

· 刑事法治体系与刑法修正专题 ·

编者按:十八届四中全会决定提出了“建设中国特色社会主义法治体系”的重大命题,强调法治体系建设“必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键”。在整个法治体系中,刑事法治体系自然是重要组成部分;其中,刑法立法对刑事法治体系建设又发挥着不可替代的基础性作用。适逢刑法修正案(九)于2015年11月1日起施行,刑法修正作为重要的刑法立法形式,对于刑事法治体系建设而言,自然也是至关重要。为此,《法学研究》编辑部以“刑事法治体系与刑法修正”为题举办了2016年春季论坛,力图以刑法修正为切入点,展开对刑事法治体系建设的研讨。我们深知刑事法治体系建设作为一项系统工程,既涉及纵向的制度运行与联动,也涉及横向的跨领域互动,非凭刑法学科一己之力即能提供充足的学术支持,故本次论坛邀请了刑法、刑事诉讼法、犯罪学、法学理论、宪法、国际法、环境法等多个学科的学者参与,从多角度、多层次、多学科展开学术争鸣。为及时反映论坛研讨成果,《法学研究》本期从征文中精选四篇论文先行刊发,以飨读者。论坛的其他重要成果也将陆续刊出。

积极刑法立法观在中国的确立

周光权*

内容提要:晚近两个刑法修正案显示出刑法规制社会生活的范围拓展、力度增强,学界对此几乎一边倒地予以批判。这些批判基本从消极刑法立法观出发,其论证以古典理念型刑法思想为支撑,未能有效回应中国当下的社会情势。在刑法观念逐步转向功能主义、刑法与政策考虑紧密关联的今天,刑法的谦抑性并不反对及时增设一定数量的新罪;刑罚早期化与转型中国社会的发展存在内在联系;意欲建设法治国家,就必须将限制、剥夺公民人身权利的处罚事项纳入刑事司法的审查范围。积极刑法立法观的确立有其社会基础,也更符合时代精神。与之相匹配,未来中国的刑法立法从技术层面需要考虑进行相当规模的犯罪化,但处罚不能轻易由轻改重;增强立法的问题意识、难题意识和实证支撑,提升不法的直观性、可感性;对公众的情绪化呼吁保持足够的理性与警惕;建立与新设大量轻罪相契合的刑事程序;尽可能降低犯罪的附随负面效应,使罪犯能够顺利回归社会。

关键词: 刑法修正 古典刑法思想 谦抑性 积极刑法立法观

一、晚近两个刑法修正案所承受的诸种批评

通过对刑法修正案(八)、刑法修正案(九)的观察,不难发现晚近中国刑法立法具有

* 清华大学法学院教授。

本文系国家社科基金重点项目“加快推进反腐败国家立法研究”(14ADZ139)的阶段性成果。

以下五方面的鲜明特点：（1）拓宽了处罚领域。增设与有组织犯罪、集团犯罪有关的危害公共安全、破坏经济秩序和妨害社会管理秩序犯罪，成倍地扩大处罚范围；将某些预备行为、帮助行为明确规定为实行（正犯）行为；增设大量法定刑较低，涉及社会面管控的轻罪；将许多原来以劳动教养处理的行为轻罪化，部分填补劳动教养制度废除后留下的处罚空档。（2）在一定程度上转变了法益观。一方面，刑法从消极的法益保护——没有法益侵害，刑罚权就不能启动——逐步转变为积极的法益保护——立法上主动发现、积极评估未来可能出现的法益危险或实害并及时跟进，确立相对较低的轻罪行为入刑标准。另一方面，针对某种可能造成危险的行为设置罪刑规范，从重视法益实害转向重视法益的抽象危险，从注重保护传统意义上的个人法益转向重视公共利益和社会秩序。（3）增加了新的处罚手段，刚柔相济。“刚”表现为处罚严厉化：包括缩小对死缓犯的减刑幅度；增设限制减刑制度；扩大特殊累犯的范围；提高数罪并罚时并合有期徒刑的最高限；缩小缓刑适用范围；增设禁止令；提高部分犯罪（如操纵证券、期货市场罪、组织、领导、参加恐怖组织罪、组织、领导、参加黑社会性质组织罪、寻衅滋事罪、敲诈勒索罪、抢夺罪）的法定刑；对严重贪污受贿犯罪设置终身监禁；对行贿罪、收买被拐卖的妇女儿童罪的处罚变得很严厉。“柔”则表现为：一方面，降低某些犯罪（如绑架罪）的法定刑起点；另一方面，大幅度缩小某些犯罪（如逃税罪）的适用范围，进行实质的非犯罪化。（4）赋予刑法新的机能。例如，通过增设新罪将部分原本具有民事不法性质的欠债不还行为犯罪化（如增设拒不支付劳动报酬罪等），从而参与社会管理，解决社会突出矛盾；将严重丧失社会诚信的虚假诉讼、使用虚假身份证件、考试作弊等行为犯罪化。（5）时常面临新的难题。晚近两个修正案所设置的很多新罪对行为的描述高度概括，不再追求发生实际侵害的“结果导向”，使得不法的直观性、可感性降低；刑法成为解决社会问题时必须考虑的手段，与传统上减少社会对立面、缩小刑罚打击范围思路拉开了距离，势必招致大量质疑。^{〔1〕}刑法立法总体面貌的上述变化，概括起来讲就是：刑法规制社会生活的深度、广度和强度都有大幅度拓展、扩张，不仅“管得宽”，而且“管得严”。

对于刑法立法趋势的上述变化，学界几乎一边倒地予以批评，^{〔2〕}认为其使得刑法工具化、过快膨胀、过度干预社会生活。其实，早在制定刑法修正案（八）时，就有部分学者强烈反对危险驾驶罪的立法，其主要站在古典主义刑法观的立场，认为增设该罪与我国刑法立法一贯坚持的“结果本位”不一致。^{〔3〕}刑法修正案（八）通过之后，又有不少学者对其提出进一步的批评。例如，有学者认为，修正案以扩大国家刑罚权力、缩小或限制公民自由为内容，使得我国刑事立法在工具主义的轨道上前行，社会治理“过度刑法化”。这种做法具有高度的社会风险与危害，将改变国家权力与公民权利结构，导致国家司法资源的

〔1〕 更为详尽的分析，参见周光权：《转型时期刑法立法的思路与方法》，《中国社会科学》2016年第3期，第124页以下。

〔2〕 对刑法修正案（九）总体上给予肯定的主张可以说是凤毛麟角。比如，高铭喧等人对于该立法所体现的犯罪标准降低、刑法针对妨害社会管理秩序行为大量增设新罪、刑罚目的的调整基本给予肯定，但同时也对刑事立法妥当性的边界如何打造提出了一些见解。参见高铭喧、李彦峰：《〈刑法修正案（九）〉立法理念探寻与评析》，《法治研究》2016年第2期，第34页以下。

〔3〕 例如冯亚东：《增设“危险驾驶罪”不可行》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第6卷，中国人民公安大学出版社2012年版，第373页。

不合理配置，削弱刑法的公众认同，阻碍社会创新。为防止社会治理“过度刑法化”，必须反对刑法对刑事政策的过度回应，强调刑法的“司法法”属性；要积极提倡刑法参与社会治理的最小化；坚守刑法保护公民自由这一根本使命。^{〔4〕}在制定刑法修正案（九）的过程中，对草案的批评也一直不绝于耳。先后饱受质疑的问题有：部分罪名取消死刑、^{〔5〕}网络犯罪以及虚假诉讼罪的增设、扰乱法庭秩序罪的修改等。^{〔6〕}在刑法修正案（九）通过之后，这种批评似乎没有停息的趋势，颇有代表性的批评意见有：（1）违反刑法的谦抑性。刑法修正案（九）规范的某些行为，运用民事的、行政的法律手段和措施足以抗制，没有必要通过刑事立法将其规定为犯罪。刑法原本是法律的“最后一道屏障”，现在的立法违反了刑法的谦抑性，其大量规定属于情绪性立法，并不合适。^{〔7〕}（2）导致刑法工具主义。作为刑法立法的一种新取向，“新刑法工具主义”产生于中国现代化转型过程中，表现为刑法为了应对社会发展的危机，在其原有的实用工具主义的基础上，衍生出以安抚民意、稳定民心、减少转型危机所可能带来的政治风险为立法导向的立法活动。“新刑法工具主义”的形成有其深厚的社会基础，刑罚功能定位不当是其产生的根源性原因，并在金融刑法立法扩张的过程中有着最显著的反映。“新刑法工具主义”偏离了刑事立法的法益保护基准，造成了立法空置或选择性司法现象。为贯彻法治国家立法的正当性标准，有必要在批判性反思“新刑法工具主义”取向的同时，促成刑法立法的理性回归。^{〔8〕}（3）使得刑法不能自治。有学者认为，在晚近我国刑法立法中，刑法前置化的倾向愈发明显，这主要表现为预备行为实行化、既遂形态前置化、行政民事违法行为不断进入刑法制裁的视野；这导致行政民事违法行为与刑事违法行为之间的界限消失，导致罪名形式化、空洞化、黑洞化，导致刑法自治性的削弱。^{〔9〕}（4）与刑法教义学的基本原理相抵触。有学者主要从刑法教义学的角度，结合法益概念、一般预防目的、正犯与边缘行为的关系等分析刑法修正案（九）的得失，认为本次修法存在总论虚置与现象立法、立法的体系性思维与法条内在逻辑的矛盾等问题。^{〔10〕}

上述批评中，应当说有一些言之成理的内容（尤其是从刑法教义学角度对立法所作的批评），立法者应该认真听取并在未来的立法活动中加以吸纳。但问题的另一面是，在刑法立法任务完成之后，学者的使命主要不在于批评，而在于合理地进行解释。更何况，在我看来，目前对刑法修正案的许多批评，其立足的刑法观以及对批评工具的使用，未必都与当下中国的时代特色和时代精神相契合，有很多经不起推敲的地方。

二、刑法观念的转向及其对立法的影响

晚近刑法立法所呈现出来的前述五方面的特点说明，与传统刑法理念不同的刑法立法

〔4〕 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，第523页。

〔5〕 参见陈兴良：《死刑罪名废除争议：观察与评论》，《中国法律评论》2015年第2期。

〔6〕 参见林维：《刑法应当如何平等规制律师》，《中国法律评论》2015年第6期。

〔7〕 参见刘宪权：《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87页以下。

〔8〕 参见魏昌东：《新刑法工具主义批判与矫正》，《法学》2016年第2期，第85页。

〔9〕 参见孙万怀：《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》，《政治与法律》2016年第3期，第10页。

〔10〕 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》2010年第10期，第15页。

观在中国已经确立。这一抉择有其现实合理性，而学界的相关批评在很大程度上仍然受制于传统刑法观，即古典理念型刑法观。但是，这种刑法观念所面对的社会情势、其所针对的行为危害，都与今天有很大不同；其关于刑法谦抑性原则如何约束立法权的假定，未必符合实际。因此，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。

（一）传统刑法观的缺陷及其转向

1. 传统刑法观的基本思路

“17世纪欧洲的思想环境中产生了一次决定性的变化：蓬勃有力的启蒙思潮旨在通过对传统的宗教、政治、法律和文化权威进行理性的批判检讨而使个人摆脱中世纪的束缚，并且从理性出发，恢复和重建其世界观”。^{〔11〕}随着启蒙运动的风起云涌，人们对封建刑法制度开始进行反思，古典刑法思想开始确立，其对行为、构成要件、刑罚目的等重大问题提出了系统的解决方案。按照耶赛克等人的说法：“启蒙运动制定理性的刑事政策，开始了现代刑事司法的新纪元。自然法的理性思想导致人们思考刑法的意义和目的，思考适用自由刑的人道主义思想，……思考刑法在区分法与宗教的世俗化，思考刑罚权通过国家契约论与法定原则的联系”。^{〔12〕}古典理念型刑法观与刑法立法的关联性在于：（1）犯罪是具有自由意志的人经过理性计算后所实施的行为，理性选择的基础是国家制定并公布了成文刑法，处罚必须和行为人事前对规范的认识相匹配。传统刑法观的方法论是形而上学的，其理论假定以高扬理性旗帜为前提，认为存在理性社会、理性犯罪人和理性立法者。理性社会表明社会面临的风险有限，危害行为可控；理性人是具有自由意志且能够对自己行为负责的人，针对这种人，国家通过制定明确且易于理解的规范，就能够赋予个人行动自由并适度约束理性人的行为。基于理性、自由的观念，犯罪必须由成文法规定，对其的表述必须明确，在刑法没有禁止时公民可以按意愿行事，从而体现刑法对人性的尊重。反之，对犯罪的客观要件表述模糊，不法的客观性、可感性较低，以及个人没有选择自由、违反责任主义的刑法立法都在被禁止之列。（2）不法具有客观性，立法要惩罚的是造成危害后果的行为，因此，犯罪行为以实害犯为原型，处罚范围极其有限。自贝卡利亚以来的古典刑法思想认为，犯罪是客观的、外在的，衡量犯罪的唯一标准是行为对社会的危害性。为此，刑法必须将公认的、严重危害社会的“恶”规定为犯罪。如此一来，立法者脑海里的处罚对象基本上就是实害犯，针对危险犯、行为犯的规定基本被排斥。（3）基于刑罚正义以及报应刑的考虑，监禁刑为立法者所青睐。按照传统刑法观，刑罚的正当性论证必须考虑其能够带来的利益，即通过防止引起危害后果的行为来增进社会的总体幸福以及实现社会正义。而监禁能够迫使罪犯反思、忏悔；能够提供一种尺度以利于司法统一，实现对犯罪的报应；在监禁过程中，司法机关对罪犯进行持久、多方位的考察，使其受到规范化训练，更好地与社会合作；在监禁过程中，司法力量得到全方位展示。

总之，在传统刑法观的思考框架内，受理性约束的立法必须尽可能针对可以观察的现实侵害确定处罚规范，刑法的明确性、处罚范围的节制（刑法的补充性、最后手段性）、处罚与社会正义及报应挂钩等，都是传统刑法观的法治国思想的核心内容。从这个意义上讲，

〔11〕 [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第208页。

〔12〕 [德] 耶赛克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2001年版，第118页。

传统刑法观明显具有保守的特点。

2. 传统刑法观所面临的难题

在当下中国的刑法立法中，传统刑法观面临两重难题——以18世纪中叶以后的启蒙思想为原型的刑法观能否自治，能否适应现代社会发展的需要。这些都值得研究。

应当说，在当代中国要彻底贯彻传统刑法观是不合时宜的。一方面，传统刑法观以个人让渡权利形成国家刑罚权的社会契约论为前提。从观念上看，这一假定所导致的结论有诸多可疑之处。传统刑法观重视个人自由，反对刑法干预个人行动，但自由总是有限度的。“作为人的原始状态，首要源泉，自由是一种国家与社会既不能压制也不能限制的原则；自由使人具有了人的资格，创造了人类的人。然而，自由总是呼唤着理性，以寻找管理自由的规则。”^{〔13〕}所以，自由始终受理性、法律的约束。在现代社会增设很多新罪客观上对自由可能有所阻碍，但未必没有合理性。传统刑法观过于重视抽象性思考，重视权利保障，却忽略刑法反应的灵活性，限制预防型刑事政策功能的发挥，有其不足。退一步讲，即便肯定社会契约论假定的意义在于最大限度地约束立法权，^{〔14〕}但在现代社会，也应该肯定个人让渡的权利内容会随着社会的发展而有所变化——随着科学技术的进步，人们的价值取向、行为方式都在发生变化，行为的潜在危险以及危险个体通过以前从来没有出现过的侵害行为造成损害的风险也在增加，由此出现新的利益以及保护呼吁，刑法有时就必须作为最后手段登场。刑法在现代社会的扩张，等于承认了如下事实：公民在订立社会契约时已经概括地允诺，假设在社会面临新的风险的场合，立法者有权辨识风险、评估风险，将某种可能受到侵害的新型利益积极地确定为刑法要保护的法益。另一方面，传统刑法观所确立的更多是一个“理想的彼岸”，这一理想和目标确实具有诱惑力，也值得我们追求，但难题在于人类从来没有、事实上也不可能实现传统刑法观所确立的目标。有学者指出，在评价刑法扩张处罚范围的立法趋势时，“不应该轻率地陷入一种片面批判的立场，并信誓旦旦地保证‘古典自由主义刑法’的优点，事实上，纯粹的古典自由主义刑法从来没有存在过”。^{〔15〕}追求理性和法治当然不会错，但问题在于，现实世界的立法逻辑不可能按照古典刑法思想所假定的理性社会、理性犯罪人、理性立法者的框架去推演。现代社会面临的各种不确定性、各种风险充分说明传统刑法观对社会的观察太过乐观；犯罪人在现代社会中，其价值追求具有多样性，其不计后果的贪婪本性会暴露无遗，在集团性犯罪、跨国恐怖主义犯罪中，基于理性考虑而犯罪的成分明显下降；受突发事件、罕见事件刺激而启动的刑法立法屡见不鲜，立法者在很多时候不得不将一般预防作为治理社会的利器。

也正是基于此，现代各国的刑法立法才不约而同地开启了刑法观的转向：从形而上学的理性思考适度转向更为现实的具体考量、经验判断；从结果导向转向行为导向；从惩罚传统犯罪转向特殊领域（打击恐怖主义、有组织经济犯罪、网络犯罪）；从报应转向积极的一般预防；不再死守用法益概念约束立法者这一立场。因此，现代的刑法立法明显具有功能性，从消极立法变为积极立法。对此，有学者在评价德国1975年至2005年的刑法发展

〔13〕 [法] 戴尔玛斯-马蒂：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社2000年版，第29页。

〔14〕 我国刑法学者固然不会承认其思想受到社会契约论的影响，不过，在那些批评立法的主张中，可以看到社会契约论的影子：立法者能够确定刑法规范来进行惩罚的行为一定是有限的。

〔15〕 [德] 埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社2015年版，第25页。

趋势时指出,其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”。〔16〕

3. 我国当下的刑法立法不应固守传统刑法观

在社会情势明显变化且劳动教养制度被废除,恐怖活动犯罪等有组织犯罪、网络犯罪激增的大背景下,许多学者对晚近刑法立法的积极反应仍然给予激烈批评。我认为这主要是因为这些学者的刑法立法观并未因应社会情势的变化而进行适度转变,即其在批评我国刑法立法时所秉持的仍是传统刑法观。但是,从刑法教义学的角度看,过于重视客观的、自然科学意义上的结果以及因果关系的传统刑法观,将处罚局限于不法特征明确的实害犯,对不作为犯、未遂犯、抽象危险犯尽量不予处罚的立法方案,是一个“失败的方案”。〔17〕在刑法观念逐步转向功能主义,刑法与刑事政策考虑紧紧铰接在一起的今天,传统刑法观所得出的结论并不能令人信服。

当然,考虑到中国当下社会的特质,尤其是法治建设的道路还很漫长,在刑法领域贯彻法治立场仍然是我们的首选,采用激进的刑法全面干预社会生活的立法模式显然不是良策。因此,现在应该坚守的就是对传统刑法观进行适度修正:(1)扩大刑法规制范围,将刑罚目的定位于积极的一般预防。为此,应当重视刑法规范所具有的行为规范属性,强调刑法规范对个人行为的指引,增设必要的具体危险犯、行为犯(抽象危险犯);(2)重视对有组织的共同犯罪、经济犯罪的打击,承认不同法律部门之间处罚上的竞合而非排斥关系;(3)重视处罚手段的多元化,监禁刑的“霸主”地位应当被动摇。

这样的刑法立法观明显受政策思想的影响,是功能主义、积极主义且与转型中国的社会现实相照应的。现在的有力主张认为,刑法和刑事政策之间存在交互影响的关系:一方面,刑事政策思想全面渗透到刑法体系中,刑法体系特别是犯罪论体系因为刑事政策的介入而被大幅度改造,变得更加实质化,价值评价的色彩日益浓厚。另一方面,刑法学的发展对刑事政策的运用发挥着限制功能,刑法也试图同时为那些合理的政策运用提供合理性论证。由此,刑事政策与理论刑法学中的犯罪论之间的联系,开始被有意识地强化。所以,刑法原则型的论证进路与政策型的论证进路之间并不是你死我活的关系,在对立中求共存、妥协的方法论是什么,才是最为重要的。〔18〕罗克辛指出:“只有允许刑事政策的价值选择进入刑法体系中去,才是正确之道,因为只有这样,该价值选择的法律基础、明确性和可预见性、与体系之间的和谐、对细节的影响,才不会倒退至肇始于李斯特的形式——实证主义体系的结论那里。法律上的限制和合乎刑事政策的目的,这二者之间不应当互相冲突,而应该结合在一起。”〔19〕基于上述理念,现代刑法立法将指引人们举止的规范作为引导社

〔16〕 前引〔15〕,希尔根多夫书,第25页。

〔17〕 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。

〔18〕 类似的观点参见劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析:一个规范刑法学意义上的解读》,《中国法学》2011年第1期,第127页。

〔19〕 前引〔17〕,罗克辛书,第15页。

会变革的工具来使用，对构成要件的客观性的要求可能有所降低，在极个别情况下对行为人刑法的理念和立法实践也不绝对拒斥。由此，也就不难理解刑法修正案（九）的部分规定会带有行为人刑法色彩（例如，增设职业禁止的保安处分措施；规定网络服务提供者不履行信息网络安全管理义务，经监管部门责令改正的，并不构成犯罪，只有“拒不改正”的，才作为犯罪处理），以及其中大量关于处罚早期化、共犯正犯化的规定等。这样说来，在晚近刑法立法的基本观念有所变化的情况下，仍然从传统刑法观出发批评具有相对合理性的刑法立法，难免会给人以不在同一平台对话、过于保守的印象。

（二）积极刑法立法观符合时代精神

当代刑法立法的功能性特征极其明显，立法者的反应更为迅捷，通过刑法控制社会的欲望更为强烈，触角也伸得更长。对这种刑法立法活跃的现象，欧陆国家称之为立法的“灵活化”，日本则称其为立法的“活性化”；其实二者说的都是相同的意思——刑法立法必须符合时代精神。我国刑法立法在当下从消极立法观向积极立法观的渐进式转向，恰好与此一致。

1. 通过增设新罪的法治方式治理社会是“刚性”需求

黑格尔曾经说过，每一部刑法都属于它特定的时代，对应当时市民社会的状况。“如果社会本身是动荡不安的，就必须通过惩罚来确立样板，因为相对于犯罪的样板，刑罚本身也是一个样板。如果社会本身是很稳定的，犯罪在法律上的地位就是微不足道的，就可以根据地位的趋势来考虑废除犯罪。”〔20〕

现代中国有三个方面的问题迫使刑法立法必须做出积极反应：（1）新技术的发展、运用和传统监管手段的有限性之间的矛盾日益突出，仅仅运用行政监管措施无法有效遏制某些危害很严重的行为。因此，增设大量利用信息网络的犯罪就在所难免。（2）某些越来越重要的权利需要保护。例如，在民法对隐私权的保护力度有限的情况下，增设侵犯公民个人信息罪、泄露不应公开的案件信息罪都势在必行。（3）社会诚信缺失到极其严重的程度，导致行为无底线，就必须增设虚假诉讼罪、使用虚假身份证件罪等，因为其他社会管控手段明显难以遏制类似行为，从而引发大量诈骗、敲诈勒索等财产犯罪，非法集资、骗取贷款、骗取保险金等经济犯罪，以及缠访、闹访、聚众冲击国家机关、妨害公务、造谣生事等妨害社会秩序的行为。针对上述领域的犯罪化，有学者指出：从犯罪圈变化的角度看，以保障公共安全、维护社会秩序为主要问题导向、以刑法功能的积极发挥为基本价值指引是刑法修正案（九）的基本理念；犯罪的社会危害性标准呈降低趋势、刑罚的积极一般预防目的突出，恰与我国当前的社会状况相适应，是刑法功能积极发挥的具体体现，对此应给予肯定评价；而以公共安全、社会秩序为主要问题导向也具有价值合理性与现实合理性。〔21〕

当然，反对犯罪化立法的学者可能认为，通过提高治安处罚的力度就可以实现社会治理目标，没有必要增设新罪。但是，问题在于：在废除劳动教养之后，无论治安管理处罚措施多么严厉，其力度都是有限的；而且有的行为人（例如，非法获取公民个人信息后四处拨打骚扰电话、推销电话的人，反复非法闹访、缠访的人）可能在多次接受治安处罚后

〔20〕 转引自前引〔13〕，戴尔玛斯-马蒂书，第29页。

〔21〕 参见前引〔2〕，高铭喧等文，第38页以下。

仍不罢休,行政处罚完全不能遏制其行为,对此不增设刑罚手段,就等于没有处罚措施,最终会导致社会失序。此外,还需要特别考虑的一点是:有的治安处罚措施直接剥夺行政处罚相对人一定期限的人身自由,具有相当程度的严厉性,但其由公安机关一家独立决定并执行,缺乏司法审查和制约机制,被处罚者的辩护权利及其救济措施得不到保障。如果立足于建设法治中国的目标,就更应当将这些事关剥夺公民人身权利的处罚事项纳入法官的刑事裁判范围。反之,将新型犯罪或轻罪“这一传统理论不能解决的难题推给其他法律领域,更非可选之策”。^[22]因此,为有效治理社会,将部分危害性相对较大、之前作为劳动教养或治安拘留处罚对象的行为予以犯罪化,就是无可厚非的。^[23]而刑法修正案(九)之所以增设非法利用信息网络罪、扰乱国家机关工作秩序罪、组织、资助非法聚集罪,就有这方面的考虑。对刑法学者而言,显然不能一方面力主废除劳动教养制度,并对治安拘留不受司法审查进行批评,另一方面又强烈反对增设新罪,放任社会失序。

2. 处罚早期化具有必要性

我国刑法立法中的处罚早期化主要基于三方面的考虑:(1)改革开放以来,我国社会逐步从农业社会进入工业社会。汽车工业的发展,对计算机、互联网等新技术的采用,全方位影响国民生活,社会交往和社会关系的维持在很大程度上依赖于人们相互之间的诚信以及对于技术、设备的信赖。为维护国家、社会和个人利益,必须对新技术利用过程中可能产生的各种危险尽早加以识别并有效遏制,因此,处罚早期化的合理根据与转型中国社会的发展存在客观联系。正是基于这一考虑,立法者早在刑法修正案(五)所增设的妨害信用卡管理罪中,就已经流露出对处罚早期化措施的青睐。刑法修正案(八)增设危险驾驶机动车罪,刑法修正案(九)大量增设与信息网络相关的犯罪(尤其是将预备行为正犯化、处罚抽象危险犯)等,都说明立法者对处罚早期化手段的运用已经达到娴熟的程度。(2)仅仅从法益实害的角度看问题,不仅对新型行政犯的惩罚显得没有意义,而且对几乎所有犯罪的解释力也都有限。例如,一个杀人行为,在被害人死亡的场合,具体法益已然受到侵害,此时再讨论对当前的、特定的法益的保护,其实际意义已经很有限。对此,学者指出:“对于这个已经被摧毁的法益客体而言,刑法事后对行为人所为的制裁无论如何都是太迟了。换句话说,如果只着眼于已发生之具体个案中被攻击的法益客体,那么在我们对杀人者施以刑罚时,根本已经没有可供保护的法益……刑法事后对于行为人所做的制裁可以说是与法益保护完全没有关联。倘若只针对过去已经发生的事实,势必就无法理性地说明制裁规范的正当性。”^[24]因此,刑法必须要考虑对规范的维护和积极的一般预防。就此而言,设置相当数量的危险犯规定、将共犯行为正犯化,是在造成法益实害之前对法益进行提前保护的重要手段。当然,这确实也会使刑法介入还相当早的行为阶段,或者保护还很抽象的、难以具体把握的法益。(3)中国境内恐怖活动日益增多,加之全球化和国际化的影响,境外有特殊政治和意识形态诉求的犯罪集团以及为追求经济利益而组成的犯罪组织,

[22] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I》,杨萌译,法律出版社2006年版,第33页。

[23] 参见刘仁文:《论中国刑法结构之改进》,载陈泽宪主编:《犯罪定义与刑事法治》,中国社会科学出版社2008年版,第30页。

[24] 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版公司2008年版,第78页。

和境内犯罪组织、个人相勾结，大规模实施跨境非法活动，对此借助刑法的力量“打早打小”、“露头就打”显然是有必要的。尤其是在打击恐怖主义犯罪领域，如果一定要求立法克制，只能对实害犯进行处罚，未必是务实的态度。因此，刑法修正案（九）增设了准备实施恐怖活动罪、强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪等，以惩治恐怖活动实施之前的早期行为。从总体国家安全观出发，统筹考虑刑法与反恐怖主义法、反间谍法的衔接配套，上述立法当然有其正当性。而类似的有组织犯罪的早期行为，在绝大多数国家也都作为犯罪加以惩治。如果我国刑法不做出这种反应，就会出现恐怖组织的早期行为在欧美以及日本被作为正犯处罚，在中国却难以被定罪的情形，由此也会导致中国在履行国际义务方面存在一定的法律障碍。

处罚早期化的立法，尤其是抽象危险犯的规定，不要求出现如同具体危险犯那样的事实上可以确定的具体法益危险，相反，行为人只要实施了在立法者看来具有一般性危险的行为就够了。这能够在极大程度上弥补实害犯立法的不足。不可否认的事实是，危险驾驶罪的设立确实对一般国民发挥了积极预防和行为引导的作用，对控制交通事故的发生有正面效果。在我国步入汽车社会之后，再去坚守传统的运用过失致人死亡罪兜底处罚交通违法行为的理念，未必正确。就立法必须增设新罪来对付危险驾驶行为这一点，我国和发达国家如日本并没有区别。日本对危险驾驶及其致死、致伤行为，不仅设立的罪名远比我们多，而且处罚也远比我们重。对照同样处于汽车社会，但交通事故尤其是事故致死率远比我们低的日本，我国刑法关于危险驾驶犯罪的规定不仅需要，而且亟待扩大处罚范围，提高处罚力度。^[25]

至于学者关于处罚早期化可能导致行政、民事违法行为与犯罪之间的界限消失，从而使罪名形式化、空洞化的担心，在一定程度上也是多余的。因为关于危险犯、拟制正犯的规定，一定会考虑广义的损害原则，对法益危险进行仔细评估，为立法求得实证基础；同时，在处罚早期化的立法中，其实一定会顾及其与行政、民事违法的界限。例如，在刑法修正案（八）规定危险驾驶罪之后，立法者很快修改了道路交通安全法，取消了行政法上关于醉酒驾驶的行政处罚规定，从而避免了行政违法和刑事违法的责任交叉。因此，在到处布满风险的现代社会，将立法上的损害原则、比例原则等仍然用实害犯、结果犯的尺子来衡量，可能是不合时宜的主张。

3. 刑法的谦抑性并不反对在现代社会增设必要数量的新罪

对我国晚近刑法立法进行批评的学者，大多认为刑法谦抑性的主要功能是制约立法权，即在其他部门法无法惩治严重危害社会的行为时，立法者才通过制定刑罚规范对该类行为进行补充性规制。^[26]

刑法的谦抑性（辅助性、最后手段性）原则当然可以同时适用于立法和司法活动，但认为其应当捆住立法者的手脚、遏止立法者增设新罪的冲动的观点，并没有充足的道理，而且与事实不符。

[25] 参见谢佳君：《日本危险驾驶致死伤罪的立法分析——以对我国危险驾驶罪的立法借鉴为视角》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第43卷，法律出版社2015年版，第406页。

[26] 参见前引〔7〕，刘宪权文，第88页。

第一，由于犯罪的社会危害性具有易变性，某些原来由其他法律法规调整，危害相对较小的行为，其危害性会提升，对此通过立法增设新罪就是合理的。我国刑法中规定的犯罪类型总体较少，在现代社会要实现善治，就必须增设相应规模的犯罪，来实现其他法律法规难以达到的社会控制目标。这些都说明增设新罪与刑法的谦抑性并不矛盾。^[27]相反，如果不及时增设新罪，对某些实务上感觉有处罚必要性的行为，司法机关就往往通过类推解释的方式来处理。这样不仅突破了谦抑性原则，连罪刑法定这一法治铁则也被动摇，这更是得不偿失。例如，有的法院对编造、传播地震信息开玩笑的行为以编造、故意传播虚假信息罪论处，^[28]但虚假灾情信息和虚假恐怖信息明显属于性质不同的信息，将编造、传播虚假灾情、疫情信息的行为认定为编造、故意传播虚假信息罪，显然是违反罪刑法定原则的类推适用，否则刑法修正案（九）第32条增设编造、故意传播虚假信息罪就显得毫无必要。与此相类似的情形还有，对组织出卖人体器官的行为，在刑法修正案（八）第37条增设组织出卖人体器官罪之前，很多法院都采用类推方式对行为人以非法经营罪论处。以上充分说明，在立法缺位的场合，司法对某些社会危害性较大的行为不会坐视不管，其在定罪上不是“打擦边球”就是“走钢丝”，这些做法对被告人的权利保障更为不利，也分割了立法权。因此，与其在表面上固守传统刑法观让立法保持消极（但法治立场经常为实务所突破），还不如采取积极立法观及时增设新罪。

第二，在现代社会，谦抑性原则对立法的制约事实上是有限的。由于法益概念在现代社会被逐步抽象化、精神化、稀薄化是不可扭转的趋势，法益概念的批判功能日益式微。某种原来并不受重视的利益一旦被立法者认为有必要在刑法上加以保护，其就上升为法益。许多立法与其说是要保护国民的利益，不如说是为了回应国民“体感治安”的降低，试图保护其“安心感”，从而使立法带有明显的象征性色彩。^[29]由此一来，基于法益概念对立法权进行制约的诸多原则的力量自然会逐步削弱，以刑法谦抑性作为批评立法的工具，势必具有某种程度的随意性和想当然的成分。^[30]施特拉腾韦特等人指出，目前并不能根据一个可以普遍使用的观点来判定，人类的哪些利益重要或不重要，需要或者无需用刑法进行保护。“随着对一种显著区别于刑法迄今所对付的所有危险的威胁的认识的不断增加，将刑法限制于保护可衡量的（fassbar）法益成为一种毫无希望的做法，因为这种威胁是由人类实施的、对现实生活基础不间断的毁灭。……但仍有部分观点想倒转历史车轮，把刑法局限于与19世纪的‘经典’模式相符的，多少是被狭义定义的‘核心领域’（Kernbereich）”。^[31]虽然在理论上，法益概念“倾向于从名义上寻找有效的宪法秩序，将合法的刑法利益范围限定在对于个人自由的发展、个人基本权利发挥和在此目标阐明建立的国家制度正常运转极其必要的‘事实或目标设定’上”，但由于立法民主化，传统法益理论“在很多地方失去

[27] 参见张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第155页。

[28] 例如，2012年2月14日晚22时许，被告人张某开玩笑，向其朋友多人发送自编的地震信息。后该信息内容被大量不明真相的短信接收者转发、转告，引起几个乡镇几百名群众的恐慌，半夜露宿野外。后被告人张某被河南省巩义市中级人民法院以犯编造、故意传播虚假信息罪判处有期徒刑1年。参见陈真、王东庆：《编造传播地震信息开玩笑是否构成犯罪》，《人民法院报》2013年8月14日第6版。

[29] 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17页。

[30] 参见〔日〕井田良：《变革の时代における理论刑法学》，庆应义塾大学出版会2007年版，第33页。

[31] 前引〔22〕，施特拉腾韦特等书，第32页。

了宪政话语权”。^[32]“在实践中，立法者为轻微违法行为规定相应轻微刑罚的做法，长期以来就一直没有被宣布为违反宪法。当不能确定轻微的手段（例如单纯的民事惩罚）是否足以充分保障结果的时候，立法者还享有对此行使自行评价的特权。因此，辅助性原则就更属于一种刑事政策性的准则，而不是一种强制性规定”。^[33]立法更多是一种社会政策性决定，立法者可以基于法益保护的理念在一定范围内将犯罪行为转化为违反行政法、民商法的行为，或者将违法行为犯罪化。理论上动辄指责立法违反谦抑性原则，未必有实证基础和充分说理。

第三，肯定积极刑法立法观并不会否定刑法的谦抑性或最后手段性，但应将谦抑性原则的着眼点从主要钳制立法转向制约司法活动，即在实务上运用行政、民事方法足以抗制违法行为的，就不需要动用刑法（刑法的补充性）；刑法对财产犯罪的认定（尤其是对财物概念、财物的他人性等判断）必须和民法的立场一致（刑法的二次规范性）。只要在实务上贯彻好谦抑性原则，用好不起诉、定罪免刑或缓刑制度，即便立法上对增设轻罪持积极态度，立法功能化扩张所带来的危险也能够得到有效化解。

第四，我国刑法立法的统一刑法典立法模式已经在最大限度上确保了刑法的谦抑性。如果采用刑法典、单行刑法、附属刑法三分天下的散在型立法模式，势必在大量行政法律中规定犯罪及其处罚，对犯罪构成要件要根据行政法律的许多模糊性规定进行确立，行政违法和刑事违法的界限会无限趋近，从而导致立法膨胀、刑法的独立性丧失、处罚范围放大，此时刑法的谦抑性才真的有可能被动摇。

三、未来刑法立法的总体思路与配套技术

基于积极刑法立法观，未来中国刑法立法从总体思路和相关配套技术上看，需要重点考虑以下诸方面。

（一）根据需要再增设相当规模的轻罪

迄今为止，中国刑法中的罪名只有 500 来个，这对有着 13 亿人口的大国的治理来说是不够的。在这方面，国外立法积累了很多经验，值得我们借鉴。近三四十年来，大陆法系国家的刑法立法无一例外在大规模做加法，英美法系国家的制定法所增设的罪名数以千计。在我们看来这些动向可能多多少少有些夸张，但适度增加新罪是未来立法绕不开的话题。西田典之指出，在 1960 年之前，日本刑法长期未将土地、建筑物之类的不动产作为日本刑法第 235 条盗窃罪的客体，对非法占有他人土地的行为未按盗窃罪处理；这主要是考虑到不动产与动产不同，其所在位置明确，通过民事诉讼容易返还，因而没有必要作为刑事处罚的对象。“但是，在战后的混乱之中，非法占据土地的事件不断发生，另外，又由于民事诉讼当时陷入‘职能麻痹’状态，已经不能期待通过民事诉讼来予以充分的保护。因而有通过刑罚来予以抑止的必要，于是刑法第 235 条之二新设了侵夺不动产罪。”^[34]国外立法所

[32] 参见 [德] 米夏埃尔·帕夫利克：《公民刑法中的犯罪与刑罚》，赵书鸿译，载赵秉志主编：《走向科学的刑事法学》，法律出版社 2015 年版，第 78 页。

[33] [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 24 页。

[34] [日] 西田典之：《日本刑法总论》，王昭武等译，法律出版社 2013 年版，第 26 页。

走过的这种犯罪化道路，很值得我们借鉴。

1. 增设新罪必须从确立行为规范的角度入手

趋向于犯罪化的积极立法观必须从传统上所理解的严重社会危害性中解脱出来，因为“在立法论上，更为直接的是要以保护该时代社会中的既存的规范为基础”。^[35]刑法立法只不过是要立规矩，即确立行为对错的标准（行为规范），只要基于行为人主观上恶的意思所实施的行为在性质上是错的，即便没有发生实害，没有造成传统上所理解的严重社会危害性，刑法也不能袖手旁观，否则整个社会就没有章法可言。为确立明确的行为规范，未来的刑法立法需要明确以下几个方面：

第一，法律是一种以满足社会具体需要为目标的问题解决反应系统。刑法必须凸显其确定性，尽可能具有相对清晰的意思。拉德布鲁赫指出，我们必须承认，法律的安定性需要法律的实证性；如果不能明确认定什么是公正的，就必须明确规定什么应该是正确的。^[36]为此，在立法上必须清晰描述犯罪轮廓，揭示行为类型与样态，为司法裁判提供指引，减少适用上的分歧。

第二，为了满足罪刑法定的要求，实现一般预防的刑罚目的，促进公众对规范的认知，要求公众遵守规范，就有必要在行为时点提前告知公众行为适法、违法的界限究竟在哪里。立法者从大量违法行为中挑选部分行为作为犯罪加以规定，必须使用民众最容易理解的语言来描述难以容忍的行为举止，强调文本的平易化，明确对国民的行为限制。

第三，在刑法分则的规定中，原则上采用行为立法模式，只有在少数情况下才使用“行为+情节或结果”的表述方式。为此，可以不再沿用现行刑法中规定的“数额较大”或“情节严重”的犯罪构成要件要素规定模式，改变法定量的方法。按照上述思路，以未来可能新增的财产犯罪或经济犯罪为例，任何不法侵害财物或财产性利益的行为——无论数额多少、情节严重与否——在刑法上都是不能容忍的。只有行为立法模式才能体现刑法的行为规范性质，才能为公民提供更加明确的行动指南。至于是不是对每一起取财数额较小或者情节轻微的行为都定罪，则应由司法上根据具体情况裁量决定。^[37]这种立法模式的优点是显而易见的：如果不法取得财物的行为只有达到5千元或者1万元才构成犯罪，犯罪的发生率必然提高，因为许多行为人会不法取得5千元或者1万元以下的财物持无所谓的态度，会以“恶小”而为之；反过来，如果行为人知道不法取财1元钱也是犯罪，犯罪行为才有可能减少，刑罚的预防功能也才能有效发挥。

2. 增设新罪必须从重点领域突破

增设新罪必须考虑不同领域的特殊性进行重点突破。刑法修正案（九）对信息网络相关犯罪进行犯罪化，其影响一定是积极的。今后的犯罪化应该寻找别的突破口。例如，似乎应特别注重考察破坏环境行为在中国的严重性和处罚必要性。世界各国的环境犯罪立法无一例外都是做加法，处罚范围越扩越大（从一开始立足于防止水污染到逐步打击造成大气、土壤污染的行为，从保护陆地到惩治破坏海洋资源犯罪，从传统的对环境资源的物理

[35] [日] 松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第12页。

[36] 参见[德] 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第73页。

[37] 参见周光权：《行为无价值与结果无价值的关系》，《政治与法律》2015年第1期。

性破坏拓展到功能性损害),处罚时点提得越来越早(从结果犯一步步拓展到具体危险犯乃至抽象危险犯)。目前中国刑法中的环境犯罪都是结果犯,未来的犯罪化立法显然不能等到结果造成后才出面;环境犯罪的破坏性严重,环境一旦被破坏难以恢复,等到造成后果刑法才介入会产生保护不力的弊端。^[38]也就是说,在环境犯罪立法上,不应坚守以结果犯为原型的传统刑法观,因为如此一来,刑法的反应就太迟了。

3. 增设新罪主要是增设轻罪

如果考虑到未来中国刑法势必膨胀的现实,进行犯罪化就必须事先考虑重罪和轻罪的区分问题。在这方面,有法国模式和德国模式可资借鉴。法国将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪三类。违警罪就是违反秩序法的行为,按严重程度从低到高分1至5级。以侵犯财产的违警罪为例,其级别分类如下:威胁要毁坏财物并造成轻微损害的,是1级违警罪;威胁要对人造成不具危险性的侵害,意图毁坏财物的,是4级违警罪;故意毁坏他人财物但仅造成轻微损害的,是5级违警罪。违警罪的主刑是罚金。学者指出,法国的违警罪对于我国刑法改革的借鉴意义是其所具有的制度化和法治化特征(法律依据、司法程序等)。特别值得我们思考的是,在素有法治传统的法国,设立违警罪并将其划归普通法院而非行政法院系统管辖,同时配置了社区法庭、简易程序、刑事和解等灵活便捷的审判机构和程序,既体现了对法治主义的坚守,也折射出对效率的追求。借鉴包括法国在内的法治发达国家对于违警罪或轻微犯罪的治理经验,对我国违法行为处罚措施的法治化或司法化改造,扩大司法对社会生活的调整范围,有效限缩行政权的干预空间,防范行政权的滥用均具有重要意义。^[39]德国刑法则把犯罪区分为重罪和轻罪。应当说,无论是德国还是法国的做法,都具有重大意义。犯罪的层级不同,主观要件、未遂犯的成立范围、刑法适用范围、时效制度、保安处分措施的适用、审理程序、审判机构的等级等诸方面都大不相同。^[40]未来中国刑法立法是应该采用重罪、轻罪的区分,还是借鉴法国的做法,很值得研究。但无论如何,应当在我国目前的刑法体系中引入犯罪分层的思路,制定专门的轻犯罪法,移置目前刑法中属于轻罪的部分,例如,将扒窃、醉驾等行为从刑法移入轻犯罪法;将部分治安管理处罚或者原劳动教养的对象予以轻犯罪化;改变犯罪一定是社会危害性极其严重的行为的观念,随时根据社会治理的需要增设轻犯罪,实行必要的、积极的刑法干预。这样既能保持刑法立法的明确性、稳定性,又能够确保刑法及时参与社会治理,保持立法的活跃。

最后需要指出,即便肯定积极刑法立法观,我也认为增设新罪总是有限度的。立法者必须遵守比例原则,在法益保护与尊重个人自由之间取得某种微妙的、多数人都能够接受的平衡。理由在于:构成要件有惩治犯罪的功能,但同时也约束个人;罪名过多所呈现的罪刑扩张意味着国家刑罚权的膨胀,必然相应导致个人权利的限制与压缩,形成对公民行动自由的妨碍。

(二) 原有的处罚轻易不要由轻改重

增设新罪在处罚上一定要贯彻轻刑化的要求。“选择犯罪化的目的,是通过严密法网来

[38] 参见侯艳芳:《关于我国污染环境犯罪中设置危险犯的思考》,《政治与法律》2009年第10期,第99页。

[39] 参见卢建平:《法国违警罪制度对我国劳教制度改革借鉴意义》,《清华法学》2013年第3期,第113页以下。

[40] 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第134页。

强化人们的规范意识,而不是用严厉的刑罚来处罚轻罪。”^[41]同时,在对以前的规定进行修改时,也尽量不提高处罚幅度。在刑法修正案(九)中,存在两个处罚由轻改重的规定:(1)刑法第241条第6款原先规定,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。刑法修正案(九)第15条将其修改为:收买被拐卖的妇女、儿童,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。(2)刑法修正案(九)第45条将刑法第390条第2款中“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚”的规定,修改为“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”上述刑罚由轻改重的立法可能带来负面效果:对于收买被拐卖的妇女、儿童的行为人来说,如果没有网开一面的规定,可能导致其产生“鱼死网破”的心理,带着被拐卖的妇女、儿童东躲西藏,或者拘禁、殴打、虐待被害人,从而更不利于解救和保护被拐卖的妇女、儿童。对于行贿人来说,上述立法修改可能导致其在侦讯过程中“死不张口”,从而不利于受贿案件的侦破,不利于反腐败的推进。

因此,在未来的刑法立法中,就罪名而言,增设相当规模的轻罪,进行必要的犯罪化是必然趋势。就处罚而言,则不是越严厉越好。与犯罪化匹配的是处罚轻缓化或者刑罚规定由重改轻,反向的由轻改重则务必慎之又慎。

(三) 增强立法的实证基础

未来进行必要的犯罪化,增设的罪名势必大量属于危险犯,或者是将共犯行为正犯化,立法所依据的行为的客观损害在哪里、有多大等实证判断如何得来、是否可靠,在很大程度上都会成为问题。由此可能导致的现象是,立法者有可能根据其直觉确定处罚的对象,立法者的抉择不绝对取决于实证上的危害后果或实存的法益保护需要,而受制于对危险的感受和判断;立法理由上对行为的损害难以进行有效论证,有时难以为审议立法的全国人大常委会委员所接受。

为此,在立法之前,法律草案起草部门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,以凸显问题的严重性,并对国外的通常处理方式进行比较研究,从而提出有说服力的立法文本。同时,要尽量防止把社会危害性暂时不清楚、拿不准的行为犯罪化,确保立法有实证支撑,使对立法必要性的阐述具有说服力。

(四) 对公众的情绪化呼吁需要过滤,立法者必须保持应有的理性

刘宪权指出,刑法修正案(九)中情绪性立法现象表现得较为突出和严重,废除嫖宿幼女罪,增设编造、故意传播虚假信息罪,增设拒不履行信息网络安全管理义务罪,加重对袭警行为的处罚,对收买被拐卖的妇女、儿童行为一律追究刑事责任,以及对重大贪污受贿犯罪可以适用不得减刑、假释的终身监禁等规定均是适例。科学的刑事立法必须力戒情绪性立法,既要遵循刑法发展的内在规律,又要对舆论或民意的反应有所为且有所不为,

[41] 冯军:《犯罪化的思考》,《法学研究》2008年第3期,第146页。

如此才能将我国刑事立法水平推向一个新的高度，充分实现良法善治。^{〔42〕}我赞成上述立法必须尽可能与公众的处罚呼吁保持距离，防止情绪化立法的观点，立法不能沦为安抚民心的手段。但是，我不认同其所说的刑法修正案（九）中有如此多情绪化立法规定的结论。

立法受舆论或民众情绪影响，在各国刑法立法中都难以避免。“在某种程度上，刑罚决策者顺应大众的政治压力，这种压力要求对‘犯罪采取强硬措施’。”^{〔43〕}毋庸讳言，刑法立法受制于非理性舆论的引导在当下中国也同样存在。当下中国作出刑事政策决定的机制与1997年或1979年刑法立法时有很大差异，当时的立法主要由国家主导，公众参与不多。但是，在之后的刑法修正案的立法过程中，各种力量介入立法过程，都想将自己的主张在新的立法中予以体现；公民要求国家机关考虑犯罪被害人的利益，要求考虑对公民安全的刑法保护。上述种种要求通过大众媒体而得到强化，使得立法机关也认为有必要满足这些处罚需求。例如，在刑法修正案（九）的立法过程中，公众对取消9个罪名的死刑设置的抵触、律师对增设泄露不应公开的案件信息罪、对修改扰乱法庭秩序罪规定的强烈反弹，都展示了公众舆论试图影响立法的一面。这使得在刑事政策领域，国家意志的形成有可能受到舆论的影响。而公众对于刑罚效果的实证发现以及收益、损失的权衡根本不感兴趣，在舆论中，公众通常一味要求对犯罪给予更严厉的刑罚，立法有时也乐于顺应这种严厉化的趋势。“尽管犯罪呈现的是稳定或者甚至是回落的态势，但是仍然要求给予越来越严厉的处罚，‘刑法问题的平民化’带来法学专业知识信心的丧失。”^{〔44〕}

因此，公众的处罚要求需要立法者斟酌并予以过滤，立法者必须保持足够的理性。由于立法权本能的扩张冲动客观上始终存在，立法者就必须在立法之前细致评估刑罚手段对于控制一定的行为是否必要和合适，同时，要审慎把握好立法时机。立法者对于增设新罪的呼吁必须善于倾听、静观其变，而不能匆忙行事；即便对于公众强烈的犯罪化呼吁，也只有在对某种危害行为不能容忍时才能启动相关立法程序。尤其是在社会转型时期，行为的严重程度还不能充分把握，各方面分歧比较大时，理性把握立法时机显得至关重要。例如，在国家大力推进司法改革的过程中，司法参与者的功能发挥、办事规则、权利边界等并不特别明确，很多因素不确定，控辩审各方的关系比较微妙时，不宜增设主要针对某一司法参与者（尤其是刑事辩护律师）的罪名。立法者必须能够心平气和、不受干扰、不带情绪地立法，法律才会指向长远，富有生命力。

（五）与积极刑法立法观配套的制度建设必须同步跟上

与未来积极刑法立法观之下的犯罪化趋势相匹配，立法上必须考虑：

第一，认罪认罚退赃从轻处罚规定的总则化。根据刑法修正案（九）第44条的规定，犯贪污、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，有第1项规定的情形（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2项、第3项规定的情形（数额巨大或者有其他严重情节、数额特别

〔42〕 参见前引〔7〕，刘宪权文，第88页以下。

〔43〕 [德] 沃尔克玛·金斯纳等：《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》，高鸿钧等译，清华大学出版社2010年版，第68页。

〔44〕 [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：《刑事法前沿》第7卷，中国人民公安大学出版社2013年版，第167页。

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,但其仅作为分则性规定适用于贪污受贿犯罪,而不能惠及同样可以具备积极退赃情节的普通财产犯罪和经济犯罪,就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,且未能照应对大量轻罪不宜重罚的现实。因此,未来的刑法立法需要提升该规定的地位,将其作为总则条文进行设置。

第二,建立与新设大量轻罪相契合的不起诉制度。目前,在我国的刑事司法实务中,不起诉制度的运用受到了严格控制。以2015年为例,全年起诉130.9万人,不起诉的仅为2.5万余人,^[45]不起诉率低于2%。其实,即便刑法规定的都是传统的自然犯,而且假定其都是重罪,将不起诉率控制到这一水平也未必合适。在刑法修正案大量增设轻罪的背景下,将几乎所有案件一概起诉到法院,使得更多的司法资源无法投入到对重大疑难复杂案件的处理中,明显是不合时宜的。反观近几十年来同样大幅度增设新罪的德国,其刑事诉讼法(1993年)规定,除了法定最低刑在1年以上自由刑的重罪,检察机关都可以附条件不起诉。在德国的司法实践中,附条件不起诉的做法相当成功,在检察机关受理的案件中,大量案件未被起诉,只有12%左右被起诉;在不起诉的案件中,超过84%以经济处罚方式解决。^[46]这种和积极刑法立法观相合拍的司法理念值得我们重视。

第三,打造不开庭审理的刑事速裁程序。2014年6月,全国人大常委会决定授权最高人民法院、最高人民检察院在北京、天津等近20个城市的法院、检察院开展刑事速裁程序试点工作,对事实清楚、证据充分,被告人自愿认罪,当事人对适用法律没有争议的危险驾驶、交通肇事、盗窃、诈骗、抢夺、伤害、寻衅滋事等情节较轻,依法可能判处1年以下有期徒刑、拘役、管制的案件,或者依法单处罚金的案件,通过速裁程序予以处理。有关试点司法机关在速裁程序中精简收案程序,收案当日将案件交承办人;精简审查程序,全方位保证嫌疑人合法权利;精简办案程序,办案人在收到案件后1至2日内进行全案审查,尽快启动速裁程序予以办理;精简庭审程序,庭审中简化了起诉书制作,只宣读案件事实部分和法律认定部分,对被告人认罪且同意适用简易程序的案件不举证、不质证、不辩论,尽可能实现当日审理、当日结案、当日送达法律文书,一般在10分钟以内即可完成整个开庭审理过程。我认为,这一试点恰逢其时,在程序制度改革上与实体法的积极立法观遥相呼应,对其应当给予高度评价。未来在总结这一试点的基础上,应当在立法上进一步推进:适用速裁程序处理的案件,原则上可以不开庭,法官审查检察机关移送的材料之后,认为指控有事实和法律依据的,直接发出处罚令;如果被告人要求开庭或提出新的辩护理由的,才考虑开庭。由此,可以进一步节约司法资源,推动轻罪案件快速处理。

第四,降低羁押率。对于在积极刑法立法观指导下所增设的大量轻罪罪犯,需要大幅度减少对其适用羁押性措施。我国目前对轻微刑事犯罪实行“够罪即捕”,捕后轻刑率高的现象严重。羁押率特别是审前羁押率过高,每年把几十万人、上百万人投进看守所予以羁押,既耗费了大量司法成本,也不利于减少社会对立面。检察机关在降低羁押率方面应当有所作为。例如,现在国外普遍采用的,我国一些地方检察机关也已经开始逐步探索使用

[45] 参见曹建明:《最高人民法院工作报告》(2016年3月13日在第十二届全国人民代表大会第四次会议上)。

[46] 参见滕炜:《轻罪刑罚及处置制度改革思考》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》第2卷,中国人民公安大学出版社2005年版,第42页。

的电子手铐、电子脚镣等做法，值得在全国范围内推广。其既能够避免对轻微刑事犯罪“够罪即捕”，解决捕后轻刑率高的现实问题，又能够保证在适用取保候审、监视居住后，嫌疑人、被告人不脱逃，保障刑事诉讼顺利进行。对此，可以通过地方试点或全国人大授权等方式进行探索，逐步推动立法完善工作。对取保候审、监视居住的人员采取电子手铐、电子脚镣等电子监控手段进行监管，还能够为缓刑适用率的提高创造前提条件，对我国刑事诉讼制度的完善具有重大意义。

第五，降低犯罪的附随负面效应。刑法修正案（九）第1条规定，因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为3年至5年。这是刑法关于职业禁止的规定。除刑法修正案（九）之外，还有不少法律法规对犯罪人从事相关职业有禁止或者限制性规定。例如，食品安全法（2015年）第135条第2款规定，因食品安全犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的，终身不得从事食品生产经营管理工作，也不得担任食品生产经营企业食品安全管理人员；其立场比刑法的规定更为严厉。再如，广告法（2015年）第70条规定，因发布虚假广告，或者有其他本法规定的违法行为，被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，对违法行为负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起3年内不得担任公司、企业的董事、监事、高级管理人员。此外，有关行政、经济法律中还规定，对于利用证券从业者、教师、会计等职业便利实施操纵证券市场、强制猥亵儿童、职务侵占等犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的背信运用受托财产、挪用资金等犯罪的，可以根据犯罪情况，尤其是特别预防的需要，禁止行为人自刑罚执行完毕之日起的一定期限内从事相关职业。更为要害的是，按照公务员处分条例的规定，对因犯罪受到刑罚处罚的公务员应当开除公职，这使得一些人（例如，因醉驾被判处拘役的罪犯）由于触犯与其职责权力并无关联的轻罪，而受到了过于严厉的、比刑罚处罚后果还严重的惩罚。这种负担过重的刑罚之外的犯罪附随效果的存在，明显和比例原则相悖。因此，要确保立法上的犯罪化思路得到贯彻，必须将刑罚的附随性惩罚措施的严厉性降下来，让公众能够逐步形成这样的观念：大量犯罪并不是严重危害社会的行为；大量罪犯并非十恶不赦的人，而只是错误犯得稍微严重一些且应当迅速回归社会正常生活的人。

结 语

上述分析表明，随着刑法立法观的转型，刑法立法从相对保守、消极转向功能性、积极性已经是一个不得不承认的事实。问题的关键并不在于是否允许国家积极地立法，而在于在此过程中如何对刑法的谦抑性、法益概念、刑罚目的、刑事实体法与程序法的关系等作出符合时代精神的理解，以及在未来刑法立法积极推进的同时，如何确保刑事法治的众多铁则不被蚕食。这当然需要中国的立法者有大智慧来把握好其中微妙的分寸。“现代社会中，不确定因素很多，人们往往将漠然的不安集中于对犯罪的不安，并往往试图通过重刑化来象征性地消除这种不安，以求获得精神上的安宁。国家也能通过回应这种诉求以维持威信，进而获得国民的支持与服从。对此，我感觉，刑罚正成为国家自导自演、国民自我

满足的手段。”〔47〕要防止因为国民的“体感治安”恶化而进行犯罪化、重刑化，在未来面对国民因为不安感上升而提出不计其数的处罚呼吁时，我国的刑法立法就必须尽可能避免保护法益的抽象化、稀薄化，增强立法的实证基础，尽可能杜绝针对罕见事件的“特例立法”，〔48〕对立法草案进行反复论证，多听取专家意见，尽量减少刑法领域的象征性、倡导性立法，从而回应学界关于刑法谦抑性原则受到冲击的关切，以确保积极刑法立法观在法治的框架内运行。

Abstract: The two latest amendments to Chinese Criminal Law demonstrate that China's social life is increasingly influenced and regulated by criminal law. It seems that these amendments have been one-sidedly criticized by the academic community as instrumentalization and over-rapid expansion of the criminal law. They also criticize these amendments of violating the modesty principle. However, the foregoing criticisms are based on “the passive outlook on criminal legislation”, which is supported by the “classical idea” of criminal law and fails to give an effective response to the current situation of Chinese society. Nowadays, the concept of criminal law is gradually developing toward functionalism and criminal law is becoming closely interconnected with policies. The modesty principle does not oppose the establishment of certain number of new crimes in the criminal law. There is an internal relationship between early imposition of criminal penalty and the development of transitional Chinese society. In order to build China into a country under the rule of law, it is necessary to put penalties restricting or depriving citizens' personal rights into the scope of criminal judicial review. The establishment of “positive outlook on criminal legislation” has its social basis and is more compatible with the spirit of our times. In the future criminal legislation, China should consider a relatively large-scale criminalization, but avoid casually increasing the severity of penalties, improve the problem awareness and provide practical support in the legislative process, increase the visibility and perceptibility of illegality, offer reasonable response to the emotional appeal from the public, set up criminal procedures to deal with the large number of new-established misdemeanors, and make efforts to reduce the negative effect of crimes, so as to facilitate the social rehabilitation of criminals.

Key Words: amendments to criminal law, classical thoughts of criminal law, the modesty principle, positive outlook on criminal legislation

〔47〕 前引〔29〕，松原芳博书，第10页。

〔48〕 参见周光权：《〈刑法修正案（九）〉（草案）的若干争议问题》，《法学杂志》2015年第5期。