

法典化时代的刑法典修订

周光权*

内容提要 我国现行刑法属于实质意义上的法典。但是,其系法典化立法处于探索、起步阶段的产物,在新时代有必要按照法典化的更高要求打造刑法典的“升级版”。基于法典编纂的理念全面修订刑法典的任务包括整合反恐法、反间谍法、监察法等其他法律的处罚内容;与民法典等其他部门法有机衔接;吸纳现存的单行刑法、刑法修正案、立法解释以及司法解释的合理内容;创造性地设置重要的总则性制度规定;提升犯罪构成要件设计的明确性,以谦抑的法益保护为前提增设轻罪;推动刑罚结构科学化,增加刑罚相关制度的规定等。在法典化时代,全面修订刑法典需要大幅度提升法律的现实性、整合性和系统性。全面修订刑法典并不排斥在特殊情形下颁布单行刑法,但不宜再制定附属刑法。目前有必要尽快组织力量深入研究、充分论证,按照法典编纂的理念和要求,在现行刑法的基础上制定出一部更加契合时代要求、内在结构更为合理、能够管长远的刑法典,为实现国家治理能力和治理体系现代化提供更为充分的法律制度支撑。

关键词 刑法典 法典编纂 法益保护 增设新罪 全面修订刑法典

2020年11月,在中央全面依法治国工作会议上,习近平总书记明确提出要总结编撰民法典的经验,适时推动条件成熟的立法领域的法典编纂工作,不断丰富立法形式,推动中国特色社会主义法律体系更加科学完备、统一权威。刑法是重要的部门法,在推动法典编纂的大背景下,对刑法立法现状及其发展前景进行审视很有必要。值得思考的问题主要有:我国1997年修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称“1997年刑法”)是否属于法典?如果其不属于法典,编纂刑法典的时机是否成熟?如果现行刑法已经是法典,是否有必要再提刑法典编纂或全面修订的话题?刑法领域的法典编纂和全面修订之间究竟是何关系,是否有清晰的界限?在未来的刑法立法中,究竟采用何种立法模式为好,在立法过程中需要处理好哪些关系,需要面对哪些难题?本文试图就上述问题进行研究,以就教于方家。

* 清华大学法学院教授。

一、现行刑法的法典化特质

(一) 我国刑法立法进程的简要回顾

我国在1979年制定了《中华人民共和国刑法》(以下简称“1979年刑法”),其立法根据是宪法精神和司法实践经验。1979年刑法的特点是罪名少、刑罚轻缓。在我国1979年立法过程中,并未有意识地使用法典的概念,也没有将法典化作为追求目标,但是,1979年刑法部分借鉴了国外刑法典制定的经验,在体例上分为总则编和分则编,总则规定抽象的基本概念和原则,指导分则的实施;分则规定具体犯罪及其处罚标准,这一编排结构在一定程度上体现了法典的体系化特征,可以说是下意识地按照法典的结构、内容和标准去制定的。

目前,学界对1979年刑法是不是法典尚存在一定争议,加上我国自1980年开始很快制定了为数不少的单行刑法和附属刑法(行政刑法),因此,有观点认为,1979年刑法并非是统一的刑法典;1997年修订以后的刑法才是新中国成立以来的第一部法典式的法律。^①主流观点认为,“中国1979年刑法典宣告诞生。这也是中华人民共和国成立近30年第一次有了刑法典”,只不过1979年刑法典无论在体系结构、规范内容还是立法技术上都还存在一些不足。^②

在1979年刑法正式实施以后,随着经济社会全面恢复正常和改革开放的不断深化,为了迅速建构相对灵活的法律规则,适应惩治犯罪和维护社会秩序的现实需要,我国制定了单行刑法和附属刑法。从1981年起,刑法立法进入高度活跃期。一方面,全国人大常委会开始通过制定决定和补充规定的方式,对刑法作出修改和补充,到1995年共制定了20多个决定和补充规定,单行刑法由此产生。另一方面,在107部民事、行政、经济法律中规定了犯罪行为和刑事责任条款。例如,1992年《妇女权益保障法》第51条规定,雇用、容留妇女与他人进行猥亵活动,情节严重,构成犯罪的,比照《刑法》第160条(流氓罪)的规定追究刑事责任。这种立法模式的实质是在其他法律中设立了新罪名。据此,1979年刑法、单行刑法、附属刑法共同组成了我国的刑法体系。但是,单行刑法、附属刑法规范过多,过于分散,其中还存在相互矛盾之处,既使得司法适用上难度很大,也可能使法制的统一性受到影响。所以,1997年刑法进行大规模修订实乃迫不得已。应当认为,1997年修订刑法并非是单纯对1979年刑法的部分修改,而是将1979年刑法与其他大量单行刑法、附属刑法进行系统整合,作进一步完善后编纂为统一的刑法典。在1997年3月6日八届人大五次会议上,王汉斌副委员长代表全国人大常委会作关于刑法修订草案的说明时明确指出:“这次修订刑法典,主要考虑是,制定一部统一的、比较完备的刑

^① 参见胡康生:《精心顶层设计是1979年刑诉法、刑法修改的显著亮点——立法人胡康生访谈》,载《法治日报·法治周末》2020年12月4日,第1版。

^② 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第3页。

法典。制定一部统一的、比较完备的刑法典,是进一步完善我国刑事法律制度和司法制度的重大步骤,对于进一步实行依法治国,建设社会主义法制国家,具有重要意义。”^③

1997年全面修订刑法以来,全国人大常委会根据惩罚犯罪、保护人民和维护正常社会秩序的需要,先后于1998年12月通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和十一个修正案。从1979年我国制定第一部刑法以来,经过1997年的全面修订,以及个别单行刑法和十一个刑法修正案的不断完善,我国刑法的结构较为完整,内容比较全面、丰富,对于各类主要犯罪都有所规定,具有鲜明的时代特点,基本能够适应惩罚犯罪、保护人民的目标。

(二) 我国刑法立法遵循的法典化方式

法典应当具备何种特征,不同的学者看法存在差异。但是,能够被称为法典的法律,一定是将大量规则汇总在一起,并将它们组合为一个有机整体,其应具备基础性、现实性、稳定性、体系性等特征。法典的最高功能是助力于实现法律秩序的体系建构。对此,人们存在大致共识。在法典化的立法中,法律以明晰的、合乎逻辑的方式编排,相同的主题被体系化地排列在一起。^④如果以上述主张作为标尺,那么,虽然我国刑法没有使用法典的称谓,但1979年刑法、1997年刑法都具备法典的诸多特征,可以说都是实质意义上的刑法典。1979年刑法是刑事领域规范的“总集成”,具有内在逻辑和系统性;1997年统一刑法典的立法更是建立在理性基础上,广纳民意,并依靠立法智慧设计出的一套刑事裁判规范,具备完整清晰、逻辑严密的特点,形成了系统、完备、准确的规范体系,法典化特征更为明显。

(三) 我国现行刑法法典化水平的提升空间

我国现行刑法是一部比较完备、大致能够适应惩罚犯罪需要的刑法典。但是,其是在法典化的立法意识相对薄弱的时代所制定的,因此,需要结合法典化的理念,考虑提升我国现行刑法的法典化水平这一问题。近年来,也有人提出制定刑法典的倡议,但是,这不是特别准确的说法。还有意见提出要给现行刑法加“典”字,但是,如果没有一系列制度变化或创新,仅将《中华人民共和国刑法》改为《中华人民共和国刑法典》可能仅具有形式意义。未来要提升我国刑法的法典化水平大致有两种路径:修订现行刑法或者编纂更高水平的刑法典。有观点认为,由于现行刑法本身就是法典,下一步需要考虑的是重新修订而不是编纂。如果说使用刑法修正案方式修改刑法,相关条文积累到一定程度,经济和社会发展发生变化,需要在进一步总结司法实践经验的基础上去大规模修改刑法,这在立法技术上就属于全面“修订”刑法典,而不是“编纂”刑法典。全面修订的立法方法,不对刑法做大幅度改动,有利于保持刑事政策的连续性,为司法机关掌握、执行以及公民学习、遵守刑法提供一个技术平台。

^③ 王汉斌:《关于〈中华人民共和国刑法〉(修订草案)的说明》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1997年第2期,第220页。

^④ 参见[美]威廉·B·埃瓦尔德:《比较法哲学》,于庆生、郭宪功译,中国法制出版社2016年版,第220页。

笔者原则上赞成修订现行刑法典的思路,而不主张笼统地讨论编纂刑法典这一命题。从立法技术规范上讲,所谓的修订,是指对某部法律全面修改时采用的立法方式。如果不考虑社会治理的精准实现,总体上维持我国1997年刑法,并根据实践需要继续制定刑法修正案,适时通过修订方式将刑法修正案的内容整合、融入到1997年刑法中,这本身也是一个可以接受的方案。换言之,采用修正案模式对我国现行刑法进行修改、补充是比较好的方式,因为这既可以保持刑法的相对稳定性,又能够适应社会的发展变化。^⑤这一设想是建立在现行刑法具有极高的合理性这一前提之下的。但是,现行刑法自身存在各种各样的不足,缺乏某些重要的制度设计,内部结构不太合理,同时还需要协调与其他部门法的关系。如果考虑到上述背景,继续按照传统的立法理念,长期依靠修正案的立法方式,并在修正案积累到一定程度时大规模修订刑法的设想未必能够使现行刑法完全契合法典化的要求。因为法典“是立法机关明文制定并公布实施的某一法律部门比较集中系统的法律文件。它不是已有规范性文件的汇编,而是在原有法律规范基础上制定新的立法文件,代替过去调整同一类关系的规范。近代法典具有学理性、系统性、确定性和内部和谐一致的特征,是大陆法系特有的一种高水准制定法”。^⑥因此,如果要使我国刑法成为“高水准制定法”,就需要认真研究如何按照法典化立法的应有逻辑,以及法典编纂的理念和要求,对我国刑法进行全面修改。总之,未来刑法全面修改必须在法典化立法观念的指导下,遵循法典编纂的基本理念和应有逻辑有序开展。

二、全面修订刑法典的必要性

现行刑法毕竟属于法典化意识相对欠缺的“起步阶段”的制定法,为此,未来极有必要以法典编纂的理念和要求为标尺,通过对现行刑法的“大修”来打造升级版的刑法典。这个意义上的立法活动具有特殊性:一方面,刑法的“大修”与典型的法典编纂之间存在一定差别。关于法典编纂的定义历来有争议。但是,一般认为,法典编纂“是指将一个或多个法律领域的全部素材在一部统一的法律中进行汇总和发展”^⑦。法典编纂的理念是,通过法典化立法方式厘定、纂修的法律至少应具有现实性、整合性和系统性三大特征。现实性是指法典编纂活动有某一方面现存的法律规范作为基础,这使得法典编纂区别于普通的法律制定活动;整合性是指各个不同的法律、各个法条、各个要素在法典中被重组和协调,既要“提取公因式”,又要确保具体制度的设计合理、周密,这使法典编纂区别于一般而言的法律修改和汇编;系统性则是指通过法典编纂形成有价值、有效力的一部新的系统性法律,这意味着拓宽了法律的覆盖面、影响力。而我国1997年刑法立法

^⑤ 参见高铭喧:《20年来我国刑法立法的回顾与展望》,载于改之主编:《刑法知识的更新与增长——西原春夫教授90华诞祝贺文集》,北京大学出版社2018年版,第9页。

^⑥ 董茂云:《法典法、判例法与中国的法典化道路》,载《比较法研究》1997年第4期,第337页。

^⑦ [德]沃尔夫冈·卡尔:《法典化理念与特别法发展之间的行政程序法》,马立群译,载《南大法学》2021年第2期,第148页。

已经基本顾及了上述三个法典编纂的特征,未来的刑法立法活动无论如何展开,也都只是在原有的现实性、整合性、系统性基础上做一些“锦上添花”的文章,相关立法活动不可能像《中华人民共和国民法典》的编纂那样具有典型的法典编纂性质。另一方面,刑法的“大修”又必须受制于法典编纂的基本理念及具体要求。法典首先具有统一化功能,即旨在为司法适用法律提供方向和稳定性,通过法典有助于克服混乱性、不确定性、矛盾性,并通过一致的规则、概念和制度生产合理性和连贯性。除此之外,法典还具有规范精简功能、创新功能、可接收性和有效性功能、定向和稳定化功能、减负功能、基准功能、模范功能、继受功能、推动功能等十余项功能。^⑧刑法大规模修改的最终目标是提升刑法的现实性、整合性、体系性,助力于法律秩序的系统性建构,增强其法典化色彩。由此展开的立法活动,虽然名义上是刑法的全面修改,但带有法典编纂的性质,其复杂程序远高于刑法修正案的制定以及传统上所理解的刑法全面修改。因此,如果一定要说未来的刑法全面修改是为了编纂更高水准的现代刑法典,也是能够成立的,^⑨换句话说,法典编纂要以合乎理性的方式展开,具体表现为遵守普适的原则、使用抽象的概念并形成合乎逻辑的体系,即“法典化是合乎逻辑地制定法的过程”^⑩。以现行法为基础的刑法法典化进程,注定要将法典编纂的理念和要求内化于整个立法过程,融法典编纂和大规模修订于一炉。如此一来,刑法领域的法典编纂和法律全面修订之间就只有“一纸之隔”,其实质要求并无差别。

(一) 新时代提出了基于法典编纂的理念全面修订刑法典的新要求

刑法典是支柱性法律,其在国家和社会治理中至关重要。有无完善的刑法典,是一个社会是否成熟的体现。举凡世界上有法典的国家,无一不将刑法典的制定摆在重要位置。

1997年刑法定于我国社会主义市场经济兴起的阶段,在当时社会高速转型的过程中,为应对原有规则约束力减弱的现实,刑法立法在很大程度上带有匆忙应对的特性。20多年来,我国经济和社会各方面的情况都有巨大变化,一方面,我国市场经济经过迅速发展期之后,规范有序的市场秩序逐步形成,成熟的信息技术得到大量运用,有关领域的社会关系较为稳定,不再变动频繁,这为基于法典编纂的理念全面修订刑法典提供了良好的社会大环境。另一方面,有组织犯罪、经济犯罪尤其是金融犯罪、电信诈骗犯罪等已经大量涌现,立法和司法上的反应及时、有效,我国国家安全、公共安全、经济安全等方面面临的威胁都被有效化解,为刑法典全面修订积累了成功经验。

盛世修典。社会的发展、时代的变化及其需要是推动法典化立法的重要基础。1810年法国刑法典、1871年德国刑法典都反映了当时政治和时代的重要变化。因此,一个国家经济社会发展发生深刻变化、表现出新的时代气息时,就会对立法提出新的要求,法律

^⑧ 参见前注⑦,沃尔夫冈·卡尔文,第151-155页。

^⑨ 有学者认为,单纯的法典编纂,具有将分散的法律规范汇编成“书”的意味。参见张生:《中国近代民法法典化研究(1901-1949)》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。如果仅在这个意义上理解法典编纂,后文所论述的刑法典全面修改也就可以被视作法典编纂活动。

^⑩ 何勤华等:《大陆法系与西方法治文明》,北京大学出版社2014年版,第211页。

制定背后必然体现时代任务和时代特色。我国1997年刑法规定了罪刑法定、罪刑相适应、刑法适用一律平等基本原则,是刑法现代化的重要标志;立法技术上改变了对犯罪规定过于笼统的做法;取消“口袋罪”,都与当时的时代精神相契合。在政治、经济、社会发生变化的新时代,罪刑法定原则、保障人权观念得到进一步落实,有大量犯罪需要增设,有些犯罪(如税收犯罪)原来很严重,现在犯罪的机会、危害性都降低,是否需要删除个别罪名?刑法与宽严相济刑事政策、认罪认罚从宽制度如何结合?都需要统筹加以考虑。这些都不是通过仅把分散凌乱的规定加以整合就能够解决的。由此必须呼唤刑法的改革,通过立法进行犯罪化或者非犯罪化的工作来应对不同的犯罪现象。

基于法典编纂的理念全面修订刑法典要契合新时代的要求,体现国家治理体系和治理能力现代化的成果,根据实践需要研究刑法典修订,要对过去的制度有所发展,将指导思想、理念和政策的变化充分展示出来,要有所创新。

(二) 改革开放40多年来立法及理论的积淀颇为丰厚

从目前看,基于法典编纂的理念全面修订刑法典已有良好的立法实践和理论研究基础。从1979年以来,扎实丰富的刑事立法司法理论研究实践,为1997年刑法修订奠定了坚实基础。1997年以来,刑事立法进入活跃阶段,新的问题不断涌现,刑法上的解决方案已具雏形,为基于法典编纂的理念全面修订刑法典积累了丰厚的素材。尤其是最近20多年来,我国刑事立法就恐怖犯罪、网络犯罪和环境犯罪增设了大量规定,这是建立在对这三类犯罪的法益侵害性、严重性与普遍性的基础之上的,相关立法具有合理性。恐怖犯罪对人民生命、财产安全的侵害,对社会秩序的扰乱都相当严重,刑法的回应是积极有效的;计算机系统与现代社会生活的正常运转紧密关联,个人信息、财产安全和人身安全等在互联网时代面临新的威胁,刑法对网络犯罪的规制有效防范了法益风险;环境犯罪危及人类生存和生活质量,其法益侵害性也是毋庸置疑的。因此,我国刑法关于恐怖犯罪、网络犯罪和环境犯罪的刑事立法探索是有的放矢的,绝对不是象征性立法,而是对于犯罪的有力回应,为未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典积累了大量成功经验。

在理论研究层面,近年来,刑法学对于犯罪成立条件、不作为犯、刑法因果关系、共同犯罪以及具体罪名的研究都达到了较高的水平,取得了很多前沿成果:其中既有立足于顶层设计,从宏观上进行谋篇布局的研究;也有解决具体问题,妥善处理刑法典中自然犯、法定犯领域的犯罪行为之间关系的研究,制定具有科学性、系统性的刑法典的理论准备较为充分。

(三) 刑法与“周边”法律的协调需要通过全面修订刑法典统筹解决

法典化立法的最大特点就是成体系、成系统。法典需要解决体系性问题,其涉及面广泛,仅解决单一问题的部门法不宜称为法典。刑法作为其他部门法的保障法和“二次性法”,其适用范围很广,相关定罪量刑制度需要进行系统性设计,确保刑法的内部、外部关系协调、统一。

基于法典编纂的理念全面修订刑法典必须注重服务于完善以宪法为统帅的中国社会特色社会主义法律体系,需要仔细推敲其与“周边”相关法律的衔接、协调。其中,

比较重要的问题大致有：（1）刑法与其他刑事法的关系协调。要处理好刑法典与刑事诉讼法的关系，尤其是刑罚制度的设计要有助于认罪认罚从宽制度的推进，增加必要的轻刑制度，便于罪犯改造和及时回归社会。（2）认真研究治安管理处罚法与刑法典的关系。如果考虑到进一步提升刑事法治水平这一点，治安管理处罚制度是否还需要保留，本身就是值得认真研究的问题。对于治安管理处罚，有的学者认为，其虽然被定性为行政法，但用行政法上的处理方法隐秘地实现了刑法的部分功能，因此，在程序上是值得质疑的。^①笔者不赞成这种观点，认为可以考虑保留治安管理处罚制度，将其与刑法并列。但是，无法回避的是，在我国废除劳动教养制度之后，有的违法行为被分流到治安管理处罚之中；有的违法行为如果程度严重的，要作为轻罪处理。因此，在基于法典编纂的理念全面修订刑法典过程中，对于哪些行为需要纳入刑法典，哪些需要留在治安管理处罚法里，不能不认真加以思考。（3）适应打击恐怖组织犯罪、间谍犯罪、黑恶势力犯罪的需要，与反恐法、反间谍法以及即将出台的反有组织犯罪法相协调，系统考虑增设部分轻罪的问题；与监察法的实施相衔接，对反贪污贿赂的相关犯罪设计进行细致研究，增设一些轻罪，以彰显党中央反腐败的坚强决心，保持对腐败犯罪的高压态势。（4）加强刑法与民法典、行政法、经济法、社会法、环境法等其他部门法的衔接，通过将有的违法行为上升为犯罪行为，增设部分轻罪（尤其是涉及网络安全、生物安全、公共卫生、环境资源保护等方面的犯罪）来确保其他部门法具有权威性，增强中国特色社会主义法律体系的统一性、协调性。例如，《刑法修正案（八）》将《刑法》第343条非法采矿罪的构成要件加以修改，删除“经责令停止开采后拒不停止开采”等字样后，其与《矿产资源法》的相关规定之间就存在不协调，需要在未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典时一并考虑。（5）就刑罚执行问题，与社区矫正法、政务处分法的关系需要协调得更好。（6）吸纳立法解释、司法解释的合理内容。例如，根据2014年4月24日全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》，公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。根据2014年4月24日全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》，《刑法》第158条、第159条的规定，只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。上述立法解释的内容，在未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典时可以予以吸纳。此外，有关司法解释的合理内容（如多个司法解释对赃物的善意取得有规定），也可以考虑编入刑法典的相应位置。

（四）刑法体量大，其自身的不协调累积到一定程度时难以再依靠传统修订方式解决

我国现行刑法已具有相当规模。1997年刑法共452条，其后全国人大常委会通过1个决定、11个刑法修正案对刑法进行补充完善。经初步统计，截至2020年12月26日《刑法修正案（十一）》通过，修改过的刑法条文共138条，新增加的条款53条，删去的条文

^① 参见何荣功：《经济自由与刑法理性：经济刑法的范围界定》，载《法律科学》2014年第3期，第53页。

1条,刑法的修改比例近40%。经过上述修改,刑法实际条文数为504条,加上《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》中关于骗购外汇罪的1条规定,现行刑法共有505条,483个罪名,成为除民法典之外,条文数量最多的法律。

现行刑法体量大的副产品是其在一定程度上产生了内在矛盾,例如:(1)刑罚结构不合理。部分轻罪处罚重;第一档最高刑为5年有期徒刑的规定较多;死刑罪名较多;短期自由刑大量适用,且刑期偏重,这些现象的存在对法治国家建设有一定影响。(2)在个别领域,如税收方面,行政犯设置得不合理,罪名叠床架屋,刑法和相关税法的关系在税收法定的大背景下需要进一步协调;在金融诈骗犯罪方面,其与普通诈骗、合同诈骗犯罪交叉重叠地进行规定未必科学。(3)我国自1997年刑法修订以来,先后出台了十一个刑法修正案,这些修正案本身也需要借法典编纂的机会进行深度整合。尤其是在修正案立法中,对个别犯罪所放的位置是否合适也需要统筹考虑。例如,《刑法修正案(八)》第41条在侵犯财产罪中增设了拒不支付劳动报酬罪,将其规定在《刑法》第276条之后,作为《刑法》第276条之一。对于这一立法,有不少学者提出批评,认为这是通过刑法手段追讨民事债务。但是,这是一种误解,其来自于本罪系侵犯财产罪的法益定位。对于本罪的体系性位置,有的人认为应该把它放到妨害清算罪中,也有人认为其属于妨害公司企业管理罪,还有学者主张将其置于扰乱市场秩序罪中。^⑫这些争议表明,将本罪作为典型的财产犯罪可能是不合适的。拒不支付劳动报酬,经有关部门责令支付而拒绝支付的,才构成本罪。所以,本罪的核心是经有关部门责令支付而拒不支付,本罪行为具有藐视政府权威、妨害社会管理秩序的性质,因此,本罪的保护法益是对有关部门发出的支付劳动报酬的指令这一公务行为必须得到执行的保护性。尽管本罪的保护法益与债权人债权的实现之间存在关联,但将本罪的直接保护法益理解为有关部门的职能发挥和权威性更为妥当,这样一来,将本罪从侵犯财产罪一章挪到妨害社会管理秩序罪中就是可以考虑的。如此看来,在未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典时,如果能够从体现和把握新时代要求的角度切入,在现行刑法基础上,按照科学的立法方法做好顶层设计,将基本概念、原则、制度打造好,结构严谨、达到体系化要求的现代刑法典是可以形成的。这样的法典化立法,就不是仅对现行刑法做技术上的系统整合,而是对刑法立法科学化的实质推进。

三、全面修订刑法典的关键问题

全面修订刑法典既不是制定全新的法律,也不是简单地进行法律汇编,而是对现行有关法律规范的系统整合、编订纂修。既要保持现行法的稳定性,也要适应新形势进行适当的制度创新。为此,刑法典的“大修”需要解决好以下关键问题。

^⑫ 参见王骏:《拒不支付劳动报酬罪立法正当性之再审视》,载《法治研究》2017年第5期,第46页。

（一）关于刑法立法模式

采用何种立法模式对基于法典编纂的理念全面修订刑法典而言看起来是立法技术问题,实际上涉及法律责任体系、罪刑范围、刑事政策的运用、刑罚效果的实现等。因此,在法典化过程中,刑法立法模式(刑法的结构)问题特别值得关注。总体而言,刑法立法模式有两种:多元立法模式(即将刑法分为普通刑法、单行刑法、附属刑法三类)、统一立法模式(即制定统一的刑法典)。

1. 多元立法模式的利弊

多元立法模式有优点:一方面,单行刑法和附属刑法的制定相对容易,立法效率更高,能够“随机应变”,及时回应社会的诉求,适应性、灵活性和可操作性更强;^⑬另一方面,行政刑法的规定克服了“空白罪状”的弊端,有助于化解刑法立法的合宪性危机;^⑭且构成要件容易设计,行政和刑事处罚能够衔接。但是,多元立法模式也有其不足:不同时期的附属刑法处罚不平衡、不协调,容易导致重刑化趋势;行政法不断增加或修改,立法时难以抑制规定罪刑关系的冲动,所设置的罪名可能较多,容易造成“特别刑法肥大症”现象;公众熟悉附属刑法也较为困难,不利于实现犯罪预防;普通刑法和附属刑法的关系较为复杂,增加了法官准确裁判的难度。

张明楷教授最近对统一刑法典模式提出质疑,认为应当采用多元立法模式,其主要理由是统一刑法典立法模式肢解了刑法规范,不利于刑法适用。^⑮但是,这两个理由都是有疑问的。任何刑法规范都由禁止(命令)规范和制裁规范两部分组成,多元立法模式确实是将禁止(命令)规范、制裁规范均规定在行政法中,但也并非一体规定,通常是在许可、禁止某类行为部分就相关举止进行规定,再在法律责任部分“有选择地”设置包含刑罚处罚在内的惩处措施,二者也可以说是割裂和肢解的;统一刑法典从形式上是将禁止(命令)规范规定在行政法中,将处罚问题规定在刑法中,但其与行政刑法立法模式的差异可以说仅为形式上的,即把关于行为指引的规定置于何处的的问题,只要在适用上参考有关行政法的规定,对于行政犯的处罚就与多元刑法立法模式没有实质差异。至于就统一刑法典对刑法规范的肢解导致行刑衔接相当困难,不利于刑法规范的适用这一点而言,笔者认为其并未击中要害。行刑衔接确实困难,但其与相关犯罪被规定在刑法典还是行政法中关联性很弱,而是由行政违法和刑事犯罪之间的复杂关系所决定的,一方面,行政犯和自然犯的竞合关系对于行刑衔接带来诸多困难;另一方面,法秩序统一性原理之下,理论上对于行政犯违法性判断采取一元论、相对论与多元论也会影响行政犯的认定和处罚,即便采用多元立法模式,把所有行政犯都规定在行政法中,行刑衔接的难题也丝毫不会降低。

^⑬ 参见黄明儒、项婷婷:《我国金融犯罪立法模式的选择》,载《人民检察》2017年第11期,第27页。

^⑭ 张明楷教授指出,统一刑法典立法模式导致刑法中出现大量的绝对空白刑法规范与相对空白刑法规范,并且形成了自然犯与法定犯一体化的立法体例。但是,绝对空白刑法规范违反了法律保留原则,使刑事立法模式与宪法不协调。参见张明楷:《刑事立法模式的宪法考察》,载《法律科学》2020年第1期,第54页以下。

^⑮ 参见张明楷:《刑法修正案与刑法典化》,载《政法论坛》2021年第4期,第3页。

其实,对于多元立法模式的诸多不足已为我国的立法探索所证明。从1979年刑法颁布以后到1997年之间,我国制定了很多单行刑法和附属刑法,比如,1982年3月8日全国人大常委会颁布的《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》,明确规定了走私罪、逃汇和套汇犯罪;1988年1月21日全国人大常委会通过的《关于惩治走私罪的补充规定》,规定了走私伪造货币、黄金白银的犯罪;1995年2月28日全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》,增设了上市发行股票公司企业、债券犯罪;1995年6月30日全国人大常委会通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,增设了很多新的罪名。与此同时,我国在大量行政法中规定具体犯罪及刑罚。例如,1984年《专利法》第63条规定了对假冒专利的行为追究刑事责任,1984年《森林法》第36条规定了对伪造或者倒卖林木采伐许可证的行为追究刑事责任,1984年《药品管理法》第51条规定了对生产、销售劣药的行为追究刑事责任,1985年《计量法规定》第29条规定了对制造、销售不合格计量器具的行为追究刑事责任,1994年《劳动法》第96条规定了对用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的行为依法追究刑事责任。1997年我国制定了统一的刑法典,充分表明在很多国家实行的普通刑法、单行刑法、附属刑法“三足鼎立”的立法模式,在我国存在“水土不服”的突出问题。

2. 我国宜继续坚持统一刑法典的立法模式

第一,从实现妥当处罚的角度看。我国的立法实践已经表明,分散立法的模式,由于立法思想不统一、立法方式不协调,导致刑法典、单行刑法、附属刑法之间存在不少矛盾冲突,甚至给人以杂乱无章之感,影响了刑法施行的效果。更值得关注的是,在我国,各方面对于刑事手段还有很强的“依赖症”,如果允许附属刑法存在,今后每制定一个行政法,可能就会增设多个犯罪,甚至出现为保护行政机关的权威而进行过度犯罪化的局面,经年累月,会出现大量犯罪行为,严重扩大犯罪圈,使刑法的最后手段性被动摇。统一刑法典模式易于兼顾不同法律间的关系,保障犯罪处罚范围的妥当性,抑制处罚冲动。有学者指出,将刑法限定为“核心刑法”,防止“行政刑罚法规的泛滥”,将行政法规的违反排除在刑罚处罚范围之外,仅作为行政违法的对象看待,是刑法立法的基本方向。^{①⑥}此外,在不同时期制定行政法的侧重点、观察问题的角度有所不同,附属刑法的处罚力度也差异很大。例如,不同时期污染环境的实行行为不一样,增设的附属刑法的罪名和处罚就一定有差异;处罚轻重不一,极容易出现重刑主义,很多行政法都在最后一刻提高了处罚标准。因此,在行政法中设置罪刑规范存在很大的刑法立法不确定风险。

第二,从满足司法实务需要上看。我国地域辽阔,基层司法人员业务能力参差不齐,分散立法导致法条关系复杂,准确“找法”及理解法条竞合关系等,都使得实务中运用起来困难重重。制定统一刑法典,就可以使法官处理刑事案件时都从刑法典中寻找裁判依据;评价法官处理刑事案件能力的标准,就看其对于刑法典的理解和运用的能力。此

^{①⑥} 浅田和茂「刑法全面改正への道——犯罪类型と法定刑について」『山中敬一先生古稀祝贺论文集(上)』(成文堂,2017年)17頁参照。

外,不在行政法当中规定犯罪,仅在狭义刑法中作规定,有助于实务上解释构成要件时,作出有别于行政法的违法性或刑法上所固有的违法性的判断,^{①7}如果仅在行政法中规定犯罪,进行形式解释的可能性会更多一些。

第三,从刑法与行政违法分立的立法格局看。刑法仅处罚具有法益侵害性的行为,动摇行政管理权威的行为必须对造成与个人的生存、发展相联系的法益侵害时才可能成为刑法处罚的对象。将行政违法的许多行为作为刑法处罚对象,与我国实行违法和犯罪、行政处罚和刑罚二元分立的法律责任体系不相一致。我国有治安管理处罚制度,其相当于国外的轻犯罪法或者行政刑法,刑法与这些法律的界限需要进一步厘清,应由治安管理处罚法来管的,刑法并不涉及。因此,我国由有关行政管理部门决定和执行行政处罚措施(包括治安管理处罚),由公安机关、国家安全机关、国家监察机关分别执行部分刑事案件的侦查、调查,这与诸多实行分散立法的国家有很大的不同。用治安管理处罚法、行政处罚法等其他法律规定行政责任,刑法统一规定刑事责任,与我国的法律责任体系相协调,否则,连治安管理处罚法中也能够规定犯罪和刑罚,行政法和刑法也就无法保持较为清晰的界限。

对于张明楷教授所提出的统一刑法典中的空白刑法规定违反了法律保留原则,因而与宪法不相协调的主张,我认为还需要仔细辨析。事实上,从现实角度看,由于社会高速发展,社会生活非常复杂,立法者不可能在各个领域都制定一个非常细致的法律规范,这只能通过立法部门和行政部门的分工协作才能完成。因此,借助于行政法规定罪,是不得已而为之。^{①8}其实,即便允许制定附属刑法,在行政刑法中采用叙明罪状,在个别情况下也还得授权行政机关通过抽象的规范来确定处罚范围。例如,即便采用附属刑法的立法模式在《禁毒法》中规定涉及毒品的各种具体犯罪行为,但由于能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品是不断变化的,新型毒品尤其是“新精神活性物质”花样翻新、层出不穷,也就必须同时规定“麻醉药品、精神药品管理的具体办法由国务院规定”,最终对于哪些行为构成走私、贩卖、运输毒品犯罪,仍然不得不根据行政机关随时可能更新的毒品“目录”来确定。与此类似,对于非法经营行为,即便在附属刑法中予以规定,但市场监管部门的有关部门规章对行为性质的界定在犯罪判断上仍然具有实质影响,因此,难以认为附属刑法立法就与宪法更协调,多元立法模式的优越性难以就此得到充分证明。

第四,我国社会治理和法律文化传统决定了统一刑法典被赋予特殊使命。我国历史上的《唐律》是一部统一的刑法典,其内容完备、设计周详,是中国古代法典的代表作,其内容都是“正刑定罪”的规定。近代的《大清新刑律》以及《中华民国刑法》也都是统一刑法典。这种刑法立法模式及其背后的传统,对当代刑法制度的发展不可能毫无

^{①7} 参见[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第189页。

^{①8} 参见[德]洛塔尔·库伦:《罪刑法定原则与德国司法实践》,黄笑岩译,载梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编:《中德刑法学者的对话:罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2013年版,第117页。

影响。可以说,统一刑法典是我国重要的一项法律制度,是在长期立法实践中总结经验逐步摸索出来的,有其现实意义,也符合中国国情。

3. 统一刑法典之外不排斥单行刑法的存在

刑法典的本意是要对该领域的法律规范尽量全面、统一作出规定。但是,从各国立法实践来看,法典难以绝对实现那一目标。法典的弱点是不太适应现代社会的复杂变化,可能阻碍法律问题的解决,法律修订数量大而且很频繁的倾向也很明显,因此,刑法典的编纂要妥善处理稳定性与变动性的关系,尽可能兼顾规范集成和问题解决两大目标。

未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典之后,并不排斥通过修正案立法;此外,也还需要制定单行刑法。其实,我国在1997年刑法典之后,就制定了一个单行刑法,即《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998年)。之所以采用单行刑法的方式,主要原因是1997年刑法典颁布不久,就遭遇了1998年的“亚洲金融危机”,当时国内骗购外汇的违法行为呈爆发态势,因此,刑法增设了骗购外汇罪。“当时在修改的形式、方式上,也曾考虑过采用修正案的方式。为此还征询了长期主持立法工作的王汉斌同志意见。他认为还是用决定的形式比较好,因这类犯罪是特定时期特定历史条件下产生的,鉴于当时我国对经常项目下的外汇已实行了自由兑换,资本项目也会逐步放开,到那个时候这一犯罪的规定是否还有存在的必要还需要研究。现在用决定的形式规定这一罪名比采用修正案方式将其固化在刑法典中,将来处理起来在立法上要方便一些。”^{①9}因此,我们确实需要正确认识法典与单行法的关系。法典是使法律达到体系化的精巧技术,但法典缺乏灵活性、细节性,这些不足需要单行法予以弥补,因此,在“后法典时代”,在刑事领域制定一些单行刑法是必要的。^{②0}

(二) 全面修订刑法典必须进一步落实罪刑法定原则

1997年刑法的一大功绩是废除类推,明确规定了罪刑法定原则。在未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典过程中,如何进一步贯彻落实好这一原则以有效约束司法权,使得一贯地以保护公民权利的面目出现的“确定的”法官裁判更容易求得,^{②1}这无疑是对立法者的一大考验。

理论上很多人认为这一原则仅约束司法机关。但是,这一原则不仅是法律适用原则,而且是刑法的基本原则,其应当对立法权、司法权都有所约束。在我国,罪刑法定原则在如下方面约束立法权:(1)对于没有法益实害、危险的行为,不能在立法上规定为犯罪。立法上只是将那些危险性较大的行为挑选出来予以成文化、犯罪化,而不能理会过于

^{①9} 郎胜:《刑法四十年(六)》,载《法制日报》2019年3月27日,第9版。

^{②0} 这一点在民法典的制定上也是如此。例如,在日本,除了民法典以外还制定了大量的民事单行法,有些是作为民法典规定事项的细则规定而制定的,例如,不动产登记法;有些是为了回应新的社会需求而制定的,比如,各种财团抵押法、租地法、租房法等。因此,为了平衡法典的相对稳定和适应社会发展需要之间的矛盾,在法典编撰过程中,可以将相对原则、较为稳定的内容纳入法典,在此之外,制定少数单行法对法典进行细化、补充。

^{②1} 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2008年版,第280页。

琐碎的事情。(2)在刑法分则的具体规定中,必须对个罪确定合理的法定刑,不能在刑法上设置处罚标准跨度过大的具体犯罪,否则,就和罪刑法定原则的精神有冲突。(3)刑罚规定必须明确,禁止在立法上确定过于残酷的刑罚,使得罪刑关系失衡。(4)立法者对刑法规定进行解释时,必须受刑法典的制约,不能脱离文本进行立法解释。

1. 贯彻罪刑法定原则需要减少空白罪状的立法

我国刑法分则的大量条款采用空白罪状的立法方式,行为的违法性需要根据行政法规、部门规章甚至规范性文件确定。从制定法的层面看,行政机关制定的规范对于某些特定行为的定罪发挥了重要作用,这对于一个迫切需要规范调整的中国转型社会来说是必要的。对于这种做法,实务上似乎也没有提出疑问,刑事司法人员普遍认为,通过行政行为明确可罚性范围的做法是没有问题的。但是,理论上,由于空白刑法规定过多,行政法规、规章制度甚至行政机关的内部规范性文件对司法实务的影响力过于巨大,行政权取代了刑事立法权和司法权,在一定程度上扩大了处罚范围,冲击了罪刑法定原则。因此,基于法典编纂的理念全面修订刑法典必须直面一个具有挑战性的问题:在刑法分则中尽可能减少空白罪状的立法,减少关于定罪的授权性规定,将罪刑关系明确化,以减少刑法立法在合宪性、合法性方面的疑问。

2. 贯彻罪刑法定原则需要更加精准把握明确性原则

如果法律不明确,对行为人而言,缺少事前的告知,对其处罚就成为突然袭击;对一般国民而言,个人的行动自由也会受到限制,因此,刑法必须明确、具体,让一般国民具有预测可能性。不能实现事前告知的规定应当尽可能避免,立法如果违反了这个要求,罪刑法定会受到冲击。对此,贝卡利亚论述得非常透彻:“从全面计量生活的幸福和灾难来讲,立法是一门艺术,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。”^②而要达到这个目标,“就应该把法律制定得明确和通俗。”^③在刑法典编纂中,应该防止对构成要件设置的不确定和模糊性。尤其是在设立新罪时,对处罚行为加以明确界定。

应该说,我国1997年刑法立法基本满足了明确性的要求:(1)把流氓罪、投机倒把罪等“口袋罪”分解为内容具体、范围明确的若干种具体犯罪。(2)对绝大多数犯罪采取一个条文一个罪名的立法方式,尽量明确、具体地描述犯罪构成的特征。(3)重点严密了多发性犯罪的犯罪构成,设计与犯罪形式的多样性相对应的多种犯罪构成,实现犯罪行为的类型化;同时,适当采用了堵截式构成要件,形成法网严密的格局。例如,对于盗窃罪,1997年修订的刑法在保留1979年规定的数额较大构成要件的同时,增设了多次盗窃的规定;《刑法修正案(八)》又增设了入户盗窃、扒窃、携带凶器盗窃三种构成盗窃罪的情形,从而弥补了以前对盗窃罪单纯计赃论罪之弊。(4)对与犯罪构成有关的重要概念(如公共财产、重伤、首要分子、淫秽物品等)由刑法作明确的立法解释。

^② [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第104页。

^③ 前注^②,贝卡利亚书,第104页。

不过,我国现行刑法在实现明确性方面仍有很多不足,突出表现在:一方面,大量使用高度盖然性条款,以弹性构成要件的立法方法规定犯罪的基本构成要件(情节严重、情节恶劣、数额较大、后果严重)、加重构成要件(情节特别严重、情节特别恶劣、数额特别巨大、后果特别严重)和减轻构成要件(情节较轻)。类似规定占了刑法分则条文的1/3以上。广泛使用类似条款,固然可以弥补刑法对法益保护不周延的不足,不至于放纵犯罪,但却有可能助长司法恣意,偏离公众的可预测范围。因为刑法明确性要求刑法能够为“具有通常判断能力的一般人”所理解,人们能够从中看出对特定行为是否要适用该法规;而高度盖然性条款显然不能为具有通常判断能力的人提供这一认识标准。既然罪刑法定原则以紧缩司法权、保障人权为归宿,那么,盖然性条款过多就有可能使司法机关不知所从,无法选择,增加司法活动的难度。另一方面,刑法对个别犯罪构成要件的设计也存在尚待进一步明确之处。例如,受贿犯罪本身是一种多发型渎职犯罪,如果要达到刑法明确性的要求,就应当针对受贿行为设置多个罪名,并描述其罪状。很多国家对受贿犯罪的立法也采取这种模式。此外,我国刑法对收受型受贿罪的成立,还要求符合为他人谋取利益的条件,使得司法机关对行为人具有某种职权而收受他人财物,但为他人谋取利益的行为不明显,或者连为他人谋取利益的承诺都缺乏的行为陷入定罪困难。其实,这种行为的社会危害性是显而易见的:正是因为行为人享有职权,行贿人认为这种职权于己有用才去拉拢、收买,在这种情况下,虽然收受财物者未为他人谋取利益,但是,权力腐败的可能性却始终存在的,所以,利用职权收受财物本身就是腐败,收受的财物达到相当数额就是犯罪。对此,外国刑法一般规定单纯受贿罪加以解决。我国刑法在受贿等常见犯罪立法上的不明确、不周密,导致对刑法全面保护法益的期待难以准确实现。

未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典时,对构成要件的设计应当尽可能明确,系统梳理现有规定中的不明确之处,同时要使新设置罪名真正成为现有体系的有益补充,以充分发挥刑法指引行为的功能,实现犯罪预防,同时便于司法机关正确运用。

(三) 充分认识谦抑的法益保护对全面修订刑法典的意义

法益能够尊重个人自由权利、确保个人发展的机会,有助于建立在保护个人目标上的国家作用的发挥。刑法的目的在于保护法益,这一说法在立法上有特殊的意义:立法不应当逾越法益保护的必要性。

第一,法益能够说明刑法立法的正当性。立法必须要保护法益,脱离法益保护基本范围的立法欠缺正当性基础;由此可以防止立法参与者自说自话甚至夹带“私货”,寻求对于立法上的利益趋同和最大共识。罪刑规范的设置如果不是为了保护个人自由发展,也不是为了保护“实现个人自由的社会条件”(例如正常的行政秩序),该规定就不具有合法性。对此,日本学者山口厚教授指出:“即便是明确的罚则,若是不当地侵害了国民的自由,仍会被理解为是违宪无效的。像这样的罚则,可以举出将无害的行为作为处罚对象的罚则,因过度的处罚范围而不当地侵害国民的自由的罚则等。”^④根据法益保护的

^④ 前注⑰,山口厚书,第19页。

要求,能够防止现象立法,即避免针对特定事件和突发社会现象设计构成要件、配置法定刑。现象立法缺乏体系性观念,低估了刑法理论解释实务难题的能力,可能导致规范松散、无体系、无保障和不稳定。只要重视法益的功能,有的现象立法就是不需要的。^{②5}坚持法益保护,用法益概念约束立法权就能够在很大程度上避免现象立法。

第二,法益是实存的概念。就立法活动而言,进入关注视野的法益一定是以具有经验性、可把握的实体(经验的实在性)、对人的有用性(与人相关的有用性)为前提的。刑事立法只有在有助于保护这种意义上的法益的限度之内才能够被承认,所以,法益必须作为实体存在,而且对人有用,具有特殊的价值。通过犯罪预防所要达到的目的,也应该在于保护现实的法益。换言之,法益应以现实的基底为前提,具有存在论基础,否则,每一个犯罪的法益都可能被人为地抽象化为理念型的整体法益概念。“如果放弃现实性的要求,法益将完全丧失其自然属性,成为可以被生造、‘发明’或者随意捏造的面团,彻底失去批判功能。”^{②6}因此,经验上难以把握、过于抽象的利益不是刑法要保护的法益。这就要求立法者必须就实践中问题的严重性进行深度调研,收集足够多的实例样本,凸显问题的严重性。同时,要尽量防止把社会危害特征暂时不清楚、不清晰的行为犯罪化,确保立法有实证支撑,对立法必要性的阐述具有说服力。^{②7}

第三,法益说到底个人利益。立法论上的法益必须能够还原为个人利益,比如公共危险犯罪,因为其可以还原为个人可以感受的利益侵害,因此是正当的。但是,像现行刑法中规定的聚众淫乱罪的保护法益就有疑问,他人发生性行为与一般人的利益受侵害之间的关联性很弱,立法的正当性值得推敲。因此,需要对现行刑法中的某些罪名进行进一步甄别,对于确实属于“无被害人的犯罪”,可以适度“除罪化”。

在此有必要讨论下超个人法益(集体法益)问题。立法中目前增设的一些轻罪被有的学者认为是超个人法益,从而对立法的正当性提出质疑。超个人法益应该可以还原为个人法益,立法必须符合民众的具体感受,如果一种利益无法被还原为个人利益,立法的正当性确实存疑。无论是否采用超个人法益的概念,就立法的正当性而言,超个人法益永远是个人利益的集合,其未必一定是刑法中各个具体罪名所保护的个人的利益的关系,但是,必须是这个社会中的多数人均可以感受到的利益关系。

第四,立法论中的法益保护是补充性、谦抑性的。刑法所要保护的法益不是全面的、绝对的。刑法的归刑法,行政法的归行政法,实质的法益侵害是否存在成为设置罪名的理由。刑法并不保护单纯的行政监管秩序,对于该秩序的维护动用行政制裁措施就已足够。刑事立法者必须兼顾法益破坏的结果与危险(结果不法),以及侵害行为的种类与实施方式(行为不法),衡量是否将某一社会偏差行为纳入处罚范围。因此,刑法对社会生活的影响不能也不应发挥全面的、绝对的规范功能,必须坚持刑法的最后手段性和补

^{②5} 参见车浩:《刑事立法的教义学反思:基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》2015年第10期,第5页。

^{②6} 陈金林:《现象立法的理论应对》,载《中外法学》2020年第2期,第479页。

^{②7} 参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,载《法学研究》2017年第4期,第36页。

充性,立法上必须采取慎刑的态度,只有在没有其他处罚手段可以有效保障法益免受侵害的情况下,不得已才设置罪刑规范。“科处罚金,与对重症病人施行具有危险性的手术可以类比。对于仅服用药物,不需要做手术就可以进行治疗的病人,医生没有必要施行可能使之承受危险负担的手术。”^⑧坚持法益保护的补充性、谦抑性和宪法存在紧密关联,因为刑罚制裁措施涉及到人身自由,而宪法强调人身自由的不可侵犯性,其必然要求立法者尽可能地限制刑罚的适用,即刑罚只能在没有其他合适的手段确保对法益给予同等保护的情形下,才可以作为最后手段加以使用。

(四) 增设必要的总则性规定

基于法典编纂的理念全面修订刑法典需要研究现行法的总则性规定,基于问题导向而创新,体现指导理念和刑事政策的变化。

1. 规定轻罪与重罪的区分标准

《德国刑法典》第12条以1年有期徒刑为界对重罪和轻罪进行了区分,低于1年有期徒刑或仅判处罚金的为轻罪,其余为重罪。俄罗斯刑法典将犯罪分为危害不大的犯罪、中等危害程度的犯罪、严重犯罪、特别严重犯罪、异常严重犯罪五类。这些立法不是可有可无的规定,很值得我们借鉴。根据法定刑所表现出来的行为危害程度、罪过形式等在我国刑法典中对重罪和轻罪进行区分有诸多好处:(1)有助于真正落实罪刑相适应原则。关于重罪和轻罪的规定是刑法典的有机组成部分,预备犯、累犯、前科消灭,量刑以及免除刑事责任的规定等都与此有内在联系。例如,按照轻、重罪的区分,理应仅对实施严重犯罪、特别严重犯罪和异常严重犯罪的预备行为才能进行处罚;轻罪的累犯从重处罚相对要轻;轻罪的前科可以消灭。这些蕴含立法者价值目标的分类规范,显然有助于实现犯罪的一般预防和特别预防。(2)对于轻罪的法定最高刑应当有一个限制。我国现行刑法中不少犯罪的第一档法定刑为5年有期徒刑的规定就未必合适。(3)对于特别严重、异常严重的犯罪主观上只能是故意,其法定刑可以设置为10年以上有期徒刑;除此之外的大量犯罪,其法定最高刑应当设置为10年以下有期徒刑,以此实现刑罚的轻缓化。(4)对于不满18周岁的人,即使犯异常严重的犯罪,也不能适用无期徒刑,判处有期徒刑的期限一般也不宜超过10年;在其实施轻罪时,原则上应适用缓刑。(5)有助于实现刑法和刑事诉讼法的衔接。例如,对于轻罪认罪认罚的,可以免除处罚,诉讼程序可以比现在实行的更为简化等。

2. 增设关于结果加重犯的规定

结果加重犯是指行为人实施了符合某一基本犯罪构成要件中的危害行为,却发生了超过该要件之外的加重结果,对于该加重结果,刑法规定了相应加重刑罚的一种犯罪类型。我国刑法分则大量规定了结果加重犯,但由于我国刑法总则中并无结果加重犯的一般性规定,因而加重结果与基本行为之间必须存在何种关联,才符合结果加重犯的客观要件,在实务中的理解并不统一。例如,在为索取债务而扣押他人过程中,被害人苦于还

^⑧ 井田良『講義刑法学·総論』(有斐閣,2018年)19頁。

不上巨额债务而自杀的,实务部门大多认定被告人成立非法拘禁致人死亡。这一做法是不妥当的,因为对结果加重犯的处罚重于基本犯和过失犯数罪并罚的情形(多数结果加重犯的起刑点为有期徒刑10年),因此,为了贯彻罪刑相适应原则,对结果加重犯的成立必须进行严格限定。对此,学者指出,“各种犯罪(也包括像盗窃这样的犯罪)都能够导致反常的严重后果(例如,在追赶过程中摔死了),但是,立法者仅仅在确定的犯罪中,根据它们造成严重后果的一般性趋势来规定一种结果加重的情节,因此,只有在从基本犯的典型危险中产生结果时,才适用这种行为构成”^{②9}。为此,应当考虑在刑法总则中明确规定,加重结果能否归属于基本行为,应当在基本行为与加重结果之间存在直接的风险关联性,或者说基本行为中蕴涵着引起加重结果的内在风险,由此才能够将加重结果评价为基本行为的产物。至于立法上如何具体表述,还可以再斟酌。

3. 增设不作为犯的规定

对不纯正不作为犯,我国刑法总则本身并无规定,理论上由此总是会争议处罚不纯正不作为犯是否违反罪刑法定原则?因为把以“不得杀人”这种禁止规范为原型设计的作为犯的构成要件适用于根据“必须要保护被害人的生命”这种命令规范而成立的不作为犯,总是有学者质疑这样的做法有类推适用刑法规定的危险。

对此,从理论上当然可以回应说:不作为犯违反规范所提出的防止结果发生的命令规范,不作为犯的构成要件就是在作为犯的构成要件中,追加“具有保证结果不发生的义务人的不作为”这一构成要件。这种保证人说,是从刑法分则规定中解读出“不成文的保证人构成要件”追加到结果犯的规定之中。^{③0}但是,如果在刑法总则中对不作为犯作出明确规定,就可以消除相关质疑。具体条文设计方案是:“负有特定义务的人,不履行自己的特定义务,造成危害后果的,应当依照本法的规定定罪处罚”。

4. 拓宽违法阻却事由的范围

由于我国刑事司法总体上抗干扰能力比较低,^{③1}实务中无罪率也很低,如果对违法阻却事由不作更多明确规定,都理解为超法规的阻却事由,那么对被告人的权利保护不力,所以,排除犯罪性的范围应当适度扩大。在正当防卫和紧急避险之外,对于抓捕实施犯罪的人造成损害、受强制后实施的危害行为、执行命令和被害人承诺等,都应当明确地作出规定,以阻却行为的违法性,这样对个人的行为能够进行指引,用行为规范来统一人们的认识,进而改变审判上对于实质上无害的情形不敢宣告无罪的现状。仅仅依据刑法理论上所讨论的超法规的违法阻却事由来处理案件,对于法官来说存在诸多现实困难,唯有作出明确规定,才能为审判提供规范依据。

5. 对违法性认识作出规定

行为入欠缺违法性认识可能性,以及具有禁止错误的场合,其不具有谴责可能性。

^{②9} [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219页。

^{③0} 松宫孝明『刑法總論講義』(成文堂,2017年)90頁參照。

^{③1} 参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,载《法学评论》2017年第5期,第6-7页。

为了给被告人“出罪”提供相对明确的裁判依据,改变超法规的责任阻却事由仅有学理解释的局面,可以考虑在刑法总则中明确规定违法性认识问题。对此,2017年6月1日最高人民检察院公诉厅《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》(高检诉〔2017〕14号)规定:“实践中还存在犯罪嫌疑人提出因信赖行政主管部门出具的相关意见而陷入错误认识的辩解。如果上述辩解确有证据证明,不应作为犯罪处理”。类似规定具有合理性,可以在未来的法典化进程中加以吸收。

(五) 增设必要的轻罪

1. 理念的确立:积极刑法立法观具有合理性

积极刑法立法观和当下我国的社会发展状况之间具有高度契合性。“在一个社会治安总体状况较差、各种复杂疑难案件层出不穷,同时立法科学化程度又一般的社会,如果教条式地将刑法自身的安定性奉为圭臬,为此不惜经常性地牺牲具体案件处理的妥当性、合理性的话,不但不会有助于法律至上主义观念的形成,反而是对刑法权威的削弱。”^②

持消极刑法观的学者所提出的近年来增设新罪的立法仅具有象征性、增设新罪违反谦抑性、与法益保护原则相悖等观点与理由,是以古典刑法思想为出发点的。但是,该理论不能自在自为地成为绝对真理,在现代社会固执地坚持古典主义的政策思想是难以为继的。对此,有学者在评价德国1975年至2005年的刑法发展趋势时指出,刑法立法呈现两大趋势:经由犯罪化和刑罚严厉化而进行的刑法扩张;通过去除明确和有约束力的规则而出现的刑法灵活化。现在的刑法典“背离了古典自由主义的、旨在保护个人权利的刑法模式,而总是延伸到新的领域,如环境、毒品、有组织犯罪、恐怖主义、高科技犯罪和产品责任……德国刑法并非在谦抑,而是在不断向外扩展,其中包含了远远处于‘古典’刑法理论之外的领域”^③。从教义学的角度看,过于保守的古典刑法观,将处罚局限于不法特征极其明确的实害犯,对不作为犯、未遂犯、抽象危险犯尽量不处罚的立法方案,是一个“失败的方案”。^④因此,反对增设新罪的主张既不符合时代要求,对问题的讨论也过于宽泛,如同“拳头打在棉花上”,不具有现实针对性。事实上,面对某些“法无明文”规定的严重或者新型危害行为,司法一方面不得不进行处理以回应民众的呼吁,在社会治理进程中发挥刑法应有的功能;另一方面又必须直面刑法立法上轻罪设置少、规范支持不够的难题。两相权衡之后,司法往往基于其处罚冲动,柔性地、灵活地解释刑法,在罪刑规范不明甚至缺乏的情形下适用重罪处理“难办”的案件。对此,简单地指责司法机关违反罪刑法定原则,既不能抑制司法上处罚扩张的现实,不能消除司法困惑,又无助于保护被告人权利,无法使其免受更重的刑罚。解决之道就是增设轻罪。不及时增设轻罪,并不意味着司法上就一定保守到对那些明显难以容忍的恶行一概都不予处罚,

^② 付立庆:《论积极主义刑法观》,载《政法论坛》2019年第1期,第101页。

^③ [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25页。

^④ 参见[德]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65页。

被告人最终所受的定罪处罚很可能会比立法消极论者所预想的还要重。因此,增设必要的轻罪,对于提供足够的裁判支撑、消除司法困惑,防止重罪被误用和滥用,实现妥当的处罚,均具有实际意义。^⑤

事实上,最近三四十年,各国立法上极力扩大处罚范围的犯罪化趋势都不是一时的心血来潮,在今后一段时期内还会持续下去。^⑥自1969年至今,经过50余年的刑事立法发展,德国刑法中的犯罪范围逐渐扩大,制裁体系日益完善。立法者不仅在侵犯人身法益的犯罪、经济和财产犯罪、危害公共安全的犯罪、环境犯罪和性犯罪等领域增设大量条款,对刑罚、刑事没收制度的改革也卓有成效。自1990年代起,德国在恐怖主义犯罪、有组织犯罪等领域的立法活动非常频繁,刑法扩张的趋势进一步明显。近年来,已经开始用刑法手段对社会生活的各个领域进行规范,反映出刑罚处罚早期化、重刑化的趋势。^⑦日本国会近年来也通过了大量刑事法律,对刑法进行频繁修改。到2017年6月,日本国会更是通过了关于修改有组织犯罪处罚及犯罪收益规制法部分规定的法律案,该法也被称为“共谋罪”法。其中规定,恐怖组织和其他有组织犯罪集团计划从事本法列举的法定刑为4年以上有期徒刑或无期徒刑、死刑的犯罪,二人以上策划有组织地实施该犯罪,并且有策划者已按照计划准备物资、查看现场或实施其他犯罪准备行为的,按情节轻重,对策划者处以最高5年以下拘役。^⑧日本刑法立法的积极和能动是显而易见的。

在这里还需要澄清的是:由于我国刑事立法坚持违法与犯罪的二元体系,尽量不将一般违法行为入罪,那么是否就不宜再增设过多轻罪?对此的回答是否定的,理由在于:(1)任何国家的刑法中都有大量轻罪。轻罪可能被规定在统一刑典中,也可能被规定在行政刑法中,没有足够数量轻罪的刑法立法是无法想象的。(2)在中国,如果不规定轻罪,由于法院独立裁判能力弱,抵抗力差,起诉到法院的案件,在没有对应轻罪(如高空抛物罪)时,法院极有可能类推适用重罪(如以危险方法危害公共安全罪)。(3)从目前立法看,每一个轻罪的设立,都对应着类型化的危害行为及法益侵害或者危险,都有其必要性。(4)有些轻罪似乎被泛化(如危险驾驶罪),但主要是实务操作上对于构成要件、法益侵害以及违法阻却事由的把握上出现了问题,责任不在立法上。因此,不能笼统地、抽象地批评立法,不能认为我国的立法不再坚持区分违法与犯罪的二元体系。

2. 应当考虑增设的轻罪

第一,设置发生率很高、各国普遍处罚的轻罪。我国现行刑法以及随后的修正案规定的具体犯罪看似很多,但由于大多缺乏类型性,从而产生了许多处罚漏洞。缺乏类型性的一个突出表现是,对许多犯罪缺乏基本法条的规制,导致原本只需要一个法条就可

^⑤ 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》,载《比较法研究》2020年第6期,第40页。

^⑥ 参见敦宁:《刑法谦抑主义的西方立场与中国定位》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第52卷),法律出版社2018年版,第424页。

^⑦ 参见金龑:《德国五十年刑事立法发展史的考察、评析与启示》,载《德国研究》2020年第2期,第82页。

^⑧ 参见张明楷:《日本刑法的修改及其重要问题》,载《国外社会科学》2019年第4期,第4-6页。

以描述的犯罪行为,刑法典却用了十几个法条甚至更多的法条,但仍然存在漏洞。例如,刑法有近20个条文规定了背任罪的诸多特别情形,但没有关于背任罪的一般法条,导致对某些危害很严重的行为无法处理。类似问题在强制类犯罪中也存在。此外,刑法仅规定伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪,未将使用伪造、变造的国家机关公文、证件、印章的行为犯罪化,导致危害更严重、更容易查证的行为不受刑法处罚。此外,在自然犯领域,刑法还应当增设一些重要的常见犯罪,如暴行罪、胁迫罪、泄露他人秘密罪、侵夺不动产罪、伪造私文书罪、使用伪造、变造的文书罪等,以维护刑法的稳定性与正义。在法定犯领域,关于交通安全、食品安全、药品管理、环境保护、克隆技术、基因编辑以及金融等领域,也还需要增设大量的行政犯予以规制。^⑨

第二,为弘扬社会主义核心价值观,有必要增设特定情形下的见危不救罪。对此,有学者指出,就陌生人之间的见危不救而言,有“见义勇为”型的见危不救和“举手不劳”型的见危不救之分。对自身或者第三人没有现实危险的救助他人生命的“举手不劳”型“见危不救”,不仅不会给自己增加负担,而且还会救助刑法中最为重要的保护法益即他人生命,增加社会整体利益,属于利人利己的行为,无论在保护法益上还是在维持社会生活秩序的最低限度上,都有入刑的必要。这种行为入刑,属于没有风险的行为,不违背人性,与刑法义务道德化无关,既不会导致偶然责任,也不会违反刑法谦抑性原则。不仅如此,在本罪设立之后,还可将历来被以作为犯处罚的部分见危不救行为吸收进来,使得有关不救助行为的处罚更加完善合理。^⑩

第三,对现有部分罪名进行整合、部分罪名进行分解,形成相应的轻罪。需要整合的情形:例如,目前针对增值税发票的犯罪以及所有发票的犯罪罪名太多,给人以较为凌乱的感觉,需要进一步整合,可以考虑设立一个虚开发票罪,规范所有虚开发票(包括增值税专用发票)的行为;对于妨害税收征管和追缴的犯罪都设计为结果犯,并用专门的一条规定对所有涉税犯罪,只要补缴税款、接受行政处罚并缴纳滞纳金,不予定罪处罚,而不是将这样的除罪规定仅适用于逃税罪。为严厉惩治腐败犯罪,应当删除具体渎职犯罪中的“徇私”;删除受贿罪中“为他人谋取利益”的规定,增设事前受贿罪、事后受贿罪、单纯受贿罪、约定受贿罪等新罪,形成贿赂犯罪的“罪群”。需要进一步分解细化的情形很多:比如对故意毁坏财物罪,德国刑法从第303条起分别规定了物品毁坏罪、数据毁坏罪、对计算机的毁坏罪、损害公共利益的物品毁坏罪、建造物的毁坏罪、重要生产工具的毁坏罪等罪名,我国的相关罪名设置还很有限,增设轻罪就是必要的。

第四,适应社会发展需要,及时增设相当数量的轻罪。一方面,对涉及人类生存环境的犯罪需要作大量规定,比如对破坏环境的犯罪,我国只笼统规定了一个污染环境罪,而德国刑法分别针对土壤、水域、大气噪声等领域的污染设置了独立罪名,并对行为进行了详尽的论述,从而全面保护法益;日本刑法也对各种具体污染环境设置了多个罪名。此

^⑨ 参见张明楷:《增设新罪观念——对积极刑法观的支持》,载《现代法学》2020年第5期,第157页。

^⑩ 参见黎宏:《一定条件下的见危不救入刑研究》,载《中外法学》2018年第3期,第588页。

外,对涉及新型权利的犯罪,比如对噪声污染、性骚扰、严重侵害劳动者休息权利、堵塞交通等危害行为,还需要增设一些适当的罪名。^④另一方面,对于涉及信息技术运用的领域有必要增设足够多的轻罪。这里以妨害业务罪为例进行分析。在实务中,大量利用计算机信息系统妨害业务的行为大多以破坏生产经营罪定性,这使得罪刑法定原则在现代信息社会所面临的冲击超过以往任何时候。但是,破坏生产经营罪的客观行为是毁坏机器设备、残害耕畜或者“其他方法”,这里的“其他方法”,应当是与毁坏机器设备、残害耕畜相类似的行为,而不是泛指任何行为,因为本罪与故意毁坏财物罪之间存在法条竞合关系,本罪是特别规定,即采用故意毁坏机器设备、残害耕畜等方法破坏生产经营。具体而言,在司法实务中,破坏生产经营的“其他方法”,主要表现为破坏电源、水源,制造停电、停水事故,破坏种子、秧苗,毁坏庄稼、果树,制造质量事故或者责任事故等,而这些方法都是物理性地对生产资料的破坏、毁坏。此外,在解释破坏生产经营罪的客观构成要件时,明显有一个“同类解释规则”的运用问题,即对于兜底条款的解释应当与并列的条款具有大体相当性,将其与之前明确列举的行为进行对照,使之在行为方式和侵害对象上保持一致。那么,行为必须表现为毁坏、残害等毁损,且毁损的对象必须是机器设备、耕畜等生产工具、生产资料时,才有可能构成破坏生产经营罪。在使用前述实行行为之外的其他手段妨害他人正常进行的业务时,司法上基于不当的政策考虑进行刑法的“软性解释”,以扩张处罚范围,这种见招拆招的做法始终面临违背罪刑法定原则的质疑,使破坏生产经营罪沦为“口袋罪”。为惩处形形色色利用信息网络妨害业务的危害行为,填补过往立法“意图性的法律空白”,降低罪刑法定原则所承受的压力,有必要增设具体的妨害业务罪,以全面保护法益。^⑤

（六）刑罚及配套处罚制度的合理化、体系化

1. 比例原则（罪刑相适应原则）

立法者运用刑罚的合法性在于对一般预防的追求,在此过程中,应当遵循犯罪人再教育原则以及针对有责性侵害的法益保护比例性、补充性原则所提出的各项限制。^⑥比例原则所要求的是通过科处刑罚所追求的社会效益（预防具有社会危害性的行为）应当与刑罚本身蕴含的成本（尤其是对公民人身自由、财产以及名誉等方面的剥夺）在观念层面做相应的对比。如果从社会效用角度看,刑法的运用对于社会及个人造成的损害和刑罚产生的预防效果不具有可比性,立法者应当放弃对相关行为的惩罚。只有在有责性基础上对某一法益造成足够严重的侵害,才值得诉诸刑罚。

在此,不能简单地认为犯罪的一般预防效果与刑罚的轻重成正比,进而轻易提高刑罚,这样反而会“钝化”国民对刑罚的感受,最后只能是不得不再次提高刑罚。就特殊预防而言,如果以隔离为中心的消极的特别预防得到强化,以教育改善为内容的积极的

^④ 参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》2016年第3期,第136页。

^⑤ 参见周光权:《刑法软性解释的限制与增设妨害业务罪》,载《中外法学》2019年第4期,第951页。

^⑥ 参见[意]艾米利·多切尼:《意大利法律制度中的犯罪:概念及其体系论》,吴沈括译,载《清华法学》2016年第1期,第83页。

特别预防趋于衰退,减刑、假释都很困难,国民对羁押的长期化有一种期待,那么,罪犯将很难回归社会。

2. 消除对重刑化的误解

刑法最近不断创设新的处罚规定,或者提高现有犯罪的法定刑,进入了刑事立法的活跃化时代;实务上,对行为人科处超出其责任的刑罚的危险随时存在,但实际效果上并不能实现最合适的预防。因此,从目的和理性的视角不能将重刑主义予以正当化。处罚严厉化的倾向来自于通过刑罚制裁就能有效保护法益的误解。直接保护法益的是行为规范,制裁规范只不过是间接地保护法益而已。此外,保护被害人的报应情感这一点也促进了这种倾向。但是,行为规范的任务是保护法益,在法益当中不包含被害人的报应情感的内容,否则就无法防止国家权力的滥用。

立法对刑罚的设置应当尽可能轻缓化。政策对个人权益的限制,唯其在合乎防止犯罪目的所需的最小限度内,在程序及实体方面均为适当时才能进行,因此,反对重刑配置应当是现代刑法立法的题中之义。立法问题涉及到错综复杂的相互关系,与整个社会系统的互动性特别强。如果立法大幅增加对特定犯罪的最高刑,该类犯罪也许会下降,但是,一个未预期且不可避免的副产品就是另一类关联的犯罪也许会上升,因为实施关联犯罪所受的惩罚更轻,成本更低。犯罪的成本之一是预期的惩罚,对甲罪处罚重,行为人就可能用乙罪来置换。^④

此外,对某些特定犯罪的刑罚配置问题需要专门研究,对付经济犯罪需要高度的政策性。例如,发达国家经济犯罪的刑罚大多不重,而发展中国家的刑法中,经济犯罪的刑罚较重。为了促进经济发展,在制定有关经济犯罪的刑法规范时,必须实现刑事政策的合理化,不宜打击面太大,更不要动辄使用重刑。“从宏观上看,经济犯罪是经济生活参与人在发展商品经济活动中附随产生的消极行为(在这一点上,它不同于其他所有犯罪),为了维护经济秩序必须惩罚这种犯罪,但是如果处罚过重,则可能在惩罚犯罪的同时遏制了参与经济活动的积极性。”^⑤

3. 死刑的进一步限制

1997年刑法典规定了68个死刑罪名,但多数犯罪的死刑在实践中较少适用。近年来,尊重和保障人权逐步成为我国民主法治建设过程中所秉持的一个重要理念。2012年,我国首次发表《中国的司法改革》白皮书,指出死刑直接关系到公民生命权的剥夺,适用死刑必须慎之又慎。党的十八届三中全会明确提出,逐步减少适用死刑罪名。经过《刑法修正案(八)》《刑法修正案(九)》两次修改后,死刑罪名降至46个。死刑罪名减少后,我国社会治安形势总体稳定可控,一些严重犯罪稳中有降。刑法修正案取消22个罪名的死刑,没有对社会治安形势形成负面影响;取消死刑后,最高还可以判处无期徒刑,也不会放纵罪犯。

^④ 参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第70页。

^⑤ 杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1993年版,第37页。

在此背景下,需要考虑进一步削减死刑罪名的问题,今后应当逐渐过渡到死刑只适用于情节严重的故意杀人犯罪,以及实施抢劫、强奸、放火等罪致人死亡的情形,即“有命案”的场合,从而把死刑压下来。虽然在民众的一般意识中,看重报应和过高估价死刑功能的思想根深蒂固,但对罪犯适用死刑过多,同刑事立法的内在逻辑相矛盾,因此,对死刑有必要进行全面限制。基于此,建议进一步修改《刑法》第49条第2款,将“审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑”的年龄界限予以降低。在俄罗斯刑法中,对已满65周岁的男子就不适用死刑。我国现有的规定并未充分体现对老年人的体恤,也没有顾及我国人均寿命的情况,以及已满75周岁以上老年人实施暴力犯罪极少的现实,因而需要进行修改。

4. 关于法定刑的协调

不同犯罪之间刑罚的协调是基于法典编纂的理念全面修订刑法典需要解决的一大难题。例如,(1)集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪法定刑并不均衡;(2)挪用资金数额特别巨大的,判处7年以上有期徒刑,比对应的挪用公款罪法定刑要重;(3)收购野生动物罪的法定刑比收买被拐卖妇女、儿童法定刑要重;(4)故意伤害罪与组织卖血罪的法定刑明显不协调;(5)抽逃出资罪与挪用资金罪的法定刑失衡;(6)行贿与受贿罪的处罚也不平衡。(7)对于民营企业从业人员,过于重视对其处罚与国家工作人员的平等性,进而提高职务侵占、挪用资金等罪的法定刑,未必具有合理性。(8)绑架罪的起刑点为5年,比故意杀人罪还重,与罪刑相适应原则有抵触,需要对本罪及其他犯罪的起刑点进行系统研究。如此等等,不一而足。

5. 其他相关处罚制度的建构

首先,基于刑罚轻缓化以及与认罪认罚从宽制度相衔接的需要,对增设的许多轻罪的法定最高刑设置为1年以下有期徒刑。要考虑将认罪认罚、退赃从轻处罚规定“总则化”。《刑法修正案(九)》第44条规定,犯贪污、受贿罪,在提起公诉前如实供述自己的罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形(数额较大或者有其他较重情节)的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形(数额巨大或者有其他严重情节的、数额特别巨大或者有其他特别严重情节)的,可以从轻处罚。这一规定实际上确立了认罪认罚从宽处理的实体法地位,有其合理性,但仅作为分则性规定适用于贪污贿赂罪,不能“惠及”能够退赃的普通财产犯罪和经济犯罪,既与这一规定的重要性不相匹配,也与刑法面前人人平等的原则相悖,且未充分考虑对大量轻罪不宜重罚的现实。因此,需要提升该规定的地位,将其作为总则条文进行设置。其次,要考虑增设新的刑种,如强制社区劳动、剥夺勋章或荣誉称号等,为司法上实现罪刑相适应提供更多选项。再次,对赃款赃物的追缴,在符合一定严格限制条件的前提下适用善意取得制度。最后,要考虑降低犯罪附随后果的严重性,对应修改政务处分法,对某些轻罪(如危险驾驶等罪)的非刑罚附随后果需要认真研究,妥善作出规定,使犯罪的附随后果符合比例原则要求。

四、全面修订刑法典的相关问题

法典应当关注特定时代所提出的现实问题,回应民众的关切,将内容相同的规定科学、有序地整合在一起,为司法活动提供足够数量、尽可能明确、没有内在矛盾的裁判规则。在全面修订刑法典过程中,还有一些与此相关的重要问题需要研究。

(一) 突出刑法典的中国特色

前已述及,我国刑法从19世纪中叶以后受德国、日本影响较深,主动学习外国的立法技术,以自由、民主、人权的观念为基础开展近代刑法立法,许多刑法制度采用西方工业社会的法律思想,与中国传统社会的基本理念有一定冲突,与我国社会的具体情境存在明显脱节,不符合中国现实的需要。为此,刑法的改革必须要具有合理性、实用性,容易被司法人员所掌握,符合中国社会的特点。“社会在发展,犯罪也在变化,研究解决惩治和预防违法犯罪实践中遇到的新挑战、新问题,为犯罪及其惩治划杠杠、定规矩,是刑法立法面临的重要任务。坚持问题导向,从我国国情出发,针对实践中出现的新情况、新问题,及时对法律规定作出调整,以适应维护国家安全、社会稳定和保护人民的需要,是刑法修改中一贯坚持的原则,是实事求是思想路线在刑法立法活动中的体现。”^{④6}基于法典编纂的理念全面修订刑法典必须要立足于实证分析,充分关注当下犯罪的态势。社会治安状况是检验现行刑法典效果的主要标准,从而也是调整刑事法律制度的原始动因;某种危害行为的种类、发生频率、强度等,是制定刑法典的基本出发点。

全面修订刑法典应当尊重犯罪防控规律,对症下药,有的放矢,而不能违背事物发展规律,陷于空想,想当然地设计一些制度。要对犯罪成因的多样性、犯罪现象的复杂性、与犯罪斗争的长期性具有清醒认识,其所建构的法律制度才能回应中国社会的现实需求,也才能在刑法典中充分实现宽严相济、赏罚分明的治理策略,展示民为邦本、本固邦宁的民本理念,追求天下无讼、和为贵的价值目标,贯彻明德慎罚的慎刑思想和罚当其罪的平等观念,以及保护鳏寡孤独、老幼残疾的恤刑原则,使我国刑法典成为世界法律之林中特色鲜明、历史底蕴深厚、文化根基坚实的法典。

(二) 理性对待民众的重罚呼吁

人民民主是一种全过程的民主。民众对犯罪和处罚的态度如何,在很大程度上是衡量一个国家文明程度的重要标志之一。在基于法典编纂的理念全面修订刑法典的过程中,需要认真开展调查研究,广泛听取民意,开门立法,把全过程民主贯彻到编纂工作的各个环节。当然,强调民主立法并不是对“众声喧哗”不加甄别。世界各国的立法实践已经表明,民众支持实施严厉刑罚的呼声很高,在刑事立法过程中,公众自觉或不自觉会发出重罚呼吁,会通过各种渠道表达增设新罪、加重处罚的愿望,对刑法管理、控制社

^{④6} 郎胜:《我国刑法的新发展》,载《中国法学》2017年第5期,第42页。

会的能力提出极高的期待,这一点无论是在英美国家还是欧陆各国都是如此。^{④7}如果全面修订刑法典时对此“照单全收”,对法治国家刑法的司法运作会有消极影响。立法者需要关注民众对犯罪的恐惧感,但也应当理性评估刑法的功能,对于民众加重刑罚的呼声需要保持谨慎,不能单纯为了让国民有安心感而在某种行为的发生率并未增加、危害也并未提升的情况下规定象征性的立法,或者相对随意地提高法定刑。在现代社会,各种媒体尤其是自媒体极其发达,其会放大社会的不安定这一侧面,会让普通人产生随时可能遭受犯罪侵害的错觉,这一定会对立法者产生很大影响。但是,这样一些媒体宣传未必有合理根据。在国民出现这种不安全感时,最主要的是及时澄清事实,提供准确的报道,而不是仓促回应国民的呼声进行象征性立法。“刑法严厉化的趋势看来可能是一系列问题的发展的产物,并因此必须给予质疑地观察。”^{④8}一味迁就民众的重罚愿望,不但不会消除国民的很多疑问,而且会产生加深民众不安的负面效果。

此外,值得关注的是,有些重罚呼吁是被害人一方发出的。“随着犯罪——对犯罪被害以及应付犯罪被害之风险和恐惧的经历——成为日常生活中维持经济安全的经常性特征,犯罪日益成为政治问题,‘刑罚民粹主义’的时代出现了”^{④9}。对此,尤其需要立法者理性对待。刑法确实需要顾及被害人利益的保护,但是,如果为了满足被害人一方的处罚要求,立足于这种被害报应思想,责任主义就得不到重视。对加害人进行处罚,无法恢复被害人所遭受的损失,也就是说处罚加害人,不能救济被害人,这种认识才是被害人救济的真正出发点。^{⑤0}按照上述逻辑,对于刑罚的设置不应当受到舆论、民众乃至被害人非理性呼吁的左右。坚守这一点,在“涉众型”经济犯罪的犯罪范围和法定刑设置中显得尤为重要。随着社会交往的高度复杂化,刑法需要保护投资者、消费者权益。在经济生活中,参与者因为缺少相关知识、信息而无法作出准确判断,其参与经济活动的自由决定权被侵犯,这样就不断出现增设新罪的呼吁,刑法家长主义的适用领域也在不断扩大。自己决定权被作为宪法上的权利而受到有力保护,被刑法的基本原理所认可。自己决定权只赋予“具有成熟的判断能力的人”,对于没有该种能力的人(包括无责任能力的人以及自由决定权受到限制的人)而言,从缓和的刑法家长主义出发,为了保护其本人的利益,在一定范围内可以用公权力对其自主决定权进行有限的干涉,这是必要的;^{⑤1}但是,过多地适用刑法家长主义增设犯罪保护投资不慎的个人,公众会增加对国家的依赖感,进而出现大量“涉众型”经济犯罪,这些犯罪的范围不断扩大,刑罚也不断加重,这样会强化人们的自我暗示:自己属于缺少自律性的弱势消费群体,处于需要国家法律保护的

^{④7} 参见[美]罗伯特·卡根:《美国与欧洲法律之路:六个根深蒂固的差异》,高鸿钧译,载[德]沃尔克玛·金斯纳、[意]戴维·奈尔肯编:《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》,清华大学出版社2010年版,第68页。

^{④8} [日]井田良:《社会变迁背景下日本刑法的发展》,樊文译,载陈泽宪主编:《刑事法前言》(第7卷),中国人民公安大学出版社2013年版,第272页。

^{④9} [英]尼姑拉·蕾西:《囚徒困境:当代民主国家的政治经济与刑事处罚》,黄晓亮译,中国政法大学出版社2014年版,第16页。

^{⑤0} 参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第9页。

^{⑤1} 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第58页。

地位,自己的投资利益受损之后会得到国家的保护。这种观念的蔓延不利于国家治理现代化的实现。因此,应对自我决定权受损后得到刑法保护的情形有所限定,对这类犯罪的刑法规制也一定要有其边界。国家不能将“体感治安”的恶化、投资失败的挫败感作为立法理由之一,更不宜通过重刑化来象征性地消除这种不安,否则,刑罚就会沦为国家自导自演、国民自我满足的手段。

(三) 不应对应刑法典提出不切实际的要求

无论对刑法典进行何种程度的“精雕细刻”,其都只能就一些重要制度作出符合时代要求的规定,因此,不应对应刑法典提出“包罗万象”“一网打尽”的期待。法典不应当一步到位地颁布,而应当以逐步立法的方式分阶段进行,否则会给立法者带来不可承受之重。编纂法典不应该使法律陷入固化状态。由于科学技术的飞速发展,法典在整体和结构上都依赖于开放性和情势反应能力,在某一领域制定最终的、一劳永逸的规则的观点注定是无法立足的。有学者指出,立法者将一定范围内的决定权交给了法官这样的情形并不少,立法者不可能将所有的事态都考虑进去之后再立法,在制定法律的时候,立法者通常会在大脑里想象各种案件,然后,在其中的某处引出一条线而制定规则。但由于人的想象力具有极限,不可能对所有案件的细节毫无遗漏地想象出来,因此,在一定范围内,将某些场合授权给对具体案件的细节能够现实地认识、并在此基础上进行判决的法官去处理可能更好一些,这样的话,立法者在某种程度上不得不任由判例发展,而自己只能做一些基本的决定。那么,法官和立法者之间作用的分担就是要考虑的,立法和裁判的关系就非常微妙。^②

法典由立法者制定,由法学家和司法者所解释。重要的不是苛求立法,而是在适用时敢于解释、准确解释刑法。立法不可能达到完美无缺的程度,司法上的明确性至关重要。某些刑法规范,其含义本身不是特别明确时,要借助法官之口,使立法主旨转化为司法上的明确性;某些可以作多重理解的刑法规范,需要通过司法行为确定其基本含义;某些存在相互对立的理解的规范,更需要通过法官的裁判展示国家的基本价值取向,从而使刑法规范明确化。可以说,没有积极的、敢于解释和善于解释的司法裁判,就没有刑法的明确性,罪刑法定原则的生命力也就不存在。由此看来,实现罪刑法定原则在中国的再次启蒙,使之在立法论和司法论上都得到重视,可能是一个紧迫的任务。

(四) 刑法学应当对全面修订刑法典贡献更多智慧

“法典是法学研究和立法者意志的结合。因此,它既不是一部法学家的专著,又不是一部法规集,而是二者的结合。”^③近20年来,我国刑法立法发生了巨大变化,处罚的早期化、有效性明显增加,处罚范围更广,刑法深刻影响社会,且这种改变取得了很多正面的效果。但是,我国刑法学无论在概念还是方法论上,对于顺应时代发展、回应时代变革似乎

^② 参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第180页。

^③ [意]桑德罗·史奇巴尼:《法学研究方法以及对古罗马法学著作和近现代法典结构体系中若干问题的思考》,丁玫译,载《比较法研究》1994年第2期,第216页。

还没有充分准备好,对立法的许多批评也还停留在想当然的层面上,对于犯罪变化及社会治理策略提升的认识还不那么深刻。如果承认基于刑事政策的立法是功能主义的,那么,刑法学也必须以功能主义的面目出现,理论层面的很多改变就是当然的、刻不容缓的。

就未来基于法典编纂的理念全面修订刑法典而言,一方面,刑法学需要适度反思:站在古典法治主义立场的话语系统过于笼统、模糊,无法回应当代中国复杂的社会问题和犯罪现象,所以,不宜简单地批评立法,而应该反过来思考立法变革会对刑法学发展带来何种冲击,重新定位刑法学在现代社会的使命。在新的立法改革趋势面前,刑法理论应当重新审视自我定位,正视自身的不足,在概念、工具和方法论上更新,如此,才能在新的刑法变革时代找到自身的价值,^④从而在基于法典编纂的理念全面修订刑法典的过程中,以更加合作的姿态出现,并从中寻求刑法解释学发展的契机。另一方面,在提出立法建议时,需要考虑有关方案的科学性、可行性。例如,有学者建议,对于行为人实施教唆行为的,应当在分则中设置独立的“教唆罪”进行处罚。^⑤但是,如果该罪对被告人的内心意思流露就予以处罚,显然违背了行为主义,比在日本饱受批评的共谋罪走得更远。因为行为主义要求至少必须形成共谋,而且有人基于合意去实施危害行为并侵害法益的,才能对共谋者处罚;如果仅仅表达教唆的意思,通过语言文字进行指使、唆使的,其对法益的侵害极其抽象,规定独立教唆罪究竟是处罚行为的危险性,还是处罚行为人意思的危险性并不明确,这显然与刑法客观主义的立场相抵触。

结 语

在民法典制定出台以后,应当将基于法典编纂的理念全面修订刑法典、打造刑法典的“升级版”提上议事日程。如果与法典化的内在要求相契合的、科学合理的刑法典无法制定出来,真正的法典化体系就难以形成。我国作为一个人口、地域大国,国家的统一和政权的稳定,以及惩罚犯罪的现实需要,都对刑法立法提出了很高的要求,能够回应这种要求的,并不是一个接一个的刑法修正案,而是基于法典编纂的理念系统、科学、全面地修订刑法典。以习近平同志为核心的党中央的坚强领导,为全面修订刑法典的工作营造了良好的政治环境和社会氛围,这是未来刑法立法确保成功的根本保障。在具体立法过程中,应当始终立足于以人民为中心的立法理念,认真梳理刑法理论研究的最新成果,吸纳司法实践的成功经验,加强刑法与民法典、行政法、经济法、社会法等其他部门法的衔接,提升中国特色社会主义法律体系的统一性、协调性,立足中国国情,坚持系统思维,展示刑法典的中国特色,解决实践中的难题;不要刻意追求法典的条文数,不照搬照抄国外的立法模式。只要各方面齐心协力,就一定能够制定出一部更加符合时代要求、内在

^④ 参见[德]米夏埃尔·库比策尔:《德国刑法典修正视野下的刑事政策与刑法科学关系研究》,谭淦译,载《中国应用法学》2019年第6期,第181页。

^⑤ 参见孙运梁、宁鲜鲜:《试论独立教唆罪的设立》,载《聊城大学学报(社会科学版)》2014年第1期,第121页。

结构更为合理、能够管长远的刑法典；^⑤切实促进刑法典的实质优化、长期稳定；确保基于法典编纂理念全面修订刑法典成为贯彻习近平法治思想的生动实践。当然，要推动刑事立法精细化，注重法律的实用性，形成特色鲜明的社会主义刑法典，绝不能急于求成。笔者的建议是：尽快对基于法典编纂的理念全面修订刑法典进行调研，观察我国社会的深刻变化，密切关注其他部门法立法活跃化的现实，用足够的时间稳步推进起草、整合以及刑法典大规模修订的工作，待时机成熟的时候正式颁布精心汇编、纂修的刑法典，大幅度地提升我国刑事领域的国家治理能力和治理水平，以展示大国治理的新气魄、新成就，向世界法治文明贡献中国智慧、中国方案。

Abstract: The current *Criminal Law of China* belongs to the code in essence. However, it is the product of codification legislation at the exploration and initial stage. In the new era, it is necessary to create an ‘upgraded version’ of the criminal code in accordance with the higher requirements of codification. Based on the concept of codification, the task of comprehensively amending the criminal law includes integrating the punishment content of the counterterrorism law, the counterespionage law, the supervision law and other laws; organically connecting with the *Civil Code* and other specific laws; absorbing the reasonable content of the existing special criminal laws, criminal law amendments, legislative interpretations and judicial interpretations; creatively setting important general rules and regulations; improving the clarity of the design of the constitutive elements of a crime, and adding misdemeanors on the premise of modest legal interests protection; promoting the scientific structure of punishment, and increase the provisions of punishment-related systems, etc. In the era of codification, the comprehensive amendment of the criminal law needs great improvement of the reality, integration and systematicness of the law. The comprehensive amendment of the criminal code does not exclude the promulgation of special criminal laws under special circumstances, but it is not appropriate to enact subsidiary criminal laws. At present, it is necessary to organize forces as soon as possible to conduct in-depth research and fully demonstrate it, and formulate a criminal code that is more in line with the requirements of the times and has a more reasonable internal structure in the long term on the basis of the current criminal law in accordance with the concepts and requirements of the codification, which provides more adequate legal system support for realizing the modernization of state capacity and system for governance.

(责任编辑：白岫云)

^⑤ 一个国家的刑法典能够在 100 年以上持续发挥作用的情形并非绝无仅有。典型的例证如《德国刑法典》，其制定于 1871 年，施行了相当长时期，直到 1975 年才被《联邦德国刑法典》所取代；后者虽经无数次修订，但其作为现行的“核心刑法”，一直在德国发挥作用。《日本刑法典》制定于 1907 年，虽然作过多次修订，但历经 110 余年，其基本构成并无变化，一直沿用至今。