

犯罪圈与刑法修正的结构控制

白建军*

内容提要 对刑法修正是否犯罪圈非理性扩张的问题,本文以一个“看得见的犯罪圈”作为检验工具,对刑法修正的合理性进行实证检验。在范伯格犯罪化理论的犯罪定义学再解读的基础上,以我国刑法新老文本全部罪名为样本进行比较观察,研究发现一个犯罪圈三环结构。其中心部分由所有可还原为暴力、偷窃、欺骗的典型犯罪构成,中环部分由典型性较弱的定制之罪构成,外环部分是犯罪圈的模糊边界。犯罪圈的三环结构及其比例分布与深埋在大量法条中的某些理论原则相暗合。将20年来刑法修正涉及的一百多个罪名导入三环结构后发现,有69.6%的新罪名和78.3%的放宽入刑范围罪名分布在犯罪圈的中心,是严密典型犯罪刑事法网的正常操作;26.8%的新罪名和18.3%的放宽入刑范围罪名分布在犯罪圈的中环,使某些不典型犯罪为什么入刑获得部分解释;只有3.6%的新罪名和3.3%的放宽入刑范围罪名落入犯罪圈边界,存在一定超越应然犯罪圈边界的风险。基于严而不厉理念和结构控制方法,本文提出,未来刑法修正应体现“结构还原”、“比例控制”、“罪刑有序”三个原则。

关键词 犯罪圈 犯罪化 刑法修正 严而不厉 结构控制

一、犯罪圈边界何在

自1997年刑法颁布施行至今20年来,围绕着犯罪圈的扩张是否已经超越合理界限问题,肯定说认同多年来的修刑成果,认为基本上不存在超越犯罪圈合理边界的问题。陈兴良教授对推进犯罪化表示了肯定的态度,认为中国现行刑法规定的犯罪,虽然有个别可以废除,但主要的问题还不是非犯罪化,而是犯罪化。^① 张明楷教授也认为,我国当前的主要任务不是实行非犯罪化,而是应当推进犯罪化。^② 卢建平教授认为,现阶段我国刑法仍处于“小而重”的状态,即犯罪圈狭小、刑罚过重。扩大犯罪圈,使刑罚宽缓化是我国刑法发展的必然趋势,符合我国的刑事法治现实。犯罪圈的扩大并不必然

* 北京大学法学院教授。本文得益于赵兴洪等几位学者诚恳的修改意见,在此一并致谢。

① 参见陈兴良《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第8页。

② 参见张明楷《日本刑法的发展及其启示》,载《当代法学》2006年第1期。

违背谦抑性原则^③。

持否定说或怀疑论的学者中,刘艳红教授明确表示,重刑轻民的中国法律传统在当今社会以对刑法的过度迷信与依赖、以不断设立新罪的方式变相地表现出来。……今后我国刑事立法应该停止刑法调控范围的扩张,拒绝进一步的犯罪化,并适当实行一些犯罪行为的非犯罪化。^④何荣功教授也提出了“过度刑法化”的问题,并列举了过度刑法化在思维上的表现:当社会中出现某种问题时,国家和社会民众总会情不自禁地想到动用刑法解决。我国刑法立法和司法上的过度刑法化现象,也是“过度刑法思维”的表现与外化。^⑤比如,立法上刑法之手不适当地伸向民事经济领域,导致调整对象的过度化。有学者发现,犯罪圈的扩张可能是犯罪率上升的一种解释。这几年盗窃犯罪案件数量的上升很可能也是因为《刑法修正案(八)》将多次盗窃、扒窃等行为规定为犯罪的结果。^⑥有学者担心,预备行为实行化;既遂形态前置化;行政民事违法行为不断进入刑法制裁的视野。刑法前置化立法的现实结果是导致行政民事违法行为与刑事违法行为之间的界限消失,导致罪名形式化、空洞化、黑洞化,导致刑法自治性的削弱^⑦。

不难看出,不同立场的背后,似乎各自心目中都有一个合理、适度的犯罪圈,只不过持肯定说的一方认为,目前的刑法修正尚未超越这个犯罪圈的范围;而持否定说的一方则认为,刑法修正已经或者正在超出这个犯罪圈范围。至此,我们自然有理由怀疑,双方所认定的是否是大小一样的同一个犯罪圈?如果所认定的犯罪圈很大,对刑法修正的过程和结果自然持肯定态度;同理,如果所认定的犯罪圈本身就较小,对同样的刑法修正当然可能持否定态度。因此,与“犯罪圈大一点好还是小一点好”这种似是而非的命题相比,笔者认为,讨论刑法修正的一个前提性问题是,犯罪圈的真正范围到底有多大?其实际边界到底在哪里?如果各自所参照的犯罪圈范围并不一致,那么肯定或否定都变得没有意义。从这点上说,关于刑法修正肯定与否定之争的实质,其实是犯罪圈的界定之争。因此,犯罪圈研究首先有三个问题需要澄清:

(一) 增设罪名放宽入刑范围与犯罪圈扩大

有观点认为,似乎只要增设了罪名或放宽了入刑范围就是扩大了犯罪圈。其实,“增设罪名”、“放宽入刑范围”、“犯罪圈扩张”应该是不同的概念。犯罪圈可以分为应然的(合理的)和实然的两种。在应然或合理的犯罪圈之内,增设罪名只意味着严密法网;而超越合理的犯罪圈,增设一个罪名也意味着超越了刑事制裁的必要限度。同理,在罪名数量不变的前提下,放宽某个原有犯罪的入刑条件,也不必然带来犯罪圈非理性扩张的结果,而可能是严密法网的另一种操作。只有对实然的犯罪圈来说,增设罪名及放宽入刑条件才无异于犯罪圈的扩张。目前,大多数讨论集中在增设某个新罪或放宽

^③ 参见卢建平、刘传稿《法治语境下犯罪化的未来趋势》,载《政治与法律》2017年第4期。

^④ 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。

^⑤ 参见何荣功《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。

^⑥ 参见齐文远《修订刑法应避免过度犯罪化倾向》,载《法商研究》2016年第3期。

^⑦ 参见孙万怀《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》,载《政治与法律》2016年第3期。

某个现有罪名的入刑条件是否合理,因而只是相对实然犯罪圈而言的讨论,尚未聚焦应然犯罪圈的边界到底在哪,以及如何以这个意义上的犯罪圈为参照系反观某个行为的入刑及其条件问题。^⑧ 鉴于此,本研究将试图构建一个应然犯罪圈边界的判断标准,在这个范围以外的行为,新增罪名或放宽入刑范围才可能超出犯罪圈的合理限度。否则,便只是完善立法的正常作业。

(二) 犯罪圈范围与边界的确定

似乎只要围绕某些标志性行为进行辨析,就能确定犯罪圈的大致范围或边界。其实,应然寓于实然之中,每个实定法规定的罪名背后,都隐约可见某些犯罪化正当性理论、原理、原则。没有哪个立法者会承认,虽然未获任何犯罪化正当性理论的支持,某个行为反正必须入刑。如果避开犯罪圈与全体个罪之间的这种相依关系,关于犯罪圈的争论所列举的个罪便不具有共同参照物,因而失去可比性。因此,犯罪圈研究应该从大量个罪中挖掘、还原、再现犯罪化的应然理论、原则,从而发现应然的犯罪圈所在。而不应当脱离全体个罪,有选择地将某些个罪当成证成或证否某种立场的根据。

(三) 犯罪圈的组成结构

似乎某些罪名串联而成一条线,首尾相连形成的空心圆便是犯罪圈了,里边是犯罪,外面与刑法无关。其实,犯罪圈很可能是一个多层级结构组成的实心圆。至于哪些犯罪在犯罪圈中分布在哪个层级,与许多因素有关。广义上,所有立法者、执法者、司法者、民众、舆论、学者都在参与犯罪圈的设定,都是犯罪定义的主体。既然主体是多元的,不同主体对什么应当是犯罪就会有不同的理解。所以,应然犯罪圈也不是唯一的,而是多元的。于是,当多种应然犯罪圈叠加在一起,共同聚焦某些行为时,这些行为就无可争议地进入实然犯罪圈,并位居其核心部分。当围绕某些行为应否入圈的问题,不同定义主体基于不同的应然犯罪圈理解持有异议时,这些行为就可能构成罪与非罪之间的过渡地带。所谓犯罪圈边界之争,往往就发生在这个过渡地带。即使不考虑刑法修正,就是在现行刑法的实然犯罪圈之内,也不是所有犯罪都具有同等强度的入刑理由。因此,行为是否入刑之争,刑法修正是否正当之争,其实都是应然犯罪圈之间的冲突。犯罪圈研究其实就是积累、比较、筛选各种应然犯罪圈,观察各种入刑理由的共识程度的过程。

总之,如果不用理论本身或者少数标志性行为直接取代犯罪圈边界,避免空对空地讨论刑法修正的正当性问题,就需要搭建一个满足一定形式要求的、应然寓于实然的层级结构。为此,本研究希望回答的问题是,现行刑法绝大部分犯罪背后的入刑正当性依据到底是什么? 这种正当性依据能否被操作化为某种“看得见”的层级结构,以便人们用来判断哪些行为位于该层级结构中的哪个部分? 据此,把近年来九个刑法修正案的

^⑧ 有学者指出,犯罪社会危害性标准降低或犯罪门槛下降与犯罪化、犯罪圈扩张等概念有密切联系,但并不完全相同。犯罪社会危害性标准降低必然会引起犯罪化或犯罪圈扩张的后果,但犯罪化或犯罪圈扩张的出现却未必出于犯罪社会危害性标准降低的原因。参见高铭喧、李彦峰《刑法修正案(九)立法理念探寻与评析》,载《法治研究》2016年第2期。

所有新增罪名和调整入刑条件的罪名导入这个框架结构进行实证观察,检验刑法修正到底是否或者在多大程度上突破了犯罪圈的边界。

二、犯罪化正当性理论与假设

除了要满足形式上的要求,犯罪圈研究的核心问题是,刑法面临着特别巨大的正当性压力:国家为何能用可危及生存的手段来惩罚公民,这个刑法学的基本问题,已经在大大小小的不同层面上讨论了几个世纪。^⑨对此,边沁曾基于功利主义,列出了不应当入刑的情况:其一,惩罚无理由,即不存在要防止的损害,行动总的来说无害。其二,惩罚必定无效,即不可能起到防止损害的作用。其三,惩罚无益,或者说代价过高,即惩罚会造成的损害将大于它防止的损害。其四,惩罚无必要,即损害不需要惩罚便可以加以防止或自己停止,亦即以较小的代价便可防止或停止。^⑩美国学者胡萨克也指出,过度犯罪化最致命的后果是导致对法律尊重的缺失。^⑪我国学者陈兴良教授曾提出,如果某个行为刑罚无效,刑罚可替代,刑罚太昂贵,便不应入刑。^⑫这些理论的共性是,都在回答什么行为不能入刑的问题。而应该犯罪化的行为到底应具有哪些普遍特征,还是需要正面回答的。

(一) 犯罪化正当性理论

1. 密尔的惩罚正当性理论

较早从哲学层面讨论惩罚权正当性问题的的是19世纪英国哲学家约翰·斯图亚特·密尔(John Stuart Mill, 1806-1873)。在《论自由》一书中,密尔开宗明义:探讨社会所能合法施用于个人的权力的性质和限度。^⑬对此,密尔的基本回答是:其一,个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害,个人就不必向社会负责交代。……其二,关于对他人利益有害的行动,个人则应当负责交代,并且还应当承担或是社会的或是法律的惩罚。^⑭在密尔看来,社会对个人的制裁权始于个人的行为“有害地影响到他人的利益”。就是说,惩罚的正当性仅仅来自于行为对他人的损害,否则,就构成对自由的非法限制。基于这一立场,密尔把那些违背损害原则的人称作“道德警察”,他们不可避免地会侵犯个人的合法自由。^⑮总之,只有对他人利益有害,才是惩罚权的正当根据。

2. 范伯格的损害+冒犯理论

在假定自由有限的前提下,美国法哲学家乔尔·范伯格在其著作《刑法的道德界

⑨ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔《刑法总论教科书(第六版)》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第23-25页。

⑩ 参见[英]边沁《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第217页。

⑪ 参见[美]道格拉斯·胡萨克《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第15页。

⑫ 参见陈兴良《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

⑬ 参见[英]约翰·密尔《论自由》,许宝骙译,商务印书馆2008年版,第1页。

⑭ 参见前引⑬, [英]约翰·密尔书,第112页。

⑮ 参见前引⑬, [英]约翰·密尔书,第101页。

限》中重新阐释了以损害原则为首的一系列限制自由原则,成为英美法语境中对犯罪化界限的经典表述。^{①⑥} 自由有限即“限制自由原则”,是指行为一旦超越这些原则所设置的道德界限,国家即可正当地将其犯罪化;反言之,国家将没有超出界限的行为犯罪化就是不正当的。^{①⑦} 乔尔·范伯格在本书中集中讨论了“国家可以将何种行为正当地犯罪化”问题,即刑罚威慑手段的合法性问题。^{①⑧} 按照范伯格的解释,犯罪化的基本依据就是损害原则,其次是冒犯原则。而法律家长主义和法律道德主义都不应成为犯罪化的正当性依据。

尤其令笔者感兴趣的是,范伯格对各种可能被犯罪化行为的层级分类。在范伯格看来,如果没有这种分类,损害原则便可能被滥用。他强调,损害原则必须尽量具体化,以便对“严重”程度作出区分;同时,如果可能,再提出如何根据其严重性将损害分类的方法。没有这些具体内容,损害原则很可能被用以论证国家可以毫无限制地干涉自由——因为说到底,人的任何行为在某种程度上对他人的权益来说都是有利有弊,这样一来,似乎所有的行为都该由国家来掌握了。^{①⑨} 用“损害”的误读来损害“损害原则”,这将对限制自由原则最大的损害。

具体来说,范伯格首先说明,刑法条文可以分为两类:一类是依据有效的道德原则而“具合法性”的刑法条文;另一类是综合考虑合法性及有用性、合理性、经济性、民意等因素的“正当”的刑法条文。^{②①} 在范伯格看来,刑法是针对一些更为基本的东西设立的,如杀人、殴打、强奸、窃取等行为。这些犯罪就是所谓基本犯罪,或称“原生犯罪”,也即自然犯罪。相比而言,对另外一类行为而言,刑法只是“后备惩罚”,如偷税、逃避兵役、无照行医、无医生处方发售处方药、无照驾驶、非法持有未经登记的枪支等,都属于衍生犯罪或法定犯罪^{②②}。在范伯格理论体系中,损害是构成犯罪化正当性的最重要理由。^{②③} 作为损害原则的重要补充,冒犯原则往往用作禁止淫秽(包含但不等同于色情)行为的正当依据。但要注意:其一,即使范伯格似乎比其他自由主义者更支持冒犯原则,他仍坚持认为,冒犯原则并不能成为将所有色情行为犯罪化的正当依据,当且仅当色情行为既淫秽又令人无可避开时,方可入罪。其二,冒犯原则与法律道德主义的区别在于,面对所谓淫秽行为,冒犯原则认为禁止的理由不在于淫秽行为本身“道德堕落”,而在于这类行为构成某种滋扰而对他人造成冒犯。^{②④} 而且,在范伯格看来,冒犯行为通常来说比损害行为要轻,因此在犯罪化的问题上,会存在更多的争议。^{②⑤} 其三和其四原则分别是

①⑥ 方泉《犯罪化的正当性原则——简评乔尔·范伯格的限制自由原则》,载《法学》2012年第8期。

①⑦ 参见前引①⑥,方泉文。

①⑧ 参见[美]乔尔·范伯格《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2013年版,第1页。

①⑨ 参见前引①⑧,[美]乔尔·范伯格书,第11-12页。

②① 参见前引①⑧,[美]乔尔·范伯格书,第4页。

②② 参见前引①⑧,[美]乔尔·范伯格书,第20-22页。

②③ 参见前引①⑥,方泉文。

②④ 参见前引①⑥,方泉文。

②⑤ 参见郑玉双《为犯罪化寻找道德根基——评范伯格的《刑法的道德界限》》,载《政法论坛》2016年3月。

“家长主义原则”和“法律道德主义原则”。按照家长主义原则,像醉驾、吸毒、不系安全带等行为均应入罪。按法律道德主义原则,像酗酒、私下淫乱、通奸、乱伦等行为,都应纳入刑事制裁的范围。对此,范伯格认为,个人自愿所做出的对自己造成损害、不利于个人美德的塑造或者只是违反社会道德标准的行为,比如吸食大麻、出卖卵子、自杀或卖淫、参加换偶活动等,并不会对其他人带来损害或冒犯,因此,这些行为不应被犯罪化。^⑤ 总之,范伯格认为,经适当澄清及限定的损害原则和冒犯原则即已穷尽所有刑事制裁的道德相关性理由^⑥。

3. 范伯格理论中的犯罪定义学延伸解读

除了论证方法上的由里及外、虚实呼应以外,范伯格理论中还深藏着一个犯罪学问题: 损害、冒犯与吸毒、酗酒、淫乱等行为之间除了应否入刑的界限以外,还有哪些关系? 不难看出,在范伯格理论中,如果损害、冒犯不入刑; 如果吸毒、酗酒、淫乱等行为入刑,都是对限制自由原则的违背。因为损害、冒犯等行为侵犯了他人的自由,而将吸毒、酗酒、淫乱等行为入刑则同样是对公民自治自由的侵犯。虽是两种侵犯,但侵犯就是侵犯。只不过在绝大多数人看来,第一种侵犯肯定是侵犯,而第二种侵犯是否构成侵犯,就可能随着评价者自身的取向、观念、文化等方面的差异而有所不同。于是问题就变成,一个行为是否被犯罪化,取决于该行为本身还是评价者、犯罪定义者? 用犯罪学的话来说就是,把何种行为定义为犯罪取决于犯罪定义的对象,还是归因于犯罪定义者自身主体性因素的影响? 一直以来,罪为因,刑为果,似乎天经地义。其实,犯罪化是个对象化过程。其中,从应然的角度看,犯罪定义的对象,也即刑法评价的行为,应该是因,被犯罪化是果,正所谓风动,所以幡才动。但在实然角度上看,制作犯罪定义的主体实际上具有很大的多样性、能动性,甚至局限性,会从各种可能的意义资源中根据自身需要和偏好灵活选用标准、规则,将其黏贴到定义对象身上。于是,既非风动又非幡动,而是心动——犯罪化过程难免受到各种来自定义者自身的价值取向、主观偏好、特殊利益、认知局限等主体性因素的影响。立法者、司法者乃至民众,都直接或间接地参与这一对象化过程,因而都不可避免地自身的主体性植入犯罪定义。所以,什么行为实际上是犯罪的问题,其实是在回答什么行为应当或者需要被称为犯罪的问题。某个行为之所以被犯罪化,与其说取决于该行为自身的属性,不如说是因为有权从事犯罪化活动的主体根据自身需要赋予该行为以新的意义或属性。^⑦ 大胆承认这一点,既是一种自信,也是对犯罪化过程客观规律的服从。

应该说明,主体性是把双刃剑。犯罪化中的主体性往往有助于罪刑关系的积极调整,例如,在1979年刑法中,大量死刑分配给反革命犯罪,而在1997年刑法中,死刑分布开始向破坏市场秩序犯罪倾斜,近些年来,死刑的配置又随着刑事政策重点的调整,

^⑤ 参见前引^④,郑玉双文。

^⑥ 参见前引^④,[美] 乔尔·范伯格书,第20-22页。

^⑦ 有关理据参见白建军《关系犯罪学》(第3版),中国人民大学出版社2005年版,第192-245页。

向公共安全和反恐领域转移。这一变化既反映了犯罪本身的变化,也不能否定定义者对自身利益有了更深刻的自觉。所以,主体性不等于随意性。另一面,主体性有时也会给犯罪化过程带来一定的消极影响。例如,有学者发现,立法动议多受部门利益驱动,乃至由利益集团主导。采单行法或附属法模式,会更有利于这种部门利益的表达。^{②⑧}情绪性刑事立法主要来源于易导致非理性结果的舆论,而刑事立法应力戒情绪性立法。^{②⑨}至于更多的法律漏洞、司法不公等现象,也可能从犯罪定义的负面主体性得到解释。可见,承认犯罪化过程中主体性的客观存在,才可能更大限度地彰显主体性的积极理性的一面,控制其消极局限的另一面。

从这个意义上看范伯格理论,似乎可以悟出某些新意:损害、冒犯等行为的犯罪化之所以具有明显的正当性,是因为作为评价或定义对象,这两种行为本身的自然属性,对绝大多数定义者、评价者而言具有明显的负价值。这类行为的入刑可以在较大程度上概括为“罪为因,刑为果”,损害、冒犯的自身属性是其入刑的主要解释。从这个意义上说,损害和冒犯可以归结为对象之罪或典型犯罪,即主要由定义对象本身的自然属性直接说明入刑原因的犯罪,与上述“基本犯罪”、“原生犯罪”,“自然犯罪”意思相近。而按照法律家长主义和法律道德主义应该入刑的那些行为对定义者、评价者的意义却因人而异,于是,这类行为自身的自然属性已经变得不那么重要,重要的是持不同意见的定义者各自背后的文化、价值、观念分歧等各种主体性的影响。因此,可以把这种在较大程度上受主体性影响而入刑的犯罪称为定制之罪,即主要是因定义者彰显自身主体性而入刑的行为,与上述“衍生犯罪”、法定犯罪意思相近。定制之罪的入刑并非没有任何正当性理由,只是其入刑理由反映的不全是定义对象自身的自然属性。所以,虽然在应然层面上,必须坚持典型犯罪为犯罪化的主体部分,不能本末倒置,但在实然层面,犯罪定义者的各种主体性彰显不可避免地影响刑事立法,形成一定数量的定制之罪。而主体性又有积极和消极两面,所以,理论上不排除个别行为的入刑其实是定义者随意性的结果。

典型犯罪与定制之罪的区分还意味着,不能笼统地回答犯罪定义学的追问,说所有犯罪的入刑取决于客体对象还是定义者的主体性。应该说,典型犯罪的入刑主要取决于这些行为本身,而定制之罪的入刑,则主要看谁来充当定义者。对犯罪圈研究而言,这种分别解释的策略意味着,犯罪定义的对象原本就不是铁板一块,所以,在罪与非罪之间很可能存在一个过渡地带。有些明显不属于典型犯罪的行为,其入刑仍获得了众多定义者的共识。这大概就是在范伯格理论中,为什么那些没对他人利益造成损害的冒犯行为仍需入刑的原因。^{③①}同样道理,如果对某个不属于典型犯罪的行为是否入刑存

^{②⑧} 参见时延安《刑法立法模式的选择及对犯罪圈扩张的控制》,载《法学杂志》2013年第4期。

^{②⑨} 参见刘宪权《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,载《法学评论》2016年第1期。

^{③①} 事实上,对极端的自由主义者来说,只有损害行为的入刑才具有正当性。参见[美]乔尔·范伯格《刑法的道德界限(第四卷):无害的不法行为》,方泉译,商务印书馆2015年版,第6页。

有较大争议,立法者就不能不在乎大众正义直觉和民众的刑法偏好。^⑪回想当年引发学界一场激烈讨论的“延安黄碟案”,^⑫夫妇在家观看黄碟的行为既非损害又非冒犯,显然不属于典型犯罪。充其量,只是部分定义者——举报者、入户的民警,以及后来参与学术讨论的部分学者——认为将其纳入刑事制裁的范围具有正当性,而多数定义者并不赞同。^⑬

总之,犯罪定义的对象和定义者都是犯罪化结果的重要影响因素,这是犯罪圈研究不能忽略的基本事实。

(二) 中国刑法中的三个未知数

从上述理论视角看,中国刑法中应该有三个未知数:其一,中国刑法中到底有多少典型犯罪?其二,中国刑法中除典型犯罪外,是否都是定制之罪?其三,按照同一标准进行归类,九个刑法修正案的全部新增罪名和调整入刑条件的罪名在上述划分中的实际分布是怎样的?这三个问题的提出,正是上述全部理论思考的结果,其答案也将满足上述关于犯罪圈的三个形式要求。

为此,本研究选用的基本方法是,以新旧刑法规定的所有罪名为样本,根据各种理论上的划分标准对其进行多次、多维度的归类,使每个罪名在任何一种划分中都有一个确定位置。划分标准包括:是否暴力犯罪,是否偷窃犯罪,是否欺骗犯罪;罪过类型;公法益犯与私法益犯;是否身份滥用;是否多构成要件要素;是否不作为犯;是否情节犯;是否数额犯;行为犯与结果犯等。在此基础上,对中国刑法的罪名体系进行结构分析,目的是发现罪名体系的整体特征及其与相关理论、原则之间的关系。应当承认,此法的明显局限在于,对个罪的归类具有一定的主观性。就连故意与过失的判断,刑法中都有40个罪名见仁见智。例如,违法发放贷款罪到底出于故意还是过失就有不同见解。对此,本文只能做到有法律规定的按法律规定,如身份犯、不作为犯、情节犯、单位犯罪等,都能从法律条文的固定表述找到根据;没法律规定的按共识,如什么是暴力犯罪、侵害国家法益等,一般不会有太多的分歧;没有共识或难以形成共识的只好搁置。只有对绝大多数个罪的类型归属没有过多异议,研究结论才可能比较客观。在此基础上,本文设计了三个假设检验过程以寻求上述三个未知数之解:

^⑪ 最近一项研究发现,在31665个样本中,49%的受访者认为恶意欠薪行为应该入刑,50.2%的受访者反对,0.8%的受访者表示不知道或者拒绝回答。56.7%的受访者认为醉酒驾车行为应该入刑,42.8%的受访者反对,0.5%的受访者表示不知道或者拒绝回答。42.8%的受访者认为安乐死行为应该入刑,55.1%的受访者反对,2.1%的受访者表示不知道或者拒绝回答。35.8%的受访者认为见死不救行为应该入刑,63.3%的受访者反对,0.9%的受访者表示不知道或者拒绝回答。这意味着,如果把那些比这四个行为还轻微的危害行为规定为犯罪,将失去相当一部分民众的支持。参见白建军《中国民众刑法偏好研究》,载《中国社会科学》2017年第1期。

^⑫ 参见卢建平《延安“黄碟案”引发的法学思考》,载《法学家》2003年第3期。

^⑬ 据新浪网进行的网上调查显示,13972人就“夫妻在家看黄碟是否违法”发表了意见,其中13343人(占95.5%)认为“不违法”,367人(占2.63%)认为“违法”,其余的人则“说不清楚”;12649人就“警察进入张家搜查黄碟是否合法”进行投票,其中11874人(占93.87%)认为“不合法”,而492人(占3.89%)认为“合法”。参见卢建平《从“黄碟案”看刑法的界限》,载《法学家》2003年第3期。

假设 1: 作为由行为本身自然属性直接说明入刑原因的犯罪, 典型犯罪应该在中国刑法中占绝对多数。为证实这一点, 本文用“暴力”、“偷窃”、“欺骗”作为范伯格理论中“损害”、“冒犯”概念的替代物, 对中国现行刑法的罪名进行逐一还原。按此假设, 中国刑法中, 绝大多数犯罪都应该可以分别还原为暴力犯罪, 或者偷窃犯罪, 或者欺骗犯罪。与损害、冒犯一样, 暴力、偷窃、欺骗的表述都直白地表明了此类行为入刑的正当性所在。但暴力、偷窃与欺骗又比损害、冒犯更加具体地诠释了犯罪的自然属性, 即犯罪性。同时, 从主观与客观、形式与内容两个方面观察, 犯罪性的构造便可以分解为主观内容、客观内容、主观形式、客观形式四种组合。其中, 犯罪性的主观内容主要是指悖德性, 主观形式分别是恶意和敌意; 客观形式可以分为原因危险和结果危险, 而客观内容便可以分为暴力、偷窃和欺骗。由这四种组合之间的有机联系所决定, 如果某个行为既非暴力, 又非偷窃、欺骗, 就很难说具有悖德性、恶意或敌意, 或者原因危险及结果危险, 一般而言就没有理由划入犯罪圈。所以, 典型犯罪其实就是暴力犯罪、偷窃犯罪或欺骗犯罪。问题是, 中国刑法中到底有多少罪名可以还原为典型犯罪? 这便是中国刑法中的第一个未知数。回答这个问题的意义在于, 可还原为暴力、偷窃、欺骗等典型犯罪的比例越大, 意味着入刑理由越大程度上由行为本身的犯罪性得到说明; 反之, 人们便有理由追问, 犯罪到底实际上是还是被定义者希望冠名以犯罪的行为?

假设 2: 除大部分典型犯罪以外, 中国刑法中其余罪名都应该是定制之罪。以全体个罪为分析对象, 暴力、偷窃、欺骗的划分基本上能满足互斥的要求, 但很难做到周延。特别需要小心的是, 不是典型犯罪, 未必都是定制之罪。如果将二者混为一谈, 无形中就等于说, 所有法定犯罪的入刑正当性都无需置疑, 只是典型犯罪的入刑理由较为充分而已。果真如此, 犯罪化正当性问题便可能成为一个伪命题了。而事实很可能是, 定制之罪只是无法还原为暴力、偷窃或欺骗, 属于不典型犯罪中的一种, 但的确与一定价值规范相悖, 具有相当数量或影响力的定义者支持其入刑的行为。例如, 披露、报道不应公开的案件信息罪就不是暴力, 也非偷非骗, 但还是因立法者相信对公益构成一定侵害而入刑。因此, 假设 2 实际上意味着, 逻辑上不排除实定法中一些既非典型犯罪又非定制之罪罪名存在的可能性。如果这种可能性被证实, 就很可能解释为犯罪定义者主体性的过分彰显, 被视为犯罪圈非理性扩张。按照这种留有“敞口”的区分策略, 犯罪化正当性的任何根据都不宜成为一个无所不包的口袋, 似乎只要立法上划入犯罪圈便都须获得正当性解释。从这个意义上说, 不周延的才是周延的。

具体来说, 按照有法律按法律, 没法律按共识的原则, 经过反复尝试, 公益犯、身份滥用犯、多条件构成犯几种划分不仅概括性强, 而且划分标准比较明确。本文所指的公益犯是指平等民事主体之间侵害以外的公共法益犯及国家法益犯; 身份滥用犯是指滥用各种身份优势的犯罪, 多条件构成犯是指刑法分则明文规定有多个入刑条件的犯罪。按此限定, 中国刑法中的定制之罪, 就是指除典型犯罪以外的公益犯、身份滥用犯、多条件构成犯。假设 2 的检验结果将发现, 中国刑法中有没有、有多少除典型犯罪、定制之罪之外的犯罪。

假设3: 九个刑法修正案的全部新增罪名及放宽入刑范围的罪名应该多数分布在典型犯罪范围内,少数出现在定制之罪中。如果这个假设被证实就意味着,20年来刑法修正尽管新增了罪名,放宽了入刑范围,却并未突破修正前的犯罪圈结构,至少没有出现既非典型犯罪又非定制之罪的情况。但请注意这里的一个前提,即原有犯罪圈是否合理,需要由上述两个假设检验加以证实。如果证实原有犯罪圈的比例关系合理,且没有因刑法修正破坏原有的合理比例关系,才能证明刑法修正的结果合理。反之,如果前两个假设被证否,或者与刑法修正结果的比例明显相左,都需重新思考刑法修正的合理性。

三、中国刑法的犯罪圈三环结构

根据上述理论假设及其检验逻辑,对现行刑法进行实证观察,结果发现,我国刑法中存在一个犯罪圈的三环结构。其中心部分是典型犯罪,中环部分是定制之罪,外环部分是犯罪圈的模糊边界。

(一) 犯罪圈中心: 暴力、偷窃、欺骗

任何一个犯罪的构成要件要素中都有一个以上的核心动词。现行刑法中出现频率较高的如,“造成”,118次“伪造”,57次“使用”,50次“销售”,50次“提供”,45次;“明知”,41次“进行”,39次“利用”,37次“参加”,29次“破坏”29次“威胁”,24次“变造”,19次“贩卖”,19次“拐卖”,19次“扰乱”,18次“抢夺”,14次“持有”,13次“谋取”,13次;等等。加上“聚集”“轮奸”“冒充”“变相”“私藏”等小概率动词共有800个左右。它们是刑法分则条文的最小单位,同时也是犯罪行为构成要件要素的载体。

根据其基本涵义及其在具体法条中的特定语境,这800多个动词至少可以还原为三类:(1)“放火”、“爆炸”、“破坏”、“伤害”、“胁迫”、“冲击”、“侵入”、“损毁”、“持械”、“虐待”、“残害”等动作的共性是暴力,相关犯罪可以还原为暴力犯罪。(2)“盗窃”、“窃取”、“贪污”、“侵吞”、“隐匿”、“开拆”、“挪用”、“刺探”、“转移”、“盗掘”、“开采”、“盗伐”、“滥伐”等动作的共性是偷窃,相关犯罪可以还原为偷窃犯罪。(3)“骗取”、“煽动”、“宣扬”、“谎报”、“虚报”、“伪造”、“变造”、“编造”、“传播”、“操纵”、“骗购”、“掩饰”、“散布”、“捏造”、“拐骗”、“作弊”、“引诱”等动作的共性是欺骗,相关犯罪可以还原为欺骗犯罪。完成这三类动作构成要件要素的还原,暴力、偷窃、欺骗这三类典型犯罪便已成型。

除了直接归纳以外,还不能不在一定语境中考虑某些要素与典型犯罪之间的间接联系。例如,“为敌人指示轰击目标”中的“指示”行为本身并非暴力,但“轰击目标”表明该行为的暴力性质“战时供给敌人武器装备、军用物资资敌”中的“供给”本身并非暴力,但战时资敌的暴力性质显而易见,均应纳入暴力犯罪的范畴。尽管如此,有些行为的还原结果仍十分牵强。其中,按照典型犯罪的故意假定,过失犯罪以及责任事故类

犯罪理应排除在典型犯罪之外。此外,像“制作、复制、出版、贩卖、传播”等动作本身即使解释为欺骗也很牵强。因为如果是虚假的“淫秽物品”才可能涉及欺骗,而且“淫秽”一词作为形容词也无助于相关行为的还原处理。对无法还原为三类典型犯罪的罪名,只能视为不典型犯罪。

1979 年刑法和现行刑法是反映近 40 年来我国刑事立法动态变化的代表性文本。因此,本研究对这两个文本进行了比较研究,试图发现三类典型犯罪在刑法典中的实际分布及其变化趋势。

表一: 79 年刑法的罪行还原与上限死刑^a

			典型犯罪				合计
			行为不典型	欺骗	偷窃	暴力	
上限死刑	无	频次	20	30	10	32	92
	有	频次	0	0	1	26	27
		列百分比	0.0%	0.0%	9.1%	44.8%	22.7%
合 计		频次	20	30	11	58	119
		行百分比	16.8%	25.2%	9.2%	48.7%	100.0%

a. $p = 0.000$

表二: 现行刑法的罪行还原与上限死刑^a

			典型犯罪				合计
			行为不典型	欺骗	偷窃	暴力	
上限死刑	无	频次	138	157	41	86	422
	有	频次	0	7	4	35	46
		列百分比	0.0%	4.3%	8.9%	28.9%	9.8%
合 计		频次	138	164	45	121	468
		行百分比	29.5%	35.0%	9.6%	25.9%	100.0%

a. $p = 0.000$

表一、表二列示的信息显示: 在 79 年刑法中, 有 16.8% 的罪名、在现行《刑法》中, 有 29.5% 的罪名无法还原为典型犯罪, 其余绝大部分罪名都可以分别还原为暴力、偷窃或欺骗等典型犯罪中的一种, 其比例如图表所示, 组成犯罪圈的中心部分。这证实, 典型犯罪在两部刑法中的占比都属绝对多数, 并未本末倒置, 此即中国刑法中第一个未知数的答案。而且, 从表格的列百分比的比较可以看出, 在两部刑法典中, 配有死刑的比例从高到低的顺序都是暴力、偷窃、欺骗、不典型犯罪。这意味着, 还原分析与两部刑法典的内在结构相暗合, 都认同典型与不典型犯罪之间, 暴力、偷窃、欺骗之间的轻重顺序。^③

^③ 对表格的行百分比加以比较还可看出, 各类犯罪数量分布的趋势性变化。79 年刑法的 119 个罪名中, 占比最大的是暴力犯罪(48.7%)。而现行刑法的 468 个罪名中, 占比最大的是欺骗犯罪(35.0%)。偷窃犯罪在两部刑法中都占比最小。可见, 历经多次修正, 现行刑法在大幅增加罪名的基础上, 加大了欺骗行为的入刑比例。

当然,也应注意到,与 79 刑法相比,不典型犯罪的比例在现行刑法中有所扩大。这是否意味着刑法修正导致应然犯罪圈的突破,还需进一步观察分析。

(二) 犯罪圈中环: 定制之罪

定制之罪是无法还原为典型犯罪、却普遍存在于刑事立法中的犯罪,犯罪定义者的能动性往往是其入刑的重要解释。应当说明的是,许多典型犯罪也构成对公法益的侵害、特殊身份的滥用,或者被多个入刑条件限缩。所以,中国刑法中的定制之罪就是指除典型犯罪以外的公法益犯,或者身份滥用犯,或者多条件构成犯。

1. 第一种定制之罪: 行为不典型侵害公法益的犯罪

有学者将刑法法益分为国家法益、社会法益和个人法益。^⑤ 此外,刑法法益也可以进一步简化为公法益和私法益两种。公法益是指国家法益和社会公共法益中代表公权的部分; 私法益是指个人法益和社会公共法益中代表私权的部分。比如,生产销售伪劣产品、集资诈骗、爆炸等犯罪,虽然侵害了社会公共利益,但受害主体是平等民事主体,所以可以归结为侵害私法益犯罪; 而妨害作证罪等犯罪中的直接被害人虽然是个人,但此类犯罪侵害国家司法权威,因而可以归结为侵害公法益犯罪。相比而言,在定制之罪范围内,即排除了故意杀人、伤害、强奸等典型犯罪中的私法益犯之后,公法益的保护更符合刑法作为公法的基本任务。所以,即使行为不典型,行为构成对公法益的侵害也是一个明显的入刑理由。

表三: 现行刑法中行为与法益侵害的关系

			典型犯罪				合计
			行为不典型	欺骗	偷窃	暴力	
法益侵害	侵害公法益	频次	48	67	18	51	184
		行百分比	26.1%	36.4%	9.8%	27.7%	100.0%
		总百分比	10.3%	14.3%	3.8%	10.9%	39.3%
	侵害私法益	频次	90	97	27	70	284
		行百分比	31.7%	34.2%	9.5%	24.6%	100.0%
		总百分比	19.2%	20.7%	5.8%	15.0%	60.7%
合 计	频次	138	164	45	121	468	
	行百分比	29.5%	35.0%	9.6%	25.9%	100.0%	

表三列示的信息显示: 侵害公法益的犯罪中,有 26.1% 的罪名属于不典型犯罪,其余分别分布在暴力、偷窃和欺骗犯罪中。这部分行为不典型的侵害公法益犯罪在所有罪名中占比 10.3%。由刑法与民商法的分工所决定,这类罪名比行为不典型、只是侵害私法益的行为更具刑事应罚性,因而属于第一种定制之罪,并划入犯罪圈的中环区域。

^⑤ 参见杨春洗、苗生明《论刑法法益》,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1996年第6期。

这就部分地解释了为什么这些行为尽管不是暴力,且非偷、非骗却还是被规定为犯罪的原因。例如,非法生产、买卖警用装备罪、偷越国(边)境罪、雇用逃离部队军人罪等,入刑理由都是行为不典型,却明显侵害了公益中的国家公益。

这一观察还发现,以行为与公益侵害两个角度相交互,便组合成8种犯罪类型:暴力公益犯、暴力私公益犯;偷窃公益犯、偷窃私公益犯;欺骗公益犯、欺骗私公益犯;行为不典型公益犯和行为不典型私公益犯。值得注意的一个变化是,在79年刑法中,八类犯罪中占比最高的是暴力私公益犯(32.8%),其次是暴力公益犯(16%)。而在现行刑法中,占比最高的是欺骗私公益犯(20.7%),其次是行为不典型私公益犯(19.2%)。这个变化意味着,如果说越接近暴力,其犯罪的典型性越明显的话,那么,欺骗私公益犯尤其是行为不典型私公益犯罪名数量的扩张,预示着刑法保护与民法保护之间关系的复杂交集。立法上的这一变化趋势,部分地解释了为什么近年来实践中越来越多地出现所谓民刑交叉问题。这固然对不同部门法学的合作提出了新的要求,但也不能不引起注意的是,刑事制裁在多大程度上进入民法法律关系的调整,才不至于导致公民自由自治的不当限制。

2. 第二种定制之罪:行为不典型身份滥用的犯罪

行为不典型却入刑的另一个理由就是身份滥用。身份滥用包括国家工作人员的职务犯罪、特殊行业人员的职务犯罪、家庭成员的有关犯罪等情况。其中,有的可以还原为暴力,如虐待罪、刑讯逼供罪;有的可以还原为偷窃,如贪污罪;有的可以还原为欺骗,如内幕交易罪。但是,仍有部分身份滥用无法还原。其入刑理由之一就是,在行为不典型的范围内,滥用特殊身份优势侵害他人利益,应该比无身份滥用的其他犯罪更具可谴责性。

表四:现行刑法中行为与身份滥用的关系^a

		典型犯罪				合计
		行为不典型	欺骗	偷窃	暴力	
身份滥用	频次	51	52	16	22	141
	行百分比	36.2%	36.9%	11.3%	15.6%	100.0%
	总百分比	10.9%	11.1%	3.4%	4.7%	30.1%
	频次	87	112	29	99	327
	行百分比	26.6%	34.3%	8.9%	30.3%	100.0%
	总百分比	18.6%	23.9%	6.2%	21.2%	69.9%
合 计	频次	138	164	45	121	468
	行百分比	29.5%	35.0%	9.6%	25.9%	100.0%

a. $p = 0.007$

表四列示的信息显示:在现行刑法中,有30.1%的罪名属于身份滥用型犯罪,比79年刑法有很大提升。其中有36.2%的身份滥用无法还原为典型犯罪,这部分罪名在全

部犯罪中占比 10.9%，此即第二种定制之罪。例如，违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪，非法提供麻醉药品、精神药品罪等。它们被归入暴力、偷窃或欺骗中的哪一种，都可能稀释这些行为的典型性，但其所以入刑，可以由身份滥用得到解释。

这一观察还发现，以行为与身份滥用两个角度相交互，便有 8 种犯罪类型的组合：滥用身份的暴力犯罪、其他暴力犯罪；滥用身份的偷窃犯罪、其他偷窃犯罪；滥用身份的欺骗犯罪、其他欺骗犯罪；滥用身份但行为不典型犯罪、无身份滥用的不典型犯罪。两部刑法典相比较，增幅显著的是滥用身份但行为不典型犯罪。在 79 年刑法中，此类犯罪只有两个。而在现行刑法中，此类犯罪增至 51 个。这说明，现行刑法不仅对一般的身份滥用规制越来越多，而且，对行为不典型的身份滥用也扩大了入刑范围。

3. 第三种定制之罪：行为不典型多条件限缩的犯罪

无法还原为典型犯罪仍然入刑的第三个理由就是多个构成要件要素限缩。按照罪刑法定原则，刑法对行为的禁止应当符合明确性要求。但是，刑法明确性程度与构成要件要素的多少或复杂程度之间没有必然联系，而与被禁止行为的还原类型有关。越接近暴力犯罪，行为的犯罪性越明显，简单的构成要件要素本身就很明确，如故意杀人的构成就很简单但很明确。反之，越接近犯罪性不典型，为保障公民权利与自由，就越需要刑法对拟入刑的行为设置更详尽的条件，防止犯罪圈的不当扩张。沿着这个思路，可以按罪名构成要件要素的数量，将分则罪名分为多构成要件要素犯罪和其他普通犯罪两种。例如，现行《刑法》第 189 条规定，构成对违法票据承兑、付款、保证罪的，必须首先是银行或者其他金融机构的工作人员，其次必须是在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，最后，还必须造成重大损失。而许多典型犯罪都无需对主体、主观、结果等条件作出限定。

表五：现行刑法中行为与构成要件要素的关系^a

		典型犯罪				合计	
		行为不典型	欺骗	偷窃	暴力		
构成要件	多要素	频次	82	76	23	26	207
		行百分比	39.6%	36.7%	11.1%	12.6%	100.0%
		总百分比	17.5%	16.2%	4.9%	5.6%	44.2%
	其 他	频次	56	88	22	95	261
		行百分比	21.5%	33.7%	8.4%	36.4%	100.0%
		总百分比	12.0%	18.8%	4.7%	20.3%	55.8%
合 计	频次	138	164	45	121	468	
	行百分比	29.5%	35.0%	9.6%	25.9%	100.0%	

a. $p = 0.000$

表五所列示的信息显示：现行刑法中，有 44.2% 的罪名都属于多构成要件限制的罪名，比 79 年刑法有很大的提升。而且，138 个行为不典型中，82 个罪名都有多条件限

制;在207个多条件限制罪名中,基本上是越接近暴力犯罪,多条件限制的比例越低;相反,39.6%的多条件限制罪名都分布在行为不典型罪名中,证明行为越远离典型犯罪,越需要严格限制入刑门槛。例如,构成擅自进口固体废物罪的要符合以下条件:(1)未经国务院有关主管部门许可;(2)擅自进口固体废物用作原料;(3)造成重大环境污染事故;(4)致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康等多个条件。这种行为不典型且有多条件限制入刑的罪名在所有犯罪中占比17.5%,此即第三种定制之罪的实际规模。这一统计描述的显著性程度已经完全满足统计显著性要求, $P=0.00$,说明行为的典型性与法律规定的明确性之间已经呈现出某种更加确定的规律性联系。

除了这三种定制之罪以外,有的分类比例悬殊,如亲告犯、持有犯比例极小;有的则已经涵盖在典型犯罪的应有之义中,如暴力、偷窃、欺骗等行为本身都是故意犯罪;有的操作过程难免主观歧义,如行为犯、结果犯、危险犯、抽象危险犯;还有的与入刑正当性问题关联不大,如情节犯、不作为犯等等。所以,在其他定制之罪被发现之前,我们只能基于现有观察认为,中国刑法中的确存在但不限于这三种定制之罪。侵害公法益、身份滥用和多条件限缩入刑门槛,“部分地”解释了其入刑的正当性。这证明,作为犯罪定义者,立法者充分意识到公法益保护、身份滥用控制以及刑法规定明确性的重要。虽然入刑理由相对弱于典型犯罪,还是能动地“定制”,将其划入犯罪圈,体现了立法者积极的主体性。

(三) 犯罪圈外环: 模糊的犯罪圈边界

沿着上述逻辑,如果某种行为既非暴力、偷窃、欺骗,又非公法益犯,又非身份滥用犯,且没有多构成要件要素的限缩,便应该没有理由入刑。至少其入刑理由缺乏系统性说明。根据上述观察,典型犯罪与定制之罪之和虽然在刑法中占绝对多数,但毕竟小于总体,说明这种缺乏系统性说明入刑理由的犯罪的确存在。对应然犯罪圈而言,此类罪名就超越了犯罪圈边界。在实定法中,这些罪名构成了犯罪圈的外环,即模糊的犯罪圈边界。这部分犯罪应该是犯罪圈是否非理性扩张的真正争议焦点,因而也是刑事立法最需审慎面对的部分。不过,即便如此,还有些属于此类的犯罪所以入刑其实无可争议。比如,过失致人死亡、重伤罪,就无法还原为典型犯罪,也未构成公法益侵害,也没有特殊身份可滥用,更没有多个构成要件要素的限缩,但入刑理由还是显而易见。对余下的部分,犯罪圈研究不得不直面三个问题:

第一,为什么某个行为既非典型犯罪又没构成对公法益的侵害,还是被规定为犯罪?刑法与民商法在这里的交集,是合作、竞合还是重复评价?例如,收买被拐卖的妇女、儿童罪本身不是暴力,也非偷非骗,更没对公法益构成侵害,入刑的考虑之一很可能就是对拐卖妇女儿童的上游犯罪加以预防,正所谓“没有收买就没有拐卖”。而为什么要求收买者以负担刑事责任的代价来预防上游犯罪?为什么不能依靠民事法律或其他手段规制此类私权领域的行为?这本身就值得深入分析。

第二,为什么某个行为既非典型犯罪,又没有滥用身份,还是被划入犯罪圈?例如,聚众淫乱罪本身不是暴力,也非偷非骗,更没对公法益构成侵害,而且也没有滥用特殊

身份。此种行为入刑的原因很可能与主流文化中对性滥用的否定态度有关。而既然属于文化观念范畴,为什么不可以选用与之相应的对策作出反应?刑事制裁如若成为唯一的选项,至少反过来说明社会反应手段的贫乏无力。

第三,为什么某个行为的入刑理由比较牵强,还是在缺乏足够刑法规范限缩的情况下入刑?例如,《刑法》第227条规定,倒卖车票、船票,情节严重的构成犯罪。该行为本身不是暴力,也非偷非骗,没对公益构成侵害,也没有滥用特殊身份,而且,法条表述相当简单,仅用纯正情节犯加以限缩,司法上是否定罪似乎都有也都没有法律根据。

当然,落入犯罪圈外环,只说明缺乏上述一般性入刑理由,并不等于没有任何入刑理由。问题在于,理由是什么?犯罪化正当性研究的要义恰恰在于,每一个行为的入刑都应该具有普适共识的理由。如果刑罚的发动意味着对他人不法剥夺的剥夺,意味着否定之否定,那么,没有充分理由的剥夺和否定,就是缺乏正当性的犯罪化,因而也最可能是定义者自身特有的某种取向或局限的流露。

(四) 犯罪圈三环结构的实际分布

根据以上多维度结构分析,犯罪圈可以理解为:由实定法全部罪名按其入刑正当性理由的强弱程度顺序组成的三环结构体系。其中,所谓入刑正当性理由的强弱程度起码表现为:暴力犯罪比非暴力犯罪、公益犯比私法益犯、故意犯罪比过失犯罪、多个入刑理由比单一入刑理由、有入刑理由比没有入刑理由更可能进入犯罪圈并接近其核心。^{③⑥}其中,犯罪圈的中心部分由所有可还原为暴力、偷窃、欺骗等典型犯罪的罪名构成。这三种行为是犯罪的原初形态,大部分犯罪都从其演化派生而来。犯罪圈的中环部分由无法还原为典型犯罪,但具有公益侵害、身份滥用、多条件限缩等一般刑法特征的定制之罪构成。许多典型犯罪也具有公益侵害、身份滥用或多条件限制等特征,但并非所有公益侵害、身份滥用或多条件限制的罪名都可以还原为典型犯罪。犯罪圈的外环部分是犯罪定义主体性较为活跃的部分,由既无法还原为典型犯罪又无法归结为定制之罪的罪名构成,这些行为的入刑往往另有特殊原因。

现行刑法中,位于犯罪圈中心部分的典型犯罪在全部罪名中占比70.5%,犯罪圈中环的定制之罪占比20.7%,犯罪圈外环罪名占比8.8%。这一检验结果给出了中国刑法中三个未知数中的前两个答案:假设1得到证实,绝大多数犯罪的入刑理由可以由犯罪定义对象自身的自然属性——暴力、偷窃、欺骗得到解释。假设2未得到完全证实,公益保护等积极的主体性表达只解释了典型犯罪之外犯罪的大多数而非全部。毕竟,有8.8%的罪名中的一部分,无法用上述理论结构对其入刑给出合理解释。如果在这个区域增设罪名或调低入刑标准,便可能存在一定刑事制裁的越界风险。

^{③⑥} 美国学者弗莱彻是第一个主张刑法包含核心犯罪的人。但不幸的是,他并没有详细论述此比喻,从而使其依然是一种直觉认识。参见前引①, [美] 道格拉斯·胡萨克书,第49页。

四、刑法修正合理性检验

目前我国学界和司法实务界关于刑法修正的争论,可以看到不同的立场,但看不见共同的可操作化的判断标准。而完成上述讨论后,我们至少有了—个犯罪圈三环结构作为工具性的分析框架,尝试性地用来对刑法修正进行正当性检验。这个分析框架来自实定法,又不同于实定法。与理论不能用来检验理论—样,实定法本身也不能用来检验实定法。由于犯罪圈三环结构中所有罪名的类型归属由系统—次完成,用犯罪圈三环结构对刑法修正进行检验,实际上就是将应然犯罪圈与包括刑法修正在内的实然犯罪圈进行比对。—个应然与实然高度叠加的犯罪圈,应该有大多数典型或比较典型的犯罪聚集在中心或者中环部分。在此增设罪名,或对原有罪名放宽入刑条件、范围,应该被视为完善法律、严密法网的正常立法实践,不存在犯罪圈扩张或刑事制裁越界问题。但如果刑法修正大规模地在犯罪圈中环甚至外环展开,就是个值得警惕的信号:犯罪定义者主体性外溢的风险,可能导致制刑权的滥用,将过多的远离典型犯罪的行为纳入了刑事评价的范围。

现在,我们以 20 年来九个刑法修正案的全部罪名为对象进行结构分析,观察其中新增罪名以及放宽入刑范围的罪名落在三环结构中的哪一个部分。其检验逻辑是,如果修正前后刑法的犯罪圈三环结构不存在统计上的显著差异,则意味着修正前后犯罪圈结构没有重要变化,刑法修正并未改变原有的犯罪圈比例结构。如果修正前后的比例结构发生显著改变,修正后的罪名大量出现在犯罪圈的中环部分甚至外环部分,就应警惕刑法修正突破犯罪圈边界的风险。

(—) 新增罪名合理性检验

20 年来,我国现行刑法历经九个修正案,共有 56 个新增罪名。这些新增罪名在犯罪圈三环结构中的实际分布是:

表六: 新增罪名的犯罪圈分布^a

			是否新增		合计
			原有	新增	
犯罪圈	典型犯罪	频次	291	39	330
		列百分比	70. 6%	69. 9%	70. 5%
	定制之罪	频次	82	15	97
		列百分比	19. 9%	26. 8%	20. 7%
	犯罪圈外环罪名	频次	39	2	41
		列百分比	9. 5%	3. 6%	8. 8%
合 计	频次	412	56	468	
	列百分比	100. 0%	100. 0%	100. 0%	

a. $p = 0.21$

从表六可见,将修正新增罪名抽离出来,与原有罪名同时放在犯罪圈三环结构中进行统计比较,其 P 值较大,说明刑法没有因为新增罪名而发生显著差异,新增罪名并未改变原有的刑法结构。这个结论也可以通过直接观察比较“新增”和“原有”两列数据的列百分比得到证实。这证明,20 年来刑法修正对新增罪名的结构控制基本没有改变原有分布。具体看,全部新增罪名中,有 39 个新增罪名出现在犯罪圈的中心部分,相当于新增了 39 个典型犯罪。有 15 个新增罪名出现在犯罪圈的中环部分,虽然未能还原为典型犯罪,至少属于定制之罪,因而具有一定的入刑理由。只有两个新增罪名出现在犯罪圈外环即边界,理论上具有一定的突破犯罪圈风险。这两个新增罪名分别是《刑法修正案(六)》增设的开设赌场罪和《刑法修正案(八)》增设的组织出卖人体器官罪。这里有三种可能性:其一,犯罪圈三环结构本身就不合理,或者基本合理但有待完善。所以才未能将这两种行为纳入犯罪圈的核心或者中环。其二,这两种行为本身就可以解释进典型犯罪中的一种,至少是某种定制之罪。其三,这两种行为本身的确不具有入刑正当性。有趣的是,即使对刑法修正持否定态度的讨论中,也未谈及这两个行为不宜入刑问题。所以进一步深化犯罪圈内在结构的研究,才可能理解具体个罪的入刑理由。

(二) 放宽入刑范围的罪名合理性检验

现行刑法修正过程中,共有 70 个罪名修改了入刑条件。其中,有 60 个罪名的修改属于放宽入刑范围。这些罪名在犯罪圈三环结构中的实际分布是:

表七: 放宽入刑范围罪名的犯罪圈分布^a

			放宽范围		合计
			原有	放宽	
犯罪圈	典型犯罪	频次	283	47	330
		列百分比	69.4%	78.3%	70.5%
	定制之罪	频次	86	11	97
		列百分比	21.1%	18.3%	20.7%
	犯罪圈外环罪名	频次	39	2	41
		列百分比	9.6%	3.3%	8.8%
合 计	频次	408	60	468	
	列百分比	100.0%	100.0%	100.0%	

a. $p = 0.21$

从表七中可见,将修正放宽入刑范围的罪名抽离出来,与原有罪名同时放在犯罪圈三环结构中进行统计比较,其 P 值同样较大,说明没有因为放宽范围罪名的出现而发生显著差异,刑法修正并未因放宽部分罪名的入刑范围而改变原有的刑法结构。这个结论同样可以通过直接观察比较“放宽”与“原有”两列数据的列百分比得到证实。这证明,20 年来刑法修正对放宽入刑范围罪名的结构控制基本上没有改变原有结构。具体看,在全部 60 个放宽入刑范围的罪名中,有 47 个出现在犯罪圈的中心,有 11 个罪名出现在犯罪圈中环部分,只有 2 个罪名出现在犯罪圈外环部分。它们分别是: 过失投放危

险物质罪和非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪。其中,如果在较窄的意义上理解投毒的“毒”,那么,《刑法修正案(三)》将其改为所有“毒害性、放射性、传染病病原体等物质”可以视为拓展了入刑范围。关于非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪,《刑法》第283条原有表述为“窃听、窃照等专用间谍器材”,《刑法修正案(九)》将其改为“专用间谍器械或者窃听、窃照专用器材”,把窃听窃照器材和间谍器材由被包含与包含关系,改为并列关系,将不用于间谍行为的窃听普通人的器材也纳入其中,应该是扩大、放宽了入刑范围。修改后的本罪是否可以归结为定制之罪,要看怎样理解“间谍器械”。如果说生产、销售间谍器械就意味着对国家法益的侵害,倒是有理由将其移出犯罪圈外环。其实,放宽入刑范围和降低入刑条件是有所不同的。这两个罪的修改都的确放宽了入刑范围,将原来不属于本罪规制的对象纳入本罪,但是,很难说是降低了入罪门槛。因此,即使出现在犯罪圈外环,突破犯罪圈界限的实际风险仍属有限。

(三) 罪刑关系的合理性检验

罪刑关系观察是犯罪圈研究的一个副产品,这与犯罪圈的层级结构有关。一方面可以看到,现行刑法规定的全部46个死刑都分布在犯罪圈三环结构的中心部分(见表二)。如果未来刑法修正突破这个分布,在犯罪圈中环甚至外环出现死刑罪名,就应该是一种倒退。不过,这46个死刑罪名在暴力、偷窃和欺骗三类典型犯罪之间的顺序分布虽然具有一定的合理性,但毕竟有4个偷窃犯罪和7个欺骗犯罪配有死刑,其合理性尚可质疑。因为用生命刑对偷窃和欺骗这些非生命犯罪作出反应,其预防、威慑意义显然超过了刑罚的报应主旨。因此,对未来的刑法修正而言,减少死刑应优先考虑这11个罪名。

另一方面,犯罪圈的三环结构也让一些法定刑配置的问题暴露出来。在表四中,有22个身份滥用型的暴力犯罪。由于增加了身份滥用的因素,此类犯罪应该是8类组合里最重的犯罪。但实际上,其中的刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪的法定刑上限都仅为三年有期徒刑。相比之下,在现行刑法中,既非典型犯罪又非定制之罪的组织卖淫罪,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪,法定刑上限却高达无期徒刑。这并不是说,未来刑法修正必须提高刑讯逼供罪等犯罪的法定刑并下调组织卖淫等罪的法定刑,而是说,在结构比较中,可能使某些合理质疑以更加确定的方式呈现。除非这些罪之所以如此轻重另有更加系统性的解释。

综上所述,全部刑法修正涉及罪名共有122个,其中有的新增罪名也有所修改,有的原有罪名的修改并未放宽入刑条件。借助犯罪圈三环结构对这一百多处刑法修正的合理性加以检验,结果证实:20年来的刑法修正,以56个新罪名和60个放宽入刑范围的罪名的确逐步扩大了实然犯罪圈;相对应然犯罪圈而言,69.6%的新罪名和78.3%的放宽入刑范围罪名都分布在犯罪圈的核心,进一步严密了典型犯罪的刑事法网;26.8%的新罪名和18.3%的放宽入刑范围罪名分布在犯罪圈的中环,使部分不典型犯罪为什

么入刑获得一般性解释;只有3.6%的新罪名和3.3%的放宽入刑范围罪名落入犯罪圈边界,具有超越应然犯罪圈边界的风险。这就是中国刑法中第三个未知数的答案。按照这个答案,对中国近年来刑法修正已经在较大程度上失去正当性或必要性的担心虽然可以理解,但的确缺乏系统性证据支持。结论是,虽然个别罪名的修正落入犯罪圈外环,其入刑正当性尚需进一步探讨,但总起来看,九个修正案所涉及的一百多处刑法修正,既没有明显改变原有实然犯罪圈的基本结构,也没有突破应然犯罪圈的比例关系,是严密刑事法网的积极立法实践。

五、未来刑法修正的若干原则

对已然刑法修正进行合理性检验,意在未来刑法修正的结构控制。既然我国刑法修正日趋常态化,比要不要犯罪化更重要的是,到底该秉承哪些基本方法论原则指导未来的犯罪化实践。对此,储槐植先生的“严而不厉”思想应该成为未来刑法修正的基本指导原则之一。储槐植先生指出,罪刑配置不外有四种组合,即四种刑法结构:一是不严不厉,二是又严又厉,三是严而不厉,四是厉而不严。我国当前的刑法结构基本上算是厉而不严。^{⑤7}一直以来,学界并未明确质疑严而不厉思想,但对其具体实现路径却少有探讨。严而不厉思想的精髓,既非不加区分的罪名多多益善,又非简单的轻刑缓罚,而是“严密”与“不厉”之间的合理关系。从这个意义上说,严而不厉恰好是储先生“关系刑法学”理论的一种展开,而犯罪圈三环结构又是践行严而不厉思想的一次尝试,是“严密”与“不厉”合理关系的某种具体实现和诠释。在这个语境下,未来中国刑法修正似应参照以下三个具体原则:

(一) 结构还原

所谓结构还原,就是任何一个已入刑或拟入刑的行为,都应该具有暴力、偷窃、欺骗的可还原性,至少可归结为定制之罪。刑法修正沿着这一还原路径增设罪名或者调整入刑条件、范围,是实现法网严密性的基本路径。暴力、偷窃、欺骗集行为、法益侵害、主观罪过、伦理评价于一身,是刑法评价对象的最明显表征。也许有质疑说,打人一拳、偷一个苹果就不是犯罪,而只有致人健康受损或偷许多苹果才是犯罪。所以,暴力、偷窃、欺骗未必是入刑的最强理由。其实,打人一拳、偷一个苹果在许多国家刑法里就是犯罪。我国实定法未将一些明显轻微的典型犯罪规定为犯罪,不等于说不应将其入刑。结构还原的逻辑是,如果不是暴力、偷窃、欺骗中的一种,便没有理由入刑;而实定法出于一定需要,未将某种轻微暴力、偷窃、欺骗入刑,并不能成为暴力、偷窃、欺骗行为不是典型犯罪的充分理由。从这个意义上说,自然犯与法定犯的界分可以重新诠释:自然犯和法定犯都是依法入刑的行为,只是自然犯相当于依法入刑的典型犯罪——任何自然犯都是法定的犯罪;而法定犯是依法入刑的犯罪性相对不典型的行为——任何法定犯

^{⑤7} 参见储槐植《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第54页。

也都理应是程度不等的自然犯。不论怎样,刑法的犯罪化过程都应该聚焦典型犯罪,而不能本末倒置,将过多的刑法资源投向其他行为的规制。

(二) 比例控制

防止本末倒置的基本路径就是比例控制原则。所谓比例控制,就是刑法修正要尽量保持典型犯罪的比例明显大于不典型犯罪,原则上不出现犯罪圈外环罪名。这是对结构还原原则的一种量化补充,因而也是严密法网的保证。根据上述研究,目前我国刑法犯罪圈三环结构中,典型犯罪、定制之罪和外环犯罪的比例为70.5%、20.7%、8.8%,约为7:2:1。除非另有系统性说明,刑法修正不应轻易逆向打破这个比例关系,即典型犯罪跌破70%,或外环犯罪突破8%。实现比例控制的具体途径至少有:(1)严格控制行为不典型且侵害私法益的罪名数量,避免造成不必要的刑民重叠,人为造成所谓民刑界限问题。(2)严格控制行为不典型且无身份滥用的罪名数量,避免造成行政部门对刑法的过多依赖。(3)严格控制行为不典型且无足够构成要件要素限缩的罪名数量,坚持刑法规定的明确性。

也许有人认为,典型犯罪的犯罪化已经基本完成,定制之罪在未来刑法修正中具有较大空间。实际上,尚有一些典型的暴力、偷窃或欺骗行为在我国刑法中仍属空白。特别应予强调的是,对人身侵害的禁止应该是刑法的标志性规范,其合理性程度甚至可以认为是一个社会文明程度的重要标志。在这方面,许多暴力犯罪在各国刑法都有规定,而我国刑法却未将其入刑。例如,许多国家刑法对暴行犯罪的规定都很详细。如瑞士、加拿大、意大利等国刑法都规定有“殴打罪”“殴击罪”,巴西、韩国等国刑法还规定有“暴力执行职务罪”“以暴力妨害权利行使罪”等等。而我国目前刑法中的故意伤害罪、寻衅滋事罪、虐待罪的入罪要求比较高。既然殴打、暴行本身不是犯罪,只有达到一定恶果才可能入罪,那么,“打输入院,打赢未必坐牢”之说与此不无关系。此外,许多国家刑法还规定有各类威胁恐吓犯罪,也值得我国刑法修正时加以借鉴参考。例如,澳大利亚刑法规定有“使用电信服务实施威胁,骚扰或造成侵犯罪”,德国刑法规定有“恐吓罪”“威胁罪”,韩国刑法规定有“胁迫、尊亲属胁迫罪”,新加坡刑法规定有“以匿名方式进行恐吓罪”,美国刑法规定有“通讯恐吓或骚扰罪”。而我国现行刑法的敲诈勒索罪只限于财产犯罪,没有将其扩展到更多安宁生活的保护。在这个视野下,不顾比例结构而加大刑法资源投入,可能会忽视民生保护而强化行政部门利益保护。

(三) 罪刑有序

所谓罪刑有序,就是指刑法修正应该按照犯罪圈结构中犯罪类型之间入刑理由的强弱关系安排各类罪名的刑罚轻重。结构还原与比例控制都是严而不厉原则中“严密性”的操作化,同时也为“不厉”的实现打下了基础。而罪刑有序则是“严密”与“不厉”之间关系的一种量化表达。不厉不是指所有犯罪不分轻重的普遍轻罚,而是严密基础上的不厉,是以罪与罪之间结构合理性为条件的轻刑缓罚。按照这个要求,法定刑严厉性程度从重到轻的顺序大体上应该是:以平均水平而言,典型犯罪重于不典型犯罪;典型犯罪中,暴力犯罪最重,偷窃犯罪次重,欺骗犯罪最轻。不典型犯罪中,定制之罪重于

其他犯罪。而且,由于刑法分则可以容纳多种理论分类标准的适用,因而会有多种二次生成的犯罪类型,不同犯罪的轻重顺序也会以从未有过的方式显现出来。以暴力犯罪与法益侵害两个标准的交叉组合为例:在生成的四种组合中,一般而言,显然应该是暴力公法益犯的法定刑平均水平最重,暴力私法益犯次重,非暴力公法益犯再次重,入刑的非暴力私法益犯的法定刑平均水平理应最轻。如果能以此为切入点,未来刑法修正对罪刑关系进行逐步的全面梳理,也是很值得期待的了。

Abstract: In this paper, as for whether the criminal law amendment is an irrational expansion of criminal circle, a “visible criminal circle” is used as a test tool to have an empirical test on the rationality of the criminal law amendment. On the basis of the reinterpretation of the criminal definition in Joel Feinberg’s theory on criminalization, this paper makes a comparative observation on the whole name of crime in the old and new texts of criminal law in our country, and finds out a three-ring structure of criminal circles. The central part of the three-ring structure is constituted by all the typical crimes that can be restored as violence, theft, and deceit. The middle part is constituted by weakly typical customized crimes, and the outer part is the fuzzy boundary of the criminal circle. The three-ring structure of the criminal circle and its proportion distribution are in line with some theoretical principles embedded in a large number of articles of law. When introducing more than one hundred crimes involved in the criminal law amendment in 20 years, it can be found that 69.6% of the new crimes and 78.3% of the relaxation of the criminal punishments are at the center part of the criminal circle, which is a normal operation of tight and typical dragnet of crime justice; 26.8% of the new crimes and 18.3% of the relaxation of the criminal punishments are distributed at the middle part of the criminal circle, which explains the reason why some non-typical crimes had been listed in criminal punishment; only 3.6% of the new crimes and 3.3% of the relaxation of the criminal punishments are distributed at the outer part of the criminal circle, which has a certain risk in going beyond the sullen-boundaries of the criminal circle. Based on the concept of stringent but not strict and method of structure control, this paper suggests that the future criminal law amendment should reflect three principles of “structural reduction”, “proportional control” and “order in crime and punishment”.

(责任编辑:白岫云)