

# 轻罪刑事政策的定位与贯彻

□ 张开骏



刑事政策是刑法的灵魂，指导刑法立法和司法。轻罪立法和司法无疑受到刑事政策指导。如何理解轻罪的刑事政策，轻罪刑事政策如何指导轻罪立法和司法，需要学理阐释和妥当解答，以便发挥刑事政策的指导作用，促进科学的轻罪立法与公正的轻罪司法，提升轻罪治理效果。

## 一、轻罪刑事政策的定位

宽严相济是我国的基本刑事政策，贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程，是对“镇压与宽大相结合”“惩办与宽大相结合”等刑事政策思想的继承、发展和完善，也是对“严打”刑事政策经验总结和理性反思的结果，是国家机关惩罚和预防犯罪，保护人民，保障人权，制定和实施法律的刑事政策指南。宽严相济刑事政策适应我国社会形势发展的需要，符合刑事政策的基本原理，对最大限度地预防和减少犯罪、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定，具有重要意义。

由于宽严相济刑事政策科学、合理，是我国的基本刑事政策，轻罪领域理所当然要坚持宽严相济刑事政策。但是，对这一点仍未达成完全共识。有学者就提出“轻罪治理应当贯彻轻罪治理政策”，“对轻罪予以更轻处罚，对重罪予以更重惩处”。在此需要解释一下，“轻罪重刑”刑事政策也称为两极化刑事政策，是指对重大犯罪及危险犯罪人采取严厉的刑事政策，即“重刑”；对轻微犯罪及某种程度上有改善可能性者采取轻缓的刑事政策，即“轻刑”。笔者认为，应该慎重提及“轻罪治理应当贯彻轻罪治理政策”等表述，因为轻罪重刑刑事政策产生于国外，而我国应毫不动摇地坚持宽严相济刑事政策，作为结果犯归责判断的关键理论工具，对其内涵应有准确把握。可以借鉴该刑事政策在防治犯罪、保障人权以及实现公正、效率和秩序等刑事政策价值方

面的经验，同时需要注意该刑事政策的内容并不是僵化单一、可以简单套用，其不同国家和地区具有不同表现和侧重点，例如欧洲一些国家表现为“轻轻重重，以轻为主”，美国表现为“轻轻重重，以重为主”。

坚持轻罪的宽严相济刑事政策，应该如何处理好宽与严的关系，侧重宽、严的哪一个方向，这无疑是非常重要的内容。学界对此存在一定的分歧。一种观点主张对轻罪以宽为主（从宽）。有学者提出，“轻罪时代的犯罪治理应该彻底摒弃严打重刑思维，从宽严相济转向以宽为主的刑事政策”。有学者提出，轻罪的适用应当坚持轻缓立场，通过出罪导向的轻罪解释限缩刑事处罚范围。有学者主张提升轻罪入罪门槛，注重刑罚宽和适度，其基调是对轻罪从宽处理。另一种观点主张对轻罪有宽有严。严格贯彻宽严相济刑事政策，该宽则宽、该严则严。对此，学者们有不同表述。有学者指出，轻罪刑事政策仍只能是宽严相济刑事政策，不能界定为“以宽为主”。轻罪立法体现刑事政策“从严”的一面，而轻罪司法应针对个罪的不同情节而决定“宽严”。例如侮辱罪、诽谤罪属于轻罪，但对网络侮辱、诽谤行为总体应当是宽严相济中严的政策；即便是针对微罪，在处置时也需要保持高压态势。有学者提出，对严重犯罪该严则严，不能以“轻罪时代”为由，放弃对严重犯罪的严惩。对轻罪依法从宽时也应有限度。要考虑“轻罪”的生成机理，警惕因处罚过宽而使刑罚失去威慑力。有学者提出，轻罪也是“罪”，刑法既然将行为规定为犯罪，意味着这些行为有社会危害性，需要以刑罚加以惩治。轻罪治理的司法逻辑不应只见其“轻”而无视其“罪”，一味追求出罪或者轻缓处理。也有学者认为，对轻罪从轻从宽处理是必要的、是主要面向，但是不能一味从宽。对大部分轻罪必须从轻处理，对极少数轻罪可能需要从重处理。如果轻罪处理不当，可能发展、演化为重罪或者诱发更大的社会危机，对这种轻罪不能从轻从宽处理。以上两种观点各自道出了轻罪刑事政策中“从宽”或“从严”的理由，相对来说，前一种观点的思考角度偏单一，后一种观点的思考更细致，因而为笔者所支持。因为宽严相济刑事政策的实质是区别对待，因时、因地、因人、因势且对立统一地辩证运用“宽”与“严”。

刑事政策的核心在于防止犯罪。在轻罪的刑事政策中，预防犯罪应该优先于抑制（惩治）犯罪。顾名思义，轻罪乃罪行和罪责较轻的犯罪，相应地行为人的的人身危险性较小。实施轻罪者大多不是凶凶极恶之徒，而是接近于社会一般人。不少轻罪属于“机会型”犯罪。因此，轻罪可以得到有效预防。在轻罪预防政策思想的指导下，轻罪治理由重惩罚转向重预防，应该转变“有罪必诉”“有罪必罚”“有罪必刑”等思维观念，构建有利于轻罪人再社会化的社会环境和制度体系。

从轻罪治理的视角看，宽严相济刑事政策不仅体现在轻罪立法中，还体现在轻罪司法中（包括实体上的定罪、量刑与程序上的相关问题），以及轻罪刑罚执行中（例如轻罪刑罚执行的人道化、非监禁化或社会化等）；不仅体现在轻罪的直接法律后果中（完善刑罚和非刑罚措施等），还体现在轻罪犯罪记录和犯罪附随后果等相关配套制度中（例如确立轻罪记录封存或消灭、消除不合理的犯罪附随后果）。

## 二、轻罪刑事政策下的立法

轻罪立法宜坚持适度扩张。轻罪立法大多数是将一般违法行为升格为犯罪（犯罪化），因此体现了“从严”的刑事政策。此外，将重罪降格为轻罪的少数轻罪立法（轻刑化），则体现了“从宽”的刑事政策。

轻罪立法适当“做加法”，提供轻罪规范供给对刑事司法有帮助。司法实践中有些案件若在轻罪立法前被定罪处罚，可能出现违反罪刑法定原则和罪刑相适应原则等问题，因此需要通过轻罪立法来解决这些问题。

轻罪立法能使刑法体系更加完善。有些行为可以用民法、行政法来调整，有些用轻罪来调整，有些用重罪来规范，这样可以形成一个阶梯式的完善的刑法体系。特别是当前我国刑法体系中，罪刑结构总体偏重，同时犯罪附随后果具有广泛性、严重性甚至牵连性等弊端。因此，立法者应考虑增设轻罪，以改善“重罪重刑”的刑法结构。

立法观念应转变为“轻罪轻刑”。增设轻罪既能实现对相关危害行为的有效治理，又不会因为处罚过于严厉而给犯罪人带来巨大痛苦；既能实现对法益更完善的保护，也可以通过司法程序满足人权保障要求。“重罪重刑”立法观

念造成的直接后果是法律规范效应的弱化，导致“大错不犯、小错不断”的人普遍存在。对此，有必要将一些较重违法行为犯罪化，以提升法律规范效应，从而预防犯罪。

风险社会和各种新型犯罪的社会背景（例如恐怖主义犯罪、网络和人工智能犯罪、人类基因和遗传资源犯罪、生物安全和环境犯罪、隐性贿赂犯罪），要求刑法扩大调整范围，实现法益保护提前化和刑事处罚前置化。通过轻罪立法来发挥刑法应有的社会治理效果。

轻罪立法应坚持谦抑性，应充分考虑行政处罚与刑事处罚之间的界限，防止用刑罚代替行政治理手段，要为行政处罚留下空间。对违法犯罪行为采取一元制裁体系未必科学，也不符合我国国情。轻罪立法必须综合考虑我国的社会发展阶段、危害行为为情状、民情民意（包括人们对行为危害性及其程度的评价和容忍程度）和法制状况等因素，不可全盘照搬国外的轻罪立法、违警罪等内容。

## 三、轻罪刑事政策下的司法

关于轻罪的定罪，不必提高入罪标准，而是正常把握入罪标准。有学者提出要秉持谦抑主义司法观，限制入罪。适当提高轻罪犯罪的人罪门槛，限制解释轻罪犯罪的构成要件要素。笔者对此观点不敢苟同。我国司法机关面临轻罪刑事案件和犯罪人的数量增加，为缓解“案多人少”困局而采取的一个做法就是提高入罪标准。其典型例子是2023年12月13日“两高两部”《关于办理醉酒危险驾驶机动车的意见》提高醉酒型危险驾驶机动车的人罪标准。这种做法虽然显得“务实”，但在法理上并非没有疑问。笔者认为，行为是否符合犯罪，要坚持罪刑法定原则和实质犯罪论理念，准确判断犯罪构成符合性。定罪标准不必从宽，也不应从严。既不降低犯罪认定标准，也不拔高犯罪认定标准，坚持不偏不倚的客观、理性精神。当行为符合轻罪的犯罪构成时，要勇于认定轻罪。一方面，刑法增设轻罪是为了严密刑事法网，保护法益，确保法律效果公正，贯彻罪刑相适应原则，避免有轻罪立法“空白”时针对某些违法行为只能无罪，或者出现类推入罪甚至拔高认定为重罪的不合理现象等，从而发挥轻罪在社会治理中的应有效果。因此，要勇于

亮出轻罪之剑，对符合轻罪犯罪构成的行为要积极适用轻罪，以实现轻罪立法的意图。另一方面，轻罪（特别是其中的微罪）相比于重罪而言，其不法与责任程度轻，有些轻罪是由原来的一般违法行为升格入刑而来，因此，轻罪适用要保持审慎态度，避免将不值得科处刑罚的一般违法行为扩大认定为犯罪，不得降低案件证明标准。在轻罪司法上，勇于适用轻罪是肯定轻罪立法的意图，发挥其行为规制和法益保护机能；审慎是要确保轻罪适用正确（不是消极适用、尽量不定罪的意思），贯彻人权保障（或自由保障）的理念。审慎的表现是坚持实质犯罪论理念，遵循罪刑法定原则，排除不值得科处刑罚的行为。

在此基础上，如果某行为完全符合轻罪的犯罪构成，司法人员应该放下顾虑、认定犯罪。为此，不应将轻罪作不合理的限制解释，否则影响轻罪立法效果的发挥。以高空抛物罪为例，其属于妨害社会管理秩序罪中扰乱公共秩序的犯罪，不是危害公共安全的犯罪，以保护法益为指导来解释构成要件，那么，对高空抛“物”的性质和种类就不应该限制解释为可能造成人身伤亡或财产损失的物品，而是凡是可能扰乱社会公共秩序的，都不应排除在高空抛物罪的物品范围。例如，行为从楼上向跳广场舞、噪音扰民的人群泼洒粪便、泔水、墨汁的，可以成立高空抛物罪。再如，行为从商住一体的楼上，向临街店铺的楼下扔未熄灭的烟头，导致楼下的烟花爆竹店起火和引发爆炸，其抛掷烟头行为成立高空抛物罪（至于也成立过失爆炸罪，两罪属于想象竞合犯，则是另外的问题）。

关于轻罪的量刑，宜尽量从宽，表现为非刑罚化、非监禁化和刑罚轻缓化。犯罪的法律后果不限于刑罚，还包括非刑罚措施（非刑罚化），例如刑法第三十七条的非刑罚处罚方法和单纯宣告有罪。即使判处刑罚，也未必要判处实刑，可以宣告缓刑（非监禁化）。国外有实证研究表明，适用缓刑比短期自由刑的实刑的效果好。判处刑罚也未必要判处重刑（刑罚轻缓化），例如可以判处附加刑。

关于轻罪的证明标准，尽管轻罪与重罪有别，但是轻罪的证明标准仍然是“犯罪事实清楚，证据确实、充

分”，证据应该达到“排除合理怀疑”的程度，不应该降低标准，不应该与重罪案件有差异。轻罪案件诉讼程序相对简化，更需要通过坚守法定证明标准以确保办案质量。

关于轻罪的刑事程序，宜提倡非犯罪化、非羁押化和程序简化。在轻罪立法背景下，急需深化诉讼制度改革，推进刑事案件“繁简分流、轻重分离、快慢分道”。2019年中央政法工作会议提出的这一要求，可以说已成为我国轻罪司法的一个刑事政策，接下来的问题便是试点改革和制度落实。有的基层司法机关在几年前制定《关于实施轻罪案件快速处理机制的规定（试行）》，建立轻罪案件“一站式”快速处理机制，产生了良好效果。宽严相济刑事政策在刑事程序上的一个具体表现是“少捕慎诉慎押”的刑事司法政策，轻罪案件更应该贯彻“少捕慎诉慎押”。2021年4月，中央全面依法治国委员会把“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策，依法推进非羁押强制措施适用”作为2021年度研究推进的重大问题和改革举措，首次将“少捕慎诉慎押”司法理念上升为党和国家的刑事司法政策。“少捕慎诉慎押”刑事司法政策的提出，是适应我国犯罪结构变化、推进国家治理现代化的重要政策调整，是轻罪治理的重要政策指引。“少捕慎诉慎押”刑事司法政策的适用范围并不限于轻罪领域……但是，从刑事犯罪结构看，少捕慎诉慎押刑事司法政策的主要应用场景是轻罪领域，因而是一项重要的轻罪刑事政策，而且，作为一种审前分流机制，是一项重要的审前轻罪刑事政策。”行为成立轻罪，未必意味着最终必须由法院定罪处罚。对犯罪情节轻微的，检察机关应积极地裁量不起诉。轻罪的刑事程序应尽量减少羁押。轻罪大量会导致刑事案件和审理人数大量增加，因此对轻罪案件宜适用简易程序。

【本文系教育部人文社会科学规划基金项目“刑法活性化背景下轻罪立法研究”（项目编号22YJA820033）的阶段性成果】  
（作者系华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师）

# 客观归责理论之“客观”内涵的三维解读

□ 涂龙科 彭宇峰

## 问题探讨

客观归责理论由德国刑法学家克劳斯·罗克辛系统提出，是其构建的“目的理性犯罪论体系”中的核心组成部分。该理论自20世纪70年代形成以来，不仅对德国刑法学产生深远影响，也在日本、中国、大陆法系国家刑法学界引起广泛关注与持续讨论。作为结果犯归责判断的关键理论工具，客观归责试图为“能否将某一结果归责于行为人”提供一套客观化、精细化的判断标准。那么，客观归责理论为何会被称为客观归责理论，其“客观”之何在？笔者以为，客观归责之“客观”，可从体系定位、判断标准与理论目的三个维度进行整体把握。

**一、定位之维：客观归责理论是用于判断客观构成要件符合与否，而不是用于判断主观构成要件**

客观归责理论，实际上是指“归责于客观构成要件”的理论，即“客观归责=归责于客观构成要件”。不同于我国传统刑法学理论将客观构成要件

结果间的因果关系，在罗克辛看来，符合客观构成要件判断，实际上是在判断“犯罪主体和结果之间的关系是如何建立起来的”，也即能否“将这个结果作为确定的犯罪主体的行为而归责于这个人”。简言之，客观归责理论就是判断一个结果可否被看成是一个确定的行为人的成果，其实质上属于客观构成要件符合与否的判断。

因此，罗克辛自己的见解是，客观归责的客观性是指其结论的客观性。“客观的构成要件之所以被称为是客观的，并非因为客观构成要件的归责以完全客观的因素为其基础，而是因为归责的结论，即对杀人、伤害、损害财物等的认定是客观的，它与故意杀人、故意伤害、故意损害财物等应当相互区别开来。”质言之，客观归责是对客观构成要件的归责，其客观性表现为结论的客观性，也即完成客观归责的判断后得到的结论是客观构成要件的符合或者不符合。

**二、标准之维：判断“是否创设法不容许的风险”的标准是客观的一般人的标准**

根据客观归责理论，首先需要判断的是行为人“是否创设法不容许的风险”。罗克辛对评价“危险创设”这一问题采取了“客观的和事后的预测”的

判断标准，即“法官必须事后处在一个构成行为被评价之前的客观观察者的立场上，并且运用一个有关交往圈子里的理智的自然人的知识，加上行为人的特殊专门知识”。换言之，判断“危险创设”的问题取决于一个理智的客观观察者在行为前是否会认为相应的举止行为是有风险的或者是提高了风险的。一言以蔽之，此处的客观观察者就是客观一般人，“是否创设法不容许的风险”就是看一个掌握了相关信息的客观一般人会如何判断。

以经典的“劝说乘坐飞机案”为例，甲劝说乙乘坐某航班旅行，而该航班已被恐怖分子安装了炸弹。判断甲的行为是否创设风险，关键在于甲是否知晓炸弹的存在。通常情况下，一位理智的客观观察者（一般人）在飞机起飞前，是极不可能知道这样的情况，此时便不能作出甲创设了法不容许的风险的评价。反之，如果这个理智的客观观察者（一般人）得到了“飞机上安装了炸弹”这种特殊信息，他也会作出这趟旅行是非常危险的评价，即甲创设了法不容许的风险。批评者常以该例为据，认为考虑“行为人特殊认知”使得判断变得不纯粹客观。然而，这种批评并未真正理解客观归责之“客观”的含义。客观归责理论所坚持的“客观”，指的是判断标准的客观性，即始终以“一个掌握了相关信

息的理性的客观一般人会如何判断”为准绳，而非指判断所依据的信息必须是外在的、物理的客观事实。

**三、目的之维：客观归责是对客观结果的归责，其目的是使客观不法在不法判断中起决定性作用**

客观归责理论主要是针对结果犯而构建，是一种“结果归责”，罗克辛认为，客观归责要求首先“从一种结果的造成（作为可能归责的最大范围）中产生出一个构成行为的行为，例如，从死亡的造成中产生了一个在法律上有重大意义的杀人行为”，再讨论这样一种杀人行为因此是否也能够归责于主观构成要件。

判断构成要件符合性之所以从结果归责入手，正是因为罗克辛创立客观归责理论的目的在于“确立并限制故意的成立条件和范围，用行为对法益受害结果具有法律上重要的风险，解释人的意志的支配可能性”。在客观归责理论之前，目的行为论影响深远，该理论强调“人的意志支配”对于行为不法的决定性意义，认为“只有人的意志所能支配的，才能构成不法”。这种思路在一定程度上导致了不法判断的主观化倾向，主观构成要件（特别是故意）的地

位被显著前置和强化。

客观归责理论实质上是对这一倾向的逆转与矫正。在客观归责理论看来，不法判断的重心应当回归客观层面：“客观上对法益侵害具有重要性的，才可能是人的意志所能支配的。”换言之，不是主观故意决定客观不法的范围，而是客观构成要件的可实现性划定并限定了主观故意的可能领域。只有当一个行为在客观上创设并实现了法不容许的风险，结果具有客观可归责性时，探讨行为是否具有故意才有意义。如果客观构成要件本身无法实现，则根本无须进入主观判断阶段。由此，故意的范围便限定于具有客观可归责性的构成要件的行为。因此，客观归责理论重构了不法判断中主客观要素的逻辑关系与评价顺序。在这一理论框架下：第一，客观不法具有逻辑优先性，必须首先判断客观构成要件是否实现，即结果是否具有客观可归责性于行为人。第二，客观不法划定主观不法的边界：故意的成立范围，严格受限于客观构成要件可能实现的情形。客观上不可归责的结果，不可能成为故意所指向的对象。第三，客观不法是不法判断的实质核心：行为的不法本质，首先体现为对法益的客观侵害或威胁。

综上所述，客观归责之“客观”

并非指在所有判断细节中排除主观要素，而是体现在：其一，它属于客观构成要件符合与否的判断；其二，它采用客观的一般人的风险判断标准；其三，它确立了客观不法在不法判断中的逻辑优先与实质决定地位。但是客观归责理论自创立以来也受到不少的批判与质疑，其中之一便是其并不“客观”。客观归责理论之所以被质疑不“客观”，主要是由于在判断“是否创设法不容许的风险”时受到行为人特殊认知的影响。罗克辛认为，若有人建议他人去散步，并且知道在路上有谋杀者埋伏着，那么就当然应当肯定一种危险的创设。正是由于客观归责理论中确实考虑了主观要素，客观归责理论显得并不完全“客观”。

对于我国刑法理论与司法实践而言，正确理解客观归责之“客观”的含义，汲取其方法论上的精华，对于推动犯罪论体系的科学化、精细化，实现刑事司法的公正与理性，无疑具有积极的促进意义。在未来的学术探索与司法实践中，我们应在立足本国法律体系与实践需求的基础上，继续深化对这一重要理论的研究。

（作者单位：上海社会科学院法学研究所）