

关于调整我国刑法结构的思考

刘 仁 文

(中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士 北京 100720)

摘要:我国现行刑法结构存在两方面的问题:一是刑法典中规定的犯罪大约相当于西方国家刑法典中规定的重罪,而没有将劳动教养、治安处罚这两类类似于西方国家的轻罪、违警罪纳入其中,同时,保安处分措施也没有系统化;二是刑事法律之外的其他行政或经济法律不能直接确立罪名和刑罚,这种定罪量刑单轨制模式无法适应当今法定犯大增的社会形势的需要。调整我国刑法结构的路径是:确立双轨制的立法模式,将大量的法定犯直接规定在与之非同皮毛关系的行政或经济法律里;重新制定一部包含有重罪、轻罪、违警罪及保安处分措施的综合刑法典。

关键词:刑法结构 综合刑法典 单轨制模式 双轨制模式

一、刑法结构的定义与研究视角

晚近以来,我国通行的刑法学教科书和论著,将刑法定义为规定犯罪与刑罚的法律规范,并在指出了刑法的成分之后将其分列为犯罪与刑罚两大部分予以论述,而没有涉及犯罪与刑罚之间的组合关系。储槐植教授认为“成分不等于结构”,并尖锐地指出成分相同而成分之间比重(结构)不同会造成事物的不同性质,如同样有死刑、监禁刑和罚金刑等几种刑罚方法(成分)存在,但彼此所占比例不同,会形成重刑结构与轻刑结构的重大差别。

那么,何谓刑法结构呢?储教授曾将刑法结构界定为“定罪面与刑罚量的组合形式”。后来,他又进一步指出,刑法结构其实就是刑法系统内诸要素的组合形式,即罪与刑的组合,也就是不同数量的搭配。罪的数量即为犯罪圈的大小,刑的数量则是刑罚量的轻重。犯罪圈大小指刑事法网的严密程度,刑罚量轻重指法定刑的苛严程度。

以犯罪成立后所处刑罚是否严厉为标准,储教授将罪刑配置分为四种组合,即四种刑法结构:(1)不严不厉;(2)又严又厉;(3)严而不厉;(4)厉而不严。他认为,又严又厉的刑法结构在当今世界并不存在,典型的不严不厉似乎也不存在,多数经济发达国家和法治化程度较高的国家大体上属于严而不厉的结构类型,而我国当前的刑法结构基本上算是厉而不严。“严而不厉”的刑法结构表现为“刑罚轻缓”和“法网严密”,“厉而不严”的刑法结构则表现为“刑罚苛厉”和“法网不严”,后者是刑法机制不畅的内生性原因。我国刑法改革的方向应从“厉而不严”转向“严而不厉”。

储教授关于刑法结构的界定与分类确实给人不少启发,但笔者认为,储教授对刑法结构的界定和分类还有进一步探讨的必要:一是他将刑法系统内的诸要素等同于罪与刑两个要素,有使刑法结构过于简化之嫌。事实上,尽管罪与刑是刑法结构中的两个关键要素,但刑法结构绝不只是两者的相互关系和组合形式,刑法结构还应当包括刑法典与单行刑法、附属刑法的协调,以及刑法与治安管理处罚法、违法行为矫治法(劳动教养法)等的协调,乃至刑法内部各条文之间的协调。二是他将刑法结构分为四类,而实际上他又

否认另两类的存在,结果只剩下“严而不厉”与“厉而不严”两类,但“严”与“厉”是相对的,难道那些经济发达、法治程度较高国家的刑法结构就都属于“严而不厉”类型吗?这些国家彼此之间的刑法结构差异又作何解释呢?三是他将刑法结构主要视为一个宏观的东西,即或是“严而不厉”或是“厉而不严”,但这似乎还不够,还应当从微观上对刑法结构进行深入研究,如所谓的我国的“厉而不严”结构,会不会存在刑罚总的来说偏“厉”但个别地方却存在偏轻(特别是罪与罪之间的刑罚不协调)呢?又会不会存在法网总的来说“不严”但个别罪的定罪面又偏严(不该设置为犯罪的设置成了犯罪)的情形呢?事实上通过对我国刑法结构作微观的考察便不难发现这些问题确实存在。

另外,对刑法结构的研究也不必局限于储教授所提出的这一个视角,事实上,它可以有多个视角,如德国学者耶赛克曾对刑法结构作如下剖析:(1)处罚之先决条件(主要指总则之“犯罪论”部分);(2)刑罚和处分;(3)具体的构成要件(主要指分则内容);(4)国际刑法(如德国2002年颁布的《执行国际刑事法院罗马规约的法律》);(5)附属刑法(如《麻醉品法》)。笔者在几年前的一次刑法学科建设笔谈中曾经提出过“立体刑法学”的构想,即刑法学研究要瞻前望后(前瞻犯罪学,后望行刑学)、左看右盼(左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法)、上下兼顾(上对宪法和国际公约,下对治安管理处罚和劳动教养)、内外结合(对内加强法的适用解释,对外给解释设立必要的边界)。其实这也可以作为研究刑法结构的一种思路,即以刑法典为轴心,辐射至:(1)“瞻前”,包括实然的《未成年人犯罪预防法》与应然的《犯罪预防法》、《证人保护法》、《被害人保护法》等;“望后”,包括实然的《监狱法》与应然的《刑罚执行法》。(2)“左看”,包括刑事诉讼法牵涉到的刑法内容;“右盼”,包括各部门法中的附属刑法规范。(3)“上对宪法和国际公约”,在一些国家,罪刑法定、废除死刑等重要的刑法问题都被上升到宪法层面,我国虽然没有这样做,但对这些问题的阐释和理解需要借助于宪法精神;对于我国批准的国际公约,其中涉及国际罪行的,我国刑法总则已规定“在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法”,因而也需要有此视野;至于“下对治安管理处罚和劳动教养”,则如下文所要说明,这本身就是国外刑法中的内容。(4)“内外结合”,在此适宜解读为“内”为刑法典,“外”为刑法典以外的所有刑法规范,如单行刑法(特别刑法)乃至刑法的立法与司法解释等“准刑法”。

如果把储教授的上述研究视角视为从实质上研究刑法的结构,那么耶赛克教授和笔者的这类研究视角就可称为从形式上研究刑法的结构。当然,实质的刑法结构与形式的刑法结构并不能截然分开,两者有着内在的联系,如治安管理处罚法、劳动教养法与刑法典的关系,表面看是刑法结构的外在形式,但其实也牵涉到“定罪面”与“刑量刑”的界定。不过它们毕竟不是一回事,如某一种法定犯(行政犯)的罪刑相同,但是规定在刑法典里还是规定在刑法典以外的附属刑法中,这纯粹是一个形式的选择问题。

二、调整我国刑法结构的路径选择

(一)从小刑法典到大刑法典

当前,我国民法学界正在致力于制定一部统一的民法典,而我国刑法学界的学人也许会略带几分自豪地说:《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)早在1979年就制定出来了,1997年又出台了修正后的新刑法。但笔者认为,我国的刑法典并不是一部真正意义上的完整刑法典,因此,制定一部统一的刑法典的任务还没有完成。

笔者之所以得出这样的结论,主要源于几部外国刑法典对犯罪分类与处罚的启示:

《美国模范刑法典》第1.04条将犯罪分为重罪(felony)、轻罪(misdemeanor)、微罪(petty misdemeanor)和违警罪(violation)四类。其中前三类被称为“实质犯罪”(crime),其处罚后果均可能涉及剥夺人身自由(微罪可处以最高不超过1年的监禁刑),第四类“违警罪”只能被处以罚金或其他民事制裁,而且“不产生有罪认定所引起的限制能力或者法律上的不利”。

法国自1791年以来,其刑法一直按照犯罪的严重性,将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪三类。1994年修订的新刑法仍然维持了这种三分法。

德国早在1871年的《帝国刑法典》(现行刑法典的渊源)中就采用重罪、轻罪和违警罪的三分法,当时对违警罪的规定是“指应科处拘役或150个帝国马克以下罚金的犯罪行为”。李斯特认为,这种三分法“使得立法者在法律中的许多地方,对其表述方式作出从容的简述成为可能”。现行《德国刑法典》(2002年修订)将犯罪分为重罪与轻罪两类,其中重罪是指“最低刑为1年或1年以上自由刑的违法行为”,轻罪是指“最高刑为1年以下自由刑或科处罚金刑的违法行为”(第12条)。①此外,现行的《德国刑法典》还在总则第三章“行为的法律后果”中将“矫正与保安处分”与“刑罚”并列。据此,其矫正与保安处分措施包括:收容于精神病院、收容于戒除瘾癖的机构、保安监督、行为监督、吊销驾驶证、职业禁止。

由上可见,重罪、轻罪和违警罪三分法大抵是当今世界各国刑法关于犯罪的基本分类方法,而保安处分被系统纳入刑法典也是不少国家的做法。与之相比较,我国的刑法典大约只包括了西方国家刑法典的重罪部分,②而缺少违警罪、轻罪和保安处分三大块内容。在我国,刑法中的犯罪由于大都在定性之外还有定量(如要求数量较大、情节严重等)的要求,因此,刑法之外尚有治安管理处罚法和劳动教养法两大块;另外,保安处分措施尚没有在我国刑法中得到比较系统的体现。

从现在的立法看,1997年修订刑法时曾有人主张一并解决劳动教养问题,但没有成功,最后仍只是就狭义上的刑法作出修正;《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)于2005年8月在原来的《中华人民共和国治安管理处罚条例》的基础上修订而成,并于2006年3月正式施行;针对劳动教养问题,立法机关目前正在准备制定《违法行为矫治法》。如此看来,从实然的角度看,三法分立的局面仍将继续存在。但笔者认为从应然的角度看,将此三法统一于刑法典中并加进保安处分措施,有利于构建一个更加科学的刑法结构。③

先来看相对独立的保安处分措施,它包括“矫正措施”与“保安措施”两类。前者着重“矫正”,如戒除毒瘾;后者偏重“保安”,如对通过行为表现出对公众有危险的精神病人,将其收容于精神病医院。保安处分措施的存在价值在于:(1)保卫社会的安全始终是刑法的第一位任务,但狭义的刑法不能完全完成这一任务,如对没有责任能力的危害社会的精神病人和没有达到刑事责任能力的危害社会的人,刑法不能施加刑罚于他们,但从保卫社会来说必须要有相应的措施;(2)刑罚需要保安处分措施来弥补,有的犯罪人单靠判处普通的刑罚还不能达到改造和帮助其回归社会的目的,还需要矫正等措施来加以辅助(如对有毒瘾的犯罪人可以在执行刑罚前先执行戒除毒瘾的矫正措施),抑或在执行完定期刑罚后,经过评估,觉得其人身危险性还较大,因而需要继续羁押或释放后采取必要的监督措施。

但保安处分措施由于涉及剥夺或限制人身自由,从法律后果的严厉性看,可以等同于刑法的后果,因此需要法律规范以防止对执法对象造成人权侵害。我国目前在此领域的法治状况还不理想,试举几例:(1)收容教养。《刑法》规定对那些因不满16岁不予刑事处罚的犯罪人,在必要的时候,可以由政府收容教养。根据有关文件,收容教养的期限为1-3年,有权作出收容教养决定的是公安机关。本来立法者的原意是要保护青少年,但实际上可能适得其反。例如,几年前,北京市海淀区发生过一起有名的“蓝极速”网吧纵火案,纵火者是两名青少年,其中一人达到了刑事责任年龄,被法庭定罪量刑,另一人由于没有达到刑事责任年龄,被公安机关决定收容教养,后者反而被剥夺了公开听证、律师辩护、上诉等权利。(2)强制医疗。根据《刑法》第18条的规定,对因精神病而不承担刑事责任的人,政府在必要的时候可强制医疗。实践中作出这一决定的也是公安机关。目前的问题是相关配套措施和建设没有跟上,要么平时有些需要予以强制医疗的人流散在社会上,对他们本人的人身安全特别是社会上其他人的人身安全造成危害;要么是重大节日或重大活动时期,将强制医疗的范围随意扩大,等这一时期一过就因经济压力而放人。这说明到目前为止我国还没有建立起对需要强制医疗的精神病人实行免费生理和心理治疗的制度,也没有对需要强制医疗以及可以释放回社会的精神病人建立起由相应的生理和心理医生提供意见、由法庭来裁决的制度。(3)强制戒毒。根据国家有关规定,公安机关可以对吸毒者作出3-6个月的强制戒毒决定,复吸者,送往劳动教养,并在劳动教养中戒毒。两者均具有一定的随意性,且实践证明这种通过片面强调剥夺人身自由的戒毒措施甚至是惩罚措施效果并不理想。(4)收容教育。其对象是卖淫嫖娼者,期限为6个月至2

年,也由公安机关决定。收容教育释放后又卖淫嫖娼的,送往劳动教养。这其中的随意性也非常明显。

因此,无论是从保卫社会需要的角度看,还是从保障行为人人权的角度考虑,都有必要将有关的矫正和保安措施体系化并纳入刑法典,作为其有机组成部分。通过这样的改革,就可以使各类矫正和保安措施的适用更加规范,其社会保护机能和人权保障机能都能得到更好的实现。

现在,让我们重点来考察一下将劳动教养和治安管理处罚并入刑法的有关问题。应当看到,我国目前的三法分立(刑法、劳动教养法规、治安管理处罚法)局面严重影响了刑法结构的科学性,是妨碍刑法机制实现的一个根源性原因。这一局面造成的消极后果可列举如下:

一是立法不协调。《治安管理处罚法》第2条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、财产权利,妨害社会管理,具有社会危害性,依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚。”根据这条规定,治安管理处罚与刑法可以紧密衔接,但现实中我国还有一个劳动教养制度,且其剥夺人身自由的时间最长可达3年(必要时还可延长1年)。一般认为,劳动教养立足于行为人的身危险性,侧重于对未然犯罪的预防,而刑法和治安处罚法立足于行为人的行为,侧重于对已然犯罪的惩罚。这种说法虽然符合现实,但却不符合现代刑法的理念,因为现代刑法主张将行为和行为人、将已然的惩罚和未然的预防有机地结合起来。应当说,强调劳动教养对行为人恶习和人格的关注,有意或无意地造成了我国刑法唯结果论、对行为人的性格特征考虑不够的结果。另外,不仅劳动教养在立法上与刑法和治安管理处罚法难以协调,而且后两者本身亦存在一些“模糊”之处,如《治安管理处罚法》第40条规定“非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的”是属于“侵犯他人人身权利”的治安违法行为之一,但《刑法》第245条规定“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的”构成“非法搜查罪”和“非法侵入住宅罪”。两个条文内容一样,却规定在性质不同的两部法中,自然为法的解释和适用留下了隐患。

二是执法不协调。现行的劳动教养制度的适用条件之一是“不够刑事处罚”,而治安管理处罚的适用条件恰恰也是“不够刑事处罚”,因此,造成了劳动教养与治安管理处罚的冲突,也造成了劳动教养、治安管理处罚以及刑法三者之间的不协调。^⑭另外,实际中有的构成犯罪的又没有按照犯罪去追诉,而是直接予以劳动教养甚至治安处罚,这势必造成法律适用的混乱。例如,2006年10月,位于深圳市N区的“温碧”发廊的老板李某(女),实施了容留妇女卖淫的行为,16天后被抓获。深圳市N区人民法院根据《刑法》第359条的规定,以容留妇女卖淫罪判处被告李某有期徒刑5年。被告不服,提出上诉,深圳市中级人民法院作出了维持原判的裁定。同年12月,位于深圳市L区的另一家发廊的老板姜某(女)也实施了容留妇女卖淫的行为,18天后被抓获。该区公安分局根据《治安管理处罚法》第67条的规定,对姜某处以15日拘留、5000元罚款的行政处罚。为什么对性质完全相同的行为,给出了迥异的法律结论呢?应该说出现这种局面的根源在于《治安管理处罚法》与《刑法》对同一行为作出了不同的规定。《治安管理处罚法》第67条与《刑法》第359条对引诱、容留、介绍妇女卖淫罪的基本规定是完全一样的。更难操作的是,根据《刑法》第359条的规定,情节严重的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处5年以上有期徒刑;对于只是一般情节或较轻情节的引诱、容留、介绍卖淫行为,判处5年以下有期徒刑。而根据《治安管理处罚法》第67条的规定,情节较轻的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处以5日以下拘留或500元以下的罚款;情节严重的上述行为,应该处以10日以上15日以下拘留,可以并处5000元以下的罚款。也就是说,引诱、容留、介绍卖淫情节严重的,《治安管理处罚法》也作了规定。^⑮对于《治安管理处罚法》与《刑法》如此深度竞合的规定,即使办案人员完全出于公心办案,也难以做到公正执法。

执法不协调造成多方面的危害,首先是动摇人们对法律的信仰。相同的行为得不到相同或相似的处理,在当下司法机关公信力不高的情况下,很容易被人想象成司法腐败(事实上,有一小部分案子也确实存在这方面的问题)。其次是影响执法效率,徒增司法成本。实践中有这样的案件:两家吵架,一家纠集几个亲戚到对方家闹了一阵。刚开始当地公安机关作为治安案件来处理。但后来受害方不服,说这应当作为刑事案件来处理,于是反复上告、找关系、找媒体,最后在各种因素的影响下,公安机关又被迫作为刑事案

件来重新办理。再次是不利于执法对象的人权保障。有的案件,刚开始时公安机关是作为刑事案件来办理的,但由于后来证据不足,被检察机关退回,本来此时应释放犯罪嫌疑人,但公安机关又拿起劳动教养这个武器来对付他。更不公平的是,如果由法院来审判,即使犯罪成立,也可能判个缓刑或很短的自由刑,但劳动教养却反而达数年之久。^⑧

三是理论研究的不协调。由于整体意义上的刑法被肢解为数块,造成刑法学者只关注狭义上的刑法,而对治安管理处罚法、劳动教养和有关保安处分措施不熟悉、不关心,^⑨使后者的理论研究严重滞后,相应也就导致执法中产生更多的问题。这方面的另一个问题是,由于我国犯罪成立的平台与国外大不相同,造成犯罪统计数字的比较毫无意义,而我们有时在从事比较研究或对外宣传时,往往容易因忽略此点而犯如下错误:说我们的犯罪率、重新犯罪率比国外低多少。^⑩其实,在我国,大量的治安案件和劳动教养案件是没有统计在内的。^⑪经过与一些国家的刑罚结构和体系的比较,我们可以发现,其自由刑的下限不要说比我们的劳动教养低,有时甚至比行政拘留还要低。例如,韩国刑法中的拘留幅度为1日以上30日以下;瑞士刑法中的监禁刑,最低为3天,最高为3年,除此之外,还有拘役刑的规定,拘役的最低期限为1天,最高期限为3个月。

基于上述分析,笔者认为,实现刑法结构的统一化应是我国刑法未来发展的一个方向。也就是说,将治安管理处罚、劳动教养连同其他保安处分措施一并纳入刑法^⑫,分别由违警罪、轻罪、重罪和保安处分等几块内容组成,后三者都必须由法院判处,但在法庭组成方式和审判程序上可以有繁简之分。这样就能理顺各块内容之间的关系,防止一行为受多个机关的不同方式的追诉。在形成这样一个综合型的刑法典的基础上,再考虑就某部分内容单独制定“实施细则”或“少年司法法”之类的补充性法律。

也许有人担心这样改造的结果会扩大犯罪圈,造成更多的人被贴上“犯罪人”的标签,但笔者认为这种担心完全可以通过相应的制度设计来消除。如法律可以直接规定:对适用违警罪、部分轻罪和某些保安处分的人不以“犯罪人”称;或法律根据罪行轻重分别设立长短不一的前科消灭制度,期限一过就不再保存犯罪纪录,其有关权利也自动恢复。

(二)从单轨制转向双轨制

所谓刑法立法单轨制,是指罪与刑的法律规范只存在于刑法典和单行刑法(或称特别刑法)中,而其他法律即刑法以外的行政管理和经济运行等领域的法律都不能有独立的罪刑条款。储槐植教授曾指出:“这种立法体制唯独我国(港、澳、台除外)存在。其他国家和地区,刑法均由两大部类构成,刑法以外的法律如果需要都可以规定独立的罪刑条款,统称附属刑法规范或称行政刑法,是刑法立法双轨制。”^⑬关于我国刑法立法单轨制的弊端和实行双轨制的好处,笔者在2002年撰写的一篇关于完善破坏村委会选举行为的立法的文章中也曾有过初步探讨。当时提出一种新的立法思路,“即通过修改《村民委员会组织法》第15条,将该条中的‘依法处理’明确化,直接在该条中规定‘破坏村委会选举罪’的罪名及其刑事责任,以及相应的治安处罚内容。最后一种方式可能还有一定的观念上的障碍,因为迄今为止还没有通过附属刑法直接创制新罪名的先例,但我们认为,为了避免‘依法处理’、‘依法追究刑事责任’这类‘口惠而实不至’的立法缺陷,今后在有关经济、行政、民事立法中直接规定相关罪名,不失为一种既经济又具可操作性的立法思路”。^⑭2007年3月,储槐植教授在北京的一次学术会议上又提出此问题,这促使笔者对该问题又作了进一步的思考。

从刑法立法史来看,最初的刑法立法主要是针对自然犯,但随着人类社会的发展,法定犯越来越多地被纳入刑法视野。^⑮对于法定犯,各国刑法一般分三种立法方法:第一种方法是对于某些犯罪特征明显,或者说不需要借助相关行政法律的内容就能理解,或者说在现代社会,某些最初属于法定犯的已被视为自然犯(至少是在法定犯与自然犯之间不好截然区分)^⑯的犯罪,如伪造货币等,直接规定在刑法典里。第二种方法是在刑法典修改时,将某些最初分散在行政法里的法定犯,经过一定的整理作为一章或一节纳入刑法典,如《德国刑法典》中的“危害环境罪”一章。这种立法需要一些前提条件,如经过长期积累,此类犯罪已不是一个或两个,而是一大类,又正好赶上刑法典修改,国家需要借此宣示某一方面的刑事政策。第三种

方法就是对于大量的法定犯,不采取直接规定在刑法典里的做法,而是规定在相关的行政或经济法律里。根据有的学者的考察,现代各国,规定在刑法之外的法定犯(行政犯)的数量已超过规定在刑法典里的自然犯(刑事犯),因此,世界已由自然犯时代进入到法定犯时代。

反观我国,刑事立法不注意区分法定犯与自然犯,而是将两者混为一谈,统统归属于刑法典和单行刑法(特别刑法)中,而在大量的附属刑法里,往往只用“依法追究刑事责任”等含糊用语,这种立法模式往往带来诸多弊端:

首先,增加了立法与执法成本。对于一个新的法定犯,往往是在新的经济法律或行政法律里不直接规定,而是在随后或同时另外通过一个“刑法修正案”来单独规定罪与刑,这在立法上就既耗时又费力。而落实到执法中,由于对其罪状理解又必须借助于相关的经济或行政法律,致使学法、普法和执法都比较困难。

其次,容易导致立法留下空白,使执法无法可依,或者造成对行为人的肆意执法。有时,“依法追究刑事责任”并没有相应的刑事立法跟上,使民众要么因害怕承担不可知的刑事责任而不敢行动,要么因以为自己的行动是法律允许而随后却被追究刑事责任;前者不利于建设一个创新、充满活力的社会,后者不利于建设一个对自己行为有可预见性的法治社会。^{②1}

再次,给实现刑罚轻缓化增加难度。刑法学理论界认为,对自然犯的处罚一般要重,而对法定犯的处罚则相对要轻。^{②2}正因如此,我国有学者指出:“以刑罚轻缓化为理论背景,在自然犯罪与法定犯罪区分的维度内,我们看到了法定犯罪较之于自然犯罪在刑罚轻缓化的伟大过程中所具有的更大的价值,它可以成为刑罚轻缓化的前沿阵地;进一步的,刑罚轻缓化的许多伟大的设想,都可以率先的在法定犯罪领域实现”。^{②3}而实现这一目标的前提在于将大量的法定犯从刑法典中的自然犯话语体系中剥离出来。

最后,也不利于保持刑法典的稳定。“在违法性上,法定犯经常处于变动之中,缺乏像自然犯那样的稳定性。”^{②4}换言之,在社会生活中,自然犯的法律规范变动较小,而法定犯的法律规范则变动较大,且常常得随相应的行政或经济法律的变动而变动。如果实行双轨制,即在行政或经济法律里直接规定罪与刑,则修改此类附属刑法也比较容易,还不影响刑法典的稳定。

综上,“刑法以外的其他法律一概不许有罚则规定”的刑事立法单轨制局面亟待改变。将新的法定犯直接规定在与之形同皮毛关系的行政或经济法律里。罪状描述可以更加详尽具体,法定刑也能更与之相贴切。其结果虽然表面上看刑法典的统一性受到了某种程度的破坏,但其实必将大大方便司法操作。正如有的学者所指出的:“当前,我国司法实践中感到刑法适用困难的案件主要是在经济犯罪领域(均属行政犯)。如果这类犯罪行为的罪刑条款直接规定在有关法律中,则皮与毛相连接着结合为一体,易于对号入座。”^{②5}可以肯定的是,随着我国经济与社会的发展,法定犯还将不断涌现和增加,在此背景下,确立刑事立法的双轨制模式是一个迟早的事情。

注释:

^{②1②9}参见储槐植等:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第7页,第8页,第8页,第24页,第24页。

参见储槐植:《罪刑矛盾与刑法改革》,《中国法学》1994年第5期。

参见[德]汉斯·海茵里希·耶赛克:《为德意志联邦共和国刑法典序》,《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第10-30页。

参见刘仁文:《提倡立体刑法学》,《法商研究》2003年第3期。

这种做法并不只具有形式意义,如废除死刑,写进宪法后,由于修宪比修改刑法要难,所以不容易受民意、个案的影响而恢复死刑。

参见《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文等译,法律出版社2005年版,第8-9页。

参见[德]李斯特:《德国刑法教科书》(施密特1931年修订版),法律出版社2006年版,第173-174页。

西德在1951年开始刑法修改工作。考虑社会诸因素后,立法者提出:违警罪自刑法中独立出来,而不再规定于新刑法中;违警行为中有必要升格为犯罪行为的,则仍规定在新刑法中,其余的违警行为则规定于“秩序违反法”中。直至1975年1月1日生效的西德新刑法,根据上述原则,将旧刑法分则中的“违警罪”全部删除,并将原有性质轻微的各种犯罪,连同违警罪重加整理,分别情形,再作归类,对于一部分不宜用刑法调整的,全部纳入“违反秩序法”之中。同时开始制定《违反秩序法》,并于1992年颁布。参见李春华:《刑法与治安管理处罚法协调的思考》,载中国人民大学刑事法律研究中心编:《和谐社会语境下刑法机制的协调论文集》,北京,2007年。

⑪参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第8页。

⑫当然,我国将军人违反职责罪纳入刑法典,而不像西方一些国家制定单独的军事刑法,也值得商榷。因为军事刑法毕竟与普通刑法在犯罪主体、管辖的司法机构等方面有相当的差异,将其单独立法可以在不妨碍普通刑法体系化的前提下,消除刑法典的臃肿,这对面向大众普及刑法知识而言,有其经济上的积极意义。

⑬三法合一,另加保安处分,可以先作为一种理念,在这种理念指导下先依次立法,最后再编纂统一的刑法典。这就像民法典颁布之前先依次制定统一合同法、物权法、侵权法,另加婚姻家庭法、知识产权法等,最后再编纂统一的民法典。

⑭参见郑霞泽、张桂荣:《关于违法行为教育矫治法的几点思考——兼谈与刑法及治安管理处罚法的协调》,载中国人民大学刑事法律研究中心编:《和谐社会语境下刑法机制的协调论文集》,北京,2007年。

⑮转引自吴学斌:《同种行为不同语境下的客观解读——寻找治安管理处罚法与刑法的模糊边界》,载中国人民大学刑事法律研究中心编:《和谐社会语境下刑法机制的协调论文集》,北京,2007年。

⑯笔者认为这是一种变相的“一事再理”,违反了“一事不再理”的诉讼原则。对于我国司法实践中的这种不正常现象,学术界似乎还没有引起足够的注意,如有的被告人被法院宣判无罪后,原办案机关却抓住某个“辫子”,将本应退还给被告人的财物予以罚没,这归根到底还是一个处分权没有集中到法院的问题。为避免这种现象,笔者认为应确立以下原则:一是决不能将被告人推向更不利的境地,法院宣判无罪后就不能再由公安机关决定对被告人适用劳动教养这类不是刑罚胜似刑罚的措施;二是要求检察机关在起诉犯罪时,明确按照法律的相关规定提出定罪量刑之外的罚没财物等请求,如果定罪量刑不成立,但财物仍该罚没的,则可由法院判处罚没财物等“轻(微)罚”;三是作为前一原则的替代,也就是说,如果定罪量刑不成立,案件自动返回原办案机关,原办案机关仍然决定给被告人以罚没等处分时,必须给被告人以自由选择权。

⑰笔者曾在一次有关限制人身自由的研讨会上,亲耳听见某大学的一位刑法学博士生导师向别人“请教”有关强制戒毒的期限、收容教育与收容教养的区别及其各自期限等问题,当时就颇有感触:一个刑法学博士生导师居然对涉及人身自由时间如此之长的法律措施不了解。但这似乎也不好全怪他。笔者个人也有过如下经历:一次在美国纽约大学法学院听柯恩教授讲授中国法制课,在讨论治安管理处罚时,他当着学生的面问了我几个问题,我回答说:由于我主要是研究刑法的,对治安管理处罚不是很熟悉。这时,他提高嗓门对学生说,你们看,一个中国的刑法教授,却不熟悉可以剥夺人身自由的治安处罚!

⑱参见刘仁文:《比较的风险》,《人民检察》2001年第10期。

⑲我国每年发生的治安案件比犯罪案件要多得多。例如,1986年我国的治安案件为111万多起,立案率为104起/10万人,分别比犯罪案件和犯罪率高1倍。因此,有学者指出:“如果参照国外很多国家的做法把治安案件作为轻罪案件纳入犯罪统计中,那么我国的犯罪问题将更为严重”。胡联合:《转型与犯罪:中国转型期犯罪问题的实证研究》,中共中央党校出版社2006年版,第4页。

⑳当然,其中的治安管理处罚也可借鉴德国等国家的做法,即将某些轻微的违法行为分出设立“违反秩序法”,其处罚不能包含有剥夺或限制人身自由的措施,只能是低额的罚款等。同时,将处罚选择权交给当事人本人,即他要是不服警方的处罚,则案件不能由警方来结案,而必须由法院来决定。

㉑参见刘仁文、石经海:《破坏村委会选举行为的定性立法完善》,《法律应用研究》2002年第4期。

㉒自然犯(罪)与法定犯(罪)的最初区分来源于加罗法洛的《犯罪学》。参见米传勇:《自然犯罪·法定犯罪区分之于刑罚轻缓化实现》,载中国人民大学刑事法律研究中心编:《和谐社会语境下刑法机制的协调论文集》,北京,2007年。

㉓法定犯与自然犯的关系有点像公法与私法的关系,虽然从理念上区分有重要意义,但具体到某一罪(或者某一法时),则不好明确地说非此而非彼,或者说是此而不是彼。前者如组织、参与恐怖组织罪,后者如劳动法。

㉔参见刘仁文:《相应的法律责任是什么责任》,《法制早报》2006年6月12日。

㉕参见高仰止:《刑罚总则之理论与实用》,台湾五南图书出版公司1994年印行,第140-141页。

㉖参见米传勇:《自然犯罪·法定犯罪区分之于刑罚轻缓化实现》,载中国人民大学刑事法律研究中心编:《和谐社会语境下刑法机制的协调论文集》,北京,2007年。

㉗苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,第82页。

责任编辑 田国宝