

刑法明确路径:类型化立法的合理应用^[*]

司海燕

(广西民族大学 法学院,广西 南宁 530006)

[摘要]类型化立法可以克服刑法的不明确,其“分类”意义可以克服犯罪类型过于粗疏或细密,其“归类”意义可以克服构成要件过于抽象或精细。类型化立法合理应用的第一层次是合理设置犯罪类型,设置类型化程度合理的犯罪类型,应以能够提炼出相对具体的类型特征及具有共同的规范保护目的为标准,并将粗疏的犯罪类型进行分解,细密的犯罪类型进行合并,直至其达到类型化程度合理的状态;类型化立法合理应用的第二层次是合理设定构成要件内容,构成要件的设定要以反映事物本质为中心、以实现立法意图为核心,在能满足公众的可预见性及易于形成共识的基础上,构成要件的内容设定应详略得当,自然犯应采用简洁模式,法定犯应采用详细模式。

[关键词]类型化立法;明确性原则;犯罪类型;构成要件

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2024.10.008

明确性原则既是对刑事立法的要求,又是对立法权的限制。^[1]任何成文刑法都必然具有不明确性,绝对的明确性要求容易导致机械僵硬,刑法的明确性应当采取相对明确性的概念。^[2]为了实现明确性而对刑法进行立法修正,需要对立法技术提出更高的要求。首先,应从犯罪类型和构成要件两个维度归纳出刑法中不明确的类型,这样才能提出更有针对性的立法明确路径。其次,要选择更为合理的立法模式,采用事无巨细的客观具体化的立法模式会造成刑法适应性不足,采用高度抽象的概括性的立法模式会造成刑法明确性不足。类型化立法是既能兼顾客观具体的案件事实又能反映事物本质和立法意图的立法模式,可以克服上述两种模式的弊病,在适应性和明确性中找到一个详略得当的平衡点,在保障刑法适应性的基础上达到最大程度的明确性。立法的明确路径关键在于解决以下两个问题:第一,作为明确性原则的立法实践产物,犯罪类型究竟如何设置才能更好地实现明确性?第二,在刑事立法中,犯罪的构成要件是通过类型化的方式表现出来的类型,构成要件究竟如何设定才能更

作者简介:司海燕,法学博士,广西民族大学法学院讲师,广西民族大学民族法与区域治理研究协同创新中心研究员,主要从事刑法学研究。

[*]本文系广西民族大学引进人才科研启动项目“刑法明确性原则研究”(22SKQD06)的阶段性成果,受广西民族大学相思湖青年学者创新团队(2022GXUNXSHQN01)的资助。

好地实现明确性?为此,笔者以保障适应性的基础上实现明确性为理论工具,以类型化立法的合理应用为研究路径,对上述两个问题进行反思,以进一步挖掘犯罪类型和构成要件的内涵,完善类型化立法的合理应用路径,推进刑事立法高质量发展。

一、刑法不明确的类型

梳理刑法不明确的类型主要从犯罪类型和构成要件两个维度进行,犯罪类型这个维度主要考察类型化程度是否合理,构成要件这个维度主要判断基本犯罪圈的划定是否合理。根据犯罪类型的类型化程度设定不合理,刑法不明确的类型主要分为两类:犯罪类型过于粗疏、犯罪类型过于细密;根据构成要件的本质特征提炼不合理,刑法不明确的类型主要分为两类:构成要件过于抽象、构成要件过于精细。

(一)犯罪类型过于粗疏

犯罪类型设置过于粗疏,涵盖过度的类型因为容纳种类过多的犯罪行为,导致难以抽象提炼出相对具体的类型特征,甚至直接放弃对本质特征的描述,只能使用极度抽象的概念和立法模式,没有固定的核心内涵,缺乏犯罪行为和事实特征的描述,各种行为都可以归入其中作为犯罪处理。德沃金认为,如果一个案件找不到可适用的法律规则,法官可以依据道德理论中导出的原则进行裁判。^[3]过于粗疏的犯罪类型与德沃金主张的原则立法论中的“道德理论”和“原则”类似。

明确性原则的核心在于公众能预测自身行为的法律后果,但是粗疏的犯罪类型并不具有可预测性,必然造成公众行为的萎缩,使明确性原则保障个人自由的目的无法实现。不明确的刑法比没有刑法更容易侵犯公民自由。^[4]类型设置过于粗疏一般是立法者有意为之,是一种基于立法者的某些政策或者自身利益考虑的故意不明确,主动选择高度抽象的立法模式和表达,往往具有兜底和万能的特性,确保对社会的控制和对各种新型犯罪的打击力度。粗疏的犯罪类型极易沦为政治工具和道德评价的变种,其实质是为了实现社会控制目的,牺牲明确性换取适应性。

目前学界将难以抽象提炼出事物本质,放弃对类型特征描述的犯罪类型称为“口袋罪”。过于粗疏的犯罪类型往往具有“一网打尽”的特征,以及更大地沦为“口袋罪”的风险。如以危险方法危害公共安全罪、非法经营罪、寻衅滋事罪,开放性犯罪构成要件及高度抽象的立法模式逐渐显现出口袋化的倾向,犯罪边界模糊,刑法解释空间巨大。当社会中不断出现新型犯罪,刑法规范存在供给不足的问题,法官认为该行为具有实质违法性应受处罚,存在急迫的处理需求,却找不到可以适用的具体法律规定,就会将该行为解释归入粗疏的犯罪类型,使法官不诉诸法律以外的素材,就可以解决没有具体刑法依据的难题。实践中还存在根据刑罚轻重选择罪名的情况,在法条竞合的场合,仅仅因为本应适用的罪名处罚较轻,法官想给予更重的处罚而扩张适用口袋罪。粗疏的犯罪类型的设置是希望保障刑法的安定性,提高刑法的适应性。口袋罪扩张适用在一定程度上满足了这个需求,有利于社会秩序的维持,但是冲击了明确性原则,造成了司法实务中同案不同判的尴尬局面。与此同时,口袋罪也越来越膨胀、臃肿,充斥着各种不断纳入的新型犯罪行为,导致其类型化程度不足,行为类型过多难以提炼出相对具体的类型特征,犯罪类型的内涵和外延也难以界定,边界更加模糊不明确。

从明确性原则的角度来看,过于粗疏的犯罪类型比过于细密的犯罪类型危害更大,对类型特征的描述过于抽象,刑法的类推适用不可避免,并为其披上合法的外衣提供了形式上的合法依据,导致口袋罪扩张适用的示范效应,^[5]其危害性远远大于在个案中适用类推。韦尔策尔指出罪刑法定原则的真正危险并非类推适用,而是不明确的刑法规范,明确性要求的意义大于禁止类推。^[6]粗疏犯罪类型

的设置建立在这样一种认识上:一切事实上的犯罪,都应当处在刑罚权的管辖范围之内。^[7]当缺乏具体的刑法依据时,为了追求衡平的效果,粗疏的犯罪类型使外延过宽,法官可以在其下以合法的形式开展类推解释作为补救。

(二) 犯罪类型过于细密

犯罪类型是在刑法规范与具体事实不断相互调适的过程中形成的。犯罪类型不可能与具体事实一一对应,同一个犯罪类型涵盖的多种具体事实必然存在差异性,为了追求形式上的一致性而导致犯罪类型设置得过于细密,这种做法违背了认识论的基本常识。具体事物之间不存在绝对的形式上的一致性,只可能存在本质上的一致性,这意味着犯罪类型的设置必须根据事物本质特征的一致性,而不可能根据形式的一致性,毕竟对每一件具体事实进行立法显然也是不可能完成的任务。细密的犯罪类型未能把握好事物本质特征的一致性与差异性的处理,过分追求形式上的一致性,造成犯罪类型在设置上类型化程度不足,无法涵盖新出现的犯罪现象,导致刑法规范供给不足无法满足现实需求。

细密的犯罪类型在形式上看似更加明确,可以限制国家权力保障公民自由。但事实并非如此,对古代刑事立法进行研究,就会发现当权者采用了细密的犯罪类型,甚至一事一法,刑法典变得很繁琐。^[8]为了求得衡平的结果对其进行刑罚处罚,古代立法将比附作为通则性的规则,采用比附制度弥补立法的不足,通过扩张解释、类推适用或者目的性扩张予以补救,在这个过程中容易造成不明确,极度的明确反而有损明确性,直接导致了类推适用和刑法不明确。

在现代的刑事立法中,对于部分犯罪类型,立法者总是想将犯罪各种表现行为纳入法律之中,倾向于对具体犯罪行为的描摹,并为每一种表现形式设置相应的犯罪类型并配置特别的刑罚。^[9]犯罪类型过于细密必然导致犯罪类型涵盖范围过于狭窄,数量非常庞杂,难以适应新型的生活事实,大量新型犯罪行为无法归入过于细密的犯罪类型,导致部分犯罪行为缺乏刑事处罚的依据,得不到应有的处罚,适应性不足必将放纵犯罪,公民权利得不到应有的保障。为了补救不得不频繁修正刑法或适用目的性扩张解释,有违罪刑法定原则的初衷。^[10]

犯罪类型过于细密主要是由立法者对犯罪类型认识片面导致的。社会发展具有历史性,新的犯罪现象不可能凭空出现,必然是和旧的犯罪类型存在联系,如果事物本质特征一致是可以通过刑法解释纳入旧的犯罪类型,避免因类型化程度不足导致的犯罪类型过于细密。类型的设置应在已有犯罪类型的归纳和总结的基础上,尽可能穷尽未来可能发生的犯罪类型,提高类型设置的预见性和适应性,以实现刑法的安定性。近年来犯罪类型细密化的趋势愈加严重,从不断增设的刑法修正案中可以看出,类型化程度比较低,难以适应社会的不断发展,不对新出现的犯罪现象进行抽象和概括,盲目增设各种具体的犯罪类型,往往欠缺体系性思考和前瞻性的预测,只停留在经验性总结和罪状描述上,为了应急而进行重复性立法、竞合性立法、堵漏性立法,沿着“问题路径”应对新的亟待解决的问题,不能形成完整的刑法规范体系。

(三) 构成要件过于抽象

构成要件在对各种事实进行抽象的过程中只能舍弃一些细节,构成要件中的语词含义会随着语境和时空产生流变,再加之需要缓解刑法规范的供给不足的问题,这都要求构成要件必须具备抽象性。但这并不意味着要放弃构成要件对案件事实限制的功能,需要把握好构成要件的抽象程度,如果放弃对犯罪本质和事实特征的描述而变得过于抽象,就是欠缺范畴性的概括规定。欠缺范畴型的构成要件缺乏对行为或结果的规定,难以明确罪与非罪的界限,导致其不具有可预见性,让规制对象随时都有可能受到刑罚处罚,必然侵害公众的合法权益。过于抽象的构成要件主要存在于以下领域:

第一,规范性概念。规范性概念因其本身脱离社会生活体现出抽象性,属于不确定的法律概念,需要对其进行价值判断和经验认知,特征不明确且具有流动性,其边缘地带的范围宽泛,边界非常模糊。从语义学的角度看,任何与价值和经验有关的评价标准总是具有难以消弭的模糊性与歧义性,因此总是存在着规范性概念是否明确的疑惑。^[11]规范性概念不易被感知,需要经过规范评价和价值补充才能确定其涵义,对其认识和理解依赖于共同的伦理观念和价值观念。这里的评价和补充很容易受到一般伦理观念的影响,受到法官主观价值因素的影响,较大的自由裁量权和裁量空间必然会影响到规范性概念的明确程度。规范性概念的内涵和适用范围随着社会的变迁,价值取向复杂多元、价值观念不断变化,具有较强的流变性,直接冲击了明确性原则。规范性概念具有特别高度的不明确性,涵义不受约束,因此产生适用过程的不确定性。^[12]

第二,兜底条款。兜底条款是指为了弥补列举条款的不足,采用堵截性规定将列举条款没有包括的、难以包括的以及立法时预测不到的都囊括在这个条款中。兜底条款具有高度的抽象性和概括性,外延具有开放性和动态延展性,其内涵和外延处于不断流变之中,随着社会、经济以及刑事政策的变化而变化。这种特性必然会影响到法官对兜底条款的理解和把握,导致兜底条款处于不明确的状态。为了保持刑法的适应性,兜底条款必不可少,但其过于抽象的性质导致其内涵和外延仅通过字面含义不能明确,需要法官进行解释和续造,给刑法解释留下巨大空间,给法官提供较大的自由裁量权。在立法中不受约束随意采用兜底条款的立法模式,在司法中不严格遵守同类解释的规则,造成兜底条款适用范围不适当的扩大而导致不明确。

第三,空白罪状。罪状是对构成要件的规定,空白罪状就是空白的构成要件。空白罪状没有对该类型犯罪的行为特征进行描述,而是将全部或部分内容委诸于其他法律、法规加以填充,这种严重不明确的构成要件在司法实践中难以理解和适用。^[13]为了避免立法重复或有疏漏,空白罪状大量存在于行政犯与法定犯的规定之中。空白罪状不明确的原因主要集中在以下三个方面:一是参照依据指示不明确,部分空白罪状未指明参照的是某一个具体的法律、法规,还是某一方面的全部规定;二是参照依据本身不明确,空白罪状中立法者对构成要件并未规定或者只作部分规定,参照依据对空白罪状缺失的构成要件并未规定或并未明确规定,参照依据中使用一些模糊性、歧义性的语词或兜底性规定;三是与参照依据不协调、不衔接,参照依据的规定与刑法规定不对应,参照依据明文规定了刑事责任,刑法中没有空白罪状与之对应。

第四,简单罪状。简单罪状是指在与罪名内容基本一致的范围内,对构成要件进行概括、简单的类型化表述。简单罪状对构成要件的描述最为简略,内容基本上可以被具体罪名加以概括和体现。由于简单罪状过于简练,其所描述的构成要件的内涵和外延往往难以明确界定,涵盖了社会发展过程中此类犯罪的不同行为类型,既包括典型的行为类型,又包括非典型的行为类型,导致其对非典型的行为往往不能作出明确的判断,存在许多争议和模糊地带,会出现简而不明的问题,有损于刑法明确性原则。简单罪状的不明确问题往往会集中体现在盗窃罪等常见多发的自然犯中。^[14]

(四) 构成要件过于精细

过于精细的构成要件一般都会采用列举法详细具体列举出犯罪行为的方式,表面上看起来规定得非常明确、具体,但实质上构成要件放弃提炼犯罪类型的本质特征,导致其内容封闭且僵化,缺乏灵活性和适应性,只给刑法解释留下极为有限的空间,难以适应不断变化的社会实践。过于精细的构成要件会使刑法变得冗长琐碎,损害刑法体系的协调。立法本应该具有一般性,将犯罪本质抽象为构成要件予以规定。构成要件应以法律一般性为基准进行描述。法律的对象是普遍的,只考虑共同体及

抽象行为,绝不考虑个别人和个别行为。^[15]只有通过一般化的行为标准,才能在没有随时发出进一步指示的情况下,使一般人在某些情况发生时能够知道应当做什么。^[16]“简短是法律之友,极度的精密在法律上受到非难。”^[17]

当刑法实施时出现新问题和新情况,为了使刑法社会保护机能得以充分发挥,立法必然会关注人民群众反应强烈且具有严重社会危害的行为,并对其作出积极回应。这导致立法修正只局限于对已出现的犯罪行为进行经验描述,成为“见招拆招”式的对现实的被动反应,缺乏前瞻性的预测和对犯罪本质的抽象提炼。刑法成为应对现实问题而制定的特定规则的集合,缺乏逻辑上的自洽性和连续性。^[18]立法者往往为了避免适用上的困难,在构成要件中加入精细化的构成要件要素,精细化立法虽然在形式上有利于法官具体把握刑法的适用范围,但是过于精细的构成要件会导致需要表述的内容增加,需要解释的地方就会增多,适用时引起的争议也就越多,公众将无所适从,不仅难以克服适用上的困难,而且增加了取证的难度。

构成要件承载相应的犯罪本质和立法意图,并不是具体案件事实的反映。犯罪行为具有不典型性、差异性和多样性,如果把该罪中最典型的常发犯罪行为作为该罪的基本形态,过分关注典型行为的具体形态,提炼出这些行为特征简单复刻成构成要件并精细地规定到罪状之中,其实是对该罪名的片面认识,同时体现了立法者欠缺抽象能力,忽略对类型特征的提炼与描述,导致精细的构成要件难以将不典型行为、类似行为涵盖进来。这种典型复刻的经验式立法模式必然会导致涵盖力不够、适应性不强。构成要件赘余的法律后果是紧缩刑事法网的覆盖范围,导致原本应适用该罪名的行为无法入罪,使本应受到刑罚处罚的行为排除在刑法之外,出现了法律漏洞。在这种思路下制定的刑法规范过于僵化,解释空间和适应性不足需要频繁地修正,导致其体系臃肿,影响其指引功能的发挥,有损刑法的安定性与权威性。不具有稳定性的法律制度只是为了应对一时变故而制定的临时措施。精细化构成要件是为了实现刑法的明确性,但是却背离了明确性原则人权保护的价值初衷。

二、类型化立法对刑法不明确的克服

刑法要成为指导公众行为的“客观可计性”标准,必须明确规定行为惩戒的各项明细,以实现刑法明确性原则。基于类型区别于概念的特征以及类型化立法的种种优势可以得知,唯有类型化立法具有对犯罪行为“分类”与“归类”的意义,可以在保持适应性的前提下克服刑法的不明确实现这一效果。类型化立法的“分类”意义可以克服犯罪类型过于粗疏或细密这两种因犯罪类型设置不合理导致的不明确。类型化立法的“归类”意义可以克服构成要件过于抽象或精细这两种因构成要件内容设定不合理导致的不明确。

(一)类型区别于概念的特征

类型和概念最大的不同在于,概念可以被定义,类型只能被描述,概念与直观相对立,类型则接近现实性。概念的边界是“非此即彼”,可以被清晰界定,具有封闭性,比较僵化。我们不能将立法意图寄托于封闭的概念之中,封闭的概念是对刑法适应性最大的否定。类型是“或多或少”可以适应复杂多样的现实,具有开放性和向未来延伸的可能性,边界并不明确,但具有明确的内核。类型可以用于区分可比较的事物,类型已经存在于立法者和法律形成之前。“类型是与具体事物相适应又超越具体事物的观念的形象”,^[19]是摒弃掉概念封闭与僵硬的缺陷而形成新的思维方式。类型是规范与事实的连接点、抽象理念与具体现象的中间点,是现象的规范及理念的样式,较现象更具有稳定性和可区分性,较理念更直观且具体。^[20]类型既不同于抽象的概念,不是非此即彼、界限分明的,而是核心区域

清晰、边界明确且可以弹性伸缩的;也不同于具体事实,它不是千差万别、形态各异且独一无二的,而是可以反复多次作为界定标准来判断事物是否属于该类型。类型是介于抽象概念与具体个案的中间形态。类型是对抽象概念的演绎和细化,通过对各个犯罪类型的描述和把握,对各种构成要件的设定和阐释,框定具体犯罪类型的边界,使犯罪的抽象本质具体化、细致化和可感知化。类型同时是对具体个案的归纳和概括,通过对具体个案的观察,抽象提炼出共同的犯罪本质特征,形成犯罪类型的基本轮廓。类型是一个以事物本质特征为核心、边界明确、富有弹性、可以不断调整的动态体系,事物本质特征可以展现出归入其中的事物的标准形态。

(二)类型化立法的优势

类型化是刑事立法不可避免和逾越的方法和思维。刑法规范对社会生活中的犯罪进行类型化命名和处理,并形成具有涵盖性的抽象条文。^[21]类型化立法是立法意图和具体事实的中间点,既能兼顾客观的具体事实,又具有一定的抽象概括能力,能反映立法意图的立法模式,使得客观的具体事实和抽象的立法意图可以集中统一地在构成要件中体现出来。

刑法规范以其有限的语言和文字来命名无限杂多的事物,只能通过类型和修辞等有意模糊的手段进行涵盖。只对比较重要的个别犯罪进行命名,其他的绝大多数犯罪只能作类型化处理,然后用一般分类词语对类型进行命名。^[22]对刑法规范进行类型化改造,既能改良过于抽象的规范内容所造成的明确性不足,又能修正过于精细的规范内容造成的适应性不足。通过类型思维方法,立法者从大量具体案件事实中提炼出区别于其他犯罪类型的本质特征,结合相应的立法意图设定构成要件,这样的构成要件不仅符合刑法明确性要求,又能满足刑法适应性和安定性的需求。

采用类型化立法制定出的刑法规范比立法者“更聪明”,立法者因前瞻性不足未预见到的事实,法官可以从刑法规范中解读出来。刑法规范随着社会的发展需要频繁地修正,类型化立法可以改造刑法规范使其变成最基本的犯罪框架与规范前提。类型化立法是介于抽象概念、原则与具体个案、事实之间的“中等抽象程度”,这个抽象程度无法达到绝对明确,但已符合相对明确,犯罪类型的边界具有一定的开放性和含混性,给刑法解释留有空间和腾挪余地,并通过下一步的刑法解释形成一个明确且富有弹性的边界。类型化立法并不是要完全放弃明确性去追求适应性与开放性,实现明确性、限制刑罚权的恣意、谨防司法擅断同样是其价值追求。自《大清新刑律》以来,我国刑法就开始采用类型化的立法模式,并通过构成要件使类型在刑法中固定下来。^[23]1997年刑法相比1979年刑法在类型化立法上取得了巨大的进步,但是在类型化程度和构成要件设定上还存在诸多不足,没有合理把握类型化程度和设定构成要件内容。应从合理把握类型化程度和合理设定构成要件内容两方面着手提升类型化立法的水平,以消解刑法明确性与适应性的冲突,使刑法规范在保持适应性的前提下达到最大的明确程度。

(三)“分类”意义对犯罪类型过于粗疏或细密的克服

类型化立法具有“分类”意义。分类的思维方式是个别化的思维,它试图将事物从普遍联系中分离出来,依据对象事物有别于其他事物的个别特征单独进行类别的划分。^[24]“类型化”是使用类型思维进行分类研究的思考方式。类型化立法是将所有的犯罪行为依据不同的标准进行类别的划分,并逐一进行分类规制的立法模式,是类型思维的立法运用过程。类型化就是区别化,就是在区别行为性质的基础上,将性质相同的犯罪行为抽象出一个犯罪类型。^[25]其中的区别就在于依据不同类型特征将同一系列犯罪行为进行分类,其侧重的是类别中与其他行为相区别的类型特征,不是对犯罪行为的被动直观白描,而是犯罪行为意义的评价性阐释过程。

在立法过程中,立法者在设置犯罪类型时,忽视了行为与行为之间本质上的差异性,把视域扩张至过于抽象的宏观层面,将原本性质不同的行为合立为相同的犯罪类型,属于犯罪类型过于粗疏,可以将其称之为“异质合立”的立法现象。立法者在设定犯罪类型时,忽视了整体对部分的统领性作用,把视域限制在过于具体的微观层面,将原本性质相同的行为分立为不同的犯罪类型,属于犯罪类型过于细密,可以将其称之为“同质分立”的立法现象。^[26]

刑事立法的重要任务是描述各种犯罪类型。^[27]类型化立法需要通过抽象提炼出相对具体的犯罪类型的本质特征,在共同的规范保护目的支配下,以形成犯罪类型。类型化立法的“中等抽象程度”正好将犯罪类型特征控制在相对具体的程度,既避免了过于抽象的类型特征,也避免了过于具体的类型特征。立法者能够以犯罪类型的类型特征和共同的规范保护目的为分类标准,将性质相同的行为合立为统一的犯罪类型,将性质不同的行为分立为不同的犯罪类型。犯罪行为通过类型化立法进行恰当的分类,合理地设置犯罪类型可以克服犯罪类型过于粗疏或细密的问题。

(四)“归类”意义对构成要件过于抽象或精细的克服

类型化立法具有“归类”意义。归类思维是一种普遍化的思维,依据对象事物与其他典型事物相似特征而将其归属于某一类别之下。^[28]类型化的过程不是对个性化差异逐步抛弃的过程,而是在一般特征之下,承认个性化差异与一般特征相结合的事实状态。在类型化立法中,被归类的犯罪行为既非完全相同,亦非完全迥异,而是都具备事物本质,契合立法意图,但是也同时具有个性化差异的行为。这种抽象化和一般化的过程并不是“非此即彼”的封闭式概念,而是“或多或少”的开放性的类型,是一种归类思维。类型化立法的任务就是将大量彼此不同且极度复杂的生活事实以明确的方式予以归类,将各种行为样态或关系按照事物本质和立法意图归入不同的犯罪类型,用明确易区分的要素加以描述,并确立各自的构成要件与赋予相适应的法律效果。

在立法过程中,立法者在设定构成要件内容时,放弃对事物本质和立法意图的描述,欠缺范畴性的概括规定,原本不应纳入的行为依据构成要件也可以归类为同一犯罪类型,属于构成要件过于抽象,可以将其称之为“抽象化立法”。立法者在设定构成要件内容时,简单复刻典型行为的具体形态,忽略了那些具有普遍性的因素,限制了对类似行为的涵盖范围,本应纳入的不典型行为依据构成要件无法归类进该犯罪类型,属于构成要件过于精细,可以将其称之为“精细化立法”。

事物本质是指向类型的,从事物本质产生的思维是类型思维。^[29]事物本质是事物内在不变的、可以成为其辨认特征的固有属性,只能以事物本质上的一致性决定类型化立法对具体行为的归类。^[30]类型化立法从生活事实中,通过对类似行为抽象提炼出一致性的事物本质,并融入立法意图组成构成要件。其针对的是抽象化立法所带来的罪名口袋化倾向的问题,精细化立法所带来的适应性不足的问题,从而对刑法立法进行类型化改造。犯罪类型的事物本质和立法意图,已经通过构成要件被描述出来。刑法适用就是进行归类式的比较,^[31]将待比较的行为与已确定的构成要件内容相比较,判断具体行为是否符合构成要件内容,从而判断该行为是否属于这一犯罪类型,对不符合的行为予以排除出该犯罪类型之外。犯罪行为可以根据事物本质和立法意图设定的构成要件内容进行适当的归类,证明合理设定构成要件内容是可以克服构成要件过于抽象或精细的问题。

三、类型化立法合理应用的第一层次:合理设置犯罪类型

犯罪类型不是立法者凭空捏造的,而是基于知识和社会经验形成的“理想类型”。立法者从大量案件事实群提取出能够决定犯罪本质的共性特征,基于刑事政策的考量,兼顾形式正义和实质正义,

修正已形成的理想类型,使规范性因素和经验性因素共同影响形成类型化程度合理的犯罪类型。^[32]犯罪类型是立法者基于理想类型的基础而发明的刑法的构造类型。

(一) 犯罪类型合理设置的标准

判断犯罪类型设置是否合理应依据两个标准:第一,需要能提炼出相对具体的类型特征,粗疏的犯罪类型只能提炼出抽象的类型特征,细密的犯罪类型提炼出的类型特征过于具体;第二,要求具有共同的规范保护目的,粗疏的犯罪类型下的行为规范保护目的不统一,细密的犯罪类型会出现两个或更多的犯罪类型具有共同的规范保护目的。

1. 相对具体的类型特征

设置合理的犯罪类型提炼出的类型特征既不能过于具体,也不能过于抽象,而应该是相对具体的。立法者通过对归入同一犯罪类型下的各种具体事物进行归纳总结、抽象提炼,得出可以反映该类事物的本质特征,并将其通过概括性的、一般性的刑法语言描述出来,形成类型化立法。“事物的形象总是建立在重要特征的集合之上的”。^[33]刑法规范由语言描述和表达,需要立法者具有一定的抽象能力。刑法规范只描述事物的外在特征,将具有相同的类型特征但外在特征存在差异的事物进行拆分,使其不能涵盖于同一犯罪类型之中,这就形成了细密的犯罪类型。犯罪类型设置必须对本质特征进行抽象提炼,不能仅停留在对外在特征的描述上。如果只是根据具体事物容易被观察到的外在特征而不是事物的本质特征设置犯罪类型,那么原本可以归入同一犯罪类型的事物被割裂开来,分解为若干不同的犯罪类型,这样犯罪类型设置就过于细密。细密的犯罪类型必然建立在本质特征不完备的逻辑前提下,需要将外在特征归纳在一起,并抽象提炼出本质特征,将具有共同本质特征的犯罪类型整合在一起。相较于直接描述外在特征的细密的犯罪类型,描述本质特征的犯罪类型明显更具有伸缩性和包容性,可以严密刑事法网。

粗疏的犯罪类型描述的类型特征则非常抽象,缺乏必要形式限定,使其具有开放性,涵盖范围宽广。比如在以危险方法危害公共安全罪的规定中,并未明确描述该犯罪类型的具体特征,只规定了“其他危险方法”这一高度抽象的特征,并未对行为的形式特征进行正面描述,自然无法提炼出相对具体的类型特征,对该罪的认定主要还是依靠“危害公共安全”这一本质特征,导致该罪缺乏具体的形式特征,只能对其进行实质判断而缺乏形式上的限定,缺乏相对具体的类型特征使得很多危害公共安全行为可以通过扩张解释进入该罪,形成了一个危害公共安全兜底性的口袋罪。^[34]反之,如果犯罪类型具有相对具体的类型特征,就可以通过类型特征界定犯罪,该罪的规定就具有明确性了,一般不会和其他犯罪混淆。抽象的类型特征使犯罪行为具有开放性,犯罪边界变得模糊,自然就不明确了。因此,要想设置出类型化程度合适的犯罪类型,必须确保能够抽象提炼出相对具体的类型特征。

2. 共同的规范保护目的

同一犯罪类型下的生活事实千差万别,立法者将特定的生活事实归入同一犯罪类型纳入刑法规制,立法者之所以谴责此类生活事实,必定侵害了某一特定的法益,而将其归入同一犯罪类型,必定具有共同的规范保护目的。依据共同的规范保护目的构建犯罪类型,也符合刑法明确性原则的基本要求,规范保护目的可以限制刑法解释的肆意扩张。刑法集隐性的规范保护目的与显性的规范语言描述于一体,刑法是规范保护目的与规范语言表达有机的统一,规范保护目的属于隐性规定划定定义的射程,规范语言表达是显性规定决定文本的含义,规范保护目的是规范语言表达的内核,规范语言表达是规范保护目的的外观。^[35]粗疏的犯罪类型主要是规范保护目的不明确,因为涵盖了过多的行为,这些行为的规范保护目的不统一,这样一来规范保护目的就不能明确地用规范语言表达出来,从而造

成了不明确。规范保护目的的不统一导致了导向性的缺乏,不能从规范保护目的中寻求本罪存在的社会意义和司法逻辑起点,也无法为划分犯罪边界提供分析的基础。规范保护目的的不统一往往存在意思缺失或偏离,会导致对行为违法性形式评价的不足,以及对社会危害性实质评价的忽视,无法运用统一的规范保护目的对犯罪行为进行有效涵摄,容易形成具有开放性不明确的口袋罪。^[36]

规范保护目的的统一性是立法者必然的价值追求,如果同一犯罪类型下的行为侵犯的是不同法益,那么该犯罪类型的内在协调性就会失去规范保护目的的指引,构成要件和刑法解释就会失去界限和标准。应遵循规范保护目的将粗疏的犯罪类型分解开来,确保每一个犯罪类型都有同一的规范保护目的。同一的规范保护目的下具体细分多个犯罪类型的情况同样会造成不明确,因为同一的规范保护目的造成犯罪类型构成要件的高度相似,区分此罪还是彼罪会造成一定的不明确,而且还有可能因为犯罪类型之间的不衔接,遗漏原本应纳入刑法规制的行为。分析和归纳细密犯罪类型的规范保护目的,将规范保护目的一致的犯罪类型合并在一起。

(二)粗疏及细密犯罪类型的调整方法

1.粗疏犯罪类型的调整方法——分解犯罪类型

通过相对具体的类型特征和共同的规范保护目的两个标准,基本可以判断犯罪类型设置的合理程度。如果发现犯罪类型设置得过于粗疏就要考虑将其进行分解,直至达到合理的状态。比如,历史上的流氓罪是典型的粗疏犯罪类型,是个包容性极大的口袋罪,对这种犯罪类型的调整方案就是分解犯罪类型,将流氓罪所归属的行为的规律性进行总结,从中分解出具有典型代表意义的行为独立规范化,设置成新的罪名。^[37]1997年刑法将流氓罪分解为聚众斗殴罪(第292条),寻衅滋事罪(第293条),聚众淫乱罪和引诱未成年人参加聚众淫乱罪(第301条),强制猥亵、侮辱妇女罪以及猥亵儿童罪(第237条),等等,使流氓罪的明确程度得到极大的提高。虽然流氓罪这种粗疏犯罪类型的弊端又转移给了寻衅滋事罪,由一个大口袋罪转变成了一个小口袋罪,但是寻衅滋事罪较流氓罪在明确性上有很大的进步。至于寻衅滋事罪依旧存在过于粗疏的问题,还可以通过对其犯罪类型的进一步分解提升明确性。

又如以危险方法危害公共安全罪设置得过于粗疏,已得到了立法者的关注和回应,在《刑法修正案(十一)》中将妨害公共交通工具安全驾驶行为从中分解出来独立成新的犯罪类型,虽然并未完全解决以危险方法危害公共安全罪的犯罪类型过于粗疏的问题,但是正在朝着正确的方向努力。在妨害公共交通工具安全驾驶行为未分解出来独立成罪以前,司法实践按照以危险方法危害公共安全罪处罚该行为,有“重刑化”的倾向,主要原因在于缺乏与之相对应的轻罪立法,以及并未对该行为“危害公共安全”进行严格的实质判断。原本由以危险方法危害公共安全罪“重刑化”处理和“形式化”认定的妨害公共交通工具安全驾驶行为,通过分解出来独立成罪实现了准确认定和妥当处罚。^[38]妨害公共交通工具安全驾驶行为属于新出现的犯罪现象,这一行为亟待刑法介入。刑法没有具体对应的立法,处理的方式只能是不对“危害公共安全”进行实质判断,通过扩张解释将其纳入以危险方法危害公共安全罪的规制范围,这种情况的增多,会导致该罪所要规制的范围越来越大,形成口袋罪,造成刑法的不明确,而问题的本质就是原本的犯罪类型因为各种新的犯罪行为的加入变得越来越粗疏。妨害公共交通工具安全驾驶行为对公共安全的影响程度及危险程度差别很大,如果只是造成抽象的危险,而以危险方法危害公共安全罪是具体危险犯,直接定该罪是不合理的。因此当社会上出现引起公众普遍关注的恶性轰动事件,应将其设置为新的犯罪类型来预防此类事件,^[39]而不是将新出现的犯罪行为强行解释进口袋罪之中。

2. 细密犯罪类型的调整方法——合并犯罪类型

如果发现犯罪类型设置的过于细密,可以将具有共同的规范保护目的的两个或更多的犯罪类型合并成一个犯罪类型。比如,我国刑法分则第二章中规定的重大飞行责任事故罪,铁路运营安全事故罪,重大责任事故罪,重大劳动安全事故罪,大型群众性活动重大安全事故罪,危险物品肇事罪,教育设施重大安全事故罪,消防责任事故罪,不报、缓报安全事故罪,抽象这些罪名的犯罪本质会发现存在共性:行为人都是具有某种职业或业务要求的特殊主体,负有管理或监督职责,但由于管理过失或监督过失,违反职务上或业务上的注意义务,导致他人伤亡,侵害他人的生命和身体健康的行为,造成严重后果或重大伤亡事故,而且这些罪名刑罚档次和刑罚幅度都相同。日本刑法将业务上负有注意义务的行为主体由于过失未尽到注意义务而致人伤亡的行为,统一类型化为业务上过失致人死伤罪,并没有根据具体的业务类型而区分成不同的犯罪类型。我们可以借鉴日本刑法,将上述罪名合并为一个业务上过失致人死伤罪,就可以涵盖上述所有犯罪行为,规避由于犯罪类型设置过于细密导致的此罪与彼罪认定困难。^[40]

又如,《刑法修正案(六)》增设的背信损害上市公司利益罪和背信运用受托财产罪,立法者权衡增设这两个罪名完全属于应急型立法,处于被动应付的状态,没有仔细考量其适应性,导致犯罪类型设置过于细密,类型化程度不足。旧中国刑法和德日刑法中都有规定背信罪,即为他人或单位处理事物的人,意图为自己或者第三人谋利,或以加害他人或单位为目的,违背其任务,造成他人或单位的财产损失的行为。^[41]我国刑法完全可以借鉴这一犯罪类型的设置,同时它还能有效涵括为亲友非法牟利罪,国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪,徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,对违法票据承兑、付款、保证罪,串通投标罪。^[42]这样的犯罪类型设置既不会放纵犯罪,又可以确保刑法的适应性和安定性,避免因犯罪类型设置过于细密而导致此罪与彼罪之间的界限模糊所产生的不明确。

四、类型化立法合理应用的第二层次:合理设定构成要件内容

类型是通过对具有普遍性、代表性的经验事实抽象概括出构成要件而建构起来的,当新出现的非典型事项需要考察其是否属于该类型,才需要通过总结犯罪类型的构成要件划定界限。构成要件是界定犯罪类型的内涵与外延,显示犯罪轮廓的。犯罪类型中值得作为犯罪给予刑罚处罚的具有法益侵害与威胁的行为,以构成要件的形式在刑法规范中固定下来。^[43]构成要件是衔接具体案件事实与犯罪类型的中间形态,可以满足公众了解犯罪类型的需要,法律人也是通过在案件事实与构成要件之间进行比对来确定犯罪类型的。

罪刑法定原则的基本要求就是明确性,即要求刑法尤其是刑法分则条文对具体个罪的构成要件描述达到一定的明确程度,避免使用模糊的语言以限制司法恣意的空间。^[44]构成要件明确才能正常发挥刑法预先告知和指引行为的功能,并限制法官的恣意解释。刑罚越严苛,立法者对构成要件明确程度的要求就越高,明确程度过高会造成刑法的僵化,适应性不足,无法应对不断变化的社会生活。因此刑法的明确应当有其限度,构成要件应抽象概括事物本质和立法意图,既不苛求构成要件的繁瑛具体,也不偏执于简单抽象,避免使用模糊的语词,这样可以确保构成要件既不会过于抽象又不会过于精细,形成相对来说既具有明确性又具有模糊性的开放性构成要件,^[45]使刑法的明确性和适应性达到平衡的状态。

(一) 抽象概括事物本质和立法意图

构成要件必须抽象概括犯罪类型的事物本质和立法意图。不同的行为能归入同一犯罪类型是因

为都具有事物本质和立法意图上的一致性。构成要件的内容设定应由事物本质与立法意图共同决定的。每种犯罪类型的内核是通过对经验事实的抽象概括,是其区别于其他类型犯罪行为及合法行为的实质标准,构成要件描述必须将其抽象概括出来。抽象概括犯罪类型的事物本质和立法意图,并通过构成要件固定的刑法规范既具有明确性,也具有开放性和适应性。犯罪类型对生活事实呈开放态度,只要新出现的非典型事项符合犯罪类型的构成要件,就将其纳入特定类型之中。^[46]

1. 以反映事物本质为中心设定构成要件

一般性与概括性是类型化立法的出发点。相应的具体案例必然是已经存在了,立法者才会将对应的行为纳入刑法规制。刑事立法不能只是详细地将具体案件中的个别事物、个别现象描述到构成要件中,而是需要对复杂多样的犯罪事实进行整理、归纳,分析其是否侵犯相同法益,并抽象提炼出这些事物共同的本质的特征,并将其设定在构成要件之中。事物本质是内在不变的,成为其辨认特征的固有属性,是该类事物会重复出现、普遍存在的特有内容,并不是个别或偶尔出现的情况。刑法对犯罪行为的规定以构成要件的形式呈现,构成要件正是通过反映某一犯罪类型的本质特征实现其定型化机能。刑法规范的一般性决定了立法者应对该犯罪类型所有行为的本质特征进行提炼,抽象出具有一般性的本质特征,并用恰当的语言和立法技术在构成要件中将行为本质特征定型化。^[47]每一种犯罪类型都有其构成要素,构成要素是从犯罪类型中提取出来的,并决定着犯罪类型的特征。^[48]构成要件的意义并不是简单地对犯罪类型中的具体事实作总结和归纳,而是提取具体事实中具有法律意义的构成要素,并选择那些能反映事物本质的共性要素。构成要件是犯罪类型的逻辑先导及方向指示,^[49]是具体事实与刑法规范之间的连接点,是具体事实上升为刑法规范、形式差异性走向本质一致性的过程。

为了对具体生活事实进行法律评价,必须在以抽象方式规定的构成要件中反映出事物本质,才能使规范事实与现实联系起来。只有提炼出事物本质并规范化描述出来形成的构成要件,才能涵盖各种形态各异但本质特征相同的犯罪事实,架起事实与规范互通的桥梁。当构成要件描述类型时会出现不同等级的要素,本质要素是犯罪类型中所有行为都必须具备的要素,也是归入该类型的必要条件,其他要素都属于非必要条件。不同等级的要素与非必要性的要素的存在决定了构成要件处于开放的状态,而开放的构成要件决定了判断是否应归入同一犯罪类型,还要回溯到意义核心,回溯到事物本质,回溯到犯罪类型背后的立法意图。外部特征完全相同并不一定能归入同一类型,本质要素相同才可以归入同一犯罪类型,形式相同实质相异的事物不能归入同一犯罪类型。以反映事物本质为中心的构成要件具有类型指向性,对其准确把握才能形成类型化的具体标准。构成要件是具体事实类型化后的本质特征,每一个构成要件都描述一个犯罪类型。^[50]立法者对类似行为进行归纳、总结,提炼出具有共性的事物本质作为构成要件,这是刑法规范与具体事实之间建立类型化联系的过程,在这个过程中用类型思维指导刑事立法,就是类型化立法,设定反映事物本质的构成要件是类型化立法的关键环节。类型思维要求构成要件从事物本质出发描述构成要件,其形式边界的外延具有弹性,是可以依据立法意图、价值判断进行调整的。类型思维指导下设定的构成要件是对事物本质的规范表述,只把握本质要素舍弃掉形式要素使其保持开放性,使其可以应对复杂多变的生活事实,保持刑法的安定性。

2. 以实现立法意图为核心设定构成要件

立法者提炼各种犯罪类型的独特个性设定构成要件,会融入立法意图。描述构成要件时,总是维持其与立法意图间的联系,所有被考量要纳入构成要件的特征都是取向于立法意图。所有构成要件

都是要求公众实施一定的行为或禁止实施一定的行为,构成要件在描述犯罪类型时体现立法意图,即立法者对行为的价值判断和价值追求。立法者通过构成要件描述这些行为并惩罚它们,就代表了具有谴责这些行为的立法意图。^[51]同时也规定了相应的刑罚后果,从而使立法者的立法意图得以实现。

刑事立法应以实现立法意图为核心描述构成要件,构成要件符合立法意图更有利于刑法明确性的实现。有限的构成要件描述和无限的事态之间,不可能是一一对应的关系。语言的模糊性无法消除,模糊性使语言具有伸缩性与融通性,虽然语言不可避免地存在模糊之处,但可以结合语言环境并借助一起组合使用的其他语言来明确其涵义。可根据立法意图的需要赋予构成要件以必要程度的明确性,使其可以有效适用。构成要件的明确程度随着立法意图的不同而变化,我们通常应当选择最能实现立法意图的详略程度,构成要件过于详细或过于简洁,都可能影响立法意图的实现。为了更好地实现立法意图,构成要件的设定不仅应注重详略程度,还需要注重语言具体表述。

通过对立法意图的把握可以限制法官的权力,从“同案同判”到“类案同判”要求我们相同种类的案件相同判决,不同种类的案件不同判决,相同和不同的界限不可能通过立法直接划清,立法意图恰恰可以提供一个视角进行划分。只要能从构成要件中清楚推断出立法意图,法官就可以根据立法意图,了解立法所欲真正制裁的行为是什么,设定这一构成要件所要实现的法律效果,即立法意图为相同与不同的界限提供了划分视角。立法意图提供视角的同时也限制了刑法解释的任意扩张,充分保障了刑法的明确性。因此,对构成要件类型的描述,需要以实现立法意图为目的。

(二)内容设定要详略得当

刑法的一般性决定了刑法规范应从复杂多样的犯罪现象中抽象出一般共性,舍弃掉不代表事物本质的特殊的形式特征。刑法的一般性代表其构成要件都是针对一般人、一般行为设定的,而不是针对特定的人以及特殊行为设定的。构成要件的普适性才能保障刑法规范的可适用性,进而很好地发挥其指引功能。如果将并非反映事物本质特征的要素设定到构成要件之中,就会限缩该犯罪类型的适用范围,会导致本应纳入其中的行为无法为刑法所规制。类型化立法要求构成要件的设置必须舍弃与事物本质特征无关的形式特征,从经验性材料中有所侧重地选择出最核心的最能代表本质特征的要素,从具体现象的多样性和复杂性中提炼出具有一定抽象程度的事物本质。

刑法的发展过程是技术因素与权力因素相互结合、相互促进的动态过程。^[52]构成要件的描述不能过于详细、具体,也不能过于简洁、抽象,前者缺乏适应性和弹性,难以应对社会急剧的变迁,造成刑法规范供应性不足,后者过于模糊造成司法擅断,严重冲击刑法明确性原则,应寻求两者之间的平衡,在适应性和明确性中找到一个详略得当的平衡点,在保障刑法适应性的基础上达到最大程度的明确性。刑法明确性的核心是让公众能预测自己的行动范围,需要借助构成要件来理解犯罪类型所涵盖的范围,因此要求构成要件的设定必须尽可能明确表述各要素,明确表述不等于详细表述,针对不同的犯罪类型,构成要件设定的详略程度要求并不一致。构成要件是采用简洁模式还是详细模式取决于公众对该犯罪类型认识程度及形成共识的具体情况,并总结出一般规律,自然犯的构成要件应设定得相对简洁,法定犯的构成要件应设定得相对详细。

1. 自然犯采用简洁模式

法律最终依靠的是经验,而不是逻辑,构成要件是对具体事物的归纳与提炼,公众借助社会的一般观念去理解构成要件的涵义,构成要件与一般社会观念差异太大会使公众丧失预见可能性,不利于发挥刑法的指引作用。简洁模式往往适用于众所周知的犯罪类型的构成要件,其内容相对简练、概括,很难从构成要件内容获取较多信息,一般社会观念可以作为理解该类构成要件的基础标准,对该

类构成要件需要借助一般社会观念进行理解。

自然犯规制方式不只刑法一种,还有其他规制方式,如宗教规范、伦理道德及自身的内心确认,这些不同的规制路径在行为指引方向和刑法是重合或一致的。公众对自然犯的认识渠道不只刑法一个,可能同时来自社会的其他多种规范都会指引公众不实施这些犯罪行为。公众对犯罪的认识程度与历史经验密切相关,自然犯是违反社会伦理的犯罪,因为社会伦理相对稳定未发生大的变化,经过漫长的历史积累了丰富的经验,其中已对绝大部分的传统行为进行了价值评价,只有个别随着科技进步和社会发展出现的新型行为需要对其价值评价并判断是否应入罪。自然犯的行为方式和行为样态众所周知,公众可以通过简单罪状对其达成共识,不需要专门描述其特征。这些自然犯只能是那些犯罪类型形成历史较长的、伦理谴责性较强的传统类型的犯罪。^[53]

自然犯一直存在于数千年的刑法史中,刑法只是通过书面的形式规范确认其违法性,其规制方式不只有刑法还有其他社会规范。公众对这些传统类型的自然犯的认识渠道更广、认识程度更深,公众已经清楚认识到这些罪名中的典型犯罪行为。传统的自然犯存续时间长及公众认识程度深,在公众内心已形成共识。对于公众已十分熟悉的传统自然犯,构成要件无需对本质特征作详细描述,只需要对犯罪类型作确认式的规定,简洁的构成要件即可发挥行为指引的作用,公众也能有效预测自己的行动范围并保持克制的状态,无需细密、具体地描述构成要件就已达到了刑法明确性的要求。由于简洁模式简练性的优点,各主要国家的刑事立法不放弃简洁模式的使用,但为了达到明确性的要求,又注意控制简洁模式的使用。各国刑法典对自然犯的描述都比较简洁,显示出极佳的安定性与稳定性。

自然犯采用简洁模式有利于涵盖新的犯罪现象,新出现的犯罪现象并不需要设置新的犯罪类型,简洁模式对新的犯罪现象涵盖力更强。如果规定得过于详细反而容易形成法律漏洞,需要反复修改影响刑法的安定性。自然犯的构成要件应避免过于详尽的描述,明确并不等于具体,具体也不等于正义。刑法明确性并不仅指文义应具体详尽,立法者还应根据生活事实的复杂性及个案适用的妥当性,适当运用不确定法律概念或概括条款进行规定。构成要件采用合理的抽象程度描述,使其有一个明确的核心地带和具有弹性的边缘地带,这样即使出现了新的犯罪现象,经过解释就可以将其涵摄在构成要件之中了。抽象性、一般性的描述在构成要件中比比皆是,因为犯罪现象随时以不同的形状和不同的面貌呈现,如果没有伸缩性的概念,就没有刑法解释的空间,无法实现正义。法律的形成不能缺少抽象性、一般性及概括性,否则法律就不能实现类案同判,不能同等地对待同类行为,也不能实现正义了。如果在法律发现的过程中不能保证引入社会生活中不断变化的事物的独有性及特殊性,法律对任何事项都作出详细的规定,那么法律演绎出来的正义将是机械化的正义,而不是人性化的正义。^[54]自然犯的构成要件可以非常简洁地描述犯罪行为的性质,并不限定其行为方式、方法、手段等。自然犯这种简洁模式的构成要件能保证刑法的安定性和稳定性,同时也符合刑法明确性的要求。

2. 法定犯采用详细模式

法定犯较少受到社会伦理道德及公众自身内心信念确信的规制,仅违反了刑法规范作为犯罪处罚才受到非难。^[55]法定犯在19世纪中叶大量出现,诞生较晚,公众难以通过其他渠道预测自身行为,对相关行为的性质尚未形成共识。法定犯主要与经济活动和社会管理密切相关,能够被政府填入任何东西,具有较强的时代特征,随着时代的变迁不断变化,可能公众尚未形成共识就已经发生了变化了。

部分法定犯的构成要件存在过于抽象或过于具体的问题。法定犯其行为类型和行为方式往往具有行业性和专业性,只能使用科学语言和专业语言达成共识,公众必须借助专业知识和专业查询获取行为指引的可能性。^[56]为了达到相同的行为指引的效果,法定犯的构成要件应设定得相对自然犯更

详细一些。法定犯的形成历史较短、伦理谴责性较弱、构成要件易变等特殊性的存在,决定了其不易为公众所理解,难以形成共识,因此应杜绝使用简单罪状。^[57]但是在我国刑法分则中,还是有一些法定犯采用了简单罪状,这些犯罪使用简洁模式既不利于国家根本制度的保护,也不利于人权的保护。^[58]法定犯如果想要达到与自然犯同等的行为指引效果,需要对其行为主体、行为对象、行为方法与手段等构成要件要素作较自然犯更详细的描述。但是法定犯的构成要件也不能过于具体,会造成适应性不足,影响法的安定性。对于法定犯的构成要件,相对于具体描述来讲,抽象描述会带来更大的危害,导致公众无法获取行为指引的可能性。法定犯应尽可能避免由于应急型立法带来前瞻性、适应性不足的过于具体的立法,更应该避免缺乏构成要件特征高度抽象的立法。

法定犯的性质决定必须采用详细模式立法,详细模式主要有两种方法:列举法和例示法。列举法是构成要件对犯罪行为的方式、方法、手段作详细的描述,并且没有设置任何避免遗漏的兜底条款,这种立法方式非常详细,但由于太过于具体化,又不允许法官超出列举的情形进行扩张适用,导致过于机械僵硬,适应性不足,缺乏弹性与张力,容易与生活脱节,频繁修改刑法。简洁模式的概括规定和详细模式的列举法两者割裂了普遍性和特殊性之间的关系,仅仅偏重于其中之一。而例示法是以上两种方式的中间道路,例示法是构成要件既通过概括性条款对犯罪类型的构成要件进行一般地、相对抽象地描述,又对犯罪行为的方式、方法、手段作详细的列举性条款,只是这种列举只描述该犯罪类型的典型常发行为,并用兜底条款囊括其他非典型行为,防止列举描述中出现遗漏。例示法中的概括性规定描述了事物本质和立法意图,具有开放性,并未设置明确的范围边界,其范围取决于事物本质。^[59]而列举性条款具象了概括性规定,通过同类解释界定构成要件的边界,为法官适用指明了方向,便于公众理解和预见风险,同时也预留了弹性空间,平衡地保障了刑法的明确性和适应性。

法定犯宜采用例示法描述构成要件,例示法是概括性条款和列举性条款相结合的方式,以概括性条款来清晰显示事物本质与立法意图,并以列举性条款进一步作为具体化的参照标准,能最大程度消减构成要件不明确之处。立法者应处理好事物之间的一致性与差异性的关系,概括性条款对事物本质和立法意图作概括性描述,根据事物本质特征应作一致性的描述,而列举性条款根据行为外在形式不同作差异性的描述,这样才能将外在形式不同但具有相同类型特征的事物归入同一犯罪类型。概括性规定既是对抽象概念和原则的具体化,又是对具体生活事实和个案进行的归纳提炼,形成可反复适用的、稳定的并具有一定弹性的操作性规则,增加刑法的安定性。列举性条款例示性地指明犯罪类型中蕴含的典型行为、通常事项,需要对相关的典型行为或通常事项进行强相似且充分的列举,才能保证列举式的规定与将来可能出现的行为之间形成充足的比较点。^[60]列举性条款具有示范作用、类推论证作用、反证作用与判决导向作用,同类事物之间应当具有一定的可比较性,才能在同类解释约束下谨防司法擅断。概括性条款具有开放性,列举性条款用于比较当下的行为和列举的行为是否存在同质性,再加上兜底条款允许法官在犯罪类型的边界内对非典型情形、非通常事项比照典型情形和通常事项进行推论和法律发现,为开放的概括性条款划定了一个明确且富有弹性的边界,形成了法定犯内涵清晰、边界明确、适应性强的构成要件。例示法因为存在兜底条款的规定更能适应不断变化的社会生活,这里的其他方法应是举例行为的同类行为。法官适用兜底条款,必须将现实案例与例示行为相比较,判断出现实案例是例示行为的类似行为才能适用。因此,兜底条款的立法和解释并不是恣意的,必须受约束,符合明确性要求。立法者描述列举的事项必须充分、详尽,列举的事项之间应具有较强的类似性,形成充足的比较点,法官对兜底条款的适用必须遵循同类解释原则。

法定犯的构成要件不能放弃对犯罪类型特征进行概括性描述,概括性规定是从复杂多变的生活

事实中抽象出适用该犯罪类型所有案件的准则,以规范保护目的为指引对犯罪类型进行构建,不能因为其具有流变性而将其弃之不用。如果不进行类型特征的描述只给该犯罪类型一个罪名,这种方式使构成要件的适用获得较大的弹性,但用于法定犯极易违背明确性原则。同样,法定犯的构成要件也不可能详细地描述犯罪类型,这样会造成僵化,与实际生活脱节,只能在二者中间寻求一个合适的方式,将兜底条款和列举法进行有机结合,例示性地描述犯罪类型。这样才能保障刑法的明确性,又能应对新出现的犯罪现象,可以通过刑法解释将与列举行为类似的行为作出同样的处理,而要求只有类似行为才可以经过刑法解释纳入兜底条款,以限制法官的恣意。

自然犯与法定犯之间的界限是不断变化的,一些法定犯随着经济发展和社会转型而不具有社会危害性被废除了,还有一些随着时间的推移被自然犯化。当公众对法定犯认识和了解的途径越来越多,已形成普遍共识,自然犯和法定犯构成要件的模式也可以随之改变,关键是刑法的可预见性能实现即可。

五、结 论

刑法是所有部门法中最强调明确性的,但刑法还是存在四种不明确类型:犯罪类型过于粗疏、犯罪类型过于细密、构成要件过于抽象、构成要件过于精细,并进一步分析每种不明确类型所导致的问题。类型化立法的合理应用可以克服这四种不明确类型,类型化立法是介于抽象概念、原则与具体个案、事实之间的“中等抽象程度”,是既能兼顾客观的具体事实,又具有一定的抽象概括能力的立法模式,能在保证刑法适应性的基础上克服刑法的不明确。类型化立法合理应用的第一层次是合理设置犯罪类型,合理把握类型化的程度,避免犯罪类型设置得过于粗疏或细密,合理设置犯罪类型的标准是必须具有相对具体的类型特征和共同的法益保护目的,根据该标准进行判断,对犯罪类型过于粗疏应进行分解,对犯罪类型过于细密应进行合并;类型化立法合理应用的第二层次是合理设定构成要件内容,形成犯罪轮廓和框架,构成要件要能抽象概括事物本质和立法意图,以反映事物本质为中心设定构成要件,以实现立法意图为核心设定构成要件,在能满足公众的可预见性和达成共识的基础上,构成要件的内容设定详略得当,自然犯应采用简洁模式,法定犯应采用详细模式。

注释:

- [1]张明楷:《增设新罪的原则——对〈刑法修正案十一(草案)〉的修改意见》,《政法论丛》2020年第6期。
- [2]李冠煜:《论侵犯商业秘密罪的罪量要素:以明确性原则为根据的审查》,《政法论坛》2023年第3期。
- [3]林立:《法学方法论与德沃金》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第46-47页。
- [4]张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京:北京大学出版社,2009年,第50页。
- [5]姜涛:《刑法的明确性与口袋罪之限缩适用——兼论“明确优于不明确”公式的运用》,《政治与法律》2023年第4期。
- [6][德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,北京:中国法制出版社,2017年,第188-189页。
- [7][8]陈兴良:《罪刑法定主义》,北京:中国法制出版社,2010年,第147、144页。
- [9][美]D·布迪、C·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,南京:江苏人民出版社,2010年,第27页。
- [10][32]赵春玉:《罪刑法定的路径选择与方法保障——以刑法中的类型思维为中心》,《现代法学》2014年第3期。
- [11]张建军:《论规范的构成要件要素的明确性》,《当代法学》2012年第5期。
- [12][德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2004年,第134-135页。
- [13]张建军:《论空白罪状的明确性》,《法学》2012年第5期。
- [14]陈明、赵宁:《简单罪状的司法认定和解释规则研究——以盗窃罪的司法认定为例》,《政治与法律》2013年第4期。
- [15][法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,1982年,第50页。

- [16][英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2006年,第119页。
- [17]张明楷:《刑法格言的展开》,北京:法律出版社,1999年,第39页。
- [18][美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第239页。
- [19][40][41][43]张明楷:《刑事立法的发展方向》,《中国法学》2006年第4期。
- [20][54][德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,北京:法律出版社,2011年,第148、184页。
- [21]姜涛:《当代刑事立法应当遵循明确性原则》,《国家检察官学院学报》2018年第2期。
- [22]陈坤:《“开放结构”与法律的客观性》,《法制与社会发展》2016年第1期。
- [23][42]赵春玉:《刑事立法的类型化逻辑与路径》,《甘肃政法学院学报》2014年第5期。
- [24][28]蔡荣:《以类型思维检视刑法罪名设立的失调及修正》,《北方法学》2022年第3期。
- [25]徐立:《杀人行为类型化探析》,《环球法律评论》2011年第6期。
- [26]王志远:《论我国刑法各罪设定上的“过度类型化”》,《法学评论》2018年第2期。
- [27][29][德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北:学林文化事业有限公司,1999年,第117、107页。
- [30]陈伟、蔡荣:《刑法立法的类型化表述及其提倡》,《法制与社会发展》2018年第2期。
- [31]杜宇:《刑法解释的另一种路径:以“合类型性”为中心》,《中国法学》2010年第5期。
- [33]杜宇:《刑法规范的形成机理——以类型建构为视角》,《法商研究》2010年第1期。
- [34]陈兴良:《口袋罪的法教义学分析:以危险方法危害公共安全罪为例》,《政治与法律》2013年第3期。
- [35]姜涛:《规范保护目的:学理诠释与解释实践》,《法学评论》2015年第5期。
- [36]童德华:《寻衅滋事罪的建构理性与司法经验》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2021年第7期。
- [37]曲新久主编:《共和国六十年法学论争实录·刑法卷》,厦门:厦门大学出版社,2010年,第348页。
- [38]詹奇玮、赵秉志:《妨害安全驾驶罪的规范考察与适用探析》,《贵州社会科学》2021年第10期。
- [39]William J. Stuntz, “The Pathological Politics of Criminal Law”, 100 *Michigan Law Review*, 2001, pp. 505, 507.
- [44]姜涛:《法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证》,《环球法律评论》2015年第2期。
- [45]刘艳红:《刑法类型化概念与法治原则之哲理——兼论开放的构成要件之存在根据》,《比较法研究》2003年第3期。
- [46]李军:《兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足》,《环球法律评论》2019年第4期。
- [47]梁根林:《刑事政策:立场与范畴》,北京:法律出版社,2005年,第252页。
- [48]陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开II》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第195页。
- [49][日]泷川幸辰:《犯罪论序说》,王泰译,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第5页。
- [50][德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,北京:中国人民公安大学出版社,2006年,第5页。
- [51]Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Walter de Gruyter & Co., 1970, S. 171.
- [52]钟再根、余向阳、童道才:《罪刑法定与刑事自由裁量权》,《河北法学》1998年第4期。
- [53][57][58]陈兴良主编:《刑法各论的一般理论》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第138、138、138-139页。
- [55][日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,北京:法律出版社,2001年,第81页。
- [56]高巍:《重构罪刑法定原则》,《中国社会科学》2020年第3期。
- [59]周少华:《刑法之适应性——刑事法治的实践逻辑》,北京:法律出版社,2012年,第131页。
- [60]杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005年第6期。

[责任编辑:邹秋淑]