犯罪概念探讨

张明楷

我国刑法理论认为犯罪具有三个基本特征，即社会危害性，刑事违法性和应受刑罚处罚性。其中，社会危害性是犯罪的本质特征。但这一观点引起了很多同志的异议。因为“特征”是区别一事物与他事物的标志，不仅犯罪行为具有社会危害性，且一般的违法行为、不道德行为都具有社会危害性，所以有人主张，犯罪的特征有三：一是相当程度的（或严重的）社会危害性；二是刑事违法性；二是应受刑罚处罚性；有人认为，犯罪的本质特征是应受刑罚处罚性；有人认为，犯罪的本质特征是刑事违法性。如此等等。

为什么会出现上述情况呢？我以为有以下原因：其一，传统的观点虽然一方面认为犯罪的三个基本特征是密切联系不可分割的，但另一方面又极力主张，社会危害性是最本质的、具有决定意义的特征，给人的印象是把社会危害性与应受刑罚处罚性割裂开来了，本来对社会危害性起限定作用的特征却起不到限定作用。其二，把站在立法者角度看问题得出的结论与站在司法角度看问题得出的结论混淆起来了。笔者试图澄清上述问题，就犯罪概念所揭示的本质属性与法律属性作初步探讨。

本质是事物在性质上区别于其他事物的内在规定性，犯罪的本质就是犯罪行为区别于其他行为的内在的规定性（这里的其他行为不仅包括正当合法行为，还包括一般违法行为和不道德行为）。那么，这个内在规定性是什么呢？马克思和恩格斯说过：“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争，和法一样，也不是随心所欲地产生的。相反地，犯罪和现行的统治都产生于相同的条件。”① 可见，犯罪的本质就是一种反抗统治关系的斗争。统治关系是掌握国家权力的统治阶级为了维护自己的阶级利益而建立或认可的社会关系。如果某个行为反抗统治关系，就危害了统治阶级的利益，统治阶级便将此行为规定为犯罪。我国刑法第十条规定中的“危害……”，“破坏……”“侵犯……”等，都是侵犯我国社会主义社会关系的行为，这就是我国刑法所确认的犯罪本质。刑法理论根据马克思主义的观点和刑法规定，把犯罪的本质首先概括为社会危害性。

把犯罪的本质首先概括为社会危害性，就肯定了犯罪的阶级性，从根本上回答了为什么立法者把某些行为规定为犯罪。但是把犯罪的本质概括为社会危害性并不完整。一方面因为，任何质都是具有一定的量的质，没有量就没有质，不同的事物具有不同的量的界限，质是以一定的量作为必要条件的。因此，我们必须对社会危害性作量的限定，即通过量的限定

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第379页。

把犯罪行为的社会危害性与其它行为的社会危害性相区别。另一方面，“本质”有多层次性，有多方面的含义，就犯罪的本质而言，一要说明立法者为什么要把某些行为规定为犯罪，二要说明犯罪与其它违法行为的区别。所以，把犯罪“本质”概括为社会危害性还不够，还要说明犯罪与一般违法行为的区别。

已经公认的说法是，不仅犯罪行为具有社会危害性，而且一般违法行为和不道德行为也具有社会危害性。不道德行为、一般违法行为与犯罪行为之间没有不可逾越的鸿沟，前者可以转化为后者。那么，这是否意味着一般违法行为与犯罪行为之间没有质的区别呢？不是。一般违法行为与犯罪行为具有质的区别，但这个质的区别首先是通过量的区别来反映的，即一般违法行为的社会危害性没有犯罪行为的社会危害性严重。换言之，一般违法行为与犯罪行为本身各自有保持其质的量的限度，虽然我们笼统地说违法与犯罪都具有社会危害性，但是，这里的“社会危害性”有各自的量的规定性，二者因为量的不同导致质的不同。犯罪行为是最严重的危害社会的行为，用恩格斯的话说：“蔑视社会秩序的最明显、最极端的表现就是犯罪。”① “最极端”，就是指行为的社会危害性严重，已经超过了非刑法的法律规范所能调整的范围，用其他法律规定的制裁方法已经不能解决问题，只有通过最严厉的制裁方法——刑罚来解决。所以，犯罪的社会危害性是达到了应受刑罚处罚程度的社会危害性，应受刑罚处罚的程度与恩格斯所说的“最极端”实际上是一个意思，因为“最极端”，所以应受最严厉的制裁。应受刑罚处罚是对犯罪的社会危害性的量的限定，如果社会危害性没有达到这个量，则不是犯罪的社会危害性；只有社会危害性达到了这个量，才是犯罪的社会危害性，才能从本质上把犯罪行为与其他违法行为、不道德行为区别开来。所以，应受刑罚处罚的社会危害性才是犯罪的本质。这不仅从根本上了回答了立法者为什么把某些行为规定为犯罪行为，而且回答了犯罪行为与一般违法行为、不道德行为的本质区别。

立法者是根据自己所处的历史条件，从维护国家和人民的利益出发，来把某些行为规定为犯罪的。立法者在制定刑法时必然要对具有社会危害性的各种行为进行比较，然后作出选择，把具有应受刑罚处罚的社会危害性的行为规定为犯罪。在立法者那里，可以说，应受刑罚处罚的社会危害性是规定犯罪的一个“标准”。但是，在司法实践中，则不是如此。如果司法实践中仅凭犯罪的本质去认定犯罪必然会出现混乱，无法制可言。因为本质不是人们能直觉得到的，且人们的认识能力、认识水平、法律意识等不尽相同。同一个行为，有些人认为它具有应受刑罚处罚的社会危害性；有些人可能认为没有社会危害性或者社会危害性还没有达到应受刑罚处罚的程度。因此，需要把犯罪的本质外向化，具体化，特征化，于是立法者要在刑事立法中把应受刑罚处罚的社会危害性行为都规定下来，使执法者有个标准：凡是规定在刑事法律中的行为就是具有应受刑罚处罚的社会危害性的行为；或者说，凡是违反刑事法律的行为就是具有应受刑罚处罚的社会危害性的行为。

所谓立法者把具有应受刑罚处罚的社会危害性的行为规定在刑法中，就是将这种行为的特征规定下来，使之具体化，容易被人们掌握。这就是犯罪的法律属性，即犯罪行为区别于其它行为的在法律上的、特别显著的征象、标志。把应受刑罚处罚的社会危害性的特别显著的征象规定在刑法中，就使执法者有了标准。违反刑法或者说符合刑法规定的特征，就构成犯罪。所以，犯罪的法律属性是刑事违法性。对此，有以下几点需要说明：

---

① 《马克思恩格斯全集》第2卷，第416页

第一，在法律没有把某种行为规定为犯罪之前，是没有法律属性的。法律属性是立法者规定出来的，所以只能从司法角度去认识，不能从立法角度去认识。即立法者在规定某种行为为犯罪时，是看不到犯罪的法律属性的。

第二，所谓具有犯罪的法律属性，实际上就是指行为符合刑法规定的犯罪构成要件。立法者把具有应受刑罚处罚的社会危害性行为的特征规定下来，这个特征就成了认定犯罪的规格、标准，就是我们讲的犯罪构成。具体的犯罪具有哪些特征，就是具体的犯罪构成要件。因此，行为符合刑法规定的犯罪构成要件是对刑事违法性的进一步解释。刑事违法性突出说明行为是违反刑法的，是刑法所禁止的，因此，如果谁违反了，就要受到否定与谴责。在此意义上讲，刑法规范主要是对一般人而设的。行为符合刑法规定的犯罪构成要件则是从正面而言的。如果某人的行为与刑法规定的某种犯罪行为的特征完全一致，就要以犯罪论处，给予一定的刑罚处罚。从这个角度上看，刑法规范不仅为一般人而设，且为执法者而设。即它不仅告诉一般人什么是犯罪，告诫一般人不要去犯罪，否则会被处以一定刑罚；而且告诉执法者怎样去认定犯罪，认定犯罪必须具有什么条件、规格、标准。可见，刑事违法性与行为符合犯罪构成要件也是一个问题的两个方面。

第三，犯罪的法律属性——刑事违法性与犯罪的本质属性——应受刑罚处罚的社会危害性是统一的，犯罪正是法律属性与实质属性的统一。从哲学上说，本质是现象的根据，本质决定现象，并通过一定的现象表现自己的存在。现象又总是从不同的侧面表现事物的本质，它的存在和变化，归根到底是从属于本质的。从立法上讲，立法者只是把具有应受刑罚处罚的社会危害性行为规定在刑法中，把这种行为外化为具体特征。因此，如果已经具备刑法规定的特征，当然就具有了应受刑罚处罚的社会危害性。反之，如果行为没有社会危害性，或者社会危害性没有达到应受刑罚处罚的程度，立法者就不会把它规定在刑法中。可见，刑法规定的犯罪特征不是空洞的形式、纯粹的模式，而是说明、反映犯罪本质的。所以，在实践中，凡是符合刑法规定的犯罪特征的行为，就应当以犯罪论处。

那么，是否会出现具有应受刑罚处罚的社会危害性的行为没有规定在刑法中，而符合刑法规定的犯罪特征的行为又不具有应受刑罚处罚的社会危害性呢？对于前者是肯定的，对于后者则是否定的。

有的行为具有应受刑罚处罚的社会危害性，但没有被刑法规定下来，这是有原因的。任何行为总是在一定的条件下实施的，立法者总是根据自己所处的历史条件去确定犯罪。行为的社会危害性的有无与大小是随着社会历史条件的变化而变化的。我国地域辽阔，人口众多、形势在不断变化，行为的社会危害性也在不断变化。有些行为现在没有社会危害性或只有较小的社会危害性，但在将来则可能有应受刑罚处罚的社会危害性；有些危害行为现在没有出现，但将来会出现。立法者不可能把将来可能发生的具有应受刑罚处罚的社会危害性行为全面地、具体地预测出来。刑法制定以后又具有相对的稳定性，不宜随意废改，尤其是不可能在出现一个犯罪以后，就立即进行新的立法以追究行为人的刑事责任。所以刑法公布以后，总会出现一些具有应受刑罚处罚的社会危害性而又没有被刑法规定下来的行为。为了有效地同一切严重危害国家和人民利益的行为作斗争，就只好对上述行为采取类推办法来处理。

如果行为已经被刑法规定下来，那就表明立法者已经认为这种行为是具有应受刑罚处罚的社会危害性的；立法者不会把没有社会危害性或者危害性较小的行为规定在刑法中。很多同志以正当防卫、紧急避险为例，认为这两种行为符合刑法规定的犯罪特征，而实际上不仅

不具有社会危害性，而且有益于国家和人民的利益。当然，这种看法也是有来由的。资产阶级刑事古典学派理论认为，犯罪的成立必须具有三个条件：构成要件的该当性、违法性和有责性。这里的构成要件是指那些说明犯罪行为本身的客观要件，而不包括主观要件，主观要件是由有责性来解决的。根据这一理论，行为符合犯罪构成要件并不一定就构成犯罪。原因就在于符合犯罪构成要件仅仅是指客观事实要件的符合，有些行为虽然在客观上符合犯罪构成要件，但不具有违法性，所以不是犯罪。正当防卫、紧急避险就是如此。我国刑法中的犯罪构成与资产阶级刑法中的犯罪构成具有本质区别。首先，我国刑法中的犯罪构成不是空洞的法律模式，而是反映犯罪本质的。其次，我国刑法中的犯罪构成是主客观相统一的，因为只有主客观相统一才能说明行为具有应受刑罚处罚的社会危害性。根据我国刑法中的犯罪构成来分析，正当防卫与紧急避险是完全不符合犯罪构成要件的。以正当防卫为例，正当防卫是为了使公共利益，本人或者他人的人身或其他权利免受不法侵害，而对正在进行不法侵害的人采取的必要的防卫行为。这一行为是刑法允许的，它没有侵犯刑法所保护的社会关系，因而不具有犯罪的客体；正当防卫行为人主观上是为了制止不法侵害，保护合法权益，这一高尚的主观意图完全不同于刑法的故意与过失，不是在故意或过失心理支配下实施的行为，当然不是危害行为；正当防卫人没有实施犯罪行为，当然就不是犯罪主体。可见正当防卫完全不符合犯罪构成要件。有人之所以说正当防卫完全符合犯罪构成要件，就是只从表面上看正当防卫的客观行为与刑法中的杀人罪、伤害罪的客观行为相似。至于紧急避险完全不符合犯罪构成要件，就不用赘述了。

由于犯罪构成是犯罪本质属性的具体化，犯罪的法律属性是说明犯罪本质属性的。因此，我们在论述犯罪构成时，要以犯罪本质为核心，说明犯罪构成并不是一种空洞的形式，而是具有犯罪的本质内容的。犯罪构成的各个要件是标明社会危害性不可缺少的因素，各个要件的总和，就表明行为的社会危害性达到了应受刑罚处罚的程度。那种把犯罪的构成仅仅看作是空洞的形式，将应受刑罚处罚的社会危害性看作是独立于犯罪构成之外的因素的观点是应当清除的。由于应受刑罚处罚的社会危害性是犯罪的本质，所以要求我们在理解刑法的一切规定时，把握这一本质。只有这样，才能建立起以犯罪本质为核心的刑法学的科学体系。

第四，行为具有刑事违法性的直接后果，就是该行为已经构成了犯罪。已经构成犯罪就表明行为具有应受刑罚处罚的社会危害性，但是这并不等于实践中对于构成犯罪的都要给予刑罚处罚。在某些情况下，行为已经构成了犯罪，但对行为人可以免除刑罚处罚。这与犯罪的本质属性并不矛盾。因为，既然是免予刑事处罚就是以应当受刑罚处罚为前提的，如果不是应当受刑罚处罚，那就不是免予刑罚处罚，而是不应当给予刑罚处罚的问题了。

犯罪的本质属性与法律属性的关系已如上述。下面我们需要回答为什么应受刑罚处罚性不是犯罪的一个独立的基本特征？所谓应受刑罚处罚，一方面是为了说明并非一切具有社会危害性的行为都是犯罪，只有社会危害性达到了应受刑罚处罚的程度时，才是犯罪。可见，应受刑罚处罚在这里是限制社会危害性的，它与社会危害性具有不可分割的联系。事实上现有的刑法理论有时也把二者密切地联系起来了。例如说："社会危害性程度的大小轻重，是划分犯罪与其它违法行为、错误行为的界限的基础"；"划分罪与非罪的界限，归根到底是由行为的社会危害性及其轻重所决定的。"这里的"程度"就是指是否达到了应受刑罚处罚的程度。再如讲到类推条件时，第一个条件便是"行为具有应受刑罚处罚程度的社会危害

性。”可见，把应受刑罚处罚放在本质里去论述，使之保持与社会危害性的内在联系，是理所当然的。从立法上看，立法者规定哪些行为是犯罪行为时，他们不仅要考虑行为有没有社会危害性，而且要考虑是否要用刑罚的方法来处理。只有当社会危害性严重到要用刑罚方法来处理时，立法者才会在刑法中作禁止性规定。立法过程也说明了应受刑罚处罚与社会危害性不可分离。从有关立法的规定来看，《治安管理处罚条例》第二条规定：“扰乱社会秩序，妨害公共安全，侵犯公民人身权利，侵犯公私财产，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；尚不够刑罚处罚，应当给予治安管理处罚的，依照本条例处罚。”这一规定的前半段对社会危害行为的内容的描述，与刑法第十条的描述没有很大差别，那么违反治安管理的行为与犯罪行为的区别何在呢？区别在于前者的社会危害性“尚不够刑罚处罚”，后者的社会危害性则达到了应受刑罚处罚的程度。所以，为了说明犯罪的本质，用“应受刑罚处罚”来限定犯罪的社会危害性是符合立法本意的。现在，人们把社会危害性与应受刑罚处罚性分割为两个特征，又只是突出的说明社会危害性是本质特征。然而具有社会危害性的行为又不一定是犯罪，于是给人们的印象是，具有犯罪的本质特征的行为不一定是犯罪，这岂不矛盾？从而应受刑罚处罚性是犯罪的本质特征的观点便应运而生。但是这一观点不能回答犯罪的本质，不能说明立法者为什么把某些行为规定为犯罪，若采用这一观点，势必回到资产阶级形式主义犯罪概念的圈子中去。而我们说应受刑罚处罚的社会危害性是犯罪的本质，则没有什么矛盾了。还有的同志主张犯罪具有三个特征，但认为应在社会危害性前面加“严重”或“相当程度”等字样予以限制，即严重的或相当程度的社会危害性是犯罪的本质特征。这里的“严重”、“相当程度”的标准又是什么呢？其实也是以应受刑罚处罚为标准。可见，在保留应受刑罚处罚性是一个特征的同时，又在社会危害性前面加上“严重”、“相当程度”等限制词，无疑是叠床架屋。

应受刑罚处罚的另一面是为了说明国家对犯罪行为是持否定、谴责态度的。然而这一点在刑事违法性的特征中，已经很清楚地得到了说明。立法者把某些行为确定为犯罪行为规定在刑法中并给予刑罚处罚，就表明了立法者是否定、禁止这些行为的。所以行为具有了刑事违法性，也就表明了该行为是被刑法所否定、禁止的。在这个意义上说，也勿需把应受刑罚处罚性作为犯罪的特征。

总之，犯罪是具有应受刑罚处罚的社会危害性与刑事违法性的行为。应受刑罚处罚的社会危害性是犯罪的本质属性；刑事违法性是犯罪的法律属性。犯罪的概念是犯罪的本质属性与法律属性的统一。

（作者单位：中南政法学院法律系）

责任编辑：肖　岚