

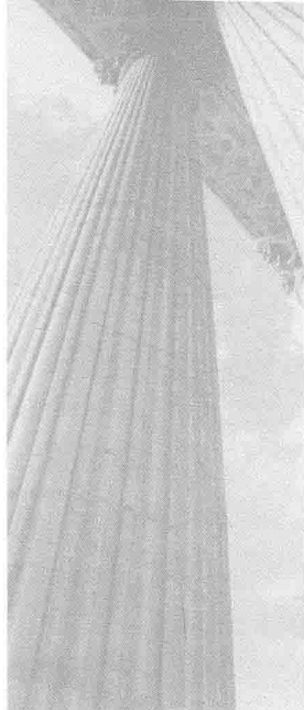


刑法修正案犯罪化及限制

姜 敏 / 著

| The Criminalization and Limits of Amendments of Criminal Law |

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



刑法修正案犯罪化及限制

姜 敏 / 著

| The Criminalization and Limits of Amendments of Criminal Law |

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法修正案犯罪化及限制 / 姜敏著. —北京: 中国法制出版社, 2016. 1

ISBN 978-7-5093-7237-1

I. ①刑… II. ①姜… III. ①刑法—法律解释—中国
IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 027727 号

责任编辑 刘晓霞

封面设计 杨泽江

刑法修正案犯罪化及限制

XINGFAXIUZHENGANFANZUIHUAJIXIANZHI

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本/880 毫米×1230 毫米 32

版次/2015 年 12 月第 1 版

印张/12.5 字数/301 千

2015 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7237-1

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

自序

在 1997 年刑法实施至今的过程中，共产生了九个刑法修正案。九个刑法修正案凸显的一个典型特征是：犯罪化趋势或说犯罪圈扩大趋势。刑法修正案通过两种方式进行犯罪化：增设新罪和修改原有犯罪构成要素。在刑法修正案的犯罪化中，有的犯罪甚至被多次修正，比如洗钱罪。即使是刑法修正案新增设之罪，后继的刑法修正案又扩大其惩罚范围，比如《刑法修正案（八）》新设危险驾驶罪，而《刑法修正案（九）》又继续对其进行修正，进一步扩大惩罚范围。犯罪圈的扩大必然关涉公民生命、健康、财产和自由等基本权利，且会对公民的基本权利产生重大影响。因此，刑法修正案犯罪化应具有正当性和合理性，且必须符合法治精神。从法治路程实质看，当刑法修正案的犯罪化在维护社会秩序和保护公民权益之间进行博弈时，就应对刑法修正案犯罪化进行规范化，从而保证犯罪化的合理性和正当性。而对犯罪化的规范化，实质就是通过各种原则或原理对犯罪化进行指导，避免不适当的犯罪化。从系统论角度分析，刑法自身是独立的部门法系统，同时又是社会系统的亚系统。因此，刑法或刑法修正案的犯罪化既受到外部社会系统的限制，同时又受到刑法系统自身内部原则和各个要素运作规则的限制。因此，犯罪化的限制包括外部限制和内部限制。古今中外刑法理论都对犯罪化进行了研究，但都仅从某个角度进行论证，且这些理论固有的缺陷亦导致不能全面阐述所有的犯罪现

象。因此，要构建刑法或刑法修正案犯罪化理论，就应全面考量刑法外部和刑法内部要素的限制。《刑法修正案犯罪化及限制》一书对九个刑法修正案的犯罪化及特征进行了全面梳理，并基于刑法的外部系统和内部系统的特征，提出了评估和检验犯罪化是否正当的标准和原则。

第一，该书对现行刑法修正案犯罪化的主要方式、主要方式涉及的犯罪化的具体内容和特征进行了全面的梳理。刑法修正案犯罪化的方式包括增设新罪和改变原有规范的构成要素。刑法修正案增设新罪是从“无”到“有”的一种犯罪化方式，九个刑法修正案增设新罪涉及的新型犯罪行为有：新型侵犯市场经济利益行为、新型妨害社会管理秩序行为、新型危害公共安全行为、新型渎职贪污贿赂行为、新型侵犯公民权利行为、新型侵犯公民财产权行为和新型侵犯国防利益行为。刑法修正案改变原有规范的构成要素进行的犯罪化，是改变某种新现象对应的既有的某罪构成要件，从“有”到“有”的犯罪化方式。从九个刑法修正案通过这种方式犯罪化的现状看，涉及对既有罪的客观要素（包括客观行为、犯罪对象、地点等客观要素）、主体、主观方面（主要是犯罪目的）等的修正。九个刑法修正案犯罪化的主要特征是：竞合的犯罪化、增设预防性犯罪和增设辅助型犯罪。

第二，该书对中外主要犯罪化理论进行了检阅和反思。其中特别是对康德及黑格尔为代表的报应主义立法原理、贝卡利亚及边沁为代表的功利主义立法原理、赫伯特·L. 帕克的限制刑事制裁立法原理、理查德·A. 波斯纳为代表的法经济学立法原理、特里克·德夫林和米歇尔·摩尔为代表的法律道德主义原理进行了梳理和反思，亦对中国犯罪化标准、原则、学说进行了梳理和反思。中外犯罪化理论不仅存在缺陷，而且还存在共性的缺陷：犯罪化理论维度单一，缺乏综合性犯罪化理论。但是，刑法的犯罪化受刑法本身特征和外部各种因素的

影响，因此，单纯从某个视角分析如何犯罪化或构建犯罪化理论，不可避免地遇到各种困境。

第三，借鉴美国道格拉斯·胡萨克教授的犯罪化理论，并根据系统论，提出了刑法修正案犯罪化应坚守的限制框架。每个独立的系统具有“开放性”和“封闭性”。“开放性”使系统和外界发生交流和互动，促使系统适应外界并进行“自我创生”。“封闭性”使系统成就自己的独立性并和其他事物区别，也保证事物内部按照自己的法则运转和存续，并不受外界的干预，以维持自己的独立性以及存在和发展。系统论视角下的刑法，既是独立的部门法系统又是社会系统的亚系统。刑法系统的“封闭性”导致组成刑法系统的内部各个要素的运作，是按照刑法自身所具有的交流程序进行，并以此形成自身特定的解释和思考信息的行为方式而不与外界环境进行交流，避免外界元素的干扰。刑法这种运作上的封闭，使刑法具有稳定性和确定性。刑法作为社会亚系统而对社会系统的“开放性”，导致刑法在对外界社会的认知上具有开放性，即：刑法以某种中介为桥梁和外界进行理解、交流和认可，从而与社会系统进行互动。刑法修正案犯罪化是把某种外部社会的新现象纳入自己系统内的过程，这种纳新的过程受到刑法本身内部构成要素的限制，同时亦受到外部社会要素的限制。美国道格拉斯·胡萨克教授提出了犯罪化理论框架，而从上述系统论的角度分析，道格拉斯·胡萨克教授的犯罪化理论契合了系统论：在胡萨克的犯罪化理论框架中，外部限制原则包括源自刑法外部的三个限制要素，内部限制原则包括源自刑法本身的四个限制要素。胡萨克教授的犯罪化理论吸收了各种理论中的合理因素，避免了各种理论中的缺陷。胡萨克犯罪化内部限制和外部限制概念的提出，由外部限制原则和内部限制原则构架的犯罪化理论框架，对指导和评估刑法修正案的犯罪化具有很大进步意义。同时，刑法修正案犯罪化只有受到外部限制和内部限

制，才能保证犯罪化的正当性和合理性。

第四，对刑法修正案犯罪化的外部限制进行了详细分析。转型社会外部环境，存在各种利益重组、各种矛盾激化、各种力量博弈、各种思潮涌现、各种价值对垒、各种诉求纷呈、各种体制完善或革新。上述各种要素催生新利益或侵害利益的新型行为，前者如新型的公民个人权利和新型市场经济利益，后者如高科技发展诱发侵犯利益行为，国际化和国际社会合作诱发的侵犯利益的行为，等等。除此之外，转型社会所处的社会亦是科技发展而诱发高风险的社会，需要刑法突破传统模式，提前对需要保护的利益进行保护，把预备行为、高风险行为等犯罪化。因此，刑法外部的社会要素发生的变革和变化，铸造了刑法犯罪化的现实根据。也即：只有当刑法的外部社会要素发生变化，衍生了需要保护的新利益，或衍生了需要规制的新行为，刑法修正案才具有犯罪化的现实根据。亦即刑法修正案不能凭空进行犯罪化，从这个侧面分析，外部要素是否有新情况，是刑法是否犯罪化的外部限制。而对上述新利益通过刑法进行保护，对新型侵害行为通过刑法进行规制，是通过对公民权利进行限制实现的。虽然刑法犯罪化有悖于胡萨克提出的公民“不受刑罚惩罚之权利”，但胡萨克亦认为如果犯罪化对公民基本权利的限制，符合美国宪法审查的中度审查标准，则犯罪化对公民的基本限制具有正当性。而刑法修正案犯罪化对公民基本权利的限制，如果是依我国《宪法》第五十一条规定进行的，则刑法修正案的犯罪化亦具有外部的法律根据。因此，正当的刑法修正案犯罪化还受到外部宪法的限制。但具备现实根据和宪法根据并不是充要条件，犯罪化还必须具有实现犯罪化目的的可能性和必要限度要求。

第五，对刑法修正案犯罪化的内部限制进行了详细分析。刑法作为一个系统，是通过一系列原则和规范的内部运行，从而实现刑事责任的施加，并保证刑事责任施加的正当性和合理性。因此，刑法修正

案犯罪化应遵循刑法的基本责任理论。首先,从刑事责任施加的必要客观要件看,被犯罪化的行为或者新现象后面的行为,应具有对他人造成重大危害或邪恶的特征。同时,对他人导致危害的行为必须具有不法性,从而保证刑法修正案犯罪化的道德基础。其次,从表达刑事责任的方式,即从刑罚维度看,犯罪化配置的刑罚必须限制在该当的度内。刑罚的该当之度,应综合考量谴责之苦、污名之苦和权益剥夺之苦。同时,亦应吸收时代变化赋予刑法之新功能,比如预防性刑法立法中的预防犯罪期望。为了保证刑罚在刑法系统中的协调,在刑法修正案犯罪化后的配刑应协调一致。第三,行为是否具有重大危害或邪恶,是否具有不法性,配刑是否协调一致等,应当由国家负举证责任。如果国家不能举证进行证明,则不能进行犯罪化。

概言之,刑法修正案的犯罪化既是理论问题亦是实践问题,也是中国法治建设过程中必须正视的问题。本书对于这一涵盖范围甚广、涉猎理论较多的问题,结合社会学、系统论等各种理论,并对比中外相关问题的理论研究,进行了深入和全面的分析和论证,从而探寻犯罪化的正当性和合理性,并提出了限制刑法修正案犯罪化的理论框架和各种原则。这些理论和原则是检阅刑法或刑法修正案犯罪化是否正当和合理的重要标准和原则,但同时,作者也希望该书的视角能给读者带来启发和裨益,并能促使进一步思考、评估和检阅刑法修正案的犯罪化现象。

姜 敏

2015年12月

目 录

引言：犯罪化与非犯罪化之争鸣	001
第一章 现行刑法修正案犯罪化梳理	009
第一节 刑法修正案增设新罪犯罪化	011
第二节 刑法修正案改变原有犯罪规范要素犯罪化	048
第三节 刑法修正案犯罪化主要特征	122
第二章 中外主要犯罪化理论及其反思	131
第一节 西方主要犯罪化理论	132
第二节 中国犯罪化标准、原则、学说梳理	155
第三节 中外犯罪化立法原理反思	173
第三章 系统论语境下刑法修正案犯罪化限制框架	197
第一节 法律系统自我创生理论	198
第二节 刑法系统的自我创生	231
第三节 系统论语境下刑法修正案犯罪化内部限制和外部限制 ...	239

第四章	刑法修正案犯罪化外部限制	249
第一节	刑法修正案犯罪化之社会系统现状	251
第二节	刑法修正案犯罪化限制公民基本权利根据	265
第三节	犯罪化应促进刑法目的实现	280
第四节	刑法修正案犯罪化必要限度原则	288
第五章	刑法修正案犯罪化内部限制	305
第一节	刑法修正案犯罪化之行为特征 (I): 重大危害或邪恶 ...	306
第二节	刑法修正案犯罪化之行为特征 (II): 不法性	334
第三节	刑法修正案犯罪化的配刑限制: 刑罚的该当之度 ...	342
第四节	刑法修正案是否应犯罪化的举证主体: 国家举证 ...	350
结束语		358
参考文献		362
后记		389

引言：犯罪化与非犯罪化之争鸣

1789年9月6日，托马斯·杰斐逊（Thams Jefferson）给詹姆斯·麦迪逊（James Madison）的信中写道：“世界总是属于活着的一代。……宪法和法律也应当遵循更新换代的自然规律。……每部宪法，然后每部法律都应在19年后自然消亡。如果它被执行了更长时间，则它就是暴力行为，而非权利。”〔1〕该信内容揭示法律制定后，因时空辗转其必然和必须变化的规律。杰斐逊预见到社会情况可能会随着时间的推移发生激烈的改变，因此，他相信当时正由麦迪逊起草的宪法，有可能使公众情感与书本上的法律产生巨大分歧。针对宪法的这种宿命，杰斐逊给麦迪逊的信要求“落日条款（sunset clause）”〔2〕应适用于“所有法律”，即“所有分类都定期废止甚至是宪法本身”。〔3〕杰斐逊提出的“落日条款（sunset clause）”是一种形象的说法，寓意为法律和宪法都有一定的制度周期，会像太阳一样“下山”，法律或宪法全部条文都应有终止生效日期。

〔1〕“Jefferson to James Madison”，September 6，1789，Boyd XV，392-98.

〔2〕“落日条款”是一种形象的说法，寓意为法律有一定的制度周期，会像太阳一样“下山”。最早提出这个观点的是美国前总统杰弗逊，他从一种绝对的自由主义出发，认为“地球应该属于活着的世代”，所以包括宪法在内的一切法律都有一定的寿命（杰弗逊认为最长不能超过19年），否则，我们将失去作为法律主宰者的意义。

〔3〕“Jefferson to James Madison”，September 6，1789，Boyd XV，392-98.

杰弗逊提出的“落日条款”在立法上的运用很广泛，比如“落日条款”经常运用到国际贸易法律中，如世界贸易组织《关于实施1994年关税与贸易总协定第6条的协议》第11条第1款对“反倾销税和价格承诺的期限和复审”的规定：反倾销税应仅在抵消造成损害的倾销所必需的时间和限度内实施；第3款进一步规定：任何最终反倾销税应在征收之日起（或在复审涉及倾销和损害两者的情况下，自根据第2款进行的最近一次复审之日起，或根据本款）5年内的一日期终止，除非主管机关在该日期之前自行进行的复审或在该日期之前一段合理时间内由国内产业或代表国内产业提出的有充分证据请求下进行的复审确定，反倾销税的终止有可能导致倾销和损害的继续或再度发生。此外，在一些国家的宪法性法律和经济立法中，也能找到“落日条款”的规定。而在刑法领域，尤其是在一些为适应一时之需而制定的特别刑法中，一般都明文规定其适用时间，如“本法适用于战争期内”、“本法适用于非常时期”等。这些都是典型的“落日条款”，只要立法中规定的特定期间届满，该法律即自行失效。

“落日条款”要求各种法律包括宪法应有适用期，其真正的旨意在于让法律或宪法适应社会的发展，以保证法律及宪法不与社会脱节，从而让宪法和法律随着社会发展而吐旧纳新。罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）在《法律帝国》中亦认为：“我们至少可以期望在一个民主的、多元化的以及科技进步的社会中，根据政治、宗教、科学的一些义务对法律进行有规律的调整。”〔1〕随着时间的推移，理解世界的方式会发生变化、科技进步、社会发展和变迁等，也不断改变我们的看法并改变我们的行为方式。新观念亦可能改变世界对特定行为的态度，等等。不仅如此，社会将根据新信息不可避免地改变它的

〔1〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 188.

道德义务，并重新评估行为的影响，促使法律关系更新和法律规范的更新。因此，作为法律体系一部分的刑法，亦应定期地强制社会根据新信息重审刑法，不断对刑法进行调整：把新危害行为纳入刑法规制，同时也要把已不具有危害的行为从刑法中剔除，保持刑事法律的道德判断与当前社会道德判断一致。

中国刑法应顺应此道。随着社会经济、科技和文化等的发展和法制建设的日益完善，已通过单行刑法、附属刑法及刑法修正案，甚至包括刑法立法解释和刑法司法解释，对刑法进行了大幅度调整和修改。从1999年《刑法修正案》开始，刑法修正案成了刑法唯一的立法修正方式。从1999年到2015年，共通过了九个刑法修正案，对刑法进行了较大规模的调整和修缮。其中最引人注目的就是犯罪化趋势：通过对某具体犯罪之犯罪构成调整，抑或通过将某种新危害行为纳入刑法视野，从而扩大犯罪圈范畴。刑法与时俱进毫无争议，但刑法修正案犯罪化涉及公民个人基本权利和国家权力之间的博弈关系，是重大国家行为。胡萨克甚至认为刑法立法在一定意义上是仅仅次于发动战争的行为：“除发动战争外，一个国家所做的任何决定，都不如决定将哪些行为通过刑法予以禁止及该行为应受到多大刑罚重要。”〔1〕因此，刑法修正案犯罪化趋势亦引起学界的广泛关注，并形成了两种立场：非犯罪化与犯罪化。犯罪化还是非犯罪化涉及自由和秩序、权利和权力的博弈，亦体现国家的价值选择。诚如赵秉志教授和王鹏祥教授认为：“犯罪化与非犯罪化蕴含着国家对社会大众权利和自由的关怀程度，同时也体现着国家对社会秩序的正确判断。”〔2〕因此，犯罪化还

〔1〕 Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2007, preface vii.

〔2〕 赵秉志、王鹏祥：“论我国宪法指导下刑法理念的更新”，载《河北法学》，2013年第4期第18页。

是非犯罪化的问题，是当今中国刑法必须面对的重大问题。

非犯罪化是 20 世纪中叶以来西方国家刑法改革运动的重要组成部分之一。从 20 世纪 50 年代开始，不少西方国家开始了非犯罪化的刑法改革。1989 年 10 月在维也纳召开的国际刑法学协会第 14 届代表大会上通过的《关于刑法与行政刑法之间的差异所导致法律和实践问题的决议》指出：“国际上存在一种潮流，把一些社会意义较小的违法行为从传统的刑法中删除。”受这种国际影响，我国有一些学者认为我国的刑法也应非犯罪化，并主张中国刑法应当借鉴外国刑事立法非犯罪化的趋势，将轻微犯罪行为非犯罪化。如赵秉志教授认为：“轻微违法行为的非刑事化，符合刑法只作为辅助性工具的原则，因而是值得欢迎的。”〔1〕已故的马克昌教授亦认为：“将轻微犯罪行为予以非犯罪化是当今各国刑法发展的趋势；汲取外国刑事立法的这种有益的经验，是我国刑法现代化的要求。”〔2〕亦有其他学者认为我国刑法修正案的犯罪化趋势具有盲目性和反法治自由精神，如苏惠渔和游伟教授认为，我国 1979 年刑法典颁布后，国家立法机关不断通过修改、补充的形式增补新罪名，在某种意义上反映了立法者对当前我国社会的发展特点缺乏足够认识的盲目性，如此大规模的犯罪化势头应当得到合理控制。〔3〕还有学者认为：“尤其是我国，总体上是非常缺乏自由传统的。这种国情造就了我国自由保障的重要性，应该审慎对待刑法价值重心的转变，不能盲目追求风险的应对而摧毁自由。”〔4〕还有学者更为激进地认为：“刑法，理应从属于西方的权利逻辑，赋予公民最大

〔1〕 赵秉志：“我国刑事立法领域的若干重大现实问题探讨”，载《求是学刊》，2009 年第 3 期第 66 页。

〔2〕 马克昌：“借鉴刑法立法例修改和完善我国刑法”，载《法学评论》，1989 年第 2 期。

〔3〕 苏惠渔、游伟：“树立科学思想，完善刑事立法”，载《政法论坛》，1997 年第 1 期。

〔4〕 龙敏：“秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的冲突与协调”，载《甘肃政法学院学报》，2010 年第 112 期第 149 页。

的自由，而不是妥协源自新中国成立以来即形成的打击犯罪需要，从而盲目的扩大犯罪圈。”〔1〕且明确主张：“拒绝进一步犯罪化，实行有条件的非犯罪化。”〔2〕

除了非犯罪化立场外，我国大部分学者主张犯罪化。犯罪化说主张应当扩大中国刑法的犯罪圈，适应社会变革引起的犯罪趋势。虽然前述论及赵秉志教授主张把轻微罪去罪化有合理性，但总体上而言，赵秉志教授还是持犯罪化观并认为：“就目前而言，我国处在改革的关键时期，社会矛盾较为突出，刑事立法更加关注对民生和公共利益的保护，刑事立法责无旁贷地要担负起这一任务。从我国的现实情况而言，随着经济的迅速发展和各项改革的深入进行，以经济关系为主的社会关系日益复杂化，一些过去并不突出的危害社会行为日益突出且危害严重，需要运用刑法进行抗制。”〔3〕因此，赵秉志教授认为：“适度犯罪化是我国社会抗制犯罪的现实需要。”〔4〕从刑法对社会的反应维度审视，赵秉志教授和肖中华教授认为：“对我国目前刑事立法状况进行考察，并从市场经济条件下刑法调控的必要性出发，刑法在调控范围和调整方向上，着重进行犯罪化是必然要求。”〔5〕陈兴良教授亦持犯罪化观，并认为：“从我国国情和现行刑事立法的现状出发，我们主要的问题不是非犯罪化，当务之急是犯罪化。”〔6〕张明楷教授亦认为目前我国并没有过罪化，只是在一定程度上，我国刑事立法应

〔1〕 刘艳红：“我国应停止犯罪化的刑事立法”，载《法学》，2011年第11期第115页。

〔2〕 刘艳红：“我国应停止犯罪化的刑事立法”，载《法学》，2011年第11期第115页。

〔3〕 赵秉志、王鹏祥：“论我国宪法指导下刑法理念的更新”，载《河北法学》，2013年第4期第19页。

〔4〕 赵秉志：“我国刑事立法领域的若干重大现实问题探讨”，载《求是学刊》，2009年第3期第67页。

〔5〕 赵秉志、肖中华：“适应市场经济，完善刑事立法”，载《政治与法律》，1997年第1期第15页。

〔6〕 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1992年第68页。

该“实行有效的犯罪化，避免无效的犯罪化”，并且当务之急是“实行犯罪化，而不是去罪化”，以此满足刑法保护法益的目的并实现其功能。〔1〕还有学者认为：“和非犯罪化相比，我国刑法的结构性欠缺和大量游离于刑法之外的严重危害社会的行为决定了犯罪化是未来我国刑法的长期选择。”〔2〕当然，这些学者在提倡犯罪化时，并不是主张无限制条件地随意犯罪化，同时亦提出了如何限制犯罪化的原则和学说，从而保证犯罪化的正当性和合理性。

犯罪化和非犯罪化的理论争鸣在学界并没有达成共识，但主张犯罪化的却是主流，并提出了应把诸多引人注意的行为予以犯罪化。比如主张虐童行为犯罪化、〔3〕危险驾驶行为犯罪化、〔4〕垄断行为犯罪化、〔5〕人肉搜索犯罪化、〔6〕见危不救犯罪化、〔7〕背信行为犯罪化、〔8〕婚内强奸行为犯罪化、〔9〕传销行为犯罪化、〔10〕吸食毒品行

〔1〕 张明楷：“刑事立法的发展方向”，载《中国法学》，2006年第4期第20页以下。

〔2〕 何庆仁：“犯罪化的整体思考”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第23卷），2008年第525页。

〔3〕 赵秉志、徐文文：“关于虐待罪立法完善问题的研讨——兼论虐童行为的犯罪化”，载《法治研究》，2013年第3期。

〔4〕 张光君：“酒后驾车行为犯罪化论”，载《武汉理工大学学报》，2009年第5期。

〔5〕 时延安、马正楠：“以刑罚的力量维护自由竞争——论非法垄断行为犯罪化的必要性”，载《南都学坛》，2009年第3期；蒋岩波、孙浩：“垄断行为犯罪化的司法实现”，载《江西财经大学学报》，2010年第4期。

〔6〕 齐晓伶、张训：“‘人肉搜索’与刑法规制”，载《贵州社会科学》，2010年第5期。

〔7〕 马荣春、张妹、张承先：“再论增设见危不救罪”，载《广西社会科学》，2009年第1期。

〔8〕 周文迪：“背信行为犯罪化的法理依据与路径选择”，载《法制与经济》，2009年第1期。

〔9〕 陈兴良：“婚内强奸犯罪化：能与不能——一种法解释学的分析”，载《法学》，2006年第2期。

〔10〕 姜德鑫：“传销行为的犯罪化问题探析”，载《政治与法律》，2009年第8期。

为犯罪化、〔1〕不当得利行为犯罪化、〔2〕等等。从实践看，刑法修正案亦对上述很多行为进行了犯罪化，比如危险驾驶行为、恶意欠薪行为、非法获取公民个人信息行为、组织未成年人进行违反治安管理活动、传销行为等，都已经入罪，顺应了这种理论呼声。因此，就实践看，犯罪化的立法趋势非常活跃：“即或我国刑事立法层官员也毫不讳言地指出，当今我国刑法的犯罪化趋势已占据了绝对主导，刑法立法活动已成为我国立法活动中最积极、最活跃的一个方面。”〔3〕但刑法是最严厉的法律，以刑罚为惩罚方式，因此，即使我国现阶段还是应进行犯罪化，但亦应更加谨慎并坚持一定的原则，使刑法修正案的犯罪化符合法治理想。

从目前刑法修正案犯罪化的情况看，虽然在语言表述等立法技术等方面存在很大问题，但被犯罪化的对象大多是应进行犯罪化的对象。但从我国对犯罪化理论研究现状看，虽然学者提出了诸多学说和原则，仍然缺乏对刑事立法，包括刑法修正案的犯罪化，进行评价性的体系性的犯罪化理论。因此，应构建全方位的犯罪化理论体系，从而评价、规范和指导犯罪化。构建全面的犯罪化体系，要重视两个事实：刑法系统本身的运行规则和作为社会亚系统刑法和社会其他因素之间的互动。从刑法自身的存在看，刑法本身是独立的部门法系统，有自己的构成要素，比如基本原则、各种具有强制力的规范、各种理论等，这些构成要素是刑法的内在构造性要素，互相作用且形成整体，并按照刑法的运行法则运行。从法社会学角度分析，刑法是社会大系统的亚系统，社会大系统是刑法的外在构成要素。刑法内部的构造性要素虽

〔1〕 孟莉：“吸毒行为犯罪化问题研究”，载《市场周刊》，2014年第6期。

〔2〕 王启亮：“刍议不当得利的犯罪化——以许霆恶意取款案为例”，载《甘肃理论学刊》，2008年第4期。

〔3〕 刘艳红：“我国应停止犯罪化的刑事立法”，载《法学》，2011年第11期第109页。