

坚硬的理论,弹性的规则 ——罪刑法定研究

白建军

(北京大学法学院,北京 100871)

摘要: 依据弹性刑法判案,无论定罪还是不定罪,形式上都合法也都违法。本研究通过对新老刑法、中外19部刑法典、中国刑法的435个罪名及2万多个真实案例的大跨度经验考察和深度数据挖掘发现:中国刑法的弹性较大,并伴有“不严不厉”或“厉而不严”的倾向,但弹性刑法的司法适用率其实很低;弹性刑法的原因主要不在于犯罪的复杂性而在于立法本身;严格控制弹性刑法应该是罪刑法定的应有之义。

关键词: 罪刑法定;弹性刑法;纯正情节犯;纯正兜底犯

中图分类号: D914 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5919(2008)06-0029-11

一、罪刑法定的一个内在矛盾

形式性和明确性都是罪刑法定原则的应有之义,但在有些案件的审理中,无论是否定罪都符合形式性要求,但其规范根据本身都不明确。其中,罪刑法定的形式性可以理解为成文法主义或者法律主义,即“什么是犯罪,有哪些犯罪,各种犯罪构成条件是什么,有哪些刑种,各个刑种如何适用,亦即各种具体犯罪的具体量刑幅度如何等,均由刑法加以规定。对于刑法分则没有规定为犯罪的行为,不得定罪处罚。概括起来说,就是‘法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚’”。另一方面

面,罪刑法定的明确性可以理解为“规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。”在罪刑法定语境下,无论从两者关系的角度,还是从人权保障的功能角度,形式性与明确性之间的一致性都显而易见:没有制定法形式的明确性,只存在于英美判例法的法律渊源中;而不要求明确性的所谓形式性,最多可能出现在“杀人者死,伤人及盗抵罪”这样的法律中。然而,人们还是不愿意地意识到,明确性

收稿日期:2008-04-20

作者简介:白建军,男,北京市人,北京大学法学院教授,法学博士。

基金项目:本文为作者主持的优秀博士论文项目“刑法与犯罪控制实验室”的阶段性成果之一。

高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第26页。

转引自张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2003年版,第61页。

有学者认为:“当代的罪刑法定主义理念,已经将形式侧面与实质侧面有机地结合起来。形式的侧面包括:成文法主义或法律主义、禁止事后法(禁止溯及既往)、禁止类推解释、禁止不定刑与绝对不定期刑;实质的侧面包括两个方面的内容:刑罚法规的明确性原则、刑罚法规内容的适正原则。”^[1]仅有形式的侧面充其量只是实现了形式正义,而并不意味着实质正义。换言之,如果将罪刑法定原则的内容仅概括为形式的侧面,就难以避免恶法亦法现象,不能实现良法之治的要求。因为传统的形式侧面强调对刑法的绝对服从,只是限制了司法权,而没有限制立法权;如果不对立法权进行限制,就意味着容忍不正义的刑法。”参见张明楷:《罪刑法定的两个侧面对法治的启示》,《法学论坛》2003年第2期。

有学者认为:罪刑法定原则的内在精神就是限制机能,包括对立法权的限制与对司法的限制,这种限制通过立法权与司法权互相之间的制衡得以达致。参见陈兴良:《罪刑法定司法化研究》,《法律科学》2005年第4期。

是刑法学中最不明确的概念之一,明确性的判断标准也莫衷一是。

具体到中国刑法中,可能让罪刑法定暴露其自身矛盾的至少有两类刑法规定:一类是纯正情节犯,即刑法规定以情节严重或者情节恶劣作为犯罪构成要件的情形,如《刑法》第246条规定,以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,构成侮辱罪、诽谤罪。另一类暂且称其为纯正兜底犯,即刑法规定以刑法列举的犯罪行为以外的“其他行为、方式、方法、手段”构成犯罪的情形,如《刑法》第225条规定,构成非法经营罪的行为,除了(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的;(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的;(三)未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的这三种行为以外,还有“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。这两类规定的共性在于满足刑法规范在形式上的体系周延性,但不具备内容上的明确性。在其适用的场合下,如果司法人员基于某种原因或影响不认为应当或者不希望将某个行为定罪,则可以法无明文规定为据——法律并没有明文规定“情节严重”或“其他行为方式”包括该行为,因此将其定罪就违法。同理,如果司法人员认为应当或希望将某个行为定罪,则可以法有明文规定为据——法律并没有明文规定某某行为不属于“情节严重”或“其他行为方式”的范围,因

此不将其定罪也违法。于是,定罪或不定罪,形式上都合法也都违法,本文将这种刑法规定称为弹性刑法。

从弹性刑法中可以导出几个合理追问:到底何谓“法无明文规定”或“法有明文规定”?刑法规定的形式性到底应否包容含糊性?依照弹性刑法定罪量刑,到底是在违反罪刑法定原则,还是在坚持罪刑法定原则?对此,传统的研究进路也许是追本求源、理论阐释,最终落脚到形式理性与实质理性的统一,等等。不过,本研究更感兴趣的是,弹性刑法的实际规模到底有多大?对司法实践的影响到底是怎样的:导致过量入罪的可能性更大还是不当出罪的概率更大?弹性刑法更多地分布在哪些法益保护的情形中?弹性刑法更常见于较重的犯罪还是较轻的犯罪?由于弹性刑法的存在,法官滥刑的风险到底有多大?

二、弹性刑法的界定

如果说纯正情节犯意味着犯罪实行行为在定量或程度上的不明确的话,那么,纯正兜底犯则意味着犯罪实行行为在定性或范围上的不明确。准确把握由这两种不明确构成的弹性刑法,应注意以下几个界限:

法定的弹性与理解的弹性。比如,“强奸”是否包含婚内的性暴力,“冒充”军警“抢劫”的人是否包括真军警,用于抢劫的“凶器”是否包括硫酸,“娼妓”是否包括男性性工作者,杀人中的“人”是否包括胎儿,“其他银行结算凭证”是否包括银行

刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第306页。

正如有学者指出,法律条款是否明确应该由谁来判断,构成要件在怎样的程度上不明确就可以被认定该法规无效,这些都是有争议的。参见黎宏:《罪刑法定原则的现代展开》,赵秉志主编:《刑法评论》第二卷,北京:法律出版社2003年版,第68页。

而如果刑法规定以一定条件(如造成严重后果)作为犯罪构成要件的情形,则为不纯正情节犯。参见陈兴良:《规范刑法学》,北京:中国政法大学出版社2003年版,第100页。

与此相对,不纯正的兜底犯是指刑法规定以刑法列举的犯罪对象以外的其他对象构成犯罪的情形,如法律明文列举的毒品、发票、银行结算凭证以外的其他毒品、发票、银行结算凭证。由于这种情况下其他犯罪对象的含义毕竟由列举的犯罪对象的性质加以规定和说明,其含义相对比较清楚,所以本研究仅关注纯正兜底犯问题。

按照中国版的罪刑法定,《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。

正如有学者所说:“纯粹一般式的规范或包含模糊因素的规范对法律规范明确性的消极影响,则表现为法律规范没有具体或确定的内容,因而可能被适用于性质不同的行为。”参见杜里奥·帕多瓦尼,陈忠林译:《意大利刑法学原理》,北京:法律出版社1998年版,第26页。

参见“王卫明强奸案”(上海市青浦县人民法院刑事判决书(1998)青刑初字第36号)。“白俊峰强奸案”(《刑事审判参考》合订本第1卷第105—107页)。

回单,“制毒物品”是否包括苯基丙酮,等等。诸如此类,皆属理解上的弹性,即见仁见智,任何制定法都无法真正控制其规模范围而只能靠刑法解释加以解决的弹性。与此不同,另一种意义上的弹性皆以刑法分则中“情节严重”、“情节恶劣”、“其他方法”、“其他手段”、“其他行为方式”等文字形式为其法定的识别指标,也即法定的弹性。本文所谓弹性刑法中的“弹性”,就限定在法定的弹性范围内。

绝对弹性与相对弹性。在刑法中,相对弹性是指加重构成中的情节犯或兜底规定。比如,按照《刑法》第133条的规定,违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,就已经构成交通肇事罪了。如果交通肇事逃逸或者有其他特别恶劣情节的,加重处罚。由于相对弹性的前提是有罪,可能的人权风险只发生在处罚轻重的权衡中,而本研究更关注的是人权风险的底线,因此本研究所指的弹性限于绝对弹性,即基本犯罪构成中的纯正情节犯和兜底犯。

弹性刑法与类推。二者似乎都关注法的不确定性,但类推“以不变应万变”,其前提是承认相似行为间形式上的差异性,如盗窃与侵占,而弹性刑法则在形式上否认这种差异。在弹性刑法中,无论以暴力或胁迫方法实施的抢劫,还是以“其他方法”实施的抢劫,都属于抢劫。

弹性刑法与扩大解释。二者都强调刑法适用对能动解释的依赖,但扩大解释在原有法条基础上承认基于某种功利需要而超出原有范围导出新的解释,而弹性刑法却否认这种特别功利需要以及推论的存在。对弹性刑法而言,被解释进来的,原本就是相应刑法规范的应有之义,无须在法条文本的形式以外寻求实质论证。

弹性刑法与法定刑幅度及法官自由裁量。三者都赋予法官以一定的选择空间,但对法定刑幅度和法官自由裁量而言,法官的选择就在刑罚的

轻重之间,而弹性刑法关涉的是罪与非罪的判断。换句话说,刑罚幅度和自由裁量的材料主要是量刑情节,而弹性刑法的材料却是定罪情节。

弹性刑法与“但书”及《刑法》第37条。它们都与定罪或免责与否的灵活性有关,但从其功能来看,但书及第37条的主要目的是为了防止过量入罪或不必要的刑事责任追究,而弹性刑法的目的既包括防止过量入罪,如将情节不够严重的行为定罪,也包括防止同等严重的危害行为出罪。实际上,这正是许多兜底性规定的立法用意所在。

弹性刑法与开放的犯罪构成要件。二者的存在都显示出法典语言本身的非自足性,但从外延来看,开放的犯罪构成包括不真正不作为犯、过失犯、目的犯和情节犯,而弹性刑法只是情节犯中的纯正情节犯以及纯正兜底犯,二者之间存在大面积的不重合。

弹性刑法与相对罪刑法定。二者都允许以某种变通来弥补法律文本的局限性,但相对罪刑法定实际上是从完全取消司法裁量到限制司法裁量;从完全否定类推到容许有限制的类推适用,即在有利于被告的场合容许类推适用;从完全禁止事后法到从旧兼从轻,即在新法为轻的情况下刑法具有溯及力。归结起来,有利被告是其要旨。而弹性刑法没有这个预设,相反,尤其是在兜底犯的场合,尽量完善法益保护,不使危害行为漏网才是其要旨所在。

基于上述界说,弹性刑法的特点可以概括为:第一,弹性刑法所规定的犯罪行为,是犯罪实行行为的不典型。例如,以其他方法抢劫公私财物的抢劫行为实际上就是以暴力、胁迫方法抢劫的不典型。第二,弹性刑法是犯罪构成该当性判断的不完整,而非违法性判断的不完整。因为“作为犯罪成立条件之一的违法性是指实质的违法性。……实质违法,是进行实质判断,判断根据并非法律规范本身,而是法律规范之外的内容,诸如共同

“李朝东诈骗案”,见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览·2005年刑事审判案例卷》,北京:人民法院出版社、中国人民大学出版社,第14—17页。

“中宝公司、陈华、廖新华非法买卖制毒物品案”,见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览·2003年刑事审判案例卷》,北京:人民法院出版社、中国人民大学出版社2004年版,第390—393页。

陈兴良:《本体刑法学》,北京:商务印书馆2001年版,第94页。

我国《刑法》第13条描述了什么是犯罪之后规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”。

刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第181页。

陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,《法学研究》第18卷第2期。

生活目的、法律保护的利益等是否受到侵害”。换句话说,不可能存在违法性判断的不完整。第三,弹性刑法意味着罪与非罪界限的不确定。例如,从试鞋到试婚,从情节不严重到情节严重,从法律未写明的其他非法经营行为到明文禁止的非法经营行为,刑事评价到底始于何处,没有明示的形式根据。照理说,如此“不典型”、“不完整”、“不确定”的弹性刑法,已经足以让习惯于干预司法活动的行政官员或者干脆自己滥刑的法官如获至宝,因而也足以让每个可能遭遇刑事调查的公民心惊肉跳。不过,这时与其单单告诉人们弹性刑法如何如何有悖于罪刑法定精神,不如进入问题内部,看看弹性刑法到底有多大规模和怎样的实际影响。因为比“我认为”更重要的是倾听事实自己怎么说。

三、中外刑法中的弹性规则

为使研究样本的边界清晰,现将截止到修正案(六)我国《刑法》分则中弹性规定的动态和结构性观察结果报告如下:1979年刑法中的弹性规定有36个罪名,占当时罪名总数的28.3%。其中,纯正情节犯24个,约占当时弹性刑法总数的67%,占当时罪名总数的18.9%。纯正兜底犯15个,约占当时弹性刑法总数的42%,占当时罪名总数的11.8%。而现行刑法中的弹性规定有68个,占罪名总数的15.6%。其中,纯正情节犯27个,占罪名总数的6.2%,约占弹性刑法总数的40%;纯正兜底犯44个,占罪名总数的10.1%,约占弹性刑法总数的65%。从这些数据中可以推出三个结论。

1. 弹性刑法的实际规模始终不大,且现行刑法比1979年刑法的弹性刑法总规模从28.3%下降到15.6%,尽管绝对数从36个上升到68个。

2. 与1979年刑法相比,现行刑法主要的变化

是严格控制了纯正情节犯(仅比原先增加了3个罪名),但未能严格控制纯正兜底犯(比原先增加了29个罪名)。

表1 各国刑法典中弹性规定比较

国家	罪名总数	纯正情节犯	纯正兜底犯	弹性刑法占罪名总数%
法国刑法典	115	0	0	0
美国量刑指南	140	0	0	0
荷兰刑法典	402	0	3	0.8
西班牙刑法典	445	0	4	0.9
巴西刑法典	382	0	4	1
德国刑法典	324	0	6	1.9
加拿大刑法典	392	0	10	2.6
澳大利亚刑法典	294	0	8	2.7
日本刑法典	168	0	6	3.6
菲律宾刑法典	251	0	9	3.6
意大利刑法典	419	0	19	4.5
瑞士刑法典	212	0	11	5.2
俄罗斯刑法典	278	0	15	5.4
泰国刑法典	311	0	17	5.5
丹麦刑法典	208	0	14	6.7
奥地利刑法典	238	0	23	9.7
越南刑法典	262	0	26	9.9
瑞典刑法典	196	0	26	13.3
中国刑法典	435	27	44	15.6

3. 在1979年刑法的弹性规定中,纯正情节犯(67%)多于纯正兜底犯(42%),而在现行刑法的弹性规定中,纯正兜底犯(65%)多于纯正情节犯(40%)。

从纵向角度观察弹性刑法的历史性变化,只是一种动态比较。而弹性刑法的减少,到底不是一种国际性的发展趋势,还需要对各国现行刑法作一番横向比较。为此,我们以19个国家的刑

陈兴良:《违法性理论:一个反思性检讨》,《中国法学》2007年第3期。

1979年刑法中有三个罪名既是纯正情节犯又是纯正兜底犯,即侮辱罪、诽谤罪和流氓罪,所以两个绝对数相加大于36。

如强迫交易罪,倒卖车票、船票罪,诽谤罪,煽动民族仇恨、民族歧视罪,侵犯通信自由罪,破坏选举罪,虐待罪,寻衅滋事罪等。

如非法经营罪,强奸罪,强制猥亵、侮辱妇女罪,非法拘禁罪,侮辱罪,抢劫罪,聚众哄抢罪,故意毁坏财物罪,破坏生产经营罪等。

现行刑法也有三个罪名既是纯正情节犯又是纯正兜底犯,即走私废物罪,操纵证券、期货市场罪,遗失武器装备罪,所以两个比数相加大于100%。

法典为样本,对各国刑法典中的弹性刑法进行了考察,结果如表1所示。

从表1数据中可见:

1. 除中国刑法外,其他18部刑法典中无一部刑法中有纯正情节犯的规定,纯正情节犯为中国刑法所独有。

2. 除法国、美国以外,纯正兜底犯为世界各国普遍存在的刑法现象,但在刑法典中的比重一般都得到严格控制,而中国刑法中的纯正兜底犯最多。

3. 以弹性刑法与该国内刑法罪名总数的比例关系来看,中国刑法为世界之最。与中国刑法最为接近的5部刑法依次为瑞典刑法、越南刑法、奥地利刑法、丹麦刑法和泰国刑法。与中国刑法相距最远的5部刑法依次为法国刑法、美国刑法、荷兰刑法、西班牙刑法和巴西刑法。

可见,各国都在尽量限制弹性刑法。否则,中国刑法就不会呈现弹性刑法总量规模相对下降的趋势,外国刑法也不会那么整齐地拒斥纯正情节犯并严格控制兜底犯。但如此一说,倒把中国刑法的特殊凸显了出来:中国刑法中的弹性规定最多。为什么会这样?可能的解释有两个。其一,由于中国的刑事犯罪本身比其他国家的都复杂、多变,所以中国刑法的弹性也相应地最大。如果不加比较,这一说法是可以理解的。因为自改革开放30余年以来,中国的社会、经济、政治关系比以往许多时候都更加复杂多样,相应地,违法犯罪的形式也自然多了些不确定性。但是,得出这个

判断,我们并未将19个国家30年来的社会、经济、文化、政治以及犯罪现象等方面的事实数据加以全面比较。尚无证据证明,其他18个国家的刑事犯罪本身都没有中国的复杂。所以,不能急于将中国刑法的弹性较大归因于中国刑事犯罪本身。其二,能否从立法程序、价值取向、立法技术或法律文化传统等方面发现各国在立法上的不同?沿着这个思路走,我们至少可以看到中外刑法在立法模式上的一个显著差异:中国通过1997年大规模刑法修订,将分散在行政法、经济法中的大量附属刑法统一收入刑法典,而在许多外国刑法中,刑事犯罪不仅被规定在刑法典里,还大量出现在其他行政、经济、商事法律法规中。这就意味着,在外国,到底有多少弹性刑法出现在刑法典以外的附属刑法中尚不得而知。因此,中国刑法到底是不是弹性之最,其实也不能定论。我们只能说,以刑法典为比较的文本来源时,中国刑法的弹性最大。总之,企图通过中外犯罪本身或刑法渊源的比较探求弹性刑法的解释,都缺乏足够的事实和数据。于是,深入到我们自己的刑法内部进行考察,应该是研究弹性刑法的一条必经之路。

四、弹性刑法的内在分析

既然弹性刑法由纯正情节犯和纯正兜底犯构成,我们又注意到二者在新老、中外刑法中的某种不同,那么,如果深入到弹性刑法内部进行结构性分析,又会有何新的发现呢?从语义上看,两种弹

其中,外国刑法典文本请参见:罗结珍译:《法国新刑法典》,中国法制出版社2003年版。逢锦温等译:《美国量刑指南》,法律出版社2006年版。于志刚等译:《荷兰刑法典》,北京:中国方正出版社2007年版。潘灯译:《西班牙刑法典》,北京:中国政法大学出版社2004年版。《巴西联邦共和国刑法典》,法律出版社1965年版。冯军译:《德国刑法典》,北京:中国政法大学出版社2000年版。卞建林等译:《加拿大刑事法典》,北京:中国政法大学出版社1999年版。张旭等译:《澳大利亚联邦刑法典》,北京大学出版社2006年版。张明楷译:《日本刑法典》,北京:法律出版社2006年版。杨家庆译:《菲律宾刑法典》,北京:北京大学出版社2006年版。黄风译:《意大利刑法典》,北京:中国政法大学出版社1998年版。徐久生等译:《瑞士联邦刑法典》,北京:中国方正出版社2004年版。黄道秀译:《俄罗斯联邦刑法典》,北京:中国法制出版社2004年版。吴光侠译:《泰国刑法典》,北京:中国人民公安大学出版社2004年版。谢望原译:《丹麦刑法典与丹麦刑事执行法》,北京:北京大学出版社2005年版。徐久生译:《奥地利联邦共和国刑法典》,北京:中国方正出版社2004年版。米良译:《越南刑法典》,北京:中国人民公安大学出版社2005年版。陈琴译:《瑞典刑法典》,北京:北京大学出版社2005年版。

例如,德国刑法典中仅有6个纯正兜底犯:第109条规定,行为人根据其承诺通过残废或者其他方式将自己或者他人弄得或者使自己或者他人被弄得不适合履行兵役义务的,构成通过残废逃脱兵役义务罪。第127条规定,行为人无权地建立或者率领使用凶器或者其他危险工具的群体或者加入这种群体之一、供给凶器或者金钱或者以其他方式援助这种群体的,构成建立武装群体罪。此外,还有第184条规定的散发色情文书罪、第239条规定的剥夺自由罪、第306条f规定的火灾危险引起罪、第324条a规定的土壤污染罪。参见冯军译:《德国刑法典》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第83,91,121,143,183,196页。

性刑法在内涵和功能上都不同。一方面,纯正情节犯反映的是不同危害行为之间在严重性程度上的纵向差异,而纯正兜底犯反映的是不同危害行为之间横向上的并列关系。另一方面,纯正情节犯的制度安排尽管管理论上可以防止严重危害行为的出罪,但更明显的导向主要是防止轻微危害行为的入罪,而纯正兜底犯的设置则主要是为了防止并列关系中其他危害行为的出罪。总之,纯正情节犯的相关罪名应该位于罪与非罪的衔接部位,而纯正兜底犯的相关罪名应该与不同危害行为的类比有关。

据此我们可以假设,既然两种弹性刑法在纵横方向以及规范功能上都不同,那么,纯正情节犯就应该更多出现在轻微危害行为的评价中,也因此其平均刑量应该低于其他犯罪。与此不同,我们尚无任何根据期待纯正兜底犯更多或更少分布在哪些类型的罪刑关系中,因此,暂且假定它与其他犯罪在罪行轻重以及刑量大小上没有显著差异,均匀分布在各种法益保护以及各类危害行为的相关罪名中。不难想见,如果这一工作假设被证实,至少意味着弹性刑法的设置有其理解上的合理性。但是,如果假设被证否,则需要重新解释其存在的理由。于是,本研究以我国《刑法》现有435个罪名的全样本数据库为检验对象,借助SPSS(社会科学量化分析软件)相关统计过程的运行所得检验结果是:

结果一:纯正情节犯的平均刑量值为4.4,约为上限5年有期徒刑的刑罚,而其他犯罪的平均刑量值为29.2,约为上限15年有期徒刑的刑罚,该统计过程的 T 检验结果 $p=0.000$,说明差异显著。另一方面,纯正兜底犯的平均刑量值为47.9,约为上限无期徒刑的刑罚,而其他犯罪的平均刑量值为25.4,约为上限14年有期徒刑的刑罚,该统计过程的 T 检验结果 $p=0.003$,说明差异显著。可见,纯正情节犯的确多为轻刑犯,与上述假设相符,但纯正兜底犯一般为重刑犯,与上述假设不符。

结果二:以纯正情节犯的出现与否为行变量,以其他法益、行为类型为列变量的交互分析

(Crosstabs)结果表明,纯正情节犯的出现机会大小,与几乎任何变量之间均无显著相关性联系。换句话说,无论重要法益的保护还是次要法益的保护,也无论严重犯罪行为还是一般犯罪行为,都有大体相近的机会表现为罪与非罪在程度上的纵向衔接,都可能存在纯正情节犯,这与纯正情节犯应该更多出现在轻微危害行为评价中的假设明显不符。如果与结果一结合起来看,至少对那些严重犯罪而又有纯正情节犯安排的罪名来说,这个结果意味着重罪轻刑的可能性。例如,作为一种纯正情节犯,虐待罪在行为方式上是暴力人身犯罪,在被害关系上是被迫被害犯罪,从加害人来看是滥用身份优势的犯罪,怎么看都应该是较严重的犯罪。但其法定刑仅为6个月到7年有期徒刑,明显偏轻。而且,如果将纯正情节犯视为规范的不明确或者不严密的话,这类纯正情节犯的相应罪刑关系实际上是“不严不厉”。

结果三:以纯正兜底犯的出现与否为行变量,以其他法益、行为类型为列变量的交互分析结果表明,财产经济犯罪中出现纯正兜底犯的概率高达16.6%,而危害人身及公共安全以及违背有关文化价值的犯罪中出现纯正兜底犯的概率仅为7.2%和5.9%,连前者的一半都不到。这一分析的统计显著值 $p=0.005$,说明关系非常显著。而且,如果将犯罪按其加害被害关系的不同分为最严重的被迫被害犯罪(如杀人、伤害、强奸、抢劫等)、次严重的被害缺席的犯罪(如盗窃、贪污、知识产权犯罪等)以及相对最轻的交易被害的犯罪(如各类诈骗)的话,其中,交易被害的犯罪中出现纯正兜底犯的机会最大,为17.4%,而相比之下,被迫被害的犯罪以及被害缺席的犯罪中出现纯正兜底犯的机会仅为8.8%和8.7%。尽管这个结果的统计显著值 $p=0.092$,略高于0.05的要求,但依然可以有条件地认为,关系比较显著。合起来看,财产经济犯罪和交易被害的犯罪都不是最严重的犯罪,但都有相对最大机会出现纯正兜底犯的安排。而根据结果一,纯正兜底犯的平均刑量又显著高于其他犯罪。所以有理由认为,至少对某些纯正兜底犯而言,这个结果意味着轻罪重

法定刑的量化方法请参见白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版第239页的刑量模型及相关说明。其计算模型为:抽象刑量=有期徒刑类型+无期徒刑 $\times 30$ +死刑 $\times 60$ -拘役 $\times 0.25$ -管制 $\times 0.5$ 。

按照储槐植先生的理论,罪刑之间有“不严不厉”、“又严又厉”、“严而不厉”、“厉而不严”四种组合。其中,只有“严而不厉”是更科学适切的罪刑关系。参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京:北京大学出版社2007年版,第45—67页。

刑的风险,与上述假设明显不符。例如,作为一种纯正兜底犯,走私文物罪既非暴力人身犯罪,又非破坏公共安全的犯罪,相对于被迫被害而言,只是一种被害缺席的犯罪,但被规定了死刑,明显偏重。而且,如果将纯正兜底犯同样视为规范的不明确或者不严密的话,这类纯正兜底犯的相应罪刑关系实际上具有“厉而不严”的特点。

至此,如果将几个检验结果综合起来便可推知,既然弹性刑法既有重罪轻刑的可能性又有轻罪重刑的风险,那么,弹性刑法在罪刑关系上便存在罪的严重性与刑的严厉性之间不对称或不均衡的现象。这样,对被害人或社会而言,重罪轻刑意味着不公;而对被告人而言,轻罪重刑同样意味着灾难。如果说“不典型”、“不完整”、“不确定”是从定性的角度说明弹性刑法与罪刑法定原则相悖的话,那么,罪刑之间的不均衡则是从定量的角度暴露出弹性刑法与罪刑法定原则的要求之间的差距。实际上,除了成文法主义以及明确性原则以外,禁止罪刑之间的不均衡也是罪刑法定原则的应有之义。然而,弹性刑法又具有法的形式外观,所以,不论中国刑法是不是弹性之最,我们仍有理由担心,弹性刑法会不会成为中国法官“依法滥刑”——重罪轻判乃至出罪或者轻罪重判或者不当入罪——的法律根据?

五、弹性刑法的风险分析

经典罪刑法定原则本身暗含着一个假定,认为明文规定的刑法不仅是禁止公民实施某种作为或不作为的行为规范,更是禁止法官法外用刑的裁判规范。这意味着,如果没有法条文本的限制,法官滥刑在所难免。现在,基于上述中国刑法文本中弹性刑法的实证分析我们发现,成文刑法的制定和颁布本身并不当然地阻断司法不公的可能性。但是,如果基于这种可能性就断定审判活动中一定充斥着不当的入罪出罪,不是浅尝辄止,起码也是证据不足。为此,本研究着手实施了一项调查,其目的就是了解弹性刑法对司法实践到底有多大影响?法官到底会不会滥用弹性刑法造成司法不公?遭遇弹性刑法的公民到底在何种意义

上以及多大程度上可能成为刑法不明确的牺牲品?

调查对象的分析单位是刑事司法案例,其范围是1997年以来各地各级法院生效刑事判决共20833个。调查方法是,先对这两万多个案例样本进行逐一排查,提取其中所有弹性刑法罪名下的相关案例并计算这些案例与样本总体之间的比例关系。然后,由于这个范围内的案例并不一定都涉及弹性刑法规定的适用,因此需要对提取出来的弹性刑法相关罪名的全部案例样本再次进行逐一排查,提取其中所有适用了弹性刑法的案例,并计算其比例规模。这一步的具体方法是,对控、辩、审三方中任何一方的法律理由进行仔细观察,只要发现提及“情节严重”、“情节恶劣”或者“其他……行为”等字样,便认为是否构成纯正情节犯或兜底犯可能是该案的焦点法律问题之一。如果控、辩、审三方中无一方提及相关法律依据,便有理由认为,该案基本不存在弹性刑法给案件相关主体带来的法律风险。例如,某信用证诈骗案的争议焦点是被控行为是否属于《刑法》第195条所列的“使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的”行为,或者“使用作废的信用证的”行为,或者“骗取信用证的”行为,而不涉及是否属于“以其他方法进行信用证诈骗活动的”的行为,那么,该案就不涉及弹性刑法的适用。最后,适用了弹性刑法也不一定是失去实质正义的判决,因此还需要再次逐一研读被筛选出来的案件判决书,对弹性刑法的适用风险做出最终评估。现将这个过程的结果报告如下:

调查发现,有601个案件的性质与纯正情节犯的罪名有关,占20833个案例样本总数的2.9%。而根据上文数据,在立法上,纯正情节犯的罪名占罪名总数的6.2%。进一步看,其中有35个案例的争议焦点与情节是否严重或恶劣有关,占601个纯正情节犯罪名下案例的5.8%,占20833个样本总数的0.17%。调查还发现,有308个案例的性质与纯正兜底犯的罪名有关,占20833个案例样本总数的1.5%。而根据上文数

有学者认为,不均衡的刑罚意味着相同情况异样处理,违背最起码的形式公正,当然更谈不上实质合理。不均衡的刑罚使刑罚失去了法的性质而成为一种任性,无论这种任性是以何种形式实施的,都不能成为公正的表现。因此罪刑法定作为刑法的基本理念当然必须对之予以否定,或者说将禁止残酷的、不均衡的刑罚作为罪刑法定基础之一具有必然性。参见李洁:《论罪刑法定的实现》,北京:清华大学出版社2006年版,第80页。

案例来源为“法意实证案例法规数据库”,参见www.lawyee.com。

即以第32页注、中所列所有罪名为关键词,对两万多生效判决进行逐一检索。

据,在立法上,纯正兜底犯的罪名占罪名总数的10.1%。进一步看,其中只有7个案件的争议焦点与兜底性规定的适用有关,占308个纯正兜底犯罪名下案例的2.3%,占20833个案例样本总数的0.033%。

基于这些观察所形成的初步印象是,尽管弹性刑法在理论上隐含着司法不公的风险,但在司法实践中,其实际规模范围和适用的可能性都极为有限。然而,总体上的1%,对当事人而言也意味着100%。所以,有必要对弹性刑法适用个案进行深入观察。结果是,在35个以纯正情节犯为焦点法律问题的案例中,有28例被控寻衅滋事罪。其中,有22例都以指控罪名定罪并说明理由,5例变更罪名为敲诈勒索罪、故意伤害罪或强迫交易罪,仅有一例宣告无罪。另外7例的罪名分别是招收公务员、学生徇私舞弊罪,强迫交易罪,破坏选举罪,虐待罪,诽谤罪,帮助毁灭、伪造证据罪,其中3例宣告无罪。另外,7例纯正兜底犯案例,均为以麻醉方法抢劫并以抢劫罪定罪的案例。

具体来说,关于有罪判决是否过量入罪的担心,案件中中被认定为“情节严重”或者“情节恶劣”的情形,往往是“携带气枪、刀、棍等作案工具,驾驶摩托车窜至被害人住处,强行闯入室内,对其实施殴打,致其面部及右下肢受伤,该损伤已构成轻微伤”的行为,或者“乘坐被害人的人力三轮车拒不交费,并对车主辱骂并殴打、追撵后连捅四刀,致其心脏损伤,急性大出血而死亡”的行为,或者“纠集其他四被告人等预备互殴,后在得知对方到其家中寻衅即赶回参与打斗,先后致多人受伤”的行为,等等。关于无罪判决是否不当出罪的担心,案件中中被认定不属于“情节严重”或者“情节恶劣”而宣告无罪的情形,往往是“以车被堵为由扬言要砍人,但在客观上被他人劝止并未实施伤害他人而属于情节显著轻微危害不大”的行为,或者“共同生活的家庭成员因生活琐事发生口角,一方动手打了对方并致轻微伤。但因情节显著轻微而不构成虐待罪”的行为,等等。总之,本次调查并未发现法官普遍滥用弹性刑法而造成过量用刑以及不当出罪的明显迹象。

参见江苏省宿迁市中级人民法院刑事裁定书(2005)宿中刑终字第63号。

参见河南省信阳市浉河区人民法院刑事判决书(1999)信浉刑初字第37号。

参见浙江省金华市中级人民法院刑事判决书(2003)金中刑一终字第113号。

参见湖南省龙山县人民法院刑事判决书(2001)龙刑初字第99号。

参见河北省沧州市中级人民法院刑事附带民事判决书(2000)沧刑二终字第4号。

行文至此,问题的自身逻辑已经把我们带到了一个路口:向左拐,可能来到“弹性刑法适用率较低说明司法擅断的风险不大,如果保留弹性刑法并无大碍”的结论。向右拐,则可能走向“恰好说明弹性刑法无存在之必要”的判断。深究起来,前者的理由可能建立在犯罪的功利性预防理论基础之上,认为刑法规范设置的主要根据就是一般预防。即使实践中尚无大量需要弹性刑法加以规范的行为,立法上保留相关规定也能起到预防这类行为钻法律空子的目的。至少,由于控、辩、审之间程序性制约机制的存在,无论辩方以“情节不够严重”为由为被告人辩护,或者控方以“某行为属于法定的‘其他行为’”为由对被告行为提出指控,都意味着某种额外的风险。所以,立法上保留弹性规范并不必然导致司法实践中的滥刑。

而笔者不仅相信报应为主预防为辅的刑罚根据理论,而且认为弹性刑法适用率极低意味着,相关法条明文禁止的行为已经可以涵盖现实生活中绝大部分犯罪现象,许多弹性刑法所反映的并非犯罪的客观现实而很可能只是立法者的主观想象。而如果法律向一个将来可能出现的所谓犯罪行为透支其否定评价,和溯及既往的法律一样缺乏法律报应的对象。而且,既然弹性刑法的适用率极低,我国《刑法》又有但书规定,防止轻微危害行为入罪已有法律根据,再用大量分则规范规定纯正情节犯实在没有必要。况且,如果保留弹性规定,理论上仍给罪刑擅断预留下不小的空间。所以,我们的问题不知不觉地已经从是否需要严格限制弹性刑法的规模和影响,变为既然没有实用价值,那立法上为何要创设弹性规定?或者说,即使立法者当初经过大规模立法调查发现,弹性刑法的适用仅有极低的概率,就一定会放弃弹性刑法规范的设置吗?如果不会,那又是为什么?

六、弹性刑法的主体性分析

关于弹性刑法的成因,我们当然可以说由于从最严重的犯罪到一般违法行为之间其实有着无数个相对位置,所以作为犯罪现实的反映,犯罪定义自然也可以被设置为“无级变速”的弹性刑法。

另一个解释是犯罪现象本身的复杂性和多样性,使得犯罪定义不可能明示所有的犯罪行为方式。现在看来,这样的解释值得怀疑:首先,以行为危害性的严重程度区分罪与非罪的界限,即使在中国刑法中也只存在于部分罪刑关系中。根据笔者的调查,我国《刑法》分则中,以程度不同划定罪与非罪界限的罪名(如盗窃、诈骗等罪)有231个,占罪名总数的53.1%,而以性质不同划定罪与非罪界限的罪名(如杀人、放火、强奸、背叛国家等罪)有204个,占罪名总数的46.9%。这说明,性质相同而程度有别的罪与非罪界限,并非我国刑法中全部犯罪定义的特点,仍有相当大量的犯罪是以其性质本身说明其犯罪化根据的。其次,如果用犯罪本身的复杂多样性解释弹性刑法的存在,而根据上文报告的中外刑法比较的结果,那我们就只好说,中国的犯罪比外国的犯罪更复杂多样。当我们不知该怎么面对这个怪怪的判断时,问题似乎已经悄悄地变为:刑法规定中的犯罪定义到底反映的是客观的犯罪现象本身,还是主观的定义者自己?

为此,透过犯罪定义学的理论框架理解弹性刑法,也许会有些新的发现。在关系犯罪学体系中,犯罪定义学就是以刑事立法、司法、舆论、文化、习俗中的犯罪定义为对象的解释学。犯罪定义学的基本问题是,犯罪定义的主要根据是什么?一方面,客体本位的犯罪定义观认为,犯罪定义中的决定性因素是被定义的行为本身。这些行为不以定义者的意愿而转移,不随着定义者的需要而变化。不论谁来定义犯罪,只要他从犯罪实际出发,被定义为犯罪的行为都将是一样的。意大利学者加罗法洛的“自然犯罪”理论,就清楚表达了这一理论倾向。按照这种理论,犯罪本身的样态和变化主导着犯罪定义的制定和修改。另一方面,主体本位的犯罪定义观关注犯罪定义的主体性问题。在哲学上,所谓主体性是人的自觉、自主、能动、创造、认识局限、利益局限等方面的特

性。在犯罪学中,认识、控制犯罪的人,也是一种主体,关注这个意义上的主体性,是犯罪学的一种反身观察。沿着这个思路去理解犯罪问题,主体本位的犯罪定义观注意到,犯罪定义并非犯罪行为本身固有属性的直接翻版或者简单摹写,而是定义犯罪的主体赋予某些行为以犯罪的意义和属性的结果。因此,谁,根据何种标准,出于何种利益驱动,将何种行为界说为犯罪,这些问题在犯罪定义中更具前提意义。当代犯罪学中的标签论就较早地注意到犯罪定义过程的这种主体能动性并从理论上给出了解释。贝克尔说:“各种社会群体创造了越轨行为,其方式是制定那些一经违反就会造成越轨的准则,并把这些准则应用于特定的人,给他贴上不受欢迎者的标志。从这种观点看,越轨不是人们所从事的某种活动的特质,而是其他人将准则及制裁施加于‘触犯者’的结果”。从这个意义上说,犯罪定义的制定过程,也是各种社会意义资源的选择、争夺、运用与分配的过程。关键在于什么行为应当被定义为犯罪,而在于实际上需要将什么行为称为犯罪。从这个意义上说,真正需要研究的不是被定义的对象,而是定义者——他们为什么、根据什么去塑造犯罪,以及为什么希望他们所希望的。实际上,按照客体本位的犯罪定义学,犯罪定义应当反映犯罪现实,而按照主体本位的犯罪定义学,犯罪定义实际上未能反映犯罪现实,而是各种定义者主体性的反映。

沿着犯罪定义学的思路回到本文论题便会想到,作为刑法分则中68个罪刑单位,弹性刑法也是犯罪定义的一部分,同样本应接近、符合犯罪本身的客观性,但同样可能在实然层面上流露出定义者的某种主体性。当然,这种猜想是否成立,以及,如果成立,其主体性的具体内容是什么,都需要从实证观察中获取相应的证据支持。因此,请读者审查以下事实及相应推论:

1. 因身份优势的滥用而实施的犯罪中弹性刑法比较少见,弹性刑法更多地出现在与身份优

参见白建军:《关系犯罪学》,北京:中国人民大学出版社2005年版,第278—342页。

加罗法洛认为,存在着“那些被所有文明国家都毫不困难地确定为犯罪并用刑罚加以镇压的行为,它是最清楚和不准成分最少”的一个指称。这就是“被所有文明国家都毫不困难地确定为犯罪并用刑罚加以镇压的行为”就是“一种有害行为,但它同时又是一种伤害某种被某个聚居体共同承认的道德情感的行为。”参见加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,北京:中国大百科全书出版社1996年版,第20、22、44页。

杰克·D.道格拉斯、弗兰西斯·C.瓦克斯勒:《越轨社会学概论》,张宁、朱欣民译,石家庄:河北人民出版社1987年版,第152—157页。

势滥用无关的普通人犯罪中。证据是,运行SPSS的罪名数据库,以贪污、受贿、渎职等身份优势滥用的犯罪为列变量,以弹性刑法为行变量的交互分析结果表明,在身份优势犯罪的情形下,弹性刑法的出现机会仅为6.8%,而普通人犯罪中弹性刑法的出现机会则高达20.1%;而且,85%即58个弹性刑法都分布在普通人犯罪中,只有15%即10个弹性刑法分配给身份优势犯罪($p = 0.000$),而身份优势犯罪在整个刑法中所占比例为33.8%。对此,一种可能的解读是,罪刑法定原本是“贪官假定”,即防止法官违反裁判规则而罪刑擅断。现在将大量弹性刑法分配给普通人犯罪,意味着一种“刁民假定”,即防止公民钻法律空子。这种解读的牵强之处显而易见,不过,从法律社会学的视角来看,弹性刑法毕竟在潜在的犯罪人中更多地选择了普通民众而不是占据优势资源的“上流”社会成员。

2. 弹性刑法在缺乏犯罪主客体要件限定词的罪刑单位中出现概率最大,说明制定法中犯罪构成要件无法明示的部分,不得不由弹性刑法加以补充。证据之一是,在刑法规定以一定行为加危害结果为构成犯罪条件的犯罪中(如构成交通肇事罪的,必须是违反交通运输管理法规,“因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”行为),弹性刑法的出现机会仅为3.7%,但其他犯罪中弹性刑法的出现机会则高达18.4%($p = 0.001$)。证据之二是,在刑法规定以一定行为加特定主体构成某种犯罪的情形下(如构成贪污、受贿犯罪的,必须是国家工作人员),弹性刑法的出现机会仅为1.7%,但其他犯罪中弹性刑法的出现机会则高达20.6%($p = 0.000$)。证据之三是,在刑法规定以一定行为加某种主观心态构成犯罪的情形下(如构成破坏界碑、界桩罪或破坏永久性测量标志罪的,必须是“故意破坏国家边境的界碑、界桩或者永久性测量标志的”行为),弹性刑法的出现机会仅为7.7%,而其他犯罪中弹性刑法的出现机会则高达17.4%($p = 0.033$)。证据之四是,在刑法规定用“非法”修饰一定行为构成犯罪的情形下(如构成走私制毒物品罪的,必

须是“非法运输、携带醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂进出境的”行为),弹性刑法的出现机会仅为3.1%,而其他犯罪中弹性刑法的出现机会则高达19.3%($p = 0.000$)。的确,制定法必须为法官判案提供一个犯罪成立的大前提,如果做不到这一点,也要用弹性刑法在形式上模拟一个大前提。显然,这种制定法与判例法的不同,怎么说也不可能用犯罪本身的不同来解释。

3. 经济犯罪的相关罪名最容易出现弹性刑法,说明定义者越不熟悉的犯罪,越可能选用弹性刑法加以规制。证据是,以弹性刑法为行变量,以法益类型为列变量的交互分析结果显示,破坏经济秩序的犯罪中,有21.2%的罪名为弹性刑法,其概率最高;而危害各类安全价值的犯罪中,只有10.8%的罪名为弹性刑法,违背文化价值规范的犯罪中,也只有15.3%的机会出现弹性刑法($p = 0.04$)。可以认为,当我们说“经济犯罪复杂多样”时,其实是在承认,我们对专业性和行业性较强的经济犯罪缺乏了解。这时,建立在经验缺乏和不安全感基础之上的兜底性规定,自然成为最佳的功利性、预防性立法策略。显然,不论对犯罪客观规律的陌生还是报应与预防导向的选择,其主语都一定是犯罪的定义者而非定义的对象本身。

看上去,这三个方面分属不同领域,但实际上,普通民众遭遇弹性刑法的更大风险反映的是社会地位不同遭遇刑法不确定的机会也就不同;缺乏犯罪构成限定词的罪名对弹性刑法的依赖反映的是成文法法律渊源自身的局限;经济犯罪与弹性刑法的高度相关反映的是立法者对经济生活的陌生。三者共性在于,对公民承担刑事责任机会的分配、法律渊源的属性、对经济生活的熟悉程度,都在不同程度上与犯罪定义者自身的倾向、选择、传统、认知和局限等主体性有关。而这些主体性又从不同侧面与弹性刑法相伴随而存在,因此,弹性刑法的重要解释之一就是犯罪定义者的主体性。沿着这个理路走下去,弹性刑法问题的解决应考虑三个启示:

首先,控制、减少弹性刑法的范围、规模,应被

这里所谓身份优势的滥用,既包括权力资源的滥用(如贪污受贿),也包括财富资源的滥用(如操纵证券市场、行贿),还包括其他社会资源的滥用(如虐待、遗弃)。参见白建军:《罪刑均衡实证研究》,北京:法律出版社2004年版,第173—174页。

这10个有弹性刑法的优势犯罪是:欺诈发行股票、债券罪,背信损害上市公司利益罪,操纵证券、期货市场罪,洗钱罪,虐待罪,接送不合格兵员罪,贪污罪,招收公务员、学生徇私舞弊罪,遗失武器装备罪,虐待俘虏罪。

纳入罪刑法定原则的内容,也应该是我国刑事立法以及法律修订的方向之一。从应然面说,公民在法律面前应当具有平等地位。但上述证据证明,在实然面上,社会地位不同的公民,面临刑法不确定性风险的机会也就不同。而且,这种不平等是由法律的形式固定下来的。从这个意义上说,如果将“法律面前人人平等”的表述改为“法律之中人人平等”,也许更加接近法的实质正义。对已然实定法来说,“法律面前人人平等”意味着不论善法还是恶法,都将平等地禁止乞丐和亿万富翁去沿街乞讨。而“法律之中人人平等”则意味着平等原则同样应贯彻于立法、法律修订的过程中。

其次,应当反思成文法模式,对其自身的局限性有所自觉。法律的确应当全面、客观、准确地反映犯罪本身的实际,但谁都知道这只是个永远都无法全部实现的目标。上文已经以一套证据体系证明,这个意义上的应然而实不然恰恰就是弹性刑法所以出现的基本原因之一。作为这一反思的一种反映,近年来学界已经开始意识到,司法判例是制定法的重要补充形式,法院系统也已着手我国的案(判)例指导制度的探索。实际上,虽然没有高唱罪刑法定,英美判例法国家的刑事司法也不必然产生大量人权危机。在此基础上还应指出,除了借鉴其他欧陆国家判例汇编的做法以外,我国的案例指导制度还应提升其科学性,即采用大样本案例归纳和经验研究方法对案例进行大规

模收集整理和定量分析,筛选出最具代表性的判决,形成具有学习能力的动态示范性案例库。笔者相信,科学的案例指导实践,将是解决弹性刑法问题的有效形式之一。

最后,应当反思刑法规范与行政、经济、民商法律规范的衔接方式。应当承认,自然犯的比例相对减少而法定犯比例相对增多,是犯罪自身发展变化的总体趋势。为适应这一客观规律,主要欧陆国家的做法是将大量经济犯罪规定在经济、行政法律法规中。其结果,刑法典中就没有必要也不可能就经济领域中的犯罪规定大量弹性规范。事实上,经典刑法理论并没有说犯罪与刑罚一定要规定在刑法典中才是罪刑法定。而在1997年,我国通过大规模刑法修订清空了原来规定在其他法律法规中的附属刑法规范,将全部刑事规范集中规定在刑法典中。这样一来,刑法典的统一完整得到了彰显,但代价是割断了经济领域中刑法规范与相应经济商事法律规范之间的形式联系。人们不得不从实质上把握二者的衔接,这就使经济犯罪的刑法规制平添了几分不确定性。加之上世纪末我国经济大规模转型,经济建设高速发展,立法者对经济运行机制的陌生,都更加凸现了经济刑法与经济民商法律法规之间的脱节。现在看,应该加强刑法与其他经济商事法律之间关系的研究,其中,明确二者之间的联系比强调其区别更有意义。

Rigid Theory, Flexible Rules: On the Principle of Statutory Crime and Penalty

Bai Jianjun

(Law school, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: It is both apparently legal and illegal to sentence by flexible criminal law. With a large-scale empirical analysis on the revocatory and active Chinese criminal law, 19 texts of criminal laws in various countries, the 435 accusations in Chinese criminal law and more than twenty thousand real criminal cases, it is found that rules in Chinese criminal law are of heavy flexibility, with the characteristics of “merciful loose” and “cruel while loose”. However, the flexible criminal rules are in fact rarely applied in judicial procedure. The flexibility in criminal rules is not due to the complex of crime, but the legislation itself. Applying flexible rules cautiously is definitely implicated in the principle of statutory crime and penalty.

Key words: statutory crime and penalty; flexible criminal law; pure circumstantial crime; pure comprehensive crime

(责任编辑 郑园)

参见劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,《法学研究》2004年第6期。

参见白建军《论法的确定性与公正的可检验性》,《中国法学》2008年第2期。