法中的宪法教义学——兼论与社科法学的沟通》,《中国法律评论》2021年第4期。

③ 参见陈兴良《形式解释的再宣示》,《中国法学》2010年第4期。

④ 参见张明楷《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

⑤ 欧阳本祺:《论行政违法判断的独立性》,《行政法学研究》2019年第4期。

⑥ 欧阳本祺:《论行政违法判断的独立性》,《行政法学研究》2019年第4期。

⑦ 参见刘艳红《实质出罪论》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第97页。

⑧ 参见崔志伟《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》,《现代法学》2021年第6期。

排除一些在形式上符合入罪门槛,但并不具有法益侵害或法益侵害不足的不法行为。例如,根据我国《刑法》第一百三十三条之一的有关规定,行为人在道路上醉酒驾驶机动车的,便认为构成危险驾驶罪。事实上,根据实质解释论的要求,对于一些没有法益侵害或者没有法益侵害危险的行为,即使行为人醉酒驾驶机动车,也未必构成危险驾驶罪,诸如当行为人在小区道路上醉酒启动机动车、在公共停车场内醉酒驾驶机动车、在人烟稀少的郊区醉酒驾驶机动车时,均可以通过实质解释论来进行出罪。又如,《刑法修正案(十一)》在《刑法》第一百三十三条之二中增设妨害安全驾驶罪以规避道路交通中的风险。在该罪构成要件要素中,我们可以利用实质解释论,将“暴力行为”限定为“虽尚未达到侵害身体法益,但能够实质地影响自生自发秩序状态下驾驶稳定与安全的行为”,将“抢控驾驶操纵装置”的行为理解为“对交通工具行驶具有决定意义的行动指向”^①。如此便可以将妨害安全驾驶罪与其他犯罪进行区分,防止将一些轻罪行为认定为重罪行为。

四、积极刑法观修正后的应用——以高空抛物罪的检视为例

根据前文对积极刑法观的修正,可以大致描绘出积极刑法观的立场与功能。首先,积极刑法观并非主张盲目地增设立法,而是倡导在一定立法事实的前提下,以保障公民基本权利为基础,缓和地增设轻罪立法。其次,积极刑法观不能突破罪刑法定原则的要求,对于增设新罪的司法适用,要在需罚性上进行出罪考量,从而做到犯罪圈扩张与司法适用限缩之间的平衡。最后,积极刑法观可通过主张实质的法益概念、类型思维法、宪法教义学与实质解释论等方法实现上述目标。然而,理论的构建必须要对司法实务有所指导才能具有实际意义。基于此,下文将以重塑后的积极刑法观理论对《刑法修正案(十一)》中增设的高空抛物罪进行检视,以求进一步证成积极刑法观在功能维度的应用。

(一) 该罪的立法增设值得肯定

随着我国改革开放后的经济腾飞,高空抛物、坠物的现象屡见不鲜,严重影响了往来行人、居民住户的生命财产安全,极易造成人身伤亡和财产损失^②。因此,对高空抛物行为的规制成为近年来刑事立法制定的重点方向。2019年10月,最高人民法院发布了《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》(以下简称《意见》),根据《意见》的有关规定,故意从高空抛掷物品,根据结果的不同可分别按照以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪、故意杀人罪等论处^③。随后,在全国人大常委会审议的《刑法修正案(十一)(草案)》中,高空抛物行为被规定为犯罪行为并置于危害公共安全罪之中。最后,高空抛物罪的立法在从草案到制定出台的过程中,被立法者置于《刑法》第六章(妨害社会管理秩序罪)中。作为积极刑法观主张下的轻罪立法,该罪名甫一出台便遭受到诸多指摘。例如,有观点认为该罪的立法没有必要,属于重复立法^④;还有观点认为该罪的立法是一种顺应民意、安抚民众情绪的表现,并不是理性的刑事立法^⑤。但是按照本文的观点,该罪的立法并非是非理性的产物,它不但具有合理性,还具有一定程度的正当性。

1. 合理性维度:弥补既往立法对高空抛物处罚的立场分化

近年来,高空抛物行为时常发生,观察高空抛物罪立法之前的司法实践不难发现,对高空抛物行为的处罚呈现出两级分化的态势,有违法律公平正义之要求。

第一,在高空抛物罪未出台之前,一些法益侵害程度不高的行为被按以危险方法危害公共安全

① 参见秦长森《妨害安全驾驶罪保护法益的教义学反思与重构》,《西南政法大学学报》2022年第4期。

② 许永安:《中华人民共和国刑法修正案(十一)解读》,北京:中国法制出版社,2021年,第301页。

③ 《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》第5条:故意从高空抛弃物品,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚;致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,依照刑法第一百一十五条第一款的规定处罚。为伤害、杀害特定人员实施上述行为的,依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

④ 参见魏东、赵天琦《刑法修正案的规范目的与技术选择——以〈刑法修正案(十一)〉(草案)为参照》,《法治研究》2020年第5期;徐岱《〈刑法修正案(十一)〉(草案)的修订进路》,《法治研究》2020年第5期。

⑤ 刘艳红:《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案(十一)〉为视角的分析》,《比较法研究》2021年第1期。

罪论处。如在“黄某犯以危险方法危害公共安全罪”一案中,被告人黄某酒后为发泄情绪,从居住地北侧阳台的窗户外扔出两个空酒瓶,其中一个啤酒瓶砸到小区道路上,另一个啤酒瓶砸在顾某汽车的后挡风玻璃上。后被法院根据以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年^①。又如,在“陈某犯以危险方法危害公共安全罪”一案中,被告人陈某相继实施了将空牛奶盒、空酒瓶由24楼扔至楼下隔壁小区行人通道上的行为。后被法院按照以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年,缓刑四年^②。再如,在“杨某犯以危险方法危害公共安全罪”一案中,被告人杨某为发泄情绪,在其居住地的天台上,多次朝各方向往楼外扔玻璃酒瓶、瓷花盆、砖头、金属锁等物品,砸坏汽车两辆^③。以上事实均属于高空抛物类的案件,在《刑法修正案十一》出台之前无一例外地被定性为以危险方法危害公共安全罪,但这一入罪逻辑存在较大问题。其一,以危险方法危害公共安全罪所侵害的法益程度需要与放火罪、决水罪等公共安全类犯罪的法益侵害程度相当,但是在上述案例中,行为所造成的法益侵害往往只是对财物的破坏,并未达到严重侵害法益的程度;其二,将上述案例认定为以危险方法危害公共安全罪,并不符合该罪“公共安全”的特征。从法规范的保护目的来看,该罪的公共安全是指“不特定且多数人的生命、身体的安全”,进一步来说,该罪是对不特定多数人生命、身体安全的威胁^④。在上述案例中,行为人所抛出的物品虽然有造成多数人生命、身体安全的风险,但是风险来源是特定的,因此难以认为上述行为侵犯了公共安全。可见,在高空抛物罪制定之前,由于刑法罪名的缺失,一些本应该由秩序类犯罪规制的行为被置放在公共安全罪中,造成了刑罚适用的扩大化。

第二,仅仅依靠民事救济与行政处罚并不能实现对高空抛物行为的有效规制。依据现行实定法体系,对高空抛物的行为也可根据侵权责任与行政责任来进行规制,但两者的规制力度均存在不足,无法形成有效的惩罚机制。从民事立法的轨迹来看,传统的《侵权责任法》确立了以“加害人”负担为原则的补偿机制,由于对原告(受害人)举证责任的要求过低,缺乏将损害交由“加害人”负担的正当化事由,实质是“有罪推定”理念的体现,与现代国家的法治理念严重不符,有违现代法治的责任自负原则^⑤。此外,《民法典》虽然对高空抛物侵权的民事责任进行了修正,但鉴于被害人或受影响的周边群众自身缺乏调查取证的能力,这也导致通过调查取证进行维权变得倍加困难,民事或者行政手段救济的不及时导致在规制抽象危险性高空抛物行为的问题上存在明显的局限性^⑥。诚然,并非所有的高空抛物行为均会对公民的人身、财产造成伤害,但是在现代高楼林立的城市里,若高空抛物的行为时常发生,不仅会对社会安全秩序产生一定的影响,还会给民众的心里带来恐慌。倘若高空抛物行为的违法成本不高,不仅不利于抑制相关不法行为的发生,反倒会滋生出更多类似的行为。

2. 正当性维度:法益二元论中秩序安全法益的独立价值

按照修正之后的积极刑法观立场,高空抛物罪的立法不仅具有合理性,还具有正当性,其中正当性主要来源于法益二元论中秩序安全法益的独立价值。申言之,高空抛物罪的保护法益属于集体法益中的秩序安全法益,这种法益的存在本身具有独立性,它可以有效保障个人法益,进而促进个人自由的有序发展,并不需要还原为个人法益。

首先,该罪的保护法益属于社会秩序安全法益,这种法益确立的核心目的在于对社会公共空间中中长期形成的稳定、安全与平和状态的保护,打破了这种社会自发形成的秩序状态也就破坏了社会赖以生存的生存条件。如同在自然界一样,秩序在人类生活中起着极为重要的作用,对人类事务中秩序的寻求,已被普遍承认为个人努力或者社会努力的一个有价值的目标^⑦。社会自发秩序一旦形成就会长久地稳定下来,当这种状态遭到非正当行为的破坏时,公共空间中便会发生混乱。例如,在

① 参见天津市河西区人民法院(2020)津0103刑初420号刑事判决书。

② 参见湖北省武汉市武昌区人民法院(2020)鄂0106刑初628号刑事判决书。

③ 参见广西壮族自治区柳州市柳南区人民法院(2020)桂0204刑初79号刑事判决书。

④ 参见张明楷《高空抛物案的刑法学分析》,《法学评论》2020年第3期。

⑤ 曹险峰:《侵权法之法理与高空抛物规则》,《法制与社会发展》2020年第1期。

⑥ 参见周杰《“高空抛物罪”立法评析与适用难题研究》,《北方法学》2021年第6期。

⑦ 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第239-240页。

“黄某犯高空抛物罪”一案中,黄某酒后相继实施了将一个花盆、一把铁锄头、一个玻璃酒瓶从阳台扔至楼下的行为,后被法院以高空抛物罪判处有期徒刑六个月^①。虽然在该案中,行为人的行为并未造成他人伤亡的后果,黄某在主观上也没有故意杀人与伤害的故意,但是黄某的行为在一定程度上对他人的生命与安全产生了威胁。更为重要的是,由于类似行为的存在,居民固有的生活安全便得不到保障,生活安宁的秩序遭到了极大破坏。因此,该罪的保护法益并非是普通民众的身体安全法益,而是公法法益中的集体法益,保护的是社会公共安全秩序。

其次,社会公共安全本身具有成为刑法法益的正当性。风险社会命题的提出引发了学界关于如何实现刑法现代化面向的思考,持法益一元论观点的法兰克福学派学者努克认为:“刑法典的核心应当针对的是暴力犯罪或者侵害个人的暴力犯罪,如果运用刑法保护具有弥散性的或者集体性的法益的话,是不应当被允许的。”^②我国也有诸多学者赞同这一论断,并结合社会实际提出了缓和的法益一元论观点。如有观点认为:“一元人本的系统现实的法益观符合法益论的自由主义思想内涵,在后现代工业社会里不仅能够适应社会的发展,更应发挥对现代刑法的批判功能。”^③亦有观点认为:“超个人法益应当是能够还原为个人法益的法益。”^④但本文认为:“集体法益的正当性基础并不在于是否可以还原为个人法益,而在于本身对社会的价值功用。”就高空抛物罪所保护的社会公共秩序而言,由于秩序并非关照个人,而是由每个人相互依赖所形成的,因此集体法益的图像并非是“我”,而是社会中的“我们”。当然,并非所有的秩序都能上升为刑法法益,绝大部分的秩序法益都应当是行政法法益,两者的不同之处在于:刑法中的秩序法益是对制度本身的信赖,行政法中的秩序法益是对制度效力的信赖。申言之,刑法之所以禁止高空抛物行为,并不是为了保障制度约束力所形成的秩序,而是为了保护被全体公民所遵守的自生自发秩序。这种秩序对人类的重要性、独特性以及对个人法益预先保护的有效性,决定了刑法对其单独进行保护的必要性。

最后,社会公共安全法益属于个人法益的阻挡法益。必须承认的是,以高空抛物罪为代表的轻罪立法所保护的是具有模糊性的集体法益。与个人法益不同,集体法益的概念相对模糊,法益内容也具有一定程度的精神化倾向,集体法益只有在与个人法益之间产生勾连时才具有正当性基础^⑤。在高空抛物罪中,社会公共安全是其真正的法益,公共场所中的居民生命、财产安全是其背后的法益。刑事立法通过设立公共安全法益的形式,在高空抛物行为破坏社会公共安全时就以轻罪论处,无疑能够有效阻挡对个人生命、财产造成伤害的结果发生。可见,立法者通过设置前置性的保护法益能够避免实务中出现伤害公民生命安全的行为,最终是为了防止个人法益受到侵害。

(二)该罪司法适用的限缩方案

修正的积极刑法观主张积极增设轻罪立法,积极地对轻罪立法的司法适用进行限制,因此,如何限制高空抛物罪的司法适用成为积极刑法观在司法论上所要面对的问题。对于高空抛物行为而言,现行立法体系已有民事与行政手段可以救济,问题的关键在于如何确立高空抛物的刑事规制边界,进而在罪刑法定原则的指导下保持刑法的谦抑性。根据上文的观点,我们可以根据法益侵害性原理,对高空抛物罪进行实质解释,在此基础上确立高空抛物行为的入罪范围。由于该罪的罪状设置较为简单,在相关司法解释尚未出台的背景下,对于高空抛物罪的理解便需要以其保护法益为判断核心,通过识别保护法益综合确定该罪情节严重的判断标准。由上文可知,高空抛物罪的保护法益属于制度依存型法益,内容指向的是社会公共安全,只有在高空抛物行为侵犯到社会公共安全时,才可认为行为具有可罚的刑事违法性。那么如何把握这里的“社会公共安全”呢?本文

① 参见广东省深圳市罗湖区人民法院(2022)粤0303刑初132号刑事判决书。

② 参见[芬兰]基墨《安全、风险与刑法》,江溯译,梁根林主编:《刑事政策与刑法变迁》(第三卷),北京:北京大学出版社,2016年,第295页。

③ 参见杨萌《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第6期。

④ 参见时方《我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及述评》,《当代法学》2018年第2期。

⑤ 参见王拓《法益理论的危机与出路》,《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期,第7页。

认为,可以根据正面上的应罚性与反面上的需罚性进行综合判断。

首先,如果行为并非发生在“社会公共空间”中,便不能认为行为侵犯了该罪的保护法益。例如,当行为人在空旷的建筑物上抛掷物品时,由于这一空间并不具有“社会公共”的属性,根本无法侵犯到社会的公共秩序,故而不会构成高空抛物罪。

其次,如果行为发生在“社会公共空间”中,但站在一般人的视角来看并不会导致内心产生恐惧,也不宜认定为高空抛物罪。例如,当行为人在高楼上抛洒碎纸屑时,由于碎纸屑并不会对个体的生命财产造成实质损害,一般人见到碎纸屑后内心也不会产生恐惧感,进而可以认为该种行为并没有侵犯到刑法中的社会公共秩序,只是对普通行政秩序的侵犯。

最后,只有行为在严重影响了社会公共秩序安全时,才可认为满足了“情节严重”的构成要件要素。对于社会公共秩序的认定需要从抛掷的时间、抛掷的环境与危险发生的可能性大小进行综合认定。如在邱某犯高空抛物罪一案中,被告人邱某罔顾他人人身安全、财产安全,将灭火器箱从四楼抛向楼下^①。在该案中,虽然邱某的行为并没有造成他人财产法益与人身法益的伤害,但结合当时的环境与时间可知,行为人的行为具有造成他人财产法益与人身法益受到伤害的极大危险,对社会公众的内心造成极大的恐慌,实质地侵犯了社会公共的秩序安全。又如,在王某犯高空抛罪一案中,王某相继将电饭锅、高压锅以及大勺、菜刀等物品从六楼厨房窗户扔到楼下,并将郭某的轿车砸坏^②。与上一个案例所不同的是,本案中王某的行为造成了他人财产损害的结果,但须知王某的行为所造成的危险是特定的,此外王某并没有破坏他人财物的犯罪故意,且被害人的财物完全可以通过民事途径获得救济,因而王某的行为只属于对集体法益中公共秩序安全的侵犯行为,应当认定为高空抛物罪,而非故意毁坏财物罪。

综上,依据高空抛物罪保护法益的内涵,通过实质解释论,对高空抛物行为是否构成高空抛物罪进行正向的归责筛选与反向的归责排除,能够有效地圈定该罪的适用范围。

五、结论

晚近以来的刑事立法变迁已然表明,单纯地在价值论维度解读积极刑法观与消极刑法观之争并无实际意义。受风险社会的影响,刑事立法的不断增设已然成为一种趋势,积极刑法观应当在这种趋势下持续修正自身的观点,继续完善理论的功能,从而消弭消极刑法观对其产生的质疑。对积极刑法观的理性修正就是要改变刑事立法只立不废的观念,从如何完善刑事立法、如何控制刑法适用的范围等方面入手。不仅如此,对积极刑法观的功能修正也应分别从立法论与司法论两个维度不断发掘检视刑事立法、限制刑法适用的方法,以丰富积极刑法观的理论深度。在积极刑法观的指导下,刑法的现代化应当同时兼顾预防风险与人权保障,任何偏离这一功能预设的观点均不可取。

(责任编辑 余 敏)

^① 参见广东省深圳市龙岗区人民法院(2022)粤0307刑初520号刑事判决书。

^② 参见辽宁省新民市人民法院(2022)辽0181刑初37号刑事判决书。