

# 犯罪轻重是如何被定义的

白建军\*

---

**内容提要** 本文根据 50 国刑法典 13121 个独立罪刑关系的经验研究,发现各国刑法的严厉性程度以及价值取向与人口因素、民族异质性程度、人均资源占有量、城市化进程以及国民素质等多种非法律因素有关。各国在这些方面的差异使得立法者不得不以各自的方式与本土犯罪问题相处,并沉淀出各自行之有效的经验。当这些经验与人们共有的善恶良知以规范的形式融合到一起时,便形成了刑法中各种犯罪的轻重刻度。承认经验对刑事立法的影响,具有重要的理论意义和实践价值。

**关键词** 比较刑法 刑法严厉性 罪刑关系

---

一般认为,犯罪的轻重当然取决于犯罪本身,被判了重刑,自然因为犯了重罪。然而,何以见得重刑一定是因为重罪,而不是因为重刑所以才重罪呢?鲁迅先生说过:“我先前总以为人是有罪,所以枪毙或坐监的。现在才知道,其中的许多,是先因为被人认为‘可恶’,这才终于犯了罪”。<sup>①</sup>其实,作为一种自然行为,没有哪种犯罪一开始就自己带着刑罚而来。犯罪的轻重首先是由于法律的规定。没有这个被定义的过程,任何裸的犯罪行为本身都无所谓轻重。<sup>②</sup>但问题是,法律又是如何决定犯罪轻重的呢?或者说,法律根据什么对某种犯罪做出一定严厉程度的反应呢?如此提出问题已经意味着,除了犯罪本身以外,罪刑关系的制作过程和严厉程度很可能另有原因。其中,既可能有规范内的解释,也可能有规范外的原因;既可能与立法者的主观选择有关,还可能与立法者所处的客观社会背景条件有关;一个罪刑关系的确定,既可能是某个偶然因素的结果,也可能是某些客观规律发生作用的结果。正因为这些只是可能,所以才需要着手探索。结果,刑法也许会把自己一个鲜见的侧面展现出来。

## 一、样本与方法

进入正式的观察与分析之前,需要对本研究的样本和方法进行以下说明:

首先,本研究的样本是 50 个国家的刑法典。<sup>③</sup>这些国家的地理分布是,欧洲 21 国,亚洲 11 国,美洲 5 国,大洋洲 11 国,非洲 2 国。其中,除美国文本为《量刑指南》以外,其余 49 个国家的刑法文本均为现行刑法典。样本范围的确定,取决于至今是否已有公开出版的刑法典中译本。只要有正式译本的,全部收入数据库。其实,从各国政府网站也能收到其刑法典的英文版,但考虑到中英文混用可能导致法律用语的口径不一,从而降低法条之间的可比性,所以一律采用正式出版的中文译本作为研究对象。

---

\* 北京大学法学院教授、博士生导师。

本文系全国优秀博士论文奖资助项目“刑法与犯罪控制实验室”的阶段性成果。其中的数据采集整理得到陈浩、李晶、劳佳琦等同学的大力支持,在此一并致谢。

① 鲁迅:《鲁迅散文》,人民文学出版社 2005 年 5 月版,第 134 页。

② 有学者认为,犯罪不是静态的实体,而是社会互动的动态过程不断塑造和再塑造的产物。参见[英]韦恩·莫里森:《理论犯罪学:从现代到后现代》,刘仁文、吴宗宪、徐雨衡、周振杰译,法律出版社 2004 年 9 月版,第 298 页。

③ 这些国家是:阿尔巴尼亚、阿根廷、奥地利、澳大利亚、巴西、保加利亚、冰岛、波兰、朝鲜、丹麦、德国、俄罗斯、法国、菲律宾、斐济、芬兰、古巴、韩国、荷兰、吉尔伯特、加拿大、喀麦隆、库克、罗马尼亚、马耳他、马绍尔、美国、蒙古、尼日利亚、挪威、葡萄牙、日本、瑞典、瑞士、萨摩亚、所罗门、泰国、汤加、图瓦卢、土耳其、瓦努阿图、西班牙、希腊、新加坡、新西兰、匈牙利、意大利、印度、越南、中国。

其次,本研究的分析单位是由罪名、罪状、法定刑构成的独立罪刑关系。从上述50部刑法分则中,我们共提取出13121个这个意义上的罪刑关系,并将其进一步归纳为134个小类。例如,杀人犯罪的具体罪名有306个,非暴力性滥用的具体罪名有267个,见危不救犯罪的具体罪名有40个,债权债务犯罪的罪名有65个,等等。平均每部刑法有大约262个独立罪名,最多的为保加利亚刑法,有476个罪名,最少的是马绍尔刑法,只有63个罪名。应该说明,在许多国家,大量法定犯的罪名,如环境犯罪、违反银行法的犯罪等等,往往作为附属刑法规范规定在行政法及单行刑法中,而刑法典中出现的罪名主要是一些传统的自然犯罪,如杀人、抢劫、强奸、盗窃等等。而我国已经不存在附属刑法,全部罪名都规定在刑法典中。从这一点看,我国刑法与其它有些国家的刑法之间的可比性是有限的。但是,这并不意味着外国刑法中不存在任何法定犯,而且,即使存在附属刑法,刑法典毕竟是一国刑法规范最具代表性的标志性样本。只要在明确中外刑法的这一区别的同时,用统一的分析框架对各国刑法典进行结构性透视,其结果还是有一定意义的。

第三,每个罪名法条所包含的信息可以分为规范性信息和非规范性信息两类。前者包括特定罪名的犯罪类型学属性,如是否暴力犯罪以及法定刑;是否死罪,是否规定了终生监禁,有期徒刑的上下限等等。后者主要包含该条罪名所属国家的社会背景信息,主要包括:国家所处大洲、国土面积、人口总数、人口密度、所属气候带、性别比例、城乡人口比例、民族数量、最主要民族所占人口比例、人种、最主要宗教信徒所占人口比例、国家制度、政党制度、国家结构、是否经历封建君主集权时代、最高法院系统结构、国内生产总值GDP、人均国内生产总值、所属法系,等等。根据这些信息,我们便可以将一定的罪刑关系放到它所处的社会背景结构中进行考察,使刑法规范与社会环境之间的某些关系得以显现。甚至在一定程度上发现有些罪刑关系之间的解释。各国社会背景信息主要有两个数据来源:一是中国社会科学院《列国志》编委会在社会科学文献出版社2003年开始陆续出版的各国卷本,二是世界知识出版社编的《世界知识年鉴》历年卷本。需要说明的是,正如各国刑法典不可能是同一天颁布施行的一样,各国背景信息也无法精确凝固到某个时点。由刑法典的稳定性所决定,只要各国刑法及其背景信息来自于同时代,就可以大体上在精确度允许范围内进行比较观察。

最后,从方法论角度看,观察犯罪与刑罚之间的关系,应该有纵向和横向两个视角。纵向视角是历史的动态观察,帮助人们洞察刑法的总体演变趋势。横向视角是相对静态的时段内世界各国数据的比较分析,帮助人们发现各国刑法的异同。注意两个视角的区分,学术讨论才是有益的。例如,有学者敏锐地发现,几乎所有人口过亿的国家都没有废除死刑。<sup>④</sup>这显然是一种横向的比较分析,如果我们据此得出结论说,死刑的废除和减少并非人类文明进程的大趋势,就混淆了纵横两个视角。同理,尽管人类社会肉刑几乎绝迹,死刑逐渐减少已是不争事实,我们还是不能直接推论说,某国刑法仍有死刑或肉刑就是逆历史潮流而动。就纵向视角而言,已有许多极富说服力的研究,<sup>⑤</sup>而世界各国间较大规模横向的罪刑关系比较观察并不多见。为此,本文的切入点基本上确定为各国刑法的横向比较和法社会学考察,目的倒不限于完善立法、学习借鉴之类,<sup>⑥</sup>而是把刑法典作为一种法律文化的样本,试图发现各国社会环境对刑法的影响。<sup>⑦</sup>作为正义的化身,如果刑法还与外部社会因素有关,至少我们心目中的正义将变得不那么抽象,也不那么绝对。当然,具体正义并不一定意味着某种贬义,而意味着借助刑法文本表达自己时,正义还可能获得某种新的内涵。

④ 参见于志刚:《死刑存废的国际现状与中国思路》,载《Social Sciences in China》Vol. XXX, No. 2, May 2009, 178 - 190。

⑤ 参见罗翔:《中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变》,中国法制出版社2006年8月版,第17-19页;何勤华、夏菲:《西方刑法史》,北京大学出版社2006年12月版,第28-29页。

⑥ 有学者发现,比较法研究的目的通常是提高对外国法律制度的认知、服务于法律改革和立法、为弥补自身制度缺陷寻找工具、服务于跨法域司法实践、促进世界范围内法律的统一与和谐。而这些目标要么太一般化、没有针对性,要么就是带有极度的实用色彩。参见[意]D·奈尔肯编:《比较法律文化论》,高鸿钧、沈明等译,清华大学出版社2003年10月版,第136-137页。

⑦ 如果拒绝接受一般科学理论的发展,法学是有缺失的。参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年1月版,第452页。

## 二、绝对严厉性与相对严厉性

死刑、终生监禁的有无与数量,以及有期徒刑的上下限,是比较各国刑法绝对严厉性的基本指标。所谓刑法的绝对严厉性是指,不同刑法相比,有死刑或终生监禁刑的刑法比没有死刑或终生监禁刑的刑法重,死刑或终生监禁刑多的刑法比死刑或终生监禁刑少的刑法重,有期徒刑上下限的平均水平较高的刑法比较低的刑法重。所谓刑法的相对严厉性是指,一部刑法内不同类型犯罪之间在刑罚轻重顺序上的结构性特征。同一类犯罪在不同刑法中安排在轻重不同的相对位置上,表明不同刑法在价值取向上的不同。

从绝对严厉性角度对各国刑法进行比较观察的结果是,50个国家刑法中,有死刑的国家有20个。按死刑罪名的多少排序为:中国68个、阿尔巴尼亚43个、泰国34个、越南27个、古巴20个、韩国15个、菲律宾13个、喀麦隆10个、新加坡10个、日本9个、朝鲜5个、尼日利亚5个、印度5个、俄罗斯4个、蒙古4个、斐济3个、库克2个、萨摩亚2个、汤加2个、美国1个。<sup>⑧</sup>上文已经说明,是否存在附属刑法,各国情况不一。所以,这里没有采用死刑或终生监禁刑在本国刑法罪名总数中的比例作为国家排序的根据。实际上,我们还计算了每部刑法有期徒刑上限的均值和下限的均值,为比较各国刑法的绝对严厉性提供了更多的数据。即使我们不采用赋权法对各国刑法严厉性进行综合排序,人们也可以通过上述数据直接进行观察比较了。

通过绝对严厉性比较,我们可以发现哪个国家的刑法比较重;而通过相对严厉性的比较,我们可以进一步了解哪类犯罪比较重,进而发现国际上到底存在哪些主要的罪刑关系模式。为此,我们首先考察了犯罪与死刑的关系,结果发现,50部刑法中共有282个具体罪名规定有死刑,按死刑罪名在上述134类犯罪的分布比例,由高到低的排序是:有13.8%的死刑(39个罪名)分配给了叛国犯罪,杀人犯罪占据了10%的死刑资源(28个罪名),以此类推,危害公共安全7%(20个罪名),抢劫5%(14个罪名),军职犯罪4%(11个罪名),渎职犯罪3%(9个罪名),走私犯罪2.8%(8个罪名),破坏公共设施2.5%(7个罪名),战争犯罪2%(6个罪名),其它各类犯罪共计约50%。如果说从死刑与国家的关系中,我们只能看到哪些国家规定了较多的死刑的话,那么,从死刑与犯罪的关系中,我们就可以进一步观察到,哪些犯罪有更大的机会被规定为死罪,哪些死罪即使在世界范围内也是极其罕见的特例。

完成了这些简单比较以后,我们进一步将13121个犯罪分为暴力犯罪和非暴力犯罪两类。然后,按照所侵害的客体分为破坏公共秩序的公权犯罪和侵犯个人利益的私权犯罪。<sup>⑨</sup>将这两种划分标准结合起来,便形成暴力公权犯罪、暴力私权犯罪、非暴力公权犯罪和非暴力私权犯罪四个犯罪类型。它们在50国刑法中的分布情况是:暴力公权犯罪2337个,占样本总数的17.8%。暴力私权犯罪2068个,占样本总数的15.8%。非暴力公权犯罪5747个,占样本总数的43.8%。非暴力私权犯罪2969个,占样本总数的22.6%。罪名个数的多少在一定程度上反映了法网的疏密,从这个意义上看,四类犯罪的从密到疏的顺序依次是:非暴力公权犯罪、非暴力私权犯罪、暴力公权犯罪、暴力私权犯罪。

<sup>⑧</sup> 尽管死刑和终生监禁刑的权重大小不同,但作为上述排序的一种佐证,我们还可以从终生监禁刑的数量排序角度,实现各国刑法绝对严厉性的综合观察。在50部刑法中,有终生监禁刑的有44部。按终生监禁刑的多少排序为:中国102个、泰国61个、印度48个、越南47个、斐济46个、所罗门46个、吉尔伯特45个、图瓦卢43个、保加利亚43个、澳大利亚42个、新加坡42个、美国35个、尼日利亚34个、加拿大34个、匈牙利28个、罗马尼亚27个、瑞典27个、荷兰26个、土耳其26个、意大利24个、韩国24个、德国21个、菲律宾21个、希腊20个、法国19个、喀麦隆18个、朝鲜18个、日本15个、马耳他13个、奥地利10个、波兰9个、丹麦9个、瓦努阿图8个、冰岛8个、芬兰6个、汤加5个、新西兰5个、俄罗斯5个、瑞士5个、萨摩亚4个、阿根廷3个、库克2个、古巴2个、马绍尔1个。

<sup>⑨</sup> 需要说明,在某些情况下,公权与私权的划分并不十分容易。例如,盗窃罪在许多刑法中被视为侵犯个人利益的犯罪,但公共财产也会成为盗窃罪的对象。因此,这种划分具有一定的相对性。以中国刑法为例,我们将危害国家安全、公共安全、妨害社会管理秩序、危害国防利益、贪污贿赂、渎职、军人违反职责等犯罪归入公权犯罪,将侵犯公民人身权利、民主权利、侵犯财产等犯罪归入私权犯罪。而刑法分则第三章中的大部分犯罪由其交易性质所决定,也归入私权犯罪,但货币犯罪、涉税犯罪、走私犯罪等内容则归入公权犯罪。

基于这个划分,我们便心生三个好奇:第一,以这一万多个罪刑关系为总体,四类犯罪的轻重顺序是怎样的?第二,这四类犯罪的轻重顺序在各国刑法中也许不尽相同,因而形成不同的罪刑关系模式。那么,到底有几种、什么样的罪刑关系模式?哪种模式代表了当今各国刑法的主流?第三,我国刑法属于何种罪刑关系模式?

首先,从宏观上看,死刑、终生监禁、有期徒刑的上下限,既是比较不同国家刑法轻重的基本指标,也可以用来比较不同种类犯罪的轻重。因此,我们先对死刑在四类犯罪中的分布进行交互分析,结果是:暴力公权犯罪中的5.3%、暴力私权犯罪中的3.4%、非暴力公权犯罪中的1.3%、非暴力私权犯罪中的0.4%规定了死刑。这个结果的P值为0.000,说明关系非常显著。<sup>⑩</sup>然后,我们又比较了终生监禁刑在4类犯罪中的分布,结果是:暴力公权犯罪中的17.6%、暴力私权犯罪中的13.6%、非暴力公权犯罪中的5%、非暴力私权犯罪中的3.3%规定了死刑。这个结果的P值为0.000,说明关系也很显著。最后,为慎重起见,我们还比较了各类犯罪有期徒刑的上下限,结果是:四类犯罪按有期徒刑上限的均值由长到短的顺序为,暴力公权犯罪平均93.6个月、暴力私权犯罪平均87.8个月、非暴力公权犯罪平均61.2个月、非暴力私权犯罪平均55个月。四类犯罪按有期徒刑下限的均值由长到短的顺序为,暴力公权犯罪平均30个月、暴力私权犯罪平均26.2个月、非暴力私权犯罪平均12.2个月、非暴力公权犯罪平均11.6个月。综合这三个观察,除了有期徒刑下限的比较中,非暴力公权犯罪反而略低于非暴力私权犯罪0.6个月以外,其余所有排序结果都一致显示,50国刑法中总体上暴力公权犯罪最重,暴力私权犯罪次重,非暴力公权犯罪较轻,非暴力私权犯罪最轻。正是根据这个结果,我们将暴力公权犯罪称为一级罪,暴力私权犯罪称为二级罪,非暴力公权犯罪称为三级罪,非暴力私权犯罪称为四级罪。

然而,这个总体模式并不能代替每一部具体刑法的罪刑关系模式。于是,以上述四类犯罪的划分为分析框架,逐一分析50国刑法后,我们又发现了四种罪刑关系模式。其一是突出公权保护的公权刑法,结构特征是:暴力公权犯罪最重,非暴力公权犯罪次重,暴力私权犯罪较轻,非暴力私权犯罪最轻。其二是强调私权保护的私权刑法,结构特征是:暴力私权犯罪最重,非暴力私权犯罪次重,暴力公权犯罪较轻,非暴力公权犯罪最轻。其三是在突出公权保护的同时也兼顾私权保护的亚公权刑法,结构特征是:暴力公权犯罪最重,暴力私权犯罪次重,非暴力公权犯罪较轻,非暴力私权犯罪最轻。其四是以私权保护为主兼以公权保护为辅的亚私权刑法,结构特征是:暴力私权犯罪最重,暴力公权犯罪次重,非暴力私权犯罪较轻,非暴力公权犯罪最轻。

问题是,在50国刑法中哪种模式最多呢?计量结果显示,属于公权刑法的有3部,属于私权刑法的只有1部,属于亚公权刑法的有30部,属于亚私权刑法的有16部。可见,真正的公权或私权刑法只占少数,多数刑法都是这两种极端形式的不典型。其中,亚公权刑法显然最多,占样本总数的60%。

3部公权刑法分别是意大利、阿尔巴尼亚和斐济三国刑法。例如,意大利刑法中没有死刑,暴力公权犯罪中有13个终生监禁,非暴力公权犯罪中有9个终生监禁,暴力私权犯罪中只有2个终生监禁,非暴力私权犯罪中没有任何终生监禁。<sup>⑪</sup>样本中唯一的1部私权刑法是马绍尔刑法,由于没有死刑,唯一一个终生监禁出现在暴力私权犯罪中。第二重的是非暴力私权犯罪,有期徒刑上限为50.8个月。第三重的是暴力公权犯罪,有期徒刑上限为36.6个月。最轻的是非暴力公权犯罪,有期徒刑上限仅为32个月。<sup>⑫</sup>值得注意的是,该国刑法不仅在相对严厉性排序中突出私权保护,而且在绝对严厉性排序中,几乎是样本国家中刑罚最轻的国家。亚私权刑法包括泰国、所罗门、尼日利亚、加拿大、菲律宾、法国、波兰、葡萄牙、瓦努阿图、瑞士、蒙古、挪威、巴西、美国、喀麦隆、奥地利等国刑法。例如,法国刑法中,暴力私权犯罪中有9个终生监禁,暴力公权犯罪中有7个终生监禁,非暴力公权犯罪中有2个终生监禁,而

<sup>⑩</sup> 如不做特别说明,本文所报告的P值均指交互分析(Crosstabs)的统计显著值。

<sup>⑪</sup> 黄风译:《意大利刑法典》,中国政法大学出版社1998年10月版。

<sup>⑫</sup> 于志刚、李洪磊译:《大洋洲十国刑法典(下册)》,中国方正出版社2009年2月版,第651-684页。

非暴力私权犯罪中只有1个终生监禁。<sup>⑬</sup>

亚公权刑法包括印度、越南、吉尔伯特、图瓦卢、保加利亚、新加坡、澳大利亚、匈牙利、罗马尼亚、瑞典、荷兰、韩国、朝鲜、日本、马耳他、丹麦、芬兰、古巴、俄罗斯、阿根廷、土耳其、希腊、西班牙、德国、冰岛、汤加、新西兰、萨摩亚、库克等国刑法。例如，俄罗斯刑法中，暴力公权犯罪中有3个死刑，3个终生监禁，为最重。暴力私权犯罪中有1个死刑、2个终生监禁，为次重。非暴力公权犯罪中只有有期徒刑，其上限为77个月，下限为7个月，为较轻。非暴力私权犯罪中也只有有期徒刑，上限为54个月，下限为3个月。<sup>⑭</sup>与此相似，德国刑法虽无死刑，但暴力公权犯罪中有13个终生监禁，为最重。暴力私权犯罪中有6个终生监禁，为次重。略有不同的是，非暴力公权犯罪中有1个终生监禁，占该类犯罪的1%，有期徒刑上限为57个月。而非暴力私权犯罪中也有1个终生监禁，占该类犯罪的2%，有期徒刑上限为67个月。<sup>⑮</sup>这说明，德国刑法在亚公权刑法中相对更偏向私权的保护。

与私权或亚私权刑法相比，公权或亚公权刑法是不是更偏好于酷刑重罚？数据显示，每部公权或亚公权刑法平均有大约6个死刑和24个终生监禁刑，而每部私权或亚私权刑法平均有大约4个死刑和18个终生监禁。尽管有所不同，但该关系的T检验结果显示，两种刑法在这方面的差异在统计学上并不显著。就是说，尚无足够证据证明，公权亚公权刑法比私权或亚私权刑法更严厉。

在上述分析框架和纵向排序中审视我国刑法就会发现，一方面，和多数国家一样，截止到刑法修正案(七)，我国选择了亚公权刑法的罪刑关系模式。证据是：第一，我国刑法中的暴力公权犯罪中有25个死罪，占该类犯罪的32%，有28个无期徒刑，占该类犯罪的36%，有期徒刑的范围为平均14.7-121.5个月，综合评定最重。第二，暴力私权犯罪中有7个死罪，占该类犯罪的25%，有8个无期徒刑，占该类犯罪的29%，有期徒刑的范围为平均12-117个月，综合评定次重。第三，非暴力公权犯罪中有28个死罪，占该类犯罪的12.4%，有48个无期徒刑，占该类犯罪的21%，有期徒刑的范围为平均4.9-115个月，综合评定较轻。第四，非暴力私权犯罪中有8个死罪，占该类犯罪的7.2%，有18个无期徒刑，占该类犯罪的16%，有期徒刑的范围为平均2.1-100.5个月，综合评定最轻。另一方面，从上文数据排序结果可见，目前我国刑法中的死刑最多，无期徒刑也最多。因此，在亚公权刑法国家中，我国刑法属较重的刑法。总之，我国刑法属较重的亚公权刑法。

综上，通过绝对严厉性和相对严厉性的比较不难发现，各国刑法不仅轻重不等，而且，在价值取向上也不尽相同。轻其容忍之罪，重其难容之罪，犯罪本身从来都无法单独解释刑法的轻重。在很大程度上，要看谁根据何种价值理念来决定犯罪的轻重。

### 三、严厉性的客观解释

为了寻求各国刑法差异的解释，我们将上述4种罪刑关系模式简约为两种基本的模式：一类是公权或亚公权刑法，另一类是私权或亚私权刑法。显然，这个差异意味着不同立法者对刑法的不同理解，也反映出各国刑法背后所隐含的不同价值取向。到底是突出公权保护还是私权保护，这对刑法来说是一个问题。这时，我们面前出现了两条进路：一条是比较孰优孰劣，论证应该突出公权保护还是私权保护。应当承认，我们习惯于这种思路，但这是一条并不明智的思路。因为从宏观上看，刑事立法中的价值取向不大可能是一种无缘无故的选择。一个国家立法者偏好某种罪刑关系模式，很可能与该国的社会环境的影响有关。<sup>⑯</sup>如果各国的选择纯属偶然，就没有必要进行比较观察。比较的意义就在于发现大量事

<sup>⑬</sup> 罗结珍译：《法国新刑法典》，中国法制出版社2003年12月版。

<sup>⑭</sup> 黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典》，中国法制出版社2004年9月版。

<sup>⑮</sup> 冯军译：《德国刑法典》，中国政法大学出版社2000年3月版。

<sup>⑯</sup> 在《法律主义》一书中，朱迪斯·斯卡拉通过研究马克斯·韦伯对东西法律传统的比较，得出结论说，韦伯对西方和世界其他地区的比较，目的并不在于分析非欧洲世界，而是通过与非欧洲比较，去发现西方的独特文化特征。他提出的问题不是“他们像什么”，而是“他们为什么与我们不同？”“是什么使西方成为西方？”参见前引⑥，[意]D·奈尔肯编：《比较法律文化论》，第149页。

件背后的必然,进而深化对刑法现象的理解。因此,完成了上述各国间刑法严厉性的比较,我们试图从另一条进路通向问题所在:哪些因素与刑法严厉性有关?为什么有的国家在定义犯罪的轻重时选择了公权或亚公权刑法,而有的国家更倾向于刑法的私权保护功能?

### 1. 历史因素

一般认为,法律是一定历史传统影响之下的法律。在这方面,我们首先考察了法系与死刑的关系。结果发现,50部刑法中,有28部属大陆法系刑法,只有7部规定有死刑,占大陆法系刑法的25%。而17部英美法系刑法中,就有8部规定了死刑,占英美法系刑法的47%。另有5部刑法属其它法系,全部规定了死刑。这个关系的P值为0.005,说明统计显著。就是说,在样本范围内,与其它法系相比,死刑有相对较小的机会出现在大陆法系刑法中。接着,我们还考察了法系与刑法价值取向之间的关系,结果发现,28部大陆法系刑法中,有20部可以归入公权或亚公权刑法,占大陆刑法的71%。而17部英美法系刑法中,也有11部可以归入公权或亚公权刑法,占英美法系刑法的64%,这个差异在统计学上没有任何意义。就是说,我们不能说,何种法系影响下,更容易导致刑法的公权保护取向或私权保护偏好。

除了法系的影响以外,人们还会想到,自身的发展历史中,是否经历过封建君主集权时代,国家对生命的珍重程度可能不同。因而,刑法中规定死刑的机会也可能不同。但是,观察的结果是,除一个国家这方面记录缺失以外,在经历过封建君主王朝的27个国家中,有10个国家刑法中规定有死刑,占37%。而没有经历过封建君主王朝的22个国家中,也有9个国家的刑法中规定了死刑,占41%。两者几乎不存在统计上的差异,说明至少在样本范围内,有没有死刑与封建不封建无关。换个角度看,经历过封建君主集权时代的27个国家的刑法中,有18部属于公权或亚公权刑法。而没有经历过封建君主集权时代的22个国家的刑法中,也有15部属于公权或亚公权刑法。从比例上看均为三分之二,没有差异。可见,是否经历过封建集权时代,也无法解释刑法的价值取向更重于公权保护还是私权保护。

### 2. 空间因素

除历史因素外,法还是一定地理空间中的法。在这方面,我们首先考察了死刑在世界各大洲的分布。结果是,除美洲和非洲的样本过少忽略不计外,亚洲11个样本刑法中有10部刑法都规定了死刑,欧洲21个样本中只有2部刑法中有死刑,大洋洲11个样本中有4部刑法中有死刑。这与上述法系传统的观察之间在一定程度上相互印证,说明欧陆国家刑法对死刑的态度相对审慎。进一步看,有死刑的20个国家国土面积平均为2207518.4平方公里,而没有死刑的其余30个国家国土面积平均为1141383平方公里。尽管前者几乎相当于后者的两倍,但对该关系进行的T检验结果的P值大于0.05,说明我们还不能肯定,死刑国家都是国土面积意义上的大国。

### 3. 人口因素

法律控制说到底是对人的控制,因此,人口因素也可能影响刑法的罪刑关系模式选择。在这方面我们的发现是:第一,20个死刑国家的平均人口为178498150人,而非死刑国家的平均人口为26620150人,前者是后者的约6.7倍。但要注意,该关系的T检验结果P值为0.08,略高于须小于等于0.05的要求。因此,我们只能有条件地说,死刑国家基本上是人口大国。为慎重起见,我们又测量了有死刑国家的人口总数与刑法中死罪个数之间的相关性。结果是,两者的皮尔逊相关系数为0.46,P值=0.04,说明人口总数的多少不仅与死刑的有无有关,还与死刑数的多少呈显著正相关,说明人口越多不仅越可能有死刑,<sup>①</sup>死罪的数量还越多。第二,样本中死刑国家的人口密度为每平方公里491人,而非死刑国家的人口密度仅为每平方公里150人。但T检验结果显示,这个差异并不显著。所以,当我们说死刑国家的人口密度较大时,也要注意到这个事实。第三,除14个国家的数据缺失以外,在29个城市人口多于农村人口的国家中,有8个国家规定了死刑。而在7个农村人口多于城市人口的国家中,就有4个国家规定了死刑。可见,死刑现象还有可能与一个国家的城市化进程有关。第四,除13个国家的数据缺失以

<sup>①</sup> 证实了前引④于志刚关于死刑与人口关系的判断。

外,在 29 个人口老龄化社会中,有 7 个国家规定了死刑。而在 8 个非老龄化社会中,也有 6 个国家规定了死刑。这个关系的 P 值为 0.02,这说明,刑法的严厉性程度与人口的老龄化程度之间很可能有关,其中的原因很值得做深入研究。第五,公权或亚公权刑法国家的人口总数均值为 104631934 人,而私权或亚私权刑法国家的人口总数均值仅为 58454438 人。进一步看,公权或亚公权刑法国家的人口密度为每平方公里 389 人,而私权或亚私权刑法国家的人口密度为每平方公里 102 人。尽管这两个差异的 T 检验结果显示 P 值都大于 0.05,但我们仍有理由注意到这些差异。就是说,公权或亚公权刑法国家很可能人口多,密度大。而私权或亚私权刑法国家更可能人口相对少,密度小。总之,很难阻止人们相信人口因素对刑法绝对严厉性和相对严厉性的显著影响。

#### 4. 民族因素

作为社会控制的手段,刑法还可能与民族问题有关。数据显示,第一,有数据的 18 个死刑国家中,民族的数量平均为 54 个,而有数据的 29 个非死刑国家中,民族的数量平均仅为 17 个。<sup>⑧</sup> 该关系的 T 检验 P 值为 0.08,略高于统计学要求。所以,我们有一定理由说,死刑国家的民族异质性程度很可能大于非死刑国家。第二,有数据的 16 个死刑国家中,最主要民族在总人口中所占比例平均为 78.7%,而有数据的 26 个非死刑国家中,最主要民族在总人口中所占比例平均为 90%,有的甚至是单一民族国家。其 T 检验的 P 值为 0.07,略高于统计学要求。这个结果为上述民族数量的观察提供了某种佐证,同样引起我们关于刑法严厉性程度与民族结构之间关系的浓厚兴趣。第三,公权或亚公权刑法国家民族数量平均为 13 个,而私权或亚私权刑法国家民族的数量平均为 62 个。这个差异的 T 检验结果十分显著, P 值小于 0.05。此外,公权或亚公权刑法国家中,最主要民族所占人口总数的比例为 88%,而私权或亚私权刑法国家中,最主要民族所占人口总数的比例为 79%,但其 T 检验结果不够显著。这些事实意味着,民族异质性越强的国家,刑法越可能规定死刑,同时也越可能选择私权保护的价值倾向。相反,民族同质性越强的国家,刑法规定死刑的可能性相对较小,同时选择公权保护价值倾向的机会也较大。

#### 5. 经济因素

我们已经发现,犯罪率高低乃至刑事司法的宽严都与经济发展程度有关,<sup>⑨</sup>但尚无证据表明刑事立法是否与经济发展有关。于是,我们对死刑与经济发展的关系进行了初步测量,结果是:一方面,有数据的 19 个死刑国家的国内生产总值 GDP 平均约为 14772 亿美元,而有数据的 29 个非死刑国家的 GDP 平均约为 6062 亿美元,但 T 检验结果不够显著。死刑数与 GDP 总量之间的皮尔逊相关系数也较低,且不显著。另一方面,有数据的 19 个死刑国家的人均 GDP 平均约为 9468 美元,而有数据的 26 个非死刑国家的人均 GDP 平均为 29776 美元,经 T 检验, P 值为 0.000。前后两方面数据结合起来意味着,刑法严厉性水平与经济总量基本无关,但与人均资源占有量关系密切:人均物质资源占有量越高的国家,刑法中出现死刑的可能性相对较小。人们实际上享受的物质资源越是稀缺,国家就越可能加大刑罚资源的供给。反过来说就是,刑法严厉性的控制,关键不在国强,而在民富。民富则自然少刑、去刑,乃至无刑。除绝对严厉性以外,我们还考察了经济因素对刑法价值取向的影响,数据显示,公权或亚公权刑法国家的 GDP 均值约为 7430 亿美元,而私权或亚私权刑法国家的 GDP 均值约为 13301 亿美元。但是,这个差距不仅没通过 T 检验的显著性要求,而且,两者的人均 GDP 均值之间也无显著差异。这说明,经济因素对刑法绝对严厉性水平具有显著影响,但无法用来直接解释刑法价值取向上的差异。

#### 6. 文化因素

从某种意义上说,刑法本身也是一种文化现象。因此,我们还观察了社会制度、政党制度、宗教、教育等因素与刑法之间的关系。结果是:第一,样本中只有 4 个社会主义国家,而且全部选择公权或亚公

<sup>⑧</sup> 各国民族数据除了上文提到的数据来源外,还来自[美]戴维·莱文森编:《世界各国的族群》,葛公尚、于红译,中央民族大学出版社 2009 年 1 月版。

<sup>⑨</sup> 白建军:《从中国犯罪率数据看罪因、罪行与刑罚的关系》,载《中国社会科学》2010 年第 2 期,第 144 - 159 页。

权刑法。而其余46个资本主义国家的刑法中,也有29部属于公权或亚公权刑法。而且,这个差异在统计学上也没有任何意义,我们不能说社会主义比资本主义更倾向于公权刑法。其实,3个最典型的公权刑法中,没有一个来自社会主义国家。另外,我们还将样本国家分为一党制、两党制、多党制、无党制等几种情况,结果十分类似。这说明,从证据本身看不出突出公权保护还是私权保护与社会制度、政党制度有什么关系。第二,样本中34个基督教国家中,仅有7个国家(约20%)刑法中有死刑,显著( $P=0.000$ )低于其它宗教为主要宗教的国家。有数据的14个死刑国家中,最主要宗教信徒在总人口中所占比例平均为64.4%,而有数据的27个非死刑国家中,最主要宗教信徒在总人口中所占比例平均为75.8%,但T检验的P值并不显著。可见,宗教与人的行为控制以及刑法的严厉性程度的关系比较复杂。第三,有数据的14个死刑国家中,每个国家平均拥有高等院校319所,而有数据的28个非死刑国家中,每个国家平均拥有高等院校7952所。进一步看,公权或亚公权刑法国家的高等院校拥有量平均每个国家623所,而私权或亚私权刑法国家的高等院校拥有量平均每个国家14021所。至少从直观上看,非死刑国家以及私权、亚私权刑法国家的国民素质有可能高于死刑国家以及公权、亚公权刑法国家。或者说,国民素质越低,刑法越可能较为严厉,并相对突出公权保护。相反,国民素质越高,刑法越可能较为轻缓,并相对更加看重私权保护。

以上经验观察的结果可以分为两类:一类是原以为可能成立但没得到数据支持的关系,或者说是消极证否的结果。例如,封建传统与死刑及公权保护之间的关系、刑法价值取向与社会制度、政党制度的关系等等。另一类是原以为不存在或没意识到其存在但得到了数据支持的关系,或者说是积极证实的结果。印象较深的主要有:人口因素不仅与死刑的有无、死刑数的多少相关,还影响到刑法的价值取向;民族异质性程度也明显影响着刑法的绝对严厉性程度和价值取向;刑法的绝对严厉性水平在一定程度上与经济因素尤其是人均资源占有量密切相关;国民素质的高低对刑法绝对严厉性及价值取向的影响,等等。当然,证实与证否之间的分界可能是相对的、模糊的。而且,数据支持某个关系的存在并不等于理论上能说清楚因果链条中的每个环节,得不到数据支持的关系也不等于肯定不存在任何意义上的关联。然而,我们只能看到什么说什么,把想象留给科学以外的领域。如果明天发现了某些今天没看到或自身发生变化的事实或证据,修改今天的理论是再自然不过的事了。

#### 四、罪刑关系的理论思考

回到最初的问题,犯罪的轻重是如何被定义的?往返于上述所有证据事实之后,我认为,法律用刑罚尺度把犯罪分配到轻重不等的级别,既是人类最基本善恶良知的适度体现,还与传统、经济、人口、民族、宗教、国民素质乃至地理环境等犯罪及法律以外的因素有关。各国在这些方面的差异使得立法者不得不以各自的方式与本土犯罪问题相处,并沉淀出各自行之有效的经验。作为策略性选择,当这些经验与人们关于犯罪的普适性看法以规范的形式融合到一起时,便形成了刑法中各种犯罪的轻重刻度。这个基本看法可以分解为以下三个方面:

##### 1. 先验的德性之知

立法者首先根据内省、自觉、体悟,对犯罪的轻重做出判断。这种判断之所以可能,是因为在人们的后天经验之外,存在着一种先验的善恶良知,即“德性之知”。我们不非得成为法学博士才知道杀人、强奸、抢劫有罪,没读过刑法典更不会成为免除刑事责任的根据。至少,对独立于犯罪加害与被害双方以外的第三方而言,何谓正义,何谓邪恶,应该是一目了然,人同此心,不会有太大的分歧。这种“德性之知”不仅普适天下,即使在犯罪人与其他人之间也无根本不同。一次,明代哲学家王守仁认为:“至善之发见,是而是焉,非而非焉,轻重厚薄,随感随应,变动不居,而亦莫不有天然之中”。<sup>②</sup>在西方哲学中,康德是“先验论”的主要代表。在认识论上,康德认为知识的普遍性和必然性不是导源于感觉或知觉,而

<sup>②</sup> 冯友兰:《中国哲学简史》,新世界出版社2004年1月版,第270页。



是在理性、在知性中有其渊源。<sup>①</sup> 在伦理学上,康德认为道德规律或绝对命令是普遍和必然的规律,是先验的,是理性本身所固有的。它存在于最普遍的人的心目中。<sup>②</sup> 实际上,犯罪学史上加罗法洛的“自然犯罪”理论、法理学中的自然法理论,都在不同程度上与先验论相通。加罗法洛认为,犯罪实际上“是一种伤害某种被某个聚集体共同承认的道德情感的行为”。<sup>③</sup> 这种所谓共同承认的道德情感就是怜悯、正直这两种利他情感。同理,自然法理论认为,有一个对各种社会美德的正确安排。各种各类共同体不是通过法律获得生命的,尽管它们生存于法律之中。它们是通过与其存在相对应的特定的美德而生存的……自然法能够通过法律的合道德性给予国家以真正的伦理基础。<sup>④</sup> 在这些学说看来,无需借助经验观察,只要依靠人类自身的理性力量,就可以发现人性中固有的罪刑关系。

那么,这种先验的德性之知真的可以用来解释实然的罪刑关系吗?我们的检验逻辑是,如果先验的德性之知可以用来定义罪刑关系,那么,犯罪在各国刑法中的轻重安排就应该大体上是一样的。因为,既然先验之知的载体是人类理性,而人类理性又不因肤色、财富、文化、历史地理环境的不同而不同,那么,先验之知就一定是普适的、超时空的。观察上述 50 国刑法中的 13121 对罪刑关系的数据可以证实,不论是公权刑法还是私权刑法,被排在第一重的犯罪都是暴力犯罪。而且,尽管价值偏好不同,占样本总数 60% 的亚公权刑法中以及占样本总数 32% 的亚私权刑法中,被认为最重的前两类犯罪不是暴力公权犯罪和暴力私权犯罪,就是暴力私权犯罪和暴力公权犯罪。可见,不管时空条件有何不同,也不论意识形态有何分歧,如何评价暴力与非暴力犯罪,各国刑法不约而同做出了一致性选择。这种一致性其实就是人类本性中厌恶暴力的一种表达,是德性之知的最好证据。

## 2. 后验的见闻之知

德性之知可以帮助立法者对罪刑关系做出最基本的安排,但道德内省和冥想不可能解决立法者不得不面对的所有复杂问题。刑法有多严厉,不仅不是纯伦理学问题,甚至不是个纯法律问题。一定的传统、经济、人口、民族、国民素质等社会条件通过人们与之相处的过程和实践经验,形成对罪刑关系制作过程的影响。罪刑关系不完全是道德内省的规范性表达,还是立法者与一定社会环境相处经验的反映。这个意义上的罪刑关系制作过程,离不开反映性的、经验性的见闻之知。

经验主义与唯理主义之争是西方哲学史中的一条主线。首先,在知识的来源问题上,经验主义认为知识来源于感觉经验。培根认为,在认识上人的心智受感觉影响,感觉因物质事物而起。<sup>⑤</sup> 洛克也否认知识来源上的天赋观念,并提出了著名的“白板说”。<sup>⑥</sup> 孔德也认为,想像服从观察,观念服从事实。<sup>⑦</sup> 其次,在感性认识与理性认识的关系上,培根虽然十分看重感觉、经验、实验等直接的知识来源,但没有把理性排除在认识活动之外。培根把只相信感性能力的经验主义者比作蚂蚁,只会收集简单、零碎的经验资料,把只相信理性能力的唯理主义者比作蜘蛛,只会从自身中创造、编织。他认为真正的哲学家应当像蜜蜂一样,不仅收集资料,而且加工、消化采集来的资料。只有这样才能从个别事物上升到一般原理,得到真正的知识。再次,在知识的内容和对象问题上,经验主义者大都持非本质主义的态度。最后,在社会现象的认识上,经验主义者往往表现出还原论倾向。洛克曾经指出,快乐和痛苦是道德的教师。<sup>⑧</sup> 每一个人都因遵守这些道德法规而得到好处,从而使道德得到了强化。从这个意义上说,利他是利己的结果,道德是自然的产物。

① [美]梯利:《西方哲学史》(增补修订版),葛力译,商务印书馆 1995 年 7 月版,第 437 页。

② 前引①,第 464 页。

③ [意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社 1996 年 1 月版,第 22 页。

④ [德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海三联书店 2007 年 5 月版,第 223 页。

⑤ 前引①,第 294 页。

⑥ 前引①,第 346 页。

⑦ 欧力同:《孔德及其实证主义》,上海社会科学院出版社 1987 年 3 月版,第 44 - 46 页。

⑧ 前引①,第 359 页。

从这个高度反观刑法学、犯罪学,也许需要重新审视古典学派与实证学派的关系。以往,我们更多注意到两者的区别。其实,两者都在不同程度上具有经验主义血统。实证主义与经验主义的亲缘关系为众所周知,而贝卡里亚的许多论述几乎都可以从经验主义哲学中找到原型。洛克说,“人的本性就是追求个人最大的幸福和最大的快乐。”<sup>②</sup>伏尔泰说:“我能做我希望做的事情的时候,我是自由的;但是,我必然希望我所希望的。”<sup>③</sup>如出一辙,贝卡里亚也不厌其烦地告诫立法者,要把法律制定得罪刑相适应,要使刑罚坚定、确定、及时,使犯罪的人丧失既得利益。除此之外的一切都是多余的。<sup>④</sup>因为贝卡里亚也相信:“道德行为同物理运动一样,也有它有限的活动范围。它也同一切自然运动一样,分别受着时间和空间的限制。”<sup>⑤</sup>总之,在思想史的大视野内,刑法学和犯罪学中无论是古典学派还是实证学派,其实都是现代经验主义哲学的后裔。

那么,到底该怎样理解经验与犯罪轻重分配之间的关系呢?

首先,犯罪是犯罪原因的结果,而各国在人口、民族、经济、文化、传统等方面的地方性差异,必然使犯罪问题本身也具有一定的时空差异。为了解决各自的犯罪问题,各国立法者又不得不尝试各种控制手段,对犯罪问题做出最适合本土国情的回应。这种寻找最佳控制效果的地方性实践,其实就是经验影响法律的过程。正如德国学者考夫曼等人指出:“常常不是法律规范,而是事实上有效的社会规范调整和控制着人的行为。经验的法社会学的任务是,用经验的社会研究的方法和技术去考察法的实效,诸如……社会实验、文献分析、内容分析和数据分析”。<sup>⑥</sup>例如,上文数据显示,人口越多,密度越大,刑法中出现死刑的机会就越大。现在看来,这个现象不能简单理解为人口多,人命的价值自然贬值,所以死刑较多,而应看到,正是因为人口多、密度大,人际冲突并激化为犯罪的机会就越大,对更严厉控制手段的需求随之提高。可见,国情环境不同,面对的问题不同,立法者所做出的选择也将不同。

其次,德性之知超越经验而普适存在,不等于可以独立于环境、对象而悬在空中表达自己。只有面对一个具体的善恶判断问题时,德性之知才可能获得彰显,而这些具体问题只存在于现实经验世界。例如,西班牙刑法第159条规定有“严重过失改变基因罪”,许多国家规定有“堕胎罪”,有的国家刑法中强奸罪的被害人包括男性,我国刑法曾经有“投机倒把罪”。这些规定之所以具有很强的地方性或单一性,就是因为在其许多时空条件下,尚未出现类似问题,或者不认为这是问题。从不是问题到成为问题,或者从是问题到失去了问题的意义,都与国情、司法经验的积累、归纳过程有关。进一步看,根据上文报告的数据,之所以民族异质性越强、人均资源占有量越低的国家,刑法越可能规定死刑,原因之一就是规范在更大程度上以利益分配与争夺为基础。于是,刑法中犯罪的轻重,既反映了罪行本身违背普遍人性的恶害性程度,还可以还原为行为与某些地方性社会规范相冲突的激烈程度。违背普遍人性的恶害性程度越大,并且与地方性社会规范的冲突无法调和的可能性越大,越可能成为刑法上最重的犯罪。既不违背普遍人性,又与地方性社会规范不存在难以调和的冲突,即使成立犯罪,也是刑法上较轻的犯罪。多数犯罪都处于这两个极端之间的各种相对位置上,组成轻重不等的罪刑关系。从这个意义上说,强调德性之知与实践经验的对立,不如承认二者的相互依存。

第三,所谓经验,既包括个体经验,也包括集体经验,既包括感官作用于现象的直接经验,也包括概括总结后的间接经验。事实上,经验参与罪刑关系的判断,更多地表现为集体经验、间接经验对立法活动的影响。笔者曾经对来自全国21个省区77家法院的20353个盗窃案件判决书进行分析,结果发现,盗窃数额较大组的裸刑均值(没有任何法定情节案件的刑期均值)为9.4个月有期徒刑,而相应法定刑幅度的中值为21个月有期徒刑;数额巨大组的裸刑均值为51.6个月有期徒刑,而相应法定刑幅度的中

② 章海山:《西方伦理思想史》,辽宁人民出版社1984年版,第279页。

③ [美]梯利:《西方哲学史(下)》,葛力译,商务印书馆1975年版,第150页。

④ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年6月版,第42页。

⑤ 前引④,第71页。

⑥ 前引⑦,[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编书,第468页。

线为 78 个月有期徒刑。这就意味着,法官群体实然的平均选择大大低于法律规定的刑罚中值。而法官群体的这种集体经验,迟早会对刑事立法构成影响,使法定刑中线向实践的平均水平靠近。可见,即使是基于道德内省的罪刑关系判断,也需要来自集体实践经验的修正。这个修正过程,证实了德国刑法学家萨维尼的一个论断:刑法学应理解成一个可检验的价值假设系统。<sup>④</sup>

第四,通常我们习惯于把美国学者霍姆斯的名言“法律的生命不在于逻辑而在于经验”放到英美判例法的背景下理解。其实,如果仔细阅读霍姆斯的原文就会发现,霍姆斯对经验的强调,绝不限于法律渊源的范畴。霍姆斯说:“法律的生命始终不是逻辑,而是经验。可感知的时代必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉知识(无论是公开宣称的还是无意识的),甚至法官及其同胞所共有的偏见等等,所有这一切在确定支配人们所应依据的规则时,比演绎推理具有更大的作用。法律所体现的乃是一个民族经历的诸多世纪的发展历史,因此不能认为它只包括数学教科书中的规则和定理”。<sup>⑤</sup>就是说,注意到法律是一种积累、归纳,比强调判例法与制定法的区别更深刻。霍姆斯并没有说积累、归纳的结果只能是司法先例。因此,对包括制定法在内的所有“支配人们所应依据的规则”而言,其确定、修改、完善都离不开经验。

最后,从操作层面来看,先验的道德判断主要是在定序意义上为立法者定义犯罪的轻重提供依据。杀人与杀猪、<sup>⑥</sup>强奸与通奸、<sup>⑦</sup>分裂国家与遗弃家庭成员、惯犯和初犯,如何安排各自的轻重顺序,的确是一个“轻重厚薄,随感随应”的自然过程。但是,几个非法经营罪等于一个杀人罪这种定距意义上的换算,还需借助经验研究的计量方法。

### 3. 如果也是经验

既然先验良知和特定经验都出现在犯罪轻重的分配过程中,规范也是经验的结果,那么,我们可以由此推出几个过渡性判断:首先,如果犯罪轻重的分配中含有经验的成分,那么,法定刑的轻重就不完全代表行为罪恶的大小或与普适人性相悖的程度,正义并非刑法中罪刑关系的全部价值内涵。杀人重于杀猪,不光意味着人命优于猪命,还可能反映出私屠滥宰行为在特定时空条件下的特定利益关系。第二,如果在定量意义上分配犯罪轻重时可能掺入经验成分,那么,在定性意义上,将何种行为定义为犯罪的过程,同样可能受经验因素的影响,同样不是先验良知的一言堂。甚至可以说,入罪门槛的高低,很可能在更大程度上具有地方性色彩,在更大范围内受特定时空文化的影响。一个行为是否被犯罪化,首先是因为特定的定义者认为它是犯罪,需要它是犯罪,希望它成为犯罪。刘邦正是出于政治上的需要才约法三章,将大部分犯罪挤出犯罪圈。第三,如果犯罪定义是先验良知和特定经验的共同结果,又如果这个意义上的犯罪定义既包括轻重分配又包括入罪与否,那么,犯罪至少在观念上可以被还原为两类:一是基于先验良知定义的犯罪,即违背普适人性的自然犯罪,也即典型意义上的犯罪。二是基于特定经验定义的犯罪,即违反特定地方性准则的法定犯罪,也即非典型意义上的犯罪。根据这几个过渡性判断,我们可以继续推出如下结论:

首先,从定性上看,既然是否犯罪都不完全代表行为本身罪恶的大小有无,还部分地反映了特定立法者的集体经验,既然犯罪可以被还原为典型犯罪和非典型犯罪,那么,如果我们一般性地讨论刑法应该着重保护被害人的利益还是被告人的权益,就显得不具有根本性意义。在刑法适用中,人们经常会遭遇“往里解释还是往外解释”的问题。往里解释就是入罪或罪重解释,不利被告;往外解释就是出罪或罪轻解释,不利被害。其实,更前提性的问题是要看何种犯罪:对典型的自然犯罪而言,往外解释时要十分慎重,否则风险是冷落了人类良知;对非典型的法定犯罪而言,往里解释时要十分慎重,否则风险是把

<sup>④</sup> 前引②,[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编书,第451-452页。

<sup>⑤</sup> 转引自[美]E·博登海默:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年1月版,第160页。

<sup>⑥</sup> 未经许可私屠滥宰的经营性行为,按照我国《刑法》第225条的规定,可构成非法经营罪。

<sup>⑦</sup> 巴西刑法第240条、菲律宾刑法第333条、喀麦隆刑法第361条都明确规定有“通奸罪”。

违背人类良知的意义强加给法定犯罪,因而是滥用人类良知。换句话说就是,刑事立法在越大程度上受地方性经验因素的影响,法定犯罪的比例越大,坚持法的形式理性谨慎入罪就越安全。

其次,定量上看,既然刑法中某个犯罪的法定刑不完全代表该罪行与普适人性相悖的程度,既然犯罪有典型与非典型之分,那么,如果我们不加区分地讨论所有犯罪的轻刑化或重刑化,也多少忽略了某些复杂性的存在。因为,对违背人类普适良知的典型犯罪而言,刑事反应无论苛厉还是宽宥,其原因和效果都不同于非典型的法定犯罪。人们不会蠢到通过教育感化少年性罪错的政策,希望潜在的职务犯罪者或者环境犯罪人放弃犯罪的打算。反之亦然。从这个意义上说,对人人憎恶的典型犯罪而言,轻刑化所传达的信息是社会对犯罪的理解和宽容。而对其它犯罪而言,重刑化并不能收到彰显人类良知的效果,相反,倒可能流露出特定经验世界中立法者的局限与无奈。所以,与其一般地议论轻刑化与重刑化,不如从法定犯罪的轻刑化开始。<sup>③</sup>

最后,既然刑法不光映射出普适人性还是一定经验世界中的法,那么,外国刑法的学习借鉴就应该是有条件的。一方面,尽可能吸收外国刑法中反映人类理性先验良知的部分,另一方面,注重本土立法和司法实践理性的归纳总结。从这个意义上说,所谓刑法的与国际接轨,既是指各国刑法都尽可能地彰显人类最基本的善恶良知,又不排除各国对本土经验的珍重和积累。这两者中少了一个,所谓的学习借鉴都可能是盲目的。

---

**Abstract:** Based on the empirical study of 13,121 independent pairs of crime and penalty in the criminal laws of 50 countries, the author finds that the stringency and values of the criminal law are closely related to a number of non - legal factors such as demography, ethnic heterogeneity, resources per capita, urbanization process and the quality of nationals. Because these factors vary from country to country, the legislators have to find their own ways to deal with the local criminal problems and gain valuable and effective experience in that process. This experience, when combined with people's conscience and common sense of good and evil, forms the scale of severity for crimes in the criminal law. Acknowledgement of the impact of experience on criminal legislation is of great theoretical importance and practical values.

---

(责任编辑:白岫云)

---

<sup>③</sup> 我国现行刑法中,共有51个规定了生命刑的非生命犯罪,占所有死罪的75%,死刑的减少必将从这些罪名开始。