



刑法修改 理性研究


XINGFA XIUGAI LIXING YANJIU

黄明儒 项婷婷 王振华 等 / 著

非
外
借

中国检察出版社

本书是湖南省教育厅科学研究重点项目“刑法修改的理性研究”
(编号: 13A101)的最终研究成果



刑法修改 理性研究

XINGFA XIUGAI LIXING YANJIU

黄明儒 项婷婷 王振华 段湘湘 瞿 目 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法修改理性研究/黄明儒等著. —北京: 中国检察出版社, 2019. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 2153 - 8

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 176662 号

刑法修改理性研究

黄明儒 项婷婷 王振华 段湘湘 瞿 目/著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

编辑电话: (010)86423703

发行电话: (010)86423726 86423727 86423728

(010)86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京宝昌彩色印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 17

字 数: 310 千字

版 次: 2019 年 3 月第一版 2019 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 2153 - 8

定 价: 60.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

引 言	1
第一章 刑法修改理性概述	6
第一节 刑法修改理性的概念与特征	6
一、影响刑法修改理性概念界定的基础性要素	7
二、刑法修改理性概念的界定	12
三、刑法修改理性的特征	15
第二节 刑法修改理性的要素	21
一、刑法修改理性的主体要素	22
二、刑法修改理性的对象要素	23
三、刑法修改理性的方法要素	27
第三节 刑法修改理性与罪刑法定原则	27
一、明确性	29
二、适时性	31
三、刑罚法规的适中	32
第四节 刑法修改理性的意义	35
一、价值转换：刑法修改理性使刑法紧跟社会发展步伐	35
二、体例调整：刑法修改理性使刑法向“良法”逐步靠近	36
第二章 刑法修改的现状与问题分析	39
第一节 刑法修改的现状	39
一、刑法修改的总体现状	39

二、刑法修改原则的现状	47
三、刑法修改的方法与技术现状	58
第二节 刑法修改现状问题分析	73
一、刑法修改的总体问题	73
二、刑法修改的原则问题	77
三、刑法修改方法与技术问题	81
第三章 刑法修改理性的基本范畴：原则、方法与机制	88
第一节 刑法修改的理性原则	88
一、慎重原则	89
二、合法性原则	90
三、协调性原则	92
第二节 刑法修改的理性方法与技术	93
一、刑法修改的理性方法	93
二、刑法修改的理性技术	97
第三节 刑法修改的理性机制	106
一、刑法修改程序启动的理性原因	107
二、刑法修改前的准备工作	114
三、刑法修改的理性权力——刑法修改权与刑法解释权的关系	117
第四章 刑法修改理性的具体展开	123
第一节 刑法修正案的理性分析	123
一、刑法修正案理性的彰显	123
二、刑法修正案的非理性显现	130
三、刑法修正案理性化的道路	139
第二节 刑法总则修改的理性分析	147
一、刑法总则修改的基本问题	148
二、犯罪构成修改的理性反思	158

三、排除犯罪性行为修改的理性反思·····	168
四、刑罚结构和刑罚种类修改的理性反思·····	172
第三节 刑法分则修改的理性分析·····	179
一、经济犯罪修改的理性分析·····	180
二、侵犯公民人身权利罪修改的理性分析·····	196
三、贪污贿赂犯罪修改的理性分析·····	212
四、渎职罪修改的理性分析·····	224
第五章 刑法修改理性与刑法解释的关系·····	234
第一节 从刑法修改的理性反思刑法解释·····	234
一、刑法修改与刑法解释的关系·····	235
二、从刑法修改的理性反思刑法解释的原则·····	237
三、从刑法修改的理性反思刑法解释的态度·····	242
第二节 刑法解释与刑法修改理性冲突之产生·····	246
一、刑法解释与刑法修改理性产生冲突的因素·····	246
二、刑法解释与刑法修改理性之间的冲突形式·····	249
三、刑法解释与刑法修改理性产生冲突的消极影响·····	251
第三节 刑法解释与刑法修改理性冲突之消解·····	253
一、刑法解释与刑法修改理性冲突消解的原则·····	254
二、刑法解释与刑法修改理性冲突消解的方式·····	256
后 记·····	262

引言

犯罪与刑法的相伴相生，就会发生刑法需要与犯罪现象、社会发展保持相互协调、相互适应的问题，即刑法需要修改的问题。按照辩证唯物主义的基本原理，世界上的任何事物都处在不停发展变化的过程中，人类社会如此，作为社会子系统之一的法律系统也是如此。正如黑格尔所言，“法律的范围一方面应该是一个完备而且有系统的整体，另一方面它又继续不断地需要新的法律规定”^①。刑法作为法律子系统中众多部门法之一，由于自身所具有的剥夺性与严厉性，其规制范围的划定，亦即刑法所调控社会关系的确定更需谨慎、更需与时俱进。刑法修改不仅是我国刑事法律发展过程中的常伴现象，也是世界各国刑法发展过程中必不可少的重要活动之一。如现行韩国刑法于1995年修订前，从1953年9月18日法律第293号公布并于同年10月3日实施开始，除1975年新设立的侮辱国家罪在1988年被废除外，一直维持着制定时的基本原貌。但由于随后急剧的产业化导致政治、经济、社会等诸多领域的结构更新，也使得国民的伦理意识、规范意识发生了变化，新的犯罪现象随之产生。为弥补刑法规范与犯罪现实的乖离，韩国政府组织于1984年12月31日成立刑法改正特别审议委员会，开始着手刑法修改的准备工作，直到1995年12月2日国会会议议决了司法委提交的对策案，刑法改正工作正式完成。此次刑法修正工作，韩国社会通过清理过去权威主义政权惯行化的不法过程打破了政治性和社会性的神化，并逐渐成熟为由理性和动态规范所支配的社会。随着改革与民主主义的发展，应该说，此次的刑法修改是韩国刑法改正的开始而非终止。^②又如战后日本刑法的发展，以1956年为界大致可以分为两个阶段。前一阶段是战后刑法的再编纂时期。后一阶段即1956年以后，随着战后刑法修改工作的开始，产生了社会伦理主义和法益保护主义之间的对立并延续

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬译，商务印书馆1982年版，第225页。

② 参见[韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第87~93页。

至今。^①

自新中国成立以来，刑法修改也是我国刑法发展过程中一项重要的研究内容。以我国1979年《刑法》为例，作为新中国历史上第一部真正意义上的刑法典，从整体上讲是一部保护人民、惩罚犯罪、维护社会秩序、保障改革开放和现代化建设的良法。但是，由于受当时历史条件和立法经验的限制，这部刑法典无论是在体系结构、规范内容还是立法技术上都存在一些缺陷。从1981年开始，最高立法机关先后通过了23个单行刑法，并在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范，对1979年刑法典作了一系列的补充和修改，内容涉及刑法的适用效力范围、犯罪主体、刑罚种类、量刑制度、缓刑制度和分则罪名等多个方面。从上述修改和补充情况来看，新中国在第一部刑法典制定后，对刑事立法与修改工作抓得非常紧，对司法实践的适用也起到了很大的指导作用。但是由于在刑法典之外还有大量的单行刑法与附属刑法，缺乏一个体系上的归纳，显得有些分散、凌乱，不便于全面掌握与适用，而这也直接催生了1997年刑法的制定与修改工作。^②由此可见，刑法修正伴随着每一个国家刑法的发展历程，对刑法自身的完善与改进具有极其重要的作用。因此，刑法修改的问题，值得给予更多的关注。

诚如我国学者所言，“刑法哲学，是对刑法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科”^③，刑法修改涉及修改的原因、修改的主体、修改的程序等诸多方面的具体内容，也横跨刑法学、立法学、刑事政策学等多个法律学科部门，同样也不能脱离哲学上的思考，即必须由科学的方法论作为先验指导。方法论正确是研究结论正确的前提与保证，刑法修改也应该以科学的哲学思想为指导。作为任何哲学思想理论的核心要素，理性自然成为刑法修改研究中必须要遵循的首要价值。

目前，从刑法修改的实践情况来看，对刑法规范内容进行修改主要是从废除、修正或者补充几个角度来着手。每次刑法修改几乎都会针对不同内容形式的修改，以我国现行刑法为例，截至2018年1月，立法机关除了1998年12月29日颁布了《关于惩治骗购、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》唯一一部单行刑法外，还颁行了10部刑法修正案、13个立法解释。与此同时，最高人民法院与最高人民检察院针对审判实践与检察实践中出现的疑难问题，颁行了

① 参见黎宏：《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第13页。

② 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第3~4页。

③ 陈兴良：《论刑法哲学的价值内容和范畴体系》，载《法学研究》1992年第2期。

数百个刑事司法解释，这些法律与规范性文件共同构成了我国刑事实体法体系。修改的范围几乎涉及了1997年《刑法》最初颁布时的全部章节。

就我国刑法修改的理论研究成果来看，在能够收集到的资料中，单独就刑法修改问题进行专门研究的学术成果并不多见，而且研究成果多集中出现在1997年现行刑法颁行以前，1997年之后的刑法修改专著只见2011年由李希慧教授主编、武汉大学出版社出版的《刑法修改研究》一书。而关于刑法理性的研究成果，我国学者似乎更倾向于“拿来主义”，直接将理性作为学术研究的指导原则与标准，而不对理性的内涵进行界定，将理性思想运用于刑法、刑法修改的成果更是凤毛麟角，目前仅见专著一篇与博士学位论文一篇，即由张智辉教授所著、北京大学出版社2006年出版的《刑法理性论》与华东政法大学朱德才博士2008年完成的博士学位论文《刑法理性构造研究》。而将刑法理性用于指导刑法修改过程可谓一崭新的研究课题。现有研究成果的薄弱基础为刑法修改理性研究提供了广阔的空间。当然，这一研究过程也注定充满艰辛。改变目前刑法理性与刑法修改理性的研究基础薄弱的现状，全面、系统而深入地研究刑法修改理性问题，对于完善我国刑事立法、指导我国刑事司法和繁荣我国刑法科学都具有重要的意义。

首先，研究刑法修改理性，是完善我国刑事立法的有效路径。

在当下，“全面推进法治中国建设”已经成为国家未来发展的导向，建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进。依法治国意味着“法的统治”，而“有法可依”作为法统治的前提与基础，对我国法治建设中“良法”建设的要求也越来越高、越来越迫切。作为新中国历史上第二部真正意义上的刑法典，1997年《刑法》颁行至今，经过近20年的适用、历经多次修改，无论从内容还是体系上都取得了长足的进步，在通往良法的道路上越走越顺。当然，也应该看到，在当前意欲使《刑法》更加完善的刑法修改过程中，也存在着许多的非理性因素，使刑法修改的结果与想要达到的修法效果渐行渐远。例如有学者指出，“从1979年第一部刑法典颁布至今，我国刑事立法已在犯罪化的道路上进行了三十余年……重刑轻民的中国法律传统在当今社会以对刑法的过度迷信与依赖、以不断设立新罪的方式变相地表现出来”^①。刑法作为公民权利保护的最后一道保障，应当具有谦抑性，未经其他部门法律的缓冲而把刑法推到社会治理的第一线，其结果无疑是社会与刑法本身的双重崩坏。故，倡导刑法修改过程中将理性思想作为行动的指导，强调罪刑法定原则与刑法谦抑性原则在刑法修改过程中的

^① 刘艳红：《我国应该停止犯罪化的刑事立法》，载《法学》2011年第1期。

重要意义,无疑是完善我国刑事立法、实现真正意义上刑事“良法之治”的重要途径。

其次,研究刑法修改理性,是更好地指导我国刑事司法实践的前提保障。

立法是司法的前提,科学的刑事立法是公正合理刑事司法的保障。目前,我国刑事司法领域出现的种种不理性现象,固然存在执法者自身素质方面的原因,但刑事实体法体系自身的不科学规定也是导致这一局面出现的重要因素。例如最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将交通肇事后指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人解释为交通肇事罪的共犯,显然违反了《刑法》第25条规定的共同过失犯罪行为不能视为共同犯罪的原理。^①根据这样的刑事法律规范,即使严格遵循刑事程序法的规定公平执法,得出的结论也依旧不能令人满意。因此,要以理性眼光审视我国刑事立法与司法过程,在刑法修改过程中纳入更多的理性化要素,从而推动我国刑事司法的科学化、公正化和理性化。

最后,研究刑法修改理性,是繁荣我国刑法科学的迫切需要。

尽管在1997年刑法颁行之后,刑法学具有了“体系调整”与“价值转换”的双重研究任务,传统的“修改论”受到冷落,“解释论”逐渐兴起并成为研究主流,但这一现实局面依旧改变不了刑法修改理性研究之于繁荣我国刑法学研究的重要意义。刑法修改理性研究不会将研究的视域局限于单纯的刑法修改过程,而是以理性的眼光看待刑法的完善过程,刑法解释、刑法修改以及二者之间的相互关系都是刑法修改理性的研究内容。“解释论”的兴起并不意味着“修改论”的彻底沉寂,社会是向前发展的,也许每天都会产生新的犯罪行为与犯罪类型,刑法必须对此作出回应。这一回应的过程中,有的问题可以通过解释来完成,而有的内容则必须通过修改刑法而得以实现,就连“解释论”最忠实的倡导者也不得不承认,“没有疑问的是,刑法不可能没有漏洞;可以肯定的是,这种漏洞只能由立法机关通过修改刑法来填补”^②。所以,刑法修改理性研究的是在何种情况下,可以通过解释来完成刑法的完善过程,在何种情况下则必须启动刑法的修改程序并且如何确保刑法修改的结论更有利于保护法益目的的实现。而这一研究过程,几乎涵盖了刑事立法与刑事司法的所有内容与方法,对于繁荣我国刑法学研究的重要意义不言而喻。

^① 参见黄明儒:《刑法规范的适用性解释论略》,载《法治研究》2015年第5期。

^② 张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

综上，本书尝试用理性主义重新厘定刑法的修改过程，在通过采用文献分析法、对比研究法、实证调研法等方法厘清我国目前刑法修改、刑法修改与刑法解释的关系等内容存在的非理性因素的基础上，立足我国现实国情与刑法实践，依据理性主义提出解决上述问题的可行方法，以期为我国刑事法律的完善贡献自己的力量。

第一章 刑法修改理性概述

“法律必须稳定，但又不能静止不变”，“人们必须根据法律应予调整的实际生活的各种变化，不断地对法律进行检查和修正”^①。幻想通过人类的普遍理性制定出人类普遍适用的法典完全是一种荒诞无稽的想法，从来没有一劳永逸的法律存在。刑法典也不例外，社会发展、刑事政策以及法治观念、制度变化都可能引起刑法规范的改变。为了充分发挥刑事法治在社会转型过程中的重要作用，我国从1997年刑法修改一直到2018年1月为止，仅刑法修正案就通过了10部。对于那些不断出现且需要用刑罚手段予以制裁却又未作出适当规定的犯罪类型，有必要通过修改刑法，以适应社会管理目的上的需要。但频繁的修改刑法又必然会损害刑法典的稳定性与权威性，这种频繁的刑法修改活动是否合适，是否应当受到质疑，都需要从理论上进行追问。应该说，立法不能包办所有的司法活动，刑法修改并非是我国刑法适用的唯一出路。需要着重解决的问题是，在何种情形下，不需要通过刑法修改而是通过刑法解释来达到有效适用刑法的目的；在何种情形下，才是必须修改刑法才能使刑法与社会需要保持统一性；以及在必须启动刑法的修改程序时，如何保持科学合理。这就涉及刑法修改的理性问题。

第一节 刑法修改理性的概念与特征

理性是分析任何刑法问题都必须遵循的基本原则，可以说，刑法的发展是伴随着人类理性的发展历程，“理性之于刑法之所以重要，是因为无论是刑法的产生还是刑法的存续，都须臾不能离开理性的指引”^②。因此，“刑法修改”概念与“理性”概念就成为刑法修改理性概念界定的基本前提。

^① [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第2页。

^② 张智辉：《刑法理性论》，北京大学出版社2006年版，第30页。

一、影响刑法修改理性概念界定的基础性要素

(一) 刑法修改概念

正如黑格尔所言,“法律的范围一方面应该是一个完备而且有系统的整体,另一方面它又继续不断地需要新的法律规定”^①。世界上的任何事物都处在不断发展变化的过程中,人类社会如此,作为社会子系统之一的法律系统也是如此。刑法作为法律子系统中众多部门法之一,由于自身所具有的剥夺性与严厉性,其规制范围的划定,亦即刑法所调控社会关系的确定更需谨慎、更需与时俱进。因此,需要以发展变化的眼光审视刑法修改的概念。

从目前我们能够搜集到的资料来看,单独就刑法修改问题进行专门研究的学术成果并不多见,而且研究成果多集中出现在1997年现行刑法颁行以前,1997年之后的刑法修改专著只见2011年由李希慧教授主编、武汉大学出版社出版发行的《刑法修改研究》一书。该书分为上、中、下三编,分别论述了“刑法修改的基本问题”“刑法总则之修改”“刑法分则之修改”等问题,并且认为,“修改,从字面意义上讲,是指修正的意思。但刑法修改里所讲的‘修改’,其含义远远广于其字面含义。刑法修改,当然包括对刑法已有规定的修改,但绝不仅仅限于此。刑法修改,是指针对现行刑法所进行的废、改、立。所谓‘废’,是指废除现有刑法中不必要的规定;所谓‘立’,是指增加现有刑法中没有但根据同犯罪作斗争的需要应该有的规定;所谓‘改’,是指改正现有刑法中不科学的规定,使之更加完善”^②。从这一概念界定中可以看出,刑法修改作为刑事立法的一种特殊形式,具有极为丰富的内涵和外延。而现有的学术论文中,则更多的是将刑法修改的概念进行细化,分别就刑法修改的原则、刑法修改的技术、刑法修改的轨迹等不同问题展开论述,而且随着近年来刑法修正案逐渐成为刑法修改的主要形式,对刑法修正案的评析、改进等问题的论述逐渐成为刑法修改研究中的主流形式。鉴于此,本书拟从法律修改的概念分析入手,在明确法律修改的概念后,再结合刑法修改的特殊之处,从而对刑法修改的概念作出界定与判断。

关于法律修改的概念,我国现行法律无论是《宪法》《立法法》还是其他宪法性法律都并未对“法律修改”作出明确界定,而在我国学理对法律修改的探讨中,大体有如下几种有代表性的观点:

^① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张启泰译,商务印书馆1982年版,第225页。

^② 李希慧:《刑法修改研究》,武汉大学出版社2011年版,第2页。

有的概念界定比较凸显法律修改的原因及目的,如周旺生教授认为,“法的修改和补充是立法主体对现行法实施变动,使其呈现新面貌的专门活动”^①;李步云教授认为,“法律修改是指已生效、施行的法律,因社会发展、形势变化等原因,使一部分法律的某一或某些规范不能适应需要而根据新情况加以变动的活动”^②;张曙光教授认为,“法的修改就是通过改变法的某些规定,使立法达到预期目的,适应新的社会需要”^③。

有的概念比较凸显法律修改的方式,如郭道晖教授认为,“法律修改包括对宪法和法律的修改和补充以及废止,补充是全面的修改,废止则是负面的修改——全面否定”^④;学者孙潮也认为,法律修正是指“以增加、删减、替代的方式,部分地修改、废弃、补充原有的法律规范的调整范围、内容和效率的立法行为”^⑤。

有的概念比较强调法律修改是一种方法、一项活动,如《法律辞典》对法律修改的定义:“严格意义上的法律修改是近代民主政治的产物,是指国家有权机关依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充的方法。”^⑥而有的概念则凸显法律修改是一项立法活动的特征:“严格意义上的法律修改是近代民主政治的产物,是指国家有权机关依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充的活动。”^⑦

法律修改作为一项系统的、复杂的、特殊的立法活动,其概念界定应该具有包容性、全面性、概括性,涵盖法律修改的主体、客体、目的、技术等多方面的内容,单纯某一方面的特征并不足以对法律修改活动作出完全概括,因而,应该综合上述三种概念的不同角度,认为所谓法律修改,是指国家有权机关因社会发展、形势变化等原因,依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充,使立法达到预期目的、适应新的社会需要的立法技术与方法。

“法律体系不仅要求法律部门之间既相对独立又协调统一,而且法律部门内部的法律规范之间从本质上也应当是协调统一的”^⑧,刑法作为我国法律系

① 周旺生:《立法学》,法律出版社2004年版,第222页。
② 李步云:《法理学》,经济科学出版社2001年版,第544页。
③ 转引自朱力宇:《立法学》,中国人民大学出版社2006年版,第188页。
④ 郭道晖:《法律修改方略述评》,载《中国法学》1989年第6期。
⑤ 孙潮:《立法技术学》,法律出版社2000年版,第187页。
⑥ 《法律辞典》,法律出版社2000年版,第526页。
⑦ 李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社2005年版,第213页。
⑧ 舒国滢:《法理学导论》,北京大学出版社2012年版,第123页。

统整体的重要组成部分，其概念界定也离不开法律整体修改概念与原则的指导。因而可以借鉴法律修改的概念来界定刑法修改的概念，将刑法修改界定为“基于某种目的或者需要，采用一定的修改技术与方法，由有权修改刑法的机构对现行刑法里面的内容作出相应调整，或者改正刑法条文中存在的错误的一种立法活动”^①。刑法的修改除了修正刑法条文文本中存在的某些文字表述、内容不协调之处外，主要是针对变化发展的社会政治、经济和科学文化的需要，由立法机构进行适当修改、补充，其目的在于使刑法规范适应社会需要，保持与社会的同一性。

（二）理性概念

“理性”概念是哲学中的一个重要范畴，但纵观国内外的哲学词典，很少有对“理性”概念作出过明确的界定。主要的原因在于，“理性”这一概念，不同的哲学家理解和运用都不尽相同，这就为“理性”这一概念的界定带来了不少困难。哲学家黑格尔就曾感叹，“我们一般时常和多次听人说起理性，并诉诸理性，却少有人说明理性是什么，理性的规定性是什么”^②。人类历史上一直存在着两种相互对立的认识世界的方法——理性认识方法与感性认识方法，“理性认识注重理性、观念和理念在人的认识形成中的作用，十分注重演绎推理的作用，强调人类理性的权威和统治作用而忽视感性经验、感觉经验的作用，而感性的经验的认识正好相反”^③。刑事法律作为社会行为规范和裁判规范，是社会治理的终极手段之一，其目的在于保护法益，维护社会秩序，实现社会的公平与正义。而“正义理论涉及所有问题之核心是法律的理性与合理性，因为善德、公平与正义正是法律的理性与合理性的根本内涵。当下中国法治现代化进程中，人们普遍关心如何通过法律实现社会正义，如何通过理性化的正当程序实现具有实质合理性价值内涵的法律规范，此即法治的理性化问题”^④。对于刑法修改过程中所注重的理性问题，有必要从法律与理性的传统开始考察，因为“一个溺水者眼前会闪过他的整个生命过程。这可能是他下意识的努力，以便在他的经验范围内寻找摆脱险境的办法。所以，我不得不从遥远历史的视角，从头考察西方的法律与法制、秩序与正义的传统，以便找到

① 黄明儒：《论刑法的修改及其原则》，载《山东警察学院学报》2009年第5期。

② [德]黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第355~356页。

③ 王全福：《大陆法系理性主义认识倾向——浅谈理性主义对大陆法系的影响》，载《太原大学学报》2003年第9期。

④ 刘艳红：《理性主义法律观之解读》，载《中国政法大学学报》2009年第6期。

摆脱目前困境的出路”^①。理性是法律的生命和本质。法律思想的发展史表明，从古希腊古罗马的法律思想到欧洲中世纪神学法学，及至近代西方法学中的古典自然法学以及以康德、黑格尔等人为代表的哲理法学，再到20世纪以降的现代法学，理性主义与法学有着深厚的渊源，理性主义对法学产生了巨大影响；正是理性主义的不断向前发展，促使了法学不断向更高更深的层面发展。

按照西方的学术传统，论述西方法律思想，一般要从古代希腊说起，而在古代希腊，则首推哲学家苏格拉底的思想，他强调人定法也是正义的表现。在这一阶段，自然法作为神意志的表现形式，是社会公平、正义与理性的代表。之后在希腊出现的比较重要的法律思想是柏拉图、亚里士多德和斯多葛学派，其在吸纳先前自然法思想的基础上，正式提出法的正义理论与法治理论，正义观点成为这一时期法律思想的核心。柏拉图认为理性，从本质上理解就是一种至善，他说，“任何人凡能在私人生活或者公共生活中行事合乎理性的，必定是看到了善的理念的”，而这种至善，就以法律为代表，“法律会以某种方式告知：遇到不幸时尽可能保持冷静而不急躁诉苦，是最善的”^②。作为柏拉图的学生，亚里士多德在柏拉图学说基础之上进一步发展了理性概念的内涵。他将法律与理性同等看待，认为法律是不受主观愿望左右的客观理性。他认为，“由自然正义产生自然法，这是人类理性的表现，是人类行为和国家的道德标准，是制定实在法的根据。因此，以人类理性体现的自然法为基础所制定的法律是不受主观影响的理性，是最高的权威”^③。与此同时，自然法理论之集大成者斯多葛学派“所持的是一种本体理性观。同时受神学观念的影响，这种理性也是一种神学理性观，即认为世界中存在着一种纯粹的、脱离物质的理性，它是上帝用来统治世界的大法，体现的是神的意志”^④。由上可见，这一时期的理性观认为，作为法治基础的法律，应当是一种好的法律，并且“法律所以能见效，全靠民众的服从”^⑤。对于柏拉图、亚里士多德和斯多葛学派的思想来说，整个宇宙是个实体，这一实体则是理性，自然法对他们来说同理性是一回事。

之后的罗马法时代，由于社会经济的发展，罗马诞生了丰富发达的法律思想，其中最为重要的当属西塞罗的法律思想，他指出，“法”和“法律”是不

① [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第1页。

② [古希腊] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第271页。

③ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第40页。

④ 转引自刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2009年版，第3页。

⑤ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第81页。

同的概念，“法是指自然法，而法律则是人民通过的法律”^①，认为法是一种人类的最高理性，法代表公正，“如果不存在自然，便不可能存在任何意义；任何被视为有利而确立的东西都会因对他人有利而被废弃。如果法不是源于自然……都将被废除”^②。同一时期的奥古斯丁、阿奎那等人则将神学世界观与理性自然法精神相结合，形成了颇具特色的神学法律观。如奥古斯丁认为，“一个没有理性的人，需要别人用命令来控制他的各种欲望”^③，阿奎那则认为，“人的行为受理性的支配，人类行为的准则和尺度是理性，理性可以根据需要指挥一切力量去达到它所指的目的。而法是受理性限制的，符合理性的才能够称为法。因此，法是理性的精神，法是理性的一种命令，是正义的体现。法既以理性为原则，又是理性的产物。法律则是理性的具体形式，是法的外化”^④。

从公元476年西罗马帝国灭亡，到17世纪中叶英国爆发资产阶级革命为止这一段时间，被学术界公认为是西欧的中世纪。在这一历史时期，天主教会的势力崛起并不断扩张，使这一时期欧洲的法律思想与神学紧密联系，基督教神学为基础的“神权政治论”占据了法律思想的统治地位。直到14、15世纪，由于商品货币关系的发展，自治城市的增多，市民阶级的力量不断增强，有力地冲击了教会的传统权威和地位，并使其日趋衰落，理性主义才再次登上历史舞台^⑤。中世纪末期，随着资本主义经济的产生和发展，西方自然法学也发展到一个新的阶段，自然法思想不再容忍基督神学对自己的束缚与控制，要求有自己的世界观，古典自然法学派由此产生，其标志是1625年格劳秀斯《战争与和平法》的出版。26年后，霍布斯出版《利维坦》，再一次掀起理性自然法思潮。霍布斯认为，自然法代表理性，而自然法应该成为人们行为的最高规范，人们的行为应该以理性主义为向导，他明确指出，“自然律是理性所发现的戒条或一般法则。这种戒条或者一般法则禁止人们去做毁损自己的生命或剥夺保全自己生命的手段的事情，并禁止人们不去做自己认为最有利于生命保全的事情”^⑥。显然，在霍布斯这里，法律与理性是一个层面上的概念。

如果说格劳秀斯、霍布斯将自然法的基础定位为人的本性，也就是人的自

① [古罗马]西塞罗：《论共和国，论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第171页。

② [古罗马]西塞罗：《论共和国，论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第189页。

③ 张宏生：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第86页。

④ [意]托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1963年版，第102页。

⑤ 参见何勤华：《西方法律思想史》，科学出版社2010年版，第26页。

⑥ [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第122页。

我保存，其实质在于“自由”，那么洛克的自然法思想，则在于“自我保全同时不要伤害他人”^①思想，主张既然人是平等的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或者财产。^②因为既然“理性把一个人提高到差不多与天使相等的地位，当一个人抛弃了他的理性时，他的杂乱的心灵可以使他堕落到比野兽远为残暴。人类的思想比恒河的沙还多，比海洋还宽阔，假使没有理性这个在航行中指示方向的唯一的星辰和罗盘来引导，幻想和情感定会将他带入许许多多奇怪的途径”，“当理性被抛到一边时，人的意志便随时可以作出种种无法无天的事情来”^③。随后的孟德斯鸠、卢梭等思想家，则将自由与平等作为法律的核心思想，如孟德斯鸠在《论法的精神》一书中开宗明义地指出，“从最广泛的意义上来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系，在这个意义上，一切存在物都是它们的法……由此可见，是有一个根本理性的存在着”^④；卢梭更是发出“我宁可伴随着危险的自由，也不要被奴役下的和平”^⑤之呐喊。18世纪至19世纪，法国的启蒙运动以及1789年法国大革命给德国思想界带来了极大的震动，经康德首创，费希特、谢林等人的发展，至黑格尔，哲理法学派逐渐发展成熟起来。哲理法学派深深打上了近代哲学的烙印，启蒙运动以来宣扬的自由、民主、平等和天赋人权等思想在哲理学家那里体现的淋漓尽致。

虽然不同时期的法学思想家赋予了自然法不同的哲学基础，但还是有一些共同的东西——即都认为法，应该是理性的代名词，应该体现自由、平等、公正、关注人权等基本价值，理性应该内化为法的本质与核心。总之，“理性主义法律观的基本内容则可以概括为两方面：从本体论和价值论角度出发，理性是事物本质之所在，人类共同的善德公平正义是其内涵；从实践论和认识论角度而言，理性的意义在于，法律通过人类的理性认识而发现，人们的行动通过作为理性之体现的法律得以规制”^⑥。

二、刑法修改理性概念的界定

刑事法律作为重要的部门法之一，也应该将理性作为自己的核心价值之一，刑法制定、适用、解释、修改的过程都应该体现着理性主义的光芒。随着

① 严存生：《西方法律思想史》，法律出版社2004年版，第150页。

② 与洛克同时代齐名的自然法学派代表还有荷兰的斯宾诺莎和德国的普芬道夫。

③ [英]洛克：《政府论》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1982年版，第84页。

④ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1995年版，第1页。

⑤ [法]让·雅克·卢梭：《社会契约论》，徐强译，江西教育出版社2014年版，第86页。

⑥ 刘艳红：《理性主义法律观之解读》，载《中国政法大学学报》2009年第6期。

科技时代、网络时代日新月异的发展以及社会与经济全球化进程的加快，我国一直处于一种社会转型过程中。这种状况导致我国刑法远未达到完善而完全适应社会要求的地步，对刑法进行不断修改的状态已经足以证明这一点：从1979年刑法到1997年刑法整体修订前共有23个单行刑法的颁行；从1997年刑法修订至今，共已颁行一个单行刑法与十部刑法修正案，以每两年一次大的修改频率而处在变动之中。问题在于，尽管现行刑法的不断修订是源于我国社会一直处于现代化与转型化的过程导致刑事政策不断变化，以及现行立法技术还需要改进之故，尽管我国刑法远未达到完善而完全适应社会要求的地步，刑法需要予以适时修改是不争事实，但是否所有的刑法修改都是合适的？有些修法所涉及的内容是否可以通过解释的功能予以解决？另外修法是否应该遵循一些基本原则与方法？这些问题的答案，只有基于理性主义刑法观的立场才能得出正确的结论，有必要将理性作为刑法修改过程中的核心要素。

目前，我国刑法理论界对刑法理性的概念界定还存在不同观点，并未统一。如有学者认为：“刑法理性就是国家在制定和适用刑法时所表现出来的自觉设定目的，不断寻求合理有效的惩罚方式以及自我克制的特性。它以对刑法基本范畴的理性认识为基础，根据所处社会公认的基本价值准则，确定刑法的目的，并使刑法的制度设定和具体适用自觉地服从刑法目的的要求，以追求刑法目的最大限度地实现。”^①也有学者认为：“刑法理性的基本内涵是刑法的各种技术性要素能够满足于预期功能的状态。”^②还有学者并未直接对何为刑法理性作出直接界定，而是以客观回溯的视角，分别阐述了启蒙主义时代、刑事古典学派与刑事人类学派三个刑法发展的不同阶段中刑法理性的基本内容，进而得出“刑法的基础观念和基本立场是刑法理性的基础；刑法合乎社会潮流的价值蕴含是刑法理性的追求目标；刑法的内在形式与结构规律是刑法理性的实体表达；刑法方法是刑法理性实现的重要途径”^③几个基本结论。就目前的研究成果来看，我国学者专门研究刑法理性的成果不多，基本上都是从宏观的视角出发，将刑法理性作为指导问题分析的先验理念与方法论，以理性视角审视目前我国刑法运行过程中出现的种种问题，并以刑法理性的指导思想提出相关的完善建议。如有学者面对我国目前社会需求依旧旺盛的对贪腐犯罪“重刑严惩”倾向，认为“腐败的产生是国家权力缺乏有效拘束的后果，是政府

^① 张智辉：《刑法理性论》，北京大学出版社2006年版，第35页。

^② 周少华：《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》，中国法制出版社2007年版，第4页。

^③ 参见朱德才：《刑法理性构造研究》，华东政法大学2008年博士学位论文，第62~63页。

主导经济社会发展模式的伴生物，是市场经济发展中法治缺失和严重滞后的恶果，也是当下我国经济社会发展已徘徊在权贵资本主义门口的征表。反腐迫切需要制度转型，需要刑事政策的现代化。重刑反腐是国家反腐基础性制度和体系缺失状态下一种不得已的选择和填充手段，存在巨大法治风险。面对严峻腐败形势，刑法必须最大限度恪守法治理性”^①。还有学者用理性思想指导我国刑法中正当化行为与犯罪构成关系的处理，认为“刑法中的正当化行为是游离于我国传统的耦合式犯罪构成体系之外的一个‘活泼元素’。这样的关系，与现代刑事法治的精神不相契合，实有认真检讨和改进的必要。英美法系双层次犯罪构成模式为刑法中的正当化行为的纳入，尤其是超法规的正当化行为的充分展开，不仅提供了极其广阔的空间，而且因赋予其程序要件的色彩，从而突出强调了程序正义的价值，推动了宪法在刑事领域的司法化。因之，借鉴英美法系双层次犯罪构成的结构模式，吸纳我国传统犯罪构成体系中的合理成分，实现经验与理性的沟通，应当成为改造我国传统的耦合式犯罪构成体系的努力方向”^②。也有学者从个罪出发，主张适用理性观念指导食品安全犯罪的刑法规制，从而将理性观念从总论贯穿到整部刑法典，认为面对我国刑事立法单边扩张之态势，刑法的理性立场是“坚持社会学观念和整体论思维，坚持宽严相济刑事政策，坚持刑法机能的中庸之道，唯此，才能更全面、更客观地看到原因何在和解题思路之所在”^③。应该说，用理性观念指导我国的刑事立法与刑事司法实践已经成为我国大多数学者的共识，但如果在理性观念成为我国刑事立法、司法、刑法解释、刑法修改共同的指导思想与先验方法论时，有关刑法理性的概念界定却是模糊并存在争议的，这种局面无疑是荒谬的。因此，一个明确的刑法理性概念界定就成为解决上述问题的前提与基础。

就上述有关刑法理性的不同界定而言，虽然使用的词语不同，但其共同点都强调刑法的目的性，只不过有的认为应该根据所处社会公认的基本价值准则确定刑法的目的，并使得之后的刑事立法与司法活动都符合此种目的设定；而有的则是从技术角度出发，强调通过技术的合目的性来实现刑法整体的合目的性。从理性的视角审视，通过国家和所处社会的公众认知来确定刑法的目的，无疑增加了非理性进入刑法目的的可能性。如德国纳粹时期的刑法目的性也是通过国家和社会认知确定的，而这种目的性无论如何都不会满足理性主义的要

① 何荣功：《“重刑”反腐与刑法理性》，载《法学》2014年第12期。

② 田宏杰：《刑法中的正当化行为与犯罪构成关系的理性思考》，载《政法论坛》2003年第6期。

③ 房清侠、许天夫：《食品安全问题刑法规制的理性立场》，载《刑法论丛》2013年第4卷，法律出版社2014年版，第212页。

求。而从技术层面界定刑法的合目的性，是一种本末倒置的做法，因为目的性是上位概念，技术是下位概念，只能通过理性的目的来完善技术，而不能通过技术来促进目的的科学性。虽然存在瑕疵，但这两种概念界定的合理之处也显而易见，是值得借鉴的。因此，本书认为，所谓刑法的理性，是指在刑事立法、司法、刑法解释、刑法修改过程中的行为与所作出的结论都应该符合科学界定的目的性的要求。而科学的目的性，就刑法而言，无疑是指符合罪刑法定原则与刑法谦抑性原则的要求而设定的目的。易言之，所谓刑法理性，是指刑事立法与刑事司法过程中的任何行为与结论都应该遵循罪刑法定原则与刑法谦抑性原则要求的合目的性。

刑法修改作为刑事立法概念范畴中的重要环节，刑法修改理性概念的界定也应该符合刑法理性概念的要求。所谓刑法修改理性，是指在刑法修改过程中，以目的性为导向，明确在何种情形下不需要通过刑法修改而是通过刑法解释就既可以实现刑法与社会发展的协调一致，又符合罪刑法定原则与刑法谦抑性原则的要求；在何种情形下，只有通过修改刑法才能满足社会发展提出的新课题；以及在必须启动刑法的修改程序时，如何保证修改程序的公开、公平科学与理性。更为重要的是，经解释或修改之后的刑法还应该体现理性主义精神，将维护人权、自由、平等、公正等价值内化为刑法的本质。这一研究对于刑法修改的科学合理化的意义不言而喻。只有正确处理好与刑法解释的限度之间的冲突与协调，妥善处理好立法权与司法权关系的刑法修改，才有可能是一种理性的刑法修改。刑法修改理性的理论价值就在于为司法适用过程中刑法修改与刑法解释之间出现的选择冲突提供一个科学合理的衡平原则来予以协调解决。其司法实践价值也在于通过这种刑法修改的理性追求，尽可能在罪刑法定原则的框架下寻求一个统一的司法规范，以保证司法的公平合理，从而维护刑法的权威性。

三、刑法修改理性的特征

按照现代汉语的理解，所谓特征，是指“可以作为人或者事物特点的征象、标志等”^①，“从哲学上讲，任何事物的特征都是在与其他事物的比较中表现出来的”^②。同样，刑法修改理性的特征也只有在与其它相关概念的比较过程中方能显现出来。

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆2005年版，第1336页。

^② 舒国滢：《法理学导论》，北京大学出版社2012年版，第29页。

（一）强烈的目的导向性

西方哲学家大多认为目的性是理性主义的当然因素之一，如亚里士多德认为，“事物不能够偶然或自发性的结果，那就可以断定它一定是有目的的……由此可见，在那些产生出来而且由自然产生出来的东西里面，是有那种目的的活动存在的”。康德也认为，“自然在其产物中的目的性这个概念，虽然它并不涉及对象的确定，然而关于自然，对于人类的判断力来说，乃是一种必须的概念，所以它为着判断力的使用，乃是理性的一条主观原理”，“有理性者与世界的其余物类的分别就在于有理性者能够替自己立个目的”^①。作为哲学大师，理性与目的性也成为黑格尔哲学著作中反复出现的词汇，“人类自身具有目的，就是因为他自身具有‘神圣’的东西——那便是我们从开始就称作‘理性’的东西”^②。应该说，人类设定目的，总是为了目的的实现，从目的设定到实现的过程，人类逐渐认识客观的外在世界，也逐渐认识人类自己，最终用理性思维来规范自身的行为。

刑法修改理性将理性作为审视刑法修改过程的方法论，力图去除刑法修改过程中的非理性因素，实现刑法修改过程与结果的理性化构建。考虑到目的性是理性概念的核心要素，刑法修改理性具有目的导向性也就属于题中之义。需要进一步讨论的是，刑法修改理性中目的导向性的“目的”该作何种理解？其与刑法本身的目的是否是同一概念？

所谓目的，是指“那种通过意识、观念的中介被自觉地意识到了的活动或者行为所指向的对象和结果”^③。关于我国刑法的目的，可谓众说纷纭，并未形成定论。一是刑法的创造者说。如有学者认为“目的是刑法的创造者，《刑法》第2条关于刑法任务的规定也是关于刑法目的的规定。刑法目的具有刑事政策（指导刑事立法）的机能，刑法目的与刑法机能具有一致性，作为刑法目的的法益保护，包括对行为人自由的保障”^④，即主张根据我国《刑法》第2条关于刑法任务的规定可以得出刑法的目的在于保障法益与法益主体的自由。二是时代性与相对性说。如有学者认为刑法目的具有时代性与相对性，不能一概而论，宜根据国情社会的发展情况来具体确定，即“对于处在剧烈转型时期的当下中国社会而言，权利关系不清、规范有待建构、国民规范意识薄弱的现实决定了应当将刑法目的定位于对规范的维护。稳定规范是刑法的现实

① 夏甄陶：《关于目的的哲学》，上海人民出版社1982年版，第15页。

② [德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，生活·读书·新知三联书店1959年版，第73页。

③ 夏甄陶：《关于目的的哲学》，上海人民出版社1982年版，第227页。

④ 张明楷：《刑法目的论纲》，载《环球法律评论》2008年第1期。

目的。在权利关系明确，国民的规范意识逐步形成，社会整体高度稳定之后，刑法目的可能从规范维护转向对法益的保护。刑法的法益保护目的就成为最终目的”^①。三是人权保障说。如有学者将我国刑法的目的设定在人权保障方面，认为“对于刑法目的的正确阐明，只有站在国家及国家权力存在的目的、宪法基本价值的高度，只有从刑法的特殊性入手，只有依据宪法和刑法的具体规定，才能具体而深入地得以揭示。保护包括犯罪人在内的全体公民的基本人权不受侵害，是制定和适用刑法的唯一目的”^②。四是综合说。如有学者站在总揽全局的立场之上，以德国、日本刑法去伦理化为视角，对刑法目的观的历史转变作了客观回溯，认为“在蔑视人权、专制统治时代，强调刑法目的是维护国家道义、社会伦理；在提倡保护人权、重视宪法、实行法治的时代，强调刑法目的是保护宪法性法益。当前，德日两国刑法学界一般认为，刑法的目的是保护（宪法性）法益，在刑事立法和司法中，应将单纯违背社会伦理而没有任何外部侵害性的行为排除在犯罪之外”^③。

本书基本赞同人权保障说的立场，因为保障人权是典型的宪法性表述，在我国将“保护人权”正式写入宪法后，应该说人权保护已经成为我国各个部门法律共同的任务，任何部门法律都不能将保护人权排除在自己的目的设定之外。就刑法而言，由于刑法具有保护性的同时兼具惩罚性与剥夺性，与其他部门法律相比，人权保障的提法更显必要与迫切，因此，将人权保障作为刑法的基本原则而非刑法的目的，更易突显人权保障在刑法中的重要地位。即使是规范维护论者也认为刑法的最终目的在于保护法益，只是现阶段应该通过对规范效力的维护来实现这一目的：“对于违法性的认定，就必须将行为设定为思考问题的逻辑起点，必须和规范违反相关联，通过规范来确保人不实施违法行为，通过对规范效力的确证来控制人的行为，从而实现保护法益的刑法任务。”^④既然如此，还不如直接将保护法益作为刑法的目的，至于是通过确证规范效力的方式来实现这一目的，还是通过其他途径实现这一目的，则只是方式的选择问题。

在明确了刑法目的的基本内涵后，需要解决的是，刑法修改理性目的导向中的“目的”与刑法“目的”之间的关系问题。根据一般的理解，既然是刑法的“目的”，自然就是统摄刑事立法、刑事司法各个环节的总目的，正如我

① 周光权：《刑法目的的相对性》，载《环球法律评论》2008年第1期。

② 蔡英：《保护人权——刑法的终极目的》，载《西南大学学报（社会科学版）》2009年第3期。

③ 丁慧敏：《刑法目的观转变简史——以德国、日本刑法的去伦理化为视角》，载《环球法律评论》2011年第2期。

④ 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第34页。

国《刑法》第2条规定的刑法任务一样,该任务自然也是统摄刑事立法与刑事司法的总任务,而不能认为刑事立法的任务是《刑法》第2条的规定,刑事司法的任务还能在此之外另寻依据。因此,刑法修改理性中的目的与刑法的目的具有一致性,即都在于保护法益。换句话说,刑法修改理性的目的导向性,意味着刑法修改应该以更好地保护法益为指导,刑法修改的结果应该符合法益保护目的的要求。

(二) 彰显理性精神

顾名思义,既然刑法修改理性要求刑法修改程序的启动、修改的过程与结论都要符合理性主义的要求,理性主义的彰显自然成为刑法修改理性的最基本特征。事实上,理性自然法作为一种指导观念一直贯穿于思想意识的重要环节中,特别是中世纪文艺复兴以来思想家们无不从观念的困顿和氛围的窒闷中,转向自然法而探究一种精神解脱。自然法于人类精神历史之意义,正如我国台湾学者耿云卿所言,“自然法是人类求生之大道,历史已经明确地昭示吾人,每当自然法被压抑被排斥的时候,也就是人类黑暗的年代”^①。以理性原则指导刑法修改的实践过程,其实是人类对刑法价值重新审视的过程,例如,我国1997年《刑法》废除了1979年《刑法》规定的类推制度就是理性主义指导刑法修改取得良好效果的典范。“类推实际上体现了立法者价值取向上的社会保护本位论的思想。即刑法的社会保护优于刑法的权利保障。只要统治者认定某种行为具有一定的社会危害性,即使刑法分则没有明确规定,也可以通过类推来让行为人承担刑事责任以获得社会秩序的正常运行,而不问这种刑事责任的承担对行为人来说是否合理、人道和公平”^②,类推制度的废除,彻底消灭了罪刑擅断在我国刑事司法实践中立足的根基,从而使我国刑事立法与司法正式步入“罪刑法定”时代,刑事立法与司法均走上保护法益的正确道路,彰显了理性主义的光辉。

其实,人们之所以对自然法研究具有如此浓厚的兴趣,是与法文化本身的人身属性密切相关的。人生来就有一种贯穿于道德之中的亲情和理性的存在,这在近代或现代的常人看来是一个难以否定的命题。对理性的“崇拜”和对自然法则一类现象的联想,使人们对自然法一词情有独钟。孟德斯鸠的一段论述可算是这种现象的最好注脚,“从最广泛的意义上来说,法是由事物的性质产生出来的必然关系,在这个意义上,一切存在物都有它们的法。上帝有他的法;物质世界有它的法;高于人类的‘智灵们’有他们的法;兽类有它们的

^① 江山:《中国法理念》,中国地质大学出版社1989年版,第106页。

^② 蔡道通、范晓芸:《类推制度应当废止》,载《法学家》1994年第4期。

法；人类有他们的法。有人说，我们所看见的世界上的一切东西都是一种盲目的命运所产生的东西，这是极端荒谬的说法。因为如果说一个盲目的命运竟能产生‘智能的存在物’，还有比这更荒谬的么？由此可见，是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系”，而“所以称为自然法，是因为它们是单纯渊源于我们生命的本质”^①。毫无疑问，刑法学作为一门社会科学，也与理性密切相关。从自然法意义上探讨刑法的本原，不仅成为一种可能，也成为一种必要。由此而构筑的刑法学，即是自然法意义上的刑法哲学。自然法意义上的刑法哲学所追求的是能够通过人类理性或人的本性，获得超越社会的规范性秩序的刑法的普遍性和自治性的一般命题和行为规则，就与刑法修改理性的主张具有一致性。刑法修改的理性倡导一种对刑法规范的宏观把握，刑事立法、司法，刑法规范的制定与修改，都应该以自然法所倡导的理性精神相结合，尽量减少冲动立法、民情立法等非理性因素，科学性与管理性成为刑法修改理性的同位语。

（三）贯穿刑法修改的整个过程

刑法修改的理性要求刑法修改程序的启动必须具有十足的依据，只有非得通过修改刑法不能实现刑法与经济社会的协调发展时才能够启动刑法修改程序。更为重要的是，刑法修改的过程与结论都必须满足理性主义的要求。换句话说，只有现行刑事法律不能适应社会发展进程的需要，若不及时对之进行修改，就会严重妨碍社会的发展时，才能启动刑法的修改程序，从而使刑事法律本身得到相应的完善与发展。因此，刑法修改的理性主义贯穿于刑法修改的整个过程，刑法的修改必须能够反映社会发展历史进程的要求，必须具有鲜明的时代特征。

1. 刑法修改理性保证了刑法修改动因的科学性

刑法修改具有符合理性原则要求且具有说服力的原因是刑法修改程序启动的前提。刑法作为社会治理的上层建筑总是受制于经济基础的发展需要，必须适应社会发展和与犯罪作斗争的实际需要。从1997年现行《刑法》颁布施行以来已有20年的时间，在这20年中，我国随着改革开放的继续进行使社会现实产生了翻天覆地的变化，人民群众的思维与生活方式、生活水平也变化巨大。这些变化使有些原本常见常发的犯罪不再常见，有些原本性质恶劣的犯罪现在看来不再严重，甚至可能连犯罪都算不上。但随着经济与科技的发展，也会出现原本并不存在的新类型犯罪。例如，盗窃等财产性犯罪的对象范围原本

^① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1995年版，第1~4页。

非常明确，但随着通信网络技术的发展，盗窃他人网络游戏中的装备、通过技术手段盗接他人的网络信号资源等一系列新型犯罪出现，刑法必须对此作出回应，以满足社会治理的需要；又如，近年来，恐怖主义与极端主义犯罪在我国愈演愈烈，严重威胁到国家安全与人民生活环境的稳定和谐，作为维护国家安全与社会稳定最后手段的刑法，通过《刑法修正案（九）》对此作出相应的回应就是最好的证明。

另外，刑法作为保障公民权利的最后手段，其本身应该兼具体系的科学性与权威性，如果刑法典本身都错误百出，前后矛盾，当然不能激起公众对刑法的信赖，刑法的公众认同或者信仰问题也就无从谈起。1997年现行《刑法》颁布施行至今的20年间，我国立法机关与司法机关出台了大量的刑事立法解释、司法解释、案件指导意见等规范性文件，这些规范之间以及它们与刑法典本身之间难免出现矛盾和不协调之处，令司法实践部门与人民大众无所适从。因此，从理性主义角度出发，为实现刑法典体系的完整性与地位的权威性而进行的刑法修改也是符合理性要求的修改原因之一。

2. 刑法修改理性实现了刑法修改过程的合法性

刑法修改过程的理性，就是要在刑法修改的过程中严格遵循我国《宪法》与《立法法》的明文规定，由适格的法律修改主体提起、经过法定程序与民主投票决定。这里唯一需要反思的是，我国刑法修改实践从《刑法修正案（八）》开始通过刑法修正案的形式对刑法总则的内容进行了修改，这一修改是否符合法律的规定则存在争议。众所周知，制定并通过刑法修正案的主体是全国人民代表大会常务委员会，根据我国《宪法》第62条和第67条的规定，全国人民代表大会行使的职权包括“制定和修改刑事、民事、国家机构和其他的基本法律”，而全国人民代表大会常务委员会行使的职权包括“制定和修改除应由全国人民代表大会制定的法律以外的法律”和“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，但是不得同该法的基本原则相抵触”，《立法法》第7条重申了上述法律制定和修改的权限。有学者认为，“刑法典总则的规定，应当说属于该法的‘基本原则’的范畴，如果全国人大常委会可以任意修正刑法典总则的所有条文，则刑法典就不存在属于‘基本原则’的条文了，宪法和立法的上述法律制定和修改权限划分的规定，也就丧失了存在的意义，全国人大常务委员会的修正权限本身就存在进一步讨论的空间”^①。此一问题的提出具有现实意义，理性主义要求刑

^① 常秀娇：《宪政视野中的刑法修正》，载《刑法论丛》2013年第1卷，法律出版社2013年版，第58页。

法修改的程序必须符合法律的规定，既然法律明文规定刑法等基本法律的基本原则等部分内容的制定与修改权必须由全国人民代表大会行使，刑法修改的主体就应该严格按照法律行事，以使刑法修改符合理性主义的要求。

3. 刑法修改理性保障了刑法修改结果的合目的性

刑法修改的结果，最直接的表现是经过法定的修改程序，刑法条文得以修正，新的刑法典得以公布施行，更为重要的是刑法经修改后的适用效果。按照大多学者的观点，刑法制定与施行的目的在于保护法益，而法益是指“根据宪法的基本原则，由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益”^①。如果经理性修改后，刑法保护法益的作用能够更好地发挥，则意味着刑法修改理性保障了刑法修改结果的合目的性。如《刑法修正案（九）》针对日渐猖獗的贪腐犯罪，理性选择通过完善刑罚配置、增设新罪、严格减免刑罚适用条件等方式重新调整了贪腐犯罪的刑罚结构，这样更有利于打击贪腐犯罪，为维护国家和人民群众的切身利益最大可能地实现刑法的有效性功能。理性意味着社会公众作为“人”的基本权利与社会生活秩序能够得到保障，故刑法修改的理性必然要求经修改后的刑法能够更好地保障社会公众最基本的人权，能够适应新的社会环境的需要，能够更好地起到社会行为规范的作用，使刑法作为最后保障法的功能得以最大程度地发挥。不难看出，刑法修改的理性与刑法的目的性要求具有内在一致性，而正是这种一致性，使刑法保护法益的目的，只有经理性修改后才能得以最终、全面实现。

第二节 刑法修改理性的要素

按照我国法学理论的通说观点，所谓法的要素是指“法的基本成分，即构成法律的基本元素”^②。由此可以认为，刑法修改理性的要素是指刑法修改理性的基本成分，即构成刑法修改理性的基本元素。其特征如下：（1）个别性与局部性。它表现为一个个元素或者个体，是组成刑法修改理性有机体的细胞。（2）多样性和差别性。组成刑法修改理性的要素具有多样性，不同的要素具有差别性。这至少可以从两个层次来理解，一是刑法修改理性的要素可以分成不同的种类，它不是同一的；二是相同种类的刑法修改要素又可以有多种不同的个性。（3）整体性和不可分割性。虽然每个刑法修改的要素都是独立

^① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，第167页。

^② 张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第65页。

的单位，但是刑法修改理性的要素作为刑法修改理性的组成部分又具有整体性和不可分割性。某一刑法修改理性要素的改变可能会引起其他要素或整体发生相应的变化，某一要素被违反可能会引起整体或者其他要素的反应。每一个要素都与其他要素相关联，具有不可分割性。考虑到组成理性概念与刑法修改概念要素的多样性而导致组成刑法修改理性概念要素的多样性，这里主要讨论刑法修改理性以下几个重要要素。

一、刑法修改理性的主体要素

刑法制定的主要目的在于通过适时的刑法规范作为依据，给予犯罪行为以有效、及时的刑罚，即达到对规范的社会同一性予以保障的刑法效果，因而刑法必须符合社会发展变迁的趋势和犯罪变化特点的同一性要求。也就是说，刑事立法者必须随时审视各种社会发展变化状况与犯罪趋势，以此评价现有刑法规范的有效性，对失去效用或者不再适应社会统一性需要的刑法规范进行适当修改，或者对于具有严重社会危害性并侵害到刑法所保护的重要法益却没有被规定为犯罪的行为予以犯罪化，制定相应的刑法规范。而且，成文法在显现高度概括与抽象优势，尽可能覆盖较大适用范围的同时，也呈现出难以还原被抽象法条隐去具体内容而无法总是正确适用法律规范的先天不足。对于刑法而言，这种先天不足有基于刑法规范之概括性与抽象性的错误导致无法适用于本来意图适用的具体情形，也有基于概括而抽象的定型化规范本来不能适用到所有立法者意图作为犯罪处理的情形。这样，除了在司法适用之时可以通过解释的方法进行适当的漏洞弥补外，很多场合则需要通过修改刑法规范的方法来解决这种成文法的先天不足。在这种意义上，刑法的修改也属于一种重要的立法创制活动。

既然是一种立法创制活动，那么刑法的修改，就必须由具有相应刑事立法权的机构进行。由于刑法是设立犯罪及其刑事责任的法律，而刑事责任承担的主要形式——刑罚则是最严厉的一种法律制裁措施，所以才有刑法是其他法律的最后保障措施的这种说法。也正是因为这点，我国《立法法》才明确规定，有关设立犯罪与刑罚的事项只能制定法律，即使是全国人民代表大会及其常务委员会决定授权国务院可以根据实际需要，对法律所规定的部分事项先制定行政法规，有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项也不能作为授权立法的内容。也就是说，在我国，行政机关不能行使刑事立法权，自然也就没有刑法修改的权限。按照我国《立法法》的规定，有权修改刑法的机构只能是全国人民代表大会及其常委会。不过全国人大常委会对刑法规范的修改权只限于全国人民代表大会闭会期

间，并且其对刑法的修改与补充不得同刑法典所确立的基本原则相抵触，而全国人民代表大会则可以对任何刑法规范进行各种修订，即使是对刑法典所确立的基本原则，同样可以作出相应的修改。

二、刑法修改理性的对象要素

刑法修改理性的对象要素是指刑法修改理性针对的客体，即我国的刑事实体法律。因此，问题在此转换为我国刑事实体法体系的组成部分。根据我国刑法的通说观点并结合理性主义的要求，本书认为我国的刑事实体法体系包括：

（一）刑法典

刑法典是国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。新中国成立以来颁布的1979年《刑法》与现行1997年《刑法》可谓新中国的刑法典。（当然，1997年《刑法》至今已历经10部刑法修正案的修改）

（二）单行刑法

单行刑法是“国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法的某一事项的法律”^①。1981年6月至1995年10月，全国人大常委会共颁行了23部单行刑法，如《惩治军人违反职责罪暂行条例》《关于惩治走私罪的补充规定》《关于禁毒的决定》等。这些单行刑法要么针对旧刑法典的漏洞作了增加规定，要么针对旧刑法典的不完善作了补充规定，要么针对旧刑法典的缺陷作了修改规定。根据现行《刑法》第452条的规定，《惩治军人违反职责罪暂行条例》等15部单行刑法被废止；《关于禁毒的决定》等8部单行刑法有关犯罪与刑罚的规定失去效力，有关行政处罚与行政措施的规定则继续有效。^②这是因为上述23部单行刑法的内容基本上都已纳入现行刑法典。现行刑法颁布施行后，按照目前刑法理论的通说观点，我国目前仅有一部单行刑法，即全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》。需要讨论的是，全国

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第17页。

^② 需要注意的是，这部分的单行刑法中有关行政处罚和行政措施的规定已经有了相当大的变化，如《关于禁毒的决定》已被2007年《禁毒法》第71条明文废止；《关于惩治偷税、抗税罪的补充规定》《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》已被2009年6月全国人大常委会《关于废止部分法律的决定》明文废止；《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》、《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》与《关于严禁卖淫嫖娼的决定》中的相关规定尽管没有被明文废止，但其适用依据已经变为《治安管理处罚法》。

人大常委会 1999 年通过的《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》、2000 年 12 月 28 日通过的《关于维护互联网安全的决定》以及 2015 年 8 月 29 日通过的《关于特赦部分服刑罪犯的决定》三部规范性文件是否属于单行刑法的范畴？

从内容上看，《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》全文共 4 条，其中第 2 条后段“对构成犯罪的组织者、策划者、指挥者和骨干分子，坚决依法追究刑事责任；对于自首或者有立功表现的，可以依法从轻、减轻或者免除处罚”的规定涉及犯罪与刑罚的内容；《关于维护互联网安全的决定》全文共 7 条，其中第 1 条至第 5 条一致采用“为了……对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任”的形式规定了不同行为的法律后果；《关于特赦部分服刑罪犯的决定》全文共 4 条，对符合“为纪念中国人民抗日战争暨世界反法西斯战争胜利 70 周年，体现依法治国理念和人道主义精神，根据宪法，决定对依据 2015 年 1 月 1 日前人民法院作出的生效判决正在服刑，释放后不具有现实社会危险性的罪犯实行特赦”的条件进行了明确规定。按照我国传统刑法学的观点，所谓刑法，是指“规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律”，“也就是掌握政权的阶级即统治阶级，为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益，根据自己的意志，规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律”^①。从上述刑法的定义来审视，《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》《关于维护互联网安全的决定》虽然使用了“坚决依法追究刑事责任”“可以依法从轻、减轻或者免除处罚”等词语，但却没有明确指出应该追究的刑事责任的具体内容，具体罪名和刑罚的确定还依赖于刑法典；《关于特赦部分服刑罪犯的决定》从内容上看可以被理解为刑罚执行方式的改变，因为该决定所特赦的罪犯是依据《刑法》作出的具体的刑罚处罚决定，但特赦所依据的是我国《宪法》的相关规定，而且也没有改变刑法的实体性内容。这样，以上 3 个规范性文件并未具体规定犯罪与刑罚，并不能因为使用了“依法追究刑事责任”等词语就应当被认为是单行刑法。换句话说，本书赞同我国目前只有一部真正意义上单行刑法的观点。

（三）附属刑法

附属刑法，即附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。1979 年《刑法》颁布施行后，立法机关一共出台了 130 多个附属刑法条

^① 高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2016 年版，第 7 页。