

中国刑法立法晚近 20 年之回眸与前瞻

赵秉志^{*}

内容提要 97 年刑法典颁行以来,我国刑法立法经历了一个立法政策由单一从严到宽严相济、立法数量由少到多、立法内容由单一到综合的过程。我国刑法修法总体上坚持了刑法修正案模式,刑法立法的民主性得到了较大提升,刑法立法日趋科学,刑事法网愈加严密。未来我国刑法发展应当坚持理性的立法观,合理回应重大社会关切,坚持适度犯罪化与适度非犯罪化相结合,坚持刑事制裁的轻缓化与刑事制裁措施的多元化。在立法模式上,我国刑法立法应当继续坚持统一的刑法典模式,适当限制全国人大常委会的修法职权,实行相对严格的法律案三审制,并进一步完善刑法的结构、制度和立法技术。

关键词 刑法立法 刑法修正案 刑事制裁措施 适度犯罪化

引言

我国现行刑法典是 1997 年 3 月 14 日经八届全国人大五次会议系统修订的刑法典,这是一部具有划时代意义的重要法典。与以往的刑法立法相比,这部刑法典具有三个方面的显著特点:(1) 统一性。1997 年刑法典在立法形式上实现了制定一部统一刑法典的目标。该刑法典全面吸收了 1979 年刑法典和既往各个单行刑法暨附属刑法规范的合理内容,在立法形式上取消了与刑法典并行而相互独立的单行刑法和附属刑法,实现了刑法的法典化。特别是 1997 年系统修订刑法时把最高人民检察院当时正起草中的反贪污贿赂法纳入刑法典作为分则第八章的贪污贿赂罪^①,把中央军委原本拟独立创制的惩治军人违反职责罪法纳入刑法典作为分则第十章的军人违反职责罪^②,从而实现了我国刑法立法形式上的统一。(2) 科学性。总体而言,1997 年刑法典在立法内容和体例上较为科学:一方面,该法典规定了一系列充分反映现代法治精神的刑法基本原则和制度。其中最值得肯定的是,明确规定了罪刑法定原则,取消了有罪类推制度,增强了立法的明确性,更改反革命罪为危害国家安全罪,取消或分解了投机倒把罪、流氓罪

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院教授,博士生导师。

^① 参见赵秉志、肖中华《中国刑法的最新改革》,载《现代法学》1998 年第 2 期。

^② 参见王汉斌《社会主义民主法制(文集)》(下),中国民主法制出版社 2012 年版,第 602 页。

等口袋罪。另一方面,该刑法典规定了相对科学合理的刑法结构。(3)完备性。1997年刑法典的完备性主要体现在两个方面:一是刑法制度设置较为完备,兼顾了对犯罪的惩治和对人权的保障,包括确立了属人管辖权,将单位犯罪法定化,放宽累犯的条件,严格缓刑、减刑、假释条件,放宽正当防卫的限度标准并增设特殊防卫制度,增设追诉时效延长的规定,加强对被害人的保护,并在此基础上强化了对未成年人等特殊群体犯罪的特别从宽制度。二是刑法罪名设置趋于完备,兼顾了对犯罪的全面规制和重点惩治。1997年刑法典设置了412种罪名,几乎涵括了社会生活的各个方面,同时适应国内改革的需要,将惩治破坏社会主义市场经济的犯罪和妨害社会治安、社会管理的犯罪作为惩治的重点,其中破坏社会主义市场经济秩序罪一章92条,妨害社会管理秩序罪一章91条,两章占全部分则十章共计350个条文的52%强。

光阴荏苒,岁月飞驰。1997年刑法典颁行至今已20年。20年来,我国刑法因应社会发展和犯罪形势变化的需要,在立法上又取得了积极进展,先后颁布了一部单行刑法和九个刑法修正案,并创制了13件刑法立法解释。同时,我国刑法在立法理念、修法模式、基本制度和立法技术等方面也都有了新的发展。在1997年刑法典颁行20周年之际,回顾晚近20年来我国刑法发展的立法进程,总结其立法经验并发现其不足,进而展望未来,坚持改革理念,探索完善举措,对于提升我国刑法的立法水平,推动我国刑事法治建设的进步,无疑具有十分重要的现实意义。

一、中国刑法立法晚近20年演进之轨迹

晚近20年来,以1997年刑法典为基础,我国刑法进行了多方面的立法修正,刑法立法的数量和水平都得到了较大的提升。其演进轨迹具体体现在以下三个方面:

(一) 刑法立法的时间轨迹

刑法立法的时间轨迹能够反映一国刑法立法的过程和频率,因而有助于我们更好地把握刑法立法的动向。从时间上看,晚近20年来我国刑法立法的轨迹主要体现在其总的时间间隔轨迹及其通过、发布与施行时间的间隔轨迹两个方面。

1. 时间间隔轨迹

晚近20年来,我国先后通过一部单行刑法和九个刑法修正案。在法律文件的数量上,我国刑法立法的平均间隔时间是两年。如果再加上全国人大常委会通过的13个刑法立法解释文件,我国刑法立法的平均间隔时间不足一年。其中,最短的只间隔了120天,最长的间隔了1646天。总体而言,我国刑法立法间隔的时间均不长,表明刑法立法活动较为频繁。

2. 通过和发布与施行时间的间隔轨迹

在晚近20年来的10次立法修正中,单行刑法和刑法修正案都是在通过当日即以国家主席令的形式对外发布。但在通过时间、发布时间与施行时间的间隔上,单行刑法和前七个刑法修正案都于通过之日发布,并规定“自公布之日起施行”。只有《刑法修

正案(八)》和《刑法修正案(九)》的发布时间与施行时间不同。这主要是考虑到这两个刑法修正案的修法幅度较大,条文数量都在 50 条以上,需要给法律实施有一定的准备时间。^③这也反映出我国刑法修法的幅度逐渐扩大。

(二) 刑法立法的数量轨迹

这里所称的刑法立法数量,是指刑法修法的条文数量。它能大体反映出刑法的修法规模。晚近 20 年来,我国刑法修法的条文数量总计 179 条,并呈现出以下两个方面的特征:

1. 刑法立法的条文数量总体上呈逐渐增多的趋势

晚近 20 年来,我国立法机关颁布的一部单行刑法和九个刑法修正案的条文数量分别是:单行刑法 9 条,第一个《刑法修正案》9 条,《刑法修正案(二)》1 条,《刑法修正案(三)》9 条,《刑法修正案(四)》9 条,《刑法修正案(五)》4 条,《刑法修正案(六)》21 条,《刑法修正案(七)》15 条,《刑法修正案(八)》50 条和《刑法修正案(九)》52 条。从总体上看,后四个刑法修正案的修法条文数量要明显多于单行刑法和前五个刑法修正案的条文数量。刑法修法的这一数量关系,表明我国刑法修法的条文数量总体上呈现出逐渐增多趋势,也意味着我国刑法修法的幅度逐渐加大。

2. 刑法立法的条文数量与修法的间隔时间密切相关

这种关系的总体呈现是:刑法修法的间隔时间越短,刑法修法的条文数量越少;相反,刑法修法的间隔时间越长,刑法修法的条文数量越多。其中,刑法修法的条文数量在 10 条以上的,刑法修法的间隔时间都在两年以上;而刑法修法的条文数量不足 10 条的,刑法修法间隔时间都在两年以下。究其原因,这应当是与刑法修法的准备时间相关,因为刑法修法的条文数量越多,涉及的相关部门、领域越多,自然需要越多的时间进行调研、研讨和审议。反之,刑法修法的条文数量越少,这方面的准备时间也就需要的越少,立法进度也就会越快。

(三) 刑法立法的规范轨迹

刑法立法的时间和条文数量,反映的是刑法立法的外在特征。刑法的规范内容则是刑法立法的核心,其发展变化的情况对于我们把握刑法立法的发展轨迹更为重要。总体而言,晚近 20 年来我国刑法立法在规范内容上主要呈现出以下三个方面的发展轨迹:

1. 刑法修法内容逐渐由刑法典分则而至刑法典总则

晚近 20 年间,我国刑法立法在内容上以对刑法典分则的修改为主,其中单行刑法和前七个刑法修正案都只是对刑法典分则的修改,并不涉及刑法典总则方面的内容。之后的两个刑法修正案即《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》则既修改了刑法典分则,也修改了刑法典总则。对比刑法典总则与分则的修法幅度,以刑法修正案为例,九个刑法修正案共对刑法典总则部分修改了 23 条,而刑法典总则计 101 条,加上“之”

^③ 参见赵秉志、袁彬《刑法最新立法争议问题研究》,江苏人民出版社 2016 年版,第 225 页。

字条文2个^④,共计103条,修改比例为22.33%;对刑法典分则共修改了144条,刑法典分则有350条,加上“之”字条文37条,共计387条,修改比例为37.21%。由于刑法典总则是关于刑法的指导思想、任务和适用范围,以及关于犯罪和刑罚的一般原理、原则的规范体系,这些规范是定罪量刑所必须遵守的共同规则^⑤,因此通常认为,刑法典总则规定的内容更为基本和重要。我国立法机关对刑法典总则的修改,表明刑法立法开始由具体犯罪的修改逐渐走向刑法重要制度的修改,显示刑法修法的内容深化。

2. 刑法修法的宽严趋向逐渐由单一从严走向宽严相济

在单行刑法和前六个刑法修正案中,我国刑法立法在规范内容上表现为单向从严的趋向,并主要体现在两个方面:一是犯罪圈的扩张。刑法立法通过增设新的犯罪和调整原有犯罪的构成要件(包括增加规定单位犯罪主体、修改犯罪行为要件、降低行为入罪门槛等),不断地扩大了刑法的惩治范围。二是刑罚处罚力度的提升,并集中体现为法定刑的提升。例如《刑法修正案(六)》将开设赌场行为从赌博罪中单立出来,并增加了“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”的法定量刑幅度。值得关注的是,《刑法修正案(七)》开启了晚近20年来我国刑法修法宽严相济的走向,即刑法修正案的修法内容中不仅有从严的规范,也有了从宽的规范。例如,《刑法修正案(七)》将偷税罪修改为逃税罪并增设了一个出罪条款^⑥,同时针对绑架罪增设了从宽的法定量刑档次^⑦。这打破了过去刑法修正仅注重扩大犯罪圈和提高法定刑的一味从严之立法惯例,开始注意入罪与出罪相结合、从严与从宽相协调,开始贯彻体现宽严相济的基本刑事政策。^⑧当然,我国刑法立法开始较为全面贯彻宽严相济刑事政策的,当属《刑法修正案(八)》。《刑法修正案(八)》在规定一些从严内容的同时,也作了一系列从宽的修正:如取消13种犯罪的死刑,对已满75周岁的老年人犯罪从宽处理并原则上不适用死刑,对未成年人和怀孕的妇女犯罪进一步从宽处理,增设“坦白从宽”制度,对假释需要实际执行的年限作出例外规定,以及降低两种犯罪的法定最低刑等。^⑨《刑法修正案(九)》则在《刑法修正案(八)》的基础上,更加注意全面而充分地贯彻宽严相济的基本刑事政策,对刑法典的相关罪刑规范作了更进一步从宽处理的安排与调整,包括进一步取消九种犯罪的死刑并严格死缓犯执行死刑的门槛,将绑架罪、贪污罪、受贿罪的死刑由绝对确定的死刑改为相对确定的死刑;部分地降低了贪污罪受贿罪的处罚力度,不仅将原来绝对确定

^④ “之”字条文即《刑法修正案》在不改变刑法典原有的条文序号与条文基本结构前提下给刑法典增设的新条文。刑法修正案给刑法典总则增设的这两个“之”字条文,分别是《刑法修正案(八)》第1条增设的《刑法》第17条之一,和《刑法修正案(九)》第1条增设的《刑法》第37条之一。

^⑤ 参见赵秉志主编《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第27页。

^⑥ 即《刑法》第201条第4款“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

^⑦ 即《刑法》第239条第1款后半段“情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”

^⑧ 参见赵秉志《〈刑法修正案(七)〉的宏观问题研讨》,载《华东政法大学学报》2009年第3期。

^⑨ 参见高铭暄《刑法体现宽严相济刑事政策》,载《人民日报》2015年8月28日第7版。

的数额改为概括的数额,而且对犯贪污罪受贿罪,如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果发生的,还规定可以从宽处理。^⑩

3. 刑法修法的重心逐渐由单一走向综合

晚近 20 年来我国刑法立法调整内容广泛,涉及了除刑法典总则第一章之外的所有章节。其中,修法重点是死刑、腐败犯罪、金融犯罪、恐怖犯罪和网络犯罪。修改的条文数量和占相关条文总数比例分别是死刑 22 条、占比 32.35%;腐败犯罪 11 条、占比 27.5%;金融犯罪 17 条、占比 50%;恐怖犯罪 11 条、占比 100%;网络犯罪 3 条、占比 60%。不过,我国刑法修法的重心在总体上也经历了由单一逐渐走向综合的过程。例如,1998 年单行刑法的修法重心是外汇犯罪(包括骗购外汇罪和逃汇罪),1999 年第一个《刑法修正案》修法的重心是破坏社会主义市场经济秩序犯罪,《刑法修正案(二)》修法的重心是非法占用农用地罪,《刑法修正案(三)》修法的重心是恐怖活动犯罪,《刑法修正案(四)》修法的重心是破坏社会主义市场经济秩序、妨害社会管理秩序和国家机关工作人员的渎职犯罪,《刑法修正案(五)》修法的重心是信用卡犯罪。不过,从《刑法修正案(六)》开始,我国刑法修法的重心开始走向多方面和综合性。其中,《刑法修正案(六)》的修法内容涵盖了危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利罪、妨害社会管理秩序罪和渎职罪等,《刑法修正案(七)》则涉及破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪、危害国防利益罪和贪污贿赂罪等,《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》因修法内容进一步扩充至刑法典总则,涉及的内容则更为广泛和综合。

我国刑法立法的上述轨迹表明,晚近 20 年来我国刑法立法经历了一个贯彻刑事政策由单一从严到宽严相济、修法条文数量由少到多、修法内容由单一到全面而综合的过程。这表明我国刑法立法逐渐变得更为积极、主动,刑法在社会生活中的地位和作用进一步提升。

二、中国刑法立法晚近 20 年发展之要论

晚近 20 年来我国刑法立法的发展,是国家根据转型期社会发展变化和犯罪治理的现实需要而进行的有针对性的立法完善,其成效是提升了我国刑法的立法水平,促进了其立法目的的实现,彰显了我国刑法立法与时俱进的积极进展姿态。总体而言,晚近 20 年来我国刑法立法取得的进展主要体现在以下四个方面:

(一) 刑法立法的统一性问题

我国 1979 年通过了新中国第一部刑法典,虽然内容还不够丰富和精细,但不可否认的是其在立法形式上采取的就是统一的刑法典模式。不过,这一模式随着 1981 年 6 月 10 日《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》的通过开始被打破,之后我国

^⑩ 参见赵秉志、袁彬《中国刑法立法改革的新思维——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,载《法学》2015 年第 10 期。

刑法立法即逐步进入了刑法典与单行刑法和附属刑法并存的分散立法模式阶段。我国1997年颁布了经系统修订的刑法典,刑法立法再次回到了统一的刑法典模式。不过,与1979年刑法典之后采取的分散立法修法模式显著不同的是,晚近20年间,我国刑法修法总体上坚持了统一的刑法典模式。这主要体现在:

1. 单行刑法之颁行与统一刑法典的立法格局

1998年12月29日我国虽然通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》这部单行刑法,但这并没有改变我国统一刑法典的立法格局。虽然在形式上,《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》属于单行刑法,这导致我国刑法规范在客观上形成了刑法典与单行刑法并存的局面,但这部单行刑法的以下三个特征表明,该单行刑法的存在并没有改变我国刑法立法的统一刑法典模式:

第一,其性质的过渡性。国家立法机关的权威说明显示,我国之所以在1997年刑法典颁行后第二年就很快通过该部单行刑法,主要是为了应对1997年第四季度开始发生的亚洲金融危机。当时我国社会上出现了大量套汇、骗购外汇行为,严重扰乱了我国的外汇管理秩序;为了有力地打击骗汇、逃汇、非法买卖外汇的违法犯罪行为,保持人民币汇率的稳定,有效防范金融风险,国家立法机关才制定该单行刑法,修改补充逃汇罪,并增设了骗购外汇罪。^⑪同时,我国立法工作机关的刑法立法专家曾说明,当时将外汇犯罪的修法内容以单行刑法方式规定,是出于认为这类犯罪具有显著的暂时性、阶段性和时代性的特征,恰恰是为了保证统一的刑法典模式,以方便在将来我国外汇政策调整后对该类犯罪予以除罪化。^⑫只不过由于后来我国的外汇政策没有调整,该单行刑法才得以继续存在,但在司法实务中这类有关外汇犯罪的案例已很少见。

第二,其内容的单一性。从内容上看,该单行刑法虽然规定了9个条文,但其实质内容只有2条(即第1条和第3条)^⑬,主要是在增设骗购外汇罪的同时修改了刑法典第190条的逃汇罪。与晚近20年来我国刑法的修法数量相比,该单行刑法的修法不仅内容单一,而且数量极少,只约占总修法条文数的1%。

第三,其适用的有限性。该单行刑法是在亚洲金融危机对我国金融安全和外汇管理造成重大压力的背景下出台的,当时我国外汇储备紧张。此后我国外汇储备规模已发生巨大变化,当前我国非但不存在外汇短缺,反而坐拥三万多亿美元的外汇储备。^⑭在此背景下,骗购外汇、逃汇行为的危害性明显降低。司法实践中已很少追究这两类犯罪的刑事责任,其适用的范围极其有限。

^⑪ 参见戴相龙《对〈关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定(草案)〉的说明》(1988年10月27日在第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上),载高铭喧、赵秉志编《中国刑法规范与立法资料精选》(第2版),法律出版社2013年版,第221-222页。

^⑫ 参见黄太云《刑事立法的理解与适用——刑事立法背景、立法原意深度解读》,中国人民公安大学出版社2014年版,第228-229页。

^⑬ 该单行刑法的其他条文都是提示性规定,不具有增加或者删减刑法规范的具体内容。

^⑭ 《中国外汇储备强势逆袭三万亿,中国经济已经开启超级马达》,载“新浪网”2017年3月11日。

2. 九个刑法修正案维护了统一的刑法典模式

与单行刑法不同,刑法修正案对刑法典的修改是在刑法典的框架内对条文进行增删和修改,其本身是刑法典的一部分。刑法修正案在立法形式上维持了刑法典的体例和结构,保证了刑法的统一性。^⑮晚近 20 年间,我国总共通过了九个刑法修正案,基本维持了统一的刑法典模式,并使得刑法法典化成为一种不可逆转的趋势。这主要体现在两个方面:一是刑法修正案是 1999 年至今我国刑法修法的唯一方式。我国除了 1998 年制定过一部单行刑法,此后自 1999 年至今的 18 年间,先后制定了九个刑法修正案。因而刑法修正案是晚近 20 年来我国刑法修法的主要方式,也是过去 18 年间我国刑法修法的唯一方式。二是刑法修法的主要内容均采用刑法修正案的方式。晚近 20 年间,我国刑法修法的条文多达 179 条,除去关于施行时间和部分提示性的条文,属于具体实质性修法内容的条文也多达 162 条。而这其中只有 2 个条文是由单行刑法进行修订的,其余 160 个条文均由刑法修正案修正,占比高达 98.8%。可以说,统一刑法典的立法模式在总体上得到了体现。

3. 统一刑法典模式具有不容否认的积极价值

晚近 20 年来,我国刑法理论上对于刑法修法模式存在争议,主要观点有三种:一是主张刑法立法应走法典化的道路,认为我国刑法法典化是历史与现实的必然选择,具有重要的法律文化价值、比较法价值、社会价值、法治价值和规范价值^⑯,主张刑法修正案应是我国刑法修正的唯一模式。^⑰二是主张刑法立法应走综合化的道路,认为集中性、统一性的刑事立法模式并不现实,我国应由刑法典、单行刑法、附属刑法、轻犯罪法分别规定不同性质的犯罪。^⑱三是主张刑法立法应走二元化的道路,认为我国刑法立法应采取以刑法典为主、以特别刑法为辅的立法模式。^⑲笔者认为,晚近 20 年来我国刑法的立法实践表明,统一刑法典模式具有不容否认的积极价值。这具体体现在:

第一,刑法修正案能保证刑法立法的灵活性。长期以来,反对统一刑法典模式的一个重要理由,是认为统一刑法典模式在修法的灵活性上不如单行刑法、附属刑法,不能满足犯罪形势快速变化的立法及时跟进之需要。但我国刑法立法的经验表明,由于刑法修正案之立法权与单行刑法、附属刑法一样归属于全国人大常委会,它们的立法程序也大体相同,因而刑法修正案与单行刑法一样具有灵活性、及时性、针对性强、立法程序相对简便的特点和优点。不仅如此,刑法修正案的灵活性在某些情况下,甚至还要超过单行刑法和附属刑法。以反恐刑法的修正为例,我国不仅在 1997 年刑法典中规定了恐

^⑮ 黄京平、彭辅顺《刑法修正案的若干思考》,载《政法论丛》2004 年第 3 期。

^⑯ 参见赵秉志《当代中国刑法法典化研究》,载《法学研究》2014 年第 6 期。

^⑰ 参见杨辉忠《我国刑法修正案实践与思考》,载戴玉忠、刘明祥主编《和谐社会语境下刑法机制的协调》,中国检察出版社 2008 年版,第 68-69 页。

^⑱ 参见张明楷《刑事立法的发展方向》,载《中国法学》2006 年第 4 期。

^⑲ 参见孙力、付强《对我国刑事立法模式的反思与重构》,载戴玉忠、刘明祥主编《和谐社会语境下刑法机制的协调》,中国检察出版社 2008 年版,第 34-36 页。

怖活动犯罪,而且还通过多个刑法修正案增设、修改了多个恐怖犯罪的立法。但我国《反恐怖主义法》却直到2015年12月27日才正式出台。试想,如果对恐怖活动犯罪采取单行刑法或者附属刑法的立法模式,按照《反恐怖主义法》的立法进程,势必也要等到2015年底才能进行规定。而这将远远不能满足我国应对恐怖活动犯罪的国际态势发展和治理国内恐怖活动犯罪的现实需要。统一刑法典模式下的以刑法修正案创制与完善反恐刑法立法的方式,避免了《反恐怖主义法》制定面临的诸多行政难题,提高了反恐刑法立法的灵活性。

第二,刑法修正案能充分维护刑法立法的统一性。刑法修正案与单行刑法、附属刑法不同,其只能针对刑法典进行修正。刑法修正案在创制过程中和通过时其形式上是独立于刑法典的,但在通过后即成为刑法典的组成部分,即刑法修正案的整个立法内容都必须纳入刑法典的统一结构和体例。这样就明确了新的修法内容与刑法典的关系,有效地避免了新的修法与刑法典原有内容关系的不协调、不明确问题,既促进了刑法立法的协调完善,又便于司法中对刑法立法的正确理解与适用,从而兼顾了维护刑法典的统一性与完善性的需要。^{②0} 刑法修正案的方式也有助于更好地明确修法条文的法律内涵。例如,《刑法修正案(九)(草案)》曾将恐怖活动犯罪分别置于刑法典分则的不同章节(包括刑法典分则第二章、第四章和第六章)。《刑法修正案(九)》对草案的这种立法状况进行了调整,将多种涉恐犯罪均纳入了危害公共安全罪专章。这有利于统一刑法关于恐怖主义犯罪的司法适用。相反,如果对恐怖犯罪采取单行刑法或者附属刑法的立法方式,立法者就无法解决其犯罪客体的合理调整和科学定位问题,进而有可能会损害立法的统一。

第三,刑法修正案能提升刑法的适用效率。与单行刑法、附属刑法相比,刑法修正案的最大优点是能维持刑法典的集中和统一。这对法治发展水平尚有待进一步提高的当代中国而言十分重要,有利于人们更好地理解和掌握刑法规范的内容,进而有助于促进刑法的裁判功能和行为规制功能的实现。事实上,晚近20年来的刑法立法经验也表明,统一刑法典模式不仅提高了我国司法人员对刑法的认识水平,也提高了普通民众对刑法的认知和认可,从而影响到我国社会整体秩序的进一步趋好。以《最高人民法院公报》发布的数据为例,仅2009—2016年间,我国重刑犯(被判处5年有期徒刑以上刑罚的人)人数已由2009年的162675人下降至2016年的97816人,重刑率也由2009年的16.6%下降至2016年的8.15%,重刑率下降了一半以上。^{②1} 虽然导致重刑犯和重刑率下降的因素很多,但它无疑与我国司法水平和公众法治观念的提升有一定的关联。

(二) 刑法立法的民主性问题

刑法立法的民主性是刑法立法科学性的重要基础和保障,也是刑法充分发挥其功

^{②0} 参见赵秉志《论刑法典自身完善的方式》,载《法学杂志》1990年第4期;赵秉志、蒋熙辉《试论刑法修正案》,载张艾清、李理主编《贵州法学论坛》,贵州人民出版社2000年版,第26-30页。

^{②1} 具体数据参见2009-2016年间《最高人民法院公报》刊载的年度全国法院司法统计公报。

能的重要前提。晚近 20 年来,我国刑法立法的民主性得到了较大的提升。这主要体现在两个方面:

1. 刑法立法工作注重听取社会意见和建议

我国 1997 年系统修订刑法典时,就曾向社会公开征求意见,并引发社会各界的广泛讨论。这一立法工作趋向在过去 20 年间得到了进一步加强。在法律草案出台后向社会公开征求意见,已经成为我国刑法立法工作的常态和国家立法机关修法中的基本工作方式。与以往不同的是,这一立法常态在过去 20 年间在三个方面得到了进一步拓展:(1) 立法调研的民主性不断加强。过去 20 年间,我国立法工作机关的立法调研已经由单纯的部门调研走向社会调研,不仅广泛征求相关部门、专家学者的意见,还注重听取行业协会、行业代表和社会民众等各方面的意见。(2) 立法过程的公开性不断增强。立法的公开性是立法民主性的重要承载和保证。不公开的立法很难体现民主。过去 20 年间,我国刑法立法过程的公开性不断增强。一方面,刑法立法审议的透明度明显提高,全国人大常委会对刑法草案的每次审议意见都能够由媒体广泛报道,为社会所知悉;另一方面,刑法立法草案更加公开透明。在《刑法修正案(九)》之前,每个刑法修正案的草案都是在第一次立法审议后向社会公开;《刑法修正案(九)》立法审议期间,我国立法机关不仅将草案的第一次审议稿向社会公开,还将之后的第二次审议稿也向社会公开,实现了刑法修正草案向社会公开的最大化。(3) 修法意见被采纳的程度得以提高。在刑法修正草案向社会公开的基础上,我国立法机关还十分注重听取各方意见,每次都会整理、研究社会各方面的意见和建议,并在立法审议过程中将整理、研究的情况向全国人大常委会汇报,这进一步提升了刑法立法的民主性。

2. 社会各界对刑法立法的参与程度明显提升

随着公民权利意识的提升,人们逐渐认识到刑法立法内容的重要性,社会各界对刑法立法的参与度得到了明显提升。例如,《刑法修正案(九)》因其涉及内容广泛且重要,社会各界高度重视并积极参与。据统计,《刑法修正案(九)(草案)》一审稿向社会公开征求意见后,共有社会民众 15096 人提出了 51362 条意见;草案二审稿向社会公开征求意见后,共有 76 239 位网民通过网络提出了 110737 条意见。^② 这一数字要远远高于同期进行的其他立法,表明社会各界对刑法立法的高度重视和积极参与。

3. 关于刑法立法民主性的争议问题

在晚近 20 年间尤其是近年来,人们对我国刑法立法的民主性也产生了一定的争议。这主要体现在两个方面:(1) 关于刑法修正案应否提交全国人大审议通过的问题。这个问题在前七次刑法修正案出台过程中并不突出,而主要出现在《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》的立法过程中。有观点认为,这两次刑法修正案的内容都非常重大而且修法数量较多。对于修法内容多、幅度大的刑法修正案应由全国人大而不是由

^② 参见《中华人民共和国刑法修正案(九)(草案二次审议稿)参阅资料》,第十二届全国人大常委会第十五次会议参阅资料(二)。

全国人大常委会审议通过。^{②③} (2) 关于刑法修正案立法审议的三审制问题。这个问题在《刑法修正案(九)》的立法过程中表现突出,因为《刑法修正案(九)》中的多项重大内容,如贪污受贿犯罪死缓终身监禁制度的增设、嫖宿幼女罪的取消等都是在草案第三次审议时才增加的,全国人大常委会对此只进行了一次立法审议即予以通过。有观点认为,在《刑法修正案(九)》修法过程中,草案第三次审议稿增加的这些重要内容没有经过全国人大常委会的三次审议,其立法程序存在瑕疵。^{②④}

上述两个问题都涉及刑法立法的民主性问题。笔者认为,前者涉及《立法法》第7条关于全国人大常委会职权的理解问题,后者则涉及对《立法法》第29条关于法律案三审制的理解问题。总体上看,无论是《立法法》第7条还是第29条的规定,都不能得出我国在刑法修正案立法程序上存在形式或者实质违法的结论。但从提升刑法立法民主性的角度,笔者认为,我国有必要对全国人大常委会职能和法律案经三次审议后付诸表决的规定作出合理的限定。这可以从以下两个方面加以论述:

第一,从提升刑法立法民主性的角度考虑,我国有必要适当限制全国人大常委会的职权。我国《立法法》第7条后半段规定“全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。”这其中有两个概念十分关键,即“部分”和“基本原则”。对这两个概念既可以作形式上的狭义理解,也可以作实质上的扩大或限制理解。笔者赞同应对这两个概念作实质的理解。其中,对“部分”应作限制性解释,将其解释为“局部”,即补充和修改的刑法典条文数虽然没有超过半数但已经数量很大且涉及的方面也较多,就应认定其不属于“部分”。对“基本原则”则有必要作扩大的解释,即它既包括《刑法》典第3-5条明文规定的基本原则,也包括那些没有明文规定但对立法、司法具有重要指导作用的基本原则、原理。^{②⑤} 据此,刑法修法具有以下两种情形之一的都应交由全国人大表决:(1) 刑法修法的条文数量较多。如果修法的条文达到了刑法典总条文数的五分之一或者四分之一以上的,即可认为超出了“局部”修改。(2) 刑法修法的内容重大。例如,《刑法修正案(九)》增设的终身监禁制度涉及刑罚体系的调整和罪责刑相适应原则的贯彻,应认为涉及“刑法基本原则”问题。

第二,从提升刑法立法民主性的角度考虑,我国刑法修正案应实行相对严格的法律案三审制。我国《立法法》第29条规定“列入常务委员会会议议程的法律案,一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决。”从提升刑法立法民主性的角度审视,笔者认为,应对该条规定中的两个概念(即“法律案”和“一般”)作适当的限定。一方面,对

^{②③} 参见全国人大常委会法工委刑法室编《地方人大和中央有关部门、单位对刑法修正案(九)草案的意见》(法工刑字[2015]1号)2015年1月4日。全国人大常委会法工委刑法室编《刑法修正案(九)草案向社会公众征求意见的情况》(法工刑字[2015]2号)2015年1月4日。

^{②④} 参见前引⑩,赵秉志、袁彬文。

^{②⑤} 参见前引③,赵秉志、袁彬文,第16页。

该条中的“法律案”不应机械地理解为仅指整个法律草案,而应该也包括法律草案中的重要内容。法律案都是由若干法律规范组成,特别是一些重要法律条款对法律案的存在和价值具有重大甚至决定性影响。因而对《立法法》该条规定的“法律案”应作实质性理解。否则,立法机关完全有可能在第三次审议时对第一次或者第二次审议的草案内容进行大量调整,进而虚置《立法法》第 29 条规定的法律案三审制。另一方面,该条中的“一般”指的是常例,表明了一种立法的原则性倾向要求,除非有特别原因,否则不能打破。这也是既往我国法律解释的基本思路。应该看到,《立法法》第 29 条之所以对列入全国人大常务委员会会议议程的法律案作“一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决”的规定,其目的是为了全国人大常委会委员们和社会各方面能够对立法的内容进行更加全面而充分的讨论,以增进立法的民主性。因此,从立法民主性的角度看,全国人大常委会应当将涉及重大刑法制度的立法内容交由全国人大常委会会议进行全面审议。

(三) 刑法立法的科学性

刑法立法的科学水平是一国刑事法治建设整体水平的反映。我国 1997 年刑法典在 1979 年刑法典的基础上较好地推进了刑法立法的科学化。而晚近 20 年间,经由系列立法修改,我国刑法立法的科学性得到了进一步的提升。这主要体现在以下四个方面:

1. 刑法立法理念的科学化

刑法立法需要一定的观念指引。合理的刑法立法理念对推动刑法立法的科学化具有积极作用。晚近 20 年来,我国刑法立法较好地坚持了科学立法的基本理念:(1) 始终坚持以解决实践问题为主的立法导向。晚近 20 年间,我国社会发展迅速,违法犯罪的形势变化很大,新型犯罪层出不穷。在此背景下,我国刑法立法坚持问题导向,一方面针对新出现的违法犯罪行为,增设了大量的新罪名,如恐怖主义犯罪、极端主义犯罪、信息网络犯罪等,进一步严密了刑事法网;另一方面针对犯罪态势的变化,适时调整了诸多原有犯罪的构成要件和刑事处罚,如取消了嫖宿幼女罪,调整了绑架罪、组织卖淫罪、强迫卖淫罪等多种犯罪的法定刑。通过这些立法调整,我国司法实践中面临的许多突出问题都得到了较好的解决。(2) 始终坚持以解决重点问题为重心的立法方向。当今我国社会正处于新的转型期,各个领域都有诸多问题需要立法作出回应和应对。晚近 20 年来,我国刑法立法主要致力于解决我国社会领域的各种突出问题,其中最为突出的当属特殊群体的刑法保护、刑事制裁措施的调整以及恐怖主义犯罪、极端主义犯罪、信息网络犯罪、金融犯罪、腐败犯罪的立法完善等。对这些重点问题的解决,提高了刑法立法的针对性和效率,促进了刑法立法的科学性。

2. 刑法立法政策的科学化

我国 1979 年刑法典创制时,强调要立足于惩办与宽大相结合的基本刑事政策。后来在 20 世纪 80 年代初开始奉行的“严打”刑事政策对惩办与宽大相结合的基本刑事政策造成了冲击和影响,以至于到 1997 年修订刑法典时,并未像 1979 年刑法典那样再在

法律中载明惩办与宽大相结合的刑事政策,但惩办与宽大相结合作为我国基本刑事政策的地位并未被否定,而且在1997年刑法典中也得到了基本的体现。2005年起我国开始将基本刑事政策由惩办与宽大相结合逐步调整确立为宽严相济。宽严相济的刑事政策是惩办与宽大相结合刑事政策的继承与发展,该政策要求在刑事法治领域要宽中有严、严中有宽、宽严相济、宽严有度。作为我国现阶段的基本刑事政策,它既指导刑事司法,也指导刑事立法和刑事执行。^{②6}以宽严相济的基本刑事政策为指导,2009年的《刑法修正案(七)》开始注意刑法立法内容上的从严与从宽相结合,2011年的《刑法修正案(八)》和2015年的《刑法修正案(九)》进一步强化了刑法立法上的宽严相济,其中值得特别关注的是刑法立法在从宽方面的三大举措:(1)死刑制度的趋宽改革,包括提高死缓犯执行死刑的门槛、对老年犯罪人原则上不得适用死刑、针对贪污受贿犯罪增设具有死刑替代功能的终身监禁制度、废止22种罪名的死刑、取消3种犯罪之绝对确定的死刑规定等。通过严格限制死刑的适用,我国刑罚体系的严厉性有所降低。(2)特殊群体犯罪的从宽处理。这除了对老年人原则上不适用死刑外,还包括对老年人犯罪的从宽处理,对未成年人、怀孕的妇女和老年人适用缓刑从宽,未成年犯罪人不成立累犯等。(3)具体犯罪处理的从宽。这除了死刑改革所涉及的具体犯罪外,还包括提高了逃税罪、贪污罪、受贿罪等多种犯罪的入罪门槛,降低了绑架罪等多种犯罪的法定刑,削减了组织卖淫罪、强迫卖淫罪等多种犯罪的加重处罚情节。通过这些方式,我国刑法对相关犯罪的处罚力度有所降低。

3. 刑法重要制度的科学化

晚近20年间,我国刑法立法的改革以具体犯罪的改革为重心,同时重视刑法制度的重大改革,并取得了积极成效:

第一,实现了刑事制裁措施的多元化。长期以来,我国刑事制裁措施总体上较为单一,主要以自由刑为核心,着重追求实现刑事制裁的报应正义。随着我国犯罪圈的扩张,人身危险性在犯罪结构中的地位逐渐得到提升,单一化的刑事制裁措施已难以适应犯罪结构的这一变化。在此基础上,我国通过《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》先后增设禁止令、从业禁止等多项预防性措施,同时增设了专门针对特重大贪污罪受贿罪的终身监禁,推动了刑事制裁措施的多元化,有助于提升刑法的治理效果和水平。

第二,促进了刑罚制度的实质化改革。我国传统刑事制裁体系在一定程度上存在着重刑过重(主要是较重的刑种)、轻刑(主要是较轻的刑种和刑罚制度)过轻的缺陷。为了弥补这一缺陷,我国《刑法修正案(八)》在轻刑设计方面专门增设了社区矫正制度。该制度对我国刑罚制度进行了多方面的实质化改革,包括通过完善社区矫正的内容和措施进一步充实了管制刑的内容,避免了管制刑因处罚过轻而容易被虚置;赋予缓刑、假释更具体的内容,提升了缓刑、假释的社会效果。

第三,推动了刑罚体系的轻缓化。如前所述,这主要体现在死刑制度改革、特殊群

^{②6} 参见马克昌《论宽严相济刑事政策的定位》,载《中国法学》2007年第4期。

体犯罪从宽、若干具体犯罪从宽等三个方面。它们共同推动了我国刑事处罚的轻缓化发展。

在我国刑法的上述制度改革中,死刑制度改革取得的成效最为显著,主要体现在五个方面:(1)废止死刑罪名。《刑法修正案(八)》废除了 13 种犯罪的死刑,在此基础上《刑法修正案(九)》又一次性废除了 9 种犯罪的死刑,使得我国刑法典分则的死刑罪名由之前的 68 种减至 46 种,减幅接近三分之一。(2)提高死缓犯执行死刑的门槛。《刑法修正案(九)》将死缓犯执行死刑的条件由之前的“故意犯罪”修改提高为“故意犯罪,情节恶劣的”,同时规定死缓犯“故意犯罪”但不属于“情节恶劣的”,不执行死刑但应重新计算死刑缓期执行的期间并报最高人民法院备案。(3)适度限制、调整死缓犯的减刑、假释。根据《刑法修正案(八)》的规定,死缓犯在死刑缓期执行期间,如果确有重大立功表现,二年期满以后,减为 20 年有期徒刑。对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在减为无期徒刑或者 20 年有期徒刑后,不得再予减刑。这大大提高了死缓犯的实际执行期限。(4)原则上废止老年犯罪人的死刑适用。根据《刑法修正案(八)》的规定,审判时已满 75 周岁的老年人,除以特别残忍手段致人死亡的外,不适用死刑。(5)《刑法修正案(九)》废止了 3 种犯罪绝对确定的死刑,即将绑架罪、贪污罪和受贿罪由其原来绝对确定的死刑修改为相对确定的死刑,赋予了司法机关在刑罚适用上更多的选择权,有利于限制死刑的适用。

不过,在上述刑法制度改革中,终身监禁制度的增设遇到了较大的意见分歧和争论。其中反对者的主要理由是:死缓特别是死缓限制减刑已较为严厉,罪犯关押二、三十年后已基本丧失再犯能力,没有必要再予以终身关押;终身监禁让罪犯看不到希望,违背改造教育的刑罚目的,也将导致监狱负担过重,执行上有困难;终身监禁与联合国有关囚犯待遇的国际公约等的相关规定之精神冲突;世界上几乎没有国家对罪犯予以实际上的终身监禁,判处终身监禁的经过评估是可以释放的,或者可以予以特赦。^{②7}而支持者的主要理由是:我国无期徒刑的处罚力度太轻,无法承担起死刑替代功能,终身监禁以死缓制度的适用为前提,较死刑更为轻缓和人道,采用终身监禁替代贪污罪受贿罪的死刑,具有合理性。^{②8}笔者认为,终身监禁本身存在着不人道、不公平、剥夺罪犯改造的机会和浪费司法资源等缺陷,但从切实推动我国死刑立法改革和严肃惩治严重贪腐犯罪的双重需要看,将终身监禁作为死刑立即执行的替代措施,有其积极意义。^{②9}但需要注意两个方面:(1)终身监禁立法的有限性。作为死刑的替代措施,终身监禁是为死刑的限制、减少乃至废止服务的,因此终身监禁制度的存在必须有一定的限度。对于

^{②7} 参见全国人大常委会法工委刑法室编印《一些部门、法学专家对刑法有关问题的意见》(2015 年 7 月 16 日)。

^{②8} 参见陈丽平《走私核材料罪等不应取消死刑》,载《法制日报》2014 年 12 月 17 日。

^{②9} 参见赵秉志、徐文文《〈刑法修正案(九)〉死刑改革的观察与思考》,载《法律适用》2016 年第 1 期。

备而不用、备而少用的死刑罪名,不应规定终身监禁制度。只有对死刑适用相对较多的犯罪,终身监禁的死刑替代价值才能得以体现。(2)终身监禁适用的有限性。《刑法修正案(九)》针对贪污罪受贿罪增设终身监禁制度,是作为贪污罪受贿罪的死刑替代措施而设立的。但值得注意的是,近年来我国对贪污罪受贿罪适用死刑尤其是适用死刑立即执行的情况已经极少,特别是中共十八大召开至《刑法修正案(九)》实施以前,我国已鲜有针对贪污罪受贿罪适用死缓的情形,更不用说适用死刑立即执行了。但《刑法修正案(九)》施行以来,我国已对数起严重腐败犯罪案件的犯罪人适用了终身监禁。^{③④}终身监禁似乎在客观上呈现出作为死刑立即执行和普通死缓之间的中间刑的趋势,值得关注和研究。

4. 罪刑关系设置的科学化

晚近20年来,我国通过刑法立法调整,从多方面完善了罪刑关系:

第一,定罪量刑标准的调整。例如,《刑法修正案(八)》将《刑法》典第153条走私普通货物、物品罪的定罪量刑标准由过去单纯的“数额”(即“偷逃应缴税额”)修改为“数额+其他情节”;《刑法修正案(九)》进一步将贪污罪受贿罪的定罪量刑标准由过去单纯的“数额”(即贪污受贿数额)修改为“数量+其他情节”。这样既突出了数额在相关经济犯罪和腐败犯罪中的地位,又可避免因单纯的数额标准所可能导致的罪刑失衡,从而提高了刑法立法的科学性。

第二,量刑档次的调整。这一方面体现为法定量刑档次的增设,如《刑法修正案(七)》针对刑法典第395条的巨额财产来源不明罪增加了一档“差额特别巨大的,处五年以上十年以下有期徒刑”的法定量刑幅度;另一方面体现为量刑档次内量刑幅度的调整,如《刑法修正案(九)》将贪污罪受贿罪量刑档次由原来的“四大档四小档”(即总体上分为四个大的量刑幅度,但在每个量刑幅度内又包括另一个小的量刑幅度)修改为“三大档一小档”(即总体上分为三个大的量刑幅度,但在最高量刑幅度内又包括另一个小的量刑幅度)。这样,法定量刑幅度得到了适当的扩大,并且避免了修法之前该罪不同量刑幅度之间的交叉,具有相当的科学性。

第三,具体犯罪的刑罚增设。晚近20年间,我国针对大量的经济犯罪、计算机网络犯罪、职务犯罪等增设了财产刑,提高了刑罚惩治的针对性和力度,也更好地促进了罪刑关系设置的科学性。

(四) 刑法立法的完备性问题

^{③④} 迄至2017年5月,我国对四起特重大腐败犯罪适用了死缓附加终身监禁:2016年10月份,我国相继对3起特重大受贿犯罪案件的犯罪人适用了判处死缓附带的终身监禁:一是2016年10月9日河南省安阳市中级人民法院对原正部级高官白恩培以受贿罪(2.46亿余元)判处死缓并适用终身监禁;二是2016年10月17日河北省保定市中级人民法院对国家能源局原副局长魏鹏远以受贿罪(2.11亿余元)判处死缓并适用终身监禁;三是2016年10月22日黑龙江省林区中级人民法院对国有公司原副总经理于铁义以受贿罪(3.06亿余元)判处死缓并适用终身监禁。2017年5月27日,河南省郑州市中级人民法院对天津市政协原副主席、天津市公安局原局长武长顺,以贪污罪(3.42亿余元)判处死缓并适用终身监禁。

晚近 20 年来,我国加大了对具体犯罪的刑法治理,极大地严密了刑法治理的法网,使刑法立法更加完备。这是我国为适应社会快速发展而进行的刑法立法调整。其中在严密法网而完备刑法规范方面,我国主要采取了以下三个方面的措施:

第一,通过增设大量新罪,扩张犯罪圈。据统计,我国目前刑法中的罪名已由 1997 年刑法典颁行时的 412 种扩充至 468 种。仅罪名数量就增加了 56 个,主要分布在危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、妨害社会管理秩序罪等章,集中表现为恐怖主义犯罪、极端主义犯罪、金融犯罪、信息网络犯罪等大量新型严重危害行为入刑,从而大大严密了刑事法网。

第二,通过降低入罪门槛,扩大入罪范围。这方面我国刑法立法的重点是食品药品犯罪、信息网络犯罪等。一些过去适用较少的罪名逐渐被激活。例如,《刑法》第 288 条扰乱无线电通讯管理秩序罪原来的入罪门槛是“经责令停止使用后拒不停止使用,干扰无线电通讯正常进行,造成严重后果”,由于入罪门槛较高,该条文成为我国刑法上的“僵尸条款”,近 20 年间一直无司法适用的案例。针对这一情况,《刑法修正案(九)》将该罪的入罪门槛修改为“情节严重”,进一步严密了法网。

第三,通过调整构成要件,扩充行为范围。其相关调整主要涉及犯罪的主体要件和客观方面。例如,《刑法修正案(六)》将刑法典第 163 条的行为主体由公司、企业人员扩大至所有非国有单位人员,该罪的罪名也因此由“公司、企业人员受贿罪”修改为“非国家工作人员受贿罪”,从而显著扩大了该罪的适用范围。我国第一和第八刑法修正案也两次对非法经营罪的行为类型进行了扩张。通过这些方式的多次修法,我国刑法的法网变得更为严密。

在严密刑事法网方面,刑法理论上争议较大的是《刑法修正案(九)》采取预备行为实行化、帮助行为正犯化等方式将刑法保护的法益范围大幅提前或扩张的问题。对此,有观点以预防性反恐刑事立法为例,认为《刑法修正案(九)》增设大量恐怖犯罪新罪名有一定的合理性,但刑法必须维护法律基本价值在反恐领域的有序而合理的组合关系,国家要警惕幽暗而缺乏宽容的刑事政策借反恐之名进一步扩张。^①主张国家要防止社会治理出现“过度刑法化”的倾向。^②但也有观点认为,这种现象是刑法必要的、积极的干预,而非过度干预。认为我国社会转型的情势决定了未来的刑法立法必须具有能动性,增设新罪会是很长历史时期内我国刑法立法上的核心任务。^③笔者对此类立法总体上持肯定态度,认为我国刑法的现有规定与我国社会治理的需要之间还存在一定的差距,特别是随着社会的发展,人们对违法行为的容忍度越来越低,过去许多不认为具有严重社会危害性的行为可能因为社会情势的变化而发生改变。将这些行为适时纳入刑法治理的范围逐渐成为必然趋势。例如,随着恐怖活动犯罪的加剧,人们对与恐怖主

① 参见何荣功《“预防性”反恐刑事立法思考》,载《中国法学》2016 年第 3 期。

② 参见何荣功《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015 年第 2 期。

③ 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 2 期。

义、极端主义相关行为的容忍度越来越低。《刑法修正案(九)》新增大量恐怖主义、极端主义新罪名也因此具有必然性。但对有些犯罪,如代替考试罪,笔者认为,从刑法谦抑的角度看尚不具备入刑的充分理由,因为对这些行为采取改进行政处罚的方式进行惩治仍能起到有效的治理作用,刑法似不具有介入的必要性。

三、中国刑法立法未来完善之前瞻

晚近20年来我国刑法立法的轨迹和趋向反映了我国刑法立法的未来发展方向。笔者认为,我国有必要在总结现有立法经验的基础上,从以下三个方面进一步推动我国刑法立法的发展进步:

(一) 确立理性的刑法立法观念

刑法的立法观念决定着刑法立法的内容和走向。理性的刑法立法是刑法提升其社会治理效果的基本要求。对我国刑法立法而言,确立理性的刑法立法观念意味着:

1. 刑法立法必须理性回应重大社会关切

我国《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》针对社会关注的诸多重大问题进行了多方面的回应性立法,包括增设危险驾驶罪、考试作弊行为入刑、提升对拐卖妇女儿童行为的惩治力度、取消嫖宿幼女罪等。对此,刑法理论上也有观点认为,我国刑法立法对重大社会关切的这种回应不够理性,是一种情绪性立法。^{③④}笔者认为,刑法的立法目的决定了刑法应当对社会关切的重大问题作出一定的回应,但这种回应必须立足于刑法的基本原则和原理,且必须符合刑法立法发展的基本趋势。从总体上看,晚近20年来我国刑法对社会关切的回应基本上坚持了理性的立场,如只规定对暴力袭警从重处罚而没有将暴力袭警行为独立成罪;但在个别问题上也存在不够理性之处,如取消嫖宿幼女罪但保留了引诱幼女卖淫罪,这使得取消嫖宿幼女罪是由于该罪对涉案幼女污名化之理由难以成立。未来,我国刑法立法应当更加审慎地回应重大社会关切。

2. 刑法立法应当坚持理性的犯罪观

其核心是要坚持适度犯罪化与适度非犯罪化相结合的立场。关于犯罪化,晚近20年来,我国刑法立法总体上较好地坚持了这一立场。但刑法理论上也有学者提出要进一步推进积极的刑法立法观,不断地扩张犯罪圈。例如,近年来有观点提出我国应当走社会治理一元化的道路,取消行政处罚措施和犯罪概念中的定量因素,对所有违法行为均采取刑法措施;^{③⑤}也有观点主张我国应当大量增设新罪,走大规模犯罪化的道路。^{③⑥}对此问题,笔者在十多年前就曾提出要采取适度犯罪化策略,主要是基于我国社会的快

^{③④} 参见刘宪权《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,载《法学评论》2016年第1期。

^{③⑤} 参见卢建平、孙本雄《危害社会行为治理体系二元论与一元论之比较》,载赵秉志、莫洪宪、齐文远主编《中国刑法改革与适用研究》(上),中国人民公安大学出版社2016年版,第42页。

^{③⑥} 参见周光权《积极刑法立法观在中国的确立》,载《法学研究》2016年第4期。

速发展和我国刑法规定的犯罪类型的有限性。^{③7}在此基础上,笔者今天进一步认为,未来我国不仅要继续坚持适度犯罪化的方向,还要坚持适度非犯罪化的方向。其中,前者的理由仍是立足于我国社会治理的现实需要,即我国刑法需要根据违法犯罪形势的变化不断增设新的犯罪,不过考虑到我国社会发展正逐步进入一个相对平稳期以及刑法谦抑原理,新型犯罪的增设必然要有所限制,犯罪的增设不宜过度;后者的理由主要是考虑到我国新刑法典颁行至今已经 20 年,人们对犯罪的认识也逐渐在发生变化,基于犯罪危害性的变化和刑法立法的观念调整,我国需要对部分犯罪(特别是无被害人的妨害风化类犯罪、纯粹属于社会管理类的行政犯罪)逐渐采取非犯罪化的做法。例如,对于虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪,鉴于公司法的修改,全国人大常委会的立法解释就大大限缩了其适用范围;^{③8}对于非法吸收公众存款罪,我国有关司法解释也进行了极大的范围限缩,对于追诉前全部退回吸收资金的,在一定条件下可不予追究;^{③9}同样,非法经营罪的范围在我国近年来的司法实践中也出现了明显予以限制适用的倾向^{④0}。

3. 刑法立法还应当坚持理性的刑罚观

理性的刑罚观与理性的犯罪观是相呼应的。对未来我国刑法的立法而言,理性的刑罚观要求:

第一,刑罚的轻缓化。我国目前的刑罚体系在整体上仍呈现出偏重于重刑的结构,即以自由刑为中心,兼及生命刑和财产刑,而资格刑在我国刑罚体系中的种类较少且地位较低。这种重刑化的刑罚结构与我国犯罪圈的扩张不相适应,也与我国民众权利意识的提升不相适应。未来我国应当坚持刑罚轻缓化的改革方向,进一步减少死刑的立法和适用,提高财产刑的地位,增设更多的资格刑。

第二,刑事制裁措施的多元化。刑事制裁措施包括刑罚措施与非刑罚措施两大类。我国传统的刑事制裁措施均以刑罚为核心,非刑罚措施基本不发挥实质作用。不过,《刑法修正案(八)》、《刑法修正案(九)》增设的禁止令和从业禁止拓展了非刑罚措施,推动了保安处分的刑法改革。^{④1}这是我国刑事制裁体系改革的重要举措,也与我国重视犯罪人的人身危险性因素有关,并且符合我国刑罚的预防目的。事实上,随着人身危险

^{③7} 参见赵秉志《刑法调控范围宜适度扩大》,载《检察日报》2004 年 3 月 25 日。

^{③8} 全国人大常委会 2014 年 4 月 24 日通过的《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》载明“刑法第一百五十八条、第一百五十九条的规定,只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司”。

^{③9} 最高人民法院 2010 年 11 月 22 日《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条第 4 款规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚;情节显著轻微的,不作为犯罪处理”。

^{④0} 最高人民法院 2011 年 4 月 8 日《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》第 3 条规定“各级人民法院审理非法经营犯罪案件,要依法严格把握刑法第二百二十五条第(四)的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第(四)规定的‘其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为’,有关司法解释未作明确规定的,应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示”。

^{④1} 参见魏东《我国废止劳教后的保安处分改革》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015 年第 1 期。

性因素在我国定罪量刑中的地位提升(如《刑法修正案(八)》将“多次盗窃”作为盗窃罪的入罪标准之一),保安处分的种类和地位必将得到进一步的增加和提升。

(二) 坚持统一的刑法立法模式

刑法立法模式反映了一国对刑法立法方式的追求。关于未来刑法的修法模式,笔者认为,我国应当发挥刑法法典化之优势,继续坚持统一的刑法典模式。

第一,晚近20年来我国刑法立法的经验表明,统一的刑法典模式是一种成功的刑法立法模式,应当予以坚持。如前所述,晚近20年来我国刑法修法主要采取的是刑法修正案方式,通过刑法修正案对刑法典进行了修改、补充和完善,不仅能够满足刑法立法的灵活性要求,而且有效地维护了刑法立法的统一,促进了刑法立法功能的发挥。

第二,我国现实国情要求我国刑法立法应采取统一的刑法典模式。我国现代刑事法治始于新中国成立。之后,经过长期努力,我国的法治建设水平得到了较大的提升,立法和司法能力得到了显著的增强,民众的法治观念也得到了大幅的提升。但不可否认的是,我国刑事法治建设距离我国法治和社会现代化建设的目标仍有较大的差距。立法、司法和守法能力与水平仍有待进一步提升。我国仍然需要积极增强刑法立法的适用性,提升司法水平和守法意识。在此背景下,统一的刑法典模式因其体系完整、结构完备、内容集中,更容易为司法者和民众所理解与掌握。相比之下,分散的刑法立法模式将刑法规范分散在刑法典、单行刑法和附属刑法之中,刑法规范之间的联系和对应被削弱。特别是附属刑法,其设置在民事、行政法律之中,对民事、行政法律具有很强的依附性,不容易为人们所掌握。可以说,对我国这样一个现代法治精神欠缺、法治资源尚待积累巩固的国家而言,统一的刑法典是具有号召力的法律文化力量,也是造就共同法律文化的有利因素^⑫。

第三,国外的立法实践表明,我国刑法立法应采取统一的刑法典模式。受历史、文化、传统和观念的影响,当代中国刑法在理念和规范上都与大陆法系国家的刑法更为接近。不可否认,从具代表性大陆法系国家刑法的立法模式上看,德国、日本等国家都在刑法典之外保留了单行刑法和附属刑法。造成这种立法状况的原因,一方面是因为德日等代表性大陆法系国家刑法对犯罪采取的是“法定性、司法定量”的模式^⑬,其行政处罚几无存在的空间,因而这些国家将部分刑事责任规范规定在行政法律之中以明确行为的法律责任,有一定的合理性。而我国对犯罪采取的是“定性+定量”的立法模式,行政法律对违法行为可以通过明确其行政责任的方式确立违法内涵,将比行政责任更严重的刑事责任规定在刑法典中并不会影响行政法律规范的强制性。另一方面是因为德日等大陆法系国家刑法典的修法程序更为复杂,不利的影响因素更多。据介绍,这些国家各有关政党基于其自身利益的考虑,其立法机关的立法者们也往往更关注那些民

^⑫ 参见赵秉志、袁彬《建议将惩治外汇犯罪决定纳入刑法典》,载《法制日报》2012年2月22日。

^⑬ 参见欧锦雄《犯罪的定义对犯罪构成边界之限制——以我国四要件体系与德、日等国三阶层体系相比较为例的分析》,载《法商研究》2016年第2期。

众感兴趣的现实民生性议题,而较少关注刑法典这样的基本法的修改。受党派利益之争和民意代表们关注程度的影响,这些国家的刑法典修订工作变得更为复杂和困难。与这些国家相比,我国刑法典的修正不会遇到这类阻力和分歧,修法程序也相对快捷。因此采取统一刑法典的立法模式,不会影响我国刑法修法的及时性。

立足于统一的刑法典模式,未来我国刑法的修正将可能采取以下两种方式进行:刑法修正案方式。目前我国已经通过了九个刑法修正案。按照这一思路,我国今后还可能继续采取刑法修正案的方式对刑法典进行修正。不过,受全国人大常委会职权的限制,这种修正仍然局限于对刑法典的“部分”修正,且不得违反刑法的基本原则,并需切实贯彻全国人大常委会审议法律案的三次审议制度。(2)全面修订刑法典的方式。我国现行刑法典颁行于1997年,迄今已有20年(我国1997年刑法典与1979年刑法典之间只间隔了18年)。晚近20年来,我国刑法在立法的理念、政策等方面都有了较大的发展,其中对包括刑法基本制度、基本结构在内的刑法规范问题也有了新的认识。我国要将这些认识全面地体现在刑法典中,就需要对刑法典进行全面修订。

综合各方面的因素,笔者认为,在统一的刑法典模式之下,我国未来应当考虑适时全面修订刑法典。这是因为:首先,这是全面调整刑法结构的需要。虽然当前我国刑法典的结构大体合理,但仍然存在若干有待改进之处。例如,我国刑法典关于空间效力的规定中,尚缺乏对港澳特别行政区和台湾地区与祖国内地(大陆)互涉刑事案件管辖权问题的规范;我国刑法典尚缺乏对特殊群体犯罪的专门规定,不利于加强对这些群体的刑法保护;我国刑法典规定的刑事制裁措施较为单一,有进行多元化改革的必要;我国刑法典分则尚缺乏国际犯罪等专章,不利于与国际社会加强惩治国际犯罪的要求相对接。我国刑法立法要解决这些问题,就需要对刑法典进行全面修订。其次,这是全面更新刑法理念的需要。晚近20年来,我国刑法在人权保障、犯罪治理、刑罚改革等方面都取得了积极进展,人权保障观念进一步深入人心,对犯罪的治理逐渐转向强调惩罚与预防并重,刑事制裁措施也逐渐由单一的惩罚性走向惩罚与预防相结合。这些理念的贯彻涉及对刑法基本原理和制度的调整,显然不宜采取刑法修正案的方式进行。最后,这是将单行刑法纳入刑法典的需要。1998年12月29日全国人大常委会通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》这部单行刑法对刑法典只作了增设骗购外汇罪和修改逃汇罪两点修正。尽管如此,该单行刑法与刑法典并存的局面仍在一定程度上影响了我国刑法体系的完整与统一。特别是骗购外汇罪涉及的是一个独立的条款,在体系上不属于刑法典的任何一条,在单行刑法的框架下难以直接纳入刑法典。从这个角度看,我国要保持完全统一的刑法典模式,就需要将这一单行刑法的内容纳入刑法典。对此,最好的修法方式当然也是全面修订刑法典。

(三) 实行综合的刑法立法举措

刑法立法的举措是刑法立法观的具体贯彻和体现。从完善刑法立法的角度考虑,笔者认为,我国未来的刑法立法应当切实采取以下三个方面的立法举措:

1. 对刑法结构予以合理调整

我国 97 刑法典确立了“总则”、“分则”、“附则”三编暨“总则”五章、“分则”十章的基本结构。97 刑法典颁行后晚近 20 年来,我国刑法修法没有对刑法典的结构进行调整。但从刑法典结构进一步完善的角度考虑,我国有必要从以下两个方面进一步调整刑法典的结构:

第一 适当增设必要的章节。其中 在刑法典总则方面 我国有必要将“刑法的适用范围”独立成章,并增设“正当行为”、“罪数”、“特殊群体的刑事责任”、“保安处分(预防性措施)”等专节,这一方面是为了进一步充实相关部分的刑法规范内容,另一方面也是为了保持其与刑法典总则已有章节之间的协调与平衡;在刑法典分则方面,我国有必要增设“国际犯罪”专章以方便增加规定相关国际罪行,同时对恐怖活动犯罪、信息网络犯罪等单独设节,并将危害婚姻家庭罪、环境犯罪独立成章,以合理调整刑法对这些类型犯罪的惩治。

第二 适当调整现有的章节。一方面,我国有必要在刑法典分则各章之下均设节的层次,这样既有利于彻底贯彻刑法典分则的章节制,也有利于保持刑法典分则各章之间的平衡;另一方面,我国有必要合并刑法典分则的部分章节,如可以根据犯罪侵害的同类客体,将贪污贿赂罪与渎职罪两章合并为职务犯罪专章,将危害国防利益罪和军人违法职责罪两章合并为危害国家军事利益罪专章,同时在章下设节,并在此基础上根据客体的重要程度调整不同章节的顺序。

2. 对刑法制度予以合理改革

我国未来刑法改革的关键是刑法制度的改革。在制度设计上,我国有必要结合现有制度,积极推进以下四个方面的刑法制度改革:

第一 进一步加强对特殊群体的刑法保护。除了前述死刑制度改革涉及的特殊群体犯罪问题,我国有必要对未成年人、老年人、孕妇、新生儿母亲、聋哑人、精神障碍人等特殊群体犯罪的刑法适用规定专门的政策、原则和制度,特别是要明确对特殊群体犯罪从宽的原则和措施。

第二 进一步推进死刑制度改革。如前所述,晚近 20 年来,我国在死刑制度改革方面取得了重大进展。但我国死刑制度的现状与我国死刑制度改革的目标之间尚存在较大的差异。未来我国应当进一步推进死刑制度的改革,包括严格限制死刑的适用条件,将死刑的罪种限定为联合国人权公约所倡导的“最严重的犯罪”之范围;严格限制死刑的适用对象,禁止对老年人、新生儿母亲、聋哑人、精神障碍人等特殊群体适用死刑;进一步提升死缓制度的地位并提高死缓犯执行死刑的条件;进一步废止死刑适用的罪名,逐步将死刑适用的罪名缩小至致命性暴力犯罪,直至最终全部予以废止。

第三 进一步推动刑事制裁的多元化和轻缓化。一方面,我国应进一步探索建立并完善保安处分等预防措施,完善资格刑,提升财产刑的刑法地位,探索不同刑事制裁措施之间的转换制度,推动刑事制裁措施的多元化;另一方面,我国应进一步推动刑事制裁的轻缓化,包括推广和改进社区矫正制度,扩大管制刑的适用,完善缓刑适用,探索建立一整套完善的刑事赦免制度,改进具体犯罪的法定刑设置,合理推动相关犯罪法定刑

的轻缓化。

第四,进一步完善重点领域的犯罪治理。我国应当进一步完善对恐怖主义犯罪、极端主义犯罪、黑恶势力犯罪、毒品犯罪、金融犯罪、信息网络犯罪、环境犯罪、腐败犯罪等重点犯罪的刑法治理,完善其入罪门槛、定罪量刑标准、法定刑设置;同时要适应犯罪治理的需要积极增设必要的新罪(包括前述的增设国际犯罪等)。

3. 对刑法立法技术予以合理革新

刑法要增强其适应社会生活的能力,就既要维护自身的确定性,又要具有一定的灵活性,而对于此二者的协调,立法技术在其中发挥着重要的作用。^④《刑法修正案(九)》在取消组织卖淫罪、强迫卖淫罪死刑的同时,规定犯组织卖淫罪、强迫卖淫罪“并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”,体现了我国死刑改革的立法技术探索。在此基础上,我国未来应当进一步加强刑法立法的技术革新,可以考虑致力于以下三个方面:

第一,对死刑罪名的技术性删除。尽管经过第八和第九两个刑法修正案,我国已经取消了 22 种罪名的死刑,但当前我国死刑罪名仍多达 46 种。而从司法实践的角度看,其中大部分死刑罪名都属于备而不用或者备而少用。许多罪名死刑的适用也仅限于致人死亡的情形(如抢劫致人死亡、强奸致人死亡等)。根据这一情况,我国应当扩大运用牵连犯等罪数原理,对以杀人手段实施的犯罪,确立按照故意杀人罪与相关犯罪数罪并罚或者从一重罪处罚的原则,将其死刑适用问题全部纳入故意杀人罪内进行解决。据此,在保留故意杀人罪死刑的前提下,我国完全可以大量取消现有犯罪的死刑。

第二,对过度类型化犯罪的技术整合。从立法罪名的设置上,我国刑法存在着对许多类似犯罪区分过细的问题,如刑法典对诈骗犯罪、盗窃犯罪、抢劫犯罪的行为类型就明显分类过细。虽然其旨在细化罪刑关系,但相近似犯罪在定罪量刑标准上的差异也容易导致刑法适用的矛盾与冲突。对此,有观点认为,刑法过度类型化思维不仅造成了“不典型”与“典型”关系的混乱,而且造成了犯罪行为方式以及犯罪形态等问题上所体现出来的规范的混乱。^⑤笔者认为,这种看法有一定的合理性。有鉴于此,我国应当探索犯罪类型化的合理规则,根据罪刑关系的需要,合理地进行类型化立法。

第三,关于刑法明确性的技术处理。“法律只能订立一些通则,不能完备无遗,不能规定一切细节,把所有的问题都包括进去。”^⑥对刑法立法而言,立法技术的局限性决定了刑法规范的明确性只能是相对的,一定的模糊性与不确定性不可避免。^⑦正是基于对这种立法特点的考虑,晚近 20 年来我国已将一些犯罪的定罪量刑标准由明确具体的刚性规定(如“偷逃应缴税额五万元以上”)修改为相对模糊的概括规定(如“数额较大”)。

^④ 参见周少华《立法技术与刑法之适应性》,载《国家检察官学院学报》2011 年第 3 期。

^⑤ 参见马荣春《警醒刑法学中的过度类型化思维》,载《法律科学》2012 年第 2 期。

^⑥ 参见[古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1983 年版,第 163 页。

^⑦ 参见刘艳红《刑事立法技术与罪刑法定原则之实践——兼论罪刑法定原则实施中的观念误差》,载《法学》2003 年第 4 期。

这种立法的模糊性和概括性赋予司法更大的弹性和张力。但刑法必须在立法的明确性与模糊性之间有所抉择,要保持一个合理的限度。未来我国应当在刑法立法上积极探索进一步细化量刑情节、慎用兜底条款等措施,合理把握刑法明确性的程度。

结 语

通过上述分析可以发现,晚近 20 年来,我国刑法立法在立法理念、模式和内容上都取得了积极进展。其中特别值得肯定的是我国坚持了统一的刑法典模式,促进了刑法立法的统一。在此基础上,我国刑法立法的民主性、科学性和完备性都得到了不同程度的增强。但不可否认的是,我国刑法立法在观念、结构和制度设计上仍然存在一些缺陷。可以预见的是,尽管我国现行刑法典的体系能够基本满足我国现阶段犯罪治理和刑法修正的需要,但随着社会发展对完善刑法典呼声的不断增强,我国全面修订刑法典的时机正逐步来临。我国未来的刑法立法改革走向,是要总结我国刑法立法的既往经验,正视其存在的不足,在纷繁复杂的现实之中,坚持理性的刑法立法观,积极探索刑法立法的结构优化、制度改革和立法技术完善,不断地从结构、制度和立法技术这三个方面完善刑法典。惟有如此,我国刑法立法的统一性、民主性、科学性和完备性才能持续地提升,从而进一步推动我国刑事法治建设的进步。

Abstract: In past two decades since the adoption of Criminal Law of 1997, Chinese criminal legislation has revolved from adhering to a single policy to combining severity with leniency, increased in number and become more complicated than before in contents. Amendment of Criminal Law has generally adhered to codification mode, and democracy in legislation process has considerably been promoted. Meanwhile, Criminal legislation has become increasingly scientific as the net of Criminal Law becomes more and more tight. Development of criminal law in future shall adhere to a rational stance, respond to major societal concerns reasonably, delicately balance criminalization and de-criminalization and maintain the standpoint of utilizing light and plural punitive measures. As for legislation mode, Chinese Criminal Law shall continue to adopt the unified codification mode. Meanwhile, the authority of the NPC Standing Committee to modify criminal law shall be properly restricted, a relatively strict three-level legislation process adopted, the structure and systems of criminal law improved and legislation technology promoted.

(责任编辑:白岫云)