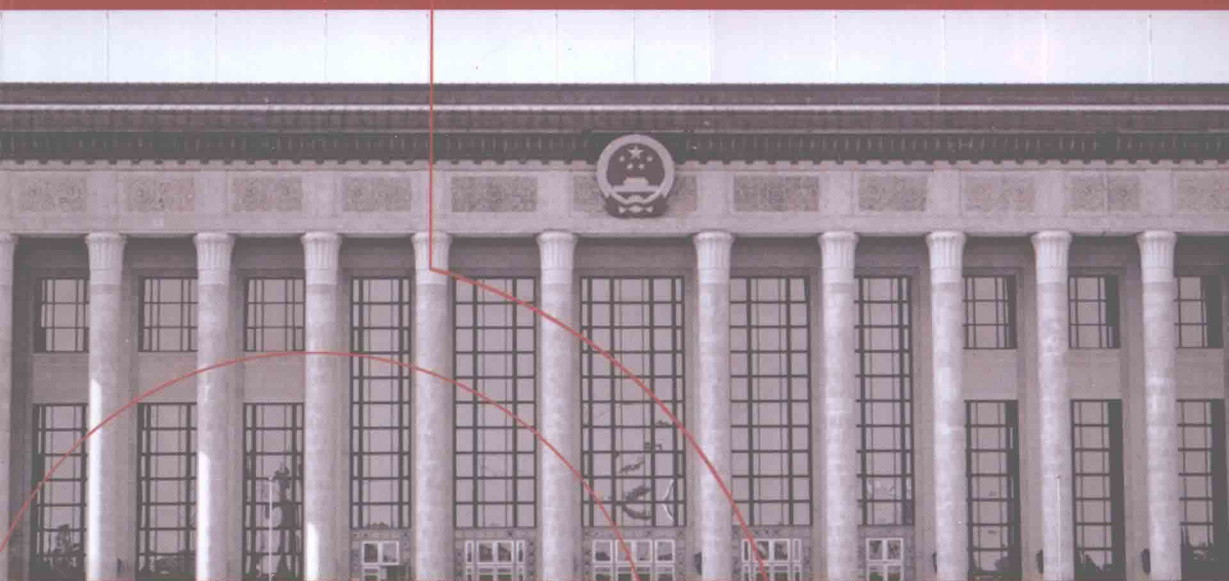


中国法评注与适用丛书·刑法系列



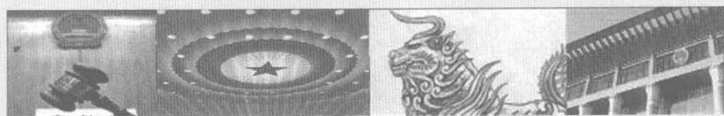
《中华人民共和国刑法修正案(八)》 解读与思考

▲ 高铭暄 陈璐 著



 中国人民大学出版社

中国法评注与适用丛书·刑法系列



《中华人民共和国刑法修正案(八)》 解读与思考

▲ 高铭暄 陈璐 著



中国人民大学出版社

前言 走向完善的中国刑事立法

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，在中国特色社会主义法律体系中起着支架作用。^① 刑法作为国家的基本法之一，与共和国一起风雨兼程，经历了孕育、诞生与完善的艰难历程，尔来已有六十余载。回顾新中国第一部刑法典编订告竣的曲折过程，不禁使人感慨万千：一部出台时不过 192 个条文的刑法典，从全国人大常委会办公厅法律室着手起草算起，先后竟然孕育了 25 年之久。而实际工作时间只用了 5 年多，有近二十年是因为政治运动的冲击而处于停顿状态。新中国成立近三十年，我们才有了第一部粗放型的刑法典，这不能不说是法制的严重滞后。^② 所幸，在经历了法律虚无主义的劫难之后，举国迷途反思，及至 1978 年党的十一届三中全会作出全面建设社会主义法制的决策之后，社会主义法制建设才终于迎来新生，我国刑事立法工作也才得以正式全面启程。自 1979 年颁布第一部刑法典起始，中国的刑事法治建设一路繁兴，成果令世人瞩目。随着中国社会主义市场经济体制的确立和发展、依法治国与建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立和推行，以及随着市场经济条件下平等观念和民主法治观念的弘扬，中国的刑事法治改革正在不断推向纵深，其中刑事立法的活跃便是明证。^③ 从 1979 年刑法到 1997 年刑法，再到 1 部单行刑法、7 个《刑法修正案》，刑法一路紧锣密鼓地随着社会情势的变化与刑法观念的革新进行着修正，这个过程是经验的积累，也凝聚了更大的立法力量。这种力量随着《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《修正案（八）》）的出台终于喷薄而出，于是我们看到了刑法的修正再也不满足于分则各罪的增删与修缮，而是对总则中的宏观制度设计开始了前所未有的革故鼎新，其力度之大、刻度之深堪为历次修法之最，当是我国刑法立法改革的一个里程碑。故此，以《修正案（八）》的颁布为契机，笔者意欲就我国刑法立法改革中的若干重要问题作一宏观的透析与展望，算是对此次刑法修改的一个总括，也算是对刑法立法改革步履多年的一次盘点吧。

① 参见吴邦国委员长在十一届全国人大常委会第十九次会议闭幕式上的讲话，载《人民日报》，2011-02-26。

② 参见高铭喧：《刑法肄言》，94～95，北京，法律出版社，2004。

③ 参见高铭喧、赵秉志：《中国刑法立法之演进》，前言，北京，法律出版社，2007。



一、我国刑事立法改革的必要性和可行性

刑法作为调整社会关系最严厉的部门法，历来是国家立法工作的重点。然而，立法是一项巨大的工程，不能一蹴而就，必须首先考虑到国家是否实际需要、立法条件是否成熟。此次《修正案（八）》正是在改革迫切需要、各方面条件都相对成熟的条件下酝酿出台的。

（一）我国刑事立法改革的必要性

我国刑事立法的发展大致经历了三个阶段：一是1949年新中国成立之后至1979年第一部刑法典颁布之前。新中国成立初期，我国并没有统一的刑法典，只是根据革命和建设的实际需要先后制定了一批单行刑法，并且在一些非刑事法律中设置了一些附属刑法规范，这些刑事法律规范有效地保证并推动了各项政治运动的开展，但并不是现代意义上系统规定犯罪、刑事责任与刑罚的刑法。二是1979年刑法颁布之后到1997年新刑法颁布之前。1979年刑法的颁布标志着我国有了比较全面、系统的刑法规范，我国刑事立法从此进入了法典化时期。三是1997年新刑法颁布之后适用至今。1997年刑法对1979年刑法进行了一次比较系统、全面的修订，大大促进了我国刑法的现代化和科学化。晚近十多年来，国家立法机关又根据实践需要先后通过了1部单行刑法和7个刑法修正案，对刑法典进行了局部的修改和完善。在这个过程中，我国刑法已经确立了罪刑法定、罪责刑相适应、适用刑法人人平等、刑法谦抑、刑罚人道等现代刑法观念，形成了比较合理的刑法篇章结构、条文排列与修法模式，规定了内容相对科学的刑罚结构、量刑制度与刑罚执行制度，应当说，已经能够基本满足刑法惩罚犯罪、保护人民、维护社会稳定与发展的需要。但是随着社会经济、政治体制改革的不断深入、刑法观念的进步更新以及国家政策的调整，我国刑法规范也逐渐暴露出一些缺陷和不足，亟待进一步改革。具体来说，主要有以下几个方面的必要性：

1. 适应社会发展的迫切需要

近年来，随着经济社会的不断发展，我国社会陆续出现了一些新情况和新问题需要刑法作出积极的回应。这主要表现在：（1）出现了一些新的严重危害社会的行为，需要刑法加以调整，对其作入罪化处理，一些严重危及人民群众生命、健康和财产安全的犯罪行为，需要进一步降低入罪门槛、加大法定刑幅度。（2）原有一些行为的社会危害性有所弱化，需要适当降低法定刑幅度。（3）民众的刑法观念日益进步，对刑法中一些基本观念、基本制度（如死刑、量刑制度、特殊群体犯罪等）的认识有了深入变化，需要刑法作出相应的调整。法律从来都是以社会为基础的，是利益与需要的表现，作为社会关系重要调节器的刑事法

律, 应根据社会发展变化的新情况以及惩治犯罪的需要作出必要的修改补充, 以担当起刑法维护和促进社会发展进步的重任。

2. 贯彻宽严相济刑事政策的必然要求

宽严相济的刑事政策作为当前我国打击犯罪、维护社会稳定的基本刑事政策, 对于刑事立法、刑事司法均具有重要的指导作用。宽严相济的刑事政策要求刑事立法根据不同的社会形势、犯罪态势与犯罪的具体情况, 对犯罪人区别对待, 科学、灵活地运用从宽和从严两种手段, 打击和孤立极少数, 教育、感化和挽救大多数, 最大限度地减少社会对立面, 既要有力地打击和震慑犯罪, 维护法制的严肃性, 又要尽可能减少社会对抗, 化消极因素为积极因素, 实现法律效果和社会效果的统一, 促进社会和谐稳定, 维护国家长治久安。因此, 贯彻宽严相济的刑事政策必然要求我国刑事立法在新形势下适当地作出调整, 以体现其区别对待的精髓。

3. 弥补刑法典自身缺陷的需要

刑法自 1997 年全面修订之后, 虽然立法机关根据社会发展的需要又对刑法典作了多次的局部修改, 但我国刑法典依然存在不少缺陷。这主要体现在: (1) 一些刑法条文长时间未曾使用过, 造成了立法资源的浪费与闲置, 长此以往, 必给人陈旧之感。(2) 刑罚结构失衡, 存在着实际执行中死刑过重、生刑过轻的矛盾, 死刑惩罚的严厉性与自由刑惩罚的严厉性不相协调。^① (3) 刑罚轻重失调, 部分犯罪的刑罚设置不合理, 存在着重罪轻罚、轻罪重罚的现象, 刑法立法的宽严不相协调。(4) 一些制度规范有失详备周全, 致使在司法实践中适用标准不统一, 难以实现制度设计的初衷。(5) 刑法立法的前瞻性不够、国际性不强, 不能及时反映社会发展中的新情况、新问题, 对刑法发展的国际趋势和国际标准顺应不够。^② 为了弥补刑法典自身的上述缺陷, 也亟须对刑法典进行及时的修改完善。

以上三个方面的需要说明在当前的社会背景下, 我国应当对刑法作进一步的改革, 以适应我国社会发展和刑事政策调整的需要, 并通过弥补刑法自身存在的缺陷, 最大限度地发挥刑法为构建社会主义和谐社会保驾护航的积极功效。

(二) 我国刑事立法改革的可行性

1. 从立法方面看我国刑事立法改革的可行性

近年来, 我国立法机关根据国家整体改革开放对刑事法治的需要, 根据刑法

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时 2010 年 8 月 23 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)》的说明》。

^② 参见赵秉志:《中国刑法改革新思考——以〈刑法修正案(八)〉(草案)为视角》, 载《北京师范大学学报(社会科学版)》, 2011(1)。



规范科学、协调发展的要求，对及时、稳健地修改刑法之必要性已经有了清醒的认识，同时，我国立法机关在1997年刑法全面修订以及此后一系列刑法修正案的立法过程中，逐步摸索和积累了较为丰富的立法经验，也发现、总结了一些立法教训，在立法宏观方向的把握以及立法技术的运用方面已经相当成熟。除此之外，立法机关还十分重视调查、研究司法机关和刑法学界关于修改、完善刑法的意见成果，并注意对现代其他法制建设先进国家刑事立法例的研究和借鉴。更值得一提的是，近年来我国立法机关开始逐步开放立法过程，向全社会征求立法意见，体现了我国人民当家做主的制度优越性。这些宝贵的经验促进了我国刑事立法科学化、民主化、开放化的发展进程，也使得立法机关对刑法的进一步修改与完善有了更强的驾驭能力。

2. 从司法方面看我国刑事立法改革的可行性

立法和司法同是我国刑事法治建设的重点，两者相辅相成。刑事立法改革的一切目的都是在司法中实现法治建设关于自由、公平、秩序的一切价值追求，因此，刑事立法的成败与否反映到司法领域就是具体案件能否依法得到合理、妥善的处理。实践是检验立法的唯一标准，刑法规范完善、合理与否必须在司法实务中获得证明。经过实践的反复检验，属于立法缺陷与不足的问题很快就会充分地显露出来，并且司法实务中出现的新情况、新问题也会反映到立法领域，为我国刑法规范的修改与完善提供充分的实践根据。

3. 从理论方面看我国刑事立法改革的可行性

近年来，我国刑法理论研究事业蓬勃发展，并且在内容上注重理论与实践相结合，根据国家改革开放与法治建设的进程和惩治、预防犯罪的实际需要开展关于刑法完善的研究，不论从宏观层面还是微观层面都提出了很多完善现行刑法的建议，并进行了周密详尽的理论论证，形成了相当规模的学术成果。这些研究成果使得立法机关对改革的深层社会根源有了更加深刻的理性认识、对具体制度的设计有了更加科学的实证分析、对可能引起的实施效果有了更加充分的观测预见。在我国刑事立法改革过程中，专家学者充分发挥了智囊团的促进作用，刑法的历次修改都与刑法学者的呼吁与论证密不可分，为刑法的修改工作提供了很好的理论参考意见和具体方案。

二、《修正案（八）》对刑法完善的维度分析

《修正案（八）》的颁布标志着我国刑事立法改革开始进入深水区，一些过去借国情为由不为所动的制度从此开始了深入变革，一些过去的成功经验也经由此次修法而更加成熟、完善。具体来说，《修正案（八）》对刑法典的完善有不同之

维度。概而言之，分为四个层次：第一，从刑法修法模式上讲，修正案模式作为在我国刑事立法实践中大获成功的立法模式日益走向成熟；第二，从宏观政策指引上讲，宽严相济的刑事政策是刑事立法一以贯之的指导方针；第三，从刑法调整对象的范围上讲，犯罪化与非犯罪化是刑法改革的核心内容之一；第四，从实现刑罚功能上讲，削减死刑罪名，实现不同刑种之间的顺接与协调是刑法改革的核心内容之二。

（一）修法模式之维度

刑法修改究竟应当采取何种形式进行，对此我们经历了一个不断尝试、不断探索的过程。1979年刑法颁行之后，为了体现立法适应性的要求，我国立法机关采取了形式上独立于刑法典而内容上又是专门规定犯罪、刑事责任的单行刑法和非刑事法律中附设刑事责任条款的附属刑法两种模式，来修改和补充刑事立法。其中，单行刑法的修法模式一直延续到1997年刑法颁行以后，直到我国立法机关通过第一个刑法修正案和发布第一个刑法立法解释文件，才结束了长期以来单行刑法作为主要修法模式一统我国刑法立法实践的局面。^①如今，我国刑事立法改革已经形成了以修正案为主要形式的修法模式，实践证明这是我国当前法治背景下比较理想的修法模式。

刑法修正案这一立法模式，借用我国台湾地区学者的观点，即所谓的“包裹立法”，此种立法具有单一性的特性，亦即对于所欲规范事项的立法，仅维持单一法律规定之形式，法律欲作变更时，仅将其法律规定从所在之基本法律中抽出加以修正，完成后其仍旧回归各基本法律形式之中。或许在修法时，有一修正法规名称，但此一法案名称如同“包裹”一般，系将相关法律规定自原所在法律规范中提出修正，再将各规定回归原法律规范之中，始终维持对于一事项之单一法律规定。^②对于刑法修改的立法模式种类而言，与“包裹立法”相对应的是“特别立法”（即单行刑法），此种立法形式主要系在普通规定之外，基于对特殊人、事、地、物的考量，在既有规范之外，另定一独立之法律形式，作为专属规范之法律规定，故乃衍生出适用优先之法律基本原理，即所谓特别规定优先于普通规定适用之法理。^③两种立法模式孰优孰劣，现在似乎已经是不言自明了。我国台湾地区在刑事法律的制定上，向来偏好特别立法，台湾学者对此颇有微词。林山田教授称刑法特别立法的频繁现象为“特别法肥大症”^④，柯耀程教授认为，特

^① 参见赵秉志：《改革开放30年我国刑法建设的成就及展望》，载《北京师范大学学报（社会科学版）》，2009（2）。

^② 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，63页，北京，中国人民大学出版社，2008。

^③ 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，63页，北京，中国人民大学出版社，2008。

^④ 林山田：《刑法的革新》，143页，台北，学林文化事业有限公司，2001。



别刑法立法使刑法呈现无所限制之过度扩张的趋势，并且在刑事立法上对于特别立法的基本理念认知不清，遂使得对于一个法律事实的规范，时常出现叠床架屋的情况，非但在法律适用时形成困扰，也造成法律关系混沌不清。^①在日本，长期以来对刑法典采取的也是直接对条文进行修改或者增删的方式，而没有颁布新的刑法典，于是出现了第××章之二，第××条之二、之三的表述方式。^②由此可见，直接修正条文的修正案模式为各国、地区的刑事立法所青睐。相比较而言，这种修法模式具有显著的优点，具体表现在：（1）刑法修正案是对原刑法条文的修改、增补与删减，颁行后直接成为刑法典的组成部分，并不打乱原刑法典的条文顺序，不像单行刑法那样独立于刑法典而存在，更不像附属刑法那样依附于非刑事法律而存在，从而更有利于保持刑法典的完整性和稳定性。（2）刑法修正案仅仅针对原刑法条文进行完善，其增补与删减均与原条文有关，衔接得有理、有序、有节，由此可以避免刑事立法无节制地过分扩张，从而有利于保持刑法典的统一性与连续性。

（二）刑事政策之维度

第二次世界大战以后，世界各国经济逐步复兴，政治亦逐步民主化，伴随而来是人权观念深入人心、人道主义刑事政策席卷各国。出于对犯罪人之权利和社会之义务的考量，社会防卫思想力压传统刑法观念脱颖而出，成为对个人尊严保护的坚固盾牌。彼时，刑法观念的发展似乎已经超出了现实的藩篱。而现实是：犯罪率在日益自由的经济模式中不断攀升；高昂的代价使刑事矫治措施捉襟见肘；社会矫治的直接后果是改造效果不彰而不是更好地复归社会；社会公众更关心犯罪人是否受到了应有的惩罚而不是其尊严是否得到了保护……因此，宽缓的刑事政策在遭遇现实时不得不束之高阁，以社会防卫论和人道主义为基础的宽容刑事政策并不能满足社会治理犯罪的需要，于是，刑事政策又逐渐回到了严格的定位上。然而剧烈的制裁毕竟与业已形成的刑法先进观念不相协调，于是各国刑法学者踌躇辗转找到了刑事政策上的中间道路：即宽与严并进的刑事政策。日本学者森下忠于1988年提出了两极化刑事政策的观点，认为对于凶恶的犯罪以及危险的犯罪人，应该使用以严格的处遇为目标的刑事政策；相对地，对于轻微犯罪以及具有矫治可能性的犯罪人，则应使用缓和的刑事政策，使其不受刑罚的制裁，或以缓和的方式处遇，例如除罪化、除刑化或非机构型的社会处遇等。^③以

① 参见柯耀程：《刑法的思与辩》，64页，北京，中国人民大学出版社，2008。

② 有学者认为，我国将新增加的条文写为“第××条之一”是不严谨的。参见张明楷译：《日本刑法典》，2版，20页，北京，法律出版社，2006。

③ 参见林山田：《2005年刑法修正总评》，82页，台北，元照出版公司，2007。

此为端始，各国的刑法改革便逐渐与宽严并进、宽严相济的刑事政策如影相随。自不待言，此次《修正案（八）》对刑法典的修改完善便是在新的社会形势下对宽严相济刑事政策的进一步贯彻，既有从严的一面，又有从宽的一面。

第一，充分保护人民群众的安全感，注重从严惩治危害民生和社会安全的犯罪。笔者认为，当下的刑事立法改革的重点是提高民众的“社会安全感”。社会安全感是社会公众对其人身、财产等合法权益将会受到违法犯罪行为侵害或者司法部门保护的可能性的心理预期和感受，这种社会安全感涵盖了人民群众社会生活的重要内容，包括食品安全、出行安全、劳动安全等。如果社会安全感强，人民感受到自己将会遭受违法犯罪行为侵害的可能性较小，对自己生命、财产的安全就有信心。从一定意义上讲，维护和增强人们的社会安全感，是刑事政策的基本目标之一。^① 2010年2月8日，最高人民法院发布了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，其第4条指出，要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。要全面、客观把握不同时期不同地区的经济社会状况和社会治安形势，充分考虑人民群众的安全感以及惩治犯罪的实际需要，注重从严打击严重危害国家安全、社会治安和人民群众利益的犯罪。到目前为止，《修正案（八）》应当说是最能体现刑事立法保护民众社会安全感的立法。主要表现在：（1）对一些社会危害严重，人民群众反响强烈，原来由行政管理手段或者民事手段调整的违法行为规定为犯罪，例如醉酒驾车、飙车等危险驾驶的犯罪，恶意不支付劳动报酬的犯罪，组织出卖人体器官的犯罪等。（2）加大对弱势群体的刑法保护，例如针对当前出现的新情况，完善强迫劳动罪的构成要件，提高其法定刑。（3）加强刑法对广大人民群众生命、健康的保护，例如调整生产、销售假药罪，重大环境污染事故罪的构成要件，降低入罪门槛，加大对这些犯罪的惩处力度。

第二，《修正案（八）》在从严惩处严重犯罪的同时，又进一步完善刑法中从宽处理的法律规定，以便更好地体现中国特色社会主义刑法的文明和人道主义，促进社会和谐。^② 主要表现在：（1）完善对未成年人和老年人犯罪从宽处理的规定。一是将犯罪时不满18周岁的未成年人排除出构成一般累犯的范围；二是对不满18周岁的人和已满75周岁的人犯罪，只要符合缓刑一般条件的，应当予以缓刑；三是对不满18周岁的人犯罪被判处5年有期徒刑以下刑罚的，免除其前

^① 参见何秉松主编：《刑事政策学》，311页，北京，群众出版社，2002。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。



科报告义务；四是减轻已满 75 周岁的老年人犯罪的刑事责任；五是对已满 75 周岁的老年人原则上不适用死刑。（2）进一步细化缓刑适用的实质条件，有利于明确标准，扩大适用。《修正案（八）》颁布以前，我国刑法规定的缓刑适用的实质条件是“适用缓刑确实不致再危害社会”，如此规定过于原则，缺乏具体、科学的评价标准，导致实践中操作起来弹性过大，影响正确运用。《修正案（八）》进一步细化了缓刑适用的四个实质条件，即犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪的危险以及宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。适用标准如此明确，有利于缓刑功效的充分发挥。（3）完善管制刑以及缓刑、假释的执行方式。《修正案（八）》新增加规定对判处管制、宣告缓刑以及裁定假释的犯罪分子依法实行社区矫正，使得社区矫正一词第一次正式出现在刑法典中，这是对社区矫正在我国试行 7 年以来积极意义的重要肯定，也是对我国刑罚轻缓化、行刑社会化发展的进一步考验。（4）坦白从宽第一次被纳入刑法。为进一步落实坦白从宽的刑事政策，《修正案（八）》第 8 条规定，犯罪嫌疑人虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

（三）犯罪化与非犯罪化之维度

改革开放以来，刑事立法不得不紧跟社会形势频繁扩张，从 1979 年刑法到《修正案（七）》颁布的三十余年间，我国刑事立法的总体趋势表现为犯罪扩大化。1979 年刑法共 192 个条文，其中分则条文 103 条，从 1979 年到新刑法颁布前，全国人大常委会先后通过了 25 部单行刑法，在 107 个非刑事法律中设置了数量可观的附属刑法规范。1997 年刑法充分吸收了这些单行刑法和附属刑法的规定，共规定了 452 个条文，分则由原来的 103 条增加到 350 条。^① 从 1997 年刑法颁布至今，我国立法机关根据经济社会发展的现实和同犯罪作斗争的需要，又对刑法典进行了局部的修改补充。从犯罪化与非犯罪化的维度看，我国刑事立法改革的过程主要是不断创设新的犯罪种类的过程，此次《修正案（八）》对刑法典修正的重点同样集中在犯罪化上。主要表现在：（1）增设新罪。将一些社会危害严重、人民群众反应强烈、原来由行政管理手段或者民事手段调整的违法行为规定为犯罪行为，加大对弱势群体的保护以及加强刑法对人民群众生命健康的保护。^② 例如《修正案（八）》第 22 条规定，在刑法第 133 条后增加一条，作为第

^① 参见高铭喧：《1997 年刑法典的全面修订及其整体评价》，载《高铭喧自选集》，88 页，北京，中国人民大学出版社，2007。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时 2010 年 8 月 23 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》。

133 条之一：“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”即增加了醉酒驾车、飙车等危险驾驶的犯罪。(2) 犯罪标准前移。为了严惩严重危害民众生命健康的犯罪以及防止出现这样的危险，世界各国刑事立法的一致选择是将犯罪标准前移，将危险犯改为行为犯、将实害犯改为危险犯。例如《修正案（八）》第 23 条规定，将刑法第 141 条第 1 款修改为：“生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金……”原条文的表述为：“生产、销售假药，足以危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金……”由此可见，《修正案（八）》将该罪由危险犯变为行为犯，即行为人只要生产、销售假药，即使没有达到足以危害人体健康的程度，也构成犯罪。再如《修正案（八）》第 46 条规定，将刑法第 338 条修改为：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”与原条文相比，《修正案（八）》着重修改了该罪犯罪构成的结果要件，即将原来的“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的”改为“严重污染环境的”。由此可见，《修正案（八）》通过改变重大环境污染事故罪的结果要件，从而将该罪由实害犯变为危险犯。降低了入罪门槛，增强了可操作性。(3) 扩张或者缩减构成要件要素，使得刑事规制的范围更加广阔。例如《修正案（八）》第 42 条规定，将刑法第 293 条修改为：“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：（一）随意殴打他人，情节恶劣的；（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。”“纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。”与原条文相比，《修正案（八）》增加了恐吓他人、纠集他人多次实施寻衅滋事行为的犯罪行为构成方式，这实际上是通过增加构成要件的行为方式要素实现了行为的人罪化处理。

然而，在立法犯罪化方兴未艾的背后，学界对此又抱有另一种隐忧，即刑法是否过多地承担了维护社会秩序的行政职责？刑事立法是否面对日益复杂的社会关系反应过度而表现出了“过剩犯罪化”的趋势？这种隐忧集中爆发于《修正案（八）（草案）》颁布后，彼时，社会各界对草案新增罪名的反应可以说是针锋相对，学界对某种行为是否应作犯罪化处理的争议从来没有这么激烈过。可以说，刑法学界对刑事立法犯罪化与非犯罪化问题的反思在《修正案（八）（草案）》颁布后达到了高峰，并持续争论着。那么，我国刑事立法果真有了“过剩犯罪化”



的趋势吗？笔者认为，并非如此。新中国成立至今，我国在前进中摸索社会制度构建的初步经验，步履艰难，目前，各项社会改革正处于攻坚阶段，社会阶层分化、各种矛盾凸显，社会治安状况不容乐观。在这种局势下，刑事立法义不容辞地担当着惩治犯罪、保护人民、维护社会和谐稳定的任务，更多地考虑犯罪化也是在情理之中的事。可以预见，这种局面还将维持相当长一段时间。但是，理论工作应当具有一定的前瞻性，待社会渡过了改革的最艰难时期，各种社会关系理顺了的时候，刑事法治的状况也会明显改观，到那个时候，刑事立法就会逐步地关注非犯罪化的问题了。在犯罪化与非犯罪化的问题上，切不可将其他国家非犯罪化的做法简单照搬到我国。正如日本学者所言：“和日本不同，在中国，至少在现阶段，所有的刑罚法规都集中在刑法典之中，而在刑法典之外则几乎看不见，因此，在中国不存在所谓的行政刑法。由于刑法典上的条文数量很少，因此，乍看之下，中国刑法中的处罚范围似乎很广，但实际上并非如此，日本刑法中的处罚范围比中国要广泛得多。所以，在非犯罪化方面，中国远比日本进步，这一点，必须引起注意。”^①此外，我国1979年刑法颁行之初的条文数是当时世界上最少的，分则罪名是随着经济社会的发展而逐步增加进去的，因此，我国刑法的发展还没有到以非犯罪化为重点的阶段。笔者赞同这样的观点：综合我国刑法制度、民众观念、犯罪状况等诸多因素，对当前我国一些严重危害社会安全、人民群众生命健康的行为，应当主要采取“适度犯罪化”的策略。所谓适度犯罪化，是指对于一些严重危害民生的行为，应当根据行为的现实危害、影响范围、发展趋势等状况和我国法律制度的配套情况，有选择地予以犯罪化。^②这种观点是中肯的，是符合我国社会发展实情的，应当予以肯定。

（四）刑罚结构之维度

我国目前的刑罚结构是以死刑、自由刑为中心的，从世界范围来看属于一个重刑结构，甚至是一个超重刑结构。这一刑罚结构的不合理性不仅仅在于过重的刑罚设置，尤其是过多的死刑罪名，而且在于我国刑罚体系存在着结构性缺陷，这就是死刑过重，生刑过轻：一死一生，轻重悬殊，从而极大地妨碍了刑罚功能的正常发挥。^③多年来，我国刑法学者对刑罚结构的不足进行了深刻的反思并提出了许多中肯的完善建议，直到此次刑法修正，刑罚结构的调整才终于迈出了实质性的步伐。《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》指出，

① [日] 西原春夫：《日本刑法与中国刑法的本质差别》，黎宏译，载赵秉志主编：《刑法评论》（7），123页，北京，法律出版社，2005。转引自张明楷译：《日本刑法典》，2版，10～11页，北京，法律出版社，2006。

② 参见赵秉志：《我国刑事立法领域的若干重大现实问题的探讨》，载《求是学刊》，2009（3）。

③ 参见陈兴良：《刑罚改革论纲》，载《法学家》，2006（1）。

这次刑法修改的重点是落实中央深化司法体制和工作机制改革的要求,完善死刑法律规定,适当减少死刑罪名,调整死刑与无期徒刑、有期徒刑之间的结构关系。^① 具体来说,《修正案(八)》对刑罚结构的调整主要表现在以下五个方面:(1)适当削减死刑罪名。《修正案(八)》取消了近年来较少适用或基本未适用过的13个经济性非暴力犯罪的死刑,占死刑罪名总数的19.1%,这是我国1997年刑法颁行以来第一次在立法上正式削减死刑罪名。(2)限制对某些被判处死刑缓期执行犯罪分子的减刑,延长其实际服刑期限。据此,《修正案(八)》将死缓犯确有重大立功表现的减刑幅度由“十五年以上二十年以下有期徒刑”修改为“二十五年以下有期徒刑”。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对其限制减刑。(3)适当延长有期徒刑数罪并罚的刑期。原刑法第69条的规定总体上是适当的,但实践中有一些犯罪分子一人犯有较多罪行,被判处有期徒刑的总和刑期较高,如果最高只判处20年有期徒刑,难以体现罪刑相适应的原则,应当适当提高这种情况下有期徒刑的上限。据此,《修正案(八)》规定,有期徒刑总和刑期不满35年的,决定执行的刑期最高不能超过20年,总和刑期在35年以上的,决定执行的刑期最高不能超过25年。(4)完善减刑的规定。将被判处无期徒刑的罪犯减刑后实际执行的刑期由“不能少于十年”改为“不能少于十三年”;对限制减刑的死缓犯,缓期执行期满后依法减为无期徒刑的,再减刑以后实际执行的刑期不能少于25年,缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的,实际执行的刑期不能少于20年。(5)完善假释的规定。将被判处无期徒刑的犯罪分子假释前的实际执行期限由原来的10年以上改为13年以上;对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10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释。

三、我国刑事立法改革面临的新问题

此次刑法修正无疑为我国刑事立法改革开创了一个崭新的局面,我们在肯定立法进步的同时,也应当看到当下我国刑事立法还面临着一些新问题,对这些问题的思考,将有助于我国刑事立法工作不断朝着完善的方向继续前进。

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会主任李适时2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)的说明》。



（一）刑事立法自身的困境

从《修正案（八）》草案出台、征求意见到审议再到颁布过程中的热烈争议可以看出，刑事立法的过程越来越不轻松，这其中自然有立法程序科学化、民主化的因素，但是更重要的是，它反映出了刑事立法自身的困境：一方面，刑法承担着保障公民自由与维护社会安全的双重任务，怠慢了任何一方，都会招致理性的批判与现实的灾难；另一方面，刑法面临着理论自足与社会政策的双重制约，它不可能置任何一方于不顾。在观念上，自由与秩序、报应与功利同是刑法追求的价值；在实践中，犯罪化与非犯罪化、轻刑化与重刑化同是立法者面临的抉择。在复杂的社会情势面前，这些困境实在令刑事立法难以解脱！

1. 刑事立法如何协调社会利益与个人自由之间的矛盾

我国经济社会的急速发展导致了公共利益和个人自由的矛盾对立，反映到刑事法治领域就表现为以下两个方面：第一，工业经济的无节制扩张危及人们共同的生存利益，食品安全犯罪、环境犯罪即是适例。第二，经济文明惠及每个个人的同时也给社会公共安全造成了威胁，危险驾驶即是适例。社会利益与个人自由的对立使得社会整体的安全处于极端不确定状态，公众的不安全感与日俱增。在群体性安全事件频发的今天，刑事立法如何作为才能既不辜负人们对其所怀有的权利保障的期望，又能充分发挥后盾法的功能为人们赢回社会安全的信心，这是刑事立法必须处理好的核心问题。

2. 刑事立法如何协调法理与政策的矛盾

刑法作为一门独立的科学，其本身具有成熟的理论体系与基本原则，例如归责原则、因果关系准则等，刑法规制的范围与设罪的过程应当在预先设定的概念、范畴、原则中进行，这是体系性思维方式的必然结果。而在当前社会中，以政治、经济为核心的社会基本发展状况对于刑法立法具有直接的影响，国家政策已经渗透进刑事立法。就政治影响力而言，虽然同属于上层建筑，但是政治在其中占据非常突出的地位，而隶属于法律范畴的立法往往为政治所左右，表现出一定的从属性。例如，为了避免危险造成的社会不安全性，刑法依照国家政策的选择创设了大量的新罪名。但是毋庸置疑，国家政策的介入不可避免地使刑法法理为其所触动，例如，犯罪标准前移、创设新的归责形式等，于是现代刑法本身就存在着背离法理的巨大危险。如何协调法理与政策的矛盾又是我国刑事立法必须处理好的问题。

对于刑事立法的自身困境，笔者的基本立场是：面对社会的发展变迁，现代刑法应当有积极的反应，必须进行自身调整，包括定罪标准、归责原则、刑罚功能等，即在社会整体的变迁过程中重新定位科技进步、文明发展与刑事立法的协调互动关系，并经由这样的调整，使得刑法立法一方面坚持传统刑法的基本品

质,另一方面兼顾社会发展,在体现刑法惩罚害恶、恢复公平正义的同时,积极发挥现代刑法维护社会安全秩序和保障人权的双重功能。

(二) 刑事立法体系的失调

到目前为止,我国刑事立法的重点在于发挥刑法惩治犯罪、保护人民的作用,对犯罪预防立法的重视明显不足,这种倾向严重影响了我国预防和控制犯罪的成效。1999年6月28日第九届全国人大常委会通过了《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》,这项立法是我国第一个针对犯罪前的预防工作而颁布的法律,反映了立法者对预防犯罪的重视。^①但这也是我国刑事法律体系中唯一的一部犯罪预防法,这说明我国刑事立法对犯罪预防立法的重视力度还远远不够,不能不说是我国立法改革在整体体系上的遗憾与缺失。笔者认为,社会主义法制统一与完备的特性要求预防犯罪、惩罚犯罪的法律体系要前后一致、相互协调,因此必须建立、健全对犯罪预防的立法,作为惩治犯罪的前置性法律,并且与刑事法律相互衔接、相互配合,这也是完善我国社会主义法制的题中应有之义,而当前亟须加快职务犯罪、商业贿赂等犯罪的预防立法。

(三) 警惕盲目冒进,保持立法理性

在我国刑法改革过程中,一些学者由于改革心切而对立法中没有考虑到的方面深表忧虑,进而感慨改革力度不足、步子不大。对此,笔者认为,《修正案(八)》对我国现行刑法的修整力度并不保守,对一些制度变革的深刻程度是有目共睹的,特别是死刑罪名的削减、社区矫正的引进等。我们应当认识到,事物的发展变化是一个循序渐进的过程,不能冒失跃进,否则将与社会严重脱节,浪费立法资源。中国刑事法治实践六十余载,我们在刑法立法方面取得了显著的成绩,同时也积累了丰富的经验。这些经验总结为:第一,刑事立法要从我国实际出发,立足于本国国情;第二,刑事立法要有理论依据、宪法依据和政策依据;第三,刑事立法只宜规定成熟的东西,不成熟的不要定,能写多少写多少,逐步完备;第四,刑事立法要能适应形势发展的需要,便于各地执行;第五,要做好立法前的充分准备工作;第六,实行民主立法程序;第七,要吸收各方面的专家参加立法工作;第八,要密切注意法律执行中的问题,适时进行修改、补充;第九,为搞好立法,必须学习法学理论。^②这些经验在今天来看依然适用,我们应当警惕立法中不顾现实的盲目做法,循序渐进、先易后难,耐心地在法理与现实的结合中寻求符合中国国情的规则之治。

^① 参见何秉松主编:《刑事政策学》,324页,北京,群众出版社,2002。

^② 参见高铭喧:《刑法肄言》,86~90页,北京,法律出版社,2004。



四、结语

《修正案（八）》经过轰轰烈烈的讨论之后终于顺利颁布，掩卷遐思，久久不能平静。这次修法真正是对刑法扬其精神、动其筋骨，在经历过刑法创制的艰辛以及一路走来的曲折之后，遂更加觉得此开拓性进展是多么不易，这是我国刑事立法改革进程中的阶段性重大成果，对刑事立法的进一步完善起到了承上启下的重要作用。不论学界，还是实务界，都当惜之、思之。本书即是以《修正案（八）》为蓝本，对其中的重要理论问题分专题进行研究解析，冀望对刑法研究与实践有所裨益，不当之处，还请广大同仁予以指教，不胜感激。

contents

目录

专题一 死刑立法改革的破冰之旅	1
一、我国死刑制度的立法沿革	2
二、我国死刑制度的立法特点与改革的现实困难	6
三、我国死刑立法改革的进一步思考	12
四、结语	18
专题二 对老年人犯罪从宽处罚立法的解析与思考	19
引言——除却对老年人犯罪的道德偏见	19
一、立法背景与立法意义	20
二、老年人犯罪的特殊性与从宽处罚的合理性	22
三、对老年人犯罪从宽处罚立法的进一步思考	28
四、结语	31
专题三 我国未成年人犯罪刑事立法的回顾与前瞻	32
一、我国未成年人犯罪刑事立法的基本状况	32
二、我国未成年人犯罪刑事立法的缺憾与前瞻性建言	39
三、结语	43
专题四 我国刑罚结构的调整与完善	45
一、死刑与生刑衔接断裂之反思	45
二、《修正案（八）》对生刑结构的调整与完善	48
三、结语	53
专题五 量刑制度改革的总体思考	54
一、量刑制度修改的背景、内容及相关争议	54
二、量刑制度的功能与量刑制度修改的意义	58