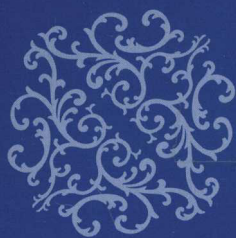


復旦
版

原创学术著作

法学系列



道德恐慌与过剩犯罪化

汪明亮 著

 復旦大學出版社

复旦大学“985工程”三期整体推进社会科学研究项目成果（项目编号2012SHKXYB0012）

原创学术著作
法学系列

复旦
版



道德恐慌与过剩犯罪化

汪明亮 著

 复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

道德恐慌与过剩犯罪化/汪明亮著. —上海:复旦大学出版社, 2014. 5
ISBN 978-7-309-10450-9

I. 道… II. 汪… III. 犯罪学-文集 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 051013 号



道德恐慌与过剩犯罪化

汪明亮 著

责任编辑/张 晗

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址: fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

江苏省句容市排印厂

开本 787×960 1/16 印张 16 字数 249 千

2014 年 5 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-10450-9/D·666

定价: 36.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

总 序

现代国家成长的本质,是围绕着公共权力所形成的制度框架和价值诉求的有机统一,是从一种治理形态向另一种治理形态的转换。现代国家公法实施的价值就在于公民权利的维护和落实。当代中国国家成长具体体现为这种国家治理形态的转换,而激发并支撑这种形态转换的是社会主义市场经济发展带来的新的权力关系。在新中国成立后到改革开放前的三十年间,国家治理部分地是非制度化和非程序化的,国家成长有时得不到法律制度的支持和激励。改革开放以后随着社会主义市场经济体制的建立和发展,社会自主性成为这种经济体制得以发展的基础条件,以及随之而来的现代产权制度的确立和发展,使公共权力的制度化和程序化就成为法制建设的核心,政府行为的制度约束机制和宪政秩序完善就成为法制建设的基本诉求。权力关系的公共性以及政府持续性争取公民忠诚的要求得到不断提升,这种变化无疑是相当深远的,它必然引发社会主义法律体系中基本价值诉求和制度框架的变迁和发展。国家成长正是在这种变迁和发展中持续发生整体转型的。从根本上说,这种整体转型就是人与制度的关系、社会与国家的关系、市场与政府的关系在社会主义市场经济条件下所发生的深刻变化下带来的。因而,当建设社会主义法治国家成为当代中国国家成长的制度选择和价值诉求之后,国家成长所面临的根本任务不是社会主义法律体系本身的改变,而是法律体系特别是当代中国的立法制度如何全面调整个体正义与社会正义的关系、完整厘清社会自治与国家治理的关系,从而全面开发公法的内在功能,提升公法实施的效能,增强当代中国国家制度建设的公法共识。具体来说,就是面对在中国日益成熟的现代社会和社会主义制度本质诉求,在宪政精神的社会主义法制框架内,以现代国家成长为取向,建设和发展社会主义法治国家,进而为推进社会主义政治文明贡献制度框架和价值诉求。本项目丛书从公法实施这一在现代国家制度建设中具有普遍意义、在当代中国社会制度建设中具有特别重要价值的问题入手,研究当



代中国国家成长中的制度建设所面临的具体情势。

研究当代中国国家成长中的公法实施问题可以从革命后国家建设的内部进行整体性研究。具体地说,本项目丛书试图用国家建设和公法实施这两个核心概念来总结、分析和把握革命后当代中国公法实施的历史经验、模式选择和发展方向。其意义在于揭示当代中国公法实施的形成、发展与革新的内在逻辑,进而从革命后中国社会对社会主义与现代制度文明的探索进程来把握当代中国公法实施的内在特征和发展趋势,确立一种不同于西方自由主义叙述方式和革命后激进主义话语逻辑的理论,来揭示当代中国国家建设与公法实施之间的关系,探究我国公法实施理念的特殊性、公法实施体制的突出问题以及公法实施技术的新进展,分析宪法、行政法、刑法在实施过程中的热点理论与实践问题,并提出相应的理论和实践对策,以期为社会主义法治国家建设提供知识基础。公法实施问题的理论研究是国家制度建设学术研究框架中的重要问题,维系着当代中国国家建设的制度共识,展现着当代中国法律体系的完善能力,制约着当代中国法律权威的形成路径。基于此共识,作为复旦大学“985 工程”三期整体推进社会科学研究项目——《当代中国国家成长中的公法实施问题研究》(项目编号:2012SHKXYB0012)的研究团队试图从公民结社自由的法律规制、社会保障在公法实施中的意义、犯罪现象与刑事法律的实施、宪法实施等问题入手,研究当代中国国家成长中公法实施对于国家建设所具有的意义。

潘伟杰



前言

本书是笔者在复旦大学演讲的讲稿整理。为了培养学生具有完全的人格,能够扎根民族、关心民生、关怀天下,能够追求卓越、立足前沿、视野开阔,具有科学精神和理性批判的能力,具有探索精神和可持续学习的能力,具有创新精神和动手实践的能力,复旦大学从2005年开始了通识教育改革试点,其中一项重要内容就是开设“通识教育核心课程”。

为了配合学校的通识教育,2009年以来,本人为复旦大学本科生开设了《犯罪与文明》这一通识核心课程,该课程旨在通过对各种犯罪学理论的介绍,结合现实中的犯罪现象,在对以上问题进行解答的同时,培养各专业学生树立正确的犯罪原因观、犯罪现象观,从而理性看待现行刑法及刑事政策的作用,为构建安定有序的和谐社会尽一份力量。

《犯罪与文明》课程受到了同学们的喜爱,《犯罪与文明》已经成为复旦大学通识教育核心课程的品牌课程之一,在复旦大学本科生中已经有了一定的影响力。随着影响力的扩大,校学生会学术部、各学院学术部、法学院团学联等纷纷邀请笔者就与《犯罪与文明》课程相关问题作讲座,进一步发挥该课程的教学效果。

在此背景下,笔者近些年先后为复旦学生做了近20场讲座,讲题围绕着“当前社会中的犯罪问题”而展开。这些讲题以现实中发生的热点犯罪问题为背景,结合笔者的理论研究,进行多方位的解读。讲座内容贴近实践,通俗易懂,深受广大学生欢迎。可以说,这些讲座是《犯罪与文明》核心课程的延伸,极大拓展了选修该课程的学生们的视野。

为了更好地开展《犯罪与文明》课程教学,丰富该课程的拓展资料,在复旦大学“985工程”三期整体推进社会科学研究项目《当代中国国家成长中的公法实施问题研究》(项目编号2012SHKXYB012)的资助下,笔者从这些讲座中精选出十三讲,分为六大部分,进行适当的内容充实后集结出版。本



书的六大部分分别是：犯罪化与非犯罪化、犯罪之形成与预防、犯罪治理对策转型、腐败治理新思维、量刑过程新发现、死刑与刑事调解制度。

本书十三讲的主要内容是：

第一讲“道德恐慌与过剩犯罪化”。本讲认为，过剩犯罪化是指作为社会控制手段而随便创设犯罪的倾向。过剩犯罪化是一种不当犯罪化，是犯罪化的异化。无论是从理论研究还是从立法实践角度考察，当前我国都存在着一种过剩犯罪化倾向。道德恐慌是被用来解释媒体、公众及社会控制机构对特定社会现象的反应特征的一种工具。在某种意义上说，过剩犯罪化是道德恐慌的一种社会反应。道德恐慌是用来研究过剩犯罪化生成机制的一个重要视角。见死不救事件是道德恐慌致过剩犯罪化的一个典型实例。基于道德恐慌而产生的过剩犯罪化现象值得反思，应该从犯罪化之外去寻求化解道德恐慌之途径。

第二讲“犯罪化与非犯罪化得与失”。本讲认为，犯罪化指的是将未受刑法规制的行为，通过刑事立法的增加或修改，或者通过立法和司法解释将其作为刑法上的犯罪，使其成为刑事处罚的对象；非犯罪化指的是将已经受刑法规制的行为，通过刑事立法的增加或修改，或者通过立法和司法解释将其不作为刑法上的犯罪，使其不再成为刑事处罚的对象。酒驾入罪是一种犯罪化做法，换妻获罪争议涉及非犯罪化问题。犯罪化与非犯罪化是两项重要的刑事政策活动，其效果并非都是正面的，而是得失兼有。一方面，如果犯罪化与非犯罪化用之得当，则会产生正面效果；反之，则会产生负面效果。

第三讲“社会信任缺失及犯罪生成”。本讲认为，当前中国正处于社会转型时期，社会信任结构在转型期呈现复杂化，表现为在多种信任模式并存基础上，传统特殊主义信任模式、计划体制下同志式普遍信任模式的衰败化和现代普遍主义信任模式的无序化。信任结构的转变在一定程度上造成了社会信任的缺失。社会信用缺失是社会转型时期促使犯罪生成的一个重要社会因素。打造国民信用体系，是预防犯罪的重要举措。

第四讲“‘砍手党’犯罪行为之犯罪学分析”。本讲认为，广东“砍手党”以极其残忍的方法实施抢劫等暴力犯罪，严重威胁着公共安全，给公众带来了心理恐慌，引起了强烈的社会反响。按照犯罪化学反应方程式理论，“砍



手党”成员实施暴力犯罪具有历史的必然性。“砍手党”犯罪行为生成的因素是多方面的,不同因素在犯罪反应方程式中所处地位不同,所起作用也不一样。预防“砍手党”犯罪行为的对策是多方面的,在全社会树立起尊重流动人口的意识是最便捷的途径。

第五讲“犯罪情境预防及其运用”。本讲认为,犯罪情境预防理论是一种实用主义的犯罪控制理论,已经成为20世纪末期最具影响力和占据主导地位犯罪预防理论。犯罪情境预防理论认为对犯罪原因的寻找是徒劳的,但对犯罪的机会却是可以控制的。犯罪情境预防理论强调,最明智的预防犯罪的方法首先是改变环境,其次是增加犯罪被发现的风险。“封村”堵人、安装摄像等措施是犯罪情境预防之重要表现,具有强大的犯罪预防功能,应该受到重视和推广。根据犯罪情境预防理论、犯罪化学反应方程式理论等犯罪学理论,在我国当前社会条件下,推广犯罪情境预防措施不仅实用,而且可行。

第六讲“犯罪治理过程中的市场机制”。本讲认为,在犯罪治理过程中引入市场机制不仅必要而且可行。犯罪治理过程中引入市场机制并不是要弱化政府责任,而是对政府责任的明确化、合理化。只有在犯罪治理互补领域才可以引入市场机制。界分犯罪治理专治领域与互补领域必须考虑社会保护与人权保障相协调原则和社会效益与经济效益相协调原则。在我国现行的引入市场机制的六大做法中,既有成功的经验也有失败的教训。必须改革与完善我国现行犯罪治理过程中引入市场机制的具体做法。

第七讲“公众参与型刑事政策”。本讲认为,公众参与型刑事政策,是一种强调公众参与刑事政策过程的刑事政策,其在重视政府在刑事政策中的主导或引导作用同时,更注重发挥公众的参与作用。微博打拐等反映了公众参与型刑事政策的要求,具有重要的实践意义,但也存在一定的问题,需要进一步完善。为了实现公众参与型刑事政策,必须进行相应的制度建设和创新,其中最为重要的是完善犯罪信息公开制度,加强刑事政策过程中的市场机制建设,规范和发挥媒体的驱动作用以及培育和发展公民社会等。

第八讲“腐败之化学反应方程式”。本讲认为,当前腐败犯罪呈现三方



面的特点:一是徒法不足以自行;二是腐败不讲底线;三是腐败案件查处难度大。根据犯罪化学反应方程式:每个党员干部或非党员干部都可能是腐败犯罪的“带菌个体”;信仰缺失、传统文化的负面影响、权力缺乏制约等是腐败犯罪发生的“致罪因素”;打击不力是腐败犯罪发生的“催化剂”。控制“带菌个体”、“致罪因素”及“催化剂”中的任何一个因素,都可以预防犯罪的发生,但每个因素的控制难度是不一样的。

第九讲“人际关系视角中的腐败犯罪窝案”。本讲认为,从人际关系角度解释当前腐败犯罪窝案现象意义重大。中国传统社会人际关系之形成有其自身的规律,这就使得传统社会人际关系具有一定的本土化特征,这些特征在当前的政治生活中依然发生着作用,已经成为引发腐败犯罪窝案的重要社会因素。从人际关系角度分析腐败犯罪窝案现象,可以发现其有两方面特点:一是权力监督难以发挥作用;二是犯罪暗数高。相应地,应该采取两方面措施预防腐败犯罪窝案的发生:一是借助网络平台,鼓励民众反腐;二是增加刑罚的严厉性,提高腐败犯罪成本。

第十讲“死刑量刑法理学模式与社会学模式”。本讲认为,死刑量刑法理学模式,是指严格依照刑法条文规定,对已有的可能判处死刑的犯罪事实作出判定,并据此作出死刑裁量(判处死刑还是不判处死刑,死刑立即执行还是死刑缓期两年执行)的过程。死刑量刑社会学模式,是指刑法条文规定之外的可能判处死刑案件的社会结构对刑罚裁量产生影响的过程。死刑量刑社会学模式是导致“同罪异罚”、量刑不平等的原因。避免死刑量刑社会学模式发挥作用,其途径有三:一是重新设计可能判处死刑案件的社会结构,尽量消除社会异质性;二是改变刑罚裁量过程,减少社会信息,尽量使死刑量刑过程非社会特征化;三是改革刑事立法,尽量限制法官自由裁量权。

第十一讲“犯罪人格及其在量刑中的意义”。本讲认为,犯罪人格是“人身危险性”的一个重要表征,量刑时必须考虑犯罪人的犯罪人格,这是实现刑罚目的和刑法公正的基本要求。在量刑过程中,应从宏观和具体两方面来考虑犯罪人格:从宏观方面看,应对具有不同类型犯罪人格的犯罪人和不同原因导致犯罪人格形成的犯罪人区别适用刑罚;从具体方面看,在具体适用酌定减刑条款、免于刑事处分条款、自首与立功条款、缓刑条款及死刑

条款的时候,必须考虑到犯罪人的犯罪人格。

第十二讲“中国死刑废除不能操之过急”。本讲认为,从长远看,削减乃至全面取消死刑罪名是中国刑法的发展方向,这也是人类文明发展的必然,但这将是一个长期的过程。从中国的现实看,死刑罪名的削减、取消是有条件的,跟中国当前的犯罪现状、社会状况、民情民意等都有着重要的联系。不充分考虑这些情况,而仅仅以所谓的“西方刑法发展趋势”、“人权保障”为由,来削减乃至全面取消中国的死刑罪名的做法是不妥的。

第十三讲“理性看待刑事调解制度”。本讲认为,刑事调解制度在我国之所以日益受到重视,主要是基于六方面的原因:面临两方面的困惑、刑事政策已经发生重大变革、域外经验的借鉴、多方博弈的结果、传统“无讼”文化的借鉴、被害人学说的发展等。从我国刑事调解现实看,存在三种运作模式、四种启动层次和三种法律后果。虽然当前刑事调解制度有其存在的各种原因,但作为一种新兴的刑事司法模式,其还存在诸多问题,必须对其进行理性思考。

目 录

前言	1
第一部分 犯罪化与非犯罪化	1
第一讲 道德恐慌与过剩犯罪化	3
第二讲 犯罪化与非犯罪化得与失	22
第二部分 犯罪之形成与预防	37
第三讲 社会信任缺失及犯罪生成	39
第四讲 “砍手党”犯罪行为之犯罪学分析	51
第五讲 犯罪情境预防及其运用	64
第三部分 犯罪治理对策转型	79
第六讲 犯罪治理过程中的市场机制	81
第七讲 公众参与型刑事政策	104
第四部分 腐败治理新思维	125
第八讲 腐败之化学反应方程式	127
第九讲 人际关系视角中的腐败犯罪窝案	143



第五部分 量刑过程新发现	159
第十讲 死刑量刑法理学模式与社会学模式	161
第十一讲 犯罪人格及其在量刑中的意义	191
第六部分 死刑与刑事调解制度	207
第十二讲 中国死刑废除不能操之过急	209
第十三讲 理性看待刑事调解制度	229



第一部分 犯罪化与非犯罪化

第一讲 道德恐慌与过剩犯罪化

同学们好！今天我讲的是“道德恐慌与过剩犯罪化”。今天的讲座与最近被媒体炒得沸沸扬扬的幼儿园教师虐童事件有关。我先介绍一下该事件：

2012年10月24日，浙江省温岭市发生一起幼儿园教师虐童事件。事发后不久，该教师虐待班上幼儿全过程的视频在网上被曝光，一时间网友声讨不断。据了解，此事发生在浙江温岭城西街道蓝孔雀幼儿园，这是一所民办幼儿园。该校教师颜艳红因“一时好玩”在该园活动室里强行揪住一名幼童双耳向上提起，同时让另一名教师用手机拍下，之后该视频被上传到网上。被揪耳幼童双脚离地近20厘米，表情痛苦，号啕不止。相反，颜艳红神情愉悦，乐在其中。近日，女教师虐童案嫌疑人已被报请批准逮捕，温岭市人民检察院尚未作出批准逮捕决定。当天，颜艳红因涉嫌寻衅滋事罪，被温岭市公安局刑事拘留。对于为什么要以寻衅滋事罪立案，温岭市公安局的官方解释是，我国刑法现在没有“虐童罪”这一罪名，虐待罪指的是虐待家庭成员，幼儿不属于幼师的家庭成员，没法以此罪立案，颜艳红主观目的、客观行为和造成的后果初步符合寻衅滋事罪立案的标准。与此同时，关于增设“虐童罪”的呼声再次引起强烈关注，我国目前尚未设立虐童罪，然而据《山东商报》的调查，90%的人支持设立虐童罪。

有增设“虐童罪”的必要吗？为什么近90%的人都支持设立“虐童罪”？对此，本人的观点是：增设“虐童罪”是一种过剩犯罪化的表现；道德恐慌是导致过剩犯罪化的重要原因。

一、问题的提出：过剩犯罪化的现实

过剩犯罪化(overcriminalization)，又称过度犯罪化，指的是“作为社会



控制手段而随便创设犯罪的倾向”^①。具体而言,就是用刑法解决各种问题,惩罚各种过错,以便强迫民众的行为符合社会控制目标。过剩犯罪化导致的结果是:轻微的危害行为也常常被作为犯罪来处罚。^② 过剩犯罪化是一种不当犯罪化,是犯罪化的异化,也是刑法的异化。^③

过剩犯罪化既反映在理论观点方面,也体现在立法实践方面。从观念角度看,过剩犯罪化表现为对各种不当犯罪化的建议和论证;从实然上说,过剩犯罪化是一种立法活动、立法现实。无论是从理论观点角度考察,还是从立法实践角度分析,当前我国都存在着一种过剩犯罪化的倾向。^④

一方面,通过中国知网期刊全文数据库搜索,近些年学界提出了诸多的犯罪化建议。其中较为典型的有:危险驾驶行为犯罪化、垄断行为犯罪化、人肉搜索行为犯罪化、见危不救犯罪化、裸聊行为犯罪化、背信行为犯罪化、婚内强奸犯罪化、刑事拒证行为犯罪化、胁迫类行为犯罪化、传销行为犯罪化、吸食毒品行为犯罪化、不当得利行为犯罪化、卖淫行为犯罪化、奴役行为犯罪化、袭警行为犯罪化等。

另一方面,人大、政协委员提出了大量的犯罪化建议。其中较为典型的有:建议增设奴役罪、偷逃收费公路通行费罪、包二奶罪、挥霍浪费罪、否定南京大屠杀罪、债务人拒不申报财产罪、侵害环境罪、虐待儿童罪等。^⑤ 同时,最高立法机关也适时通过刑法修正案对一系列行为予以犯罪化,如规定雇用童工从事危重劳动罪,执行判决裁定失职罪,背信损害上市公司利益罪,组织残疾人、儿童乞讨罪,非法获取公民个人信息罪,组织未成年人进行违反治安管理活动罪,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,持有伪造的发票罪,组织出卖人体器官罪,拒不支付劳动报酬罪,食品监管渎职罪等。

犯罪化问题一直受到国内理论界的关注,并且取得了一定的研究成果,这些成果主要集中在两个方面:一是从宏观层面研究犯罪化与非犯罪化的根据、价值、原则或趋势;二是从微观层面论证具体行为的犯罪化与非犯罪化问题,前文提到的犯罪化建议就是其具体表现。国内理论界关于犯罪化

① [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第86页。

② ABOUT OVERCRIMINALIZATION, <http://www.overcriminalized.com/>, 2012年2月12日。

③ 周其文:《刑法的道德界限》,西南政法大学2006年博士学位论文,第10页。

④ 有学者把此种过剩犯罪化现象称为“新罪情结”。参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期。

⑤ 参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期。

问题的研究虽然有着重要的理论及实践价值,但其局限性也是明显的:(1)没有提出过剩犯罪化概念,研究视角比较分散;(2)缺乏对过剩犯罪化生成机制方面的研究。鉴于此,本讲座在提出过剩犯罪化这一概念基础上,借鉴西方社会学、传播学中的道德恐慌理论,从过剩犯罪化生成机制方面寻求犯罪化问题研究的新视角。

本讲座的基本观点是:虽然我们不能说任何道德恐慌都会导致过剩犯罪化,也不能说任何过剩犯罪化都是源于道德恐慌,但“部分道德恐慌导致了部分的犯罪化”的论断是成立的。因此,我们可以断言:在某种意义上说,过剩犯罪化是道德恐慌的一种社会反应。见死不救事件是道德恐慌致过剩犯罪化的一个典型实例。基于道德恐慌而产生的过剩犯罪化现象值得反思,应该从犯罪化之外去寻求化解道德恐慌之途径。

二、过剩犯罪化:道德恐慌的一种社会反应

当前中国社会正面临着各方面的道德恐慌。在某种意义上说,过剩犯罪化是道德恐慌的一种社会反应。

(一) 何谓道德恐慌

道德恐慌(moral panic)主要被用来解释媒体、公众及社会控制机构(如执法、立法、政府部门等)对特定社会现象的反应特征的一种工具。^①此处的道德是指一种软性的社会行为的规范力量,它常被当成是社会秩序的一种最具凝聚力的纽带。道德恐慌也就用以描述人们在对社会异常行为进行终极归因时,认为异常行为的增加是由于道德这种最高级的亲和力的缺失而出现的一种较强烈的焦虑心态。^②在此意义上说,道德恐慌一词是相对于异常的社会行为而言的,它与异常行为、社会控制等概念一起,被用来分析社会现象。

道德恐慌一词,最早出现在英国社会学家卓克·扬(Jock Young)的著作《吸毒者》中。他指出,媒体不断将青年人吸毒这一现象边缘化,不断煽动公众愤怒的行为,这不仅没有解决毒品的危害问题,反而鼓励了异常行为的增加,引起更大的社会混乱。他认为媒体煽动公众情绪,引发了强烈社会反应的现象就是“道德恐慌”。^③

① Goode, Ben-Yehuda. *Moral Panics: The Social Construction of Deceit*. Malden: Blackwell, 1994.

② 参见刘砚议:《后现代传媒语境下的“道德恐慌”》,载《当代传播》2004年第3期。

③ [英]安吉拉·默克罗比:《后现代主义与大众文化》,田晓菲译,中央编译出版社2001年版,第237—239页。

