

# 刑法的修改：轨迹、应然与实然

——兼及对刑法修正案（八）的评价

邢馨宇 邱兴隆\*

---

**内容提要：**以往刑法的修改，显示出增设新罪、加重法定刑与限制有利于犯罪人的制度的适用三大轨迹，标示着严刑始终是指引刑法修改的主旨。然而，立足于刑法的效益、公正与人道三大基本价值的要求，以严刑为主旨的刑法修改，在很大程度上是非理性的。业已通过的刑法修正案（八），虽因表面看来已开始摆脱严刑思想的支配而备受热捧，但是，实际上严刑仍是其主宰，因而承续了以往刑法修改的诸多非理性因素。相应地，修正案（八）只不过是刑法的再一次忧多于喜的修改。

**关键词：**刑法修改 刑法修正案（八） 效益 公正 人道

---

刑法修正案（八）〔1〕自以草案的方式抛出，即如石击水般地引发了远非限于法律人的关注。尽管在媒体的诸多反应中，不乏个别略显理性的思考，〔2〕但是，主流的反响仍然是多年一贯制的例行公事式的“造势”：貌似草案就是必须通过的定案。经全国人大常委会审议通过的定案与最初抛出的草案之间的高度一致，又无疑可视为立法者对这种主流反响的回应。由此引发出的一个根本性问题是，刑法的修改是应该根据某种不可或者不便言状的意志预设一个必须通过的方案，借助媒体“造势”，形成一种影响民意的定向，回过头来再假借民意使之得以通过施行，从而使那种意志如期实现，还是应该立足于刑法所应有的理性，提出一个与之相符的草案，进而借助理性的评价、考量，修订后再予颁行，从而使刑法所应有的理性得到实现？换言之，刑法的立、废、改，是否应有一定的先验根据，或者说刑法的修改是否应受制于某种恒定的规则？笔者无意对刑法修改背后的非理性运作这一看似无形实则有形的手做出任何褒贬，只想以79年刑法至今的历次刑法修改为蓝本，对这一本源性的问题予以再认识。

## 一、刑法修改的轨迹

截至现已通过的修正案（八），79年刑法颁行至今，刑法以年均1次的频率在修改着，大修

---

\* 邢馨宇，湖南警察学院教师；邱兴隆，湖南大学法学院教授。

〔1〕 以下简称修正案（八）。

〔2〕 例如游伟：《减少死刑，还可以做更多的努力》，<http://comment.chinanews.com.cn/comments/comments.php?newsid=2492019>，2011年3月5日访问。

小改多达 32 次。如此频繁的刑法修改，不但在古今中国刑法立法史上绝无仅有，而且在有据可查的世界刑法立法史上，恐也无出其右。

回溯 32 年来刑法修改的轨迹，如下规律清晰可辨：

### （一）增设入罪条款，扩大刑法的调控范围

自 1983 年《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》首开先例增设传授犯罪方法罪之后，历次刑法的补充、修正，大都以增加入罪条款、新设罪名为鲜明特点，以致截至 97 年刑法颁行，刑法所规制的罪名由 79 年刑法中的 100 余种迅速扩张至 400 余种。而且，在 97 年刑法颁行后，这种增设罪名的势头仍显强劲，以致危险驾驶、恶意欠薪、非法买卖人体器官等入罪被视为修正案（八）的亮点之一。<sup>〔3〕</sup>

通观刑法修订中的新增入罪条款及其发生的背景，可以发现以下特点：

#### 1. 新增罪名以经济犯罪与泛经济犯罪为主体

在 79 年刑法至 97 年刑法之间的 22 次修改中，有 9 次是专门针对经济领域的犯罪而启动的，还有 6 次虽非针对狭义的经济犯罪，但剑锋直指具有贪利动机的犯罪，即泛经济犯罪。加之 97 年刑法的大修改又以经济领域的犯罪作为重点之一，相应地，通过刑法修改增设的罪名中，经济犯罪以及贪利型犯罪首当其冲，以致在 97 年刑法中，仅破坏经济秩序类罪中的罪名即膨胀到占所有罪名的近 1/5，如果加上贪利型犯罪，经济犯罪与泛经济犯罪所占的罪名的比例超过了 2/5。97 年刑法中的经济犯罪与泛经济犯罪的罪名数量相对 79 年刑法呈几何数增长。及至修正案（八），新增设的罪名中仍有经济犯罪与泛经济犯罪的一席之地。<sup>〔4〕</sup>

#### 2. 以新增罪名凸显本属同一罪名的行为的区别

与以修改刑法的方式增设的罪名相对应的行为，并非均是根据修改前的刑法无法规制的。相反，被冠之以新罪名的行为，不少是本属旧罪名所规制的行为的一部分。换言之，修改刑法所增加的新罪名，有相当一部分是由原有罪名中分流而来。如：97 年刑法中的所有金融诈骗罪与合同诈骗罪，均系 79 年刑法中不存在的新罪名，但是，这并不意味着相关行为不在 79 年刑法的规制之列。因为 79 年刑法中的诈骗罪本已囊括形形色色的诈骗行为，新增的诈骗罪名，只是将发生在特定领域或者以特殊方式发生的诈骗行为独立成罪而已。再如：97 年刑法虽然新增了走私武器、弹药等犯罪，但是，实际上这些新增罪名所针对的走私行为，也本在 79 年刑法中的走私罪的调整之列。97 年刑法只不过是将以武器、弹药等特殊物品为对象的走私行为分离成为单独的罪名。

#### 3. 新增罪名大都是对新生危害行为的应对

79 年刑法诞生于改革开放之初的特定的政治、社会、经济背景下。改革开放的深入带来了政治、社会、经济形势前所未有的巨变，作为政治、社会、经济转型期的必然伴生物的新型的危害行为，不但在表现形式上复杂多样，而且在数量上与日俱增，以致许多严重危害社会的行为未在刑法调控范围之内，刑法呈现出明显的滞后状态。为了改变这种被动局面，通过修改刑法而将诸种严重危害行为规定为犯罪，似乎成了惟一的选择。相应地，以新增罪名应对新生危害行为，构成扩大刑法调控范围的一大规律性的特点。1992 年颁行的《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》新增劫持航空器罪以及 97 年刑法中新增其他危害航空安全的犯罪，便是这一应对的适例。实际上，前文所列的通过刑法修改新增的经济犯罪或者泛经济犯罪，大都是刑法对新生危害行为的应对的产物。修正案（八）中所增设的危险驾驶罪、恶意欠薪罪与非法买卖人体器官罪，仍不失为刑法上对这三种新生危害行为的回应。

〔3〕 例如庄永廉等：《刑法修正案（八）草案八大亮点引人关注》，[http://news.xinhuanet.com/politics/2010-08/24/c\\_12477402\\_2.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2010-08/24/c_12477402_2.htm)，2011 年 3 月 5 日访问。

〔4〕 如恶意欠薪与非法买卖人体器官罪。

## （二）提高法定刑度，加重刑法调控力度

自作为 79 年刑法之后的首次刑法修改的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》加重服刑人员脱逃或者刑满释放后重新犯罪的刑罚始，涉及刑罚变动的刑法修改条款，几乎都以加重刑罚即提高法定刑幅度为特点，以致除个别例外情况外，涉及既有罪名的法定刑的调整，均以加重为内容。即使在去重刑化的呼声日高的今天，修正案（八）也仍以加重多个罪名的刑罚来坚守这一中国式的刑法修改特色。

稍加归纳，便不难发现，加重法定刑的刑法修改，如下特点相当明显：

### 1. 扩大死刑适用面

97 年刑法颁行前的 22 次刑法修改，有 10 次单纯地表现为对既有罪名的刑罚的加重。而其中无一不涉及到将原有的非死刑罪名变更为死刑罪名。1981 年出台的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》，表面上似乎没有增设任何死刑条款，但因其规定“劳改犯逃跑后又犯罪的”，可以“加重处罚”，意味着服刑人员脱逃后即使再犯的只是法定最高刑为无期徒刑之罪，也可因加重处罚而处以死刑。1982 年出台的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，明文将 79 年刑法中既已存在的走私罪、套汇罪、投机倒把罪、盗窃罪、贩毒罪、盗运珍贵文物出口罪与受贿罪由原来的非死刑罪名升格为死刑罪名。1983 年出台的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》更是将作为 79 年刑法中非死刑罪名的流氓罪、故意伤害罪、拐卖人口罪、非法制造、买卖、运输、盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪、组织反动会道门、利用封建迷信进行反革命活动罪、引诱、容留、强迫妇女卖淫罪修改为可处死刑之罪。这种对既有罪名增设死刑的趋势，虽因 97 年刑法的颁行而终结，但也导致了 97 年刑法前死刑罪名的恶性膨胀。

### 2. 提高法定刑

对既有的非死刑犯罪增设死刑，随之而来的当然是该等犯罪法定刑幅度的攀升。然而，刑法修改加重既存犯罪刑罚的趋向，并非仅简单地表现于此，也还表现在对一些既存犯罪虽未增设死刑，但加重其法定刑幅度，即在原有法定刑的基础上刑加一格。这一趋向，不但在 97 年刑法颁行前的多次刑法修改中多有体现，而且成为 97 年刑法后的历次刑法修改的明显标志。如：根据 79 年刑法的规定，偷税罪与抗税罪的最高法定刑为 3 年有期徒刑，而 1992 年的《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》将该二罪的法定刑上升了一格，即 3 年以上 7 年以下有期徒刑，法定刑与最高刑的份量加重了一倍有余。又如：根据 97 年刑法的规定，巨额财产来源不明罪，法定刑本只一格，即 5 年以下有期徒刑或拘役，而 2009 年颁行的刑法修正案（七）在此之上增加了一格，即 5 年以上 10 年以下有期徒刑，同样使该罪的法定刑与最高刑的份量加重了一倍。修正案（八）对强迫交易、敲诈勒索与寻衅滋事等犯罪的法定刑的升格，不能不说是加重法定刑的这一刑法修改轨迹的延伸。

### 3. 增设附加刑

与增加死刑和提高法定刑同步，增设附加刑也是刑法修改中不容忽视的特点。几成规律的是，每遇经济犯罪或泛经济犯罪的法条修改，必然伴之以增设或者加重罚金刑或没收财产刑。如：在 79 年刑法中，受贿罪与行贿罪均无附加刑规范，但是，1986 年的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，对此二罪均引入了作为附加刑的没收财产。同样，根据 79 年刑法的规定，偷税罪与抗税罪不得处以罚金。1992 年的《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》就此二罪增加了并处偷、抗税数额 5 倍以下罚金的规定，使作为附加刑的罚金被首次引入涉税犯罪。基于这一规律，截止 97 年刑法中，几乎所有经济犯罪与泛经济犯罪，均配置了附加财产刑。

## （三）限制有利于犯罪人的刑罚制度的适用

刑法在以往的修改，不但表现出扩张刑网与加大刑量的趋向，而且还以限制有利于犯罪人的

刑罚制度的适用的方式,从另一侧面彰显刑罚的严厉性。这一倾向,尽管不是十分明显,但标示着刑法对犯罪人的宽容的紧缩,而且对修正案(八)形成了明显的惯性影响,因而值得关注。

通过刑法修改限制有利于犯罪人的刑罚制度的适用,最先体现在1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对有利犯罪人的从旧兼从轻的溯及力原则的突破上。根据该《决定》,“凡在本决定施行之日以前犯罪,而在一九八二年五月一日以前投案自首,或者已被逮捕而如实地坦白承认全部罪行,并如实地检举其他犯罪人员的犯罪事实的,一律按本决定施行以前的有关法律规定处理。凡在一九八二年五月一日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首,或者拒不坦白承认本人的全部罪行,亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的,作为继续犯罪,一律按本决定处理”。这意味着作为新法与重法的《决定》,可以附条件地溯及既往,以致从旧兼从轻原则对《决定》所涉犯罪的适用受到限制。

上列限制有利于犯罪人的刑罚制度适用的倾向,最明显不过的是97年刑法新增的对假释对象范围的限制。在97年刑法之前,假释作为一项刑罚执行制度,适用于所有符合条件的犯罪人。但是,97年刑法第87条相对于79年刑法第73条,增加了一个例外性的限制条款:“对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释”。这在很大程度上缩小了假释这一有利于犯罪人的刑罚执行制度的适用范围,将相当一部分犯罪人排除在假释的适用范围之外。

特别值得关注的是,修正案(八)中,限制有利于犯罪人的刑罚制度适用的趋向有增无减,因而也被媒体视为本次修改刑法的重大特色之一。<sup>〔5〕</sup>将死刑缓期2年执行的减刑幅度由现行刑法中的无期徒刑或者15年以上20年以下有期徒刑限制为无期徒刑或者20年有期徒刑,以及增设“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死缓的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在依法减为无期徒刑或者20年有期徒刑后,不得再减刑”的规定,从缩减死缓减刑幅度与控制死缓减刑对象两个方面,反映了刑法修改继续朝着限制有利于犯罪人的刑罚制度的适用发展的走向。同样,修正案(八)在现行刑法相关规定的基础上,将累犯与犯罪集团的首要分子加列为不得缓刑的对象,也是限制缓刑这一有利于犯罪人的刑罚制度的适用范围的具体表现。这传递出一个信号,即对有利犯罪人的刑罚制度的适用的限制,有全面开花的趋向。

新增罪名的结果是使刑网更为严密,从刑法的调控面上突出了刑法之严;加重法定刑则是使具体犯罪的处刑结果更为严厉,从刑法的调控力度上显现出刑法之严;至于限制有利于犯罪人的刑罚制度的适用范围,所限制的是对犯罪从宽处理,亦张扬了刑法之严。因此,前文对刑法修改轨迹的回溯,展示了一个不言自明的结论,即严刑始终是支配我国刑法修改的指导思想。

## 二、刑法修改的应然性思考

将严刑作为修改刑法的指导思想,彰显的是对刑法控制犯罪的效果的追求。而控制犯罪不言而喻地构成刑法的正当目的。为了使刑法更为符合控制犯罪的需要而对刑法规范进行立、废、改,理所当然正当的。问题在于,一方面,控制犯罪是否刑法惟一的价值追求,换言之,是否只要满足了控制犯罪需要的刑法修改就是正当的?另一方面,严刑是否为控制犯罪的唯一选择?易言之,单纯的严刑是否为控制犯罪的必然的与必要的选择?这才是修改刑法所要解决的首要问题。因为只有回答了刑法应该如何修改的问题,刑法的修改是否正当才有先验的根据可循。而这

〔5〕 例如前引〔3〕,庄永廉等文。

一问题的解决，还得从刑法本身所应有的价值追求说起。

关于刑法所应有的价值追求有哪些或者应该有哪些，学界并无定论。<sup>〔6〕</sup>但是，通观中外相关著述，在当代“一体化”刑罚根据论统制下，效益、公正与人道构成刑法的三大基本价值追求，应该成为不争的共识。<sup>〔7〕</sup>与此相适应，该三大价值的内在规定对刑法修改所产生的要求，构成刑法修改的应然规定，也应该是不争的共识。

#### （一）刑法的效益价值的内在规定及其对刑法修改的要求

刑法的效益，固然以刑法对犯罪的控制效果的追求为核心内容，但是，正如效益概念与效果概念的区别所昭示的一样，刑法的效益不是对刑法控制犯罪的效果的简单追求，而是有其不同机理，即刑法效益的内在规定。具体说来，刑法的效益价值应该至少包括以下四方面的内在规定：

1. 有效性。即刑法的设置与运行，应该起到控制犯罪的作用。具体说来，就是应该能通过刑法的颁行而发挥刑罚的立法鉴别与立法威吓作用，通过刑罚的宣告而起到刑罚的司法鉴别与司法威吓作用以及通过刑罚的执行而起到剥夺犯罪人的再犯罪能力、改造作用与行刑威吓作用，最终达到预防与减少犯罪的目的。<sup>〔8〕</sup>

2. 有利性。所谓利，当指代价与效果之间的投入产出比。而刑法的有利性，就是指刑法的运行所耗费的社会资源与其所取得的效果之间，应有尽可能大的余额。即以最小的社会资源的耗费换取最大的控制犯罪的效果，当是刑法的效益法则的题中之意。

刑法的代价，至少包含如下三方面的内容：<sup>〔9〕</sup>

其一，刑法所剥夺的犯罪人的权益。刑法以刑罚为规制手段，刑罚又以剥夺犯罪人的权益为内容。而犯罪人作为社会成员而存在，犯罪人的权益构成社会福祉的一部分。在这个意义上说，对犯罪人的权益的剥夺，也就意味着社会福祉的损失。<sup>〔10〕</sup>相应地，刑法所剥夺的犯罪人的权益的轻重与多少，构成刑法的首要代价。

其二，刑法的运行所可能带来的消极效果。<sup>〔11〕</sup>德国刑法学家李斯特曾一语中的地指出，“刑

〔6〕 参见陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版；谢望原：《刑罚价值论》，中国检察出版社1999年版。

〔7〕 陈兴良教授认为，刑法应当具有谦抑、公正与人道三大价值。对后两者作为刑法的价值，笔者无意提出异议。因为正是基于对公正的不懈追求，报应论才构成千百年来活力旺盛的一种刑罚根据论。也正因为如此，笔者才指出，“报应观念体现了社会公正观念，报应的本质就是公正”，“如果刑罚的公正性应该得到尊重，立足于因果报应的罪刑关系来考察刑罚之所以应该存在的根据，便合理而正当”（邱兴隆：《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》，中国政法大学出版社1998年版，第7页）。也正因为受人道理念的引领，把犯罪人当人、杜绝酷刑、保障犯罪人的最低生活待遇等才成为近现代刑法改革的方向。至于所谓谦抑，按陈兴良教授等的表述，当指刑罚应该尽量少用。然而，刑法是为维护社会秩序而存在，基于手段的合目的性的要求，刑罚当用即用，不当用即不用，是必然的选择。既然如此，一味强调少用刑罚，又何以实现维护社会秩序的目的？在笔者看来，与其将以尽量少用刑罚的所谓谦抑观念视为刑法的价值追求，倒不如以效益观念即以最少的刑法成本实现最大的控制犯罪的效果取而代之作为刑法的基本价值之一。事实上，功利论之所以能成为一种与报应论鼎足而立的刑罚根据论，也正在于其牢牢植根于社会效益观念之上。正因为如此，笔者才指出“功利观念实际上是一种效益观念”，“承认效益观念是一种正常的价值观念，便应承认功利及其评价刑罚的正当性的合理性，否认功利作为刑罚根据的正当性，也就是否认刑罚的效益”（邱兴隆：《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》，中国政法大学出版社1998年版，第29页）。笔者旗帜鲜明地主张，效益是与公正、人道并存的刑法的基本价值之一（参见邱兴隆：《死刑的效益之维》，《法学家》2003年第2期）。

〔8〕 详见邱兴隆：《刑罚功能论》，《法学研究》1998年第6期。

〔9〕 边沁指出，刑罚的代价包括“强制之恶”、“刑罚所产生的痛苦”、“恐惧之恶”、“错误控告之恶”与“衍化之恶”（参见[英]边沁：《立法理论》，李贵方译，中国人民公安大学出版社2004年版，第374页）。

〔10〕 边沁警告我们，“不应忘记——尽管过去经常被忘记，罪犯与任何其他个人，与受害人本身一样，是社会的一员，并且，有与关心任何其他人的利益同样多的理由关心他的利益。他的福利相应地是社会的福利，他的痛苦则相应地是社会的痛苦”。参见邱兴隆主编：《比较刑法》第二卷，中国检察出版社2004年版，第322页。

〔11〕 关于刑罚的消极效果或者说副作用，可参见前引〔8〕，邱兴隆文。

罚是双刃剑，它通过损害法益来保护法益”。<sup>〔12〕</sup>这是因为，刑法不但可以产生控制犯罪的效果，而且可能给犯罪人以及社会造成不利影响。因此，如果说控制犯罪是刑法的积极效果所在，那么刑法所可能给犯罪人与社会带来的不利影响，便是刑法的消极效果所在。鉴于刑法的消极效果意味着对社会的不利影响，不同程度地妨碍着社会的生存与发展，因而也构成刑法的重要代价。

其三，刑法的运行所需的经济成本。刑法对犯罪的控制，主要是通过司法来实现。而司法的运作，不可避免地需要人力、物力与财力的支撑，因而需要相当的经济上的付出。这样的付出构成刑法的经济代价，因而也属于刑法的代价。

基于对刑法的代价的以上认识，刑法的有利性作为刑法的效益性的内在规定之一，所要求的是尽量少地剥夺犯罪人的权益、尽量少地造成消极效果并尽量降低经济成本的刑法规范与制度，最大限度地追求控制犯罪的效果。

3. 必要性。刑法因其规制手段是作为最严厉的法律措施的刑罚而构成一种代价最大的法律规范，这就决定了只有其他社会控制措施与其他法律规范不足以控制的行为始可成为刑法规制的对象。因此，只有不得不动用刑法才可以动用刑法，亦即不到万不得已不应以刑法来规制人的行为。相应地，必要性构成刑法的效益价值的必然规定。

4. 节俭性。<sup>〔13〕</sup>刑法所规制的行为对刑罚的需要不同，而作为规制犯罪的手段的刑罚的运行代价也不同，这就产生了代价不同的刑罚所可能产生的控制犯罪的效果相同的问题。相应地，在同样的控制犯罪的效果可以由代价不同的刑罚实现的情况下，代价小的刑罚便构成唯一合适的选择。因此，节俭性也是刑罚的效益价值的必然规定。

既然有效性、必要性、有利性与节俭性是刑法的效益价值的内在规定，那么，其必然对刑法的修改产生制约作用。

#### 1. 有效性对刑法修改的要求

基于刑法的效益价值的有效性的要求，无效的刑法规范与制度显然是不可取的。而无效的刑法规范与制度，当指不能发挥控制犯罪效果的规范与制度，具体包括如下情况：<sup>〔14〕</sup>

(1) 基于行为人的原因而无效。刑法所规制的对象是人的行为，刑法对行为的控制必然通过刑法对人的作用来实现。然而，有的人因不具有正确判断行为性质的正常认识与意志能力，刑法的禁忌对其不起作用，相应地，以其为作用对象的刑法规范或制度，必然是无效的。<sup>〔15〕</sup>

(2) 基于行为的流行性而无效。有的行为，或基于传统或习惯的原因，或有其生存的社会环境，具有相当的流行性，在其生存基础没有得到改变前，刑法对其的调控难以收效。因为促成该等行为流行的原因或环境具有强烈的惯性，足以抵消刑法对其的禁忌。<sup>〔16〕</sup>

(3) 基于行为的不可控性而无效。有的行为虽然表面上看来是人的行为，但是，实际上它是出于人无法预见或者无法逆转的原因而发生的，因此是不受人所控制的结果，因而也是刑法所无

〔12〕 [德] 李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第20页。

〔13〕 边沁认为，节俭性是刑罚所应有的基本特性之一，并指出：“如果任何惩罚方式比另一种更易于产生多余的与不必要的痛苦，它可以称为不节俭的。如果它不易于产生这样的痛苦，它可以被称为节俭的。”参见前引〔10〕，邱兴隆主编书，第335页。

〔14〕 边沁指出：“无效之刑”是指“那些对意志毫无效用，因而无法预防相似行为之刑”。参见前引〔9〕，边沁书，第373页。

〔15〕 边沁指出，“儿童、弱智者、白痴等人虽然在某种程度上能被奖赏和威胁所影响，但他们缺乏足够的受刑罚禁止的未来意识。在他们的案件中，刑罚也是无效的。”前引〔9〕，边沁书，第373页。

〔16〕 边沁指出，“反对宗教信仰的法律一般也是无效的”（前引〔10〕，邱兴隆主编书，第374页）。这是因为，宗教既然已被信仰，其流行性自不待言。除非反对宗教信仰的法律所得到的信仰超过了对宗教的信仰，这样的法律难以得到尊重。

法控制的。换言之，其不是因刑法不禁止而发生，也不会因刑法禁止而不发生。在这种情况下，刑法对其的调控显然是徒劳。<sup>〔17〕</sup>

基于有效性的要求，一旦既存刑法中存在以上三方面的无效的规范或者制度，以修改刑法的方式予以取消，便是惟一的选择。

## 2. 有利性对刑法修改的要求

基于刑法的效益价值之有利性的要求，无益的刑法规范与制度同样是不可取的。所谓无益的刑法规范与制度，当指代价大于效果的规范与制度。常见的情况有如下几种：

(1) 刑法所剥夺的权益的价值不低于犯罪所侵犯的权益的价值。犯罪所侵犯的权益即刑法所保护的权益，刑法对犯罪的控制，归根结底是要使刑法所保护的权益免遭犯罪侵犯。然而，刑法对有关权益的保护又是通过剥夺犯罪人权益的刑罚来实现的。这样，一旦刑法所剥夺的权益的价值不低于其所保护的权益的价值，刑法的效益要么等于零（在剥夺的权益的价值与保护的权益的价值对等的情况下），要么是负数（在剥夺的权益的价值高于所保护的权益的价值的情况下）。

(2) 刑法的消极效果大于积极效果。正是由于刑法在追求控制犯罪的效果的同时不可避免地会产生不利于社会的消极效果，一旦刑法的消极效果大于积极效果，那么刑法便不但无效益可言，而且是得不偿失。

(3) 刑法的运行经济成本过高。尽管在理论上说，为了刑法的运行，国家应该不惜成本，但是，一旦刑法的运行所需的经济成本过于昂贵，那么，其便会成为一种超出社会承受力的活动，以致其对有关权益的保护效果因其高昂的经济代价而大打折扣。

在以上三种情况下，刑法的效益性必然要求对刑法予以修改。在第一种情况下，其要求以所剥夺的权益的价值低于所保护的权益的价值的刑法制度取代既存的刑法制度；在第二种情况下，其要求以积极效果大于消极效果的刑法制度取代既存的刑法制度；在第三种情况下，其要求以经济代价可以为社会所能承受的刑法制度取代既存的刑法制度。

## 3. 必要性对刑法修改的要求

基于刑法效益价值之必要性的要求，不必要的刑法是应该避免的。所谓不必要的刑法，当指在不需要动用刑法遏制的情况下动用了刑法，即把不需要以刑法规制的行为纳入了刑法规制的范畴。无需刑法规制的行为大致包括如下情况：

(1) 无害甚至有益的行为。<sup>〔18〕</sup> 无害甚至有益于社会的行为，因其本身无害而是应该放任的行为，而有益的行为则是需要鼓励的行为。动用刑法对此等行为予以遏制，刑法所起的必然是副作用，毫无效益可言。

(2) 道德禁忌强的行为。<sup>〔19〕</sup> 虽然有害，但因为道德禁忌强烈，发生频率极低的行为，不需动用刑法规制也不至于蔓延，因而也属于不必要动用刑法规制的行为。

(3) 只需民事、经济或行政制裁即足以调整的行为。<sup>〔20〕</sup> 民法、经济法与行政法均具有相应的制裁手段。在民事、经济或行政制裁足以规制的范围内，将其纳入刑法的规制，便显属没有必要。

〔17〕 边沁指出，“对不知法者、非故意行为者、因错误判断或不可抗力而无辜干坏事者所适用之刑，都是无效的。”前引〔9〕，边沁书，第373页。

〔18〕 边沁认为，对无害或者有益行为的惩罚，属于没有根据的惩罚。参见前引〔10〕，邱兴隆主编书，第320页。

〔19〕 例如：自愿的血亲相奸也许是最悖人伦的行为，但是道德禁忌与传统足以将其控制在罕见的范围内，将其纳入刑法规制的范畴，便显属没有必要。

〔20〕 边沁指出，“在将一个目标付诸实践的目的可以通过一种更为便宜的代价（如通过教育与通过威吓，通过启发理解以及通过对意志发挥一种直接影响）同样有效地实现的场合，一种惩罚便是不必要的。”前引〔10〕，邱兴隆主编书，第322页。

(4) 发生频率极低的行为。特定的行为,虽然具有相当的危害性,但是其发生频率极低,甚至只有作为特例才出现。而需要动用刑罚予以遏制的应该是有规律性地频繁发生的行为。因此,发生频率极低的行为,一般也没有必要轻易被纳入刑法规制的范围。<sup>[21]</sup>

以上四种以及与之相类似的行为,一旦被作为刑法的规制对象,作为刑法的效益价值的必要性规定,势必提出修改刑法的要求,将这些行为逐出刑法圈。

#### 4. 节俭性对刑法修改的要求

基于作为刑法效益价值之节俭性规定的要求,“浪费”之刑应予避免。所谓“浪费”之刑,当指本可以代价低的刑罚方法或制度取得同样效果时,所适用的是代价高的刑罚方法或制度。主要表现在如下两个方面:

(1) 刑罚份量的“浪费”。不同的刑罚方法与制度代表着刑罚的不同严厉性程度即刑罚的量的不同,而不同份量的刑罚方法与制度因所剥夺的犯罪人的权益的性质与程度不同而显示出刑罚的代价不同。当同样的控制犯罪的效果可以由不同份量的刑罚方法或制度来实现时,份量重的刑罚方法或制度便构成对刑罚份量的“浪费”。

(2) 经济成本的“浪费”。同样的刑罚方法以不同的方式执行,其效果可能完全相同,但是经济成本可能截然不同。在这种情况下,经济成本高的执行方式便构成“浪费”。

基于节俭性的要求,为避免浪费,在刑罚份量过重的情况下,有必要通过修改刑法,以份量轻的刑罚取而代之;在刑罚执行经济成本过高的情况下,有必要以经济成本低的执行方式予以替代。

#### (二) 刑法的公正价值的内在规定及其对刑法修改的要求

尽管公正是一个难以言传而只可意会的概念,但是,其始终构成法律尤其是刑法所固有的价值追求,以致英文中公正与司法可以同用“Justice”一词来指代。同时,尽管不同的论者基于考察的视角不同,对公正有着不同的界定,但是,对于作为刑法的基本价值之一的公正的内在规定,至少在如下方面几成共识:

1. 等价性。<sup>[22]</sup> 刑法以危害他人与社会的行为作为惩罚的对象,以给犯罪人以损害的刑罚作为惩罚的手段,因此,在作为惩罚手段的刑罚与作为惩罚对象的犯罪之间,存在一种害或恶的对应关系。鉴于不同的犯罪的害恶性<sup>[23]</sup>有程度之别,而不同的刑罚给犯罪人所造成的损害也有程度之差,自公正的角度而言,作为对犯罪的否定评价的刑罚与作为否定评价的对象的犯罪之间,应该具有一种对等关系。这种评价的对等性,不以刑与罪在损害形态上的相同为前提,但以轻重对应为必要,因此,等价性,即对刑与罪的轻重评价的对等性,构成刑法公正价值的首要追求。

[21] 非自愿的同性相奸的行为,如强制鸡奸的行为,在现行刑法中未被作为犯罪。鉴于近年来这种现象有所发生,个别全国人大代表或政协委员通过提案要求修改刑法将其入罪,但未得到采纳。其原因也许正在于此乃发生频率极低的行为。

[22] 罪刑等价是黑格尔提出的一个重要的刑法哲学原理,源于其在《法哲学原理》一书中的如下表述:“犯罪的扬弃是报复,因为从概念上说,报复是对侵害的侵害,又按定在说,犯罪具有在质与量上的一定范围,从而犯罪的否定,作为定在,也是同样具有在质与量上的一定范围。但是,这种基于概念的等同,不是侵害行为特种性状的等同,而是侵害行为自在地存在的等同,即价值的等同。”(〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第104页)。显然,黑格尔所谓的罪刑等价与贝卡里亚、边沁等所提出的通常所谓的罪刑均衡有着本质的区别。因为前者所谓的罪是指既已发生的犯罪,而后者所谓的罪则是可能发生的犯罪。罪刑等价要求的是刑罚的严厉性与既已发生的犯罪的严重性相对称,罪刑均衡所要求的则是用与犯罪相对称的刑罚遏制犯罪。参见〔美〕安德鲁·冯·赫希:《已然之罪还是未然之罪》,邱兴隆、胡云腾译,中国检察出版社2001年版,第33页以下。

[23] 害恶性是笔者之一提出的一个刑法哲学范畴,其涵括犯罪的客观危害与主观恶性两个方面,构成衡量犯罪的严重性程度的基准。参见前引〔7〕,邱兴隆书,第228页。



2. 平等性。乍一看来，自等价性必然派生出平等性，因为同罪同刑意味着犯罪相同的人，所受到的惩罚应该相同，这本身就是平等性的体现。但是，等价性与平等性只是交叉关系，而非包容关系。因为等价注重的是刑法对刑与罪的轻重评价的对等，而平等注重的是刑法对人以及人的价值的同等看待，即突出人与人之间在刑法面前的待遇同等。等价性虽然能派生出平等性的部分要求，但不能派生出人作为主体在法律上不得蒙受差别待遇这一规诫。因此，平等性具有独立于等价性之外而作为刑法的公正性的内在规定之一的必要性。

3. 宽容性。严格说来，公正与宽容不是包容关系，而是并行不悖的两种社会价值观念。然而，具体到刑法领域，作为与严厉相对应的范畴，宽容缓和着对犯罪的评价，因此，在现代对犯罪的宽容往往被理解为公正，对犯罪的不宽容则往往被视为不公正。<sup>〔24〕</sup>在这一意义上，把宽容当作刑法的公正价值的一个规定，也未尝不可。

4. 奖赏性。奖赏性是与犯罪本身无关的一个范畴，但在刑法中扮演着重要角色。它基于犯罪人在犯罪后所为之有益于社会之事而缓解犯罪人本应承受的惩罚。如果说犯罪因危害社会而构成一种恶，那么，犯罪人在犯罪后所为之有益于社会之事则构成一种善。而恶有恶报、善有善报是公正观念的朴素体现，基于犯罪人所为之善事而予以善的回报即缓和其本应受的惩罚，便不能不说是刑法公正性的必然要求。因此，奖赏性也构成刑法公正价值的内在规定之一。

作为刑法的公正价值之内在规定的等价性、平等性、宽容性与奖赏性同样对刑法的修改有着各方面的要求。具体表现如下：

#### 1. 等价性对刑法修改的要求

等价性要求避免不等价的刑罚，而不等价的刑罚可分为绝对的不等价与相对的不等价。

绝对的不等价，即把某种犯罪孤立起来看待，作为对其评价基准的客观危害与主观恶性均不严重，亦即所谓害恶性不大，但是，对其所分配的刑罚却严厉。反之亦然。过失致死是害恶性不大的犯罪，但是，死刑是绝对严厉的刑罚，将死刑分配于过失致死罪，不需相对于其他犯罪及其所分配的刑罚，便可以得出不等价的结论。而罚金刑是绝对轻微的刑罚，故意杀人是害恶性大的犯罪，对故意杀人罪单处罚金，同样不需相对于其他犯罪及其所分配的刑罚，也可以得出不等价的结论。

相对的不等价，是就不同的犯罪的严重性根据其害恶性予以排序，得出孰轻孰重的结论，但是，所分配的与之对应的刑罚，却与其严重性排序不对等，具体表现为轻罪重刑、重罪轻刑与同罪异刑。

(1) 重罪轻刑。当犯罪所侵犯的权益在社会生活中意义重大，所造成的损害程度严重，并且犯罪人的主观恶性深，即总体上所表现出的害恶性大，但是刑法上与之相对应的刑罚轻微，这样的刑法规范便表现为重罪轻刑。

(2) 轻罪重刑。当犯罪所侵犯的权益在社会生活中意义较小，所造成的损害程度较轻，而且犯罪人的主观恶性较浅，即犯罪的害恶性在总体上较小，但是刑法上与之对应的刑罚反而较重，相应的刑法规范便表现为轻罪重刑。

(3) 同罪异刑。当两种以上的犯罪的害恶性大致相当，但是刑法上与之各自对应的刑罚相较之下存在轻重之别，相应的刑法规范便表现为同罪异刑。这样，不是重罪轻刑就是轻罪重刑，甚至于两种情况同时存在，因而同样存在有悖等价性要求的问题。

当既存刑法中出现不等价的罪刑关系，无论其是绝对的还是相对的不等价，等价性都必然产生通过修改刑法调整刑罚结构的要求，即上调或者下调法定刑幅度。

〔24〕 怜悯当是宽容的题中之意，正如英国学者菲利普·本所指出的一样，“怜悯不是正义的对立面，也不是正义的一种替代品：它是缓和正义的一种方式”。参见前引〔10〕，邱兴隆主编书，第75页。

## 2. 平等性对刑法修改的要求

平等性要求避免不平等的刑法规范,即对不同的犯罪人基于犯罪的差异之外的差别待遇。

除前述同罪异刑在违反等价性的要求的同时也明显地表现为违反平等性的要求之外,违反平等性的显著表现在于刑罚因人而异,即因为犯罪人与犯罪本身无关的身份而予以不同的惩罚。因为既然影响刑罚差异的身份与犯罪本身无关,基于这样的身份的不同而对之予以较之不具有同样身份的人更重的惩罚,意味着身份歧视,是对平等的直接背离。相应地,基于平等性的要求,遇有此等表现为身份歧视的规范,应该通过修改刑法而予以校正。

## 3. 宽容性对刑法修改的要求

宽容性要求避免不宽容的刑法。所谓不宽容就是指对本可对犯罪人宽恕性处理时不做这样的处理。

鉴于刑法的宽容是在本可重科刑罚的前提下,对刑罚作有利于犯罪人的调整,因此,宽容的缺失主要表现为应确认为从宽情节的情况未予确认。这就决定了基于宽容性的要求,在这种情况下,需要通过修改刑法来将有关情况加设为从宽情节。

## 4. 奖赏性对刑法修改的要求

奖赏性要求通过减轻刑罚而体现对犯罪人的善行的奖励。因此,不对善行予以奖励的刑法有违奖赏性的要求。

与宽容性一样,刑法的奖赏性也是在本应科处更重的刑罚的情况下,对刑罚做出有利于犯罪人的调整,因此,违反奖赏性的要求的刑法表现为未将犯罪人的善行作为从宽情节予以确认。既然如此,基于奖赏性的要求,修改刑法将本应确认但没有确认为从宽情节的善行加设为从宽情节,构成一种必然的选择。

### (三) 刑法的人道价值的内在规定及其对刑法修改的要求

人道作为刑法的价值追求之一,总的要求是把犯罪人当人对待。尽管究竟如何把犯罪人当人尚难以定论,但是,如下两方面应该构成人道价值的基本规定:

1. 不得剥夺人的基本权利。尽管作为刑法调整手段的刑罚总是以剥夺犯罪人的一定权利为内容,但是,现代人道理念与人权的普适性决定了任何人都应有不应被剥夺的权利,即所谓基本权利。相应地,刑法不得剥夺犯罪人作为人的基本权利构成刑法人道性的首要规定。

2. 保障人的最低待遇。犯罪人虽因犯罪而应受到惩罚,但是,既然其是作为人而存在,那么,其作为人生存的最低待遇便应该得到保障。相应地,保障犯罪人的最低待遇也构成刑法人道性的重要规定。

不得剥夺基本权利与保障最低待遇,作为刑法人道价值的基本规定,对刑法的修改的要求也是十分明显的。鉴于保障最低待遇主要属于程序刑法与监狱法的范畴,而本文所指向的是实体刑法的修改,因此,这里以揭示不得剥夺基本权利对刑法的修改的要求为限。

尽管在国际人权界,关于什么是基本人权尚无定论,但是,可以肯定的是,生命权、免受肉体痛苦权与免受精神折磨权构成犯罪人不得被剥夺的基本权利,是国际人权界的共识。<sup>[25]</sup>相应地,如下三方面的刑法规范和制度,因系剥夺基本权利的规范和制度而有违刑法人道价值的规定:

1. 剥夺生命权的刑法。生命权属于主权利,任何其他权利都是附属于生命权而存在,生命权的丧失意味着人的一切权利不复存在。因此,剥夺生命权的刑法应该被视为不人道的刑法。因

[25] “百度百科”之“人权”条宣称,“尽管对人权的具体认识与实践互不相同,但是对于一些人权的最基本的内容还是取得了一定的共识”,并将生命权、尊严权等列为基本人权。<http://baike.baidu.com/view/1916.htm#3>, 2011年3月5日访问。而免受肉体痛苦权是生命权的延伸,免受精神折磨权则是尊严权的题中之意。既然如此,侵犯该三种权利的刑法自然有悖将犯罪人作为人的基本命题,因而也是不人道的刑法。

此，只要有死刑存在，刑法的人道性就不会保持沉默。

2. 造成肉体痛苦的刑法。对罪犯生命权的肯定，意味着只有活着的才是人。而人一旦活着，基于人的自然属性，其便拥有无痛苦地活着的权利。因此，剥夺免受肉体痛苦权的刑法，构成不人道的刑法。肢体刑与肉刑从刑法中消失，酷刑在当代被禁，都是人道性对刑法不得剥夺犯罪人的基本权利的要求的产物。

3. 施加精神折磨的刑法。如果说无痛苦地活着是人基于自然属性而拥有的基本权利，那么，免受精神折磨则是人基于社会属性而享有的基本权利。因为人之所以成其为社会的人，精神快乐是其基本需求。刑罚之于犯罪人的施加，虽然必然派生出对其精神快乐需求的妨碍，但是，在这种自然派生之外，人为地另加精神折磨于犯罪人，则只能视为是不把犯罪人当人。因此，以给犯罪人造成精神折磨为主旨而侵犯其人格、名誉或尊严的羞辱刑、名誉刑，均随刑法人道的要求而退出了历史舞台。

既然剥夺生命权、造成肉体痛苦或精神折磨的刑法均是不人道的刑法，那么，遇有此等刑法规范和制度，人道性势必提出通过修改刑法而废止此等规范和制度或者以符合人道的规范和制度取而代之的要求。

### 三、刑法修改的实然性评价

既然刑法的三大价值对刑法的修改都各自固有着其要求，那么，我们便不得不说，符合这些要求的刑法修改才是理性的，而有违此等要求的刑法修改则是不理性的。以此为基准，反观我国刑法修改的轨迹，也许可以为修正案（八）是否合乎理性提供某些参照。

#### （一）效益价值对刑法修改的要求与刑法修改之实然

一以贯之的扩大刑法调控范围、加重刑罚调控力度与限制有利于犯罪人的制度的适用，必须经受效益价值对刑法修改的要求的检验。否则，刑法修改的轨迹所反映的严刑是否符合刑法的效益价值的规定，便无从判断。

应该承认的是，以往的刑法修改有其符合效益价值的要求的一面。就生产、销售有毒有害食品之类的新型危害经济管理秩序行为、职务侵占之类的新型妨碍公司管理秩序行为、绑架之类的新型侵犯人身权利行为等的相继入罪；97年刑法将原属流氓罪名下的诸种行为分立罪名，降低其法定刑度以及将1982年打击经济犯罪的决定就普通盗窃罪所加设的死刑予以削废等等，即是符合作为效益性之规定的有效性、有利性、必要性与节俭性对刑法修改的要求的合理选择。然而，不得着力指出的是，以严刑为指导思想的刑法修改轨迹，在诸多方面有违效益价值的要求。扼其要者，可以分列如下：

1. 就刑法的调控范围的扩大而言，刑法在以往的修改虽有诸多合乎效益价值要求之处，但是，这不等于说，刑法的修改就调控范围的任何扩大都是合乎效益性的要求的。相反，扩大调控范围的修法，或此或彼地违反效益性要求之处也十分明显。

首先，基于行为的流行性，相当一部分行为，即使是有害的，其也未必是刑法所能控制的。相应地，此等行为不应通过修改刑法而纳入调控范围。修正案（八）将危险驾驶行为纳入刑法调控范围，便是一种不符合有效性的要求的非理性选择。因为“醉酒”与饮酒、“追逐竞驶”与超速驾车的界限很难确定。而酒后驾车与超速驾车是日常生活中发生频率很高的行为，有其基于饮食文化与生活节奏紧张、道路建设跟不上汽车消费的形势等原因而高发的必然性。这就决定了刑法将此等行为纳入调整范围，犹如抽刀断水，难以收到遏制或者减少其发生的效果。

其次，基于有利性的要求，代价过高的刑法应当避免。如果说以往的刑法修改中，有违有利

性的情形尚不明显的话,那么,修正案(八)关于危险驾驶入罪的规定,则明显有违这一规定。一方面,单纯的醉酒驾车或者追逐竞驶行为,一旦入罪,需处以拘役,这意味着尚未造成任何损害的行为就要付出自由的代价,显属代价过高;另一方面,鉴于前文所述,危险驾驶具有流行性,一旦入罪,大量的有车族将陷入“一脚踩油门,一脚踩牢门”的境地,不但对其本人而且对于其家庭乃至社会均将造成很大的消极影响,因此,该等行为入罪的积极效果较之消极效果是否值得追求,也是一个有待考证的问题;再者,也是最重要的是,同样基于流行性,危险驾驶一旦入罪,将有大量人员因判罪而被监管,危险驾驶入罪而给刑法的运行所带来的经济成本必然骤然增加,因此,危险驾驶入罪的经济成本之大也使得这一规范的运行成为一种过分昂贵的选择。<sup>[26]</sup>因此,就有利性而言,刑法的修改也应对危险驾驶入罪说不。

再次,基于必要性的要求,可由代价低于刑法调控的其他手段调控的行为,没有必要纳入刑法的调控范围。以往的刑法修改中,通过增设新罪名而入罪的行为,有相当一部分其实是只需刑法之外的手段即可调整的。如:97年刑法新增的侵占罪,以“拒不归还”为必要要件。然而,在行为人拒不归还的情况下,只需提起返还之诉,即可用民事调整手段达到保护相对人权益的目的。将拒不返还的行为入罪,予以刑事制裁,是否有必要,便是一个值得商榷的问题。同样,单纯的危险驾驶行为,本有道路交通安全法予以规制,不但可以吊销驾照,而且还有治安拘留等行政处罚予以制裁,而一旦其造成了严重后果,刑法本有交通肇事罪可以适用。修正案(八)将单纯的危险驾驶行为入罪,实际上是对本已由行政法规调整的行为予以刑法规制,完全没有必要。无独有偶,修正案(八)将恶意欠薪入罪,是否必要,也是一个值得推敲的问题。一方面,拖欠薪金,如果符合诈骗罪的构成要件,可以直接按诈骗罪定罪科刑,另一方面,如果不符合诈骗罪的构成要件,其便只是单纯的违反劳动合同的行为,受害人通过提起违约之诉即可找到适当的救济途径。换言之,这种不构成诈骗的恶意欠薪行为,通过民事制裁即足以规制,将其予以刑法规制,显属没有必要。

最后,同样是基于必要性的要求,发生频率极低的行为,不必入罪。而在以往的刑法修改中,新入罪的行为,有的恰恰是发生频率不高的行为。如:侮辱尸体的行为,主要表现为奸污尸体与挖墓抛尸。然而,前者作为一种性变态行为,如同同性相奸一样,是极其罕见的;后者则随着火化之取代土葬而必将越来越罕见。97年刑法将如此行为入罪,不但显然有违必要性的要求,而且导致了如下悖论:一方面,强迫奸污作为活人的同性尚不为罪,奸污作为死人的异性却反被定罪;另一方面,国家在推行火化的同时,却以刑法保护被土葬的尸体,从而间接确认土葬的正当性。

2. 尽管既往刑法修改就部分犯罪的法定刑的加重,自效益价值的要求观之,虽然并非一无是处,但是,总的说来,是不合要求者远多于合乎要求者。

首先,以往刑法的修改,无论是对原本存在但没有死刑的犯罪还是对新增加的罪名,都大量增设了死刑。然而,这些犯罪,除极少数如绑架罪具有剥夺他人生命的可能性之外,均是单纯的侵犯经济秩序、财产所有权或者社会管理秩序的犯罪,不涉及对人的生命的剥夺,动用死刑来保护这些犯罪所可能侵犯的法益,撇开其他不说,仅就作为刑法的投入的剥夺生命的代价与所保护的法益的价值低于生命权而言,即使是有效的,也是天然无益的。因为刑法所剥夺的权益的价值远在其所保护的权益的价值之上,刑法因代价大于效果而明显地不符合作为效益价值之规定的有利性对刑法修改的要求。同样,修正案(八)虽削减了部分不涉及人身安全的犯罪的死刑,表面上看来符合有利性对刑法修订的要求,但是,除13种犯罪之外,与其同样不具有侵犯人身安全

[26] 在我国,并未设立作为执行拘役的专门场所的拘役所。被判拘役的犯罪人,除被宣告缓刑者外,均在看守所执行。而就现状而言,看守所的羁押能力本已有限,危险驾驶入罪所可能引发的看守所羁押能力超限,很可能是不得不予以正视的一个问题。

的可能性的诸如集资诈骗之类的破坏金融秩序罪，组织妇女卖淫、涉毒等妨碍社会管理秩序罪，受贿、贪污等职务犯罪，也应根据有利性的要求废止死刑。然而，修正案（八）却未将该等死刑罪名同样提上废止死刑的议程，因而显然没有将有利性对刑法修改的要求贯彻到底，以致刑法中的死刑罪名未能大幅度削减，这不能不说是修正案（八）留下的莫大遗憾。

其次，以往刑法的修改，在因为增设死刑而附着提高了相应犯罪的法定刑幅度之外，还就某些未增加死刑的犯罪提高了法定刑幅度。这些大都是在刑法做出相应的修改之时发案率较高的犯罪。表面上看来，是因为原有的法定刑不足以控制相应犯罪的发生，对控制犯罪的效果的追求导致了提高法定刑的需要，因而似乎符合作为效益性的规定的必要性之要求。然而，事实上，提高法定刑后长期的实践表明，诸如偷税、抗税之类被提高法定刑的犯罪，仍然有增无减。这足以说明，提高法定刑后与提高前，刑法对于此类犯罪的控制效果并无殊异，因而表明法定刑的提高实际上是多余的。这再明显不过地揭示了法定刑的提高在很大程度上违反节俭性的要求。修正案（八）就绑架罪降低法定刑度，虽然符合节俭性的要求，但是，其就强迫交易、敲诈勒索与寻衅滋事等所谓涉黑犯罪提高法定刑度，则不能不说是刑法修改不符合节俭性要求的惯性延续。

最后，附加刑的功能有二：当其单独适用时，所起的是在法定主刑之下轻化刑罚的作用，因而不产生违反效益性的要求的问题。但是，当其被规定与主刑并处时，其所起的无疑是在总体上加重法定刑份量的作用，因而存在着是否违反效益性的要求的问题。作为以往刑法修改的轨迹之一，附加刑的加设，大都是以与主刑并处的方式出现。尽管在部分情况下，诸如在偷税、抗税犯罪中加设并处罚金之类附加刑，符合必要性的要求，但是，在相当一部分情况下，并处附加刑的加设，虽然不直接违反必要性与节俭性的要求，却可能对违反该二要求与否产生间接影响。因为在诸如偷税、抗税之类的犯罪中，鉴于原本没有附加刑的规定，单处罚金这一附加刑的并处，也许即足以满足必要性的要求，而在加设附加刑的同时提高主刑的幅度，使所增加的主刑幅度显得多余，便更显违反节俭性的要求。

3. 自效益价值的角度观之，有利于犯罪人的刑法制度和规范的存在，主要是为了避免刑罚的不必要的浪费，使刑法符合节俭性的要求。由此反推，只有当既存的制度和规范妨碍刑法控制犯罪的效果的实现之时，始需通过刑法的修改对其适用予以限制。然而，以往刑法修改所显示的限制有利于犯罪人的刑法制度和规范的轨迹，在很大程度上并非符合作为效益性之规定的节俭性的要求。

就以往刑法的修改而言，最不符合节俭性要求的是，97年刑法关于对累犯或者因杀人等罪被判处10年以上有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子不得适用假释的规定。假释制度的设置，旨在避免对刑期内人身危险性消失的人继续予以关押，以避免一方面，犯罪人因不需继续关押却被继续关押而造成不必要的权益被剥夺，另一方面，社会也因此而造成不必要的人力、财力与物力等资源的耗费。97年刑法的限制假释适用范围的规定，人为地将所有因杀人等罪被判处10年以上有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子排除在假释的范围之外，实际上等于说，即使该等罪犯中有不需继续关押者，也应予以关押，以致过剩的刑罚无法避免，与作为效益价值之规定的节俭性的要求背道而驰。基于同样理由，修正案（八）增加的关于被判处死缓的罪犯在减为无期徒刑或者20年有期徒刑后，法院可决定不得继续减刑的规定，也显然不符合节俭性的要求。

## （二）公正价值对刑法修改的要求与刑法修改之实然

既往刑法修改的轨迹所反映的刑法修改的严刑思想，是否合乎理性，也应承受刑法公正价值的要求的检验。

不可否认的是，以往刑法的修改，也有其合乎公正价值的要求的一面。诸如劫持航空器之类的危害公共安全的行为、生产、销售有毒有害食品之类的破坏经济秩序的行为、绑架之类的侵犯

人身权利的行为以及非法种植毒品原植物的行为等的入罪,无疑符合刑法公正价值对刑法修改的要求,因为无论是从绝对的角度还是从相对的角度来看,这些行为都是害恶性严重的行为;97年刑法废除流氓罪而将原属该罪的各种行为分立成罪并废止死刑、降低其法定刑幅度,刑法修正案(七)以及修正案(八)再次降低绑架罪的法定刑下限等下调某些犯罪的刑罚份量等修法举措,同样与刑法公正价值的要求相吻合。

然而以往刑法修改的严刑轨迹,尤其是在增加法定刑份量与限制有利于犯罪人的制度的适用方面,所存在的不合刑法公正价值要求之处,也极为明显。

1. 虽然总体说来,修改刑法对刑法调控范围的扩大,大都符合公正价值的要求,但是,无庸讳言的是,无论是刑法在以往的修改还是修正案(八),所增设的入罪条款中在公正性上存在值得推敲的余地。

97年刑法所新增的侵占罪,以行为人合法占有财物为前提,这与非法占有他人财物有别,因此,行为人的主观恶性小。同时,如前所述,在拒不返还的情况下,受害人可以通过民事救济挽回自身的财产损失,侵占行为所具有的客观危害也不大。这就决定了侵占行为的害恶性不大,将其作为犯罪纳入刑法的调控范围,有违公正价值关于只有害恶性严重的行为才应入罪的要求。

同样,修正案(八)所增设的关于危险驾驶与恶意欠薪入罪条款,也有违公正价值的要求。就危险驾驶而言,鉴于其规制的是危险驾驶行为本身,而非结果犯,行为的客观危害性表现为危险而非实害,严格说来并无实际的损害可言。而在主观上,行为人虽然对危险驾驶行为本身持故意态度,但谈不上对危害结果发生的故意或者过失心理,其主观恶性不深。因此,危险驾驶的入罪,是否符合公正价值关于害恶性不严重的行为不应入罪的要求,显然是值得研究的问题。就恶意欠薪而言,鉴于表现为欺骗的欠薪本可在诈骗罪名下规制,所余的仅仅是将故意拖欠薪金的行为纳入了刑法规制之中。然而,单纯的拖欠薪金不等于拒不支付,其在性质上与欠债不还并无二致,行为人只有民事违约的恶意而无拒付的主观恶性,而且,在这种情况下,受害人可以通过民事救济避免损失,欠薪行为的客观危害不大,因此,所谓恶意欠薪行为的害恶性也极其有限,将其纳入刑法的规制,也明显不符只有害恶性严重的行为才应入罪的要求。

2. 也许,刑法修改之最不合公正价值的要求者,莫过于对刑罚份量的加重。无论是死刑适用面的扩大还是法定刑上限的提高抑或是附加刑的增设,莫不如此。

首先,死刑之广泛增设于所侵犯的权益的价值低于人的生命的价值的犯罪,同时违反绝对意义上的等价性与相对意义上的等价性要求。黑格尔是近代刑法等价论的首倡者,也是死刑的顽固辩护士。而他为死刑辩护的理由仅在于,生命只有与生命才是等价的,所以,对于谋杀,死刑是必不可少的。至于对其他犯罪,他并不主张保留死刑。<sup>[27]</sup>因此,在有死刑存在的情况下,死刑不得分配于所侵犯的权益的价值低于生命的价值的犯罪,是等价性的绝对要求。正是在这一意义上,以往刑法修改将死刑大量扩大至适用于经济犯罪、财产犯罪、非致人死亡的人身犯罪、危害社会管理秩序罪与职务犯罪,均因违反了等价性的这一绝对要求而不符合公正价值对刑法修改的要求。修正案(八)之所以废止13个罪名的死刑,在很大程度上应该是基于对公正价值的这一要求的意识。<sup>[28]</sup>但是,97年刑法所存在的68种死刑罪名中,侵犯的权益的价值低于生命的价

[27] 前引[22],黑格尔书,第104页。

[28] 值得注意的是,修正案(八)取消死刑的13个罪名,要么是在79年刑法中本无死刑但经刑法修改而增加死刑的犯罪,要么是修改刑法直接规定死刑的新增罪名,这构成对当时通过修法增设死刑的否定。同时,与修正案(八)废止13种犯罪的死刑的同时不废止严重性与之相当的其他犯罪的死刑形成鲜明对比的是,以往刑法的修改总是批量性地将严重性相当的行为同时增设为新的死刑罪名或者增加死刑作为法定刑。在刑法修改中就废除死刑与增加死刑所适用的这种双重标准,是重易轻难的修法惯性的延伸,从而在很大程度上表明严刑仍然构成修改刑法的指导思想。

值的犯罪，远非这 13 种，除此之外，诸如集资诈骗、拐卖人口、组织卖淫、贪污、受贿之类的犯罪，与废除死刑的该 13 种犯罪，同属不具有侵犯他人生命的可能性的犯罪，基于等价性的要求，本应废止其死刑。修正案（八）在废止该 13 种犯罪的死刑的同时，没有同时废止此等犯罪的死刑，不能不说同时有悖等价性的绝对与相对要求。<sup>[29]</sup>

其次，法定刑的提高，违反相对意义上的等价性的要求。随着死刑被大量增设于犯罪，虽然没有增设死刑但提高了法定刑的犯罪自然难免刑重于罪。这样，在刑法被修改后，同罪异刑的现象相当普遍。如：生产、销售伪劣产品罪虽然与生产、销售不合卫生标准的食品罪可能在生产、销售的金额上无异，但是，后者可能危及人身健康与安全，而两者的法定刑完全相同，以致异罪同刑。作为相对轻罪的生产销售伪劣产品罪的刑罚显然失重，轻罪重刑之嫌尤为明显。同样，修正案（八）既然废止了 13 种犯罪的死刑，该 13 种犯罪的法定刑也随之降低。然而，该修正案并未同时降低严重性相对低于这 13 种犯罪的其他相关犯罪的法定刑，因而必然导致新的轻罪重刑。如：修正案（八）废止了票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪与信用证诈骗罪的死刑，该三种犯罪的最高法定刑即为无期徒刑。而被 97 年刑法视为严重性轻于该三种犯罪的信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪与保险诈骗罪的最高法定刑因未作相应下调，仍然保持为无期徒刑，以致其法定刑与废止死刑后的该三种犯罪完全相同，同样表现出异罪同刑。

最后，死刑的执行方式的修改，违反平等性的要求。79 年刑法第 45 条规定，“死刑用枪决的方式执行”。这一规定因为平等地适用于所有被处以死刑的人而不生不平等的问题。1996 年修订后的刑事诉讼法第 212 条第 2 款将死刑的执行方式修改为“死刑采用枪决或者注射等方法执行”。79 年刑法第 45 条随之被废止。尽管注射致死比枪决更少给人痛苦，但是，随着注射死亡之被作为死刑执行方式的引入，枪决与注射致死的并存，导致了同被处以死刑的人所承受的痛苦不同，从而使本不违反刑法之平等性要求的死刑执行方式因为 79 年刑法的修改而违反了这一要求。<sup>[30]</sup>

3. 对有利于犯罪人的制度的限制适用，无论从哪一角度来看，均有违宽容性或奖赏性的要求。

从旧兼从轻的时效制度的确认，无疑体现的是作为公正价值的规定的宽容性的要求。1982 年严厉打击经济犯罪的决定对这一制度的突破，自然是对这一要求的明显违背。相应地，随着该《决定》被 97 年刑法废止，这一破坏宽容性要求的规定也同时被摒弃。这意味着对宽容性要求的复归。至于 97 年刑法对因为故意杀人等暴力犯罪而被判处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子不得假释的规定，在很大程度上限制了该部分犯罪人的自新之路，窒息了刑法所应有的鼓励犯罪人积极改造、立功赎罪的机会，明显违反作为公正价值之要求的奖赏性的规定。修正案（八）虽然因增设了未成年人不构成累犯、老年人犯罪可以从宽和不得判处死刑的规定以及对坦白作为从宽处罚情节的确认而更显宽容，但是，其关于被判处死刑缓期 2 年执行的犯罪分子在被减刑为无期徒刑或者 20 年有期徒刑后法院可以决定不得再减刑等规定，则构成对奖赏性要求的违背。其理与 97 年刑法对被判处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑的累犯与杀人等暴力犯罪分子不得假释相同，无需赘述。

[29] 早在 97 年刑法施行后的第二年，笔者之一即提出，在不废除死刑的前提下，死刑应该只被分配于所侵犯的权益的价值不低于于人的生命的价值的犯罪（参见胡云腾等：《在生与死的天平上——死刑效益谈》，《中国律师》1998 年第 10 期）。继而，对 97 年刑法分则的法定刑结构做了逐一评价，提出 97 年刑法中的 68 个死刑罪名至少应该削减为 20 余个（参见邱兴隆：《刑罚理性评论——刑罚的正当性反思》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 353 页以下）。

[30] 在死刑未被完全废除的情况下，以较小痛苦的注射致死的方式取代较大痛苦的枪决作为死刑的执行方法，无疑可以相对缓解死刑的不人道性。但问题在于，死刑执行方法不应采取双重标准，以致同样受死的人所承受的痛苦不同。因此，基于平等性的要求，在不能废除死刑的情况下，通过修改刑法而将死刑的执行方法统一为注射致死，应该是当务之急。

### （三）人道价值对刑法修改的要求与刑法修改之实然

在刑法中不存在给人造成肉体痛苦与侮辱人格等刑罚的情况下，刑法的人道价值关于不得给人以肉体痛苦与精神折磨的要求对实体刑法的修改不产生明显的影响，所余的仅在于不得剥夺人的基本权利的要求势必提出废止作为剥夺人生命权的刑罚的死刑的问题。因此，废止死刑应是修改刑法不懈努力的目标。

截至97年刑法的修订才却步的扩大死刑的适用面的修法轨迹，显然与刑法人道价值的要求背道而驰。97年刑法对死刑罪名的削减，因为遏制与部分矫正了这一轨迹而构成对人道价值的要求的尊重。修正案（八）关于老年人免除死刑以及对13种犯罪的死刑的废止，更是进一步吻合了刑法人道性的要求。

然而，即使废止了13种犯罪的死刑，刑法中仍然存在55个死刑罪名，而且，所废止死刑的13种罪名本就是现今很少实际适用死刑的罪名，实际适用死刑的数量未必会随修正案（八）的通过而有明显的降低，因此，不得不遗憾地说，迄今为止，刑法的修改距人道价值的要求相去甚远。

## 四、结语：忧多于喜的修正案（八）

对刑法修改的实然评价表明，修正案（八）关于未成年人与老年人犯罪宽大处理等条款的新增、13个死刑罪名的死刑的废止、坦白作为法定从宽情节的确认、绑架罪的法定刑的下调等规定，都体现了刑法的效益、公正与人道的要求。这也许就是从法律人到非法律人在修正案（八）出台后均为之欢呼与欣喜的主要原因所在。

然而，以往刑法修改的严刑轨迹，除死刑的扩大适用得到遏制与进一步矫正外，几乎均在修正案（八）中得到了延伸。以增设危险驾驶罪与恶意欠薪罪为内容的新增入罪条款，延伸着扩大刑法调控范围之“严密”的轨迹；以加重诸如寻衅滋事之类所谓涉黑犯罪的法定刑、提高数罪并罚情况下的合并执行刑期等为内容的修正或增补条款，延伸着加重刑罚份量的“严厉”的轨迹；以限制缓刑对象、提高死刑缓期2年执行的减刑上限并授权法官对被减为无期徒刑或者20年有期徒刑后可以决定不得再减刑等为内容的修正条款，延伸着限制有利于犯罪人的制度的适用的“严格”的轨迹。

其实，修正案（八）对以往修改刑法的严刑思想的承续，不只是表现为在以上各方面延续了以往修改刑法的轨迹，而且，更重要与直接的是表现为，在做完所谓“加减法”之后，<sup>[31]</sup>就其对刑法的调整所得出的总体结论仍然是严刑。撇开其在增加入罪条款的同时没有削减原有罪名不说，仅就刑罚结构的调整而言，这一结论也极其明显。其只减轻了绑架罪这一个罪名的法定刑，但却加重了强迫交易罪、敲诈勒索罪、寻衅滋事罪与强迫劳动罪等多种犯罪的法定刑并对黑社会性质组织犯罪增设了没收财产刑，因此，就分则法定刑结构调整而言，刑之加重多于减轻；其虽然减少了13个死刑罪名并增加了对老年人犯罪不得判处死刑的规定，但是，一方面，这本是很少判处死刑的罪名与对象，这样的修改并不会实际导致死刑的适用量的明显降低，另一方面，其提高了数罪并罚的情况下有期徒刑的最高合并执行刑期、减少了死刑缓期2年执行的减刑幅度、授予法院对死缓减刑后不得再减轻的自由裁量权，而对刑罚的这样的加重或者变相加重，是现实的，即可以导致大量的重刑判决，因此，所谓减少死刑加重生刑的结果，只能是总体上对刑罚的

[31] 媒体普遍认为，修正案（八）对刑罚结构的调整是在做“加减法”，即既加重了部分刑罚也减轻了部分刑罚，以加重生刑、减少死刑为主要表征。例如《[访谈] 刑法第八修正案草案的加减法》，<http://fangtan.cntv.cn/20100830/101558.shtml>，2011年3月5日访问。但是，媒体很少关注这种加减法的结果是加多于减还是减多于加。



加重；其虽然增加了老年人犯罪与坦白从宽的情节并将未成年人排除在累犯之外，但是，其不但将恐怖组织犯罪与黑社会性质组织犯罪者一律纳入了特殊累犯而予以从重，而且增加了对累犯和犯罪集团的首要分子不得适用缓刑的规定，同时还对管制、缓刑、假释的执行等加以了较前为严的限制，因而同样反应出严甚于宽。

由上可见，修正案（八）从宏观到微观，都在一如既往地沿着严刑的路径延伸，因而我们没有理由不认为其承续了以往刑法修改的一切非理性因素。看来，修正案（八）是一个忧多于喜的话题，应该说是一个真正理性的法律人所不得不接受的现实。鉴于此，我们不禁要问：中国的刑法修改，何时才能摆脱非理性的手的牵引而踏上理性的路程？

---

---

**Abstract:** Up to the present, the Criminal Law of P. R. C. has been modified for 32 times since it was promulgated in 1979. Taking a comprehensive view of the previous modifications of criminal law as a whole, we may find the following three tracks, i. e., adding new criminal charges, improving the extent of punishment, and limiting the application of institutions in favor of the criminals. So we may conclude that strict punishment is always the major idea directing the modifications of criminal law.

As the three essential values of criminal law, efficiency, justice and humanity have a series of intrinsic requirements for its modification. Efficiency requires the modification to accord with validity, benefit, necessity and frugality, while justice requires equivalence, equality, lenity and encouragement. Still, humanity requires the fundamental rights of criminals not to be deprived and the essential treatments of them to be guaranteed by criminal law. Any modification running counter to these requirements is irrational, so are the past modifications which took strict punishment as the major idea.

The 8th amendment to criminal law, which has been passed recently, is well—praised since it begins to shake off the domination of strict punishment thoughts apparently. But in fact, the thoughts of strict punishment still dominate the whole amendment, thus it continues many irrational factors of previous modifications. On the one hand, it accords with the requirements of humanity and justice since it limits the application of death penalty and adds some institutions of lenient punishment. On the other hand, it runs counter to the requirements of efficiency and justice since it adds some new charges unnecessarily, aggravates the component of punishment under some circumstances and limits unnecessarily the application of institutions in favor of criminals further. Accordingly, the 8th amendment to criminal law is only a modification saying disturbance rather than joyance once more.

**Key Words:** modification of criminal law, the 8th amendment to criminal law, efficiency of criminal law, justice of criminal law, humanity of criminal law

---

---