



# 刑法

## 2021年中国刑法学前沿观点回顾

### 前沿话题

□ 刘艳红（中国政法大学刑事司法学院院长）

#### 一、刑事立法的总体回顾

2021年《刑法修正案(十一)》正式出台,及时回应了社会关切的问题,进一步严密刑事法网打击违法犯罪,在维护风险社会的安全方面具有重要意义。对于《刑法修正案(十一)》所渗透的刑事立法理念及具体条文司法适用的解读是本年度刑法学界研究的重中之重。

在宏观方面,刑法学界围绕刑事治理模式、刑法典化、增设新罪的原则等议题展开争鸣。其一,《刑法修正案(十一)》标志着我国刑事立法从消极立法转变为积极立法,对于是否应坚持以及在何种程度上坚持积极刑法规,有学者主张我国当下需要采取积极刑法规,通过增设新罪来满足保护法益的合理要求,但是积极刑法规不是所谓激进刑法规,并非主张随意增设新罪,应按照谦抑的法益保护原则增设新罪;另有学者提出应对《刑法修正案(十一)》的积极预防性刑法规值得反思,刑法规应避免成为单纯的社会控制手段,应当重返以自由和人权为核心的刑法,防止积极预防性刑法规演变为激进式刑法规。其二,在民法典出台后,关于如何推进我国刑法规典化以及刑法规修订方式,有学者认为我国现行刑法规即为刑法规,不应继续采取统一刑法规立法模式,当务之急是在其他法律中规定行政犯,从而为将来全面修订刑法规创造条件;另有学者提出在新时代有必要按照法典化的高要求打造刑法规的“升级版”,全面修订刑法规需要大幅度提升法律的现实性、整合性和系统性,并不排斥在特殊情形下颁布单行刑法规,但不宜再制定附属刑法规;还有学者认为刑法规修正案契合我国的法典化传统应予坚持,可以通过刑法规修正案的方式对刑法规进行重要修改与全面修改。

在微观层面,学界针对《刑法修正案(十一)》新增罪名的立法意义与司法适用进行探讨。在金融犯罪领域,有学者认为洗钱罪的处罚范围扩大且惩罚力度加强,对于防止金融领域的“失范”,维护国家安全和经济安全具有重要意义。在生物安全风险领域,有学者指出以总体国家安全观为基础的理性积极预防立法兼具预防性与回应性,既能类型化地预防潜在的生物安全风险,又填补了既往生物安全犯罪的立法漏洞。在侵犯知识产权犯罪领域,有学者提出相关罪名的适用应注重与修改后的著作权法、商标法等前置法相衔接,在妨害社会管理秩序犯罪领域,有学者认为将高空抛物、暴力抢夺方向盘、非法讨债等行政违法行为升格为犯罪,有助于维护公共秩序以及公民的生命安全和身体健康;另有学者认为这些行为设立为轻罪,在取得积极社会治理功效的同时,可能引发不容忽视的负面后果泛化问题,建议建立与微罪惩处相配套的前科消灭制度。还有学者就侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象提出,“英雄烈士”的内涵应是为国家、民族和社会的发展英勇牺牲的仁人志士,外延仅限于“故去的烈士”,不包括“活着的英雄”。

#### 二、个人信息犯罪治理的持续关注

民法典、数据安全法、个人信息保护法相继颁布实施,对于个人信息犯罪的治理产生重大影响,受到学界的普遍关注。立足于宏观视角,不少学者结合教义学理论对侵犯公民个人信息罪的保护法益进行全新解读,研究日益深入。有学者提出侵犯公民个人信息罪的法益观应从私法角度转向公法角度,不是私法上的个人信息自决权,而是公法上的个人信息保护权;也有学者提出本罪的保护法益需要立足于个人的匿名性存在来解读,其内容具有一体两面性,包括个体权利和社会权利;另有学者认为本罪的保护法益应当完整概括为公民个人信息自决权及相关社会交往利益。

立足于微观视角,许多学者结合民法典、个人信

息保护法等前置法对侵犯公民个人信息犯罪在司法实践中的具体问题提出新的见解。有学者对侵犯公民个人信息罪的行为对象是否包括已公开的个人信息进行分类限定;在此基础上,也有学者提出以“合理处理”作为阻却擅自处理已公开的个人信行为刑事违法性之正当化事由,并设计类型化的实质出罪机制;另有学者深入阐释侵犯公民个人信息罪构成要件要素中“违反国家有关规定”这一空白规范的功能定位及适用限;还有学者对委托处理个人信息中委托人和受托人的刑事责任进行细致认定。

#### 三、涉未成年人犯罪治理的全新规定

《刑法修正案(十一)》以及新修订的预防未成年人犯罪法在主体范围、罪名设置、处遇措施等方面对从严治理涉未成年人犯罪提出一系列新思路、新举措。关于相关法律规范的理解与适用成为学界研究的热点。

第一,关于降低刑事责任年龄的问题。在未成年人犯罪呈现低龄化的背景下,有学者反对降低刑事责任年龄,认为下调刑事责任年龄的目的是为了实现了犯罪规制,其本质是以民法思维代换刑法逻辑,是对刑事责任年龄制度背后法理的根本性误解;有违最少责任干预原则和未成年人最佳利益原则;也有学者赞同有限降低刑事责任年龄,认为刑法规必须迎合社会生活的实际需要,并从刑罚论的视角提出刑事责任年龄的新修正符合未成年人司法的刑罚目的需求,刑罚适应能力以及刑罚必要性;还有学者认为降低刑事责任年龄虽具有一定现实意义,但破坏了刑法规刚性和稳定性,必须通过严格解释适用条件来限制适用范围。

第二,关于负有照护职责人员性侵罪的理解与适用。有学者认为本罪的保护法益是已满14周岁不满16周岁的未成年女性的性自主权;在此基础上,也有学者主张可以将本罪理解为针对性自主权的抽象危险犯,既能够解释其处罚根据,与其法定刑配置相适应,又能够和强奸罪之间划清界限;但另有学者

认为本罪的保护法益应界定为青少年免受侵扰的性健全发展权,以便厘清本罪与强奸罪的关系以及“情节恶劣”进行精细化解释。

第二,关于专门矫治教育的理念遵循与实践应用。有学者提出专门矫治教育应遵循特殊保护触法未成年人与保障社会安全秩序的双向保护理念;另有学者提出未成年人矫治教育的理念和范式应从教养式矫治向修复式教育转变;还有学者提出专门矫治教育应遵循最有利于未成年人原则之价值取向,以促进触法未成年人顺利回归社会为根本目标,将核心功能定位为保障触法未成年人权利,形塑科学化、社会化、司法化的专门矫治教育运行机制。

#### 四、刑事合规出罪模式的积极探索

由于企业合规可以通过免除企业的主观罪过、履行法定的管理义务、接受合规考察、消除潜在的制度隐患三种出罪模式,故在引进欧美国合规制度的过程中,如何提高企业合规制度与我国现行刑法、刑事诉讼法等法律条文的兼容性、匹配度,如何构建中国特色的合规出罪机制,在理论界和实务界引起激烈的讨论。其一,有学者主张从我国刑法规可以推论出单位责任是组织体自身的责任。在组织体责任模式中,企业合规是单位履行注意或结果回避义务的方式,完全可以通过履行法定的管理义务起到排除责任或者减轻责任的作用,实现我国实体法中的出罪或责任减免机制。其二,也有学者提出,刑事合规工作要求企业法人对其内部员工履行防范其从事违法犯罪活动的监管义务,这一监管义务在刑法规教义学体系内通过作为义务与基于新过失论而衍生出的客观注意义务即通过影响犯罪构成的客观构成要件部分过失而出罪。其三,另有学者结合最高检开展企业合规改革试点工作形成的合规不起诉制度而提出,对于那些已经构成犯罪的企业而言,通过接受合规考察、重建合规管理体系,消除既有商业模式和经营方式中的“犯罪因素”,可以说服检察机关作出合规不起诉的决定。

## 我国刑事合规规范化的刑事立法更新思路

### 前沿观点

□ 韩轶（中央民族大学法学院院长、教授、博士生导师）

刑事合规从我国学界兴起,目前已经开始了实践性的探索,这是理论研究逐渐深化影响实践的优秀范例。探索推进刑事合规,需要研究的不仅是刑事合规这一概念表层含义的理论探索,更需要在刑事立法的视角下去思考如何推动刑事合规的规范化发展和立法整合。

实际上,刑事合规本身就同刑事立法密切相关。刑事合规以单位主体犯罪范围的显著扩张为基础条件。近年来,单位犯罪的罪名范围显著扩张,在单位刑事责任扩张的同时,单位犯罪的刑事责任模式从以往的报应向预防转型也越发重要,而刑事合规的核心要义就在于企业刑事犯罪风险的被动承受向主动预防转型。同时,刑事合规又是落实单位犯罪领域“宽严相济刑事政策”的重要途径。因此,刑事合规在我国实践中的规范化发展,必然要通过刑事立法的方式进行确立。

学界目前关注较多的,是在刑事诉讼法层面

上,对因刑事合规引发的不起诉、认罪认罚从宽的程序性规范予以立法确认,但刑事合规的规范化适用,刑事实体法层面也必须进行对应性的更新。

首先,在刑法总则层面注重对刑事合规的正向激励立法。

例如,可以在刑法总则第二章第四节规定的单位犯罪法条中,增设规定。如果单位能够证明在其犯罪行为为发生之前,业已确立旨在防止该类犯罪行为为的刑事合规制度并且该制度得以有效运行,则可以说明单位已经尽到注意义务。犯罪行为的发生具有意外事件的性质,因此单位可以免于承担刑事责任。上述规定实际上是在刑事实体法层面确立了合规免责制度,来激励企业建立并认真执行合规制度。

同时,在刑法总则第四章刑罚的具体应用中,可以将刑事合规作为一个独立的量刑制度。在量刑时,考虑企业内部刑事合规管理系统的建立要素。同时可以考虑,即使是在犯罪行为发生后才被确立的合规系统,也是具有积极意义的事后行为而产生从轻、减轻处罚的作用。当然,事前已建立合规系统和事后才建立合规系统的应当在刑事责任评价上有一定的区别。还可以针对前罪因为合规予以不起诉或者量刑从轻、减轻后,单位短期内再次犯罪,设定特殊的

从重处罚条款,或者再次享受合规激励的限制条款。

值得注意的是,目前学界很多主张对单位适用资格刑,限制单位从事特定业务领域,并将其引入到刑事合规领域,即在合规不起诉的方案中明确限制企业从事特定业务。此种主张,实际上是通过刑事合规引入了一种资格刑。但是,单位和自然人在资格刑领域有着明显的不同,自然人限定从事特定领域职业往往只是限制个人职业选择,对个人的影响相对较小;限定单位从事特定领域业务,不同的单位影响差异则很大。部分单位的主营业务领域比较单一,如果禁止单位从事该主营业务,实际上就是宣告了单位的“死刑”。这同资格刑的辅助性定位不符,也违背了通过刑事合规促进企业合法健康发展的初衷,也同罪责刑相适应原则冲突。因此,在合规不起诉方案中,对于禁止单位从事特定领域业务,应当进行区分。只有在涉案单位从事该特定领域业务,确实存在再次犯罪的刑事风险,并且涉案单位从事多种业务领域,禁止该特定业务领域,不会导致涉案单位难以继续经营时,才可以考虑适用。

其次,在刑法分则层面可以增设刑事合规的负向激励罪名。

刑事合规不仅对企业自身防范刑事风险具有重要意义,同时也是企业积极履行社会责任的体

现。对于特定领域的企业,建立刑事合规可以上升到刑事义务层面。目前域外已经有许多类似的立法,例如,英国2010年《反贿赂法》中就规定了“商业组织预防贿赂失职罪”实际上就是针对企业未能建立商业贿赂合规机制的处罚。2017年,又增设“商业组织预防逃税失职罪”,企业的分公司、子公司、第三方或者员工有逃税行为,只要企业没有建立合规计划,就推定构成该罪。

我国刑法分则中的拒不履行信息网络安全管理义务罪,实际上就包含着一定的合规刑事义务要求。后续我们可以考虑在分则中增设专门的合规失职罪名,特别是对于适用了合规不起诉制度后,未认真履行合规方案的,可以优先考虑增设相关罪名。从而实现刑事实体法同刑事诉讼法合规不起诉制度之间的对应和衔接。

刑事合规已然从理论走向实践,后续要不断推进,必然要通过立法的模式实现规范化发展,也只有这样才能真正实现刑事合规的主动预防功能。而刑事合规相关刑事立法的完善,既需要理论的继续深入研究,也需要司法实践部门的积极参与,目前的合规不起诉制度试点工作,正是为后续立法更新积累实践经验。

## 跨文化交际与法律翻译人才培养

### 前沿关注

□ 黄英

“一带一路”布局为推动构建新型国际合作关系,实现中国与沿线其他国家共同发展奠定基础。但随着各国交流日益密切,合作愈发深入,对有跨文化交际需求的法律翻译人才也提出了更高要求。跨文化交际法律翻译人才培养也成为当前我国一项紧迫而重要的战略任务。通过构建科学合理的法律翻译人才培养计划,搭建跨文化法律翻译人才交流平台,提高跨文化法律翻译师资队伍建设和开展“走出去”的国际交流合作模式、培养法律翻译人才的跨文化交际意识等六个方面进行设计,旨在为我国“一带一路”背景下跨文化交际法律翻译人才培养提供可靠、可操作性“中国模式”。

跨文化交际是指不同民族、不同文化、不同语言的文化交流,通俗来讲就是在人际交往中,我们需要尊重、理解其他文化,注意异国文化中的忌讳、要求、特点等,从而更好更融洽地去看、沟通、学会跨文化交际,不仅能够拓展个人视野,增强交际能力,在全球化背景下具备跨文化交流的人才也成为国家文化软实力的重要组成部分之一。

跨文化交际对法律翻译人才的培养起到了重要的作用,尤其是在“一带一路”的背景下,中外合作越来越深入,具备跨文化交际能力的法律翻译人才已经成为重要的人力资源和人才储备,运用跨文化交

际理论培养法律翻译复合型人才也成为未来发展趋势,为我国法律翻译的人才培养模式提供了新思路,明确了新方向,进一步促使我们在翻译人才培养过程中由单一化培育向创新型和实用型转变,有助于推动中外交流,尤其是法律层面的交流学习,进一步消除隔阂,加深国际交流合作。

构建科学合理的法律翻译人才培养计划。在“一带一路”背景下,法律翻译人才是非常重要的人力资源,在推动中外深度交流合作中起着至关重要的作用,而在这样的背景下,一名合格的跨文化交际法律翻译人才需要具备的素质,就是具有国际性视野,知晓国际法律知识,独立参与涉外法律翻译,深度理解国外文化的复合型人才。而目前具备以上素质的法律翻译人才匮乏,所以从国家政府层面应该制定合理科学的人才培养计划,从“一带一路”创意角度出发,深入剖析我国和“一带一路”沿线各国实际需求,立足未来发展模式制定相应的人才培养计划,同时还可以依托高校师资力量,以开展高校为主导的翻译人才培养模式,以此来提升国内法律翻译者的技能和业务能力。

提高跨文化法律翻译师资队伍建设和。随着“一带一路”各国高度融合发展,建设一批高水平涉外法律翻译人才迫在眉睫,而培育具备跨文化交际意识、高水平的法律翻译专业教师则是重中之重,而这种类型的教师资源非常稀缺,目前绝大多数高校的法律翻译教师多为传统的翻译专业出身,他们并不专长于法律理论与实践,所以当前建立一支跨学

科的法律翻译教师队伍刻不容缓,只有师资队伍强大了,才能有效培养一大批跨文化法律翻译人才,才能更好地融入国家发展战略。首先,培养本土化法律翻译教师,需要根据人才培养和社会需求,鼓励法律翻译教师到国外知名大学进修和学习,深入浅出地理解国外法律翻译语境和内容,提升教师跨文化法律教学与研究能力;其次,鼓励法律专业教师进行跨学科研究转型,成为既有法律专业背景又有翻译能力的复合型人才,从而满足高层次、复合型人才培养需要;最后,可以从法律实务部门或律师事务所聘请具有实战经验的法律人才担任学校兼职教师,引进国外法律人才担任学校法律专业的指导老师,更好地实现跨文化交流与学习。

开展“走出去”的国际合作交流活动。“一带一路”背景下跨文化交际法律翻译人才的培养还需要具备国际化视野,立足于走出去战略,进一步提升人才培养效果。首先,探索与国外高校合作办学模式,以国际发展需求为导向,成立法律翻译订单班,国内高校和国外高校共同制定课程标准和教学任务,从而达到文化交流、融合的目的,在此模式下培养具有国际视野的法律翻译人才;其次,充分发挥传统文化优势,在人才培养中实行文化走出去举措,在培养跨文化法律专业人才时必须立足传统文化,从传统文化中汲取养分,使涉外翻译人员在工作时,不仅能够实现跨文化翻译,同时还能够展示中华文化的吸引力,做中华文化的传播者、践行者;最后,积极借鉴国外人才培养模式,立足传统,放眼世界,充分

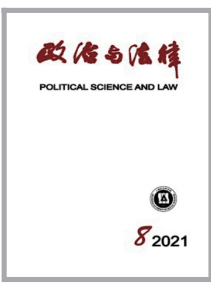
吸收国外有益经验并为我所用,从而体现中国模式、中国气派的跨文化法律翻译人才培养模式。

培养法律翻译人才的跨文化交际意识。成为合格的“一带一路”背景下跨文化法律翻译人才需要同时具备较高的语音功底和深厚的法律知识,也就是合格的涉外法律翻译人才不仅要熟练掌握自己的母语,熟悉本国的法律文化,同时还需要提高跨文化法律翻译意识,熟知外国文化和法律体系,将专业法律知识翻译与国外文化结合,开展专业涉外法律翻译。而中外文化由于发展程度、语言、宗教信仰等存在较大差异,随着中外交流愈发频繁,需要法律翻译人才掌握更多语言文化差异知识,才能得出准确、完整的翻译结果,才能够体现出翻译人员的专业素养水平。所以,法律翻译人才尤其是涉外法律翻译人才,应从自身角度出发主动融入国际法律翻译学习与训练中,通过欣赏国外电影、报刊,时事政治、民族文化等,进一步了解“一带一路”国家的文化差异,提升对国外法律翻译的理解,从而提高翻译人才的跨文化层面的交际能力,使翻译达到“信达雅”之效果。

“一带一路”发展战略是实现我国对外开放伟大布局的关键环节,跨文化交际法律翻译人才作为“一带一路”国际交流合作的关键,承担着重要的职责和使命,对国家经济和“一带一路”的发展具有重要影响。通过对“一带一路”背景下跨文化交际法律翻译人才的培养进行探析,针对性地提出人才培养方案和举措,为“一带一路”倡议的实施提供高质量的法律服务和法律保障,才能真正满足“一带一路”倡议的涉外法律需求。

### 观点新解

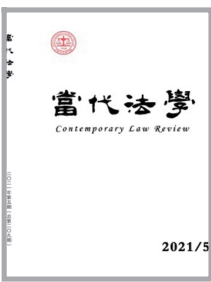
#### 魏斌谈智慧司法之法理反思——直面实践问题背后的本质



浙江大学光华法学院魏斌在《政治与法律》2021年第8期上发表题为《智慧司法的法理反思与应对》的文章中指出:

智慧司法进入了全面应用的阶段,也产生了新的实践问题。智慧司法之法理反思直面实践问题背后的本质,从本体论视角批判性分析法律代码化、审判模式重塑和审判权嬗变等困境。从方法论视角反思“同案同判”、道德推理和价值判断、法律预测等法律方法的功能替代效应。从技术视角反思智慧司法自身面临的大数据挖掘难题、算法偏见和其他技术瓶颈。法理反思不是为限制智慧司法,而是探究问题背后的深层次原因,找到解决问题的思路 and 方案。法理反思的价值在于引导智慧司法理解法理,遵循司法规律,满足司法实践的需求,使之与法律人的思维和方法相适应,推动人工智能等新技术与法律的深度融合。

#### 王滢谈公司决议行为——内在构造呈现为双阶结构



南京大学法学院王滢在《当代法学》2021年第5期上发表题为《公司决议行为的双阶构造及其效力评价模式》的文章中指出:

公司决议行为性质上为法律行为,内在构造呈现为双阶结构,即个体法层面的各表决权人的意思表示以及团体法层面的法律行为。决议效力评价应分阶段进行,第一阶段考察各项意思表示的品质,主要涉及行为能力、虚伪表示、欺诈、胁迫等类型。第二阶段考察团体法层面的法律行为效力,主要是合法性和妥当性控制以及程序瑕疵的评价。第一阶段不考虑合法性和妥当性问题,第二阶段则不考虑意思瑕疵问题,这样的双阶评价模式,构造清晰且具有可操作性,既保障了决议的自治基础,也为合法性、妥当性及程序性控制安排了合理的位置。

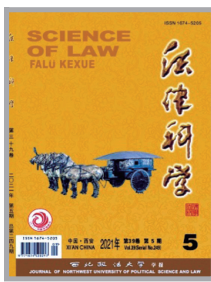
#### 田力男谈远程侦查讯问——体现了新技术在刑事诉讼中的嵌入



中国人民公安大学法学院田力男在《中国刑事法杂志》2021年第5期上发表题为《远程侦查讯问程序问题研究》的文章中指出:

远程侦查讯问在疫情期间应用渐增,体现了新技术在刑事诉讼中的嵌入。其具有提高诉讼程序生产力和维护程序自身的和平性的价值,但其实践也对刑事司法传统理论和规则造成冲击。未来应探索搭建技术运用的程序正当理论分析框架,据此明确远程侦查讯问的适用范围,完善权利结构并进行“准诉讼化”改造,优化要素配置以重构科技与人力分工协作机制,引进他项技术以形成技术性制衡等,从而解决远程侦讯程序在刑事司法和科学技术衔接应用中出现的主要问题,从长远角度为远程侦讯常态化提供论证。

#### 余佳楠谈考察数据取回问题时——应将数据与载体、信息区分对待



中国社会科学院法学研究所余佳楠在《法律科学》2021年第5期上发表题为《企业破产中的数据取回》的文章中指出:

破产取回的一般要件为:客体应具备可确定性,当事人应享有取回权。数据的破产取回,应以此为基础针对数据的特性作出具体调整。在考察数据取回问题时,应将数据与载体、信息区分对待。在载体与虚拟层面能确定的数据,可成为破产取回的标的。当事人对数据是否享有取回权,根本上取决于相关数据是否属于破产债务人;而数据权属的判断,应以合同约定为基础,亦即应当认可数据权属约定在破产程序中的可执行性。合同约定存在争议时,应考虑交易习惯与行业规则,予以解释。

(赵珊珊 整理)