

# 论刑法不典型

白建军<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**刑法不典型的客观存在使刑事法治统一性、确定性的理解变得错综复杂。从犯罪学视角对 75 个刑法不典型现象进行实证分析，可以发现我国刑法中存在“总则趋轻，分则趋重”、“抽象趋轻，具体趋重”、“适用趋轻，法定趋重”等关系。基于规范资源的供应也应遵循市场规律的原理，应使刑法不典型的测量和治理更加理性、科学。

**关键词：**刑法不典型 犯罪定义学 法律实证分析

---

刑法现象可以分为典型的和不典型的两种。如何理解刑法上的不典型现象，怎样解决刑法不典型问题，是衡量刑法学功底标志之一。

## 一、刑法不典型的概念

较早关注这个问题的储槐植教授把刑法不典型称为刑法例外。本来，例外通常与规律相对，但储槐植教授提出，当刑法例外变成普遍现象时，例外背后有何规律可循，便应当得到学术关注。<sup>〔1〕</sup>这种哲学高度的洞察，使刑法不典型现象的研究一开始就获得了厚重的内涵。在此基础上，本文所谓刑法不典型是指，与抽象刑法概念、规范、原则之间内容上相关，方向上相反，并与其代表性现象之间距离较大的刑法现象。

所谓内容相关就是指，同质的不同刑法现象之间相伴随而存在的关联性。例如，无过当防卫制度，只能是相对正当防卫有限性而言的不典型，不能是相对紧急避险有限性的不典型。所谓方向相反就是指，相关的刑法现象之间相互对立、矛盾，不典型与典型相悖。仍以无过当防卫为例，无过当防卫以防卫无限性构成了对正当防卫有限性的对立面。最后，所谓距离较大就是指，刑法不典型是不标准、不常见、不相似的刑法现象。比如，刑法分则中规定的各种具体犯罪，都以标准的犯罪构成为基本形态。但是，刑法又规定惩罚预备行为，实

---

<sup>\*</sup> 北京大学法学院教授。

〔1〕在储槐植教授看来，诸如正当防卫、从旧兼从轻、保留流浪罪等等，都可以视为刑法例外。参见储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社 1997 年版，第 323 页以下。

际上表明特殊情况下不标准的犯罪构成也可成罪。又如,按照罪刑法定原则,刑法不溯及既往,相对这个原则而言,刑法所承认的“从旧兼从轻”就是个不典型。

在统计意义上看,此类不典型现象在整个刑法中毕竟不是大概率事件,因此,刑法不典型又是不常见的刑法现象。还有,构成犯罪要有行为,而有些国家仍保留着流浪罪,就是仅凭身份治罪的例证。所以说,具体的刑法不典型现象是很难重复出现的现象,因而很难找到完全相同或者相似的不典型现象。还应指出,刑法不典型不仅是个立法现象,更是个司法现象。例如,在安乐死没有被合法化的情况下,如果某医生的确出于对病人的同情及家属的恳求,对无法医治的绝症病人实施了安乐死行为,结果被依法治罪。这种故意杀人罪的不典型,就是刑法不典型在法律适用中的表现。

在现代法治条件下,刑法是对统一性、一贯性、一致性、确定性具有很高要求的法律门类。然而,刑法不典型现象的存在,使刑法这些品性的理解变得不那么简单了。

## 二、刑法不典型的类型

当我们从不同视角观察刑法不典型现象时,则不难发现以下 5 种划分:

### 1. 总则不典型与分则不典型

总则不典型就是相对刑法总则中有关概念、规范、理论的代表性现象而言的不典型现象。例如,在刑法上,责任能力与实行行为同在是一条基本原则。只有责任能力而无实行行为,或者只有实行行为而无责任能力,都不具有承担刑事责任的基础。但是,原因上的自由行为就是这一基本原则的不典型。<sup>[2]</sup>又如,某被告人采用暴力、胁迫等手段,从女儿 5 岁到 17 岁期间,多次对其实施奸淫行为。<sup>[3]</sup>该案从行为本身看,应当属于连续犯。但是,按照刑法学的通说,连续犯是处断上的一罪,而本案显然应按奸淫幼女罪和强奸罪数罪并罚,这就是刑法总则罪数理论中连续犯概念的不典型。与此相对,分则不典型就是与刑法分则有关概念、规范、原理的代表性现象之间具有较大差异的刑法现象。例如,某被告数人购得面值 100 元的假人民币 250 张后,于转手出售时被当场抓获。<sup>[4]</sup>本来,刑法分则中的选择式罪名中的各个独立行为,既可独立成罪又可合起来概括成罪。但在本案中,选择式罪名中的一个行为既遂(购买假币),另一个行为未遂(出售假币)。不论全案按既遂还是未遂处理,都显失公平。而按数罪分别认定,又偏离了选择式罪名的概念。这就是一种分则不典型。此外,刑法分则中许多“以某某罪论处”的规定,其实都是“某某罪”的不典型。<sup>[5]</sup>

[2] 在原因上的自由行为应承担刑事责任的肯定说中有两种解释,所谓间接正犯说、因果关系说、统一行为说等等,都是在恪守责任能力与实行行为同在的原则下解释原因上的自由行为应承担刑事责任的依据。而责任原则修正说则对上述原则中的所谓实行行为的含义进行扩大解释,由此而论证原因上的自由行为承担刑事责任的基础。对此,著名刑法学家陈兴良认为,与其对实行行为作牵强的扩大解释,不如遂行承认原因上的自由行为是责任能力与实行行为同在原则的例外。参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 331 页。

[3] 北京市房山区人民法院刑事判决书,(2000)房刑初字第 61 号。参见: <http://www.lawyee.net> 可见,本案发生在 2002 年 3 月 15 日两高《关于执行中华人民共和国刑法确定罪名的补充规定》之前。该规定取消了奸淫幼女罪罪名。

[4] 湖南省长沙市雨花区人民法院刑事判决书,(2000)雨刑初字第 107 号。参见: <http://www.lawyee.net>

[5] 前引 [1],储槐植书,第 325 页。

## 2. 规范不典型和法理不典型

规范不典型就是与某刑法规范的代表性现象之间具有较大差异的刑法现象。例如，按照传统刑法规范，犯罪行为要么是作为，要么是不作为。但是，持有型犯罪及其刑法上的确认，就是这一传统规范的不典型。又如，按照刑法第 263 条的规定，抢劫罪中有入户抢劫情形的，就构成情节加重犯，而情节加重犯作为加重构成的一种，只有构成与否的问题，而无既遂或未遂的区分。<sup>〔6〕</sup>但是，某被告人于某晚手持木棒侵入被害人住宅院内，欲实施抢劫时被发现并当场擒获。<sup>〔7〕</sup>如果按照新刑法，这就是加重构成无未遂这一规范的不典型。和规范不典型不同，法理不典型是指与某刑法原理、原则、通说的代表性现象之间具有较大差异的刑法现象。例如，罪刑法定、罪刑均衡，既是刑法基本原则，又是最基本的刑事法理。按照这些基本法理，应当一罪一罚。但是，对牵连犯“从一重处”的做法，相对一罪一罚、数罪并罚而言实际上就是不典型。又如，从犯罪构成理论上说，罪过是构成犯罪必备条件，而罪过又是知与意的统一，二者缺一不可。但是，刑法上对法律认识错误仍不免罪，这就是对经典犯罪构成理论的不典型。<sup>〔8〕</sup>刑法第 186 条关于违法向关系人发放贷款罪的规定中，没有明确该罪的主观方面。对此，有刑法理论认为，本罪只能由过失构成。<sup>〔9〕</sup>可是，熟悉金融犯罪的人都知道，此类案件的行为人往往是与贷款申请人发生了某种权力租赁关系（贿赂）之后，出于对银行贷款损失的放任心态而实施违法放贷的。这里的间接故意，其实就是上述过失说的不典型。

## 3. 法定不典型和适用不典型

法定不典型就是立法上予以确认的刑法不典型，或者说是取得了合法地位的刑法不典型。例如，现代刑法通行的相对确定的法定刑，其幅度都有上下限。但是，我国刑法中的减轻加重制度，实际上就是对刑法分则具体犯罪法定刑的突破，是对相对确定法定刑的一种不典型。再如，构成犯罪要有客体，任何犯罪的成立都以侵害了一定法益为前提。但是，刑法明文规定惩罚预备犯，就是这一通则的不典型。而且，按照传统刑法规则，犯罪主体只能是自然人。然而，刑法将几十种单位犯罪用法律的形式固定下来，其实又是对这一传统规范的不典型。此外，前文提到的正当防卫制度、从旧兼从轻原则等，也是经过立法确认的刑法不典型。与此相对，许多不典型不是出现在法律中，而是存在于法律的具体适用过程中，这就是适用的不典型。例如，某甲为报复将剧毒农药放入某乙饭盒内，因被害人发现异味未食用。经鉴定，某甲下毒的剂量、浓度可使 250 公斤重的成人处于“半数致死量”（LD50）状态。其中，所谓“半数致死量”就是实验中的动物服用此药后，死亡的概率达到 50%。显然，一半的动物会死，不等于一个人服用同等药物后一定会死，这和用其他暴力手段杀人有着明显不同。而本案法院据此认定为故意杀人（未遂）罪，<sup>〔10〕</sup>可以说是相对典型故意杀人罪概念的不典型，而且是一种适用的不典型。一个有趣的法律现象是，适用的不典型有时可能成为法定不典型的前身。例如，法人犯罪制度、无过当防卫制度、持有型犯罪的法律规

〔6〕 陈兴良：《罪名指南》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 789 页。

〔7〕 吉林省榆树市人民法院刑事判决书，（1995）榆法刑初字第 61 号。参见：<http://www.lawyee.net>

〔8〕 前引〔1〕，储槐植书，第 324 页。

〔9〕 赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 698 页。转引自何泽宏主编：《刑法学分论论点要览》，法律出版社 2000 年版，第 172 页。

〔10〕 浙江省杭州铁路运输法院刑事判决书，（1995）杭铁刑初字第 135 号。参见：<http://www.lawyee.net>

范,其原始形态都是某种法律规范适用中遇到的不典型现象,经过反复研究,才上升为法定不典型的。

#### 4. 偏离型不典型和居间型不典型

所谓偏离型不典型,就是与某一个刑法概念、原则规范的代表性现象相距较远的刑法现象。与此相关,所谓居间型不典型就是与两个甚至更多个刑法概念、原则、规范的代表性现象都有关联但又都相距较远的刑法现象。可见,居间也是一种偏离,只是与多个典型现象的偏离。例如,在刑法中,有罪则有罚是常规,而立法上又将缓刑、假释等制度合法化,其实就是远离有罪则有罚的标准状态,是一种偏离型不典型。犯罪是危害社会并触犯刑律的违法行为,而“但书”就处于这种标准犯罪现象的边缘区域,是另一种偏离型不典型。司法实践中,可以见到更多的偏离型不典型。例如,某人在与其妻的合法婚姻存续期间对妻实施了强暴性的性行为,被法院认定为强奸罪。即使这种所谓“婚内强奸”可以成罪,也是一种远离强奸罪典型经验对应物的不典型现象。某人在一楼房内盗窃财物后逃逸,在远离现场的公路上遇到治安人员盘查,为逃避追究,针对治安人员使用了暴力手段。<sup>[11]</sup>问题是,这种暴力护赃是不是转化犯?显然,即使构成转化犯按抢劫罪认定,也和标准的转化犯之间具有较大的距离,因而也是一种偏离型不典型。相比之下,居间型不典型的情况就更复杂一些。例如,某男性被告人见一女性在附近放羊,便产生邪念,来到该女性面前脱下裤子,被害人见状惊恐万状,弃羊而逃,该被告随将 22 只羊赶回企图卖掉。<sup>[12]</sup>严格讲,该案与强奸、抢劫、诈骗、侵占都有相似之处,但又都不是标准的强奸、抢劫、诈骗、侵占。又如,在一无业人员的策划下,某银行的两名工作人员协助该无业人员伪造抢劫现场,并任其拿走银行现金若干。<sup>[13]</sup>该案到底是盗窃还是贪污,涉及到混合主体情况下主体身份在定罪中的作用问题。对这种刑法现象,主犯决定论和职务便利说都有一定解释力,但又都不那么贴切。某被告人因其驾驶的汽车不符合某场所的卫生规定而受到检查人员的阻拦,但该人认为拦车人会躲闪,拦车人认为司机会刹车,结果,该被告驾车驶向第三个拦车人时,将拦车人撞死。<sup>[14]</sup>这种情况下,被告的行为既具有间接故意的特征,又具有有认识过失的属性。可见,如果说偏离型不典型是单一的不典型的话,那么居间型不典型就是一种复合型不典型。

#### 5. 趋重不典型和趋轻不典型

所谓趋重不典型就是针对刑法禁止行为的行为人赋予相对典型而言的更加严厉的否定评价的不典型刑法现象,也就是不利于犯罪行为主体的不典型。例如,对累犯规定的从重处罚以前次犯罪的存在为前提,因而这里的从重实际上是一种重复评价,而禁止重复评价却是刑法通则。累犯制度就是相对这种通则而言的不典型,而且是不利于犯罪人的一种不典型。再如,认识错误不免罪、预备行为不免罪、刑法第 157 条第 2 款、第 120 条第 2 款、第 198 条第 2 款等规定的牵连犯却数罪并罚的情况,都是趋重不典型。与此不同,所谓趋轻不典型就是对刑法禁止行为的行为人赋予相对典型而言比较宽宥的否定评价的不典型刑法现象,实际上就是有利犯罪人的不典型。例如,“但书”、减轻、自诉案件告诉放弃则刑罚消灭、刑法第

[11] 海南省海口市振东区人民法院刑事判决书,(1995)刑初字第 109 号。参见: <http://www.lawyee.net>

[12] “刘百纯以露阴的方法抢劫他人财物案”,参见: <http://www.lawyee.net>

[13] 中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭:《刑事审判参考(合订本第 1 卷)》,法律出版社 2000 年版,第 165 页。

[14] “张进强故意杀人案”,参见: <http://www.lawyee.net>

449 条规定的将功折罪制度、从旧兼从轻制度等等，都是节省惩罚资源但远离某种典型刑法现象的刑法不典型。可以看出，不论扩张还是紧缩，这些不典型都不是标准的罪刑均衡。

此外，还可以将其分为基本原则不典型、重要范畴不典型、具体规范不典型；法创的不典型和原生的不典型等等。

### 三、刑法不典型的意义

刑法不典型现象的客观存在意味着什么？一方面，不典型意味着对典型的追问。就是说，从不典型反观刑法概念、原则、规范的本来含义，使其精髓在人脑中重现并深化。这个过程比典型现象更深刻，更容易帮助人们剔除头脑中似乎知其然而实际上一知半解甚至误解的刑法观念。比如，如果我们不深入研究原因上的自由行为，甚至意识不到责任能力与实行行为同在这一刑法原则的存在；当我们从不典型角度审视犯罪预备、未遂与犯罪客体之间的联系时，我们才真正体会到犯罪客体对犯罪的成立意味着什么，感悟到一罪一罚、有罪必罚、无罪无罚的深刻内涵。此类追问的不断积累，我们才能在精神上不断接近刑事法治的典型。

另一方面，刑事法治的内核之一是统一性，具体体现为刑事立法、司法的平等、一贯、一致、确定等品质。然而，刑法不典型现象的存在意味着，统一其实只是相对的，而差异性、多样性和多变性才是绝对的。例如，“同等情况同等对待”这是法律平等性、统一性的典型表述。然而，对这个理念最好的解释却是“不同情况不同对待”，这里的不同对待也是一种同等对待。对未成年人犯罪从轻处罚，对公职人员犯罪从重处罚，都意味着同罪不同罚，因而都是同等情况不同等对待。然而，这其中的不同对待又以凡是未成年人犯罪都从轻，凡是公职人员犯罪都从重为前提的，所以仍是同等对待，因而也是一种意义上的公正。<sup>〔15〕</sup>从这个意义上说，不典型不仅可以反观典型，还包含着典型，不典型意味着典型。分别来看，具体的刑法不典型是难以重复的小概率事件——立法上只有一个正当防卫制度，只有一个从旧兼从轻原则，只有一个牵连犯问题，司法实践中某时某地某个不典型个案也只有一个，但在总体上，整个不典型现象却是个普遍存在的常见现象。如果现实世界中到处都是标准的、相等的刑法现象，所谓刑法的统一性也就成了个假命题。

承认差异、多样化、不典型的客观存在，并不等于说对刑法不典型现象可以不加控制。否则，对刑事法治来说将是危险的，因为不典型可以是理性的，也可能是非理性的。任何差异性、多样性或者不标准性一旦被任意无限放大，都可能对现代法治构成侵蚀，刑事法治将随着不典型的任意泛滥而失去其统一性、平等性，同案不同刑不同判的情况将蔓延开来。所以，无法回避的问题是如何将刑法不典型现象控制在理性化和法制化的范围之内。于是，对刑法不典型现象的治理而言，更具前提意义的问题显然应当是对刑法不典型现象的科学解释。

从现象层上可以看到，法定的刑法不典型和适用的刑法不典型之间往往存在递进关系：法定不典型的前身可能是某种适用不典型。进一步追问，适用不典型又源自何处？犯罪史和刑法史说，适用不典型又可追溯到社会经济、文化、权力等关系的发展变化。没有委托被委托关系、公共权力的出现，盗窃行为就不会演变为侵占、贪污；没有市场经济发展就没有所

〔15〕 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 75 页。

谓伪劣产品、环境污染方面的犯罪；正是因为出现了证券市场，原始的欺诈行为才获得了新的形式——证券欺诈。所以，贪污就是盗窃的不典型，不安全的伪劣产品、环境污染等犯罪就是传统暴力人身犯罪的不典型，内幕交易、操纵市场等证券欺诈犯罪就是传统诈骗犯罪的不典型。由此可见，从典型到不典型，似乎有其客观必然性。但仔细观察却不那么简单。因为刑法不典型常常面临两种不同的命运：或者制度化，或者被淘汰。因为例外不能永远是例外，随着时间推移，有些刑法例外规范被淘汰（如流浪罪），有些则长久存在甚至普遍化进而成为一般规则（如从旧兼从轻）。<sup>[16]</sup>于是，我们的问题便成为，什么因素决定着刑法不典型的不同命运？

在犯罪学的视野中，刑法不典型问题实际上是个犯罪定义学问题。这里所说的犯罪定义，是指社会将某种或某个行为赋予犯罪的意义、属性的过程和结果，也就是某个行为被犯罪化的过程和结果。首先，犯罪定义是一种对象化的活动及其结果，其中，一定行为由此获得了否定的属性和意义。故意剥夺他人生命的行为，发生在战场上，和在刑场上，或在正当防卫的场合，或在图财害命的情况下，或在安乐死的情况下，就被赋予了完全不同的意义。其次，犯罪定义既包括制定规则时对各种行为进行犯罪化的选择过程，又包括根据某种已然规则寻找符合犯罪概念的行为的过程。就是说，犯罪定义既包括立法中的犯罪化，也包括司法中的犯罪化。所谓犯罪定义学就是以这种对象化活动及其结果的客观规律为研究对象的犯罪学分析。刑法规范的制定和适用，其实也是犯罪定义学所研究的这种对象化活动，因此，刑法不典型说到底也是一种犯罪定义的不典型。

如何把握犯罪定义的基本属性，至少有两种可能的解释。一是客体说，认为犯罪定义是它所指称的那些犯罪行为的指代符号，犯罪行为是这一指代符号的具体内容。<sup>[17]</sup>犯罪是客观存在，犯罪定义是犯罪本身的复制或摹写。总之，犯罪定义本身不具有独立品格。二是主体说，认为犯罪定义完全是其制定者主观意志、价值取向的宣示和体现。<sup>[18]</sup>按此说，犯罪定义不是犯罪行为的而是犯罪定义制定者主观意志的复制或摹写。这两类解释都过于片面而无法完全接受，原因之一是没有意识到犯罪定义作为主客体之间中介的独立品性。从其所由产生、发展、变化的背景条件来看，犯罪定义的制作、运用和遵守的过程，都发生在一种主客体关系当中。这其中的主体是制定、运用犯罪定义的人，客体就是被定义为犯罪的那些行为。而犯罪定义就是处于这种主客体关系中的一种具有中介性质的概念。这个意义上的犯罪定义，具有超越于客体和主体各自本身属性而表现出来的相互规定性和不可还原性。比如，当我们说“辛辣”这个概念时，往往容易将其还原为辣椒、大蒜等物质的某种属性。其实，“辛辣”是辣椒、大蒜等食物的某种构造与人的舌头上的味蕾相互作用的结果。既不能将辛辣仅仅归结为辣椒、大蒜等物自身的属性，也不能将其还原为人体某个器官的构造。离开味

[16] 前引[1]，储槐植书，第328页。

[17] 例如有学者认为：“犯罪概念是第二性的，它是随着犯罪这一客观事物产生而产生的。犯罪概念是对犯罪本质的认识，是对犯罪这一客观事物内部所固有的矛盾的反映。概而言之，犯罪概念应该是反映犯罪这一客观事物的对立统一本质的思维形式。”参见李居全：《犯罪概念论》，中国社会科学出版社2000年版，第19页。

[18] 有学者认为：“社会中的犯罪现实基于犯罪行为与非犯罪行为的定义之上……犯罪化过程的基础是阶级冲突……同经济上占主导地位的阶级的利益相对立的活动被定义为犯罪活动……某一行为是否被评价为犯罪或非犯罪行为，是由拥有权力和许可立法的阶级决定。”奎奈：《犯罪的社会现实》，伦敦，1975年，第381—387页。转引自，[俄]阿·伊·道尔戈娃：《犯罪学》，赵可等译，群众出版社2000年版，第398页。

蕾这种来自主体自身的构造，就无所谓辣还是不辣，同样，离开辣椒、大蒜等客体，也没有“辛辣”这个概念。犯罪定义也具有这种不可还原性。在犯罪定义中，同样不存在纯粹的主体性，或者纯粹的客体性，只有与客体性相联系而存在的主体性，以及与主体性相联系而存在的客体性。具体说来，犯罪定义既无法直接还原为刑法禁止的行为本身，也无法直接归结为刑事立法者的主观意志。这就是犯罪定义的独立品性。

从这个视角观察犯罪定义的不典型便不难发现，犯罪定义的不典型首先是犯罪定义中客体性的离散分布。而客体性的离散分布，就是与犯罪定义的标准现象之间具有较大差异的行为也被赋予了犯罪的属性和意义。从这个意义上说，犯罪定义的不典型又是犯罪定义中主体性的突显和扩张。这表现在两个方面，其一，以犯罪定义为中介，主体和客体之间的关系是价值关系。在这条线索上，主体性的突显和扩张主要体现在将某些远离标准刑法现象的现象定义为犯罪，以使主体自身的某种特殊利益、价值准则获得更广泛的认同。例如，大麻被列入“毒品”以前，吸食大麻的行为与犯罪无关。但是出于政治利益上的考虑，美国毒品管理局的某些官僚发动了大规模的宣传运动，夸大大麻的毒副作用。结果，导致了大麻相关行为的犯罪化。<sup>[19]</sup>这里，与之前的毒品概念相对照，大麻相关行为就是个不典型。而这个不典型的出现，离不开大麻相关行为本身，更离不开毒品管理局的“道德企业家”们的政治安排。与其说“毒品”的含义到底是什么，不如说，人们希望它的含义是什么。其二，以犯罪定义为中介，主体和客体之间的关系还是真理关系。在这条线索上，主体性的突显和扩张表现为，主体往往基于对犯罪客观规律的认识而从事犯罪定义活动。例如，“从重、从快、从严”的“严打”行动，相对平时而言就是一种犯罪定义的不典型。而这种不典型在某些个别情况下又来自犯罪控制决策过程中科学数据的缺乏。这种缺乏，就是主体认识上的局限性对犯罪定义活动的影响。因此，与其说“犯罪”到底是什么，不如说，人们认为它是什么。

如果犯罪定义不典型的本质是犯罪定义制定者主体性的突显和扩张，如果主体性的突显和扩张主要体现在价值关系和真理关系中，那么，作为犯罪定义不典型的一种，刑法不典型的本质也应当是犯罪定义制定者主体性的突显和扩张。而且，这种突显和扩张也应当体现在价值关系和真理关系中。例如，正当防卫是对国家惩罚犯罪的不典型，而这种不典型之所以得到鼓励，显然与刑事立法者对某种价值关系的强调有关。而且，无过当防卫的出现，更突显了这种强调。“加重减轻”是对相对确定的法定刑的不典型，但是，它还是被制度化为法定的不典型。为什么？这显然与节省司法成本的功利计算有关，而这种计算又反映了主客体之间价值关系的具体内容。严格讲，公诉人不得将证明被告是否有罪的责任转嫁到被告人头上。然而，巨额财产来源不明罪在一定程度上就是对这一原则的不典型。溯其因，显然也是立法者主体性的张扬——严惩腐败，提高司法效率。

然而，犯罪定义过程中主体性的张扬并不都是理性的，还可能非理性甚至是情绪化的、负面的。比如，对所谓“大义灭亲”类的案件，如果法官于法外从轻发落，显然是没有法律根据的适用不典型。尽管这种不典型旨在确证某种善恶标准，但这种能动的确证，却是以软化法治为代价的。再比如司法实践中某些背离程序性规范的做法，其实也是相对某个程序性规范而言的不典型。尽管这些不典型可能出于当时当地政策上的需要，但毕竟牺牲了更

[19] [美] 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，河北人民出版社1987年版，第152页以下。

高的法治价值。可见,犯罪定义制定中的主体性突显和扩张不能没有限制。否则,刑法不典型就可能泛滥。从这个视角上看,所谓刑法不典型的治理,说到底其实就是对犯罪定义制定过程中主体性的治理,就是对主体性的突显和扩张加以控制,存其理性化程度较高的主体性张扬,去其非理性的张扬,使刑法不典型不致离开典型而走得远。

那么,何谓理性的张扬,何谓非理性的张扬呢?恐怕任何人为给出的界限,其自身的理性化程度如何都值得怀疑。因为理性本身无法对理性做出裁决,只有实践之上才不存在上诉法庭。因此,重要的不是从观念上对理性非理性加以区分,而是如何发现、验证刑法不典型中的理性化程度的过程和方法。一方面,回顾其运动轨迹,刑法不典型往往经历了一个从特殊个案到适用的不典型,到法定的不典型,最终到法定的典型这样一个过程。<sup>[20]</sup>其中,一个刑法不典型的命运不外三种:存活、半死不活、消亡。前文提到的许多例子如正当防卫、原因上的自由行为等等,都是存活下来的刑法不典型。流浪罪、腹诽罪等等,都是消亡的刑法不典型。而牵连犯概念,就是个“半死不活”的刑法不典型。有学者发现,在中国刑法里,牵连犯的处罚原则有“从一重处断”、“从一重重处断”(即从一重再从重)和数罪并罚三种情况,并认为,刑法对有的牵连犯采用数罪并罚而有的牵连犯则没有适用数罪并罚,主要是出于刑罚功利的考虑,却牺牲了刑法公正、平等的价值取向。只有对牵连犯全面适用数罪并罚原则,才真正体现出罪刑相适应原则。<sup>[21]</sup>就是说,最终的检验标准是刑法不典型能否存活下来。牵连犯从单纯的从一重处断,到逐步以制度化的形式扩大其一罪一罚的程度,就是这个过程的缩影。

另一方面,从认识论的角度看,行为的犯罪化过程既有客体的主体化一面,又有主体的客体化一面。其中,客体(被)主体化的过程,表现为犯罪定义制定者从自身的属性、地位和要求出发,能动地塑造客体,通过对某种或某个行为赋予或不赋予犯罪的属性来表达、显现、确证、复制自己。这个过程本质上是主体性的积极展示和张扬。问题是,犯罪化还是个主体(被)客体化的过程,表现为客体的属性、规律在犯罪定义制定者头脑中的反映,表现为主体对客体规律的认识、掌握、接近、符合和服从。从这个意义上说,主体的客体化,就是客体对主体能动性的限制、约束。遵从听命于这种限制和约束,便是理性的。问题是,能否有一种方法,对这种主

[20] 例如,按照中世纪普通法,盗窃罪是指未经所有者同意,故意取其财物的行为。如果某人受物主之托为其清洗衣物后,携其衣物潜逃,则无定罪依据。随着后来商品经济的发展,人们之间的经济关系日益复杂,狭窄的盗窃罪概念已经无法适应需要。第一个打破传统盗窃罪概念的是1473年的“运送人案”(Carrier's case)。一送货人因私拆货主货箱取其货物而被判有罪。到了1742年,一位英国银行的出纳员盗窃了银行价值13,000英镑的证券,依据当时的法律无法治罪。这个案件导致了西方历史上第一个反贪污法律的制定和颁布。参见J. Coleman: <The Criminal Elite——The Sociology of White Collar Crime>, St. Martin's Press, Inc. 1989, p. 125。可见,今天的典型,也许昨天还是不典型,今天法定的不典型,也许昨天只是个特殊案例。

[21] 例如,刑法第241条第2款的规定,收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,依照本法第236条的强奸罪定罪处罚。这里适用的是“从一重论处”原则。刑法第171条第三款规定,伪造货币并出售或者运输伪造的货币的,依照本法第170条的规定定罪从重处罚。其中,出售、运输的行为不仅要从一重(伪造货币罪),而且还要再从重处罚。这就是“从一重重处断”原则。刑法第318条第2款规定,犯组织他人偷越国(边)境罪,对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。这种牵连犯所适用的就是数罪并罚原则。参见游伟主编:《刑法理论与司法问题研究》,上海文艺出版社2001年9月版,第220—247页。其实,早就预言牵连犯制度必将消失的是储槐植教授。他认为,一罪一刑,有罪必罚,才符合罪刑法定、罪刑相适应原则,符合公正这一最高理念。所以牵连犯概念必将日趋衰落。参见前引[1],储槐植书,第329页以下。

客体之间的博弈互动过程进行客观描述,并使主体性的内在结构显现出来。对此,法律实证分析<sup>[22]</sup>便是一种有效方法。

## 四、刑法不典型规律的实证分析

刑法不典型有扩张有紧缩,有理性有非理性。这时,重要的不是从价值判断上一概而论,或者陶醉于范式之间应然的平衡状态,而是利用法律实证分析方法研究其运作规律。为此,我根据刑法不典型的概念在刑法中反复搜索,发现了75个刑法不典型现象。然后,将这些不典型输入到SPSS(社会科学统计软件包)进行分析,进一步发现了一些有趣的分布、关系和规律,现报告如下:

### 1. 样本白箱

为了使以下的讨论建立在公开透明的基础上,这里首先将我所说的刑法不典型以及所相对的典型列表于下。因此,本研究的结论对表中未列举到的刑法不典型不具解释力,而且,如果表中列出的样本是否属于不典型存有争议的话,自然无需接受本研究结论。根据其抽象层次的不同,可以将刑法不典型分为以下三类:

表1:与刑法基本原则相对的刑法不典型现象

| 刑法不典型                 | 所相对的典型 |
|-----------------------|--------|
| 从旧兼从轻                 | 罪刑法定   |
| 第63条第2款               | 罪刑法定   |
| 严打                    | 罪刑法定   |
| 口袋罪                   | 罪刑法定   |
| 缓刑                    | 罪刑均衡   |
| 减刑                    | 罪刑均衡   |
| 假释                    | 罪刑均衡   |
| 自首                    | 罪刑均衡   |
| 立功                    | 罪刑均衡   |
| 时效完成刑罚消灭              | 罪刑均衡   |
| 赦免                    | 罪刑均衡   |
| 刑罚易科                  | 罪刑均衡   |
| 第449条                 | 罪刑均衡   |
| 公司、企业人员受贿罪与受贿罪法定刑轻重不同 | 平等原则   |
| 职务侵占罪与贪污罪法定刑轻重不同      | 平等原则   |
| 挪用资金罪与挪用公款罪法定刑轻重不同    | 平等原则   |
| 盗窃罪与贪污罪起刑点不同          | 平等原则   |

[22] 所谓法律实证分析,是指按照一定程序规范对一切可进行标准化处理的法律信息进行经验研究、量化分析的研究方法。和实证分析不同于实证主义哲学一样,法律实证分析也不等于实证主义法学,法律实证分析只是法学研究的一种具体方法,而非一种独立的法哲学或法理学理论。参见拙文,《论法律实证分析》,《中国法学》2000年第2期。

表 2 :与刑法重要范畴相对的刑法不典型现象

| 刑法不典型     | 所相对的典型    |
|-----------|-----------|
| 正当防卫      | 犯罪三特征     |
| 告诉放弃刑罚消灭  | 犯罪三特征     |
| 紧急避险      | 犯罪三特征     |
| 但书        | 犯罪三特征     |
| 累犯        | 禁止重复评价    |
| 犯新罪先减后并   | 禁止重复评价    |
| 预备行为不免罪   | 无客体无犯罪    |
| 未遂行为不免罪   | 无客体无犯罪    |
| 认识错误不免罪   | 无罪过无犯罪    |
| 奸淫幼女罪     | 无罪过无犯罪    |
| 连续犯       | 一罪一罚数罪并罚  |
| 惯犯        | 一罪一罚数罪并罚  |
| 普通牵连犯     | 一罪一罚数罪并罚  |
| 异种自由刑合并漏洞 | 一罪一罚数罪并罚  |
| 原因上的自由行为  | 罪过与实行行为同在 |
| 间接正犯      | 罪过与实行行为同在 |
| 巨额财产来源不明罪 | 无罪推定      |

表 3 :与刑法具体规范相对的刑法不典型现象

| 刑法不典型                                                      | 所相对的典型      |
|------------------------------------------------------------|-------------|
| 加重                                                         | 确定法定刑       |
| 减轻                                                         | 确定法定刑       |
| 附加刑并科                                                      | 限制加重        |
| 无期徒刑吸收                                                     | 限制加重        |
| 单位犯罪                                                       | 自然人犯罪       |
| 无过当防卫                                                      | 防卫有限性       |
| 中介组织人员出具证明文件重大失实罪                                          | 单位犯罪通常由故意构成 |
| 重大环境污染事故罪                                                  | 单位犯罪通常由故意构成 |
| 第 171 条第 3 款伪造货币并出售或者运输伪造的货币的牵连犯从一重重处罚                     | 牵连犯从一重处罚    |
| 第 238 条第 1 款非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由具有殴打、侮辱情节的牵连犯从一重重处罚     | 牵连犯从一重处罚    |
| 第 247 条司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言致人伤残、死亡的牵连犯从一重重处罚 | 牵连犯从一重处罚    |
| 第 253 条第 2 款邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的牵连犯从一重重处罚          | 牵连犯从一重处罚    |

| 刑法不典型                                                                                   | 所相对的典型   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| 第 205 条第 2 款虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票骗取国家税款,数额特别巨大,情节特别严重,给国家利益造成特别重大损失的牵连犯加重处罚   | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 206 条第 2 款伪造并出售伪造的增值税专用发票,数量特别巨大,情节特别严重,严重破坏经济秩序的牵连犯加重处罚                              | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 229 条第 2 款中介组织的人员故意提供虚假证明文件,情节严重索取他人财物或者非法收受他人财物的牵连犯加重处罚                              | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 240 条第 1 款拐卖妇女、儿童有八种法定情节的牵连犯加重处罚                                                      | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 328 条第 1 款盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬有四种法定情节的牵连犯加重处罚                                     | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 358 条第 1 款组织他人卖淫或者强迫他人卖淫有五种法定情节的牵连犯加重处罚                                               | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 157 条第 2 款以暴力、威胁方法抗拒缉私的牵连犯数罪并罚                                                        | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 120 条第 2 款组织、领导和积极参加恐怖活动组织并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的牵连犯数罪并罚                                      | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 198 条第 2 款投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,骗取保险金或者投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,骗取保险金同时构成其他犯罪的牵连犯数罪并罚 | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 294 条第 3 款犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪或入境发展黑社会组织罪又有其他犯罪行为的牵连犯数罪并罚                                | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 318 条第 2 款犯组织他人偷越国(边)境罪,对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的牵连犯数罪并罚             | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 321 条第 3 款犯运送他人偷越国(边)境罪,对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的牵连犯数罪并罚             | 牵连犯从一重处罚 |
| 第 155 条以走私罪论处                                                                           | 所由论处的本罪  |
| 第 156 条以走私罪共犯论处                                                                         | 所由论处的本罪  |

|                                  |          |
|----------------------------------|----------|
| 刑法不典型                            | 所相对的典型   |
| 第 198 条第 4 款以保险诈骗罪共犯论处           | 所由论处的本罪  |
| 第 310 条第 2 款以窝藏、包庇罪论处            | 所由论处的本罪  |
| 第 349 条第 3 款以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处 | 所由论处的本罪  |
| 第 350 条第 2 款以制造毒品罪的共犯论处          | 所由论处的本罪  |
| 第 382 条第 3 款以贪污罪共犯论处             | 所由论处的本罪  |
| 第 385 条第 2 款以受贿论处                | 所由论处的本罪  |
| 第 388 条以受贿论处                     | 所由论处的本罪  |
| 第 389 条第 2 款以受贿论处                | 所由论处的本罪  |
| 第 146 条生产、销售不符合安全标准的产品罪重法优于轻法    | 特别法优于一般法 |
| 第 148 条生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪重法优于轻法   | 特别法优于一般法 |
| 第 128 条第 1 款非法持有、私藏枪支、弹药罪        | 作为不作为    |
| 第 172 条持有、使用假币罪                  | 作为不作为    |
| 第 282 条第 2 款非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪 | 作为不作为    |
| 第 348 条非法持有毒品罪                   | 作为不作为    |
| 第 352 条非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪  | 作为不作为    |

2. 类型分布

这 75 个刑法不典型的统计分布如表 4 所示：

表 4：刑法不典型现象的类型分布

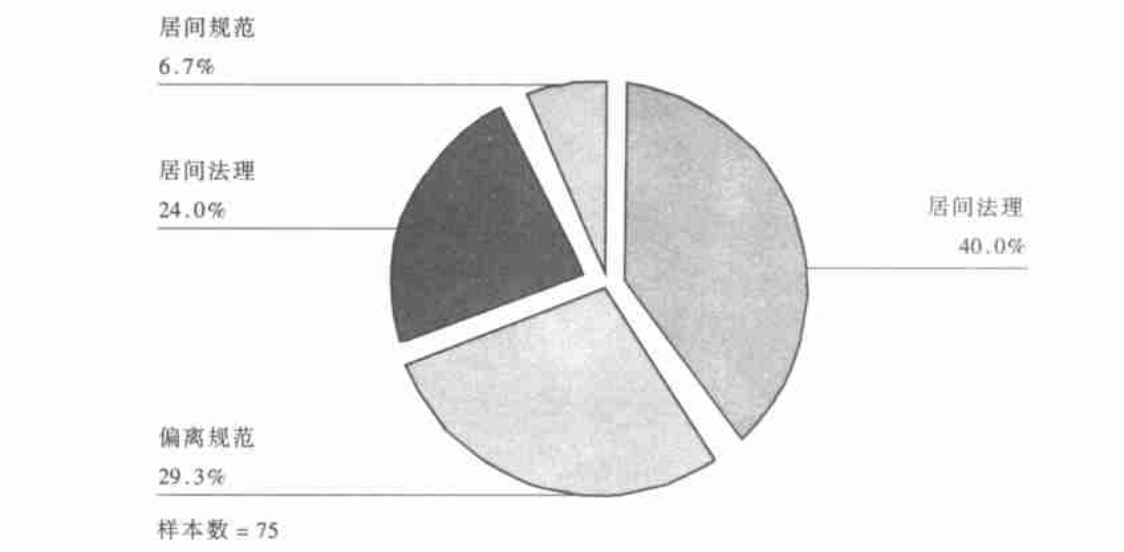
| 不典型类型 | 频数 | 百分比   |
|-------|----|-------|
| 总则不典型 | 31 | 41.3  |
| 分则不典型 | 44 | 58.7  |
| 合计：   | 75 | 100 % |
| 规范不典型 | 27 | 36.0  |
| 法理不典型 | 48 | 64.0  |
| 合计：   | 75 | 100 % |
| 法定不典型 | 66 | 88.0  |
| 适用不典型 | 9  | 12.0  |
| 合计：   | 75 | 100 % |

| 不典型类型   | 频数 | 百分比   |
|---------|----|-------|
| 偏离型不典型  | 52 | 69.3  |
| 居间型不典型  | 23 | 30.7  |
| 合计：     | 75 | 100 % |
| 趋重不典型   | 49 | 70.0  |
| 趋轻不典型   | 21 | 30.0  |
| 合计：     | 70 | 100 % |
| 基本原则不典型 | 17 | 22.7  |
| 重要范畴不典型 | 17 | 22.7  |
| 具体规范不典型 | 41 | 54.7  |
| 合计：     | 75 | 100 % |

可见在我国刑法中,第一,大部分(58.7%)刑法不典型分布在刑法分则而非总则中;第二,较常见的(64.0%)是相对各种刑事法理的不典型而非相对刑法规范本身的不典型;第三,绝大部分(88.0%)不典型已经被法律确定下来了;第四,偏离某种刑法规范或法理的不典型(69.3%)比存在于各种规范或法理之间的不典型要更加普遍;第五,不典型的主流形式(70.0%)仍然是严厉型不典型而非宽宥型不典型;第六,基本原则不典型和重要范畴不典型两者加起来也不及具体规范不典型的总量(54.7%)。

除了单变量分析以外,还可以同时从两个角度观察刑法不典型。在图1中,出现了4种不典型的新类型:偏离某种法理的不典型、偏离某种刑法规范的不典型、居间于若干法理的不典型、居间于若干刑法规范的不典型。

图 1:刑法不典型综合分类之一



这样,我们不仅可以从新的量化角度把握刑法不典型的内在构造,而且从微观上看,每种具体的不典型都在原有的单一分类基础上获得了新的属性和意义。例如,仅仅分别来看,累犯和连续犯作为复数犯罪都是偏离型刑法不典型。但如果将新的划分标准引入以后便发现,累犯所偏离的是禁止重复评价这种法理原则,而连续犯所偏离的是一罪一罚数罪并罚的既定刑法规范——两者所偏离的典型刑法现象的制度化程度不同,前者的形式是理念,后者的形式已经成为制度。既然不典型现象可以同时从两个视角进行观察,如果再引进一个划分标准,能看到什么新的意义?请看图 2 所示:

图 2:刑法不典型综合分类之二

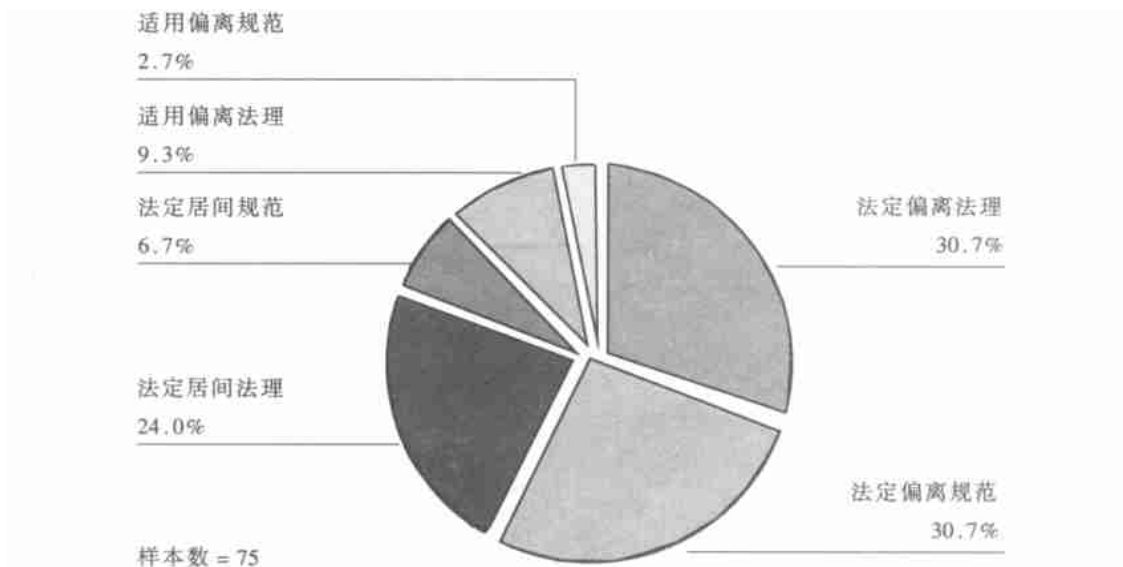


图 2 实际上是图 1 的再聚焦,由于引入了新的变量,更加细化的比例关系不仅清晰可见,而且每个部分都被赋予了又一种属性。例如我们发现,有 26.7% 的不典型都是法定的偏离某种刑法规范的刑法现象。显然,再冷静地学者也不会对此无动于衷。因为按照不典型的概念,这意味着规范之间的相悖。于是,逐个研究这些现象后发现,大多数是理性的不典型,而有些则很可能是非理性的不典型。例如,在对数罪适用限制加重原则时,对异种自由刑(如又有管制又有拘役又有有期徒刑)如何合并处罚,我国刑法未作规定,形成了一个法定的盲区。透过这种分析框架,这个盲区便是获得了 法定的, 偏离于, 数罪并罚规范这样三层属性的刑法不典型现象。

### 3. 关系分析

在这 75 个刑法不典型现象背后,我的研究发现了三个关系。

关系之一:从刑法体系结构与其轻重结构的关系看刑法不典型。请观察图 3 以及表 5:

从下图 3 中可以看出,大部分总则不典型(63.3%)都是趋轻不典型,而大部分分则不典型(95.0%)则都是趋重不典型。表 5 实际上就是图 3 的数字表示。从表 5 中列百分比的比较可见,总则不典型比分则不典型有更大的机会趋轻( $63.3\% > 5.0\%$ ),而分则不典型比总则不典型有更大的机会趋重( $95.0\% > 36.7\%$ )。而且,从表 5 中行百分比的比较又可见,大部分趋重不典型(77.6%)都分布在分则当中,而大部分趋轻不典型(90.5%)都分布在总则中——列百分比和行百分比的经验含义得到了相互印证。据此,关系之一的实证分析可以得出初步结论,在刑法不典型

现象内部,总则趋轻,分则趋重。例如,从旧兼从轻、缓刑、减刑、假释等总则不典型同时又是趋轻不典型。而分则中某些牵连犯的数罪并罚,则属于趋重不典型。由于这些经验现象的数量关系显著到符合统计规律的要求,于是,我们相信这数量关系是一种规律性描述。

图 3:总则分则的轻重比较

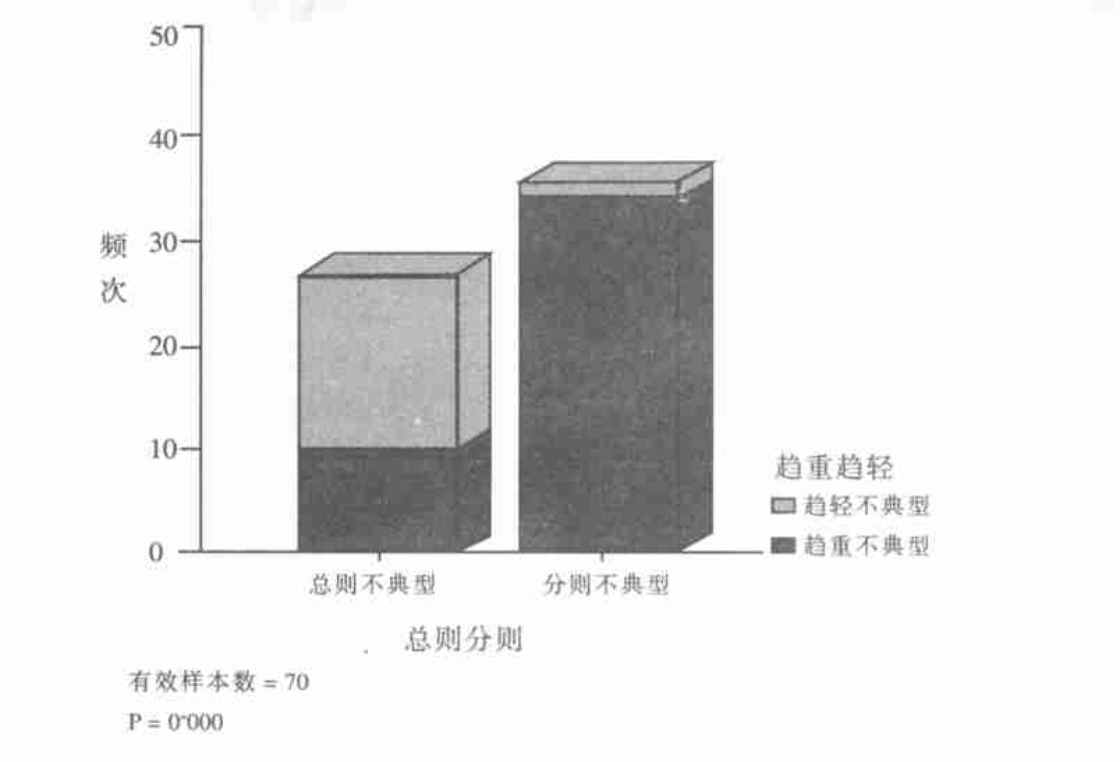


表 5:总则分则的轻重比较

|          |       |      | 总则分则  |       | 合计    |
|----------|-------|------|-------|-------|-------|
|          |       |      | 总则不典型 | 分则不典型 |       |
| 趋重<br>趋轻 | 趋重不典型 | 频次   | 11    | 38    | 49    |
|          |       | 行百分比 | 22.4  | 77.6  | 100.0 |
|          |       | 列百分比 | 36.7  | 95.0  | 70.0  |
|          | 趋轻不典型 | 频次   | 19    | 2     | 21    |
|          |       | 行百分比 | 90.5  | 9.5   | 100.0 |
|          |       | 列百分比 | 63.3  | 5.0   | 30.0  |
| 合计       |       |      | 30    | 40    | 70    |
|          |       |      | 42.9  | 57.1  | 100.0 |
|          |       |      | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

关系之二:从刑法规范的抽象层次结构与其轻重结构的关系看刑法不典型。请观察图 4 和表 6:

图 4:抽象层次不同之典型的轻重比较

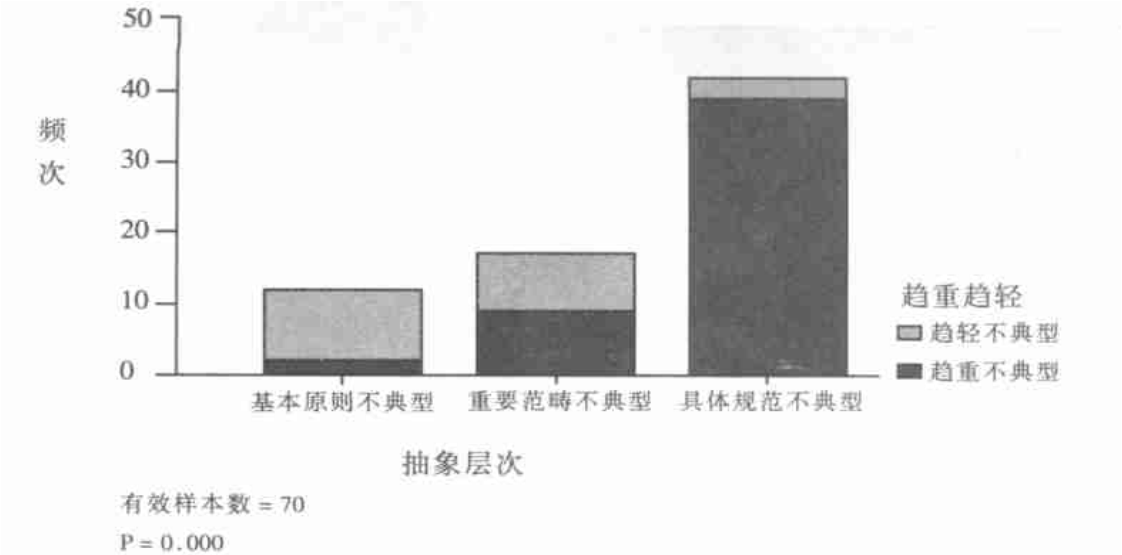


表 6:抽象层次不同之不典型的轻重比较

|              |       |      | 抽象层次        |             |             | 合计     |
|--------------|-------|------|-------------|-------------|-------------|--------|
|              |       |      | 基本原则<br>不典型 | 重要范畴<br>不典型 | 具体规范<br>不典型 |        |
| 趋重<br><br>趋轻 | 趋重不典型 | 频次   | 2           | 9           | 38          | 49     |
|              |       | 行百分比 | 4.4         | 18.4        | 77.6        | 100.0  |
|              |       | 列百分比 | 16.7        | 52.9        | 92.7        | 70.0   |
|              | 趋轻不典型 | 频次   | 10          | 8           | 3           | 21     |
|              |       | 行百分比 | 47.6        | 38.1        | 14.3        | 100.0  |
|              |       | 列百分比 | 83.3        | 47.1        | 7.3         | 30.0   |
| 合计           |       | 频次   | 12          | 17          | 41          | 70     |
|              |       | 行百分比 | 17.1        | 24.3        | 58.6        | 100.0  |
|              |       | 列百分比 | 100.0       | 100.0       | 100.0       | 100.90 |

图 4 表明，三类抽象层次不同的刑法不典型不仅总量不同，而且，在基本原则不典型中，趋轻不典型占绝对多数（83.3 %），在重要范畴不典型中，趋轻与趋重两者基本持平（52.9 % $\approx$ 47.1 %），而在具体规范不典型中，占绝对多数的（92.7 %）则是趋重不典型。仔细观察表 6 便不难看出，刑法不典型的抽象层次越高，表现为趋轻不典型的概率越大（83.3 % $>$ 47.1 % $>$ 7.3 %）；其抽象层次越低，表现为趋重不典型的概率越大（92.7 % $>$ 52.9 % $>$ 16.7 %）。而且，表 6 中的列百分比与行百分比之间的经验含义还得到了相互印证。据此，关系之二的实证分析可以得出初步结论，在刑法不典型现象内部，抽象趋轻，具体趋重。例如，刑法第 63 条第二款规定的“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚”，实际上就是相对罪刑法定这一基本原则而言的刑法不典型，同时也是趋轻型的刑法不典型。而加重制度、第 205 第二款、第 206 第二款、第 229 第二款、第 240 第一款、第 328 第一款、第 358 第

一款规定的牵连犯加重处罚等等，既是与相对确定的法定刑、牵连犯从一重处断等具体刑法规范而言的不典型，同时又是趋重不典型。这些经验现象与数量关系的描述相结合，使刑法不典型规律的另一个侧面显现出来。

关系之三：从法治环节与轻重结构的关系看刑法不典型。请观察图 5 和表 7：

图 5：法治环节不同之不典型的轻重比较

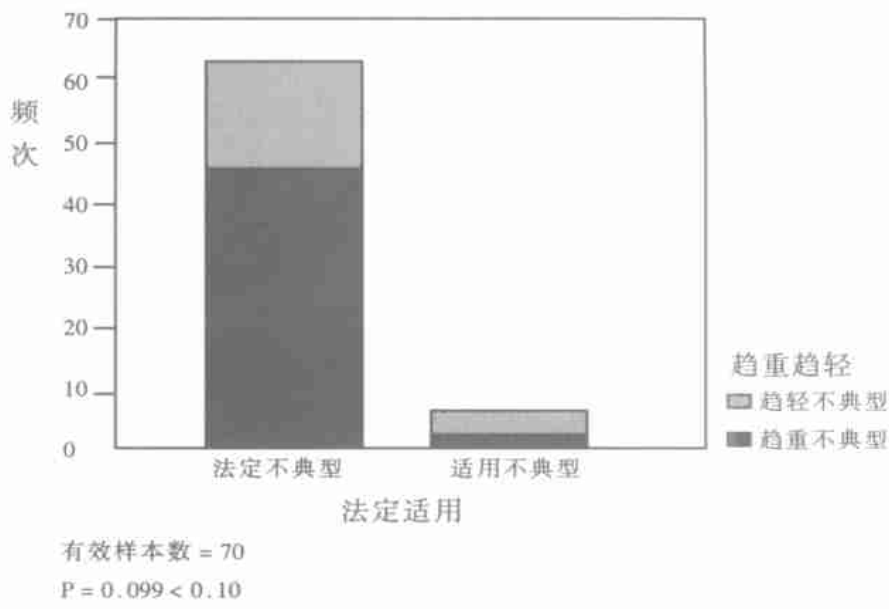


表 7：法治环节不同之不典型的轻重比较

|          |       |      | 法定适用  |       | 合计    |
|----------|-------|------|-------|-------|-------|
|          |       |      | 法定不典型 | 适用不典型 |       |
| 趋重<br>趋轻 | 趋重不典型 | 频次   | 46    | 3     | 49    |
|          |       | 行百分比 | 93.9  | 6.1   | 100.0 |
|          |       | 列百分比 | 73.0  | 42.9  | 70.0  |
|          | 趋轻不典型 | 频次   | 17    | 4     | 21    |
|          |       | 行百分比 | 81.5  | 19.0  | 100.0 |
|          |       | 列百分比 | 27.0  | 57.1  | 30.0  |
| 合计       |       | 频次   | 63    | 7     | 70    |
|          |       | 行百分比 | 90.0  | 10.0  | 100.0 |
|          |       | 列百分比 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

图 5 和表 7 显示的信息是，第一，法定刑法不典型的总量大大超过适用的刑法不典型。第二，如果一个不典型是法定的不典型，那么，它落入趋重不典型的可能性占 73.0%，而如果是适用不典型，那么，它成为趋重不典型的可能性只有 42.9%。或者反过来说，如果一个不典型是法定不典型，那它只有 27.0%的可能性成为趋轻不典型，但如果是适用不典

型, 则有 57.1 % 的可能性是趋轻不典型。据此, 关系之三的实证分析可以得出初步结论, 在刑法不典型现象内部, 适用趋轻, 法定趋重。例如, 法律明文规定数罪并罚、加重处罚、从一重重处罚的牵连犯以外的普通牵连犯的判定, 既是法官适用法律的结果, 同时, 又是一种相对一罪一罚而言的趋轻不典型。相比而言, 持有型犯罪首先是一种法定不典型, 同时, 除作为和不作为以外, 持有也成为刑事规制的对象, 这显然又是一种趋重的不典型。应当交代的是, 从统计规律上看, 适用趋轻法定趋重的规律性, 并没有总则趋轻分则趋重、抽象趋轻具体趋重那样显著,  $P$  值大于 0.05, 但又小于 0.10。因此, 仍在较低水平上具有一定规律性。

#### 4. 结果讨论

实证数据显示: 总则不典型、基本原则不典型或者重要范畴不典型, 以及适用不典型的共同特征不仅是比较原则、笼统、抽象, 而且往往趋轻宽宥。与此相对, 将分则不典型、具体规范不典型、法定不典型这三者联系起来便可推论:

分则不典型往往是趋重不典型;

具体规范不典型往往是趋重不典型;

法定不典型往往是趋重不典型;

而分则不典型、具体规范不典型、法定不典型都具有操作性强制度化程度较高的属性;

所以, 操作性强制度化程度高的不典型往往是趋重不典型。

试比较两例: 刑法第 63 条第 2 款规定: “犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节, 但是根据案件的特殊情况, 经最高人民法院核准, 也可以在法定刑以下判处刑罚。”这一规定赋予司法机关这样一个权力——即使不具有刑法明文规定的减轻情节, 只要司法机关认为应当法外容情, 便可以突破法律的明文规定。这显然是总则规范中相对罪刑法定这一基本原则的不典型, 而且, 还是一种趋轻不典型。但是, 何谓“案件的特殊情况”? 是相对法律规定的特殊还是相对伦理风俗习惯的特殊? 最高人民法院是否核准的依据是什么? 所有这些, 都因缺乏既定尺度而使法律适用过程变得不够确切、确定。另一例是, 作为特别法, 刑法第 148 条的规定轻于第 140 条的一般法。这时, 如果按照特别法优于一般法的原则, 就只能适用轻法, 形成对重法优于轻法原则的不典型; 而按照重法优于轻法的原则, 就只能适用一般法, 形成特别法优于一般法原则的不典型。对此, 刑法第 149 条规定, 刑法第 148 条规定的生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的处刑原则是重法优于轻法, 实际上是指明按照第 140 条一般法处理第 148 条特别法规定的犯罪。这样, 虽然构成了对特别法优于一般法的不典型, 虽然是一种趋重不典型, 但是, 它是一种法定的可操作性很强的不典型。

如何解释不典型现象中趋重与制度化之间的关联? 我认为, 可以从“制度地趋重”和“趋重的制度”两个方面把握这种关联。所谓“制度地趋重”就是指限定在制度化程度较高的各种规范操作范围内的趋重不典型, 反映了罪刑关系配置者对趋重不典型如果不加节制可能招致何种不良后果的预见。因为趋重不典型最容易流露出规范制作者的主观能动性, 因而最可能导致惩罚资源的非理性超计划支出, 最终导致规范资源的消费者(因法律的保护而收益者)与责任信号的潜在对象(因规范的禁止而可能受到制裁者)之间冲突的激化。因此, 与其使趋重的冲动放任自流, 任其张扬, 不如将其纳入操作性较强的制度化过程中, 使其得到适当规制。至少, 制度化之下的趋重, 总比毫无规格的趋重要理性得多。换句话说, 惩罚资源的支出作为对犯罪行为的评价, 同时又是规制裁判行为的规范; 作为对社会、公民提供

的有力保护，同时又是对被告人提供的权利保障。<sup>[23]</sup>尤其是在制度化、可操作性比较强的刑法不典型中，刑法规范的这种裁判机能和权利保障机能更是表达得十分充分。所以，不能简单地说，只要趋重，就一定是犯罪定义活动中主体性的非理性突显和扩张，这种主体性张扬就一定使刑法失去对司法裁判的规制和对被告权利的保障。重要的不是趋重或趋轻本身，而是刑法不典型是否以及在多大程度上与制度化同在。否则，即使是趋轻的不典型，也可能成为扩大不平等、司法擅断的工具。回到我们前文讨论的犯罪定义学问题，现在可以说：提高制度化和可操作性程度，是控制治理刑法不典型以防范主体性任意扩张的重要途径。<sup>[24]</sup>

问题的另一个方面是，实证数据显示，在上述 75 个刑法不典型中竟有 70 % 属于趋重不典型。<sup>[25]</sup>就是说，大部分刑法不典型都表现趋重，而且大部分趋重不典型都分布在制度化较高的刑法不典型中，<sup>[26]</sup>此即“趋重的制度”。显然，司法人员与刑法禁止行为之间相互沟通的主要平台就是一个个具体的制度、规范，而非抽象的原则。趋重的制度带给司法活动的直接好处是，使得司法人员与法律适用对象之间的“交易”具有更多的筹码和余地。从这个意义上说，趋重的制度可以视为一种惩罚资源的透支，一种规范资源的挪用。而按照一般市场规律，当一种资源的拥有足以满足购买另一种商品的需要时，透支和挪用是没有必要的。只有当这种资源的数量或能量不足以满足主体的需要时，便会形成新增资源的需求。同理，作为社会控制资源，典型的刑法概念、规范可以被视为一种现有的、备选的规范，是规范资源中的存量。当这种存量的利用、消费足以使得规范资源的创制者实现自身利益最大化时，就不会有突破原有存量的冲动出现，因而不会有规范制度的创新。但是，当存量无法满足规范资源创制者的需要，无法使其利益最大化时，甚至无法使其保持自身在各种资源分配关系中的优势地位时，就必须在原有存量的基础上有增量的产生，就必然有新的规范被创制出来，就一定会有远离标准常规的弹性规范的出现。刑法不典型就是一种刑法规范资源的增量，它的出现，标志着刑法规范创制者对典型刑法规范的不满足。这种动力学解释意味着，不典型的存在不能简单用犯罪本身客观上的增多来解释，因为关键在于需要将什么视为犯罪。当犯罪定义的制定者出于自身利益最大化的要求而认为需要扩张规范供应时，就会出现刑法不典型。

那么，何种情况下才会出现这种扩张规范供应的需求呢？显然，它应当出现在那些规范密度较小，力度不大的地方，至少不是规范过剩的地方。需要刑法禁止的各种行为可以分为两类：自然犯罪和行政犯罪。其中，针对自然犯罪的规制，显然有着大量伦理的、直接的、普遍的规范资源。对当下的中国而言，所缺乏的主要是与行政犯罪有关的规范资源。人们都知道不该随便杀人越货，却不一定懂得根据提前知悉的内幕信息为自己买卖股票犯了什么法。果如此，形成规范增量需求的地方，应当是那些与行政犯罪的规制有关的领域。沿着这个思路，我们再次回到我们的实证数据仔细观察。结果发现，趋重不典型可以分为两类，一类是法创的趋重不典型，如原因上的自由行为、附加刑并科、单位犯罪、认识错误不免罪等，都体现了法律拟制运作过程特有的要求。另一类是原生性趋重不典型，即源于社会资源

[23] 前引 [15]，陈兴良书，第 37 页以下。

[24] 从某种意义上说，对刑法不典型的控制治理，是控制社会控制的一部分。参见拙文：《控制社会控制》，《中外法学》2000 年第 2 期。

[25] 参见本文表 4。

[26] 观察表 5、表 6、表 7 的“趋重不典型”的行百分比，便不难得出这一结论。

分配关系及其变动的趋重不典型。后者在趋重不典型中有 37 个, 其中, 占第一位的是分则第三章中的 13 个罪, 占第二位的是分则第六章中的 12 个罪, 占第三位的是分则第四章中的 5 个罪, 占第四位的是分则第八章中的 4 个罪, 其余 3 个罪分别分布在第二章、第七章中。由此可以反观, 市场秩序和社会管理秩序两个领域中趋重不典型的供应量最大, 果然证实了市场控制、社会管理秩序与规范增量(趋重不典型)之间的内在联系。这意味着这些特定领域中, 常规或标准刑法资源的支出已经不足以有效控制社会秩序, 有选择地动用不典型而且趋重的刑法规范, 反映了保持社会与犯罪之间平衡关系的需要, 所以储槐植教授用“国家需要的产物”解释刑法例外。<sup>[27]</sup>至此, 我们在有形的法律规则背后看到了一种无形的法律, 即决定法律规范从存量到增量的供求规律, 按照这一规律, 规范资源的超量供应不仅与规制对象本身有关, 更与规范供应者自身利益最大化的需要有关, 刑法规范供应中趋重的不典型便是这一规律的产物。

最后, 只要与制度化同在, 只要与规范供求的规律有关, 就一定是理性的趋重不典型吗? 不一定。上述分析表明, 制度化与趋重不典型之间的联系只是概然的, 而非一一对应的, 只是相关关系而非函数关系。就是说, 刑法的评价机能与裁判机能的统一, 保护功能与保障功能的统一, 只是一种理想状态, 而非实然状况。问题在于, 如何实时测量到实然与应然之间的差异, 以及如何有效缩小这些差异。我认为, 体现定性与定量、经验与思辨相结合理念的法律实证分析, 可以使无形之法被形象地显现出来, 因而是研究刑法不典型现象的较好方法, 而且还可以提高不典型治理的可操作性。笔者最近随机抽取了 913 个抢劫罪案例进行量化分析, 结果发现, 样本的罪量与刑量之间的相关系数并非为 1, 而是徘徊在 0.7 左右, 与罪刑均衡的理想状态之间存在一定距离。就是说, 作为一种离散现象, 刑法不典型不仅存在于立法当中, 而且也存在于司法实践中。而且, 该项研究还分别筛选出两类案件: 罪量排序较低而刑量排序却偏高——趋重不典型; 罪量排序较高而刑量排序却偏低——趋轻不典型。这样, 利用实证分析, 刑法不典型不仅可见, 而且可控。

---

**Abstract:** The objective existence of untypical phenomena in criminal law often complicates people's understanding of the uniformity and certainty of criminal laws. Through the empirical analysis of 75 cases of untypical phenomena of criminal law from the viewpoints of criminology, this paper reveals the tendency of heavier punishment in general provisions as compared with sub-provision, in abstract law as compared with concrete law and in the application of law as compared with legal provisions. Based on the theory that the supply of normative resources should also follow the rules of the market, the author suggests that the measurement and control of untypical phenomena should be made more rational and scientific.

---

[27] 前引 [1], 储槐植书, 第 326 页。