

【综合研究】

立法控制与司法平衡：积极刑法观下的刑法修正

付玉明

【摘要】《刑法修正案(十一)》的修订具有增修范围相对集中、犯罪圈进一步扩大、处罚严厉程度调整三个显著特征。此次修法从宏观层面而言顺应了社会的形势变迁,从微观层面而言则是对具体实践应对不足而进行的规范补给,集中贯彻和体现了积极刑法观的价值指引。在刑法参与社会治理的过程中,积极刑法观具有现实意义,但对于立法的过度扩张需要保持警惕。一方面,应当充分发挥宪法性法益概念的立法批判机能。从法益这一理论原点实现对立法的反思性控制;另一方面,对“但书”条款应当审慎适用,充分发挥法益概念的解解释规制机能,以实现规范上的平衡。在实质解释的方法上,应当以个人法益为原点,在罪刑法定原则的范围内,对直接关涉个人法益的部分进行扩张解释,而对距离公民个人法益较远的部分则进行适度限缩。

【关键词】积极刑法观;集体法益;犯罪化

【作者简介】付玉明,西北政法大学刑事法学院教授,博士生导师,法学博士。

【原文出处】《当代法学》(长春),2021.5.15~27

【基金项目】本文系国家社科基金重大专项研究项目“中华优秀传统文化传承发展的立法对策研究”(18VHJ009)和陕西省刑事法学青年创新团队建设项目“大数据时代社会治理创新中的刑事法治”的阶段性成果。

引言

社会演进,世事变迁,刑事立法进入活性化时代,诸多新型侵害法益的行为被犯罪化,纳入刑法规制的范畴。某种行为是否需要进行犯罪化以及犯罪化之后在司法实践中如何具体判定,与立法者和司法者所秉持的刑法理念息息相关。这种刑法理念并非具体的教义学内的理论模型。也非纠结于具体行为判定的定罪量刑标准,而是对刑事立法和刑事司法具有价值指引和解释导向机能的纲领和思维模式。基于对新型不法行为的容忍程度以及犯罪化的不同态度,刑法理念可以分为“安定刑法观”和“积极刑法观”。安定刑法观认为,刑法作为一种具有刑罚效果的裁量规范,应当保持一定的克制和谦抑,避免过度介入日常生活,侵蚀公民的自由边界。^①积极刑法观认为,刑法应当积极介入日常生活,通过扩大刑事法网来实现预防犯罪的目的。^②虽说在刑法理

念的选择上学界尚未达成共识,但积极刑法观无疑已经深刻映照在立法现实中。

自1997年刑法大规模修订之后,20余年间我国刑法又通过修正案的方式进行了十一次修订,这种大规模、高频次的刑法修订通常被认为是积极刑法观的践行。例如,《刑法修正案(八)》通过抽象危险犯的立法模式将醉酒驾驶机动车的行为规定为犯罪;《刑法修正案(九)》通过“预备行为正犯化”“共犯行为正犯化”的立法技术,将涉及恐怖活动的准备、资助、煽动等诸多行为作为正犯论处,这都体现出刑法介入的早期化特征,反映出刑法在犯罪预防、社会治理方面的积极态度。当然,这无疑也会招致持传统安定刑法观学者的质疑。例如,针对危险驾驶罪、拒不支付劳动报酬罪的立法例,有学者认为选择刑法作为社会控制的首要工具是刑法不能承受之重。^③

刑法究竟应该如何应对社会变迁,考验着整个学术理论界和司法实务界。笔者曾经一度是坚定的刑法安定论者,坚决反对密集式地、经常性地“缝缝补补、修修改改”地变动刑法,认为这样固然有助于刑法的“与时俱进”和常变常新,但客观上仍然损害了刑法的安定性和权威性,容易使司法者流落成机械呆板的被动承命者,造成刑法解释的功能缺位,不利于刑法规范理性的实现。^④因为在很多情况下,实践的问题并不是制定法本身的问题,而是刑法解释功能缺位的问题。

实践的发展往往超越学者的想象和预设,学术研究必须直面并回应现实问题。近代以来,移动互联网时代的中国社会实现了亘古未有的迭代发展,以人工智能、自动驾驶、基因编辑、克隆移植为代表的科技革命已经从理论实验转向技术应用,正在悄无声息地改变着人类生活。在科技不断地为我们提供生活便利的同时,全新的技术风险也随之而来,多种超越传统社会预想的犯罪类型不断出现。对于新社会问题的产生,如果不通过立法及时增设新罪,而依靠司法对某些实务上感觉有处罚必要性的行为进行解释,则司法机关很容易通过类推解释的方式来处理。这样不仅突破了刑法谦抑性原则,更是直接违反了罪刑法定这一法治铁则,最终得不偿失。^⑤

尽管刑法安定论的立场初衷是值得肯定的,但其问题解决方式却也隐含缺陷:过度依赖刑法解释的方式可能会有损刑事法治。一味地保持刑法谦抑则无法应对社会变迁。因此,近来笔者的立场也有所转向。诚如先哲亚里士多德所言:“法治应该包含两重含义:已制定的法律获得普遍服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^⑥法治的确立需要法律获得信仰,法律的信仰需要以良法为前提;而在某种意义上,良法的获得确实需要对法律规范体系进行不断地修修改改。因此在当前的中国语境之下,倡导严密刑事法网的积极刑法观似乎更具说服力。然而值得思考的问题是,既然积极刑法观更受青睐,那是否意味着传统安定刑法观应当予以摒弃?如果得出否定结论,那进一步需要追问的

便是,传统安定刑法观如何实现对积极刑法观的制约以防止刑事立法和司法实践误入歧途?对以上问题的解答无疑是当下刑事立法“活性化”背景下的重要课题。而新近出台的《刑法修正案(十一)》也为这一问题的探讨提供了最新的研究样本,本文便是在此背景下展开的。

一、《刑法修正案(十一)》的修法特点与内容述评

此次《刑法修正案(十一)》的修订,除第48条规定的施行日期外,涉及罪刑修订的条文共计47条,其中,新增条文15条,修改条文32条。从增修的条文分布来看,总则部分修改1条,分则部分增修46条。在46条分则增修中,第二章新增2条,修改1条;第三章新增2条,修改19条;第四章新增1条,修改2条;第五章修改2条;第六章新增10条,修改4条;第九章修改1条;第十章修改2条。从此次条文的增修情况来看,主要具有三个特征:一是增修范围相对集中;二是犯罪圈进一步扩大;三是处罚严厉程度调整。

(一)增修范围相对集中(表1)

此次刑法修正除第1条对总则关于刑事责任年龄的规定进行修订以及第48条关于实施日期的规定外,从总体上而言增修范围相对集中。这种集中性主要体现在三个方面:1.新增条文较为集中。新增条文主要集中在妨害社会管理秩序罪一章,占新增条文总数的66.67%,占增修条文总数的21.28%。2.修改条文较为集中。修改条文主要集中在破坏社会主义市场经济秩序罪一章,占修改条文总数的59.38%,占增修条文总数的40.42%。3.保护法益较为集中。从此次修订的条文分布可以看出,此次刑法修订主要围绕集体法益展开。根据法益主体的不同,法益可以分为国家法益、集体法益以及个人法益。无论是关于公共安全的犯罪、针对经济秩序的犯罪还是妨害社会管理秩序的犯罪,都是对集体法益的侵害,刑法对这三类犯罪的因应也体现出此次刑法修正所保护法益的集中性。

(二)犯罪圈进一步扩大

从刑法修正的轨迹来看,犯罪圈的扩张是主旋律,《刑法修正案(十一)》也莫能例外。犯罪圈的扩张

表 1

《刑法修正案(十一)》修订条文分布表

	条文分布	新增条文数	占比(%)	修改条文数	占比(%)
总则		—		1	2.13
分则	危害国家安全罪	—		—	
	危害公共安全罪	2	4.26	1	2.13
	破坏社会主义市场经济秩序罪	2	4.26	19	40.42
	侵犯公民人身权利、民主权利罪	1	2.13	2	4.26
	侵犯财产罪	—		2	4.26
	妨害社会管理秩序罪	10	21.28	4	8.51
	危害国防利益罪	—		—	
	贪污贿赂罪	—		—	
	渎职罪	—		1	2.13
	军人违反职责罪	—		2	4.26

主要通过以下几种方式实现:1.增设新罪。当既有条文无法涵摄立法者认为应当处罚的行为类型时,需要通过设立新罪的方式实现刑法对此类行为的规制。《刑法修正案(十一)》第23条新增一条规定:“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的,处五年以下有期徒刑,并处或者单处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金”,便属此例。2.通过改变构成要件要素实现扩容。当既有罪名能够统摄需罚行为时,立法在不变动具体罪名的前提下仅通过对构成要件要素的适当调整以实现犯罪圈的扩张。例如,对于原《刑法》第160条规定的欺诈发行股票、债券罪,《刑法修正案(十一)》一方面通过“等发行文件”这种概括化的表达扩展了发行文件的种类,另一方面又补充了“存托凭证以及国务院认定的其他证券”以扩大发行对象的范围,同时又将控股股东、实际控制人纳入行为主体中,可以说这一条文的修订从构成要件内部多维度地实现了规制范围的扩张。3.除上述两种较为传统的方式外,《刑法修正案(十一)》还通过在总则部分降低刑事责任年龄来实现部分犯罪的扩张。《刑法修正案(十一)》第1条规定:“已满十二周岁不满十四周岁的人,犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣,经最高人民检察院核准追诉的,应当负刑事责任。”可以说,刑事责任年龄的下调使得故意杀人罪、故意伤害罪的适用范

围进一步扩大。

(三)处罚严厉程度调整

刑法条文通常由罪状与法定刑构成,因此刑法的修正也不会限于罪状层面,对法定刑的调整也是常态。此次《刑法修正案(十一)》对刑罚的修正主要有以下几个特点:1.刑罚严厉程度总体加重。从总体上而言,《刑法修正案(十一)》在刑罚严厉程度上有所加重。例如,对于提供虚假证明文件罪,原《刑法》规定的法定刑上限为5年有期徒刑,只有当行为人在实施上述行为的同时索取、非法收受他人财物时,法定刑上限才能达到10年有期徒刑。但《刑法修正案(十一)》通过细化基本犯罪行为类型的方式将提供虚假证明文件罪的法定刑上限提高到10年有期徒刑。除了通过提升法定刑上限加重刑罚外,《刑法修正案(十一)》还通过提升法定刑下限来实现刑罚严厉程度的提升。例如对于开设赌场罪,《刑法修正案(十一)》将原来的法定刑下限由3年有期徒刑提升至5年有期徒刑。2.刑罚处遇措施多样化。这一特征主要体现在对未成年人的处罚上。《刑法修正案(十一)》第1条将刑事责任年龄进行了下调,与此同时,对此类未成年人的刑罚措施也予以同步调整。通过专门的矫治教育,一方面有利于未成年人的再社会化,另一方面又能实现与新修订的《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》的有效衔接。3.罚金刑灵活化。罚金刑的灵活化主要体现在取消了具体数额的限制。

例如,在生产、销售劣药罪中,原《刑法》以销售金额的百分比作为罚金的标准,但《刑法修正案(十一)》取消了这一限制,概括性地将其规定为罚金。除此之外,在欺诈发行股票、债券罪、违规披露、不披露重要信息罪、非法吸收公众存款罪等诸多罪名中皆有类似修订。这一方面能够保持刑法的稳定性,不会在因社会发展进而影响货币价值的情况下导致刑罚的轻重失衡;另一方面又赋予法官相当限度的自由裁量权,使其能够根据具体案情灵活掌控罚金数额,实现个案中的罪刑相当。

二、积极刑法观的现实意义与隐蔽风险

如前所述,此次《刑法修正案(十一)》使犯罪圈进一步扩大,且修正范围主要集中在集体法益部分,由此可以看出其与学界倡导的积极刑法观相契合,可谓积极刑法观在刑事立法领域的体现。与传统安定刑法观视域下“人权保障法”的功能不同,积极刑法观视域下刑法的“社会治理法”的属性被强调,即将刑法作为社会治理的工具,充分发挥刑法的社会防卫机能。在这种理念的指引下,“刑法由一套注重事后惩罚的谴责体系,而渐渐蜕变为一套偏好于事前预防的危险管控体系”,^⑦“刑法的功能由事后报应转为事前预防”。^⑧然而,这一方面能够有效因应社会情势的变迁,另一方面却又存在着不可忽视的隐性风险。

(一)积极刑法观的现实意义

刑法观念的转变,既可以由刑法概念内生性地通过逻辑演绎而生成,更主要的是由不断变迁的社会情势所促成的。社会变迁所产生的规范需求与基于传统刑法理念而存在的规范供给之间的矛盾促使积极刑法观的诞生,希望通过更加充足的规范供给实现规范的供需平衡。从生成基础来看,宏观层面的社会背景以及微观层面的社会问题为积极刑法观提供了现实土壤,同时积极刑法观又反过来指导刑事立法,满足新的规范需求。

1. 宏观层面:社会变迁的刑法应对

无论是否承认“风险社会”这一概念,毋庸置疑的是,现代社会所展现出的风险图景已经与传统社

会大相径庭。与传统风险相比,现代社会的风险体现出人为性、不可知性、后果严重性等特征,这一方面来自技术进步本身,另一方面则受到政治、社会、文化等的影响。“现代社会越来越多地面临各种类型的人为风险,从电子病毒、核辐射到交通事故,从转基因食品、环境污染到恐怖主义,等等。”^⑨面对不可预知的人为风险,人们对社会的物质期许转变为安全诉求。相应地刺激着刑法观念的转型。对此,德国学者指出,刑法已经“背离了古典自由主义的,旨在保护个人权利的刑法模式,而总是延伸到新的领域,如环境、毒品、有组织犯罪、恐怖主义、高科技犯罪和产品责任”。^⑩我国学者也敏锐地指出:“风险社会促使现代刑法的使命发生变轨,应对不确定的风险和维护安全秩序已然成为刑法必须实现的主要目标,社会治理语境下刑法的工具属性更凸显,以自由刑法、危害原则、罪责刑法等为主要标志的传统刑法理论体系渐显失灵与旁落态势。这既深刻触动了传统刑法体系的社会根基、价值取向与功能设定等教义学基础,也凸显了风险刑法本质上是一种预防刑法的新思维。”^⑪

《刑法修正案(十一)》也体现出刑法应对风险社会的价值取向。例如,《刑法修正案(十一)》第39条将基因编辑、胚胎克隆等行为规定为犯罪便体现出对技术性风险的预防。基因编辑作为一种科研技术本身具有中立性,但刑法所关注的是其被滥用后可能造成的风险。对此,我国学者认为这种风险主要体现在科学以及伦理两个方面。就科学方面而言,基因编辑可能使婴儿更容易感染病毒,产生功能获得性突变,此外,还会给人类带来基因安全的风险;就伦理方面而言,则可能导致侵犯后代人权、人为制造基因歧视、引发种族净化和奴役等后果。^⑫对技术可能被滥用而导致的不可控风险进行预防,体现的便是刑法对社会变迁所带来的风险积极应对的态度。再如,《刑法修正案(十一)》对药品安全领域的管控进一步提前。与修订之前的刑法相比较,修正案除了仍旧将原本的生产、销售行为认定为犯罪之外,药品使用单位的人员对假药、劣药的使用也被纳入

处罚范围。同时,《刑法修正案(十一)》第7条还将(1)生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品;(2)未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售;(3)申请注册中提供虚假证明材料或者其他欺骗手段;(4)编造生产、检验记录等四种行为规定为犯罪。从药品生产、销售的源头上对假药、劣药所带来的风险进行预防。同时,通过将食品监管渎职罪的行为类型进一步细化,将药品安全也列为监管对象,强化对风险的外部管控,实现多层次预防。此外,由于环境问题不仅事关当代人的生存发展,同时也将影响后代人的延续,因此对于这种影响后果具有延展性的行为进行犯罪化也是必要的。《刑法修正案(十一)》第40条通过明确构成要件的方法,对污染环境罪进行了修订,将向重点保护区域、重要江河、湖泊等水域以及农田等排放污染物质的行为规定为犯罪,并且加重了以上行为的法定刑配置,以期通过更重的刑罚实现预防目的。

可以说,无论是基因编辑、药品危害还是环境污染,都蕴含着风险社会背景下人为的、不确定的且不可控的风险。刑法如果恪守传统安定理念,必然无法圆满保护法益,只有通过扩张现有犯罪圈的边界,从更早的时点通过对风险进行分配实现对风险的管辖,才能有效防控风险,进而实现法益保护的目的。这也是社会情势对刑法重新划定略滞滞后的犯罪边界的必然要求。

2. 微观层面:具体规范的供给不足

社会情势变化会促进刑法改革与刑法理念的革新,而司法实践应对具体社会问题时法律规范的供给不足也会促使刑法观念的转型,进而促使刑事立法的“活性化”。“法律是在民众的生活中被发现的,而不是在精英的技术知识里被创造的。”^⑧刑法不应当对规范供给不足而引发的社会问题充耳不闻,而应当因时而变,服务于社会治理。《刑法修正案(十一)》中诸多条文的修订与增加无疑都是对已然发生且成为社会热切关注的社会失范问题的回应。

从规范供给上来看,如果现行法律能够准确对现实行为作出规范评价,便无需对刑法进行修正,仅

当现行法律无法实现这一评价要求时,刑法条文才需要进行相应变动,进而增加内容的包容度和涵摄力。这又可以分为两种不同的情形:

(1)评价不足。即现有条文无法准确评价已然发生的具体案件,导致适用罪名的不当,此时需要通过条文进行修正或明确来实现合理评价,《刑法修正案(十一)》第32条关于“冒名顶替”的规定便属此类。2020年的“苟晶案”^⑨将国家考试中的“冒名顶替事件”推向了舆论高潮,引起全社会的关注和愤慨,需要司法修复和抚慰。在《刑法修正案(十一)》之前,此类行为多以《刑法》第280条之一使用虚假身份证件、盗用身份证件罪进行处罚,^⑩但是“冒名顶替事件”中被“冒名”和“顶替”的不是身份本身,而是“具有实质生活内容的人生置换”,《刑法》第280条之一的规范明显不足以评价“此种类型的法益侵害”。根据《刑法》第280条之一的规定,在依照国家规定应当提供身份证明的活动中,使用伪造、变造的或者盗用他人的依法可用于证明身份的证件,情节严重的,构成本罪。从条文表述而言,该冒用身份的行为仅发生在依法应当提供身份证明之时,此外,该罪扰乱的是身份证件的管理秩序,这与冒名顶替有些许不同之处。一方面,冒名顶替并非仅仅发生在需要提供身份证明之时,这种冒名行为可以持续存在;另一方面,相较于使用虚假身份证件、盗用身份证件,冒名顶替不仅是对身份证件管理秩序的破坏,同时对被冒名者的财产法益甚至人身法益均有可能造成侵害。被顶替的不仅是身份信息,同时还有不可逆转的人生。因此,仅凭使用虚假身份证件、盗用身份证件罪无法充分地评价行为人的行为,这便需要刑法通过修正的方式对这种评价不足进行规范补给。此外,从两罪的法定刑上也可以窥见端倪。对于使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,在情节严重的情况下所适用的法定刑也仅是拘役或者管制,并处或者单处罚金;但《刑法修正案(十一)》新增的冒名顶替罪的法定刑为三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。从法定刑的严厉程度上也可以说明前罪无法实现对冒名顶替行为的充足评价。

(2)评价缺失。即根据现有条文,完全无法对具体行为作出评价,此时便需要通过立法来进行规范补足。例如,自2018年11月26日贺建奎对外宣称通过基因编辑诞下一对婴儿以来,基因编辑婴儿问题持续发酵,法院最终认定行为人构成非法行医罪。^⑩但非法行医罪完全无法对行为人的行为作出准确评价,行为人的行为也不符合非法行医罪的构成要件。首先,非法行医罪指的是未取得医生执业资格的人非法行医,如果将未取得医生执业资格的人所实施的基因编辑婴儿行为认定为非法行医罪,是否意味着只要取得了医生执业资格便可以实施此类行为?答案自然是否定的,基因编辑婴儿更多面临的是伦理方面的非难,而非对医生执业准入的违反。其次,非法行医罪的客观行为表现为非法行医行为,然而基因编辑婴儿能否认定为行医行为还值得商榷。一般而言,行医行为包括疾病的治疗与预防、生育的处置、按摩、针灸等符合医疗目的的行为。^⑪但基因编辑婴儿并非传统意义上的生育行为,与试管婴儿也有着本质的不同。^⑫如果说试管婴儿被作为生育行为尚能接受,但基因编辑婴儿的非难重点并不在于是否诞生婴儿上,而在于对基因进行非科研性质的编辑。因此,对于基因编辑并不能将其作为医疗行为。最后,非法行医罪要求情节严重或者造成他人健康受损、造成他人死亡等结果。在上述案件中,行为人的行为并未造成他人健康受损,也未造成他人死亡。至于情节严重,根据最高人民法院《关于审理非法行医刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)的规定,情节严重指的是:(一)造成就诊人轻度残疾、器官组织损伤导致一般功能障碍的;(二)造成甲类传染病传播、流行或者有传播、流行危险的;(三)使用假药、劣药或不符合国家规定标准的卫生材料、医疗器械,足以严重危害人体健康的;(四)非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的;(五)其他情节严重的情形。但基因编辑行为所造成的后果实在无法符合《解释》所列情形,即使将其解释为“其他情节严重的情形”也存在不合理之处。因为根据同类解释规则,其他情形应

当与上述四种情形具有相当性,而上述四种情形主要关注的是人体健康。从案例中看,基因编辑婴儿将使婴儿出生便可免疫艾滋病,并未对人体健康造成危害,从某种程度上说反而有益于健康,因此从构成要件结果上来看,也并不符合非法行医罪的构成要件。也正是由于既有罪名无法实现对具体行为的准确评价,《刑法修正案(十一)》于非法行医罪后增加一条规定:“将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体内,或者将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”。

综上所述,具体社会问题给刑法提出挑战,刑法在规范不足的情况下便需要通过新增规范或修正既有规范等规范供给手段实现规范的供需平衡。

(二)积极刑法观的隐蔽风险

在肯定积极刑法观的现实意义的同时,也不应当忽视其可能存在的隐蔽风险。积极刑法观不是仅停留在理论层面的空中楼阁,而是需要制度性地建构于刑事立法与司法实践中,这种刑事理念的突出特征便是预防主义倾向。预防总是与无限制相联系,具有不确定性和难以捉摸的特性,具有与生俱来的“越早越好”的内在扩张逻辑。^⑬“预防刑法的出现本身是为了应对风险问题,为了更好地实现对风险的管控与预防。然而,在预防风险的过程中,它本身也正在或者已经成为新的风险源,源源不断地制造出新的风险。”^⑭这种制度性风险可以被理解为是积极刑法观所具有的隐蔽风险。当然这种隐蔽风险的现实化并非积极刑法观的应有之意,主张积极刑法观的学者也多通过“适度”“理性”“合理”等予以澄清,但对于这种隐蔽风险却也无法忽视。

积极刑法观所具有的隐蔽风险,实则是传统安定刑法观对其的担忧和批判。这些批评概括起来主要有四个方面:其一,从立法的现实效果上看,会导致象征性立法,有损刑法权威;其二,从刑法的基本理念来看,是对刑法谦抑性的贬损;其三,从刑法的功能效用来看,会导致“刑法工具主义”;其四,从法

权角度来看,会侵害个人权利,造成对公民自由边界的侵蚀。

1. 象征性立法

如上所述,当规范供给不足时,需要通过积极的刑事立法来进行规范补给,这也是积极刑法观的应有之意。然而如果在践行过程中缺乏“理性”,便会造成象征性立法的现象。象征性立法指的是,立法者将刑法作为一种回应社会问题的手段,以达到安抚民心的效果,至于该立法的实际效果如何则缺乏科学、理性的考量,这将有损刑法的权威。“象征性刑法是一种感情层面自我完结的刑法规定:严峻(包括被媒体夸大)的犯罪形势,引发了民众强烈的不安感,立法者则通过刑法的纸面规定来打消民众的不安,最终成为一种感情层面自我完结的刑法规定。”^②由于象征性立法所针对的是社会中出现的具体问题,而这种具体问题经由舆论发酵,最终成为所谓的“民意”来影响立法,同时立法者为安抚这种“民意”,便通过立法程序将此类行为通过刑法规范进行规制。这种“规范声明”成为象征性立法的主要功能和意义所在。^③

我国学者指出,自1997年刑法典颁行之后,我国刑事立法不同程度地体现出象征性立法的特点,尤其体现在恐怖犯罪、网络犯罪、环境犯罪等领域中。^④暂不论以上犯罪中是否具有象征性立法的现象,但《刑法修正案(十一)》中的确有所显现。以高空抛物罪为例,该罪名的设定无疑是为了回应现实生活中“频发”的高空抛物事件,也正是因此而备受争议。当然这并不是说完全不能将高空抛物规定为犯罪,而是应当在理性考量的基础上进行立法。例如,立法者应当相对明确“高空”“抛掷”“物品”等各构成要件要素的范围,同时还应当从刑事诉讼的角度考察证据取得的问题。从“抛掷”这一动词的使用上看,此罪仅处罚故意犯罪,而这一故意需要公权机关予以证明。但由于行为人所处位置一般较“高”且封闭,这无疑导致故意证明难度的提升。因此,立法者在立法之时便应当对此进行多番考量,而非宣示性地将某一行为规定为犯罪,将一个因模糊性导致的

沉重的解释“包袱”甩给司法者。

2. 对刑法谦抑性的贬损

一般认为,刑法谦抑性主要体现为刑法的补充性、不完全性和宽容性。^⑤由于刑罚本身便是一种“必要的恶”,基于这一点,刑法应当尽量克制,而这种克制便具体体现为非犯罪化、刑罚轻缓化。只有在前置规范不足以实现法益保护时,才能发动刑罚。“前置法不备,刑罚权不动;刑事立法不规,刑事司法不治,既是刑法谦抑性的形式内涵,更是刑法形式合法性的规范要求;而前置法虽备,但在只有法益之刑法保护必要时,刑罚权方用;刑事立法虽规,但在只有实际动用刑罚权方能实现法益之刑法保护任务时,刑事司法方治,才是刑法谦抑性的实质精义,更是刑法实质合法性的正当根基。”^⑥这种补充性、宽容性的主张自然与积极刑法观所倡导的预防性的、积极发挥社会治理功能的刑法观相左,于是,对积极刑法观贬损谦抑性的批评便由此而来。

但在本文看来,这一批评并不能成立。一方面,前置法不应当成为刑法规制的门槛。以保护法益为己任的刑法并不完全是其他法律的保障法,刑法有其独立的价值。具有自身独立的制裁手段和制裁对象。而另一方面,前置法的缺失也不应当成为刑法止步不前的理由。以公民个人信息保护为例,作为最直接前置法的《个人信息保护法》仍未出台,^⑦与此相关的《网络安全法》则是2016年通过、2017年开始实施的,但2009年《刑法修正案(七)》增设非法获取公民个人信息罪,以此为节点,刑法便已经开始对个人信息进行保护,此后,该条规定为2015年《刑法修正案(九)》所修正,罪名变更为侵犯公民个人信息罪。无论是2009年的增设还是2015年的修改,均早于前置法,然而这并不能被认为违背了刑法的谦抑性。刑法的谦抑性应当在宪法这一整体框架内进行讨论,并且应当从法益保护这一实质视角作出评判,“与刑法是否是保障法并无直接的因果关联性”。^⑧

3. 导致刑法工具主义

积极刑法观强调通过犯罪化的手段严密刑事法网,将刑法作为社会治理的手段介入日常生活。然

而,如果犯罪化过度,则会陷入刑法工具主义的漩涡。所谓刑法工具主义,“就是把刑法的本质解释为刑法只不过是国家用以达到特定功利目的的法律工具或手段”。^②事实上,作为一种国家公权力的体现形式,刑法以及由于违反刑法规范而产生的刑罚必然有其存在目的。“经验启发人们理解刑罚的目的性。由于有了目的思想,刑罚方有其度;刑罚的前提条件(犯罪)及其内容和范围(刑罚制度)得到了发展:在目的思想统治下,刑罚权属于刑法范畴。”^③但这种目的应当是保护人的法益,“未来的任务在于,将已经开始的发展进一步往前推进,将对犯罪盲目的反应转变为符合目的之法益保护”。^④而不是将人作为工具,以实现保护法益之外的其他目的。

对此,我国应当尤为警惕。相对于欧美国家,我国法治基础相对薄弱,在自由刑法的基础尚未夯实之前,便又投入到民生刑法、安全刑法的发展潮流中。因此,“我们不仅面临着前现代社会建构形式法治国、制约绝对主义的国家权力、确立国民个体自由保障机制的古典主义刑法的任务,而且面临着现代社会建设福利国家、对社会产出和补偿进行公平分配的现代性要求,更由于全球风险社会、信息社会新型安全威胁的出现而承受着建设安全国、保障集体安全的后现代压力。”^⑤加之我国传统法律文化将刑法作为君王控制社会、维护统治的手段,体现出浓厚的法律工具主义思想,这更加需要警惕在积极刑法观隐蔽下的刑法工具主义返潮。

4. 侵蚀个人自由的边界

无论是象征性立法,还是刑法谦抑性的贬损,抑或是刑法工具主义的返潮,传统刑法观对积极刑法观的担忧归根结底便是对公民自由边界的侵蚀。自启蒙运动以来,自由便成为建构近代刑法的“理论原点”。“个人的自由和尊严必须是所有人类——因而是所有法律——规定安排的基石和标准。”^⑥国家刑罚权来自公民权利的让渡,因此,国家刑罚权越大,留给公民的权利空间越小。我国学者形象地将国家权力与公民权利的关系比作“分蛋糕”,国家分的越多,便意味着公民分的越少。^⑦这种刑罚权与公民权

利之间的紧张微妙的平衡关系如果在积极刑法观的贯彻中不能准确把握“合理”“适度”的力度,便会导致权力(利)的天平倾斜,而作为相对于国家权力更为弱小的公民权利自然会被逐渐侵蚀。

三、积极刑法观贯彻中的合理调控

积极刑法观所提倡的犯罪化也是“理性的犯罪化”“适度的犯罪化”,而非“过度的犯罪化”“情绪的犯罪化”。然而如何体现“适度”,如何“理性”犯罪化,则是需要细致框定的,否则便会陷入如传统刑法观担忧的境地。对此,我国学者指出,判断立法上的犯罪化是否“适度”需要从刑事政策上宏观把握,需要在刑法独立性思想的支配之下考察刑法介入的必要性、正当性与合理性。^⑧还有学者认为应当在对风险进行科学预测与评估的基础上,通过整合权利保障思维,进行全面、综合的利益衡量,并通过多轨制的刑法模式来缓解立法的稳定性与灵活性之间的紧张关系。^⑨其中,对风险的科学评估与预测在立法程序中属于事前评估,这是立法程序中的一个必要环节,对此当无疑问。而所谓的必要性、正当性与合理性更多的是比例原则在刑事立法领域的适用,体现出的是手段方面的合法性,而价值衡量则反映出对目的合法性的考量。“一条罪刑规范要想完全获得合法化,必须在目的和手段两方面均属正当。”^⑩实际上从传统刑法理念对积极刑法观的担忧来看,无论是象征性立法所认为的刑法规范被当作安抚“民心”的标语,还是刑法工具主义所认为的刑法被作为国家达成其他目的的工具,实质上都是对刑法目的正当性提出的拷问。而目的是否正当的检验应当回溯到法益概念上。因为虽然法益概念不是入罪化的充要条件,但却为犯罪化划定了一条底线:无法益侵害则无犯罪。

(一)传统刑法观的理论原点

传统刑法观认为,积极刑法观的根本问题在于通过过度扩张刑罚权而侵蚀自由的边界,易言之,自由边界是传统刑法观所坚守的防线,而自由边界的刑法表达便是法益。“法益概念的核心是自由,表征了个人自由与刑法的内在关联。”^⑪法益从字面上理

解便是法所保护的利益,至于这里“法”的具体所指,有刑法、整体法秩序以及先于法律的自然法三种观点的分歧,由此形成了刑法性法益概念、宪法性法益概念以及先法性法益概念的聚讼。然而先法性法益概念由于太过空洞,是否存在这样一种法益值得怀疑;刑法性法益概念则又失之过窄,只能成为立法的注脚,由此,宪法性法益概念得到较多支持。“对刑事立法者预先规定的唯一限制,存在于宪法的原则之中。一个在刑事政策上有拘束力的法益概念,只能产生于我们在基本法中载明的建立在个人自由基础之上的法治国家的任务。”^⑧

在肯定宪法性法益的基础上,法益概念便可以发挥两种机能。就刑事立法而言,法益概念具有立法规制机能。即在进行刑事立法时,通过考察某种行为是否具有法益侵害性来划定刑事立法的边界,只有具有法益侵害性的行为才能被刑法规定为犯罪。“这就既为立法者提供了自我控制,又保证了外部控制(主要通过刑法学进行)。”^⑨就刑事司法而言,法益概念又具有解释规制机能。即在司法机关进行法律解释时,应当采用最能保护法条所期望保护的利益的解释方案进行解释。与此相对应,积极刑法观也并非仅限于立法领域,同时也存在于司法领域中。因此积极刑法观贯彻中的合理控制也应当围绕法益概念的这两种机能展开。

(二)积极刑法观在立法上的反思性控制

积极刑法观的贯彻以刑事立法首当其冲,毕竟在司法者坚守罪刑法定原则的前提下,相对明确的成文法会为其划出适用的边界,但立法者却并不为此所累。而刑事立法作为一种制度性建构,本身便存在着如上所述的隐蔽风险,因此更应当对立法进行反思性控制。这种反思性控制主要是通过贯穿于传统刑法理论中法益概念的立法规制机能实现的。

从法益概念的流变可知其内涵逐渐抽象,外延逐渐扩张,这又集中体现在集体法益方面。从历次刑法修正也可以看出,修法的重点领域在分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪与第六章妨害社会管理秩序罪,而这些章节涵盖的罪名无不涉及对集

体法益的侵害。^⑩《刑法修正案(十一)》也体现出这种趋势,其中第三章新增2条,修改19条,第六章新增10条,修改4条,两章修改数占总修改数的70%以上。也正是由于集体法益的精神化、抽象化,其立法批判机能被认为逐渐在消逝。但事实并非如此,集体法益概念仍然具有批判立法的功能。对此,学界主要从两种不同角度展开。

1. 将集体法益还原为个人法益

如上所述,传统刑法观强调对公民自由的保护,并通过法益这一概念将其与刑法相关联。在此基础上,对某一集体法益的保护是否适当,关键便在于其能否还原为个人法益,只有服务于个人法益的集体法益才能受到刑法的保护,才能将侵犯该法益的行为规定为犯罪。我国有学者持这种“还原说”的观点,“集体法益必须能够还原为个体法益,才具有刑法保护的正当性。”^⑪而所谓还原,则需要厘清集体法益与个人法益之间的关系,这主要体现在三个方面:(1)二者之间是机能的关联,即在保护个人法益这一机能上具有一致性;(2)二者是包含关系,集体法益是个体法益的集合体;(3)公民的基本权利为集体法益划定了边界,不能把属于基本权利的行为规定为犯罪。^⑫

2. 集体法益概念的实质解读

上述将集体法益还原为个人法益的做法与“法益一元论”相吻合。但有持“法益二元论”的学者对此提出质疑,认为并非所有的集体法益都可以还原为个人法益。“如果认为所有的集体法益都可以还原为个人法益,那无疑是对刑法的规定作了为我所用的裁剪。”^⑬基于此,有学者从实质的集体法益概念出发仍旧肯定法益的立法批判功能。在宪法性法益概念的基础上,“只要符合宪法并由刑法辅助性保护的利益均服务于为了个人的自由发展的终极目标,便是具备检视刑事立法功能的实质法益概念,而无需探讨这样的集体法益是否必须能够还原为个人法益。”^⑭

本文认为,无论是上述“法益一元论”立场的“还原说”,还是“法益二元论”立场的“实质说”,争议点

主要在于是否承认集体法益概念的独立性,至于是否应当进行入罪化处理,可谓是殊途同归,强调公民基本权利与强调宪法范畴下的实质理解都是从“个人的自由发展”这一原点出发的,二者并无本质不同。因此,只要集体法益有益于对公民个人法益的保护便具备了对其进行入罪化处理的必要前提。

在此基础上,《刑法修正案(十一)》第44条的规定便值得商榷。该条规定:“引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛,或者明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的,依照前款的规定从重处罚。”其立法理由认为,兴奋剂违规行为严重损害国家形象,破坏体育竞赛公平竞争,严重损害运动员身心健康,因此有必要通过刑法进行规制。^⑤但一方面,国家形象实际上并不涉及具体的公民的基本权利,且与实现个人权利的保护并无直接或者间接的关联性,因此这种“集体法益”并不具有刑法的可保护性;另一方面,集体法益的根本特征在于不可分配性,即能够为每一个人平等、完整地享有。然而该罪所保护的法益却并不具有这一特征。首先,如果说“国家形象”是每个国民都能享有的,那为何在重大国内比赛中的此类行为也要入罪;其次,体育竞赛公平竞争并不能分配到每个具体个体,仅存在于参赛选手中;最后,兴奋剂并不一定能够损害运动员的身心健康,这无疑是将兴奋剂等同于毒品的理解,但实际上二者并不能等同。因此,将此类涉及兴奋剂的行为规定为犯罪,强调“国家形象”“竞赛公平”等过于抽象的“集体法益”欠缺刑法规制的正当性。此外,从立法建议的提出者来看,该立法建议是由“有的部门”提出的,这不得不让人警惕该条的设立是否违背“法益保护”这一刑法设立的根本目的。

(三)积极刑法观在司法上的规范性平衡

虽然立法存在诸多值得商榷之处,但在法条已定的情况下,如何在司法实践中合理适用才是司法工作者所要面临的现实问题。对此,本文认为应该

关注以下两个方面。

1.“但书”规定的审慎运用

从此次《刑法修正案(十一)》的修订来看,虽然总体上刑罚的严厉程度有所增强,但也存在轻罪的增设。例如,高空抛物罪的最高法定刑仅为一年有期徒刑,非法引进、释放或丢弃外来入侵物种罪的最高法定刑为三年有期徒刑。由于轻罪本身的社会危害性较小,入罪门槛较低,因此会带来与《刑法》第13条适用的矛盾。

我国《刑法》第13条是对于犯罪概念的规定,其中“但书”指的是“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,而轻罪立法中虽然规定了“情节严重”“危及公共安全”等构成要素,然而这些情节和危害性在具体的判断中与情节显著轻微的界限却并非泾渭分明。在“情节严重”“危及公共安全”缺乏明确解释指引时,可能出现两种适用情况:其一,形式入罪。即在具体罪名的适用中只要符合行为的基本模式便进行入罪处理。例如,《刑法修正案(十一)》第2条规定了妨害驾驶的行为构成犯罪,只要行为人对行驶中的公共交通工具的驾驶人员使用暴力或抢控驾驶装置便可入罪,而忽视了对是否危及公共安全的考量。其二,不当出罪。即由于轻罪本身社会危害性较小,在实际判断中容易被误认为情节显著轻微危害不大,从而导致“但书”被作为出罪事由而被不当适用。从当前的“但书”适用现状来看,现在的“但书”条款并非再是“僵尸条款”,而是成为出罪的主要突破口,成为“透支适用”的条款。^⑥但无论是形式入罪还是“但书”滥用,都违背了立法初衷。

面对这种适用上可能存在的冲突,一方面需要通过司法解释和指导案例来进行相对明确的范围划定和适用指引,另一方面则应当在解释时对于构成要件要素进行实质解释。

2.实质解释的具体方法

以法益概念为核心的刑法解释是一种实质解释,是一种目的论的解释方法,其出发点与落脚点都是看该条文如何能够最大限度地实现法益保护的。对此,积极刑法观认为,为了实现周延的法益保

护,在坚守罪刑法定原则的前提下,应当在构成要件解释上进行实质解释、不利于被告人的扩张解释。^④然而从法益理论的原点来看,应当是越直接关涉公民个人法益的部分越应当进行扩张解释,而距离公民个人法益保护越远的法益越应当进行适度限缩。

例如,由于受教育权、劳动权等都是宪法确认的公民基本权利,因此在解释时应当在罪刑法定原则范围内对相关条文进行适度扩张,更周延地实现对法益的保护。因此,对《刑法修正案(十一)》第32条规定的“盗用、冒用他人身份,顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇”中的“高等学历教育入学资格”便不能简单地将社会中冒名顶替常发的“高考”作为其规范投影。而应当将其理解为包括高考、研究生考试在内的高等学历入学资格。而对于“公务员录用资格”也并不应当仅限定在依照《公务员法》所规定的依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员,而应当扩张到包括国有公司、企业、事业单位以及人民团体的范围。即此处的“公务员”应当解释为“国家工作人员”。这一方面与为何本条规定公务员录用资格而非其他职业入职资格的规范目的相协调,另一方面又能与我国《刑法》第93条相衔接,实现体系内的解释贯通。

再如,对《刑法修正案(十一)》第44条中“国内重大赛事”的解释,应当予以适当限缩。本条所保护的“国家形象”“体育竞技公平”等法益太过抽象且与公民个人法益相去甚远,因此为了避免刑法工具化,在司法适用时应当将其限定为“全国性重大赛事”,因为在网络时代背景下,媒体通讯异常便捷,如果因为影响较大而将某场赛事认定为“重大”,则本罪的适用范围无疑过大,因此应当进行限缩解释。

结语

《刑法修正案(十一)》体现出我国刑法作为一种社会治理手段正在积极地顺应和融入社会发展中,是对积极刑法观的贯彻。社会治理与法治建设密不可分,社会治理应当在法治化、制度化、规范化的轨道中进行。但是在将刑法作为社会治理的工具时,

应当警惕刑法的“过度化”。同时,积极刑法观理念下刑法为适应社会变迁而进行的频繁修正也是对规范稳定性、权威性的削弱。因此,对于犯罪圈的扩容首先应当考虑从解释论层面入手,体系性地对刑法进行解释适用,只有当解释违反罪刑法定原则或者无法实现罪刑相适应的情况下再从立法角度进行规范的补足。此外,无论社会如何变迁,作为法治国理论基点的个人权利和自由并不会过时,以个人法益为核心的宪法性法益概念无论在刑事立法还是刑事司法中都具有基础性的价值。

注释:

①关于安定刑法观的代表性文献,参见刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》,载《法学》2011年第11期,第115页;何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,载《中外法学》2015年第2期,第523页;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,第12页。

②关于积极刑法观的代表性文献,参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,载《法学研究》2016年第4期,第23页;付立庆:《论积极主义刑法观》,载《政法论坛》2019年第1期,第99页;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,第150页。

③参见彭剑鸣:《刑法不能承受之重——从刑法修正案(八)入手》,载《政法论丛》2012年第6期,第84页。

④参见付玉明:《诠释学视野下的刑法解释学》,载《法律科学》2011年第3期,第43页。

⑤同前注②,周光权文,第32页。

⑥[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

⑦劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,载《法学评论》2017年第6期,第19页。

⑧姜涛:《为风险刑法辩护》,载《当代法学》2021年第2期,第93页。

⑨劳东燕:《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》,北京大学出版社2015年版,第16页。

⑩[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯等译,北京大学出版社2015年版,第25页。

①高铭喧、孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,载《中国法学》2018年第1期,第167页。

②参见杨丹:《生命科技时代的刑法规制——以基因编辑婴儿事件为中心》,载《法学杂志》2020年第12期,第76-77页。

③田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,载《中国法学》2020年第1期,第170页。

④基本案情:2020年6月22日,一位名为苟晶的女子在微博上声称自己于1997年高考时被自己高三班主任邱印林的女儿邱小慧冒名顶替上了北京某高校,第二次高考依旧落榜,被一所没有报考的中专学校录取。详情参见:《关于苟晶反映被冒名顶替上学等问题调查处理情况的通报》,载人民网, <http://edu.people.com.cn/n1/2020/0703/c1006-31770496.html>, 2020年1月6日访问。

⑤相关案例如:蔡江涛使用虚假身份证件案,吉林省吉林市船营区人民法院刑事判决书(2018)吉0204刑初285号;陈祥伪造、变造居民身份证件案,贵州省贵阳市云岩区人民法院刑事判决书(2020)黔0103刑初422号。

⑥参见:《四问“基因编辑婴儿”案件》,载北京青年报, http://epaper.yynet.com/html/2019-12/31/content_345926.htm?div=-1, 2020年1月6日访问。

⑦参见张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第1126页。

⑧基因编辑手术比起常规试管婴儿多一个步骤,即在受精卵时期,把Cas9蛋白和特定的引导序列,用5微米、约头发二十分之一细的针注射到还处于单细胞的受精卵里。他的团队采用“CRISPR/Cas9”基因编辑技术,这种技术能够精确定位并修改基因,也被称为“基因手术刀”。参见:《“基因编辑婴儿”事件为何争议巨大?专家解析疑问》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gn/2018/11-27/8686154.shtml>, 2020年1月6日访问。

⑨转引自何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,载《法学研究》2017年第4期,第145页。

⑩同前注⑦,劳东燕文,第18页。

⑪程红:《象征性刑法及其规避》,载《法商研究》2017年第6期,第23页。

⑫同上注,第24页。

⑬参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,载《政治与法律》2017年第3期,第39-45页。

⑭参见[日]平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大

学出版社2016年版,第90-91页。

⑮同前注⑬,田宏杰文,第175页。

⑯2020年10月13日,十三届全国人大常委会第二十二次会议首次审议了《个人信息保护法(草案)》。

⑰简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,载《法制与社会发展》2017年第3期,第26页。

⑱谢望原:《谨防刑法过分工具主义化》,载《法学家》2019年第1期,第89页。

⑲[德]冯·李斯特:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,第6页。

⑳同上注。

㉑梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,载《法学研究》2017年第1期,第52页。

㉒同前注⑩,[德]埃里克·希尔根多夫书,第199页。

㉓同前注①,何荣功文,第534页。

㉔同前注②,付立庆文,第109页。

㉕同前注⑦,劳东燕文,第25-27页。

㉖陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,载《比较法研究》2020年第3期,第53页。

㉗孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期,第38页。

㉘[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

㉙同前注⑩,[德]埃里克·希尔根多夫书,第234页。

㉚同前注⑦,劳东燕文,第20页。

㉛姜涛:《社会风险的刑法调控及其模式改造》,载《中国社会科学》2019年第7期,第132页。

㉜同上注。

㉝陈家林:《法益理论的问题与出路》,载《法学》2019年第11期,第14页。

㉞马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,载《环球法律评论》2019年第6期,第140-141页。

㉟参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国刑法修正案(十一)〉(草案)修改情况的汇报》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/5f7b2d0e41ef44f6ba84ed6eda5cf6c3.shtml>, 2020年1月10日访问。

㊱参见刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,载《政治与法律》2020年第8期,第126-128页。

㊲同前注②,付立庆文,第109页。