

刑法修正：维度、策略、评价与反思

梁根林^{*}

内容提要：近年来，刑法修正案运用多种修正策略，对刑法进行重大修正，展现出刑法干预早期化、能动化、犯罪圈不断扩大的立法趋向。这一趋向既不意味着法治国自由刑法的诉求已成过眼烟云，也不意味着积极的刑法立法观在我国就此确立。犯罪圈扩大的立法趋向在总体上具有客观必然性和实践合理性，但刑法修正案的某些条款在合目的性、明确性与体系逻辑性方面存在瑕疵；1997年刑法由“厉而不严”向“严而不厉”的结构转型尚未成功，碎片化的刑法修正案立法方式破坏了1997年刑法的外部面相和内部逻辑；1997年刑法已经进入其生命周期的后期，应适时启动对其的全面修订，并且超越刑法典单轨立法模式，构建刑法典与行政刑法的双轨立法模式。

关键词：刑法修正 刑法结构 刑法立法模式 犯罪圈扩大

一、刑法修正、刑事立法活性化与犯罪圈扩大

1997年刑法生效至今已二十年，其间我国经历了前所未有的高速发展和社会变革，进入了全面转型的关键期以及全球化时代、信息社会与风险社会，新的重大安全威胁与犯罪挑战不断出现，立法机关对之持续不断地予以立法回应。自1999年改采修正案模式起，截至2015年，全国人大常委会先后通过了9个刑法修正案，展现出我国刑事立法活性的趋势。若予细究，则能看出这一刑法修正历程的前后阶段呈现出不同的特点，分别反映了我国刑事立法活性化趋向的不同侧面。首先，自刑法修正案（一）至2009年刑法修正案（七），十年间先后通过7个修正案，但对刑法具有实质性修改、补充和完善的实体性条文只有62个，总体上属于对刑法的个别修改与局部完善，其内容限于分则个别罪名的增设、

* 北京大学法学院教授。

本文系在《法学研究》2016年春季论坛“刑事法治体系与刑法修正”理论研讨会会议论文的基础上修改而成，也是作者承担的2016年国家哲学社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”（16ZDA061）子课题三“我国刑法修正的理论模型构建问题研究”的阶段性成果。

构成要件的变化与法定刑的调整。其次，2011年刑法修正案（八）与2015年刑法修正案（九）则分别有49个与51个实体性条文，不仅涉及对分则诸多犯罪构成要件与法定刑设置的修改，而且涉及总则刑罚结构、刑罚制度的优化与完善。总的来说，1997年刑法施行以来我国刑法的修正，在刑法结构“严而不厉”的立法政策思想主导下，^{〔1〕}始终以严密刑事法网、扩大犯罪圈为基本维度与主要方向。特别是修正案（八）和修正案（九）在此前7个修正案的基础上，运用多种修正策略，进一步扩大了这一趋向，同时又开启了调整刑罚结构、完善刑罚制度以合理配置刑罚的新维度与新方向。

修正案（八）和修正案（九）对刑法的大幅修正，引发了学界不同的评价。其中，优化刑罚结构、完善刑罚制度的立法努力，在总体上得到了肯定评价，被认为有助于合理配置刑罚、发挥刑罚功能、提高刑罚效益。真正成为争议问题与关注焦点的是，严密刑事法网、扩大犯罪圈的刑法修正及立法趋向。就此，很多学者从立法论的角度对两个修正案进行了宏观分析与局部评价。总体上，立法论范畴的分析、评价存在选择性评价、简单肯定与绝对否定两极化意见对立等不足。造成这一局面的根本原因在于，部分学者既没有从刑法的机能、任务与目的，特别是法治中国刑事法治体系建设的特殊语境与客观需要出发，对刑法修正案的具体规定与立法趋向进行符合时代精神的考察与理解，也没有超越立法与司法二元分立的古典主义立场，基于建构主义理性思维对刑事立法赋予过高期待，同时出于对司法专横与恣意的担忧，本能地要求司法恪守形式逻辑，期待司法权的行使止于形式理性与形式合法，反对过多地通过解释与教义学分析来实现个案正义，从而陷入了“立法中心主义”的窠臼。

本文无意涉足对修正案（八）和修正案（九）具体条文的争议，而将关注焦点投向立法论层面，对立法者扩张刑事法网、扩大犯罪圈的各种刑法修正策略进行提炼，对扩大犯罪圈的立法趋向进行评价，对刑法修正存在的不足以及刑法修正的立法模式进行检讨，评估适时全面修订1997年刑法的必要性，反思刑法典单轨立法模式的弊端，探讨构建刑法典与行政刑法的双轨立法模式。

二、严密刑事法网、扩大犯罪圈的刑法修正策略

修正案（八）和修正案（九）根据“严而不厉”的立法政策，总结司法实践经验，吸纳学术研究成果，运用了多样化的严密刑事法网、扩大犯罪圈的修正策略。

（一）设置独立构成要件，增加新罪名

严密刑事法网、扩大犯罪圈最简单、最直接与最基本的方式，当然是设置新的构成要件，增加新罪名，将过去充其量按民事侵权、违约或者行政违法予以民事制裁或者行政处罚的行为予以犯罪化，从而扩张刑事法网。其中，修正案（八）增设了危险驾驶罪、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪、虚开发票罪、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7个罪名。修正案（九）进一步增设了准备实施恐怖活动罪、宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪、利用极端主义破

〔1〕 参见储槐植《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1989年第6期。

坏法律实施罪、强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪、非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪、虐待被监护、看护人罪、使用虚假身份证件、盗用身份证件罪、组织考试作弊罪、非法出售、提供试题、答案罪、代替考试罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪、扰乱国家机关工作秩序罪、组织、资助非法聚集罪、编造、故意传播虚假信息罪、虚假诉讼罪、泄露不应公开的案件信息罪、披露、报道不应公开的案件信息罪、对有影响力的人行贿罪等20个罪名。经过这两次增补，刑法规定的罪名总数已经达到468个。

就新增罪名的保护法益而言，修正案（八）强化了对民生福祉的刑事保护，显现出所谓“民生刑法”的特征；^{〔2〕}修正案（九）除了强化刑法的社会治理功能，还突出了对恐怖主义犯罪、网络犯罪的预备行为、帮助行为、关联行为的早期干预和外围防控，为此增设的多数犯罪在类型上都属于抽象危险犯。这充分说明立法者为了应对恐怖主义威胁、网络安全威胁，不惜采取早期干预、主动出击、先发制人、防患于未然的刑事政策。

（二）降低入罪门槛，前置刑法干预起点

修正案（八）和修正案（九）尝试从两方面降低入罪门槛：一是直接降低罪量标准；二是前置刑法干预起点，设置危险犯构成要件。

直接降低罪量标准的适例是，修正案（八）在“盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃”之外，增设了入户盗窃、携带凶器盗窃与扒窃三种无需盗窃数额入罪门槛与行为次数入罪要求的独立行为类型，从而将许多过去只能予以治安管理处罚或者劳动教养处分的一般盗窃行为予以犯罪化。考虑到盗窃案件在我国刑事案件发案总量中的占比，这一修正事实上大大扩张了刑法的处罚范围。

前置刑法干预起点的基本策略是，改变结果本位的犯罪化立场，将法定犯罪既遂形态从结果犯降格为危险犯，甚至从具体危险犯降格为抽象危险犯。将结果犯降格为危险犯的适例是，修正案（八）不仅将作为过失犯的重大环境污染事故罪，修改为兼容故意、过失罪过形式的污染环境罪，而且取消了“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”的构成要件结果，使得只要违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，“严重污染环境”的，即构成污染环境罪。2013年、2016年“两高”《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条在此基础上进一步将“严重污染环境”类型化，除实际造成生态破坏、财产损失或人员伤亡等实害结果外，明确列举了若干种严重污染环境的行为，只要符合其中之一，即被视为“严重污染环境”。可见，通过刑法修正与司法解释，污染环境罪实际上已经由结果犯降格为危险犯（具体危险犯）。将具体危险犯降格为抽象危险犯的适例是，修正案（八）将生产、销售假药罪由具体危险犯修改为抽象危险犯。根据刑法第141条原先的规定，生产、销售假药“足以严重危害人体健康”的，才能构成犯罪。但是，修正案（八）删除了“足以严重危害人体健康”这一构成要件，即只要实施生产、销售假药行为就构成犯罪。这一修正的主要策略考虑在于，具体危险犯的危险是法定构成要件要素，控方负有证明具体危险的责任。而抽象危险犯的危险既不是法定构成要件要素，也不

〔2〕 参见卢建平《加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡》，《法学杂志》2010年第12期，第11页以下。

是不成文的构成要件要素，而是实行行为类型性地具有的行为属性，是判断行为是否该当构成要件的实质根据。⁽³⁾ 因此，控方无需承担对抽象危险的证明责任，而只需证明行为人实施了被指控的实行行为，即可类型性地推定其行为形成了抽象危险，除非辩方举出达到合理怀疑程度的证据来反驳这种由立法推定的抽象危险。⁽⁴⁾ 因此，抽象危险犯构成要件的设置，是刑法干预早期化、扩张化、能动化最为典型的立法表现，亦被认为是当今世界许多国家的刑法应对风险社会中无处不在的法所不容许的危险的基本策略，尽管其中蕴含着当代刑法日益演变为“风险刑法的刑法风险”。⁽⁵⁾

在具体危险犯与抽象危险犯的基本类型之外，修正案还在创设介于两者之间的危险犯中间类型。根据一般见解，危险驾驶罪是抽象危险犯。其中，修正案（八）增设的“追逐竞驶”、“醉酒驾驶”与修正案（九）增设的“从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶”，都是典型的抽象危险犯。但是，根据修正案（九）的规定，“违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的”，才能构成危险驾驶罪。这一规定表明，“危及公共安全”属于构成要件要素，控方对违规运输危险化学品危及公共安全负有证明责任。就此而言，违规运输危险化学品型危险驾驶罪，似乎可以归为具体危险犯。但是，法条并未使用诸如“足以造成……危害结果”的表述方式，而是使用了“危及公共安全”这一比较笼统的表述，而危险驾驶罪的其他三种行为其实也应当类型性地具有“危及公共安全”这一抽象危险，为何唯独对违规运输危险化学品这一危险驾驶行为，特别规定只有“危及公共安全”才能构成危险驾驶罪？笔者的理解是，立法者出于限缩此类行为处罚范围的考虑，通过强调“危及公共安全”，提醒司法者在个案中应具体判断违规运输危险化学品的违规程度及其危险现实化程度，从而适当区隔构成危险驾驶罪的违规运输危险化学品与作为行政不法的违规运输危险化学品，但是，对于“危及公共安全”，又不要求达到具体危险犯通常所要求的足以造成危害结果发生的具体、现实危险的程度。因此，本文初步将这种介于抽象危险犯与具体危险犯之间的特殊行为类型，归入具体抽象危险犯的范畴。⁽⁶⁾ 这种危险犯本质上还是抽象危险犯，但对于抽象危险的形成，要求控方承担一定的证明责任。

(3) 关于抽象危险犯的危险是实行行为的行为属性，还是构成要件要素，学界存在不同见解。例如参见[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第278页；付立庆《应否允许抽象危险犯反证问题研究》，《法商研究》2013年第6期。

(4) 关于抽象危险能否反证，学界存在完全对立的见解。反对反证者往往基于抽象危险是实行行为类型性地具有的危险以及立法拟制的危险的立场，反对辩方对抽象危险进行反证。肯定反证的见解则主要立足于抽象危险是不成文的构成要件要素以及结果无价值的非法论立场。具体的论证依据，参见上引付立庆文，第79页。

(5) 参见陈兴良《“风险刑法”与刑法风险：双重视角的考察》，《法商研究》2011年第4期，第15页。

(6) 陈洪兵主张在具体危险犯与抽象危险犯之间，存在一个独立的危险犯类型即准抽象危险犯（参见陈洪兵《准抽象危险犯概念之提倡》，《法学研究》2015年第5期）。陈洪兵注意到我国刑法中存在着介于具体危险犯与抽象危险犯之间的独立危险犯类型，但其列举的部分罪名究竟是具体危险犯还是准抽象危险犯，不无异议。此外，笔者亦不认同其准抽象危险犯的概念，而主张在具体危险犯与抽象危险犯之间，根据危险的具体化或抽象化程度，将危险犯中间类型区分为具体抽象危险犯和抽象具体危险犯。具体抽象危险犯本质上属于抽象危险犯，但危险的具体化程度较之典型的抽象危险犯有所提高，控方虽不承担具体危险形成的证明责任，但需承担抽象危险形成的证明责任。刑法第133条之一第1款第4项违规运输危险化学品型危险驾驶罪是其适例。抽象具体危险犯本质上是具体危险犯，但危险的具体化程度较之典型的具体危险犯有所松弛，控方对具体危险形成的证明责任有所减轻。经2013年“两高”《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条解释后的刑法第143条生产、销售不符合安全标准的食品罪是其适例。

（三）增设选择性构成要件要素，扩张现有罪名适用范围

针对刑法运用明示列举立法技术规定的选择性构成要件，修正案（八）和修正案（九）通过增加选择性构成要件要素，扩张了现有法条的适用范围。具体表现为：

1. 扩张现有犯罪的行为对象。例如，修正案（八）修改了刑法第237条强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪对象，将强制猥亵的对象修改为“他人”，不再限于妇女，罪名相应被修改为强制猥亵、侮辱罪；修改了刑法第280条第3款伪造、变造居民身份证罪的犯罪对象，扩展至包括居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件，并且增加了买卖身份证件的行为方式，罪名相应被修改为伪造、变造、买卖身份证件罪。再比如，修正案（九）修改了刑法第290条聚众扰乱社会秩序罪的行为对象，将聚众扰乱医疗场所工作秩序纳入本罪规制范围；修改了刑法第311条拒绝提供间谍犯罪证据罪的对象，扩展至间谍犯罪证据、恐怖主义犯罪证据与极端主义犯罪证据，罪名相应被修改为拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪。

2. 扩张现有犯罪的行为方式。例如，修正案（八）对刑法第226条强迫交易罪，增加了“强迫他人参与或者退出投标、拍卖”、“强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产”、“强迫他人参与或者退出特定的经营活动”三种行为方式；对刑法第293条寻衅滋事罪，增加了“恐吓他人”的行为方式。再比如，修正案（九）修改了刑法第120条之一资助恐怖活动罪的行为方式，增加了“资助恐怖活动培训”、“为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员”等行为方式，罪名相应被修改为帮助恐怖活动罪；修改了刑法第309条扰乱法庭秩序罪，增加了殴打“诉讼参与人”、“侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人，不听法庭制止，严重扰乱法庭秩序”、“有毁坏法庭设施，抢夺、损毁诉讼文书、证据等扰乱法庭秩序行为，情节严重”等行为方式，删除了原条文规定的聚众哄闹、冲击法庭或者殴打司法工作人员必须“严重扰乱法庭秩序”才能构成犯罪的罪量要求。

3. 扩张行为主体范围。具体策略包括：其一，将行为主体由特殊主体泛化为一般主体。如修正案（九）改变了修正案（七）增设的刑法第253条之一出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪的行为主体身份，由原来的“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”降格为一般主体，原条文规定的特殊主体身份则升格为法定的从重处罚情节；罪名相应被修改为侵犯公民个人信息罪。其二，在自然人犯罪的基础上，增设单位犯罪的规定。如修正案（九）对刑法第283条非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪，第313条拒不执行判决、裁定罪，第285条、第286条规定的针对计算机信息系统的网络攻击犯罪，均将其行为主体由自然人扩展至包括自然人和单位。其三，将单位犯罪扩展至包括自然人犯罪和单位犯罪。如修正案（八）将刑法第244条强迫职工劳动罪的行为主体由用人单位扩展至包括自然人和单位，罪名相应被修改为强迫劳动罪。

（四）减少构成要件要素，降低对构成要件要素的证明要求

在非选择性构成要件中，构成要件要素作为犯罪的内涵，往往与犯罪圈即犯罪的外延呈现负相关关系，构成要件要素规定的越多越具体，犯罪圈就越小。因此，立法者通过减少现有犯罪的构成要件要素，就实质性地扩张了现有法条的适用范围。比如，修正案（八）

删除了刑法第 343 条规定的非法采矿“经责令停止开采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏”，取而代之以弹性规定——非法采矿“情节严重”即构成犯罪。再比如，通过取消犯罪目的这一超过的主观构成要件要素，控方的证明责任将大大减轻，从而能够在事实上扩张既定罪名的适用范围。这方面的适例是，修正案（四）将刑法第 345 条第 3 款非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪规定的“以牟利为目的，在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木”，修改为“非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木”，在增加行为方式的同时，删除了“以牟利为目的”这一超过的主观构成要件要素。近年来，全国人大常委会还通过立法解释降低控方对“明知”的证明要求，以方便控方有效指控犯罪。例如，2014 年通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第 341 条、第 312 条的解释》明确规定“知道或者应当知道是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品，为食用或者其他目的而非法购买的，属于刑法第 341 条第 1 款规定的非法收购国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的行为”；“知道或者应当知道是刑法第 341 条第 2 款规定的非法狩猎的野生动物而购买的，属于刑法第 312 条第 1 款规定的明知是犯罪所得而收购的行为”。这一规定将作为故意认知要素的“明知”解释为“知道或者应当知道”。“知道”是根据证据能够认定的“明知”，“应当知道”则只是根据证据能够推定的“明知”，实际也可能没有“明知”。如果辩方不能有效反驳这一推定，推定的“明知”就被认定是故意的“明知”。

（五）淡化故意、过失界限，模糊处理罪责要素

修正案（八）增设了食品监管渎职犯罪——负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的，构成犯罪。按照传统见解，这一修正应当设置了食品监管玩忽职守罪与食品监管滥用职权罪两个罪名。但事实上，立法者在规定此类渎职犯罪的犯罪构成时，关注的焦点在于渎职行为、危害结果、因果关系等客观不法要件，至于行为人主观上是出于过失还是故意，抑或过失之中有故意、故意之中有过失（即所谓复合罪过^{〔7〕}），则并非立法者的关注所在——只要行为人主观上具有可得归责的过失，即得以渎职犯罪论处。为配合修正案（八）的上述修正，2011 年“两高”《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（五）》，首次将修正案（八）增设的食品监管渎职犯罪，不论是滥用职权还是玩忽职守，合二为一规定为食品监管渎职罪。

类似的逻辑——不再刻意强化法定犯中作为主观罪责要素的故意与过失之分，而是在准确领会立法精神特别是规范目的与保护法益的基础上，将主观罪责要素统一规范性地降格评价为过失——还应当体现在对醉驾型危险驾驶罪主观罪责要素的理解上。即对于醉驾型危险驾驶罪，不论其心理事实为故意还是过失，抑或无法证明的模糊状态，都应一律规范性地评价为过失犯，^{〔8〕} 尽管迄今为止通说和实务仍然认为醉驾型危险驾驶罪和其他危险驾驶罪行为类型一样，都应当以故意犯罪论处。^{〔9〕}

〔7〕 参见储槐植、杨书文《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》，《法学研究》1999 年第 1 期。

〔8〕 参见梁根林《“醉驾”入刑后的定罪困扰与省思》，《法学》2013 年第 3 期，第 59 页。

〔9〕 参见张明楷《刑法学》下，法律出版社 2016 年版，第 726 页。

（六）变形式预备犯为实质预备犯，预备行为实行行为化

刑法第22条一般性地确认了形式预备犯的可罚性，只是在具体处罚时可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。就此而论，我国刑法早就实现了对预备行为的全面干预，刑事法网可谓极其严密。但是，形式预备犯的普遍处罚面临诸多难以回避的困境，司法实务基于实践合理性的考虑，实际上也只能例外地处罚极个别重大犯罪的预备犯。突破预备犯普遍处罚原则困境的根本之道在于立法重构，即实现预备犯的刑法规制由普遍处罚到例外处罚、从总则规范到分则规范、从形式预备犯到实质预备犯的模式转换。⁽¹⁰⁾

正是在这样的背景下，修正案（九）鉴于恐怖活动犯罪和网络违法犯罪活动的预备行为对公共安全与网络安全的潜在威胁，将相应预备行为予以实行行为化，规定了作为实质预备犯的准备实施恐怖活动罪和非法利用信息网络罪。根据修正案（九）第7条的规定，有“为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具”、“组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训”、“为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络”、“为实施恐怖活动进行策划或者其他准备”等情形之一的，即构成准备实施恐怖活动罪。根据修正案（九）第29条的规定，个人或者单位利用信息网络实施“设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组”、“发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息”、“为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息”等行为之一的，即构成非法利用信息网络罪。这两个实质预备犯的设置不仅使刑法的干预起点大大前置，刑事归责更加有的放矢，而且大大减轻了控方的证明责任，便于控方指控犯罪，有效防范公共安全与网络安全威胁。

（七）扩大犯罪参与归责范围，帮助行为正犯化

修正案（九）第29条增设了帮助信息网络犯罪活动罪，明确规定“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”这一独立罪名的设置，不仅为司法实务对诸如“快播”案中信息服务提供者网民通过播放器软件传播淫秽视频提供平台帮助进行刑事归责，提供了明确的法律依据，而且解决了“没有正犯的共犯”的司法适用困境，维持了犯罪参与归责的基本原理。较之于司法实务中突破犯罪参与归责原理，无视信息服务提供者提供的网络服务类型及其背后的技术特点以及由此决定的行为可能性，强行通过不纯正不作为犯的原理，将信息服务提供者置于保证人地位，科以对信息网络使用者所传输的信息内容进行审查并阻止犯罪信息内容传播的积极作为义务，再藉由积极作为义务的不履行，以不纯正不作为的故意犯对信息服务提供者进行刑事归责的能动司法努力，修正案（九）通过拟制正犯的立法策略将帮助行为正犯化，使之成为独立犯罪，至少可以化解司法实务过于能动所引发的合法性争议，因而是相对妥当和可取的立法选择。⁽¹¹⁾

(10) 参见梁根林《预备犯普遍处罚原则的困境与突围》，《中国法学》2011年第2期。

(11) 不同的意见来自张明楷。他认为，修正案（九）并不是将信息网络犯罪活动的帮助行为予以正犯化，而只是对其规定了独立的法定刑，不再适用刑法总则关于帮助犯的规定，这是根据共犯从属性原理、相关犯罪的保护法益、相关行为是否侵犯法益及其侵犯程度而得出的结论。参见前引〔9〕，张明楷书，第1051页以下。

(八) 删除特别构成要件，扩大一般构成要件的适用范围

修正案(九)删除了刑法第360条第2款的规定，将原先作为特别构成要件(嫖宿幼女罪)的嫖宿幼女行为纳入刑法第236条第2款，以作为一般构成要件的强奸(幼女)罪予以统一规制。尽管刑法原第360条第2款规定的起刑点比强奸罪的起刑点要高，5年以上15年以下有期徒刑并处罚金的法定刑配置，也足以保证司法机关对嫖宿幼女行为科处符合其不法和罪责程度的严厉刑罚，但是，这一立法安排是以区分一般幼女与卖淫幼女，并予以差别化对待为前提的。这一前提决定了嫖宿幼女罪的构成要件本身，客观上就具有立法者主观上亦不愿看到的对卖淫幼女的污名化效果，因而其在公共政策上显然不是正确的立法安排，客观上违反了对于幼女应给予平等、充分且特殊的保护的公共政策。同时，嫖宿幼女罪亦存在严重的法理逻辑缺陷，它突破了不满14周岁的幼女一律不具有性自治、性自决能力这一不可反驳的法律拟制，以设置独立构成要件的方式，变相承认了卖淫幼女具有性自治、性自决能力。修正案(九)删除嫖宿幼女罪，将嫖宿幼女与奸淫幼女统一评价为强奸(幼女)罪，克服了内含于嫖宿幼女罪的公共政策缺陷和法理逻辑矛盾。^[12]

在废止嫖宿幼女罪之前，刑法第360条第2款与第236条第2款强奸(幼女)罪之间存在特别法与一般法的竞合关系。作为特别法，第360条第2款构成了对第236条第2款内涵与外延的限制与限缩。根据特别法优于一般法的原理，嫖宿幼女虽然具有强奸(幼女)罪的不法与罪责内涵，本应以强奸罪，却由于第360条第2款的特别规定，而只能评价为嫖宿幼女罪。修正案(九)废止嫖宿幼女罪，意味着对此类奸淫幼女行为的法律评价向强奸(幼女)罪回归，实现了刑法对所有幼女平等无差异的特殊保护。

上述修正策略对于进一步严密刑事法网、严格刑事责任、扩大犯罪圈，促进我国刑法的结构转型，具有重要的方法论意义。1997年刑法对危害公共安全犯罪、生产、销售伪劣商品犯罪、走私犯罪、金融诈骗犯罪、侵犯财产犯罪、侵犯人身犯罪、妨害社会管理秩序犯罪、贪污贿赂犯罪、渎职犯罪等，规定了大量具有类似特别法与一般法关系的法条竞合犯。特别法规定的构成要件不仅掏空了一般法规定的构成要件的内涵，挤压了一般法的适用范围，而且司法解释往往为其设置了比一般法规定的构成要件更高的入罪门槛，许多完全符合一般法规定的构成要件的行为，在类型性地符合特别法规定的构成要件的同时，却由于无法达到该特别法的入罪门槛，从而可能既无法适用特别法规定定罪量刑，也不能根据一般法规定予以归责。尽管特别法与一般法的法条竞合是正常的立法现象，但像1997年刑法这样设置如此多的特别法规定及特别构成要件，从而限缩一般法规定及一般构成要件的适用，在其他国家并不多见。我国刑法中之所以存在大量这样的法条竞合犯，一个重要的原因是，这些特别法规定往往来源于1979年刑法时期制定的特别刑法，而特别刑法的出台具有临时性、应急性，缺乏体系逻辑上的考量，到1997年全面修订刑法时，又未经充分的体系性梳理与必要性论证，即将这些特别刑法规定整体纳入刑法典，由此出现了大量特别法规定与一般法规定之间的竞合关系。可以预计，随着立法者立法策略与技术的改进，

[12] 批评者认为，删除嫖宿幼女罪是典型的情绪化甚至民粹化立法现象。参见刘宪权、房慧颖《嫖宿幼女罪存废的刑事立法与司法应保持理性》，《青少年犯罪问题》2015年第3期；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，第90页；邵博文《晚近我国刑事立法趋向评析——由〈刑法修正案(九)〉展开》，《法制与社会发展》2016年第5期，第136页。

特别是立法者对刑法内部体系逻辑性的自觉意识不断提高,以废止嫖宿幼女罪的特别法规定为契机,我国今后扩张刑法干预范围、扩大犯罪圈的一个重要策略选项,可能就是1997年刑法中大量存在的具有法条竞合关系的竞合犯进行清理,择机废止刑法中不具有必要性的特别法规定及特别构成要件,转而直接适用更具有规范涵摄力的一般法规定及一般构成要件,对相关行为进行定罪量刑。

(九) 废止刑事归责阻却事由

修正案(九)删除了刑法第241条第6款关于“收买被拐卖的妇女、儿童,按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以不追究刑事责任”的规定,将“对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救”和“按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地”,从刑事归责阻却事由降格为法定从宽处罚情节。“对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。”这一修正一方面是考虑到只有从源头遏制收买妇女、儿童的买方行为,才能更加有效地防范和惩治拐卖妇女、儿童犯罪;另一方面则是鉴于买卖妇女、儿童严重亵渎人性尊严,触犯文明社会底线,为法治精神所不容,故必须明确国家对此类犯罪行为绝对的规范性禁止。由此,收买被拐卖的妇女、儿童罪的适用范围较之修正前必将大幅扩张,堵塞了行为人收买被拐卖的妇女、儿童却可以免于刑事责任追究的法律空间。^[13]

(十) 增加诉讼救济规定,提高刑事自诉成功率

随着信息社会的到来与信息网络的普及,通过信息网络侮辱、诽谤他人,不仅成为侮辱、诽谤犯罪的“新常态”,而且由于信息网络的扩散效应,可能使其对被害人人格、名誉的损害结果被无限放大。在公民的人格、名誉、尊严意识觉醒的当代中国,刑法必须加强对通过信息网络侮辱、诽谤他人的干预。但是,根据刑法第246条原先的规定,侮辱罪、诽谤罪除“严重危害社会秩序和国家利益”的例外情况,只是“告诉的才处理”的犯罪。面对通过信息网络侮辱、诽谤他人的犯罪行为,被害人告诉时往往存在收集、固定犯罪信息、数据与电磁记录等电子证据的困难。因此,修正案(九)针对本罪特别增设了诉讼救济措施,即“通过信息网络实施第一款规定的行为,被害人向人民法院告诉,但提供证据确有困难的,人民法院可以要求公安机关提供协助”这一规定,消除了被害人提起侮辱罪、诽谤罪刑事自诉的举证困难,大大方便了被害人提起刑事自诉,由此可以激活长期陷于沉睡状态的刑法第246条,从而强化刑法对公民人格、名誉、尊严的保护。

三、犯罪圈扩大立法趋向的实践合理性

上述刑法修正策略表明,修正案(八)与修正案(九)在扩张刑事法网、扩大犯罪圈的维度上进行的刑法修正,不仅展现了刑法干预早期化的趋势,而且突出了干预能动化的诉求。干预早期化主要是指,刑法的辅助性法益保护机能与第二次法体系定位受到一定冲

[13] 不同的意见来自车浩。他认为,刑法废止该罪的刑事归责阻却事由违反了以预防为中心、以报应(罪责)为边界的刑罚目的理论,使收买妇女、儿童者的回头路由宽变窄,未必有利于对被收买的妇女、儿童的保护。参见车浩《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,《法学》2015年第10期,第7页。

击，刑法的干预起点大大前置，入罪门槛不断降低，刑法与行政法、民商法干预的界限逐渐模糊，结果本位的构成要件日益让位于危险本位甚至行为本位的构成要件，犯罪圈因而大大扩张。干预能动化主要是指，立法者刻意运用各种修正策略，降低犯罪证明要求，降低控方指控犯罪的难度，方便司法灵活高效地适用刑法，从而在事实上扩大犯罪圈。犯罪圈不断扩大的立法事实表明，我国刑法的犯罪化立场，已经由过去的相对消极、谦抑，悄然转向相对积极、扩张，并且仍将成为今后一个时期的立法趋向。

需要指出的是，犯罪圈不断扩大、刑事立法日益活性化绝非我国刑事立法所独有，而是当代刑法变迁的世界性趋向。在德国，希尔根多夫通过考察 1975 年刑法改革至 2005 年间德国刑法发展的脉络与特征，发现德国刑法的发展总体上呈现灵活化、扩张化、欧洲化、世界观多元化的趋势。⁽¹⁴⁾ 张明楷也曾撰文描述日本类似的刑法立法活性化趋势，认为“日本已从刑事立法的稳定化转向了刑事立法的活性化，其主要表现为犯罪化，同时强化对被害人的保护，导致刑法保护的早期化和刑罚处罚的重罚化。”⁽¹⁵⁾ 日本学者井田良也明确将日本刑法的变迁趋势概括为“犯罪化”、“重刑化”、“处罚前置化”与“保护抽象化”四个显著特征。⁽¹⁶⁾ 类似的趋势在英美同样有鲜明的体现。美国学者道格拉斯·胡萨克认为，美国联邦和州刑事司法制度的最显著特征就是“实体刑法的巨大扩张和刑罚使用的急剧增长”，由此导致诸多的非正义。⁽¹⁷⁾

这些国家刑事立法活性化的趋势引起了学界激烈的批评和争议。德国学者沃尔夫冈·瑙克认为，德国刑法已经背离了古典自由主义的、旨在保护个人权利的刑法模式，而总是延伸到诸如环境、毒品、有组织犯罪、恐怖主义、高科技犯罪和产品责任等古典刑法理论之外的领域。⁽¹⁸⁾ 但希尔根多夫认为，评价德国刑法的发展时，不应轻率地陷入片面批判的立场，信誓旦旦地保证“古典自由主义刑法”的优点，事实上，纯粹古典自由主义的刑法从来没有存在过；同样必须考虑的是，经历了多次备受争议的修改后，当今的德国刑法远比 30 年前更加符合时代精神；这首先体现在，现行法律的规定不仅高度适应社会伦理的发展，也高度符合数据处理、信息传递等方面的技术进步水平。⁽¹⁹⁾ 而根据张明楷的观察，对于刑事立法活性化的趋势，在日本也存在肯定、否定与中间立场的对立。⁽²⁰⁾

如前所及，对于我国严密刑事法网、扩大犯罪圈的刑法活性化立法趋向，学界存在着类似德国、日本的反对与肯定的尖锐意见分歧。具体的分歧焦点在于，反对者基于古典自由主义与结果无价值不法论的立场，反对刑法修正案对犯罪圈的扩张以及刑法干预的早期化、能动化，对刑法修正所展现的社会治理过度刑法化、⁽²¹⁾ 刑事立法情绪化、⁽²²⁾ 新工具主

(14) 参见 [德] 埃里克·希尔根多夫 《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京大学出版社 2015 年版，第 23 页以下。

(15) 张明楷 《日本刑法的发展及其启示》，《当代法学》2016 年第 1 期，第 6 页。

(16) 转引自前引 [12]，邵博文文，第 139 页。

(17) 参见 [美] 道格拉斯·胡萨克 《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，中国法制出版社 2015 年版，第 1 页。

(18) 转引自前引 [14]，希尔根多夫书，第 24 页。

(19) 同上书，第 23 页。

(20) 参见前引 [15]，张明楷文，第 6 页。

(21) 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。

(22) 参见前引 [12]，刘宪权文。

义倾向、⁽²³⁾ 意识形态化⁽²⁴⁾ 深表担忧。肯定者则从规范主义与行为无价值不法论的立场出发,对刑法干预起点前置、犯罪圈扩大的立法趋向予以充分肯定。如周光权主张我国刑事立法应当超越古典自由主义的消极刑法立法观,确立积极刑法立法观,因为积极刑法立法观是治理社会的刚性需求,处罚的早期化也有其必要性,而刑法的谦抑性也并不反对现代社会增设必要数量的新罪。⁽²⁵⁾

保障公民个体自由不被恣意专横的国家刑罚权侵蚀,始终是法律人首先应当关注的价值目标。笔者能够理解学界同仁对权力约束与权利保障机制尚未健全的情况下犯罪圈不断扩大、刑法干预早期化和能动化的疑虑与担忧,但是,批评者需要正视的问题是,复杂中国面临着共时性的多重(传统的、现代的与后现代的)安全威胁,刑法必须回应彼此间具有内在张力的多元价值诉求(自由、民生与安全),这一现实决定了当代复杂中国的刑法不可能是单向度和单面相的。如果囿于古典自由主义的单一价值标准,给我国的刑法修正贴上某种意识形态化的标签,就难免“站在传统刑法观的立场批评晚近我国的刑法立法,显然有失公允”之评。⁽²⁶⁾

对于刑法修正案严密刑事法网、扩大犯罪圈的活性化立法趋向,笔者的基本立场是,应当超越肯定与否定的立场选择之争,区分立法论与解释论的不同范畴,在立法论上进行客观分析、深刻理解与中肯批评,在解释论上发挥刑法教义学的限制功能,对于可能过于前置干预起点的条文限缩其适用范围。基于这种立场,笔者认为,在立法论范畴内,不能拘泥于古典自由主义立场,对刑法修正案进行简单拒斥和批判,而应当在总体上肯定犯罪圈扩大的立法趋向具有客观必然性和实践合理性。

(一) 犯罪圈扩大的立法趋向,是当代中国特殊语境下社会治理与社会控制客观需要的反映

“刑法是一种社会治理和社会控制的机制,它也就只能谋求社会的目标。”⁽²⁷⁾ 通过刑法进行有效的社会治理和社会控制,始终是推动立法进化不可抗拒的原动力。与欧美诸国不同,当代中国社会治理与社会控制的语境特殊性与问题复杂性在于,我们不得不“要超越近代—现代—后现代的时间单维性,而在一个时间点上,要同时地完成法治国、福利国和安全保障国的构建”。⁽²⁸⁾ 也就是说,我们不仅面临着前现代社会建构形式法治国、制约绝对主义的国家权力、确立国民个体自由保障机制的古典主义刑法的任务,而且面临着现代社会建设福利国家、对社会产出和补偿进行公平分配的现代性要求,更由于全球风险社会、信息社会新型安全威胁的出现而承受着建设安全国、保障集体安全的后现代压力。如何平衡自由、民生与安全的关系,考验着执政者和立法者的智慧。在刑法领域,为了防范国家刑罚权扩张可能对国民个体自由构成的传统威胁,我们必须贯彻“以法治—自由的刑事政策为基础的刑法主导思想”,⁽²⁹⁾ 必须赋予刑法第二次法的体系定位,强调刑法的最后手段

(23) 参见魏昌东《新刑法工具主义批判与矫正》,《法学》2016年第2期。

(24) 参见前引〔12〕,邵博文文,第132页。

(25) 参见周光权《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期,第29页以下。

(26) 同上文,第26页。

(27) [德]克劳斯·罗克辛《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第76页。

(28) 李学尧《转型社会与道德真空:司法改革中的法律职业蓝图》,《中国法学》2012年第3期,第74页。

(29) 罗克辛语。转引自前引〔14〕,希尔根多夫书,第173页。

性和辅助性法益保护机能，尽量避免随意动用刑法进行社会治理与社会控制。但是，现代福利国积极干涉主义的国家角色与机能，客观上要求刑法在社会治理和社会控制体系中的定位、属性与机能有相应改变，在涉及国计民生、社会福祉等重大法益保护时，刑法该出手时就要出手。更为重要的是，随着全球风险社会、信息社会的到来，无处不在的风险以及公众对风险的普遍莫名恐惧，成为社会治理和社会控制必须直面的新型安全威胁与挑战，刑法在其法治国的自由保障机能、福利国的民生保护机能之外，不得不衍生出安全国的集体安全维护机能。从近代到现代再到后现代，从法治国到福利国再到安全国，欧美主要国家基本上是在自18世纪中后期至20世纪末、21世纪初的二百多年间完成的。而这三个时代的问题与任务却共时性地出现在当代中国社会治理与社会控制的过程中，成为当代中国刑法不得不统筹兼顾、审慎回应的重大挑战，并且迫使当代中国刑法在尚未完全成型的自由刑法的基本面向之外，内生出民生刑法与安全刑法的新面向。修正案（八）和修正案（九）增设一系列罪名以加强对重大民生利益的刑法保护，修正案（九）进一步以更加早期化、能动化的干预方式规制恐怖主义犯罪与网络犯罪，说到底就是这种民生刑法与安全刑法思维的产物。

在评价刑法修正所呈现的民生刑法和安全刑法的新面向时，无法回避的一个关键理论问题是，刑法能否以及如何应对风险社会的风险。在笔者看来，无论刑法理论是否承认风险刑法概念或风险刑法理论，⁽³⁰⁾ 全球风险社会已经到来，风险无处不在是不争的事实。风险本身是不确定和价值中立的，它可以被行政法规制，⁽³¹⁾ 却不能被刑法直接评价，因为刑法评价的对象只能是违反法规范期待、破坏法秩序效力的行为（行为无价值），或者以违反法规范的方式惹起法益侵害结果或者危险的行为（结果无价值）。就此而论，风险概念在刑法规范评价的视野中并无容身之地，风险刑法概念或者风险刑法理论也不具有刑法理论体系的建构基础。但是，一方面，对风险社会无处不在的风险的普遍莫名恐惧，以及由此引发的民生保护与安全防范的诉求，客观上必然会推动立法者较之过去更加积极、主动地关注重大民生福祉的保护与集体安全防范，刑法的民生导向、安全导向因而会成为全球风险社会的刑法必须直面的立法现实。⁽³²⁾ 另一方面，原本不确定和价值中立的风险，如果被以法规范所不允许的方式对待，就完全可能创设并进一步提升法所不容许的危险。这种危险一旦实现，往往可能造成无法控制的、灾难性的、不可修复的系统性法益侵害。为防患于未然，当今世界许多国家不仅借助技术手段与行政规制加强风险管控，而且对于严重违反风险技术防范与行政规制，创设法所不容许的危险的行为，动用刑法进行主动干预、早期干预和一般预防。其突出标志就是危险犯立法，特别是抽象危险犯立法取代实害犯立法，⁽³³⁾ 成为主动干预、早期干预的标准立法模式，刑法的事后惩罚、报应功能逐渐让位于事先的一般预防功能。因此，德国学者乌尔里希·齐白指出，在全球风险社会，由于刑法的镇压性功能向预防性功能转变，一个整体性安全法体系正在建构之中，刑法、警察法、情报法、

(30) 相关讨论，例如参见劳东燕《公共政策与风险社会中的刑法》，《中国社会科学》2007年第3期；陈晓明：《风险社会之刑法应对》，《法学研究》2009年第6期；南连伟《风险刑法理论的批判与反思》，《法学研究》2012年第4期；陈兴良《风险刑法理论的法教义学批判》，《中外法学》2014年第1期。

(31) 参见金自宁《风险行政法的前提问题》，《华东政法大学学报》2014年第1期。

(32) 参见劳东燕《风险社会与变动中的刑法理论》，《中外法学》2014年第1期，第101页。

(33) 参见〔德〕约克·艾斯勒《抽象危险犯的基础和边界》，蔡桂生译，《刑法论丛》第14卷（2008）。

移民法、战争法以及其他法律领域之间的界限变得模糊。⁽³⁴⁾而安全导向的刑法以及刑法与其他法律的界限的模糊化,进一步导致“刑法对于德国立法者(其实也对于欧洲立法者)而言,再也不是由温弗里德·哈塞默所完美表达的‘最后手段’,而总是作为优先适用的手段,有时甚至作为唯一手段。与此同时,刑法总是被继续前置化。不仅通过设置大量的未遂可罚性,而且通过大力扩大具体危险犯、抽象危险犯以及过失危险犯范围来实现法益保护,通过设立新的超个人法益来保障以及加速实现刑法的扩大化与灵活化。‘风险刑法’这个概念正是对这整个发展趋势的概括。”⁽³⁵⁾我国刑法修正所展现的刑法干预的早期化、能动化与扩大化,客观上遵循着同样的逻辑与趋势。

但是,刑事立法的这一趋向,既不意味着法治国的自由刑法必须被放弃,也不代表自由刑法与民生刑法、安全刑法具有不可调和的对立。早在1970年,罗克辛就指出“法治国和社会福利国之间其实也并不存在不可调和的对立性,反而应当辩证地统一起来:没有社会福利正义的国家秩序,实际上也就不是法治国;同样,计划和供给的国家,若没有法治国的自由保障,也不能成为社会福利国。”⁽³⁶⁾今天,我们可以进一步断言,法治国的自由刑法与集体安全国的安全刑法之间同样不存在不可调和的对立。毕竟,丧失了自由,安全就成了苟活;没有了安全,自由也无从谈起。保护民生福祉、维护集体安全,在相当意义上就是保障个体自由,民生福祉与集体安全事实上就成了法治国自由刑法必须特别保护的巨大法益。当然,民生刑法与安全刑法所保护的民生福祉与集体安全法益,具有超个人属性与相当的抽象性,通过早期化、能动化的刑法干预保护这些巨大法益,确实蕴藏着削弱法益概念的批判功能、侵蚀法治国自由刑法机能的潜在危险。因此,必须发展出对其进行适当控制的体系,包括刑法体系内部的控制机制与宪法对刑法的合宪性控制,来规制这种危险。⁽³⁷⁾也就是说,如果能够从刑法逻辑的体系性与一致性、刑法内容的法益关联性与合目的性、刑事归责基本原则体系的限制等维度,对刑事立法及其适用进行刑法体系内的控制,同时强化宪法的基本权利与目标设定对刑事立法的价值渗透,在立宪主义、科学主义与民主主义的基础上制定刑法,⁽³⁸⁾并通过刑法教义学与宪法教义学的对话,对刑法的解释与适用进行合宪性调控,⁽³⁹⁾就应当能够基本化解内在于当代刑法三个面向之间的紧张,使刑法干预的早期化、能动化既满足法治国自由保障机制的基本要求,又能有效回应保障民生福祉、维护集体安全的机能期待。

(34) 参见[德]乌尔里希·齐白《全球风险社会与信息社会中的刑法》,周遵友、黄笑岩等译,北京大学出版社2012年版,第4页。

(35) 前引〔14〕,希尔根多夫书,第173页。

(36) 前引〔27〕,罗克辛书,第15页。

(37) 参见劳东燕《风险社会中的刑法》,北京大学出版社2015年版,第70页。

(38) 韩大元指出“在法治国家,刑法必须受到立宪主义、科学主义与民主主义的制约,……立宪主义价值的渗透以及对科学主义立场的坚守,这是刑事立法必须遵循的基本价值立场。”韩大元等《行宪以法,驭法以宪:再谈宪法与部门法的关系》,《中国法律评论》2016年第2期,第13页。

(39) 张翔认为,刑事政策的宪法化有助于消除刑事政策内容的模糊性,缓和其对实证法体系的冲击,补强其批判立法的功能;应该构建具有宪法关联性、以基本权利为核心的法益概念,使其兼具解释和批判立法的功能;刑罚制度的政策性调整应当接受比例原则的审查。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。

（二）犯罪圈扩大的立法趋向，符合消除刑法结构矛盾与机能障碍的内在逻辑

刑法结构是犯罪圈与刑罚量的稳定组合形式。犯罪圈的大小由刑事法网与刑事责任的疏密程度决定，刑罚量的轻重则取决于立法与司法为犯罪配置的刑罚结构与刑罚制度。刑法结构决定刑法功能，不同的刑法结构具有不同的刑法功能。刑法结构存在缺陷，刑法功能必然受到制约。正如储槐植所言，我国刑法的结构在整体上属于法网过于疏漏、刑罚配置过于苛厉的“厉而不严”的刑法结构。⁽⁴⁰⁾ 日本学者西原春夫就指出：“中国目前的刑法真是完美的非犯罪化”；“中国在法律体系上是彻底的非犯罪化”。⁽⁴¹⁾ 这与其说是对我国刑法谦抑精神的赞誉，不如说是对我国刑法结构缺陷的批评。这种“厉而不严”的刑法结构，既无助于国民法规意识养成、国家法规权威的确立与社会法秩序的巩固，也不利于刑罚威慑与预防功能的发挥；既放纵了许多实施了具有刑事可罚性的行为，本应受到刑罚处罚的违法者，也使不幸落入刑事法网者受到了过度的刑罚处罚。因此，完善刑法结构就是要实现我国刑法的结构由“厉而不严”向“严而不厉”转型，立法者根据社会治理需要的变化、社会治理体系的调整，不断前置刑法干预起点、降低犯罪构成门槛、增加新罪名、扩大犯罪圈，并在此基础上适度调整刑罚结构、完善刑罚制度，渐进地推动刑法结构的转型。修正案（八）和修正案（九）就是立法者完善刑法结构的持续性努力最为集中的体现。

由此可见，立法者前置对包括恐怖主义犯罪和网络犯罪在内的许多新型安全威胁的刑法干预起点，扩张处罚范围，都植根于我国刑法自身结构改革与完善的内在需要。立法者鉴于刑法“厉而不严”的结构缺陷，选择犯罪扩张与刑罚轻缓并驾齐驱的修正路径，在运用多种立法策略严密刑事法网、严格刑事责任、适度扩大犯罪圈的同时，优化刑罚结构、完善刑罚制度、合理配置刑罚量，总体上仍然符合刑法谦抑性的要求。须知，即使经过修正案（八）和修正案（九）的大幅度修正，刑法的罪名总量也只有468个，而且大多数罪名规定了较高的入罪门槛；即使是没有明文规定入罪罪量要素的犯罪，其构成要件符合性的认定仍然要受到刑法第13条但书的严格规制，对符合刑法分则条文的定性描述，但确属情节显著轻微危害不大因而不具有刑事可罚性的行为，不得认为符合构成要件并予以刑事归责。⁽⁴²⁾ 但无论是德日等大陆法系国家，还是英美等普通法系国家，不仅在立法上只有对犯罪成立要件的定性规定而无定量要求，而且刑法典、特别刑法与行政刑法规定的罪名总量，连专业人士都无法准确统计，其刑事法网之严密、刑事责任之严格、犯罪圈之极度扩张，几乎已经到了使国民动辄得咎的程度。正是在这样的实定刑法体系语境下，刑法学者才普遍表达了对过度犯罪化的担忧。⁽⁴³⁾ 我国刑事立法应当以此为戒，坚守刑法的辅助性法益保护机能定位，但也必须发挥刑法应有的社会治理与社会控制功能，正视当代中国社会转型时期所面临的各种复杂问题与严峻挑战，在审慎研究、科学论证的基础上，对确有刑事可罚性、制造了法所不容许的各种新型安全威胁的行为予以干预，对既定罪刑规范结构进行必要且适度的调整，降低入罪门槛、扩大犯罪圈，同时合理配置或调整刑罚量，使我

(40) 参见储槐植《罪刑矛盾与刑法改革》，《中国法学》1994年第5期，第113页；储槐植等《刑法机制》，法律出版社2004年版，第8页。

(41) [日]西原春夫《我的刑法研究》，曹菲译，北京大学出版社2016年版，第193页。

(42) 参见梁根林《但书、罪量与扒窃入罪》，《法学研究》2013年第2期，第141页。

(43) See Sanford H. Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, 7 (1) *American Criminal Law Quarterly* 17-34 (1968); [美]哈伯特·帕克《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第2页以下。

国刑法的结构逐渐由“厉而不严”转型为“严而不厉”。在我国刑法的犯罪圈与欧美国家刑法的犯罪圈存在巨大差异的语境下，动辄援引西方学者针对其所在国过度犯罪化、泛刑法化的批判，给我国刑法修正扩大犯罪圈的立法趋向贴上过度犯罪化、泛刑法化的标签，显然是错乱时空的不合时宜之举。

（三）犯罪圈扩大的立法趋向，是废止劳动教养所导致的法律制裁体系调整之使然

自20世纪50年代以来，我国逐步形成并构建了行政处罚（特别是治安管理处罚）、劳动教养与刑事处罚三位一体的公法制裁体系。对一般行政违法行为予以行政处罚；对较为严重或者惯常的行政违法以及轻微犯罪行为，由以公安机关为主组成的劳动教养管理委员会决定予以劳动教养；对不法和罪责达到刑事可罚程度的犯罪行为（排除情节显著轻微危害不大的情况），则通过刑事诉讼程序由法院予以定罪量刑。由于存在适用对象与适用条件的模糊性、决定过程的任意性与非司法性以及限制、剥夺国民人身自由的严重性等一系列弊端，劳动教养的合法性和正当性一直饱受争议。在全面建设法治国家成为治国基本方略的语境下，全国人大常委会于2013年正式废止劳动教养。劳动教养被废止后，原来由劳动教养处置的违法行为，除对部分行为应当放弃国家干预外，其他违法行为必然面临分流处遇的问题。其方向无非是，将部分违法行为纳入行政违法范畴，予以行政处罚，特别是治安管理处罚；将另外一部分本来就具有刑事可罚性的违法行为，或者因应刑法结构调整而得以犯罪化的行为，提升为轻罪，予以刑法规制。修正案（八）增设三种盗窃罪行为类型，特别是将扒窃入罪，修正案（九）增设多个妨害社会管理与司法秩序的犯罪，都是因应劳动教养被废止后社会治理和社会控制的需要，而在刑事立法上作出的特别安排。可以认为，废止劳动教养是促使立法者更加积极地推动刑法结构调整，在增设扰乱社会管理秩序的犯罪、降低既有犯罪构成门槛、前置刑法干预起点、扩张刑法干预范围的同时，适度调整刑罚结构、完善刑罚制度的直接动因，并连带促进了修正案（九）以增设义务犯和抽象危险犯的策略，将对恐怖主义犯罪、网络犯罪关联行为的刑法干预予以早期化、能动化。

（四）犯罪圈扩大的立法趋向，贯彻了宽严相济刑事政策“该严则严、严中有宽、宽以济严”的要求

当今世界法治国家的刑事政策与刑法不是互无关系的两张皮，刑法并非仅仅追求法治国的自由保障机能，刑事政策亦非专注于实现刑法的社会任务，因而两者之间并不存在罗克辛所谓的“李斯特鸿沟”。^{〔44〕}其实，刑事政策具有多个面相。如果在机能主义与目的理性（刑法的目的和任务）这一层面来理解刑事政策，则刑事政策与刑法的贯通与融合，体现在刑法制定、刑法适用与刑法理论体系构建的全过程。刑法的刑事政策化（刑法的制定和适用合乎刑事政策的任务与目的设定，讲究刑事政策效果）、刑事政策的刑法化（刑事政策的诉求符合宪法的基本权利与目标设定，并通过正当法律程序予以立法化；刑事政策在法条的规范保护目的与文义边界范围内参与刑法的解释与适用），是多数国家处理刑事政策与刑法关系的通行模式。因此，一方面，刑事政策具有立法论机能（引领立法者制定良法，满足良法之治的要求）与教义学机能（指导司法者结合个案具体情况妥当适用刑法，满足具体法治的要求）；另一方面，刑法是“犯罪人的大宪章”，是“刑事政策不可逾越的屏

〔44〕“李斯特鸿沟”一语见前引〔27〕，罗克辛书，第7页。

障”，是法治国家必须恪守的底线。

如果从在实定刑法之外合理且有效地组织对犯罪的反应的策略、方针、策略、手段与行动艺术这一本体意义来理解刑事政策，则刑事政策其实就是刑事政治。⁽⁴⁵⁾ 刑事政策指引甚至统帅着实定刑法的制定和适用，因而往往被视为实定刑法的高级法背景，具有事实上的约束力。每一次刑事政策的重大变迁，都直接决定和主导着刑法变革和发展的方向。以美国为首的西方国家在“9.11”事件后，纷纷出台内容基本雷同的反恐怖主义法律，在实体上扩大刑法干预恐怖主义犯罪的范围与力度，加大对恐怖主义犯罪的刑罚处罚力度，从程序上松弛正当程序原则的要求，这些都是严厉打击恐怖主义的刑事政策直接主导的结果。而美国各州相继出台的“梅根法（性罪犯登记与公告法）”、“三振出局法”等法案，同样是立法者因应性侵害儿童的危险性罪犯以及对三犯重罪的累犯进行严厉打击与有效防范的刑事政策需要与民粹主义重刑化诉求的产物。如果剔除其中的意识形态立场、情绪性宣泄、民粹主义操作等立法驱动因素，刑事政策作为刑事政治对刑事立法的主导，就是完全正常的政治与法律现实。问题的关键在于，刑事政策是否受到更高位阶的宪法基本权利与价值目标的有效规制，以及立法者根据何种价值目标与刑法理念将刑事政策诉求予以立法化。

在强调通过刑事政策贯彻执政党政治意志的当代中国，刑事政策——特别是20世纪80年代以后的“严打”方针——对刑法的体系外调控与引领，曾经饱受诟病。2005年以后，我国的刑事政策逐渐回归理性，“严打”方针被宽严相济的刑事政策所取代。2010年《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》进一步确认：“宽严相济刑事政策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”。因此，对刑法适时进行调整，该宽则宽、该严则严、宽中有严、严中有宽、宽以济严、严以济宽、宽严适度，就是宽严相济刑事政策的当然要求。宽严相济刑事政策“宽”的一面可以概括为宽容、宽大与宽怀，即对不具有刑罚处罚必要性的行为予以宽容，对不法和罪责程度较轻的罪行与罪犯予以宽大，对不法和罪责程度重大的罪行和罪犯也要依法体现刑罚的宽怀。其立法与司法上的要求主要体现为非犯罪化、非监禁化、非刑罚化，甚至非司法化以及在处遇上对犯罪人的人性尊重、人文关怀与人道待遇。宽严相济刑事政策“严”的一面则包括严密、严厉和严肃，即严密刑事法网、严格刑事责任，合理划定犯罪圈，堵塞刑法漏洞；对犯罪行为合理配置刑罚量，规定并适用足够严厉又不过分苛厉的刑罚，满足罪责刑相适应原则的要求；强化国民、执法者与司法者的法规范意识，严肃法秩序、确立法忠诚、保障法权威。这种本体意义上的宽严相济刑事政策自2010年以来的全面贯彻实施，构成了修正案（八）和修正案（九）对刑法进行结构优化的直接政策驱动力。

比较而言，修正案（八）比较平衡地体现了宽严相济的刑事政策，得到了多数学者的基本肯定。修正案（九）虽然将修正重点置于刑法干预的早期化与能动化，突出了“该严则严”的刑事政策内涵，但“宽”的一面的刑事政策内涵并未退场，因此，修正案（九）在总体上仍然体现了“宽以济严”的刑事政策。其突出表现在：一方面，对贪污受贿犯罪定罪量刑标准的重大调整（将入罪门槛调整为贪污、受贿数额较大或者有其他较重情节；

(45) 参见卢建平、周建军《政治系统理论视野的刑事政策科学》，《河南财经政法大学学报》2009年第1期，第21页。

加重法定刑的适用标准则分别调整为贪污、受贿数额巨大或者有其他严重情节；贪污、受贿数额特别巨大或者有其他特别严重情节；死刑的适用仅限于贪污、受贿数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失），设置贪污受贿犯罪特别宽宥制度（犯贪污罪、受贿罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生的，根据不同情形，可以予以不同程度的从宽处罚），以及为贪污受贿犯罪特别设计的判处死缓的同时可以决定终身监禁，不得减刑、假释的制度，均体现了“宽”的一面的刑事政策要求。另一方面，即使修正案（九）的重点在于实现刑法对恐怖主义犯罪、网络犯罪关联行为的早期干预和能动干预，但在构成要件与法定刑的配置上，还是兼顾了宽严相济的刑事政策与“严而不厉”的要求。以网络犯罪为例，针对网络服务提供者、接受者、使用者，修正案（九）分别运用义务犯、预备行为实行行为化、帮助行为正犯化这三种立法策略，设置了极具涵摄力的三个独立的网络犯罪构成要件，体现了严密刑事法网、严格刑事责任的要求，但是，修正案（九）为这些犯罪配置的法定刑是相对缓和的轻刑（法定最高刑均为3年有期徒刑）。因此，修正案（八）和修正案（九）在贯彻宽严相济刑事政策的同时，亦促进了我国刑法结构的优化。

四、刑法修正之不足与刑法立法模式之反思

法治不仅是规则之治，更是良法之治。即使是共时性地面临传统、现代与后现代的多重安全威胁，需要同时回应自由、民生与安全等多元价值诉求的当代复杂中国，仍然必须按照法治国家的良法之治，特别是科学立法、民主立法、理性立法、体系立法的要求，从刑法的明确性和内容的适正性这两个维度来完善刑法，以确保国民个体自由不被过于早期化、能动化、扩张化的刑法干预所侵蚀。因此，在立法论的范畴内肯定刑法修正前置刑法干预起点、扩大犯罪圈、体现民生刑法与安全刑法面向的立法趋向具有客观必然性和实践合理性，绝不意味着对刑法修正及其具体规定进行简单背书。为了进一步推动刑法的修改完善，化解刑法教义分析与刑法解释适用的前提性障碍，刑法学研究不仅应当努力揭示在多重因素驱动下出台的修正案（八）和修正案（九）的不足，而且应当客观理性地反思刑法修正案立法模式本身的局限，检视刑法修正案模式是否已经难以为继，全面修订1997年刑法的时机是否已经到来、条件是否成熟，甚至还应当进一步评估刑法典单轨立法模式的利弊，探讨构建刑法典与行政刑法的双轨立法模式。

（一）刑法修正案的某些条款没有满足合目的性、明确性和体系逻辑性的要求

刑法修正必须符合宪法化的刑事政策目标设定、刑法的规范目的与保护法益设置。无论是新设罪名构成要件的设置，还是现有犯罪构成要件要素的完善，都应当合目的地进行。据此对照，修正案（九）虽然根据当前腐败犯罪的实际态势，对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准作出了重大修正，却没有根据宪法化的刑事政策目标设定（建设廉洁政治、依法严惩腐败），从受贿罪的保护法益（国家工作人员职务行为的廉洁性）出发，及时废止刑法第385条受贿罪构成要件中制约受贿罪的认定、作为非法收受型受贿罪不法要素的“为他人谋取利益”。多年来，刑法解释论上对于该要素是主观不法要素还是客观不法要素，存在严重分歧。但在立法论层面，学界与实务对于废止这一要素早就达成基本共识，修正案

(九) 却依然不为所动, 未将该要素从受贿罪的构成要件中予以废止。但是, 当下全面从严治党、从严惩治腐败的反腐态势, 客观上又不允许司法机关将没有“为他人谋取利益”作为国家工作人员得以免罪脱刑的“护身符”。因此, 2016年“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条规定“具有下列情形之一的, 应当认定为‘为他人谋取利益’, 构成犯罪的, 应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚: (一) 实际或者承诺为他人谋取利益的; (二) 明知他人有具体请托事项的; (三) 履职时未被请托, 但事后基于该履职事由收受他人财物的”; “国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上, 可能影响职权行使的, 视为承诺为他人谋取利益。”根据这一规定, “为他人谋取利益”时而呈现为客观不法要素, 时而呈现为主观不法要素, 甚至有时成了一个若隐若现、似有还无的“幽灵”。司法解释的如此规定, 实际上是假解释之名行修法之实, 司法与立法的错位昭然若揭。

刑法的明确性是罪刑法定原则的基本要求, 其既对立法者提出了制定内涵明确、外延确定的实定刑法条文的要求, 又反对立法者制定缺乏概括性以至于沦为具体裁判命令的刑法条文。如何拿捏、把握其中的尺度和分寸, 考验着立法智慧与立法技术。⁽⁴⁶⁾ 据此对照, 修正案的个别条文显然值得商榷。例如, 修正案(九) 增设了利用极端主义破坏法律实施罪, 将“利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施”的行为直接入罪。较之饱受质疑的规定兜底性构成要件要素的刑法条款,⁽⁴⁷⁾ 本罪显然是一个构成要件内涵更加不明确、适用范围更加没有边际的口袋罪。作出这一判断的依据在于极端主义概念内涵和外延的模糊性以及破坏对象范围的广泛性。修正案(九) 没有界定极端主义的含义, 从反恐怖主义法第4条第2款“国家反对一切形式的以歪曲宗教教义或者其他方法煽动仇恨、煽动歧视、鼓吹暴力等极端主义, 消除恐怖主义的思想基础”的表述, 隐约可见立法者对极端主义的界定。但是, 一方面, 该条款并非对极端主义的明确定义, 而只是对极端主义主要表现的概括列举; 另一方面, 较之2001年签署的上海合作组织《打击恐怖主义、分裂主义和极端主义上海公约》第1条关于极端主义的定义,⁽⁴⁸⁾ 该条款突破了公约对极端主义必须具有目的的政治性(“旨在使用暴力夺取政权、执掌政权或改变国家宪法体制”) 和手段的暴力性(“通过暴力手段侵犯公共安全”) 的要求。此外, 修正案(九) 概括列举了利用极端主义破坏的对象, 包括国家法律确立的婚姻、司法、教育和社会管理等制度。这些法律制度, 特别是社会管理制度, 具有极其广泛的范围, 几乎囊括了基层治理的方方面面。在极端主义概念本身非常模糊、内涵和外延不确定的情况下, 对本罪的对象作如此宽泛的列举, 必将使本罪几乎可以实现对基层日常社会治理的全覆盖。虽然立法者设置这个口袋罪的初衷, 是为了有效应对极端主义, 铲除滋生恐怖主义的思想基础, 强化政府权威与基层治理, 从而符合维护集体安全的反恐刑事政策目标与安全刑法

(46) 参见付立庆《论刑法用语的明确性与概括性——从刑事立法技术的角度切入》, 《法律科学》2013年第2期, 第101页。

(47) 关于刑法中的兜底条款, 以及兜底条款规定的兜底罪名与口袋罪是否违反刑法明确性原则的问题, 参见陈兴良《中国刑法中的明确性问题——以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》, 《中国法学》2011年第4期。

(48) 《公约》第1条规定“极端主义是指旨在使用暴力夺取政权、执掌政权或改变国家宪法体制, 通过暴力手段侵犯公共安全, 包括为达到上述目的组织或参加非法武装团伙, 并且依各方国内法应追究刑事责任的任何行为。”

的价值诉求,因此对这一立法目的应予充分的理解与尊重。但是,立法上设置没有明确内涵和确定外延的开放构成要件,却没有在体现安全刑法面向的同时,充分考虑自由刑法原则的限制,这恐怕不是妥当的做法。司法实践如果按照三段论演绎推理模式机械适用法条,可能使得本罪的干预范围过度扩张;如果根据处罚必要性限缩适用本罪,却由于缺乏具体的参照标准,而可能导致司法者恣意裁判。

合乎体系逻辑,既是衡量刑法定完备的基本标志,也是刑法修正必须遵守的起码要求。对照这一要求,不难发现,修正案(八)和修正案(九)的个别条款显然缺乏体系性思考,没有考虑相关法条之间应有的逻辑一致性,从而必然导致刑法解释与适用上的混乱与困境。其适例是:一方面,修正案(九)废止了嫖宿幼女罪,却没有相应废止刑法第359条第2款规定的引诱幼女卖淫罪。如果司法实践严格适用修正后的相关条文,就会出现嫖宿幼女以强奸罪论处,引诱幼女卖淫这一强奸罪的帮助行为却仅以引诱幼女卖淫罪论处的结果。但如果将引诱幼女卖淫实质性地认定为强奸罪的共犯,又会在事实上虚置第359条第2款。⁽⁴⁹⁾另一方面,修正案(九)虽然相应废止了刑法第358条组织卖淫罪、强迫卖淫罪“强迫不满14周岁的幼女卖淫”作为加重处罚情节适用加重法定刑的规定,却又在第358条第2款规定了“组织、强迫未成年人卖淫的,依照前款的规定从重处罚”,而根据第358条第1款的规定,组织、强迫他人卖淫的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金。如此一来,就会导致一个解释论上明显荒谬的结论:组织、强迫不满14周岁的幼女卖淫,以强奸罪论处,在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内从重处罚,而不法和罪责相对较轻的组织、强迫已满14周岁不满18周岁的未成年人卖淫,却要在更加严厉的5年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内从重处罚。⁽⁵⁰⁾

(二) 1997年刑法由“厉而不严”到“严而不厉”的结构转型尚未完成

即使经过9个修正案的频繁修正,特别是修正案(八)和修正案(九)从犯罪圈和刑罚量两个维度进行了大幅度修正,我国刑法“厉而不严”的结构缺陷迄今并未得到根本改善。一方面,刑事法网整体不严,入罪门槛过高,犯罪圈过于狭窄;特别是没有确立重罪与轻罪的分类体系,无法应对法定犯时代提出的各种挑战,无法与我国正在进行的刑事程序改革(简易程序的全面推广以及刑事速裁程序、认罪认罚从宽制度的改革试点)相匹配。可以预见,为了应对全面转型关键时期与全球风险社会不断出现的新型安全威胁,立法者仍将主要通过增设新罪名、降低入罪门槛、前置干预起点等立法策略与技术,继续严密刑事法网、严格刑事责任、扩大犯罪圈。另一方面,尽管修正案(八)和修正案(九)从优化刑罚结构,尤其是解决“死刑偏重(多)、生刑偏轻”的刑罚结构缺陷,⁽⁵¹⁾与完善刑罚制度两个方面,对刑罚量的配置进行了多项改进,意图使之轻重有序、比例适当、关系协调,从而实现刑罚制度的科学化、现代化,为司法实践就个案配置合理的刑罚量、实现惩罚与预防功能提供制度保障,但是,迄今为止,死刑适用标准不明确(何为“罪行极其严重”,什么是“不是必须立即执行”)、死刑罪名过多(经过两次死刑罪名削减,仍然有46

(49) 参见前引〔13〕,车浩文,第16页。

(50) 同上。

(51) 参见李适时《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)(草案)〉的说明》,2010年8月23日在第11届全国人民代表大会常务委员会第16次会议上。

个死刑罪名)、刑罚偏重(有期徒刑以上剥夺自由的重刑成为除危险驾驶罪、代替考试罪以外绝大多数犯罪法定刑的标配)、刑罚种类相对单一等刑罚结构缺陷,仍然是不争的事实。今后的刑事立法有必要进一步严格限制死刑适用条件,细化死刑适用标准,限缩死刑适用对象,减少适用死刑罪名。在严格控制死刑的同时,更应当将刑罚改革的重点转向自由刑的完善,特别是多样化地设计剥夺自由刑与限制自由刑(包括社区刑罚)的体系和种类。在适当扩张罚金刑适用范围的同时,应当进一步研究如何完善罚金刑制度,限缩没收财产刑的适用范围。在正确处理责任刑和预防刑关系的基础上,应当研究刑罚与保安处分作为犯罪的双重法律后果,在刑法中予以确认的必要性和可能性,尽管禁止令、执业禁止作为保安处分措施已经在修正案(八)和修正案(九)中隐约可见。⁽⁵²⁾惟其如此,我国刑法才可能真正实现由“厉而不严”到“严而不厉”的结构转型。

(三) 刑法修正案的立法方式已难以为继,应当适时全面修订1997年刑法

刑法修正案是通过修改刑法典个别条文的修改、删减或者增补来完善刑法典的一种立法方式,也是许多国家通用的一种立法方式。我国自1999年起舍弃单行刑法的立法方式,改采刑法修正案的立法方式。不可否认,刑法修正案的立法方式有其优点,它维持了我国刑法典的统一性和唯一性。即使经过多次修正,法条顺序、体系框架及其对应内容基本保持不变,使刑法典不仅具有时代感而且具有历史感。但是,刑法修正案模式亦有其明显的局限,并且受制于特定的先决条件。其局限性在于,刑法修正案的立法方式以个别修正、局部改进为基本形式,以被动回应、应急立法为基本特征,修法时往往难以统筹兼顾,容易导致修改后的条文之间缺乏体系逻辑的一致性与规范内容的合目的性。如果偶尔为之,或者只是对刑法典个别条文进行修正,就如同给局部破损的衣裳打个补丁,或许无关紧要。但是,如果持续不断地进行修正,修正频率过高,或者对包括总则、分则在内的众多条文进行大幅修正,就如同对一件衣裳进行不间断或大面积的裁剪缝补,则必然有碍观瞻,使得修订后的刑法典满身补丁、肥大臃肿,内部体系逻辑混乱不堪。而刑法修正案可得适用的先决条件是刑法典基本完备。刑法修正案作为一种短、平、快的刑法修改方式,原则上只能适用于刑法典基本完备前提下的局部修改。如果刑法典本身存在重大瑕疵甚至结构缺陷,则刑法修正案并非适当的立法方式——试图通过刑法修正案打补丁的方式消除刑法典存在的重大瑕疵甚至结构缺陷,往往无济于事,甚至可能是补丁打的越多、打得越勤,瑕疵和缺陷反倒更多、更大。

1997年刑法生效至今二十年的刑法变迁,其实已经印证了上述推论。毋庸讳言,1997年刑法本来就存在诸如立法指导思想紊乱、刑法理论准备不足、概念涵义模糊、体系逻辑失调、立法技术欠佳、构成要件设置不合理、入罪门槛过高、犯罪圈过小、刑罚总体过于严苛等重大瑕疵或者结构缺陷,甚至可以说是徒具法典形式而没有法典实质。究其根本原

(52) 关于执业禁止的定位,有的认为执业禁止是一种资格刑(参见康均心、秦继红《“禁止从事特定职业”的理解与适用》,《法制日报》2016年2月24日第12版);有的认为是一种非刑罚处罚措施(参见王彦斌等:《如何正确理解和适用“职业禁止”》,《检察日报》2016年5月9日第3版);有的认为执业禁止与禁止令、前科制度都是基于预防犯罪、防卫社会的旨趣,以行为人的危险危险性为理论基础,通过在不同阶段、针对不同犯罪类型、不同刑种设置了相对严密的犯罪人资格限制剥夺体系(参见于志刚《从业禁止制度的定位与资格限制、剥夺制度的体系化》,《法学评论》2016年第1期,第106页);有的认为执业禁止是保安处分措施(参见卢建平、孙本雄《刑法职业禁止令的性质及司法适用探析》,《法学杂志》2016年第2期)。

因,在于1997年全面修订刑法并非严格意义上的法典编纂。1997年全面修订刑法时,其实只是将自20世纪80年代以来颁行的具有临时性、应急性、政策性的特别刑法,与散落于行政法律中的附属刑法规范,几乎原封不动地整体纳入刑法典,而没有进行充分的技术处理、体系协调与科学论证,因此,特别刑法与附属刑法所固有的缺陷与不足被悉数带入1997年刑法,破坏了刑法典应有的体系性、逻辑性、严谨性与科学性。⁽⁵³⁾1999年以来虽然改采刑法修正案的立法方式,但多数修正案的实体内容及修法方式,与过去的特别刑法并无实质差异,重点仍在于应急性地增设新罪名、扩大犯罪圈,只有修正案(八)和修正案(九)才开始涉足对刑法总则刑罚结构的优化与刑罚制度的完善。因此,虽然历经多次修正,1997年刑法的固有缺陷不仅在总体上没有得到消除,反而随着历次修正案缺乏体系性与一贯性的修修补补而日益凸显。这一方面说明,1997年刑法已经进入其生命周期的后期,总体上已经难以适应21世纪新的犯罪挑战、全球风险社会和信息社会的发展以及法治中国建设语境下、社会转型背景下社会治理的客观需要,只有对其进行大幅修订才能勉强维持其生命力,而这种大幅修订不会随着修正案(九)的施行而尘埃落定。此后,刑法的修正在继续聚焦于严密刑事法网、扩大犯罪圈与优化刑罚结构、完善刑罚制度的同时,必将把目光转向刑法总则的“犯罪和刑事责任”以及犯罪形态部分,甚至可能辐射至刑法的任务、基本原则与适用范围等部分,以消除学界所诟病的“总论虚置”和“现象立法”等弊端。⁽⁵⁴⁾另一方面也说明,刑法修正案的立法模式已经难以为继,或者说在1997年刑法的框架内已经接近走到了它的尽头。继续沿用刑法修正案模式对刑法进行修正,已经无法消除1997年刑法固有的结构缺陷与功能失调。

因此,笔者认为,立法者应克服惯性思维与惰性思维,阶段性地搁置刑法修正案模式,全面总结和评估二十年来我国刑事立法与司法的成功经验,检讨与反思1997年刑法的结构缺陷、功能失调以及由此导致的司法困境,充分考虑法治中国建设语境下与社会转型格局下的刑法机能定位和社会治理的客观需要,内化相关国际公约的义务和要求,提炼归纳我国刑法理论研究共识,对刑法的立法模式、基本原则、犯罪成立条件、犯罪分类体系(重罪与轻罪、自然犯与法定犯、刑事犯与行政犯等)、共同犯罪、犯罪形态、罪数与竞合、刑罚与保安处分、量刑原则、量刑情节与量刑制度进行立法调研和立法论证,将全面修订1997年刑法尽快纳入立法规划。这不仅具有客观必要性,而且具有时机紧迫性。⁽⁵⁵⁾

(四) 刑法典单轨模式的弊端日益凸显,应当构建刑法典与行政刑法的双轨模式

1997年刑法生效后,全国人大常委会仅于1998年制定通过了一部特别刑法,即《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,此后即放弃了特别刑法的立法方式,自1999年改采刑法修正案的立法方式,使我国走上了刑法典单轨立法模式的道路,这为当今世界主要国家所独有。⁽⁵⁶⁾必须指出的是,刑法典是系统化、条理化地规定犯罪与刑罚的一

(53) 参见梁根林《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社2005年版,第274页以下。

(54) 参见前引〔13〕,车浩文,第15页。

(55) 类似的主张参见于志刚《刑法修正何时休》,《法学》2011年第4期;郭泽强《从立法技术层面看刑法修正案》,《法学》2011年第4期。

(56) 参见储槐植《论刑法现代化》,《中外法学》2000年第5期,第587页。

般原则、制度以及各种具体犯罪构成要件与法定刑的罪刑规范体系。刑法典作为刑法常典或者核心刑法，不仅应当具有权威性，而且应当具有稳定性，刑法典具有稳定性才能保证其权威性。而刑法典的稳定性主要取决于刑法典分则规定的犯罪的不法与罪责内涵、程度的稳定性。在自然经济条件下封闭、保守甚至呈现超稳定结构的传统社会，触犯伦理道德禁忌底线的自然犯构成犯罪现象的主体，其不法与罪责的内涵及程度具有相对的稳定性，因而，将以自然犯为主要规制对象的所有罪刑规范纳入刑法典，并予以体系化安排的刑法典单轨模式，或许有其可行性。但是，随着当代社会结构的多元化与社会变迁的加速，社会治理日益复杂化、功能化，法定犯、行政犯时代已经全面到来，传统上以自然犯为主体的犯罪结构，已经逐渐被以法定犯、行政犯为主体的犯罪结构所取代。如果继续采取刑法典单轨模式，将大量的法定犯、行政犯纳入刑法典予以统一规制，不仅可能导致刑法典臃肿肥大、功能失调，而且必然会因为法定犯、行政犯不法与罪责内涵、程度的易变性，而破坏刑法典的稳定性与权威性。因此，笔者以为，我们不仅需要斟酌适时启动对1997年刑法的全面修订，而且应当反思刑法典单轨模式本身的利弊，总结1979年刑法时期刑法典、特别刑法与附属刑法三者并立立法模式的经验教训，借鉴其他法治国家的立法模式，构建适应我国当下犯罪控制与社会治理需要的刑法立法模式。⁽⁵⁷⁾ 笔者曾将刑法典简称为实定刑法的“常典”，将特别刑法简称为实定刑法的“特典”，将附属刑法规范简称为实定刑法的“附典”，主张构建“完备刑法常典，紧缩刑法特典，强化刑法附典”的刑事立法模式。⁽⁵⁸⁾ 完备刑法典的重要性与迫切性，已如上述，这里不再赘述，需要重申和重述的是紧缩特别刑法与强化附属刑法。

特别刑法是针对特定人、事或特定时空适用的刑法特典。传统意义上的特别刑法往往具有临时性、应急性和政策性，如果频繁制定特别刑法，不仅容易助长重刑主义与泛刑法化倾向，而且可能导致实定刑法条文肥大臃肿，破坏刑事法治体系的统一性。因此，刑事立法必须紧缩特别刑法，除非出于维护重大法益的紧迫、确实需要，不得随意制定特别刑法。确需制定特别刑法，也只能根据刑法典的一般原则和制度，在保证刑法体系逻辑一致性的前提下，进行干预范围、制裁方式与力度上的策略调整或者例外处理。虽然我国放弃了特别刑法的立法方式，但笔者仍然认为，较之于通过刑法修正案对刑法典进行修修补补，将所有罪刑规范统一纳入法典的刑法典单轨模式，在特定情况下例外地保留特别刑法，无疑是更为明智的选择，当今世界许多国家的刑事立法也多有先例可循。特别是，鉴于我国当下面临恐怖主义、极端主义、分裂主义犯罪的重大安全威胁，如果例外地采纳特别刑法的立法方式，一方面，完全可以根据这些犯罪不法与罪责内涵、程度的特殊性，具体、明确且更有针对性地制定具有“敌人刑法”性质的相关罪刑规范，避免在刑法典单轨模式下，刑法修正案将相关罪刑规范统一纳入法典所导致的体系逻辑与目的功能的双重龃龉；另一方面，又可以将相关的行政性防范监控规范、程序性侦查追诉规范与实体性刑事归责规范三位一体地纳入一部法律，制定出综合性的反恐主义（刑）法与反国家分裂（刑）法。这样的综合性法律亦可归入广义的行政刑法范畴。如是以观，所谓三驾马车式的多元刑事

(57) 类似的主张参见前引〔55〕，于志刚文，第10页。

(58) 参见前引〔53〕，梁根林书，第274页。

立法模式或可简化为刑法典与行政刑法的双轨模式。⁽⁵⁹⁾

刑法附典，是附属地规定在行政法等法律之中的附属罪刑规范，亦为广义的行政刑法。随着法定犯、行政犯时代的到来，附属刑法虽然依附于行政法等法律，但其独立规定行政犯的构成要件与法定刑，成为刑法典之外的独立法源，这已经是多数国家的通例。但迄今为止，我国的附属刑法规范并无独立的行政犯构成要件与法定刑设置，所有行政犯的构成要件与法定刑都被作为法定犯规定在刑法典之中，因而，我国的附属刑法规范并非完整、严格意义上的罪刑规范，更非独立的刑法法源，充其量只具有宣示功能与援引功能。这种立法模式选择显然难以适应现代复杂社会的治理需要，并间接催生了刑法先行、行政法滞后甚至完全阙如等立法、执法与司法怪相。例如，在我国公民个人信息保护立法作为前置法滞后、公民个人信息的民事保护与行政保护尚未充分展开的情况下，迫于应对侵犯公民个人信息现象泛滥的现实压力，立法者被迫刑法先行，通过修正案（九）于刑法第253条之一概括性地规定，“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的”，构成侵犯公民个人信息罪。而“国家有关规定”的阙如（特别是保护公民个人信息的法律、行政法规的阙如）或者效力位阶过低（保护公民个人信息的部门规章对刑法的适用仅具参考价值，而不得作为定罪量刑的依据），使得司法实践往往无法真正激活刑法的这一概括性规定。诸如此类的刑法先行、行政法滞后甚至阙如的体系缺陷，不仅容易招致对刑法干预早期化、社会治理刑法化的批评，而且给司法实践造成了定罪规范依据不足，甚至不得不司法造法的困境。

因此，强化刑法附典，就要改变现行的附属刑法立法模式，尽可能完备相关行政立法，充分发挥行政法的第一次法功能，在行政法中完整、独立地规定具有刑事可罚性的行政犯罪名、构成要件与法定刑，从而构建虽然附属于行政法等法律，但可以作为独立法源的真正意义上的行政刑法。⁽⁶⁰⁾如此做法的好处在于，可以实现刑事罚与行政罚的衔接与协调，使不法行为制裁体系更为完整，方便司法机关裁量适用法律；既保持刑法典的相对简约，又便于在行政刑法中具体描述行政犯的构成要件；使整个刑法规范体系更为协调，发挥不同法源的规范与威慑功能；便于保持刑法典的稳定性，适应行政犯相对易变的特质；还可以促成我国自然犯与法定犯、刑事犯与行政犯、重罪与轻罪等犯罪分类体系的构建。行政犯一般都是不法和罪责程度轻微的犯罪，不具有强烈的伦理违反色彩，因此，不仅其法定刑应当宽缓，而且对其进行的道德谴责和处分亦应当有别于自然犯。轻罪评价体系的建立，还可以与正在推进的简易程序、速裁程序以及认罪认罚从宽制度改革形成良性互动。

当然，行政刑法独立设置行政犯罪名、构成要件与法定刑，绝不意味着堵塞行政刑法规范进入刑法典的通道。如果行政犯的罪刑规范经过相对较长时间的实践检验，规范的权威性获得了公众的普遍认同，立法者完全可以考虑将部分相对比较重要的行政犯规定移入刑法典，将之提升为刑法典中的法定犯。这是采取刑法典与行政刑法双轨模式的国家的通例，完全可以为我国所借鉴。

(59) 唯一的例外是军事刑法。军事刑法作为特别刑法，是当今世界多数国家的立法通例。但理论上所称的双轨刑法立法模式一般仅指刑法典与行政刑法，而不考虑军事刑法作为特别刑法的独立存在。笔者以为，刑法分则第10章“军人违反职责罪”应当作为军事刑法的主体，从刑法典中独立出去，还原其特别刑法的本来面目。

(60) 相同的意见参见张明楷《行政刑法辨析》，《中国社会科学》1995年第3期，第114页以下。

结 语

基于对刑法修正进行客观分析、深刻理解以及中肯批评是不可轻言放弃的学术使命的基本立场，本文聚焦于对我国刑法修正为扩张刑事法网、扩大犯罪圈而运用的多种修正策略的提炼与分析、对犯罪圈扩大立法趋向的评价以及对刑法修正之不足与刑法立法模式的反思，旨在推动我国刑事立法贯彻法治国家原则对立法者提出的制定良法、实现良法之治的要求。然而，一方面，法治不仅是规则之治，而且是良法之治，更应当是良法善治基础上个案公正裁判意义上的具体法治；另一方面，总体上具有实践合理性的刑法干预早期化、能动化、犯罪圈不断扩大的立法趋向，也可能蕴藏着侵蚀法治自由刑法机能的潜在危险。因此，我国的刑法学研究需要在立法论的基础上，将关注的目光进一步转向解释论上对实定刑法内涵的教义学诠释、界定，发展出相应的消除上述潜在危险的刑法体系内部的控制规则与机制。果若此，或可最大限度地达成对我国刑法修正案具体条文与立法趋向的共识性理解、评价与适用，并且实质性地化解对刑法干预早期化、能动化、犯罪圈不断扩大的立法趋向可能侵蚀法治自由刑法机能的隐忧。

Abstract: The Criminal Law of the People's Republic of China has been significantly modified by the nine amendments adopted since its promulgation in 1997. These amendments have adjusted the scope of criminal law intervention and showed the legislative trend of earlier and more active criminal law intervention and continuous expansion of the circle of crime. However, this legislative trend does not mean that the pursuit of liberal criminal rules in a law-based country has been abandoned, or that the active criminal legislative idea has already been established in China. Although, in general, the expansion of crime circle is an objective necessity and accords with practical rationality, some provisions in the amendments to the Criminal Law have defects in clarity, systematic logic and purposiveness. Such defects have undermined both the external image and the internal logic of the 1997 Criminal Law, and led to the failure of the reconstruction the law from a "severe but not comprehensive" one to a "comprehensive but not severe" one. As a result, the 1997 Criminal Law has entered into the last stage of its life circle and a comprehensive revision of it will be needed. In such a revision, a dual track legislative mode of criminal code and administrative criminal law should be adopted as the substitute of the current single track legislative mode of criminal code.

Key Words: revision of criminal law, structure of criminal law, mode of criminal legislation, expansion of crime circle
