

我国刑法中犯罪概念的定量因素

储槐植

一、我国刑法中犯罪概念的科学表述

在学术上给犯罪下定义时，把我国刑法第10条但书——“情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪”和刑法分则具体罪状的数量因素概括进去，才能准确体现立法原义。据此，我国刑法中犯罪的科学概念应当是：犯罪是社会危害达到一定程度应予刑罚制裁的违法行为。

作为历史现象的犯罪，是一种违法行为，其法律标尺是应受刑罚制裁。国家作出这种价值判断的客观依据是行为达到了一定程度的社会危害性。这是犯罪概念的三特征。

通行犯罪概念的三特征是：社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性。这些都是定性分析。虽然在解释刑事违法性或应受刑罚惩罚性时也常附有类似“行为的社会危害性达到了某种严重程度”这样的说明，但任何一个特征本身都不标明定量因素。从本源上看，一定程度的社会危害是刑事违法性和应受刑罚性的前提，国家给予刑罚是表明对行为构成犯罪的社会危害程度的确认。因此，不能倒果为因，在表述犯罪概念时不能以刑事违法和应受刑罚这些特征来替代、包含社会危害的“程度”这个本源素质。

通行的犯罪学术定义本身不能确切反映我国刑法的立法精神。因为它没有包容刑法第10条但书的本义。但书是第10条犯罪立法定义的必要组成部分，它把人类认识发展史上达到的新水平“定量分析”引进刑法领域，此其一。其二，通行的概念没有概括我国刑法分则具体犯罪构成中包含的数量要件。从定量角度观察，我国刑法上的具体罪，可以粗分为三类：第一类是没有直接的定量限制，例如反革命罪、杀人罪、强奸罪、抢劫罪、非法拘禁罪、报复陷害罪、制造贩卖运输毒品罪、盗运珍贵文物出口罪、重婚罪、拐骗儿童罪、私放罪犯罪等，占刑法分则有罪刑规定的条文三分之一左右。这类犯罪行为本身的性质显然已经反映了社会危害的程度。第二类是直接地规定了数量限制，例如盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪等，法条数虽不多，但它们在全部刑事案件中占绝对比重。第三类是在法律条文中写明“情节严重的”、“情节特别恶劣的”或“造成严重后果的”才应受刑罚制裁的罪，实质上它们多数是内含定量限制的罪，其有力旁证是这类罪在《治安管理处罚条例》中多数都可以找到社会危害程度较轻的相应的违法行为。这类犯罪占刑法分则罪刑条款的半数以上。其三，通行的犯罪概念也没有反映出我国刑法结构的基本特点。我国没有象世界许多国家那样把“违警罪”纳入刑法体系，我国的“违反治安管理行为”不属于犯罪之列，虽然它显然具有社会危害性。如果说泛泛地把“社会危害性”作为犯罪概念特征，对于违警行为也属犯罪的刑法结构是恰当的；那末对于违反治安管理行为被排除在犯罪范畴之外的刑法结构来说，犯罪基本特征就应表述为“达到一定程度的社会危害性”。

二、犯罪概念的定量因素是我国刑法的创新

直观是认识的起点。人类认识外在世界的开初阶段主要是凭直观,对不同质的事物的认识(定性)可以靠直观获得,例如树不同于草,狗不同于猫,人不同于猴,善不同于恶,都是显而易见的。社会生产发展,自然科学和社会科学随之发展,尤其是分析化学和统计学的出现,人类的认识能力产生了一次跃进,对自然现象和社会现象的认识由单纯定性分析发展到定性分析和定量分析相结合。观察事物的数量方面,注意基本的数量分析,可以准确地把握相似事物的质的界限。

法律发展史也反映了人类认识发展的一般状况。18世纪以前的法律,基本上是“民刑不分”,国家把义务性规范和禁止性规范统统规定在一个法典里。19世纪世界上出现了现代意义上的刑法典,但是直到现在,除我国刑法外,刑法典的各类具体犯罪定义基本上仍是建立在“犯罪即恶行”、“犯罪是反社会行为”这样的定性分析的观念上面。以发案率最高也最易用数额计算的盗窃罪为例,英国早期普通法规定所有盗窃行为都是重罪,哪怕是偷一个苹果。到现在,盗窃罪分为轻盗窃和重盗窃,这种轻重程度之分只有刑罚上的意义。1871年德国刑法典和1976年联邦德国新刑法典关于盗窃罪的规定基本未变,盗窃罪的轻重之分主要在于偷盗的手段、场所、物品性质、被害人情况以及犯罪人情况等^①的不同,没有明确规定数额对犯罪构成的意义。1930年(经1968年修订)意大利刑法典规定“窃取他人动产而占为己有者,处三年以下徒刑,并科1.2万至20万里拉罚金”。“盗窃成群之家畜三只以上”作为“加重情节”之一。盗窃罪的构成没有数量限制。1944年(经1973年修订)西班牙刑法典规定:“偷窃价值超过10万西元者处长期苦役。偷窃价值超过2.5万西元但不满10万西元者处短期苦役。偷窃价值超过2500西元但不满2.5万西元者处长期监禁。偷窃价值2500西元以下,但犯罪人曾因抢劫、偷窃、诈欺、非法占有、空头支票或隐匿罪的……也处长期监禁。”盗窃数额对刑罚轻重有直接的数量相应关系,较之上述国家刑法相关规定有较大不同,然而盗窃的犯罪构成仍无定量要求。1962年美国《模范刑法典》^②关于盗窃罪的等级规定是:盗窃数额超过500美元或者盗窃发火武器或机动交通工具的构成三级重罪;盗窃数额50美元以下的构成微罪;其他情况属于轻罪。按法条字面解释,盗窃一美元也是犯罪(微罪也是罪)。1979年生效的新泽西州《刑事审判法典》^③参照模范刑法典精神,盗窃罪的等级规定为:盗窃数额超过7.5万美元的构成二级犯罪;盗窃数额超过500美元但不满7.5万美元或者盗窃发火武器或机动交通工具或者进行人身接触的扒窃的构成三级犯罪;盗窃数额在200至500美元之间的构成四级犯罪;盗窃数额在200美元以下的构成不法者罪错。根据该法解释,“罪错”不是“犯罪”。新泽西州刑法关于盗窃罪数额规定在当代西方刑法的具体犯罪构成中定量因素最为突出。但是,犯罪与罪错二者都统一规定在《刑事审判法典》中,都受“刑罚”处罚。

总的说来,具体犯罪定义在外国刑事立法中至今基本上仍停留在定性认识阶段,数量大小和情节轻重一般都不作为犯罪构成要件。这种不考虑定量因素的缺陷一般是由司法实践加以弥补。警察可以不逮捕盗窃一磅苹果的犯罪人,检察官可以不起诉诈骗一套衣服的犯罪

① 《模范刑法典》是美国法学会拟制的学术性“法典”,二十余年来,美国已有半数以上州依此为范本制定或修订了州刑法。

② 新泽西州的新刑法取消了传统的“重罪·轻罪”划分方法,统一把“犯罪”(crime)分为四级,此外还有更轻的两等“罪错”(offense)——不法者罪错和不法者轻罪错,前者处六个月以下监禁或罚金,后者处30天以下监禁或罚金。

人，法官也可以对逃税几百元的罪行免于刑罚等等。学者在理论上表述犯罪概念时只能根据刑事立法。英国法学家布莱克斯东（1723—1780）认为“犯罪是违反禁止性或命令性公法的作为或不作为”。德国刑法学者宾丁（1840—1920）认为“犯罪是违犯刑罚制裁法律的行为”。当代美国刑法学者珀金斯在其所著《刑法》（1969年）中批评以前的犯罪定义“没有突出社会危害性”，认为“犯罪是依法应受刑事惩罚的社会危害行为”。但是珀金斯的观点根本不可能包含定量因素。

1926年苏俄刑法典第6条犯罪定义的附则——“对于形式上虽然符合本法典分则某一条文所规定的要件，但因为显著轻微，并且缺乏损害结果，而失去危害社会的性质的行为，不认为是犯罪行为。”1960年的苏俄刑法典第7条（犯罪概念）的第2款基本上相当于上述“附则”，规定：“形式上虽然符合刑事法律所规定的某种行为的要件，但是由于显著轻微而对社会并没有危害性的作为或不作为，都不认为是犯罪。”^①在刑事立法史上，刑法总则犯罪定义后面附加这样的内容，是一种首创，对指导司法实践以利于做到不扩大打击面有积极意义。我国刑法第10条但书的形成显然受到上述“附则”的启发，但是两者存在重大差别。

“附则”规定“缺乏损害结果而失去危害社会的性质”（对社会没有危害性）；“但书”规定的是“危害不大”。根据一些苏联学者的解释，“附则”主要是指犯罪预备行为。而且苏俄刑法典分则具体犯罪构成没有一个规定“数量”要件，包含“情节严重”或“造成严重后果”这类内含定量因素要件的具体罪状也为数不多。所以，苏俄刑法典总则关于犯罪概念的“附则”不具有定量含义。

我国刑法第10条“但书”是对刑法分则诸多具体犯罪构成的数量要件（直接规定的和实际内含的）的概括。“情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪”，其正面意思是社会危害大到一定程度才是犯罪。但书把定量因素明确地引进犯罪的一般概念之中，反映了人类认识发展的时代水平，是世界刑事立法史上的创新。

西方法制以刑罚轻重为轴心把反社会行为分为重罪、轻罪和违警罪，三者都由刑法管辖，社会治安采取一统制裁体系——刑罚，全部任务均由法院承担。我国法制以社会危害程度为轴心把反社会行为分为犯罪、需要劳动教养的罪错和违反治安管理的行为，刑法只管辖犯罪。社会治安采取三级制裁体系——刑罚、劳动教养和治安处罚，任务也由人民法院、劳动教养管理委员会和公安机关三个部门分担。从反社会行为都应处治这一点上说，两种社会治安制裁体系无甚差别，但是二者在总体战略上和实际效果上却颇为不同。

“任何质量都表现为一定的数量，没有数量也就没有质量。”^②许多日常现象都说明这一哲学原理。例如，0℃以下的冰和0℃以上的水以及100℃以上的汽，三者的化学成份同为H₂O，但是它们的形态与物理性能差别很大。社会现象也如此。犯罪和需要劳动教养的罪错以及违反治安管理的行为，三者都具有社会危害性（在这一点上是相同的），但是它们的社会性质和国家评价却不一样，其根据便是社会危害程度大小不同，即数量差异。量变引起质变。把犯罪同其他反社会行为区分开，不只是一个技术问题，更是一个具有重大价值的原则问题。第一，可以减少犯罪数，降低犯罪率。这决不是“鸵鸟政策”。这样做既有利于国家形象，也有益于社会心理。那种犯罪与一般反社会行为不加严格区分的法律制度，实质上是

① 根据《苏俄刑法典》1985修订本译出。此资料由曹子丹教授提供。

② 《毛泽东选集》第4卷，第1380页。

“自杀政策”。第二，可以使相当比例的公民免留犯罪污名劣迹。这既有利于公民个人的发展，也可以减少公民对国家的抗力，从而在尽可能广泛的基础上加强公民与国家的合力。第三，可以使刑事司法力量集中打击事关国家稳固、社会发展、公民生命与财产安全的犯罪活动，避免把有限的刑事司法力量消耗在对付偷鸡摸狗的琐事上，从而可能使刑事司法发挥最佳效能。在国家管理和社会生活的大系统中，刑事司法既不是无能，也不是万能。事无巨细，都动用刑事司法力量，不仅没有必要，而且效果必定很糟。拣了芝麻，丢了西瓜。大多数西方国家深感刑事司法力量短缺，重要原因之一在于社会治安的一统制裁体系，刑事审判活动讲求合法程序，不象行政行为那样迅速。对此许多学者提出了不少处方，其一是“非犯罪化”，把原来法律规定为犯罪但实际社会危害程度不大的行为通过立法程序宣布为不是犯罪；其二是另搞一套所谓“行政刑法”，把一些发案较多但危害程度较小的犯罪从刑事司法系统分离出去，由某种行政机构来处理。这些处方的出发点其实都是对现行西方犯罪与反社会行为不加严格区分的法律制度的批评。

三、确定具体犯罪构成定量因素的依据和原则

具体犯罪构成中的定量因素，由法律、法令、法规、实施细则或司法解释加以规定。

确定具体犯罪构成定量因素的依据是：

（一）社会发展水平。行为的法律评定取决于社会发展水平，它是确定具体犯罪构成定量因素的最终依据。社会发展的基础是生产力状况。在生产力极其低下的社会中，一头羊足以维持一个人相当时间的生命；如果是一头母羊，可以挤奶，还可以繁殖小羊，这也许关系到一家人的生活，因此偷一头羊，其社会危害程度就很大，以致可作死罪处罚。但是在今天，一头羊的社会效益相比之下小得多，偷一头羊，其社会危害程度也就小得多，以致可不认为是犯罪。又例如，在单一计划经济模式下，私人长途贩运商品，直接冲击国家计划经济，其社会危害程度足以大到构成犯罪的地步；但是在有计划发展商品经济的背景下，长途贩运（如果不是国家禁止贩运的）商品则有利于搞活经济。

价值观念随着社会发展而变化。在经济发展水平较低的历史阶段，财物受到高度重视，所谓“物以稀为贵”，其价值不亚于甚至超过人身价值，“舍命不舍财”并不仅仅是守财奴的哲学。因此，许多侵犯财产的行为都被认为是社会危害很大的犯罪，可以判死刑，甚至不少伤害人身的罪案可以通过经济赔偿来解决。随着生产力发展，社会物质财富增长，相形之下，对财物的价值评价逐渐低于对人身的价值评价。当代大多数国家刑法仍然把谋杀和强奸等严重侵犯人身的犯罪规定为死罪，而许多侵犯财产的犯罪都不再适用死刑。这大概是一种规律性现象。

（二）国家管理需要。它是确定具体犯罪构成定量因素的直接依据。法律规定的由历史文化延续下来的“公认”犯罪（所谓自然犯），诸如杀人罪、伤害罪、强奸罪、抢劫罪、盗窃罪、放火罪等等，当然也是出于国家管理的需要。这里所说的国家管理需要，主要涉及所谓“法定”犯罪，例如“浪费公共财物”，如果法律规定它为犯罪它才是犯罪，否则就不算犯罪。这种法定犯罪的定量因素比传统的公认犯罪更为明显。随着社会关系日益复杂化和社会发展节奏加快，这类犯罪在刑法中的比重必将日趋增长。在历史上，采伐原始森林的树木，捕捞江河湖海的鱼虾，狩猎野生动物（包括珍稀动物）等等行为在道德规范上都不以为然，法律一般也就不加过问。到了现代，人口剧增，自然资源日显匮乏，生态环境遭到破坏，国家为社会长远利益计，有必要对上述现象加以控制，把那些危害性达到一定严重程度的行为宣

布为犯罪。现在我国刑法上只惩罚破坏珍稀野生动物的行为，有朝一日为了加强国家管理也可能把破坏珍稀野生植物的行为规定为犯罪。商品生产和流通过程中的不轨行为达到何等程度才算犯罪也纯粹出于国家管理需要。

在现代科学技术革命条件下，随着社会生产和人们生活的进一步机械化、自动化和现代化，业务上的过失行为在数量上和危害程度上都将继续增长，日趋严重。国家出于对社会的需要，也可能调整某些法律已经规定的过失罪构成要件“危害结果”的数量程度，或者规定新的过失犯罪。过失罪构成要件的定量因素比故意罪更为突出。

确定具体犯罪构成定量因素的原则是：

（一）合理性。具体犯罪构成的定量因素如果确定得过低，就会扩大打击面，损害公民的个人利益；如果确定得过高，就会放纵犯罪，损害社会的整体利益。因此，恰当地确定具体犯罪构成的定量因素，对发挥刑法的最佳效用至关重要。如何做到这一点？关键在于犯罪构成的定量因素确定得合理，是否合理，各个具体犯罪各有其特定的评价标准。例如，一般情节的盗窃罪构成的数额确定，至少应考虑国民的平均收入和各地区的实际差别。投机倒把罪构成的数额确定，就应考虑既要保护广大消费者利益，又要有利于商品流通经济活跃。要达到犯罪构成定量因素确定的合理性，必须进行充分调查和反复论证，甚至需要科学计算利弊得失。

关于合理性问题，特别要指出，如果一种罪除数额以外的其他构成要件都比另一罪严重，那末这一罪的构成数额限度就不应当高于另一罪的构成数额，否则就不合理。例如，贪污罪由国家工作人员实施，侵犯的又是公共财产，主体和客体都比盗窃罪严重，因此贪污罪的构成数额限度就不应当高于盗窃罪的构成数额。否则，就不仅仅是“执法失衡”问题，而且是违背了“社会主义法制的统一和尊严”的宪法原则。

（二）统一性。这有两层含义，第一是同一种罪的定量限度的统一。如果这种罪既可以由个人实施，也可以由单位（法人）实施，那末此罪的构成数额也不应当有两个标准。无论从犯罪构成理论还是从法制统一性看，都只能得出这样的结论。这里需要说明的是，犯罪是否成立取决于行为侵犯的社会利益以及罪过形式（有时还有行为人身份特征）所综合表现出来的社会危害程度，而不以主体的类型（自然人还是法人）为转移，然而犯罪构成之后责任如何承担则同主体类型直接相关。例如，相同数额的两件走私犯罪案件，一件是个人走私，假定判处被告人10年有期徒刑；另一件是法人走私，则应对该单位判处罚金刑，对其主管人员和直接责任人员绝不可能都判10年徒刑，而是根据各自的实际责任来处理，有的可以判较重的刑，有的可以判较轻的刑，有的可以不判刑，如果全部有关人员的各自责任都达不到判刑程度，那末全都免于刑事处罚。事情不能反过来推论，由于承担责任的方式不同而对同一种罪规定不同的犯罪构成标准。

统一性的第二层含义是，性质近似的罪的定量要件应当近似。例如，盗窃和诈骗以及贪污等侵犯财产罪的构成数额应当近似；破坏经济秩序的走私罪和投机倒把罪的构成数额应当近似；非法捕捞水产品罪和非法狩猎罪的定量限度应当近似，等等。但是性质不相似的罪，例如伪造国家货币罪和假冒商标罪，它们的定量限度当然不能要求相似。

四、建立一门新的刑法分支学科《数量刑法学》的设想

刑法中充满了数量关系。除上述具体犯罪构成中存在数量因素外，刑法总则的诸多问题中也有数量关系。例如罪刑相适应，罪与刑的关系，从哲学上看是因果关系，从数学看是等

量等值关系。这种数学关系，迄今为止还只是凭经验和估计加以确定，常难精确。能不能用数学公式（例如类似代数方程式）来表达呢？大概是可能的。当然，形成这种公式需要考虑到影响二者平衡的尽可能详细的复杂因素各自本身的值和它们相互作用下的变量关系。又例如，刑法上因果关系的确定，存在一个概率问题。^① 刑法理论研究尚不深透的罪过形式之一“间接故意”，从心理学角度看是一种“模糊心态”，对其进行深入研究，“模糊数学”是不是会有所助益？再例如，刑罚目的结构可以通过刑罚量及其调整加以说明。《数量刑法学》的研究对象就是刑法内部的数量变化关系。建立某些数学模型，用以比较精确地反映刑法的某些规律，便于刑事司法工作的实际应用，这是该学科的目的和任务。因此，它完全不同于研究犯罪（以及刑罚）的外部数量的司法统计学，虽然统计方法也是数量刑法学的一种研究方法。

数量刑法学的研究将有助于提高刑法的效能，也有助于提高刑事司法工作的效率，并且必将丰富刑法学的理论。马克思认为，“一种科学只有在成功地运用数学时，才算达到了真正完善的地步。”^②

数量刑法学的形成及其水平，将取决于研究队伍的知识结构。研究队伍不应是数学工作者加上刑法学工作者，而应当是一批懂得刑法且有数学造诣的人和懂得数学且有刑法造诣的人。

这些仅仅是关于数量刑法学的一些极其粗浅的设想，也算一种展望。

（作者工作单位：北京大学法律系刑法室）

责任编辑：王敏远

盗卖技术资料行为的定性研究

游 伟 张 骏

（一）

随着我国经济体制改革的不断深入，企业作为独立的经济实体，实行独立核算，自负盈亏，并且以商品生产者和经营者的身份参与市场竞争。企业之间在科技成果的推广和运用上，也一改过去吃“大锅饭”的局面，由无偿转让改变成为有偿推广。伴随着这种新的变化，目前，盗卖技术资料的案件时有发生，对这类案件的定性处理问题，开始引起各个方面尤其是法学界和司法实际部门的关注。

^① 参见拙文《一个半因果关系》，载《法学研究》1987年第3期。

^② 拉法格：《忆马克思》。