

刑法修正案(十一) 评注与案例

时延安 陈冉 敖博◎著



XINGFA XIUZHENG'AN (SHIYI)

PINGZHU YU ANLI

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(十一)评注与案例/时延安,陈冉,敖博著. —北京:
中国法制出版社, 2021.5

ISBN 978-7-5216-1813-6

I. ①刑… II. ①时… ②陈… ③敖… III. ①刑法—法律解释—中国
②刑法—法律适用—中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2021)第068011号

责任编辑:侯 鹏

封面设计:李 宁

刑法修正案(十一)评注与案例

XINGFA XIUZHENG'AN(SHIYI)PINGZHU YU ANLI

著者/时延安 陈冉 敖博

经销/新华书店

印刷/

开本/710毫米×1000毫米 16开

印张/35 字数/554千

版次/2021年5月第1版

2021年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-1813-6

定价:109.00元

北京西单横二条2号

传真:010-66031119

邮政编码100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:010-66060794

市场营销部电话:010-66033393

邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。电话:010-66032926)

国家治理体系和治理能力现代化语境下的刑法扩张 (代序)

21世纪第二个十年,我国刑法进入了快速调整期,继2012年《刑法修正案(八)》、2015年《刑法修正案(九)》之后,经过短暂平缓期,2020年年底《刑法修正案(十一)》如期而至。此次刑法修正案共48个条文,条文数仅少于《刑法修正案(九)》(52条)和《刑法修正案(八)》(50条),刑法中罪名也增至487个。可以说,刑事制裁手段在国家和社会治理中的作用在过去十年里得到了一定的强化。

一、刑法扩张的机理

刑法扩张,就是刑法调整和适用范围的扩张,是国家刑罚权在法律及其实践中的扩张。刑法扩张可以从两个层面理解:一是通过将一定危害行为予以犯罪化,使得刑法调整范围扩大。不过,法律文本的变化并不意味着刑法实际适用扩张。刑法分则中确实存在一些条文适用很少的情况,有观点称之为“象征性立法”。^①立法者显然不希望出台某个条文只具有象征意义;某一具体刑法规范被规定后能否被适用,受制于很多因素,其中就包括配套性法律制度能否及时出台。例如,1997年刑法典规定洗钱罪后,直到2006年中国人民银行反洗钱机

^① 参见程红:《象征性刑法及其规避》,载《法商研究》2017年第6期。

制建立起来之后才出现“洗钱第一案”。^①如果检讨所谓“象征性立法”的事例，也会发现，缺乏行政法律配套机制和措施才是导致相应刑法规范处于“冰冻”状态的原因。二是新的刑法规范被适用后，使得刑法适用范围扩大。例如，《刑法修正案（八）》规定危险驾驶罪后，危险驾驶刑事案件很快就成为各地司法机关处理刑事案件的“大户”，目前已稳居全国刑事案件的“头把交椅”。一些新规定的网络犯罪、恐怖活动犯罪的数量也很快出现快速增长的现象。这个意义上的刑法扩张，是刑罚权实施范围的现实扩大，其意义更为重要。不过，通常所说的刑法扩张，主要是指第一个层面的，即立法层面的刑法扩张，也就是刑法调整范围的扩张。

刑法调整范围的扩张，是因为立法者认为某些社会危害行为需要予以犯罪化，而如果仅仅用行政或民事制裁手段，尚不足以评价以及吓阻这类行为。进入立法者“法眼”的社会危害行为，可以区分为三种类型：（1）将以往用行政制裁的行为规定为犯罪。例如，生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的行为，根据2019年修订的《药品管理法》第124条规定，应予以行政处罚。^②而此次《刑法修正案（十一）》将这类行为“足以严重危害人体健康的”，规定为犯罪。（2）将以往用民事制裁的行为规定为犯罪。例如，高空抛物主要作为一种侵权行为加以规制。当然，如果造成人员伤亡的，应按照以危险方法危害公共安全罪或者过失以危险方法危害公共安全罪追究刑事责

^① 黄庭钧：《全国首例洗钱罪案在上海宣判 4被告人分别领刑》，载中国法院网，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2007/10/id/271637.shtml>，2020年12月10日访问。

^② 根据该条规定，应没收违法生产、进口、销售的药品和违法所得以及专门用于违法生产的原料、辅料、包装材料和生产设备，责令停产停业整顿，并处违法生产、进口、销售的药品货值金额15倍以上30倍以下的罚款；货值金额不足10万元的，按10万元计算；情节严重的，吊销药品批准证明文件直至吊销药品生产许可证、药品经营许可证或者医疗机构制剂许可证，对法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员和其他责任人员，没收违法行为发生期间自本单位所获收入，并处所获收入30%以上3倍以下的罚款，10年直至终身禁止从事药品生产经营活动，并可以由公安机关处5日以上15日以下的拘留。

任。^①不过，对于高空抛物尚未危及公共安全的，只能追究民事法律责任。《刑法修正案（十一）》第33条则将这种情形规定为犯罪。（3）将以往法律并没有加以规制的行为直接纳入刑法。例如，将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体的行为，以往主要由技术规范、伦理规范或者部门规章加以规制。^②而《刑法修正案（十一）》将这类行为直接纳入刑法调整范围。此前，在侵犯公民个人信息罪、网络犯罪等“入刑”过程中，也存在“前置法”空白的情况下直接予以犯罪化的情形。这种情形并不多见，但能够察觉到立法者在试图遏制这类行为时的急迫心情。实际上，无论上述哪一种“进入”方式，都可以看到对这些被“入刑”行为在危害性认识和评价上的变化，从一定意义上讲，这些被“入刑”的行为已经超出了公众的容忍界限，需要以刑罚的手段来加以威吓和制裁。

《刑法修正案（十一）》通过后的第6天（即2021年1月1日）是《民法典》正式施行之日。对于民法和刑法的关系，有学者提出“在现代社会，对于相关的法律纠纷，如果能够通过民法解决，而且能够有效，则应当尽可能通过民事责任的方式解决，而无需动用刑罚”。^③从解决社会纠纷的角度分析，这一判断有其合理性，以尽可能减少刑罚权对社会纠纷的干预程度。不过，当民商事法律调整范围扩大时，刑法调整范围未必限缩，反倒会相应扩大，其原理在于：民商事法律扩张是确立新的民事法律关系，也就是创设新的民事权利和义务，这就为刑法提供保护创造了一个前提、一个可能，就是当侵犯这一新的民

① 2019年《最高人民法院关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》第5条第2款规定：“故意从高空抛弃物品，尚未造成严重后果，但足以危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第一百一十五条第一款的规定处罚。为伤害、杀害特定人员实施上述行为的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。”

② 赵丽等：《基因编辑婴儿涉及哪些法律问题？法学专家全面解读》，载百度网，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1618332441103746443&wfr=spider&for=pc>，2020年12月11日访问。

③ 参见王利明：《民法要扩张 刑法要谦抑》，载《中国大学教学》2019年第11期。

事权利或者违反新的民事义务时，若达到具有严重社会危害性的程度，刑法就会介入，即便民商事法律仍保有其调整机制。严重侵犯知识产权行为的“入刑”即是如此。此次刑法修正中，对《刑法》第217条侵犯著作权罪的修改，加入了“未经表演者许可，复制发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的”的内容，而该项规定内容先行出现在2020年11月11日通过的《著作权法》第53条第3项。^①实际上，两法几乎是同步作出了这一规定，显然，《刑法》这一规定是向《著作权法》“看齐”。从这个角度看，“民法要扩张，刑法要谦抑”的提法只具有片面的正确性。

二、刑法扩张的动力

犯罪化及其路径，显然是由决策者和立法者选定的，在任何一个国家和地区的刑法立法都是如此。不过，如何看待公众对犯罪化的需求，如何响应国际社会的呼吁，也是立法者要积极面对的。立法者对学界的呼吁看起来并没有那么重视，除非学者的呼吁符合国家和社会治理的需要、公众的期待。例如，在此次乃至之前的刑法修正当中，一些学者反复提出对非公有制公司、企业工作人员的背信和渎职行为应予以犯罪化，但至今刑法立法并未作出任何反应。

对以往立法进行梳理，我们会发现，刑法扩张的动力主要包括三个方面：

一是维护安全和秩序的需要。各种非传统安全问题已经成为社会治

^① 根据该条规定，有这类行为的，“应当根据情况，承担本法第五十二条规定的民事责任；侵权行为同时损害公共利益的，由主管著作权的部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、无害化销毁处理侵权复制品以及主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额、违法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

理的难点，国际国内因素相互叠加，科技放大单一行为的影响，都使得当下安全问题变得更为复杂，而网络信息技术迅猛发展，也使得安全治理问题更具挑战性。立法者为维护安全和秩序，在刑法立法中必然作出积极反应。例如，金融风险是当前最突出的重大风险之一，习近平总书记在中央财经领导小组第十五次会议和中央政治局第四十次集体学习等多次重要会议和公开场合就金融风险和安全生产问题作出重要讲话。防范和化解金融风险已上升至国家战略和国家安全的高度。2017年中央金融工作会议指出，要准确判断当前我国面临的金融风险。概括而言，主要包括金融杠杆率和流动性风险、信用风险、影子银行风险、违法犯罪风险、外部冲击风险、房地产泡沫风险、地方政府隐性债务风险、部分国企债务风险等。^①应对金融风险，实现金融安全，显然是决策者极为关注的问题，相应地在刑法立法上就会予以体现。此次刑法修正中对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪法定刑的调整，对证券犯罪的调整，也再次强调运用刑法来维护金融安全的意旨。同样，维护稳定的社会公共秩序，也是刑法立法的主要目标，最近几次刑法修正中对“妨害社会管理秩序罪”中罪名的调整日益频繁。此次刑法修正中将暴力袭警、冒用身份顶替取得入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇、高空抛物、催收高利贷等违法行为入刑，就是为了更好地维护社会公共秩序。安全和秩序都是公权力机关应当提供的公共产品（public good），而这类公共产品的质量，则是衡量其治理国家和社会水平的重要考量因素，因而为提升这种公共产品的质量，决策者和立法者通过刑法扩张来完善安全和秩序的保障机制。

二是反映公众的正义诉求。此次刑法修正有个非常明显的特点，就是一些法条的规定是立法者在积极回应公众对重大公共事件和一些有影响力个案的极大关注和正义诉求。前者例如，将以食用为目的非

^① 胡滨、范云朋：《坚决打好防范化解金融风险攻坚战》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/finance/2018-03/12/c_129827678.htm，2020年12月11日访问。

法猎捕、收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物以外的在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物的行为“入刑”，则是总结新冠肺炎疫情防控经验和需要，《刑法修正案（十一）（草案）》一审稿将这类行为纳入后，这一拟定的新增犯罪就没有从修正案中出来，直到该修正案（草案）正式通过。后者例如，刑事责任年龄的降低，源自这两年发生并被媒体广泛关注的几起未满14周岁的儿童杀害女童、弑母案件；将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或动物体或者将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内的行为作为犯罪处理，则是源自贺某奎基因编辑案。回应公众的广泛诉求，是刑法立法民主的一种表现，当然也是在准确评估这些行为社会危害性基础上作出的选择。

三是回应国际性法律文件及实践的要求。此次刑法修正中，将自洗钱行为作为洗钱罪加以处罚。《刑法修正案（十一）》第14条对《刑法》第191条进行调整，规定“为掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质”，实施提供资金账户等行为的，构成洗钱罪。如此修改虽然没有明确说明将自洗钱行为纳入洗钱罪当中，但如此修改的意旨就是洗钱罪不再区分自洗钱和他洗钱，只要符合该条规定都以洗钱罪定罪处罚。这对刑法竞合论中“不可罚的事后行为”理论产生不小的挑战。这一调整的动力来自国际性法律文件及实践的要求。《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第3条、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第6条以及《联合国反腐败公约》第23条有关洗钱罪的规定都没有排除自洗钱的情形，不过后两个公约也规定，“在缔约国本国法律基本原则要求的情况下，可以规定本条第一款所列犯罪不适用于实施上游犯罪的人”。（《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第6条第2款第5项、《联合国反腐败公约》第23条第2款第5项）也就是说，我国刑法实践中不处理“自洗钱行为”并不违反公约规定。不过，反洗钱金融行动特别工作组（Financial Action Task Force on Money Laundering，缩写为“FATF”）

在2019年4月发布的第四轮互评估报告中，对中国履行FATF《四十条建议》中的第3条关于洗钱犯罪的法律制度评估为部分合规，其重要缺陷之一就是缺乏将自洗钱行为作为犯罪处理的规定，不符合国际公约和FATF的建议要求。^①此次刑法修正案对洗钱罪的修改，在一定程度上是为适应FATF的合规要求，当然，更是为适应我国惩治洗钱犯罪的需要。如此给刑法解释出的“难题”也值得思考，目前采取“不可罚的事后行为”的“例外说”是可行的方案，当然，更值得思考的是，竞合论中“行为单数”判断本身的法理问题，而这个问题的探究或许会成为一个低烈度的讨论热点。

三、刑法扩张的学术立场

有关刑法扩张问题，学术界讨论较多，尤其是《刑法修正案（九）》和此次刑法修正，一些学者高度赞同刑法扩张且持十分积极的态度。对我国自恢复法制以来有关犯罪化的学说进行梳理，可以简要概括为三个阶段。

1. “严而不厉”思想的提出

自20世纪80年代初以来，刑法就开始呈现出犯罪化的态势，同时也开始呈现出重刑主义的征兆，其标志就是全国人大常委会分别于1982年和1983年出台的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。对20世纪80年代和90年代前期刑法立法表现出的重刑主义倾向，学界给予的批评较多，但对犯罪化的过程，学界基本上没有反对声音，一些有影响力的论述实际上主张进一步的犯罪化。例如，储槐植先生在1989年提出的、为学界所广泛关注的“严而不厉”的主张，实际上就是提倡进行一定规模的犯罪化，他指出：“我国在相当长时期内不但不会提出非犯罪化问

^① 贾济东：《“自洗钱行为”应当独立成罪》，载《检察日报》2019年8月7日第3版。

题，而且应使相当数量的社会危害行为犯罪化。”^①这一论断得到学界的广泛支持，而晚近20多年的刑法立法实践基本上也符合这一思路，即犯罪圈在扩大的同时，刑罚的严厉程度总体上呈下降趋势。^②不过，《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》中对死刑、无期徒刑、数罪并罚规定的修改，使得刑罚适用有趋重的迹象。此次刑法修正中，对现有条文的修改，但凡涉及法定刑调整的，基本上也是采取提高自由刑上限、对罚金刑采取抽象罚金制的修改方式。这是否预示着重刑主义的回归，可能还需要进一步观察。

2. 两次有关犯罪定义的讨论

之后有关扩大犯罪圈的讨论，最初是与犯罪的定义相联系的，而关于犯罪定义的讨论目前经历二次。第一次讨论发生在20世纪90年代（主要是1997年刑法修订前后），主要围绕犯罪概念应采用形式定义还是实质定义而展开，^③虽然表面上此次讨论并未涉及犯罪化的问题，但如果采取形式定义，直接的效果就是，犯罪概念中不再有社会危害性以及“情节显著轻微”的表述，“入罪门槛”完全依据分则条文来确定。对于刑法中有罪量规定的分则条文而言，确定“入罪门槛”不是问题，但对于刑法分则中没有罪量规定的犯罪而言，从刑法规范自身就难以界定其适用范围，而一些行政法所调整的违法行为在形式上也可能符合刑法相关规定，进而形成刑法法条与行政法法条的竞合现象，设若采取从重法条适用的原则，则会将这些行为纳入刑法调整范围当中。所以说，关于犯罪概念的讨论必然涉及如何犯罪化的问题。

① 储槐植：《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，载《北京大学学报》1989年第6期。

② 如22个犯罪死刑的废除、绑架罪法定刑的降低、贪污贿赂罪定罪量刑数额的提高等。不过，《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》中对死刑、无期徒刑、数罪并罚规定的修改，使得刑罚适用有趋重的迹象。对此，可理解为是基于罪责刑相适应原则对罪刑结构的局部调整。

③ 相关讨论内容，参见陈兴良、刘树德：《犯罪概念的形式化与实质化辨正》，载《法律科学》1999年第6期；樊文：《罪刑法定原则与社会危害性的冲突》，载《法律科学》1998年第1期；李立众、柯赛龙：《为现行犯罪概念辩护》，载《法律科学》1999年第2期。

第二次讨论发生在2008年，当年3月由中国社科院法学所召开的“犯罪定义与刑事法治”研讨会是这场讨论的“主战场”。在此次讨论中，张明楷教授将犯罪定义问题与犯罪化结合起来，认为由于《刑法》第13条但书的存在和刑法分则构成要件的规定，表明刑法的处罚范围极窄，基于法益保护和人权保障的考量，应进行犯罪化，他建议制定“轻犯罪法”，将《治安管理处罚法》和劳动教养法规所规定的各种危害行为规定在轻犯罪法中。^①作为犯罪概念形式定义的坚定倡导者，陈兴良教授主张取消犯罪概念但书的规定，通过将治安违法行为犯罪化及治安处罚司法化，以及采取附属刑法形式，限制乃至取消行政处罚权，同时建议制定《治安犯罪法》。^②这场讨论所形成的共识就是犯罪化，并澄清了刑法发展世界潮流是非犯罪化的不当判断。至于这场讨论所形成的影响，尤其是对之后两个刑法修正案加速犯罪化是否有所促进，还需要客观证据加以说明。

3. 关于犯罪化模式讨论的升温

最近几年有关犯罪化的讨论再次升温，其现实背景是两个刑法修正案的出台，其理论背景则是英美犯罪化理论的引入。在刑法立法方面，《刑法修正案（八）》《刑法修正案（九）》加速了犯罪化的步伐。对刑法立法所呈现出的快速犯罪化的趋势，刑法学界赞同和反对的主张都存在着。整体而言，赞同论者认为，这一趋势有利于对刑法立法进行彻底的改造，进而形成合理的犯罪体系，^③并认为这有利于实现法治原则，限制警察权。例如，陈兴良教授即认为，“我国目前公安机关所具有的治安处罚权，可以剥夺公民自由，这种制度设计是与法治原则相背离的。因此，将来这些治安违法行为也应当纳入刑法典，通过

① 参见张明楷：《犯罪定义与犯罪化》，载《法学研究》2008年第3期。

② 参见陈兴良：《犯罪范围的合理定义》，载《法学研究》2008年第3期。

③ 例如，周光权教授即提出，建构以刑法典为核心，以轻犯罪法为辅助，刑罚和保安处分措施并行的成文刑法体系，形成治安管理处罚法、轻犯罪法、刑法的递进式无缝衔接制裁机制。参见周光权：《转型时期刑法立法的思路与方法》，载《中国社会科学》2016年第3期。

司法程序进行处罚，由此限制行政机关的处罚权”。^①持赞同主张的学者实际上是以欧美国家的刑法立法模式作为我国犯罪化的参照系的。^②这与前述第二轮有关犯罪定义的讨论所持观点和论证一脉相承。而反对论者基本上坚守目前刑法与行政法调整违法行为的界限，强调刑罚应作为最后手段，主张刑法参与社会治理的最小化；认为过度犯罪化会造成国家刑事法律资源的高投入低产出，并质疑监狱的改造效果。^③持反对主张的学者主要从现有法制框架分析，借鉴英美学者反对过度犯罪化的理论来提醒我国的立法者，同时将犯罪化纳入社会治理这一大的视域内进行考量。此次刑法修正过程中，一些具有留日背景的刑法学者提出积极刑法观的主张，基本上也是延续之前的研究思路。例如，张明楷教授即主张，通过积极的刑事立法扩大刑事处罚范围，使刑法满足不断变化的社会生活事实的需要。^④与之前提法不同的是，这类主张试图以一种成形的学说提出，较之前的泛泛主张看起来更具说服力。

令人质疑的是，主张刑法积极扩张的学说，究竟是对刑法立法趋势的一种归纳或者解释，还是一种引导刑法立法的理论。如果是前者的话，确实能够说明最近十年刑法扩张加速的态势，不过，立法者对通过刑法来实现安全和秩序目标，总体上保持审慎态度，而且回顾三次大规模的刑法修正，立法者在调整刑罚结构方面做出的努力要超过

^① 例如，参见陈兴良：《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整》，载《法律科学》2016年第4期。

^② 例如，卢建平教授多年来即主张借鉴法国刑法典的犯罪分层模式修改我国刑法典。参见卢建平：《犯罪分层及其意义》，载《法学研究》2008年第3期；《法国违警罪制度对我国劳教制度改革借鉴意义》，载《清华法学》2013年第3期；《犯罪门槛下降及其对刑法体系的挑战》，载《法学评论》2016年第6期。刘仁文研究员的研究路径也是如此，参见刘仁文：《关于调整我国刑法结构的思考》，载《法商研究》2007年第5期。

^③ 齐文远：《修订刑法应避免过度犯罪化倾向》，载《法商研究》2016年第3期。

^④ 参见张明楷：《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》，载《现代法学》2020年第5期。

犯罪化目标。这些学者所提倡的大规模犯罪化的思路从来也没有进入立法者的考量范围。如果是后者的话，则更令人怀疑。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中明确提出：“加大对严重违法行为处罚力度，实行惩罚性赔偿制度，严格刑事责任追究。”“严格刑事责任追究”的意思，应理解为慎用刑事制裁手段。在决策者立法政策十分清晰的情况下，认为立法者采取了所谓积极犯罪观，显然难以形成有效的说服力。同时，值得注意的是，如果积极刑法观就是指积极犯罪化的话，其后果也是可怕的。例如，有学者提出更多设立轻罪来完善社会治理。^①这种提法不妥之处在于，如果刑法的惩罚体系尤其是刑罚种类不做调整的话，贸然扩大轻罪是十分有害的。众所周知，短期自由刑的弊端十分明显，在现有的刑罚惩罚体系之下扩大轻罪，就意味着更多的短期自由刑的宣告和执行，倘若如其所建议，那么，会造成短期自由刑的泛滥。此外，大量轻罪的出现，势必导致国家投入更多的刑事司法资源，这种方式显然不符合我国当今国家和社会治理的需要。毋庸讳言，这种“积极刑法观”就是大规模犯罪化^②主张的翻版，这种主张是应当予以否定的。可以说，在不调整惩罚体系的情况下提倡积极刑法观，也是不负责任的一种主张。

我国刑法立法总体上保持一种谨慎但能够及时适应国家和社会治理需要的走势，目标明确、政策清晰，始终坚守刑法的“本分”，即作为社会治理最后一道防线而存在。如果非要说，刑法立法应秉持何种立法观的话，不如归纳为“中庸的刑法观”。“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”刑法立法本来就是兼顾各种利益、不断权衡利弊的过程，秉持一种“中庸”路线，

① 参见周光权：《论通过增设轻罪实现妥当的处罚——积极刑法立法观的再阐释》，载《比较法研究》2020年第6期。

② 时延安：《犯罪化与惩罚体系的完善》，载《中国社会科学》2018年第10期。

不保守也不冒进，才是立法者应有的刑法观念。

四、刑法扩张的限制

针对最近10年刑法扩张的态势，学界不乏反思、批评声音，其理论武器总体上看就是刑法的谦抑主义思想，对积极刑法观的反驳可以总结为“保护法益为什么非要用刑法呢”？在所谓“消极刑法观”^①看来，能够用前置法来解决的，就不需要用刑法。然而，刑法谦抑主义在论证犯罪化方面总是显得力不从心，在“积极刑法观”看来，作为前置法的行政法或民法不能有力地保护法益，或者说，只有刑法才能更好地保护法益。从某种意义上讲，刑法谦抑主义只具有观念上的指导意义，其作为一种限制刑法扩张的理论，几乎是没有什么作用的。

刑法立法过程，主要是通过程序来加以限制的。通常是，由某一部门提出立法动议，而后全国人大常委会相关工作部门形成初稿后，交由相关机关专家和高校、研究学者进行讨论；形成“修正案（草案）”后，再交给全国人大常委会审议，同时向社会征求意见；经过三次审议后，经过全国人大常委会最终决定是否通过。在这一过程中，最初的立法建议稿会经过多次、多轮、多个部门讨论而加以调整，是由一个程序化的机制来控制立法的“成品及质量”的。刑法学理论，在整个过程会起到一定的技术指导作用，即避免新的条文与整体的法律出现矛盾，在文字语句上更加规范。在整个刑法立法过程中，最重要的环节实际上是提出立法动议并进入草案的阶段，这个阶段通常又包括一系列行政化的报送程序。立法机关的工作部门通常也会就相关立法提议进行调研。

比较理想的刑法扩张限制思路，实际上也是刑法立法科学化的思

^① 这是张明楷教授对这类观点的概括。参见张明楷：《增设新罪的观念——对积极刑法观的支持》，载《现代法学》2020年第5期。

路，就是从实体和程序综合的角度形成限制：（1）从实体上讲，不应仅仅从法益保护或者社会危害性角度进行分析判断，更应从刑罚惩罚必要性来思考。具体包括三个层次：一是拟作犯罪化处理的行为，行政法律制裁及其效果如何？在设定行政法律制裁后，这类行为是否仍高居不下？这类行为的具体危害及其表现形式、程度如何？如果不予犯罪化，这类行为是否无法得到遏制？二是拟作犯罪化处理的行为，与刑法中已规定的、最相类似的犯罪行为在危害程度上是否相当？三是拟作犯罪化处理的行为，对行为人进行惩罚是否达到应处以拘役的程度？对行为人处以刑罚以及因被定罪而产生的其他法律后果，在一般人看来是否适当？对这些问题，在刑法立法过程中，应予以具体而充分的论证。（2）从程序上讲，除目前应遵循的法律程序外，还应考虑两个方面：一是必备的调研程序，即充分了解拟犯罪化行为存在的规模、形式和危害，以及现有法律调整机制存在的问题。二是可行性论证，即设想一旦“入刑”后，评估是否能够得到预期立法效果，以及为此投入的治理成本有多大规模、是否由此不合理地挤占其他刑事法制资源。

总之，刑法合理扩张是建立在刑法立法的科学性和正当性基础上的，而不是建立在模棱两可的主张基础上的。刑事制裁作为国家和社会治理的手段，其利弊得失问题早已被分析得十分清楚，刑法立法的科学性分析和正当性论证，是保障兴其利而除其弊的必由之路。

第一章 《刑法修正案（十一）》概述 / 001

第一节 《刑法修正案（十一）》的立法背景 / 003

第二节 《刑法修正案（十一）》的主要修改内容 / 012

第三节 《刑法修正案（十一）》的生效时间和溯及力问题 / 027

第四节 《刑法修正案（十一）》的追诉时效问题 / 029

第二章 刑法总则的修改 / 035

第一节 1997年刑法施行以来总则内容修改概览 / 037

第二节 对未成年人刑事责任规定的调整 / 038

第三章 危害公共安全罪的修改 / 057

第一节 妨害安全驾驶罪的增设 / 059

第二节 强令违章冒险作业罪的修改 / 077

第三节 危险作业罪的增设 / 085

第四章 破坏社会主义市场经济秩序罪的修改 / 101

- 第一节 生产、销售假药罪的修改 / 103
- 第二节 生产、销售劣药罪的修改 / 119
- 第三节 妨害药品管理罪的增设 / 126
- 第四节 欺诈发行股票、债券罪的修改 / 137
- 第五节 违规披露、不披露重要信息罪的修改 / 144
- 第六节 非国家工作人员受贿罪的修改 / 151
- 第七节 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的修改 / 158
- 第八节 非法吸收公众存款罪的修改 / 163
- 第九节 操纵证券、期货市场罪的修改 / 177
- 第十节 洗钱罪的修改 / 191
- 第十一节 集资诈骗罪的修改 / 206
- 第十二节 假冒注册商标罪的修改 / 211
- 第十三节 销售假冒注册商标的商品罪的修改 / 218
- 第十四节 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的修改 / 225
- 第十五节 侵犯著作权罪的修改 / 233
- 第十六节 销售侵权复制品罪的修改 / 248
- 第十七节 侵犯商业秘密罪的修改 / 254
- 第十八节 为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪的增设 / 276
- 第十九节 侵犯知识产权罪单位犯罪条款的修改 / 280
- 第二十节 提供虚假证明文件罪的修改 / 287

第五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪的修改 / 297

第一节 强奸罪的修改 / 299

第二节 负有照护职责人员性侵罪的增设 / 308

第三节 猥亵儿童罪的修改 / 322

第六章 侵犯财产罪的修改 / 339

第一节 职务侵占罪的修改 / 341

第二节 挪用资金罪的修改 / 348

第七章 妨害社会管理秩序罪的修改 / 355

第一节 袭警罪的增设 / 357

第二节 冒名顶替罪的增设 / 363

第三节 高空抛物罪的增设 / 372

第四节 催收非法债务罪的增设 / 393

第五节 侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的增设 / 404

第六节 赌博犯罪的修改 / 408

第七节 妨害传染病防治罪的修改 / 415

第八节 非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪的
增设 / 433

第九节 非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的增设 / 440

第十节 污染环境罪的修改 / 459

第十一节 非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪的
增设 / 473



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

第十二节 破坏自然保护地罪的增设 / 483

第十三节 非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪的增设 / 487

第十四节 妨害兴奋剂管理罪的增设 / 494

第八章 渎职罪的修改 / 499

第九章 军人违反职责罪的修改 / 519

第一节 为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪的
修改 / 521

第二节 军人违反职责罪适用范围的修改 / 524

附：中华人民共和国刑法修正案（十一） / 526