

民刑共治：中国式现代犯罪治理新模式

刘艳红^{*}

内容提要 受民刑不分以刑为中心的传统法制影响,重刑轻民的刑治模式成为我国犯罪治理的主导模式。为回应中国式法治现代化新道路以及民法典时代提出的新要求,应构建民刑共治的中国式现代犯罪治理新模式。中国式法治现代化以追求良法善治为目标,而传统刑治模式体现的是以泛刑化和重刑化为特征的犯罪之制,这就需要通过民刑共治新模式实现向犯罪之治的现代化治理目标转型。以人民为中心是中国式法治现代化的根本价值,而传统刑治模式体现的是工具主义的物本逻辑,这就需要通过民刑共治新模式塑造犯罪治理的人本逻辑价值观。中国式法治现代化要求贯彻尊重和保障人权的国家理念,而传统刑治模式则体现较强的公权扩张色彩,这就需要以民刑共治新模式构建私权保护的现代化法治思维,最大化地实现人的自由和全面发展。

关键词 民刑共治 刑治 犯罪治理 中国式法治现代化

目 次

- 一、中国传统犯罪治理模式：重刑轻民的刑治模式
- 二、从犯罪之制到犯罪之治：民刑共治新模式的现代化治理目标转型
- 三、从物本逻辑到人本逻辑：民刑共治新模式的现代化价值观念塑造
- 四、从公权扩张到私权保护：民刑共治新模式的现代化法治思维构建
- 五、结语

^{*} 中国政法大学刑事司法学院教授。本文系 2021 年度国家社科基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”（项目批准号：21&ZD209）的阶段性成果。

现代化是人类文明进步的标志,中国式现代化是近代以来中国人民的伟大创造。习近平总书记在庆祝中国共产党成立一百周年大会上提出,中国共产党经过百年奋斗,“创造了中国式现代化新道路,创造了人类文明新形态”^①。2021年11月11日,党的十九届六中全会审议通过的《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》也鲜明指出,经过百年奋斗,“党领导人民成功走出中国式现代化道路,创造了人类文明新形态”。党的二十大报告进一步明确指出,“经过十八大以来在理论和实践上的创新突破,我们党成功推进和拓展了中国式现代化”,要“以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴”。推进中国式现代化新道路,必然要求以国家治理现代化为蓝图,以法治中国建设为引领,不断拓展中国式法治现代化新道路。^②维护社会稳定与安全,保障公民人身财产权等权利与自由,针对侵犯国家社会利益和公民自由与经济安全等的犯罪行为进行有效治理,实现犯罪治理的现代化,是中国式法治现代化题中的应有之义。2020年5月28日,十三届全国人大三次会议审议通过了《中华人民共和国民法典》,这是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律,是健全中国特色社会主义法律体系的重要举措。贯彻落实民法典,推进国家治理现代化,必须坚持和完善共建共治共享的社会治理制度。面对中国式法治现代化新道路和民法典时代的新要求,亟待反思我国传统犯罪治理模式,并在此基础上深入探究民刑共治的现代化治理新模式。

一、中国传统犯罪治理模式：重刑轻民的刑治模式

在中国古代法传统中,重刑轻民,崇尚刑治天下,“以刑治则民威,民威则无奸,无奸则民安其所乐”^③,形成了中国传统犯罪治理的刑治模式。尽管中华法系具有广阔的时空性,涉及面亦很宽,但就其内容的属性来说,却是比较单一刑事性的或者说公法化的法律体系,民事一方面被刑事化了,另一方面它们本身在国家法律体系中所占的地位和数目亦是极其有限的。^④以刑为中心的刑治模式对我国犯罪治理产生了深远影响。

(一) 民刑不分、以刑为中心的中国古代法传统

一般认为,我国古代的法律传统具有重刑轻民的特点。“从我国古代的法律发展演变过程来看,一直重视刑法,尤其重视对犯罪的惩治”;“从我国古代整个法律体系来看,首先是民刑不分,其次是以刑为主”。^⑤近年来学界有一种看法,认为“诸如‘重刑轻民’‘私权不发达’”,等“对传统中国法律制度的主流解释”,“是一种对法律的特定的

① 习近平:《在庆祝中国共产党成立100周年大会上的讲话》,载《人民日报》2021年7月2日,第2版。

② 参见张文显:《论中国式法治现代化新道路》,载《中国法学》2022年第1期,第5页。

③ 石磊译注:《商君书》,中华书局2011年版,第72页。

④ 参见张中秋:《中西法律文化比较研究》(第5版),法律出版社2019年版,第205-206页。

⑤ 参见陈兴良等:《民法典实施与刑事司法高质量发展“三人谈”——以民法典与刑法的协调与良性互动为展开》,载《人民检察》2020年第24期,第38页。

狭隘化理解”。^⑥那么,重刑轻民以刑为中心是中国古代法律制度的实然状态还是一种误解?从中国古代法的内容属性分析,刑与法通,法即为刑;法乃刑法,典乃刑典,中国古代法属于较为典型的以刑为中心。

中国古代法律文化与西方法律文化的一个重要区别,就是刑法在法律体系中占据中心的位置。^⑦《论语·里仁》篇曰:“君子怀德,小人怀土;君子怀刑,小人怀惠。”^⑧有观点认为这里的“刑”为刑罚,因为“按旧说,《论语》中其他4个刑字出现在3句话中,均是此义:‘《为政》:道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格’;‘《公冶长》:邦有道,不废;邦无道,免于刑戮’;‘《子路》:礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足’。”^⑨然而,结合出土文献及孔子《论语》时代的惯用法,这里的“刑”乃“法”之义,法与刑是相通的。如《左传》指出,“刑善也夫!刑,法也。”“言刑善也。孔颖达正义曰:刑,法也。”^⑩《国语·晋语三》:“国斯无刑。韦昭注曰:‘刑,法也。’”^⑪可见,《左传》《国语》里的刑,都是“刑,法也”,而“法,常也”,“刑,常也”,^⑫即法和刑都是社会上常用而通行的规则。越过春秋,及至先秦,仍然是法与刑通。先秦典籍多用“刑”字表述法制问题。“刑”在先秦时期兼有“法度”“刑罚”之义,与“法”相通。^⑬法与刑通和法即为刑的结果是,“中国古代法律的刑法化,成为中国传统法律文化的最鲜明特色”,^⑭中国古代的法典在形态上几乎都是刑法典。比如春秋战国时期我国历史上第一部比较系统的成文法典《法经》,第一编是盗法,第二编是贼法,都是刑法的范畴。唐宋元明清等朝代最有代表性的法典如《唐律疏议》《宋刑统》《大明律》《大清律例》等,几乎都是名副其实的刑法典。《唐律疏议》首篇即开宗明义道:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,两者犹昏晓阳秋相须而成者也。”^⑮可以说,中国古代法以刑为中心的色彩一直很浓厚。

中国古代法在内容属性上以刑为中心,催生形成了中国法的传统,即“诸法合体,民刑不分”^⑯。以刑为中心的中国古代法“形成于部族之间的酷烈征战,很多法令就是部族首领发布的军事命令”,“这使它具有了与生俱来的专制性”,^⑰而血缘组织进一步强化了

⑥ 参见张维迎、邓峰:《国家的刑法与社会的民法——礼法分野的法律经济学解释》,载《中外法学》2020年第6期,第1406页。

⑦ 参见何勤华:《法律文化史谭》,商务印书馆2004年版,第53页。

⑧ 陈晓芬译注:《论语》,中华书局2016年版,第41页。

⑨ 王沛:《〈论语〉法观念的再认识:结合出土文献的考察》,载《华东政法大学学报》2012年第1期,第103页。

⑩ 《十三经注疏》整理委员会整理、李学勤主编:《十三经注疏 春秋左传正义》(中),北京大学出版社1999年版,第999、910页。

⑪ [吴]韦昭注、明洁辑评:《国语》,金良年导读,梁谷整理,上海古籍出版社2008年版,第146页。

⑫ [晋]郭璞注:《尔雅》,卷一《释詁第一》,王世伟校点,上海古籍出版社2015年版,第3页。

⑬ 参见前注⑨,王沛文,第104-105页。

⑭ 前注⑦,何勤华书,第53页。

⑮ [唐]长孙无忌等:《唐律疏议》,卷一《名例一》,中国政法大学出版社2013年版,第2页。

⑯ 聂鑫:《中国公法史讲义》,商务印书馆2020年版,第1页。

⑰ 参见张中秋:《论中国传统法律的伦理化》,载《比较法研究》1991年第1期,第16页。

以刑为中心的色彩,形成了一种刑事性的或者说以刑法化为其基本特色的公法文化。无论是西周的“以刑为主的兵刑模式”或是“以礼为主的礼乐刑政模式”,其实不过是“刑法的统一性”而已。^⑮春秋战国诸侯分裂,刑法的统一性丧失,儒、道、法诸家登场。一直到汉武帝采纳董仲舒罢黜百家、独尊儒术的建议,儒学被作为官方政治理论得以确立,法的分裂性才得以结束。经过汉武帝和董仲舒改造后的正统儒学,“采集各家学说中有关治国理政的理论元素与方法元素,使得大一统、天人合一、独尊儒术为核心的主流意识形态基本定型”^⑯。隋唐特别是唐律出现以后,该理论则彻底完成了从思想方案到制度模式的形成。这种“礼法结合”的中国法统一模式是“在西周礼乐刑政瓦解后,经千年发展而定型的新模式”,“行用至晚清变法修律,成为传统中国法的基本模式”。^⑰这种模式中,“包括习俗、乡规民约等社会规范的综合体——充当了中国古代社会的民法职能,其内容属于与利益相关的财产权利分配和纠纷解决机制”,^⑱换言之,民事性的规范蕴含在“礼”之中。但是,由于礼法合体以及援礼入法的结果,加之在中国古代的“政治哲学中,儒家、法家、墨家都把政刑视为是一组不可拆分的治具”,亦即“政刑一体”,^⑲使得蕴含在礼中的民事性规范并未取得突出地位,“诸法合体,民刑不分”的中国法传统也由此形成。这种法传统也是中国极为强大的刑律传统,即“刑法和民法之间没有正式的区分;几乎每一个章节和条款都是以违反它应受刑罚的宣告而结束”^⑳。民法通过礼而发挥作用,礼中很重要的一部分又被援礼入法,而法与刑是相通的,从而使得民法的作用最终是通过刑法来发挥的。

中国古代法以刑为中心和民刑不分重刑轻民的特点,最终形成了犯罪治理的刑治模式。无论是“政先刑后”^㉑还是礼先刑后,刑法在中国古代法律体系中的中心地位从未动摇。从国家治理体系分析,政是政治,刑是法律,政为体刑为用,刑为政用,刑事治理是古代社会治国理政的主要方式。在刑和礼的关系上,礼为先刑为后,“知礼然后知刑”,这意味着刑和礼相比,刑法是次要的,在礼之外的规范体系中,刑法却是首位的,尤其是和民法相比。如前述有学者考据并认为中国古代社会中的礼包括民事规范,但不能因此得出结论说中国古代社会重刑亦重民。中国古代的礼范围很广,礼既表示礼法,又表示礼俗,即习惯法、社会自发秩序,还可通过仪式表示为礼仪。在礼之中,尤其是作为习惯法和社会自发秩序的礼中,含有大量协调氏族关系、约束家庭成员行为、弘扬社会风气等乡规民约,它们发挥着定分止争的和民事性规范一样的作用。“国家垄断执行的刑法和社

⑮ 参见张中秋:《原理及其意义:探索中国法律文化之道》,中国政法大学出版社2010年版,第107页。

⑯ 朱勇:《中国古代社会基于人文精神的道德法律共同治理》,载《中国社会科学》2017年第12期,第164页。

⑰ 参见前注④,张中秋书,第114-115页。

⑱ 参见前注⑥,张维迎、邓峰文,第1407页。

⑲ 参见黄文艺、邱滨译:《论中国古典政法传统》,载《中外法学》2022年第1期,第31页。

⑳ [美]约翰·H.威格摩尔:《世界法系概览》(上),何勤华等译,上海人民出版社2004年版,第121页。

㉑ 前注⑳,黄文艺、邱滨译文,第32页。

会分散、复合执行的民法(礼)”,^{②⑤}无论在法律体系中的地位还是执行力等综合因素来看,都是无法等量齐观的。民法充其量只不过是“礼法”之治中礼的组成部分,一旦涉及对这些礼的违背,都是以严刑峻法处之,即便那些“涉及民事合同、婚姻家庭、土地财产等的关系,也大多是用刑事手段来予以处理的。”^{②⑥}这表明,中国古代的“律学显示了重刑轻民的倾向。在两千多年的封建国家统治下,以惩治危害国家的犯罪行为为首要任务,而对民间的财产纠纷则视为细故。不仅在立法上缺乏应有的比重,在司法上也较为漠视,或听任调处和息,或一审了结。”^{②⑦}中国古代社会思想和文化以及治国理政均深受儒家文化影响,礼仪之邦当然首推礼治,而保障礼治发挥其正常功能的,仍然是刑事而非民事治理。

可见,中国古代法律制度“重公权轻私权”,“在法律体系的构建上以刑法为主,形成了重刑轻民的法律传统。重刑轻民的表现首先是以刑法典为国家制定法的主体”^{②⑧}。诸法合体民刑不分和重刑轻民的法律传统,凸显了以刑为中心的刑治色彩。

(二) 作为我国犯罪治理主导模式的刑治模式

新中国成立以后,我国犯罪治理仍然延续了以刑为主刑治模式。1997年现行刑法颁布以来,这种局面也没有得到根本性的扭转。可以说,以刑为主刑治模式一直是我国犯罪治理的主导模式。

新中国成立初期,刑法既是治理犯罪的工具,更是社会治理的重要手段。“在控制犯罪的手段上,强调重刑主义,认为打击消灭犯罪必须使用重刑。”^{②⑨}“刑法/刑罚惩治敌对势力、维护社会稳定的功能被国家决策层充分认可并推广。”^{③⑩}犯罪治理中的这些做法延续的仍然是刑治模式。20世纪70年代末,我国实行改革开放,社会结构和经济体制进入转型期。针对转型期突出的社会治安问题,我国开始部署实施“依法严厉打击刑事犯罪分子活动”,依法判处了一大批刑事犯罪分子。然而,“由于种种复杂原因,1986年后,刑事犯罪活动又出现反弹。1989年,重大刑事案件比1988年上升1倍,1990年又比1989年上升12.4%。此后,重大刑事案件上升的势头还是很猛”^{③⑪}。为此,1991年中共中央、国务院发布了《关于加强社会治安综合治理的决定》。在此背景下,社会治安综合治理工作稳步推进成效显著,并逐步形成了中国特色的社会治安综合治理刑事政策,它体现了对犯罪治理的综合手段和打防并举,其出台被认为“有利于扭转之前以打击应对犯罪的单一模式”^{③⑫}。但是,由于社会治安综合治理过于依赖政策而忽视了规范,导致犯罪治

^{②⑤} 参见前注⑥,张维迎、邓峰文,第1405页。

^{②⑥} 前注⑦,何勤华书,第53页。

^{②⑦} 张晋藩:《学思欣录:张晋藩自选集》,首都师范大学出版社2015年版,第335页。

^{②⑧} 前注②⑦,张晋藩书,第68页。

^{②⑨} 张健:《中国犯罪治理模式变迁及其逻辑:1949—2019》,载《法治现代化研究》2020年第3期,第83页。

^{③⑩} 高铭喧、曹波:《新中国刑事治理能力现代化之路——致敬中华人民共和国七十华诞》,载《法治研究》2019年第6期,第72页。

^{③⑪} 钟政轩:《长治久安的必由之路——社会治安综合治理八年回顾》,载《法制日报》1999年3月2日,第1版。

^{③⑫} 万春主编:《中国犯罪治理蓝皮书:犯罪态势与研究报告(2019)》,法律出版社2020年版,第8页。

理弹性过大而规则性不足,以政策代替法律的现象时有发生,社会主义法律得不到充分实施。这种治理模式在1979年新中国第一部刑法典存续期间因其规定粗疏尚有足够的空间,到了后期,我国犯罪治理逐渐放弃政策主导型犯罪治理模式,“而进化为法律(刑法)与政策并重、法律(刑法)为政策划定外部边界的‘刑法与政策双轨型犯罪治理模式’”^③。社会治安综合治理虽然倡导多种治理主体,以及政治的、法律的、行政的、经济的等多种治理手段,齐抓共治实现犯罪治理的效果,但其实质上仍是刑事治理。“社会治安综合治理的工作范围十分广泛,主要包括打击、防范、教育、管理、建设、改造六个方面”,其中“打击各类犯罪活动,是社会治安综合治理的首要环节”^④。社会治安综合治理的内核仍然贯彻的是以刑为主刑事治理的模式,“本质上为一种压力维稳型治理”,它“通过一套自上而下的……运作体制,实现对违法行为和普通犯罪的常规治理以及对严重犯罪暴风骤雨式的应急性打击”^⑤。此外,刑事政策为主导的犯罪治理模式仍然是刑字当头,是刑事治理而不是民事或者其他法律手段的治理。无论是刑事政策主导的犯罪治理模式还是刑事政策与刑法并重的双轨型模式,都只是刑事治理内部刑事政策与刑法的关系问题,民事法律适用空间较小,作用有限,对犯罪治理仍然采取重刑轻民以刑为中心的传统路径。

现行刑法颁布至今,我国犯罪治理随着风险社会和立法活性化时代的到来,呈现出较强的刑事化色彩。1979年新中国第一部刑法典,罪名数为114个,条文数为192条,字数为15762个字;类推制度的存在实际上使得当时的刑法处罚范围具有不确定性,类推入罪现象时有发生,泛刑化在立法和司法中都较明显。1997年现行刑法修订,对1979年刑法进行了补充和完善,增加了黑社会犯罪、恐怖活动犯罪、计算机犯罪、证券犯罪等新类型犯罪的规定,刑法罪名增加到412个,条文数增加到451条,字数为59831个字。从1999年第一部刑法修正案开始,到2021年《刑法修正案(十一)》颁行,一直在对我国刑法的处罚范围进行扩大,刑法罪名增加到486个,条文字数增加到71870字,罪名和条文字数都是1979年刑法的四倍多。社会热点事件发生,刑法往往成为被国家和社会首推的治理之器。

中国古代法中重刑轻民的法律传统一直延续至今,“及至今日,虽然刑民分立,但重刑轻民的观念仍然存在”^⑥。即便民法典制定实施以后,社会治理的刑法依赖症依然存在,把社会问题的治理简单等同为刑法治理的做法依然存在。在中国式法治现代化的背景之下,如何对犯罪治理的刑治模式进行转型,成为理论和实务中的难题。

^③ 参见前注^③,高铭喧、曹波文,第75页。

^④ 肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版,第127页。

^⑤ 前注^④,张健文,第87页。

^⑥ 陈兴良:《刑法研究:刑法绪论I》,中国人民大学出版社2021年版,第153页。

二、从犯罪之制到犯罪之治：民刑共治新模式的现代化治理目标转型

从犯罪治理基本方式看,刑治模式体现的是一种典型的犯罪之制,而中国式法治现代化所追求的是良法善治发展目标,“中国法治以良法善治为核心追求”,“将体现良法要求的公平正义价值注入国家治理体系之中,推动国家制度体系不断走向成熟稳定”。^{③7}在民法典时代,应充分发挥民法在国家治理中的重要作用,通过民刑共治新模式,将犯罪之制转化为实现治理现代化的犯罪之治,以回应中国式法治现代化的目标要求。

(一) 重刑轻民的刑治模式体现以泛刑化和重刑化为特征的犯罪之制

传统刑治模式通过刑罚对犯罪的制裁以实现犯罪的控制,这主要体现在泛刑化和重刑化两方面,“一是泛刑罚化,即在社会治理中过于倚重刑法,不断扩张刑罚的处罚范围,这种观念和刑法的谦抑性原则相矛盾。二是重刑主义。即追求刑罚的严厉、严苛,认为刑罚越重越好”^{③8}。可见,重刑轻民之刑治模式的内核体现为对犯罪的制裁和控制的犯罪之制,而不是以权利保障为核心的良法善治之“治”。

犯罪治理的刑治模式过度依赖刑法的作用。刑法依赖症是犯罪之制的第一个特点。刑治模式的泛刑化被轻罪立法进一步加剧,大量轻微违法行为入罪入刑,积极主动预防犯罪以防范社会风险的立场成为当下刑事立法的趋势。有的地方司法实践对于泛刑化趋势也常常推波助澜,违背刑法的谦抑性,忽视行为的社会危害性,将入罪合法出罪合理或形式入罪实质出罪的司法理念抛之脑后,社会治理存在过度刑法化的隐忧与危机。尤其是在当下我国轻罪化治理模式之下,不断扩大的犯罪圈大多都是经济犯罪,这些行为都是违反民事法律法规的行为,在对这些行为进行治理时,仍然秉承重刑轻民刑先民后的思路,使得不需要动用刑法的也动用了刑法,没有体现出公私法融合共同实现犯罪治理的现代化法治逻辑,一再重复着以刑法制裁犯罪的刑治模式之特征。

犯罪治理的刑治模式还过度依赖刑罚的作用,重刑化突出。重刑主义是犯罪之制的另一个特点,即通过重刑的威吓对犯罪予以事后制裁,实现对犯罪的控制。中国古代法的严刑峻法充分体现了刑治乃犯罪之制。儒家以德治推行礼教,礼为行为规范,通过德的教化力量,实现礼教知耻而无奸邪的目的。但是,如果有人不遵守此种行为规范,仍以刑来制裁。比如违反五伦三纲的行为,重则受戮,轻则上刑。儒学集大成者朱熹就认为,对于违背人伦规范的恶者,需以斩钉截铁的“恶恶”态度,运用刑罚手段进行制裁。^{③9}至于法家从来都崇尚严刑峻法,“法家的结论皆主重刑”^{④0},对于杀人强盗越货谤君等行为均实施“以刑去刑”来严厉制裁犯罪。新中国成立至我国第一部刑法典颁布之后,以重

^{③7} 参见周佑勇:《推进国家治理现代化的法治逻辑》,载《法商研究》2020年第4期,第17页。

^{③8} 前注⑤,陈兴良等文,第38页。

^{③9} 参见肖芬芳:《尽忠还是行恕:朱熹对刑罚的道德解释》,载《孔子研究》2021年第5期,第133页。

^{④0} 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第326页。

刑为主对犯罪进行制裁,死刑罪名达28个,占罪名总数的25%。现行刑法颁布后,死刑罪名高达68个;虽然《刑法修正案(八)》《刑法修正案(九)》先后废除了一些死刑罪名,但目前我国刑法的死刑罪名仍有46个。“截至2020年5月,在全世界224个国家和地区中,大约170个国家已废除、或在法律或实践上暂停执行死刑,或已中止处决超过十年。”^④

可见,重刑轻民的刑治模式,不是治理犯罪而是控制犯罪,是犯罪之制而非犯罪之治。这种模式使得我国的刑法结构发生了巨大改变,即从以往厉而不严的结构,转变为又厉又严的结构,与“严而不厉”刑法结构渐行渐远。^⑤我国刑法通过轻罪治理,从而在以往重罪重刑的基础上实现了“轻重并治”,刑事制裁体现在社会的各个领域。

(二) 以民刑共治新模式实现法治现代化所要求的犯罪之治发展目标

中国式法治现代化新道路是通向良法善治之路,良法善治由此成为中国式法治现代化的发展目标。如何从刑治模式的犯罪之制转化为犯罪之治,以回应中国式法治现代化新道路所要求的以良法善治实现国家治理现代化之挑战,成为当下我国犯罪治理过程中所面临的重要问题。

第一,受中国传统犯罪治理模式的影响,国家对犯罪的治理仍然停留在对犯罪的制裁和控制,体现的是犯罪之制而不是犯罪之治。这里的犯罪之制、犯罪之治,借用了“中国之制”和“中国之治”的话语体系,但其中的“制”并非一个意思。“‘中国之制’就是坚持和完善中国特色社会主义制度,而‘中国之治’是新时代依据中国特色社会主义制度推进国家的有效治理。”^⑥“中国之制”与“中国之治”主要是在制度与治理这两个不同层面使用,二者具有紧密的内在逻辑,互为支撑不可分割,前者是后者的核心,后者是前者的治理价值之体现。而犯罪之制中的制不是指制度,而是指通过对犯罪的制裁以控制犯罪。犯罪之治中的治是指依法治理犯罪,含有良法善治之意。现代意义上的治理概念是20世纪晚期才出现的。1992年世界银行发布了《治理与发展》年度报告,对治理进行了现代意义的系统阐释。^⑦此后,治理被广泛引入经济社会管理各领域,成为社会科学的重要理论和实践内容。从历史沿革来看,“治理”一词在我国古已有之,但它主要是作为一种政治管理行为,“意指国家统治机构如何有效运用政治权力巩固政权,与现代公共管理语境下广义的治理理念多有不同”^⑧。现代意义上的治理理念提出的是“‘善治’的改革目标,即‘一种有效率的公共服务’”^⑨。中国之治和犯罪之治中的治都体现了良法善治的改革目标之意。

④ 联合国大会人权理事会:《秘书长的报告:死刑问题》,A/HRC/45/20(2020),para.5.

⑤ 参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第54-60页。

⑥ 参见王刚:《从“中国之制”到“中国之治”的内在逻辑》,载《探索》2020年第1期,第16页。

⑦ 上官酒瑞:《国家治理现代化》,经济科学出版社2019年版,第1-2页。

⑧ 何翔舟、金潇:《公共治理理论的发展及其中国定位》,载《学术月刊》2014年第8期,第130页。

⑨ 燕继容等:《中国现代国家治理体系的构建》,社会科学文献出版社2018年版,第54-55页。

第二,在民法典时代,在法秩序统一原理下,需通过民刑共治的犯罪治理新模式,将刑治模式的犯罪之制转化为治理现代化的犯罪之治。如何将刑治模式的犯罪之制转化为犯罪之治,必须根据其自身缺陷对症下药。刑治模式之所以形成,皆因重刑轻民的传统使然。民法典时代的到来,为我们将重刑轻民进行纠偏,使之为民刑并重提供了契机。2020年12月7日中共中央印发《法治社会建设实施纲要(2020—2025年)》,明确要求推进社会治理法治化,全面提升社会治理法治化水平,打造共建共治共享的社会治理格局。在共治层面,公法和私法的相互渗透和融合是实现社会共同治理的发展趋势,^{④7}它也是社会治理法治化的体现。法治不仅包括通过公法明确公权力的行使范围和程序,也包括通过私法维护社会的有序运行。^{④8}通过立法与司法的双重作用,充分发挥私法即民法在犯罪前端治理上的作用,将绝大部分失范和违法行为拦截在民事违法的范围以内,而不要进入刑法犯罪圈,以此实现良法善治之目标。刑法对犯罪的治理固然要从事后惩罚转向为事先预防,尤其是在风险社会,风险预防原则已经成为基本法律原则。然而,预防性理念的嵌入应契合比例化与正当性,寻求比例原则的协作,共同强化对刑罚权的合理约束,以免社会治理过度依赖刑法。过度刑法化还会压制民法典的适用空间,无法发挥私法对犯罪的共同治理作用。为了实现犯罪治理的民刑共治,无论在立法还是司法上都要做到先民后刑,民进刑退;对于必须追究刑事责任的行为,则做好民刑衔接,以图共治。

在立法层面,民事违法行为的犯罪化立法尤其是轻罪立法应予慎重,能由民法调整的就尽量由民法调整,而不要仓促犯罪化。以冒名顶替罪为例,“盗用、冒用他人身份,顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的”,构成冒名顶替罪。然而,与高等学历教育资格或者公务员录用资格等有关的他人信息,都属于他人身份信息。对于他人身份信息,《民法典》第111条已规定,“自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”第1014条规定,“任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权。”否则,根据《民法典》第120条规定,“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”可见,对于冒用他人身份顶替入学或者公务员录用的,完全可以根据民法典的有关规定追究冒用人的侵权责任,并且撤销其冒用行为取得的资格等,不必通过刑事立法将其犯罪化。何况,“冒名顶替上大学”是“多方面原因引起的,而这些都在刑罚的管辖之外,因而刑法对从根本上解决这些社会问题无能为力。试图以入罪动刑来解决社会问题,并未触及问题背后的深层次原因,自然难以收到理想效果”^{④9}。这样的刑事立法就属于超过了比例原则。

在司法层面,对于已经进入刑法犯罪圈的行为,能够以民事违法处理的尽量不以刑

^{④7} 参见刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期,第114页。

^{④8} 参见王利明:《民法典:国家治理体系现代化的保障》,载《中外法学》2020年第4期,第851页。

^{④9} 黄太云:《一般违法行为犯罪化倾向的系统反思》,载《法律科学》2022年第1期,第163页。

事犯罪处理,在民刑处理上做好衔接。以债权的保护为例。私法自治是民法的帝王原则,民法中债的发生、变动与消灭皆取决于当事人的自由意思。只有当债权纠纷超出了私法自治的范围或私法无力救济时,刑法的干预才有必要性。一方面,债权侵害的入罪前提是要构成民事不法。基于法秩序统一性原理,在判断某种债权侵害行为是否构成犯罪时,应坚持先民事不法后刑事不法的判断逻辑,只有违反了民法的行为,才有必要判断是否违反了刑法。这种判断逻辑,并没有否定刑法所固有的违法性,相反,它既肯定了民事不法与刑事不法的独立性,又意识到两者存在某种递进关联,而这种关联是维持整体法秩序统一性所必要的。在处理债权纠纷时,“民刑倒挂”意味着以刑事手段介入并否定当事人之间已经达成的真实意思表示,这无疑从根本上违背了民法意思自治理念,也动摇了刑法的保障法地位。其实,民法债之制度构建的实益,首先是利益平衡,其次是损害填补,民法典合同编、侵权编的设置莫不如此。在债权履行过程中产生纠纷的,应当优先通过民事手段恢复合法履行状态,以平衡各方利益,并确认恢复之后的履行行为具有合法性。另一方面,具有民事不法的债权侵害行为也并非一律入罪,还需具有刑事不法。刑事不法判断具有独立性,虽然刑法是其他法律的保障法,但并非只要违反了其他法律的行为,刑法就要不折不扣地加以处罚。刑事不法判断的核心是法益侵害,而基于权利与法益的同源性,确定某种民法上的违法行为是否具有法益侵害性,关键是需要回归到民法语境中审视是否存在债权受损。在处理债权纠纷时,没有债权受损即没有法益侵害,即使行为违反了民法中的相关规定,也不宜认定为刑事犯罪。因此,在刑法如何介入民法债权保护问题上,应以债权及其对应的财产性利益为主线,遵循先民事不法后刑事不法的判断逻辑,同时在刑事不法判断上,对于没有债权受损的民事违法行为也不宜认定为犯罪。

总之,国家治理的目的是在各种不同制度关系中运用权力规范社会中的各种活动,治理不是单纯的控制,而包含有共建共治共享之意;治理不是盲目的制裁,还包含引导和协商的含义在内。对犯罪的治理必须善用民事方式,民事治理意味着契约精神的遵守和意思自治的贯彻,它有利于充分发挥各类主体在国家治理中的作用,更好地实现犯罪的治理效果,从而真正将刑治模式的犯罪之制转为以民刑共治实现现代化的犯罪之治。

三、从物本逻辑到人本逻辑:民刑共治新模式的现代化价值观念塑造

法治的根基在人民,人民性是社会主义法治的根本属性。中国式法治现代化新道路始终站在人民的价值立场,“以法治的人民性为本质要求、以保障社会公平正义和人民权利为根本价值取向”^{⑤⑥},鲜明体现以人民为中心的人本逻辑价值观。同时,我国民法典

^{⑤⑥} 前注③⑦,周佑勇文,第3页。

也充分体现了以人为本的精神和人文关怀价值^{⑤①}的人本逻辑。传统刑治模式体现的是以人为手段的物本逻辑,不符合以人为本的法治现代化价值观,需充分发挥民法作为个人权利保护法的作用,通过民刑共治新模式将其转化为人本逻辑。

(一) 重刑轻民的刑治模式体现维护社会秩序之工具主义刑法观的物本逻辑

通过法律实现正义有不同的路径:一种是以人为本,通过对人性人权的尊重和人自身的发展即人本逻辑,以人为目的而非手段实现正义;一种是以物为本,通过将法律工具化的物本逻辑的运用,以人为手段实现正义。重刑轻民的刑治模式通过对犯罪人的惩治威慑社会上其他人,使其不敢犯罪,这种就是以人为手段实现刑事正义的犯罪治理之物本逻辑。

刑治模式通过对人的制裁从而实现对犯罪的预防,体现的是以人为手段的物本逻辑。这种逻辑的根据是,“一旦发生违法行为,就应当立即给予法律规定的恶(执行判决)。威慑目的的执行权和立法权的协调有效,构成了心理强制”^{⑤②}。这种以威慑论为根据的刑罚理论在正当性上是存疑的,“威慑的前提是人不是自由的,因而要用祸害这种观念来强制人们。然而法和正义必须在自由和意志中,而不是在威慑所指向的不自由中寻找它们的根据”^{⑤③}。过于宽泛和严厉的刑罚是以限制公民的自由为前提控制犯罪的,同时还以此为基础预防另外的人犯罪。理性主义表明,人类不是由本能引导的,“大自然决不做劳而无功的事,并且决不会浪费自己的手段达到自己的目的”,“她把理性和以理性为基础的意志自由赋给了人类”^{⑤④}。任由刑罚扩张或加重是对人的物化,它违背了人是目的不是手段的理性主义。刑事立法与刑法的适用“是一门艺术,它引导人们去享受最大限度的幸福,或者说最大限度地减少人们可能遭遇的不幸”,而不是一味地用一种害恶去制止另外一种害恶。“任何时候都不应把自己和他人仅仅当作工具,而应该永远看作自身就是目的。”^{⑤⑤}物本逻辑的刑法恰恰违背了这一点。

可见,重刑轻民的刑治模式,充分发挥了刑法打击犯罪维护社会秩序的作用,但对公民个人权益的保护还有待提升,体现出明显的物本逻辑。在中国式法治现代化新道路背景下,刑法如何既维护好社会秩序又保护好公民权利,实现物本逻辑到人本逻辑的转化,成为我国犯罪治理模式转型面临的巨大挑战。

(二) 以民刑共治新模式重塑法治现代化要求的人本逻辑价值观

以人民为中心是中国式法治现代化的根本价值。中国式法治现代化不是“以物为本的‘物本逻辑’、以资为本的‘资本逻辑’”,而是“以人为本的‘人本逻辑’”^{⑤⑥}。因此,

^{⑤①} 参见崔建远:《中国债法体系的解释论整合》,载《政法论坛》2020年第5期,第162页。

^{⑤②} [德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第102页。

^{⑤③} 前注^{⑤②},黑格尔书,第102页。

^{⑤④} 参见[德]伊曼努尔·康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,天津人民出版社2014年版,第5页。

^{⑤⑤} [德]伊曼努尔·康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,世纪出版集团、上海人民出版社2012年版,第40页。

^{⑤⑥} 参见胡长栓:《物本·资本·人本与马克思主义中国化的理论发展——也论科学发展观是马克思主义中国化的新阶段》,载《理论探讨》2010年第4期,第17页。

需要通过民刑共治新模式,将我国传统犯罪治理之物本逻辑转化为人本逻辑。

第一,中国式法治现代化是以人民为中心的现代化新道路,必须不断拓展以人为本的法治文明形态,完成犯罪治理从物本逻辑到人本逻辑的转化。在理论逻辑上,中国式现代化道路吸收了西方经验,同时又独具东方特色,它在实践中开辟了一条以“人本”代替“物本”的马克思主义现代化新道路,将资本主义以资本亦即物本为中心转型为以人民亦即人本为中心。这就意味着,中国式法治现代化必须坚持对人的自由全面发展的追求及其实现,把尊重和保障人权、促进社会公平正义、满足人民美好生活需要作为良法善治的标尺,实现以人民为中心的根本价值。然而,刑治模式的物本逻辑过多地限制了人的自由,并且在刑事司法程序上“朝着定罪的简易化、速裁化方向发展,”导致“刑事司法”的“人权保障功能弱化”。^⑦

当刑事立法不断扩大犯罪圈,尤其是轻罪治理模式已然成为犯罪治理的重要模式时,越来越多的行为被作为犯罪处理,人们自由的空间越来越窄。当刑法将对公共秩序法益仅造成了抽象危险的情形定罪时,就意味着人们是以失去个人自由为代价来换取公共安全。法律是经由社会全体所认同的社会治理规则,法律对公民自由的限制不能超过必要的范围,刑罚的本质是痛苦,如果不将其严格地控制在必要限度以内,它就将转化成对社会的新侵害。^⑧以人为本的社会发展逻辑坚持从保障人的自由出发,并由此实现人和自身及与社会的和谐,而不是通过物性刑法来简单地进行犯罪治理。无论是立法还是司法上,将一些行为不作为犯罪处理,既可缓解案多人少的司法难题,也可减少因为刑满释放后失业人数过多而带来更为严重的社会问题。一旦公民陷入了轻罪程序,他所受到的一系列惩罚性后果可能超过任何法律判决。他将被逮捕和监禁,遭受罚金和监管,他的行为将被告家人和雇主并且留下案底,还可能失去工作、信贷、福利、移民身份或者住房。所有这些经历都将给他带来难以承受的巨大负担。为此,要减少刑罚的适用,“在历史发展的一个相当漫长的时期内,‘物本’压倒‘人本’,人被物化”^⑨,这一不合理的现象应当得到改变。

可见,为了实现中国式法治现代化,必须将刑治模式的物本逻辑转化为人本逻辑,避免以刑事治理代替其他手段的社会治理,避免把刑法物性化为简单的维护社会秩序的工具。对于严重危害社会的犯罪行为,刑法理应及时予以打击;对于轻罪或者本该出罪的行为,刑法则应保持距离,不妨留给公民一定自由的空间。“允许剥夺人们自由的唯一理由是,剥夺一项自由可以带来更多的自由。”^⑩刑法要实现从注重社会秩序的维护和犯罪的打击转向注重人的自由和权利的保障,要将人的自由和全面发展作为价值目标,从而实现法治现代化的人本逻辑。

⑦ 参见杨先德:《积极刑法立法下的扩大追诉现象及其司法规制》,载《中国刑事法杂志》2021年第6期,第133页。

⑧ 参见[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2014年版,第209页。

⑨ 左亚文:《马克思“自由人联合体”的人本之维》,载《哲学研究》2014年第12期,第25页。

⑩ 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169页。

第二,在民法典时代,要充分发挥民法典以人为本的精神,通过民刑共治的犯罪治理新模式,将物本逻辑转化为中国式法治现代化要求的人本逻辑。

民法典的基本价值是私法自治,其核心内容是“尊重个人的自由和自主,充分发挥个人在现代社会治理中的作用”^{⑥1},它是“一部具有中国特色、以人为本、反映时代精神”^{⑥2}的法律。刑法应主动回应民法典的时代需求,将物性转化为人性,推动犯罪治理模式由刑治向民刑共治式的现代化转型。刑治模式使得刑事治理在社会治理过程中占据优势。刑法被作为维护社会秩序的工具,人被作为预防犯罪的手段。这些人本身在被定罪量刑之前亦是守法公民,但当其被绳之以刑法之后,就成为犯罪分子,被推到了守法公民的对立面。在这种情况下,如果发挥民法的作用,将犯罪的范围尽量缩小,公民的自由和权利就会扩大。在社会治理过程中,刑法与民法之间的作用事实上存在某种此消彼长的关系。如果过分依赖刑法,那么刑法的作用就会受到不适当的强调,而民法的功能相应地就会受到限缩。在民法典颁布实施以后,民法在社会治理中的作用会越来越大,刑法应当积极予以回应。无论是刑事立法还是刑事司法都应当秉持限缩与谦抑的理念,避免刑法的过度扩张。^{⑥3}

一方面,在立法上,刑法必须恪守其最后保障法的地位,对违法行为的处理要先民后刑。民法的“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性”^{⑥4},根据民法私法自治的价值,理应赋予公民更多自由。而“刑法在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是对其他一切法律的裁定”,^{⑥5}保障法也就是事后法,它意味着在违法犯罪的处理上要民先刑后。公民社会生活中的绝大多数活动都属于民事行为,如果民法对某种行为并未纳入治理范畴,刑法就不应越过民法入罪入刑,否则刑法和民法、公法和私法的关系就会错乱,并带来刑法适用中前置法阙如的问题。

以信息犯罪为例。2009年《刑法修正案(七)》新增了侵犯公民个人信息罪,规定构成本罪要“违反国家规定”。从保护法益看,本罪的性质是自然犯,但是根据该罪前置法的规定以及刑法对该罪的定位分析,该罪实际性质是自然犯的法定犯化,这决定了该罪的适用必须参考前置法的规定以确定其违法性。本罪最关键的构成要件“公民个人信息”,其内涵和外延如何确定,必须依照有关国家规定。然而,当时我国并没有个人信息相关立法,没有可以适用的前置法即有关“国家规定”。在本罪适用八年后,民事立法才首次出现了有关保护个人信息的规定。2017年3月15日《民法总则》第111条规定“自然人的个人信息受法律保护”。2021年8月20日《个人信息保护法》颁布,对公民个人信息进行了界定并制定了全方位的保护规则。刑法作为保障法,在处理侵犯公民个

⑥1 前注④⑤,王利明文,第850页。

⑥2 胡树琪:《21世纪〈民法典〉:刑法面临的挑战、回应与展望》,载《法治论坛》2020年第4期,第69页。

⑥3 周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期,第17页。

⑥4 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第143页。

⑥5 前注⑤⑥,切萨雷·贝卡里亚书,第70页。

人信息罪时,至此才有了可以依照参考的“国家规定”。而此前所依照的《网络安全法》《信息安全技术个人信息安全规范》《电信和互联网用户个人信息保护规定》《关于加强网络信息保护的決定》等“国家规定”,对于个人信息并无明确规定。比如《网络安全法》第22条规定,“涉及用户个人信息的,还应当遵守本法和有关法律、行政法规关于个人信息保护的规定。”这样的结果就是,在作为前置法的民法对个人信息保护尚未有规定的情况下,刑法逾越了自身保障法的地位而提前作出了规定,从而导致民刑在个人信息的保护上失衡。根据本罪的司法解释,刑法设置该罪的目的是为了依法惩治侵犯公民个人信息犯罪活动,保护公民个人信息安全和合法权益,但因没有直接相关的前置法依照,有可能导致个人信息犯罪的认定出现随意性和扩大化,从而损害公民的自由和权利。在陈某侵犯公民个人信息罪案中,被告人陈某共计非法获取他人户籍信息11条,手机通话记录6条,手机机主资料4条,手机短信记录3条,手机定位信息7条。法院审理认为“被告人陈某非法获取公民个人信息,情节严重,其行为已构成非法获取公民个人信息罪,依法应予惩处”^⑥。本案发生在2012年,由于当时尚无前置法的依据,而将存有疑问的诸如手机短信记录等信息一律认定为了个人信息。如果根据后来颁布的个人信息保护法,其中有相当一部分并不能被认定为个人信息,当事人的行为也不一定被认定为犯罪。所以,只有立法上做好民刑衔接,先民后刑,才能实现民刑共治。如果刑法越过民法的规定,率先将某种违法行为犯罪化,则刑法的人权保障机能无法充分发挥,犯罪治理就难以实现给予公民更多自由的“人本逻辑”。遵循此种逻辑,轻罪入刑也应当慎之又慎,否则,就意味着刑法取代了民法对民事侵权等诸多其实只是违法的行为进行了治理。

另一方面,在司法上,犯罪治理要引入民法权利保护理念,切实回应中国式法治现代化的以人为本之需求,能以民事手段解决的尽量不以刑事制裁处理。民刑共治,意味着民事治理不应被刑事治理代替。在一些民刑交叉案件的处理中,为了更有效地解决民事纠纷,常见的做法是民转刑,企图通过发挥刑罚的威慑性解决民事纠纷。这种做法往往使得民法在社会治理中的作用被削弱,刑法的物性得以凸显,公民权利保障的人性化体现被弱化。比如,在民间借贷纠纷中,只要借款事出有因,不是出于非法占有目的之假借民间借贷为名欺骗或者诱使他人借款,借款后也如实购买了借款事由所说的产品等,并开展了经营活动,只是由于经营不善导致生意亏损而无法按时还款的,就属于典型的民间借贷,不属于“套路贷”犯罪,法院可以根据《民法典》第676条规定适用民事追责,发挥民法的作用,通过民事治理予以解决。“不履行合同的人即使给对方当事人造成百万元的损失,也不受刑罚处罚,而最小的诈骗行为也会受到刑罚的威慑,因为遵守合同的利益可通过非刑罚的方式(如损坏赔偿义务、违约金等)予以有效的保护。”^⑦对这类民事纠纷案件就不宜民转刑。“公法是有关罗马国家稳定的法,私法是涉及个人利益的

^⑥ 陕西省西安市雁塔区人民法院(2012)雁刑初00674号刑事判决书。

^⑦ [德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第74页。

法。”^⑧对于涉及私人利益之间的纷争不宜直接上升为公民个人与国家之间的纷争,否则就体现了刑法在社会治理中的物本逻辑,会削弱民法在国家治理中的作用。如果遵循犯罪治理的人本逻辑,就应在民法有规定时交由民法处理,民法力有不逮之时再由刑法处理,通过民刑共治实现犯罪治理的现代化。

为了实现中国式法治现代化,社会治理尤其是犯罪治理应实现民刑一体化,结合法定犯的双重违法性之特点,构建民刑交叉的责任体系。在犯罪治理中,既不能把刑法当作工具和手段,也不能通过刑法的适用把人当作手段。在以人为本的民法典时代和公私法相互渗透与融合的背景之下,为积极回应中国式法治现代化新道路的以人为本之要求,应将我国传统犯罪治理的物本逻辑转化为民刑共治新模式的人本逻辑。

四、从公权扩张到私权保护：民刑共治新模式的现代化法治思维构建

从法治思维观念反思,重刑轻民的刑治模式具有较强的公权扩张色彩,而中国式法治现代化新道路则要求切实尊重和保障人权,有效监督和约束公权力。为了充分发挥民法典固根本、稳预期、利长远的基础性法律的作用,妥善处理社会经济发展过程中的各种失范和违法行为,应当通过民刑共治规范公权、保障私权,实现犯罪治理现代化。

（一）重刑轻民刑治模式体现重公权而轻私权保护的公权扩张色彩

新中国成立初期,犯罪治理与政治运动紧密相关,处理犯罪与解决刑事纠纷的权力由国家垄断。尽管群众在运动中被广泛发动起来,但被动参与的色彩浓厚。进入改革开放时期后,随着犯罪率的大幅攀升,一度出现了以政策代替法的现象以及在打击犯罪过程中盲目扩大打击范围的情况。这种刑治实践,对刑法的实施及其效果产生了负面影响。针对这些问题,2004年我国提出了宽严相济的刑事政策,2021年,我国提出了少捕慎诉慎押的刑事司法政策。这些政策的出台,在一定程度上改变了刑法过度适用的现象,释放了司法善意,但是,长期的刑事治理使得在我国侦查实务中,有罪必罚、重打击、轻保护等观念和现象仍普遍存在。^⑨有的办案人员对这一政策的基本内涵缺乏深入解读,执法理念没有得到根本转变。

现行刑法一直在扩大犯罪圈的道路上进行立法,并且形成了积极预防主义立场的轻罪化治理模式,国家立法体现出较明显的家长主义,基于对民众行为的关照以及对社会安全价值的追求,最终形成了国家刑罚权在犯罪治理中占主导地位的状况。犯罪治理不仅针对传统社会危害性严重的行为,一些社会危害性轻微的行为也被作为犯罪处理,国家对犯罪的治理从以往对严重危害社会行为的专项整治转变为对社会各种违法行为的广泛治理,司法资源被最大限度地调配到各类轻重不同的犯罪治理之中,犯罪治理容

^⑧ [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编:《正义与法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第35页。

^⑨ 参见齐文远:《“少捕慎诉慎押”背景下打早打小刑事政策之适用与反思》,载《政法论坛》2022年第2期,第70、73页。

易陷入低效循环之中。

（二）以民刑共治新模式重建法治现代化所要求的私权保护思维观念

现代化的法治要求告别严刑峻法和重刑轻民,贯彻尊重和保障人权的国家理念,实现“更多治理,更少统治”。在全面保障人民权利的民法典时代,应积极强化私权保护,限缩公权扩张,借助民法典所发出的权利保护的最强音,将犯罪治理刑治模式的公权扩张思维转化为民刑共治的私权保护观念。

第一,中国式法治现代化对犯罪治理的公权扩张提出了挑战,为了切实加强人权保障和提升犯罪治理效能,应从思维观念上将公权扩张转为私权保护。

改革开放以来,随着市场经济体制改革的深入进行、公平正义人权保障等观念的深入人心,以及法院审判职能的改变和民事治理水平的提升,如何从制度层面在国家刑罚权和公民个人权利之间划定一个合理的分界线,从而树立国家刑罚权的自我制约意识,“注意对公民个人尤其是犯罪人应享有的合法权益的切实保护”^⑩,成为国家法治建设中的重要任务。在当下中国式法治现代化的建设过程中,刑治模式的公权扩张更是受到了前所未有的挑战。一方面,中国式法治现代化要求尊重和保障人权。如果将对犯罪的治理一味地寄希望于刑法,将违法犯罪行为的预防一味地依托于刑罚权,社会与公民参与犯罪治理的机会就会越来越小,国家权力的支配性凸显,社会发展将日益背离现代性。另一方面,中国式法治现代化要求将制度优势转化为治理效能。我国传统自上而下公权主导的犯罪治理模式,治理成本高,治理效能低。对于传统严重犯罪,司法控制都是事后惩治,刑罚适用已然于事无补;对于新型轻微犯罪,刑法的适用其实都是事先预防,成本高但实效甚微。国家司法资源有限,法院案多人少,整个司法机构疲劳运转,犯罪治理效果却并未达到预期。从2014年到2021年,我国法院审结的刑事案件数量由102万余件增加到125万余件,判处罪犯的人数由118万余人上升到171万余人。^⑪开放社会对传统的犯罪治理模式提出了挑战,传统犯罪治理模式存在的效能不高、效果不佳的问题突出。

在建设中国式法治现代化的今天,为贯彻对个人权利的尊重和保障人权观念,就必须对国家权力进行制约。只有“人权和公民权利得到切实尊重和保障,公权力受到有效制约和监督,”^⑫这样的法治建设才能促进国家现代化。犯罪治理是最能体现法律运行机制成效的领域,如果要回应中国式法治现代化的切实尊重和保障人权之要求,就应该限制国家刑罚权的发动范围和发动频率,“不得为了公共利益而原则地牺牲个人自由,”^⑬并试图将所有违法甚至不道德行为规定为犯罪。即便风险社会为了预防犯罪而将法益保护前置,并且扩大犯罪圈,也应体现以公民个人权利为核心设置刑事立法和推进刑事

^⑩ 赵秉志主编:《高铭喧刑法思想述评》,北京师范大学出版社2013年版,第34页。

^⑪ 参见周强:《最高人民法院工作报告》,载《人民法院报》2022年3月9日,第2版;《中国法律年鉴》编辑部编:《中国法律年鉴》,中国法律年鉴社2015年版,第1014页。

^⑫ 张文显:《习近平法治思想的政理、法理和哲理》,载《政法论坛》2022年第3期,第21页。

^⑬ [德]冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第19页。

司法。“我国要走出刑罚量与犯罪量齐头并进、维稳成本与维稳压力同步增长的恶性循环,要顺应社会变化的潮流,重新设计犯罪治理的思路与模式。”^⑭为了更好应对尊重和保障人权的时代要求,摆脱公权扩张的传统思路以提升犯罪治理效能,我国犯罪治理应放弃以刑为主的刑治模式,寻求更加切合中国式法治现代化的公民权利保障亦即私权保护的治理路径。

第二,充分发挥民法典权利保护法的作用,通过构建民刑共治犯罪治理新模式,将刑治模式的公权扩张转化为治理现代化要求的私权保护。

民法典以权利为本位,充分体现尊重和保障人权,是最充分体现“规范公权,保障私权”这一现代法治核心理念的法律。在民法典时代,应通过民法对公民进行赋权,从而起到规范公权力的作用,并通过刑法和民法之公私两法的协力作用,对犯罪的治理遵循“公权力的行使不得以损害公民的私权为代价”^⑮之要求,从而实现犯罪治理现代化。传统刑治模式之所以形成,与我国古代社会及至近现代以来私权不发达有极大关系。然而,民法典时代这些问题已不复存在。一方面,民事立法上对公民私权的保护非常充分。民法典“从民法的私法属性出发,以体系化为方法,以民事权利为核心,以民事法律关系为基础”^⑯,对民事主体、民事权利、民事法律行为等总则性问题以及物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承与侵权责任等分则性问题作了共计 1260 条的详细规定。民法典的规定涉及社会和经济生活的方方面面,被誉为“社会生活的百科全书”。这样的民法典,使公民的私权利在种类上得到充实和健全,在体系上更加完善,规范有效的私权保护机制得以形成,公民的私权利受到了前所未有的保护。另一方面,司法上民事审判质量和司法公信力不断提升,民事治理日益现代化,私权保护已成为民事审判的重要理念。如果说,以往我国对案件的审理是重刑事轻民事,那么近年来随着民事规则的日益完善,民事审判在我国审判工作中的地位越来越重要。“近年来,人民法院每年审结的一审民事案件约占全部一审案件的 90%,民事审判在人民法院工作全局中居于重要地位”,而且,我国民事审判工作也不仅仅是为了定分止争,更是为了“加强权利保护,促进人的全面发展”。^⑰可见,随着我国民事立法和民事司法对私权的充分保护,刑治模式之私权不发达的土壤早已不复存在,取而代之的是民事立法和民事司法对私权保护的重视。

在此前提下,国家对犯罪的治理就应遵循民法典时代重视私权保护的观念,引入民事治理思维,强化对犯罪的民刑共治。规范公权、保障私权是国家治理现代化的重要标志。私权如果得不到保障,公权行使的边界就不会清晰。充分发挥民法典在犯罪治理中

^⑭ 张凌、袁林主编:《国家治理现代化与犯罪防控:中国犯罪学学会年会论文集(2014年)》,中国检察出版社2014年版,第61-62页。

^⑮ 前注^⑭,王利明文,第852页。

^⑯ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(上),人民法院出版社2020年版,第7页。

^⑰ 参见周强:《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导 充分发挥审判职能作用 确保民法典正确贯彻实施》,载《求是》2020年第12期,第19页。

的前置法作用,将一部分行为通过民事违法的侵权责任或者其他责任予以治理,减少进入刑法犯罪圈的违法行为数量,此即为规范公权保护私权的重要路径。公权来自于私权的让渡,并作为民意的体现保障私权的行使。公权的行使应以不妨碍私权为合理边界,对犯罪的刑事规制不能超过公民应享有的私权范围的必要限度。可以说,以国家刑罚权为主导的传统犯罪治理模式与现代意义上的法治并不协调。在公权和私权的博弈之中,必须借助民法典权利保护之时代特点,限制公权要谨慎刑事立法,强化私权要多用民事措施来规范社会纠纷和治理违法犯罪行为。在司法实务中,则要防止以刑代民、以罪代罚,通过公权干涉解决私权纠纷。近年来我国司法机关助推法治化营商环境建设,依法审理涉国资国企案件,坚决防止把民事责任变为刑事责任,弘扬契约精神,从而为规范公权保护私权发挥了很好的实际效果。^⑦比如,在倪某某涉嫌合同诈骗罪案中,倪某某为实现企业经营资金周转,以投资购买原料为名,采用空货操作的形式与某化工有限公司签订买卖合同,先后拆借资金共计人民币1300余万元,并约定资金占用费用于偿还企业债务、经营所需。该案中,倪某某主观上并无非法占有目的,否则不会约定资金占用费,客观上也没有虚构事实隐瞒真相,签订买卖合同时已如实相告某化工厂拆借资金用于偿还债务和经营,然而一审法院却将此种行为认定为合同诈骗罪。^⑧实际上,倪某某作为企业主管人员,为经营所需,与出借方约定采用空货交易的形式拆借资金,待盈利后再归还资金或者用货物抵扣资金,是企业经营中资金流转的常用形式,不能因为采用空货交易的形式拆借资金就将倪某某的行为认定为合同诈骗罪,将不符合犯罪构成要件的民事纠纷当作刑法中的犯罪处理,这种做法就是公权力干涉经济纠纷的典型不当做法,再审法院对本案及时纠错,认定以空货交易的形式拆借资金行为不构成合同诈骗罪,^⑨而只是双方当事人之间的经济纠纷,从而有效规范了公权力,保护了当事人的合法权益。

第三,民刑共治犯罪治理新模式在规范公权保障私权的同时,可以极大提升犯罪治理效能,克服传统刑治模式低效能高损耗的缺陷。

重刑轻民、以刑为中心的传统犯罪治理模式已严重内卷化,犯罪治理的边际效应逐步递减。在犯罪人以内的内心层面,刑事治理的效果有限。“被假定为只具有侧面掩饰性质的刑法保护,就此而言并未——如计划中的——有使民心平静的效果,反而几乎是具有威胁性的。其原因在于,这种刑法保护反而导致了控制系统无法担保此种人类过错行为的适时排除与发觉。”^⑩在犯罪人以外的社会层面,刑事治理严重内卷而效果不彰。“社会个体只要经历了刑事司法程序就很难再回归至常情社会之中,社会的整体犯罪人基数在逐年上涨,而刑事司法系统每年的编制都在扩张并且以生产流水线的方式重复着

^⑦ 参见周强:《最高人民法院工作报告》,载《人民法院报》2022年3月16日,第4版。

^⑧ 参见江苏省吴江市人民法院(2008)吴江刑初1326号刑事判决书。

^⑨ 参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05刑再5号刑事判决书。

^⑩ [德]Cornelius Prittwitz:《刑法作为适切手段》,陈俊伟译,载《世新法学》2017年第2期,第24页。

犯罪个体的风险转移工作。”^{⑧2} 无论是对犯罪人还是对全社会, 刑治模式并没有发挥很好的效果。民刑共治犯罪治理新模式可以通过民事治理, 将相当一部分行为作为民事违法或侵权来对待, 减少进入犯罪圈的人数, 服刑人员回归社会的风险和压力都会减少, 刑治模式犯罪控制的犯罪化色彩也将被弱化。限制公权保障私权的民刑共治犯罪治理模式重视的是人的自由和全面发展, 而对人的自由全面发展的追求及实现, 才能逐步促进人与世界的和谐发展。现在世界上有的国家和地区已开始认识到, 积极预防主义下的过度犯罪化所导致的犯罪治理效果不彰之事实, 比如, “北欧各国刑罚转变的开始, 就是逐渐以刑事司法系统朝向社会正义系统的方式转变, 前者强调以起诉 / 求刑 / 判决的方式达到刑事制裁、威吓犯罪的目的, 后者主张以周延社会福利的方法, 达成抗制危险人口的目标”^{⑧3}。是否要通过社会福利的方法减少危险人口各国做法固然不同, 但毫无疑问, 危险人口的减少意味着犯罪人数的下降和犯罪率的降低以及犯罪治理效能的提升。民刑共治犯罪治理新模式的责任就是, 将社会风险予以识别, 并使其类别化地通过民事与刑事治理的方式解决, 而避免把社会风险与违法犯罪行为的解决完全或主要投注于刑法之上。

总之, 现代法治的核心是规范公权保障私权, 民法典则是保障私权制约公权的重要法宝。实务中处理民事案件或经济纠纷时, 要准确适用民法典进行民事治理, 防范刑事执法介入经济纠纷。要充分发挥民法的作用, 对公民私权利进行充分的保护; 要规范公权力, 限缩刑治模式之下的公权扩张, 妥善处理社会经济发展过程中的各种违法行为。通过民刑共治, 将传统社会的单向度治理变革为现代社会治理现代化的多元治理。^{⑧4}

五、结 语

为了因应中国式法治现代化新道路的新要求, 结合当下我国民法典时代强调私权亦即公民个人权利保护的特点, 宜提倡以民刑共治犯罪治理新模式推进国家治理现代化。民刑共治犯罪治理新模式具有足够的包容性, 它针对所有的犯罪而不仅仅是“以违反民法规范为前提条件的”^{⑧5} 民事犯。法定犯包含民事犯和以违反行政法规范为前提条件而构成的行政犯。因此, 民刑共治犯罪治理新模式既针对自然犯, 又针对法定犯, 而法定犯中, 既针对民事犯又针对行政犯, 并不特别针对民事犯而忽略行政犯。简言之, 民刑共治犯罪治理新模式是针对社会所有违法犯罪行为治理的理念和模式, 也因此这一犯罪治理新模式中的犯罪是指广义的违法犯罪行为, 并非单纯指狭义已经构成犯罪的行为。发展中国式法治现代化新道路、推进国家治理体系和治理能力现代化, 必然要求以良法推

^{⑧2} 前注^{⑦4}, 张凌、袁林书, 第122页。

^{⑧3} 许华孚、刘育伟:《北欧犯罪学趋势及其刑事政策》, 台北一品文化出版社2018年版, 第8页。

^{⑧4} 参见周佑勇:《中国行政法学学术体系的构造》, 载《中国社会科学》2022年第5期, 第113页。

^{⑧5} 陈兴良:《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》, 载《法商研究》2021年第2期, 第38页。

动善治,以善治支撑良法。^⑧如果说,中国古代法是民刑不分,中国近代法是民刑分立,中国现代法则应民刑融合。从民刑不分到民刑分立再到民刑融合,既是公私法融合发展趋势下民法刑法之间关系的大势所趋,更是实现中国式法治现代化新道路之必然。

Abstract: Influenced by the traditional legal system that does not distinguish between civil law and criminal law with criminal law as the core, the single-type criminal governance model with more focus on criminal law is the dominant mode of crime governance in China. In response to the new path of Chinese modernization of the rule of law and the new requirements put forward in the Civil Code era, a new model of Chinese modern crime governance of ‘co-governance of civil law and criminal law’ should be constructed. Chinese modernization of the rule of law aims to pursue good laws and good governance, while the traditional criminal governance model embodies the ‘crime control’ characterized by extensive criminalization and severe punishment. This requires the transition to the modern governance goal of ‘crime governance’ through a new model of civil and criminal co-governance. Taking a people-centered approach is the fundamental value of Chinese modernization of the rule of law, while the traditional criminal governance model embodies the ‘object-based logic’ of instrumentalism. This requires shaping the ‘humanistic logic’ values of crime governance through a new model of civil and criminal co-governance. Chinese modernization of the rule of law requires the implementation of the national concept of respecting and protecting human rights, while the traditional criminal governance model reflects a strong feature of ‘the expansion of public power’. This requires a new model of civil and criminal co-governance to build a modern legal thinking of ‘privacy rights protection’ to maximize human freedom and all-round development.

(责任编辑:白岫云)

^⑧ 参见周佑勇:《中国行政基本法典的精神气质》,载《政法论坛》2022 年第 5 期,第 69 页。