

## 中国刑法最新修正宏观争议问题研讨

○ 赵秉志

(北京师范大学 刑事法律科学研究院,北京 100875)

**[摘要]**在当前犯罪形势和刑法立法状况下,《刑法修正案(九)》的犯罪化修法具备合理性,而且也将是今后相当长时期我国刑法立法的必然趋势。但我国刑法修正的犯罪化仍应适度。作为调整社会生活的一种方式,刑法应当回应重大社会关切,及时因应社会生活领域内发生的重大变化作出相应调整,但也应有一定的限制。对刑法内容的重大修改应考虑由全国人大通过并采取严格的三审制。

**[关键词]**《刑法修正案(九)》;犯罪化;社会关切;修法程序

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.01.001

因应社会发展变化的需要,近年来我国刑法修正一直保持着较快的频率,刑法修正的内容越来越广泛,受到社会的关注度越来越高。这其中主要是刑法修正的内容问题,但也有刑法修正的理念、技术、方法和程序问题。我国刑法的最新修正是2015年8月29日通过的《刑法修正案(九)》。这是我国自1997年全面修订刑法典之后进行的规模最大的一次刑法修正。《刑法修正案(九)》全文共计52条,包括对刑法典诸多内容尤其是分则规范的修改补充,具有鲜明的时代特征,受到社会各界广泛关注和热情期待。在立法研拟和审议过程中,《刑法

---

**作者简介:**赵秉志(1956—),《学术界》本期封面人物。新中国首届刑法学博士,教育部长江学者特聘教授,博士生导师。1987年中国人民大学刑法学专业博士研究生毕业,美国杜克大学法学院访问学者(1990—1991)。1992年晋升教授。曾获得“做出突出贡献的中国博士学位获得者”(1991)、首届“全国十大杰出青年法学家”(1995)称号,享受国务院“政府特殊津贴”(1993),首批入选人事部“百千万人才工程第一、二层次人选”(1997)、教育部“跨世纪优秀人才培养计划”(1999)。兼任国务院学位委员会学科评议组法学组成员、国家社会科学基金项目学科评审组专家、中国法学会常务理事暨学术委员会委员、中国刑法学研究会会长、国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。1987年至2005年在中国人民大学任教,曾任

修正案(九)》的许多重要问题也引发了一些争议。其中,在宏观方面,受到重点关注的是刑法立法的犯罪化、刑法立法如何回应重大社会关切和刑法修法程序完善等问题。

## 一、刑法立法的犯罪化问题

### (一) 修法背景暨修法内容

马克思主义法学认为,“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”<sup>[1]</sup>刑法立法亦如此。经过改革开放 30 多年的发展,我国在各个领域、各个方面都取得了巨大进步,但我国现阶段仍处于变动而复杂的社会转型期,由经济发展、科技进步及其所带来的政治、社会、文化、治安等方面变化所决定所影响的犯罪领域,也出现了一系列新情况、新问题、新特点,这在暴恐犯罪、网络犯罪、腐败犯罪、妨害社会管理犯罪等方面都有其突出的表现。“犯罪和现行统治都产生于相同的社会条件”。<sup>[2]</sup>刑法是现代国家遏制犯罪的基本手段,犯罪发展变化了,以遏制犯罪为使命的刑法当然也要有针对性地予以调整。此次《刑法修正案(九)》出台的内在动因,就是社会发展和时代变迁所影响的犯罪发展变化情况及对之惩治防范的法治需要。中共十八届三中全会 2013 年 11 月 12 日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》勾勒了“推进法治中国建设”的宏伟蓝图,并在继续减少死刑罪名、废除劳动教养制度后的法律衔接以及反腐败等方面阐明了方向性的涉及刑法修改的改革精神,中央司法体制改革的任务有进一步相关的要求;中共十八届四中全会 2014 年 10 月 23 日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》则在“加强重点领域立法”中明确提出了完善反腐败刑法和加强互联网领域立法(其中涉及到刑法问题)等任务。

在此背景下,《刑法修正案(九)》自 2012 年秋天开始调研和酝酿准备,至 2015 年 8 月 29 日在第十二届全国人大常委会第十九次会议上获得通过,修法前后历时 3 年,其修法历程大体上经历了修法调研准备、研拟初步方案、第一次

---

中国人民大法学院副院长、教授、博士生导师,创建国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心并曾任该中心第一、二届主任(1999-2005)。2005 年 8 月加盟北师大创建刑事法律科学研究院并担任院长至今,曾兼任北师大法学院院长(2006 年 4 月—2016 年 10 月)。主要研究领域为:中国刑法学、中国区际刑法学、国际刑法学、比较刑法学等。1988 年至 1997 年间作为全国人大常委会法工委刑法修改小组成员,全程参与我国 1997 年刑法典的修订工作。1997 年以来参与国家立法机关历次修改刑法的起草研拟工作;长期参与最高司法机关制定司法解释的论证和重大疑难案件的研究。主持国家级、部委级暨中外合作等各类科研项目 60 余项,科研成果暨个人获得各种奖励 70 余项。主要著作有:《犯罪主体论》《犯罪未遂形态研究》《现代刑法问题新思考》(四卷本)、《刑法改革问题研究》《刑法基本理论专题研究》《死刑改革之路》《刑法立法研究》《当代刑法问题新思考》等。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等国内外报刊发表论文 600 余篇。在刑法改革与人权保障、中国死刑制度改革、反腐败刑事法治、反恐刑事法治、犯罪主体、故意犯罪形态、新型犯罪治理、侵犯财产犯罪、毒品犯罪、中国区际刑事法、国际犯罪与国际刑法等领域有比较突出的学术贡献。

立法审议、第二次立法审议、第三次立法审议暨通过等五个阶段。<sup>[3]</sup>总体上看,《刑法修正案(九)》重点解决的是反恐怖主义、反腐败和减少适用死刑罪名问题,<sup>[4]</sup>并着力解决劳动教养制度废止后的刑法完善问题。在此基础上,《刑法修正案(九)》通过新增罪名和调整相关犯罪的构成要件、法定刑,加强和改善了对相关犯罪的惩治。

此次《刑法修正案(九)》中,国家立法机关更加注重把坚持宽严相济的刑事政策、维护社会公平正义作为修法的一个重要的指导思想,强调“对社会危害严重的犯罪惩处力度不减,保持高压态势;同时,对一些社会危害较轻,或者有从轻情节的犯罪,留下从宽处置的余地和空间。”<sup>[5]</sup>从总体上看,犯罪化是此次刑法修正的重要方面和内容,并突出体现在以下三个方面:

第一,增设了大量新的犯罪。这主要体现在两类犯罪上,即恐怖犯罪和信息网络犯罪。《刑法修正案(九)》新增了5种恐怖犯罪和3种信息网络犯罪,共增加20种新罪名。<sup>[6]</sup>正如有学者所言,这些“新的规定主要是为了解决目前定罪中的困惑和分歧,统一各地司法机关对这种行为的定性,彻底贯彻罪刑法定原则”。<sup>[7]</sup>

第二,扩充犯罪构成条件。这主要是从降低原有犯罪入罪条件的角度,扩充了许多犯罪的构成条件,包括扩大行为的类型(如在“危险驾驶罪”中增加了两类危险驾驶行为)、扩大主体的范围(如将出售、非法提供公民个人信息犯罪的主体由特殊主体改为一般主体,针对网络犯罪增设了单位主体)、降低入罪门槛(如将扰乱无线电通讯管理秩序罪的入罪门槛修改为“情节严重”)等。这些问题也是过去长期困扰我国刑事司法、影响我国刑法功能发挥的重要方面。例如,扰乱无线电通讯管理秩序罪在修法之前的入罪门槛过高,自1997年刑法典设立该罪后未看到一起使用该罪的判决,是刑法典少有的“僵尸条款”,但以伪基站为代表的扰乱无线电通讯管理秩序的行为又层出不穷,需要刑法立法做出有针对性的调整。在此背景下,《刑法修正案(九)》适时调整了扰乱无线电通讯管理秩序罪的构成要件和入罪门槛。

第三,取消对多种犯罪的免除处罚规定,实际地扩大了相关犯罪的入刑范围。刑法惩治力度的加强,一方面体现为法定刑种类的增加和法定刑幅度的提升,如《刑法修正案(九)》针对贿赂犯罪增加了财产刑、增加了部分犯罪的量刑档次(如扰乱无线电通讯管理秩序罪增加了一个“三年以上七年以下有期徒刑”量刑幅度);另一方面则体现为免除处罚规定的取消,如《刑法修正案(九)》严格收买被拐卖的妇女、儿童罪和行贿罪的从宽幅度与条件,也在一定程度上扩大了收买被拐卖的妇女、儿童罪和行贿罪的入罪范围。其立法背景是实践中拐卖妇女、儿童行为猖獗,但作为拐卖妇女、儿童犯罪的对向犯,收买被拐卖妇女、儿童的行为长期没有得到有效治理,买方的需要在很大程度上刺激了拐卖行为的发生。在此背景下,《刑法修正案(九)》取消了对收买被拐卖的妇女罪和行贿罪的“免除处罚”“不追究刑事责任”的规定,鉴于被免除处罚的行为在实践中不会进入诉讼程序,这相当于实际地扩大了收买被拐卖的妇女、行贿行为的入刑范围。

## (二) 修法争议

犯罪化是当前我国刑法立法的主要趋势。在《刑法修正案(九)》修法过程中,对于《刑法修正案(九)》的犯罪化立法,各方面主要有三种不同的立场:

第一种是支持的立场,认为《刑法修正案(九)》的犯罪化有其现实基础,总体上看《刑法修正案(九)》对犯罪圈的扩大是必然而适当的。例如,绝大多数学者对《刑法修正案(九)》“前置法益保护、织密刑事法网”的立法举措表示赞赏。有观点认为,在当前恐怖主义、极端主义、网络犯罪态势不断恶化、手段不断翻新的形势下,我国加强对恐怖主义、极端主义犯罪、网络犯罪等的惩治具有明显的必要性。<sup>[8]</sup>

第二种是反对的立场,认为《刑法修正案(九)》以犯罪化为主,其犯罪化立场与我国加强人权保障的理念和要求相悖。有观点认为,《刑法修正案(九)》宽严失衡、以严为主,《刑法修正案(九)》尽管在废除死刑与提高对死缓犯执行死刑的门槛方面体现出了从宽的一面,但主要还是增设新的罪名、扩大处罚范围与提高法定刑。<sup>[9]</sup>其中,仅新增罪名就多达20个,不少条款还采取扩张犯罪的行为类型和行为对象、降低入罪门槛等方式,扩大了刑法打击的范围,与党的十八届三中全会提出的人权保障理念不甚符合。特别是针对弱势群体上访等现象,《刑法修正案(九)》将“多次扰乱国家机关工作秩序”的行为入罪,同时《刑法修正案(九)》新增的“泄露不公开审理案件信息罪”和扩充的“扰乱法庭秩序罪”,都可能对律师等群体的权益保护造成不当影响。<sup>[10]</sup>

第三种是折中的立场,认为《刑法修正案(九)》加强对新型违法犯罪行为的犯罪化具有必要性,但其部分违法行为的犯罪化不适当。有观点认为,适度犯罪化在现阶段是必要的。对于原给予劳动教养的行为,在劳动教养制度废除后,多数应纳入治安处罚范围,而不应规定为犯罪。也有观点认为,《刑法修正案(九)》的犯罪化立法中存在刑法介入早期化、行政违法行为犯罪化问题。无论是否赞同风险刑法理论,都应该肯定刑法介入早期化的必要性和正当性,但应当将刑法介入早期化控制在造成大规模人身伤亡后果、具有危害公共安全性质的犯罪类型之内,不应普遍降低乃至取消入罪标准而对行政违法行为实行大规模犯罪化;也可对那些侵犯公民人身与财产权利、危害公民切身利益的行政违法行为中危害比较严重的进行犯罪化。不过,对于那些扰乱秩序、危害公共利益行政违法行为,尽管不能完全否定进行犯罪化的必要性,但应当慎之又慎。<sup>[11]</sup>例如,有观点认为,“恐怖主义、极端主义有着极其复杂的历史根源与现实背景,甚至与国际局势的发展密切相关。刑法以犯罪和刑罚为主要内容,它无力解决社会的各种深层次冲突和矛盾,甚至很难说是一种‘治本’的法律。这就要求我们对于恐怖主义、极端主义行为持有一种理性、谨慎的态度,‘非犯罪化’和‘过度犯罪化’都不可取,应当采取‘适度犯罪化’的策略。”<sup>[12]</sup>

## (三) 修法研讨

针对《刑法修正案(九)》犯罪化的上述争议,笔者认为,在当前的犯罪形势

和刑法立法状况下,《刑法修正案(九)》的犯罪化具备基本的合理性,而且也将是今后相当长一段时期内我国刑法立法的必然趋势。但我国刑法修正的犯罪化仍要坚持其适度性。这具体体现在以下两个方面:

第一,适度犯罪化是我国刑法立法的必然之选。这主要有两个方面的依据:一是违法犯罪治理的现实需要决定我国刑法立法必须走犯罪化的道路。当前我国社会发展迅速,新型违法犯罪行为不断产生,刑法立法需要因应社会发展变化的需要将一些行为增加规定为犯罪。这方面最为明显的是恐怖犯罪和信息网络犯罪,前者与国际、国内恐怖犯罪发展的态势和变化有关,后者与信息网络技术的快速发展有关。刑法立法要填补立法的空白就需要对一些行为采取适度犯罪化的做法。同时,以劳动教养制度废止为代表,我国行政处罚的范围正在逐步限缩,但对相关违法行为的治理又不能出现立法真空。对过去一些属于行政处罚范围的行为,随着法治观念的变化和法律制裁体系的调整,有犯罪化的必要。二是刑法的恶害性决定了刑法立法的犯罪化不能过度。我国有着长期的重刑主义传统和思想,并且对犯罪保持高度的警惕。刑法作为一种惩罚法,其恶不仅体现为刑罚本身对犯罪人的权利剥夺,而且也体现为刑罚附带效果对犯罪人再社会化的妨碍,加上公民权利意识的觉醒,人们对作为公权力的刑罚权越来越警惕,刑法立法的犯罪化必须十分谨慎、适度。

第二,《刑法修正案(九)》的犯罪化举措总体上是合理的。适度犯罪化是当前我国刑法立法的必要策略,也是平衡刑法法益保护机能和人权保障机能的基本要求,更是当前我国犯罪形势不断发展和刑法法网不够严密背景下的合理选择。当然,《刑法修正案(九)》的犯罪化倾向是其立法的主要基调,但同时对于犯罪化的范围和程度进行了限制。总体上看,《刑法修正案(九)》的犯罪化态度是适当的。这主要体现在两个方面:(1)对轻罪入刑保持了较高的入罪门槛。例如,《刑法修正案(九)》第23条对“使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件”行为入罪,规定了“情节严重”的门槛条件;第31条第2款对“多次扰乱国家机关工作秩序”行为的入刑规定了“经处罚后仍不改正,造成严重后果”的门槛条件,第3款对“多次组织、资助他人非法聚集”行为的入刑规定了“扰乱社会秩序,情节严重”的门槛条件。(2)对部分犯罪规定了较严格的行为条件。例如,《刑法修正案(九)》第8条修改的危险驾驶罪,曾有不少意见主张将货车“双超”(超速和超载)、吸毒驾驶等行为入罪,但立法机关经广泛调研后对新增危险驾驶行为的范围作了严格的限定;《刑法修正案(九)》第25条增设了三种考试作弊犯罪,但同时对考试作弊的“考试”范围作了较为严格的限定。在修法过程中,国家立法机关将之前草案规定的较为广泛的“国家考试”改为范围更为严格的“法律规定的国家考试”;《刑法修正案(九)》第32条增设了编造、故意传播虚假信息罪。在修法过程中,国家立法机关曾拟将所有的虚假信息均纳入该罪的范围,后来对虚假信息的犯罪作了十分严格的限定,仅限于“险情、疫情、灾情、警情”等四种虚假信息。

## 二、刑法立法回应重大社会关切问题

### (一) 修法背景暨修法内容

刑法是调整社会关系的法律规范。社会的发展变迁对刑法立法具有重要影响。近年来,我国社会生活和司法实践中出现了许多新的情况和问题,这主要体现在两个方面:一是不断涌现的、广受社会关注的新型违法犯罪现象。这其中,既有受到国际社会共同关注的恐怖主义、极端主义犯罪,也有随着技术革新而不断翻新的网络犯罪。这些新出现的违法犯罪行为给传统刑法立法提出了新的命题和挑战,也引发社会各方面的广泛关注。二是热点事件引发的犯罪治理问题。例如,2008年发生在贵州习水的嫖宿中小學生事件引发了人们对嫖宿幼女罪的极大关注,实践中要求废除嫖宿幼女罪的呼声很高;同时一些地方相继出现的性侵未成年男子事件引发了人们对强奸罪、强制猥亵犯罪立法的关注,实践中要求加强对男性性权利保护的呼声也很高。如何合理地、及时地回应这些新型犯罪现象和热点社会事件,是刑法立法所需要考虑的问题。在《刑法修正案(九)》修法过程中,国家立法机关也适时地对诸多重大社会关切问题进行了回应,但也引发了有关方面的争议。

总体上看,《刑法修正案(九)》的诸多立法都反映了当前社会生活领域的重大热点问题。在《刑法修正案(九)》草案一审稿中,这主要体现在三大方面:一是针对我国一些地方近年来多次发生严重暴力恐怖案件、网络犯罪,从总体国家安全观出发,统筹考虑刑法与反恐怖主义法、反间谍法等维护国家安全方面法律草案的衔接配套,修改、补充刑法的有关规定;二是随着当今中国反腐败斗争的深入,需要进一步完善刑法的相关规定,为惩腐肃贪提供法律支持;三是需要落实中共十八届三中全会关于逐步减少适用死刑罪名的要求,并做好劳动教养制度废除后法律上的衔接。<sup>[13]</sup>这又具体体现为七个方面:(1)逐步减少适用死刑罪名;(2)维护公共安全,加大对恐怖主义、极端主义犯罪的惩治力度;(3)维护信息网络安全、完善惩处网络犯罪的法律规定;(4)进一步强化人权保障,加强对公民人身权利的保护;(5)进一步完善反腐败的制度规定,加大对腐败犯罪的惩处力度;(6)维护社会诚信,惩治失信、背信行为;(7)加强社会治理,维护社会秩序。<sup>[14]</sup>

在《刑法修正案(九)》草案公布之后,国家立法机关根据社会各方面的呼声,从回应重大社会关切的角度的角度,又增加了多个相关的立法条款。其中比较受社会关注的有:(1)暴力袭警行为的立法化。《刑法修正案(九)》第21条在妨害公务罪中增加了一款,规定:“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的,依照第一款的规定从重处罚。”(2)增设了针对严重贪污受贿罪犯的终身监禁制度。《刑法修正案(九)》第44条第4款规定:“犯第一款罪,有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。”(3)明确将“医闹”行为入刑。《刑法修正案(九)》第31条1款规定:“将刑法第二百九十条第

一款修改为:‘聚众扰乱社会秩序,情节严重,致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行,造成严重损失的,对首要分子,处三年以上七年以下有期徒刑;对其他积极参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。’”

(4)取消嫖宿幼女罪。《刑法修正案(九)》第43条规定:“删去刑法第三百六十条第二款。”(即取消了该款规定的嫖宿幼女罪,使嫖宿幼女的行为回归奸淫幼女的强奸罪)(5)修改扰乱法庭秩序罪。《刑法修正案(九)》第37条规定:将刑法第309条修改为:“有下列扰乱法庭秩序情形之一的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金:(一)聚众哄闹、冲击法庭的;(二)殴打司法工作人员或者诉讼参与人的;(三)侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人,不听法庭制止,严重扰乱法庭秩序的;(四)有毁坏法庭设施,抢夺、损毁诉讼文书、证据等扰乱法庭秩序行为,情节严重的。”可以说,《刑法修正案(九)》对重大社会关切的问题作了较为全面的回应。

## (二)修法争议

针对《刑法修正案(九)》对诸多重大社会关切问题的回应,在《刑法修正案(九)》修法过程中,各方面主要有两种不同的观点:

一种观点认为,刑法立法积极回应重大社会关切问题是必要的。在《刑法修正案(九)》修法过程中,多数意见认为,《刑法修正案(九)》草案坚持了科学立法、民主立法,对刑法作了重要修改补充,对社会关注的热点问题作了及时回应,有利于更好地发挥刑法在惩治犯罪、保护人民、维护社会秩序、保障国家安全等方面的重要作用,以及在维护社会主义核心价值观、规范社会生活方面的引领推动作用,预期会起到较好的社会效果。有观点甚至认为,刑法修正要回应外界和全国人大常委会委员们的关切,对于社会关注的热点问题要有回应,不改的要说明理由,不要引起社会不必要的猜忌或质疑。<sup>[15]</sup>

另一种观点认为,刑法立法不应过度回应社会关切。认为民意的随意性、从众性和易被操纵性确实容易导致情绪性立法。民意来源的复杂性决定了其具有较大的随意性。特别是进入网络时代以来,几乎每一起重大刑事案件的背后,都可以听到来自社会各个阶层的汹涌的“民意”表达,但在现实中,每个社会个体的情感都不尽相同。《刑法修正案(九)》中的情绪性立法现象表现较为突出和严重。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设置不得减刑、假释的终身监禁等规定均是《刑法修正案(九)》中情绪性立法的典型立法例。科学的刑事立法必须力戒情绪,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,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。<sup>[16]</sup>

## (三)修法研讨

关于刑法立法是否应当回应重大社会关切问题,笔者认为,刑法作为调整社会生活的一种方式,当然应当回应重大社会关切,因应社会生活领域内发生的重

大事件作出必要的立法调整;但刑法立法对重大社会关切的回应也应该有一定的限制,要尊重刑法立法的自身规律。这可从以下两个方面进行理解:

第一,刑法立法应当适度回应重大社会关切。这具体体现在两个方面:

一是刑法立法应当回应重大社会关切。刑法理论上一般认为法益保护是刑法的首要机能,即刑法应当具备保护法益不受侵害或者威胁的机能。而当前我国社会关注的热点事件,大都是法益没有得到有效保护或者完全没有得到保护的情形。例如,在贵州习水嫖宿幼小女生案中,民众之所以关注嫖宿幼女罪,主要是因为民众认为,以嫖宿幼女罪对相关官员进行处罚,不能实现对幼女权利的有效保护。从这个角度看,社会关切反映了民众加强对某种法益保护的强烈愿望。刑法立法回应重大社会关切,实际上是刑法立法顺应社会民意,加强对某种法益的特别保护。这对刑法立法而言,也具有必要性。实际上,当某一时期特定法益保护的必要性发生明显变化时,刑法立法作出一定的调整是必要和必需的。

二是刑法立法对重大社会关切的回应应当适度。刑法是一个要素齐备、结构合理、体系完备的法律制裁体系,特定的要素、结构和功能决定了刑法立法要有自己的规律。正如有学者所言,“立法者的任务不是建立某种特定的秩序,而只是创造一些条件,在这些条件下,一个有序的安排得以自生自发地建构起来,并得以不断地重构。”<sup>[17]</sup>科学的刑法立法应追求刑法能够自给自足地运行并合理建构有序的社会生活。而社会关切只是民众基于自身朴素的道德情感而表现出的意愿和愿望。该意愿或者愿望反映在刑法立法上会不会导致刑法内部发生体系性冲突,不在社会关切的范围。例如,在强大的取消嫖宿幼女罪的社会关切之中,取消嫖宿幼女罪会不会导致强奸罪与组织卖淫罪、引诱幼女卖淫罪之间的冲突,社会民众并不关注。社会民众主要关注的是是否取消嫖宿幼女罪,对嫖宿幼女行为能否以强奸罪论处,刑法能否判处犯罪人更严厉的刑罚(如无期徒刑或者死刑)。但刑法立法除了要考虑取消嫖宿幼女罪,还必须关注刑法中与此相关的不同规范之间的协调与和谐关系,必须保证刑法立法的体系性和功能完备性得到维护。从这个角度看,刑法立法应当回应重大社会关切,但必须适度。

第二,《刑法修正案(九)》对重大社会关切的回应大体上是合理的,但仍可进一步完善。这具体体现在两个方面:

一方面,《刑法修正案(九)》对重大社会关切的回应大体上是合理的。法律是凝固的智慧,而社会大潮瞬息万变,因此在发展变化的社会情势面前,刑法总是呈现出一定的滞后性特点。基于此,根据变化了的社会情势,对刑法规范进行修改、补充、完善,便既是刑事立法科学化的必然选择,也是实现人权保障机能的重要路径。鉴此,《刑法修正案(九)》以人权保障为基点,积极回应社会关切,根据犯罪化需求对实践中不断出现的新情况、新问题及时予以犯罪化处理。<sup>[18]</sup>例如,在《刑法修正案(九)》修法过程中,社会一些方面对“毒驾入刑”表达出了强烈的愿望,一些媒体对“毒驾入刑”问题进行了较长时间的报道并呼吁将“毒驾”行为入刑,我国国家立法机关也曾拟在刑法典中增设有关“毒驾”的内容。但国



家立法机关在进一步调研的基础上,认为目前的毒品检测技术无法为“毒驾入刑”提供相应的技术支持,如只能对少数毒品实行快速检测且因毒品在身体内残留时间长而无法证明是驾驶过程中或者驾驶前吸食。最终,毒驾行为并没有入刑。这表明,《刑法修正案(九)》对重大社会关切的回应是审慎的,值得肯定。

另一方面,《刑法修正案(九)》对个别重大社会关切的回应还可进一步商榷。其中,比较典型的例子是取消嫖宿幼女罪。在《刑法修正案(九)》的修法过程中,社会上对取消嫖宿幼女罪的呼声极高,并得到了有关部门的赞同。但刑法学界对该罪的取消大多持反对态度,其理由主要有两点:一是嫖宿幼女罪的取消并不能解决嫖宿幼女罪所可能给幼女带来的污名化效果,因为刑法典中还存在其他与幼女卖淫有关的罪名;二是嫖宿幼女罪的取消并不能加大对幼女性权利的保护,因为除了最高刑外,嫖宿幼女罪的法定刑明显要高于强奸罪。同时,取消嫖宿幼女罪后,对于组织、强迫幼女卖淫的行为究竟是以组织卖淫罪、强迫卖淫罪进行处理,还是按照强奸罪的组织犯、实行犯进行处理,就是一个难题。特别是在《刑法修正案(九)》已经明确取消了组织卖淫罪、强迫卖淫罪死刑的情况下,对组织者、强迫者以组织卖淫罪、强迫卖淫罪进行处理,也面临着对其不能适用死刑而导致的处罚不力的局面(即与强奸罪保留有死刑的立法相比)。但国家立法机关最终顺应重大社会关切的呼声,取消了嫖宿幼女罪。从这个角度看,《刑法修正案(九)》匆匆取消嫖宿幼女罪之举乃是侧重于回应重大社会关切,但仅取消嫖宿幼女罪而不对相关规定一并进行调整,可能出现与刑法基本法理不完全符合的缺陷。

### 三、刑法修正案的立法程序问题

#### (一) 修法过程

自1997年全面修订刑法典迄今,我国已颁布了9个刑法修正案和1部单行刑法。在立法程序上,刑法修正案和单行刑法都是采取由全国人民代表大会常务委员会三次审议后再表决通过的程序。《刑法修正案(九)》之修法前后历时3年,如前所述,其修法历程大体上经历了修法调研准备、研拟初步方案、第一次立法审议、第二次立法审议、第三次立法审议暨通过等五个阶段。<sup>[19]</sup>其中,《刑法修正案(九)》的修法调研准备阶段大体从2012年秋天开始到2013年3月由第十二届全国人大常委会确立;自2013年3月第十二届全国人大常委会确定修法到2014年10月《刑法修正案(九)(草案)》进行第一次立法审议前是研拟初步方案阶段。2014年10月27日,全国人大常委会委员长会议向全国人大常委会提交了《关于提请审议〈中华人民共和国刑法修正案(九)(草案)〉的议案》,并由全国人大常委会对《刑法修正案(九)(草案)》进行了第一次立法审议。2015年6月24日至7月1日,十二届全国人大常委会第十五次会议召开,对《刑法修正案(九)(草案)》进行了第二次审议。2015年8月24日至29日,第十二届全国人大常委会第十六次会议在北京召开,《刑法修正案(九)(草案)》被安排在

此次会议上进行第三次立法审议并被表决通过。值得指出的是,在《刑法修正案(九)》草案三次审议稿中,国家立法机关增加了多个之前草案中没有但比较重大的条文,如针对特别重大的贪污受贿犯罪增设了终身监禁制度。这些临时新增的内容受到了社会的广泛关注。

## (二) 修法争议

在修法过程中,关于《刑法修正案(九)》的修法程序主要存在以下两点争论:

第一,刑法修正案应否由全国人民代表大会表决通过?在修法过程中,有全国人大常委会委员和列席人员提出,《刑法修正案(九)》草案涉及面很广、条文多,是一次重大修改,建议由全国人大常委会审议后,提请全国人民代表大会审议通过。在此之前的《刑法修正案(八)》修改过程中,刑法理论界也有不少人认为对于修法内容多、幅度大的刑法修正案应由全国人民代表大会而不是由全国人民代表大会常务委员会审议通过。<sup>[20]</sup>在《刑法修正案(九)》修法过程中,刑法理论上也有观点认为,《刑法修正案(九)》条文多达52条,修法内容既涉及刑法典分则也涉及刑法典总则。其中,刑法总则都是具有奠基性的功能作用、统领全局作用以及能够制约刑法分则的原则性规定。因此,对刑法总则内容的补充修改,最好由全国人民代表大会来进行比较妥当。<sup>[21]</sup>

第二,重大刑法制度的增设是否应当经“三审”后才交付表决问题。目前我国刑法修正在程序上都是采取“三审”后交付表决的方式,即由全国人大常委会对草案进行三次审议后再交付表决通过。《刑法修正案(九)》草案也是在全国人大常委会三次审议后才交付表决的。但在此次修法中,针对特重大贪污受贿犯罪增设的终身监禁制度、取消嫖宿幼女罪、暴力袭警从重处罚条款的增设等多个备受社会关注的刑法修法内容,都是在《刑法修正案(九)》草案三审稿上才增加的,至其最终表决通过,这些条款实际上仅由全国人大常委会进行了一次审议。对此,有观点认为,《刑法修正案(九)》草案三次审议稿增加的这些内容属于刑法的重大修改,应当由全国人大常委会进行三次审议后才能交付表决。《刑法修正案(九)》修改过程中,草案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三次审议,其立法程序存在瑕疵。但也有观点认为,立法草案三次审议后交付表决,所指的是整个法律草案,而不是指具体的法律条文草案。《刑法修正案(九)》草案经过了全国人大常委会的三次审议,其立法程序完全合法。<sup>[22]</sup>

## (三) 修法研讨

针对《刑法修正案(九)》修法过程中存在的上述立法程序争议,笔者认为,《刑法修正案(九)》的修法程序在上述两个方面确实存在值得完善之处,并具体体现在以下两个方面:

第一,刑法的重大修改应当由全国人民代表大会表决。这涉及到全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的职权划分问题。我国《宪法》第62条规定了全国人民代表大会行使的15个方面职权,其中与立法相关的职权是该

条的前三项,分别是:“(一)修改宪法;(二)监督宪法的实施;(三)制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。《宪法》第67条规定了全国人大常委会的21个方面的职权,其中与立法相关的职权是:“(一)解释宪法,监督宪法的实施;(二)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;(三)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;(四)解释法律”。同时,我国《立法法》第7条也规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。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。”

根据上述规定,全国人大常委会只有权对刑法“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”。从内涵上看,这其中的两个概念内涵不太明确:一是“部分”的概念不明确,即是否只要不是“全部”就是属于“部分”?“部分”是否既包括小部分也包括大部分,如果是“小部分”,可以小到什么程度?二是“基本原则”的概念不明确,即基本原则是否仅指刑法典第3-5条规定的三项基本原则,还是也包括刑法典总则规定的其他原则和共性制度?对这两个问题,当然可以只作形式上的理解,即“部分”只限于小部分,只要刑法修正案的修改条文没有超过刑法典总条数的一半,就可以认为是小部分;“基本原则”只限于刑法典第3-5条规定的罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪刑相适应原则。但笔者认为,从法治的精神和原则出发,对于“部分”和“基本原则”也可以进行实质性的理解,如可以将“部分”理解为“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,就可以认为其已经不属于“部分”;“基本原则”可以理解为包括刑法典第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(如主客观相统一原则等)和共性制度。

基于以上考虑,笔者认为,只要刑法的补充和修改达到了重大的程度,即便修法的条文数量没有超过刑法典总条文数的半数,也应该交由全国人民代表大会表决。其中,“重大”的标准有两个:一是刑法修正的条文数量较多、涉及的方面较多;二是刑法修正的内容重大,涉及刑法的基本原则和重要制度。对此,有观点认为,只要刑法修正的内容涉及刑法典总则的基本内容,就应当认定为是对刑法的重大修改,认为“这同人大常委会不得修改变动基本法律的基本原则的要求有一点相冲突,当为补充修改的行为和权限所忌讳的。”<sup>[23]</sup>若以此为标准,笔者认为,《刑法修正案(九)》(包括之前的《刑法修正案(八)》)似应当交由全国人民代表大会审议和表决。具体理由是:(1)《刑法修正案(九)》修法数量和涉及方面较多,不应认定为是对刑法典的“局部”修改。从条文数量上看,《刑法

修正案(九)》共 52 个条文,其条文数量占到了刑法典总条文数(452 条)的九分之一以上。如果将 9 个刑法修正案修改的刑法条文数量相加,其修正的刑法条文数多达 170 条,<sup>[24]</sup>超过了刑法典总条文数的三分之一,而且有的修正案一个条文同时新增多个刑法新罪名、新条文或者涉及对多个刑法条文的修正。按照这种修改速度,过不了多少年,刑法典的全部或者大部分条文都会被修正一遍甚至多遍。而且从内容上,这些刑法修正涉及到了我国刑法典从总则到分则、从刑法基本制度到具体犯罪规范等方方面面。如果我国始终不考虑采取全国人民代表大会审议的方式,我国《宪法》和《立法法》关于全国人民代表大会修改基本法律的职权将会被全国人大常委会取代而虚置。(2)《刑法修正案(九)》修法的内容重大。从修法内容上看,《刑法修正案(九)》(甚至也包括《刑法修正案(八)》)的修法内容与之前多个刑法修正案相比,内容明显更为重大。这除了其修法内容既涉及刑法典总则内容也涉及刑法典分则内容,更为关键的一点是,《刑法修正案(九)》修法的内容构成了对我国刑罚体系的重大修改。在刑罚制裁方面,《刑法修正案(九)》一方面通过对特重大贪污罪受贿罪增设了不可减刑、假释的终身监禁,打破了我国刑法典不存在终身监禁的刑罚体系,构建了一种崭新的刑罚制度;另一方面通过增设预防性措施(包括《刑法修正案(八)》增设的禁止令制度),改变了我国刑法制裁体系一元化的格式,使得刑罚与刑法预防性措施并列。笔者认为,《刑法修正案(九)》这种立法内容显然属于重大立法内容,涉及刑法典第 5 条规定的罪责刑相适应原则的贯彻和调整问题,应当交由全国人民代表大会审议和表决。

第二,对刑法的重大修改内容应当采取严格的三审制。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。”但《刑法修正案(九)(草案)(三次审议稿)》新增的不少条款都只经过全国人大常委会的一次审议即交付表决。而《立法法》第 29 条之所以对列入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,其目的显然是为了让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全面的讨论,以保证立法的民主性。在此次《刑法修正案(九)(草案)(三次审议稿)》新增的多项规定中,终身监禁制度无疑是属于刑法的重大制度,有必要由各方进行充分的讨论。事实上,如前所述,该制度在修法过程中就争议很大,有不少人对刑法增设这一制度持反对态度。<sup>[25]</sup>从立法民主性的角度看,全国人大常委会应当将这些涉及重大刑法制度的立法内容交由全国人民代表大会进行全面而充分的审议。但从此次刑法修法的过程看,全国人大常委会和社会各界对这一制度的讨论和研究还不是很充分,其做法值得进一步推敲和完善。<sup>[26]</sup>

#### 注释:

[1] 中共中央编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第 4 卷),人民出版社,2006 年,第 121-122 页。

[2] 中共中央编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社,2006年,第379页。

[3][19] 赵秉志主编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉理解与适用》,中国法制出版社,2015年,第5,5-21页。

[4][13][14] 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》,“中国人大网”,2014年11月9日。

[5] 李适时:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》(2014年10月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上)。

[6] 新增的20种罪名是:(1)准备实施恐怖活动罪;(2)宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪;(3)利用极端主义破坏法律实施罪;(4)强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪;(5)非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪;(6)虐待被监护、看护人罪;(7)使用虚假身份证件、盗用身份证件罪;(8)组织考试作弊罪;(9)非法出售、提供试题、答案罪;(10)代替考试罪;(11)拒不履行信息网络安全管理义务罪;(12)非法利用信息网络罪;(13)帮助信息网络犯罪活动罪;(14)扰乱国家机关工作秩序罪;(15)组织、资助非法聚集罪;(16)编造、故意传播虚假信息罪;(17)虚假诉讼罪;(18)泄露不应公开的案件信息罪;(19)披露、报道不应公开的案件信息罪;(20)对有影响力的人行贿罪。其中,特别是加强了对恐怖主义、极端主义犯罪、网络犯罪的治理,同时增设了身份证件犯罪、考试作弊犯罪、妨害司法犯罪。

[7] 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。

[8][10][12] 赵秉志、袁彬、郭晶:《反恐刑事法治的理性建构:“我国惩治恐怖犯罪的立法完善学术座谈会”研讨综述》,载《法制日报》2015年3月25日。

[9] 周振杰:《宽严失衡、以严为主:〈刑法修正案(九)〉(草案)总体评价》,“新浪网”,登陆时间:2015年9月5日。

[11] 刘志伟:《〈刑法修正案(九)〉的犯罪化立法问题》,《华东政法大学学报》2016年第2期。

[15][20] 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。

[16] 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。

[17][德] 弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店,1997年,第201页。

[18] 谢望原、张宝:《〈刑法修正案(九)〉的亮点与不足》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期。

[21][23] 杨兴培:《刑法修正案(九)的得与失》,《检察风云》2015年第20期。

[22][26] 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》,《法学》2015年第10期。

[24] 1999年《刑法修正案》计9条,2001年《刑法修正案(二)》计1条,2001年《刑法修正案(三)》计9条,2002年《刑法修正案(四)》计9条,2005年《刑法修正案(五)》计4条,2006年《刑法修正案(六)》计21条,2009年《刑法修正案(七)》计15条,2011年《刑法修正案(八)》计50条,2015年《刑法修正案(九)》计52条,总计170条。

[25] 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)。

[责任编辑:马立钊]