

《刑法典》编纂的具体构想

刘仁文

- 我国 1979 年刑法和 1997 年修订后的新刑法，虽未冠以“刑法典”之名，但已具备了总则和分则的刑法典基本特征，在此基础上，启动《刑法典》编纂条件相对成熟。
- 在当前的立法活跃阶段，可将一定的法定刑作为标准，区分出不同层次的犯罪，通过犯罪分层的构建，形成重罪未必重刑、轻罪必须轻刑的观念，针对性地展开预防控制，推动刑法结构朝着“严而不厉”方向优化升级。
- 刑法属于保障法，刑事违法性的认定受到前置法的制约，可将对前置法依赖性大、发展变化快、以违反前置法的具体规定为前提的法定犯直接规定在行政法和经济法中，形成以《刑法典》为主、附属刑法为辅的科学、完整的刑法规范体系。

1979 年刑法经过 18 年，到 1997 年出台了新刑法。从 1997 年新刑法颁布到现在已经经过 25 年，期间出台了一个单行刑法、十一个刑法修正案和众多的刑法立法解释、司法解释，现在到了整合既有内容、出台一部《刑法典》的时候。

编纂《刑法典》的必要性

1. 《民法典》呼唤《刑法典》并驾齐驱

习近平总书记指出：“民法典为其他领域立法典化提供了很好的范例，要总结编纂民法典的经验，适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。”我国 1979 年刑法和 1997 年修订后的新刑法，虽未冠以“刑法典”之名，但已具备了总则和分则的刑法典基本特征，在此基础上，启动《刑法典》编纂条件相对成熟。

当今世界，在法典化国家，有《民法典》的国家必有《刑法典》，刑法典和民法典被认为是对一国法律体系具有发生学上的奠基意义并共同塑造该国法律文化传统的重要法典。因此，我国要尽快将《刑法》升级为《刑法典》，以与《民法典》并驾齐驱。如果说民法典是新中国第一部带“典”的法典，那么刑法典最有条件成为紧随其后的第二部带“典”的法典。当然，不只是要在刑法名称上加上一个“典”字，更重要的是，要以此为契机，对现行刑法从结构到内容进行调整和完善。

2. 适应新形势的要求

相较于新刑法出台的 1997 年，当今我国社会已经发生了巨大改变，刑法中的一些规定已难以适应时代的发展。例如，在建设社会主义市场经济的背景下，刑法需要确立对不同所有制经济进行平等保护的基本思路；

在新型权利被纳入《民法典》的情况下，刑法也需要对虚拟财产权、数据权等做出回应；

针对全球化的不断推进，刑法还应与相关国际公约进一步配套，以洗钱罪为例，该罪在我国历经三次修改，上游犯罪由三类扩充为七类，但仍与《联合国反腐败公约》要求的“适用于范围最为广泛的上游犯罪”和国际反洗钱组织要求的“自洗钱入罪”存在不协调之处（《刑法修正案（十一）》在狭义的洗钱罪中加入自洗钱的内容，但在“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”等广义的洗钱罪上仍然没有明确自洗钱的入罪范围和罚则）；

还有，像认罪认罚从宽这类在实践中正运用得如火如荼的兼具实体与程序双重属性的制度，目前却在刑法的量刑制度中找不到任何依据，这一问题也需要予以正视。

3. 现行刑法自身结构存在缺陷

首先，罪名与法定刑之间的不协调。以贿赂犯罪为例，一方面刑法立法总体上存在明显的重受贿轻行贿现象，但另一方面行贿罪的第一档法定刑又重于受贿罪的第一档法定刑，出

现行贿赂犯罪与受贿犯罪法定刑的内在矛盾。

其次，分则各章的顺序不协调，在前五章遵循“国家利益—社会利益—个人利益”保护顺位的情况下，第六章和第七章却又回到涉社会利益与国家利益的犯罪，不利于体系的严谨性。

再次，刑法历次修正头痛医头、脚痛医脚带来的不协调。以性犯罪为例，修正案（九）将强制猥亵的对象由“妇女”修改为“他人”，推动了刑事立法的去性别化，但刑法中仍保有相当数量被不当性别化的条款，如强奸罪、侮辱妇女罪、拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪、聚众阻碍解救被收买的妇女罪等，这不仅违背平等保护原则，还影响了刑法内部体系的一致性。

此外，就犯罪分类而言，缺少重罪与轻罪的分类，这个问题在晚近大量轻罪入刑后显得尤为突出；就刑法后果而言，缺乏刑罚与保安处分的分类，将大量的保安处分措施混杂在目前单一的刑法后果里；就犯罪阻却事由而言，目前仅有正当防卫与紧急避险，种类偏少；就法律用语而言，类似“犯罪分子”这种带有明显歧视的表述，应当用“犯罪人”“行为人”这类中性词来替换。

刑法法典化的具体构想

1. 犯罪论层面

首先，有必要根据犯罪的危害性，确立重罪、轻罪的犯罪分层体系。在当前的立法活跃阶段，这既能体现宽严相济的刑事政策，也有利于我国刑事立法与国际接轨。对此，可将一定的法定刑作为标准，区分出不同层次的犯罪，通过犯罪分层的构建，形成重罪未必重刑、轻罪必须轻刑的观念，针对性地展开预防控制，推动刑法结构朝着“严而不厉”方向优化升级。

其次，罪数规定需在《刑法典》中有所体现。目前刑法并未对想象竞合犯、牵连犯、连续犯等罪数或竞合问题予以明确，需结合司法实践制定符合我国国情的罪数规定，确保司法适用中以一罪论处或数罪并罚的规范统一。

再次，在总则部分应增加不作为犯（义务犯）和片面共犯的规定，明确不作为犯（义务犯）和片面共犯的处罚依据，以回应理论与实践中的对处罚不真正不作为犯和片面共犯是否违反罪刑法定之争议。

此外，还要强化出罪机制，如期待可能性、违法性认识等正当化事由，以及行为人因过于激愤或惊慌失措而防卫过当的可宽恕事由，都应当通过《刑法典》获得立法上的承认。

2. 刑法后果层面

一是要坚持刑罚制度的轻缓化改革。进一步限制死刑适用，将“死刑立即执行”修改为“死刑执行”，用程序来保证少杀、慎杀；在财产刑方面，鉴于没收财产刑引起的广泛争议，可

考虑将其并入罚金刑，同时，引入日额罚金制以强化执行效果；确立易科制度，实现财产刑与短期自由刑之间的转换，减少短期自由刑所固有的弊端；将社区矫正上升为主刑；将特别没收制度上升为独立的刑种。

二是要构建独立的保安处分制度。应选择以专章规定的方式将刑法及其他法律中具有保安性质的条款进行集中规定，前者如专门矫治教育、强制医疗，后者如强制戒毒等，这些措施涉及公民人身自由，严厉程度不弱于刑罚，只有将其纳入刑法体系、以司法裁判的方式加以限制，才能确保对公民基本权利的保障。

三是要建立前科记录消灭制度。为有效克服犯罪圈扩张引发的犯罪标签泛化，可有条件地建立前科消灭制度，配合前述的犯罪分层体系，对符合要求的犯罪人注销犯罪记录并恢复法定的权利或资格，减少犯罪标签的负面影响。

四是要重视非刑罚处罚措施的完善。相较于刑罚制度，我国的非刑罚处罚措施在种类和适用上都存在不足，编纂《刑法典》需扩充非刑罚处罚措施的数量并强化其应用程序，真正激活非刑罚处罚措施的适用，发挥其在改造教育犯罪人、促进犯罪人与被害人之间的恢复性司法中的积极作用。

此外，还要丰富法定量刑情节，使其包括犯罪的动机、目的，犯罪时所受的刺激，犯罪的手段，犯罪人的生活状况、品行、智识程度，与被害人的关系，违反义务之程度，犯罪所发生的的危险或损害，犯罪后的态度等多种情节；同时要将对分则中针对贪腐犯罪而设置的退赃退赔从宽情节上升到总则针对所有的财产犯罪和经济犯罪，以实现官民平等。

3. 立法模式层面

正如《民法典》与知识产权法、消费者权益保护法等特别民法并行不悖一样，《刑法典》也同样能与附属刑法等特别刑法并存。习近平总书记指出：“要研究丰富立法形式，可以搞一些‘大块头’，也要搞一些‘小快灵’，增强立法的针对性、适用性、可操作性。”我们编纂《刑法典》的同时，可推动附属刑法的落地。

刑法属于保障法，刑事违法性的认定受到前置法的制约，尤其是在法定犯领域，如刑法中的假药、劣药、有毒有害食品、金融凭证、个人信息等概念，需要参照前置法的规定。以刑法修正案（十一）新增的侵害英雄烈士荣誉、名誉罪为例，如果离开《英雄烈士保护法》对英雄烈士的定义，该罪的规制范围将难以确定。因此，随着刑法中法定犯的数量远超自然犯，学界支持附属刑法的声音日渐强大，厘清刑法典和特别刑法之间的关系、确保整体法秩序的统一，成为编纂《刑法典》必须解决的问题。可将对前置法依赖性大、发展变化快、以违反前置法的具体规定为前提的法定犯直接规定在行政法和经济法中，从而形成以《刑法典》为主、附属刑法为辅的科学、完整的刑法规范体系。

（作者为中国社科院法学所研究员、刑律室主任，中国刑法学研究会副会长）

《东方法学》 精华推荐

（2022 年第 3 期）

主办单位：上海市法学会
上海人民出版社

【智慧法治】

个人信息保护的公共利益考量

作者：高志宏（南京航空航天大学人文与社会科学学院教授、法学博士）

摘要：公共利益相对优位性这一价值位阶规律构成了公共利益适当限缩个人信息权益的正当性基础，国内外立法也普遍将公共利益作为处理个人信息知情同意机制的例外情形。利益冲突的多样性决定了个人信息保护的复杂图景，救济不力的困境更是我国个人信息保护的现实关照。我国个人信息保护法中的公共利益条款存在公共利益内涵外延模糊、代表机制缺失、行使规则滞后等问题，导致因公共利益泛化滥用侵犯个人信息权益现象，这在突发公共事件应对中尤为明显。

在我国制定统一个人信息保护法的时代背景下，个人信息保护法治建设重点应发生转变。宏观层面，应采取公私法协同推进的多元化法治路径，充分发挥部门法功能，建立综合治理模式，并实现个人信息保护法制体系内部的统一和协调。中观层面，应确立法律授权、目的正当、最小比例、安全保障等公共利益限制个人信息权益的基本原则。微观层面，应当从界定公共利益的内涵外延、明确公共利益代表主体、健全个人信息保护救济途径等方面构建公共利益限制个人信息权益的具体规范。

【理论前沿】

环境法典编撰的宪法依据及合宪性控制

作者：张震（西南政法大学行政法学院教授、博士生导师）

摘要：环境法典编纂坚持宪法依据，这既是对环境法典法律地位及编纂质量的要求，也对宪法的全面实施及发展具有重要意义。宪法上与生态文明建设有关的条款构成环境法典编纂的规范与制度依据；宪法上确认的习近平新时代中国特色社会主义思想与中国共产党的领导地位、以人民为中心、国家治理、依法治国、关于环境资源等理论构成环境法典编纂的规范依据。

明确环境法在法律体系中的独立地位、论证环境法典的基本法律地位、在其第 1 条明确规定“根据宪法，制定本法”，是环境法典编纂启动后必备的三个步骤。为了确保环境法典编纂的合宪性、质量以及实现其预期法律功能，应该从标准、程序及基准等三个方面进行有效的合宪性控制。合宪性控制的标准包括宏观标准、中观标准、直接标准和间接标准；程序从主体、阶段、方式等维度展开；基准包括严格、中度、宽松三个层面。

【民法典】

论民法典网购合同成立时间规则的适用

作者：石冠彬（华东师范大学法学院教授、法学博士）

摘要：理论界与实务界对网购合同成立时间的认定分歧，主要源于对“网购链接”的性质存在不同认识。为规制电商平台恶意“砍单”，电子商务法第 49 条第 2 款否定了电商平台通过格式条款与网购用户约定“合同自发货时成立”这一商业惯例的合法性；在网购合同成立时间这一问题上，民法典虽然大体上延续了电子商务法的立场，但并未吸收前述条款的内容。

基于网购合同特殊性的考量，为最大限度平衡交易双方的合法权益，宜认定民法典第 491 条第 2 款并未直接废止电子商务法第 49 条第 2 款，而是将网购合同成立时间格式条款的效力问题纳入第 496 条和第 497 条的体系中予以考量；后者的适用范围应当作限制解释，只要网购平台以明示的方式提醒了网购用户前述关于合同成立格式条款的存在，就应当认定该格式条款有效；若网购平台未履行这一提示义务，则格式条款无效。