

定罪根据论

王 勇

定罪根据，亦称定罪依据，有时还可称作刑事责任的根据。从法律上讲，它是指定罪的法律规格；从认识论上讲，它是指定罪这一认识活动的认识标准；从逻辑上讲，它是指定罪三段论式中的大前提。在整个定罪活动过程中，定罪根据自始至终是一个中心的问题。研究并弄清这一问题，不但对于实际的定罪工作，而且对于整个定罪论的研究，都具有十分重要的意义。

什么是定罪的根据？中外刑法学者和专家对此存在不同的见解。第一种观点认为，犯罪构成是定罪的唯一根据。例如，苏联著名刑法学家皮昂特科夫斯基认为：“确定某人行为中具有某种犯罪构成，乃是使该人负刑事责任的唯一基础。”^①在我国，也有人提出了类似的观点。^②第二种观点认为，社会危害性和犯罪构成共同构成定罪的根据。例如，苏联的采列捷里和马卡什维里认为，“如果只是形式上具备犯罪构成的各个特征，该行为只是单纯与刑法规范相抵触而没有社会危害性，同样也不能作为追究刑事责任的根据。”^③第三种观点认为，罪过是定罪的根据。例如，苏联的尼基福洛夫认为，刑事责任的根据是某人在实施犯罪行为中的罪过。这种罪过既包括属于犯罪构成的情节，也包括判刑时应加以考虑的其他许多情节，尤其是能说明犯罪分子个人情况的情节。^④在此，尼基福洛夫是把罪过的含义作扩大解释的。

纵观上述三种观点，笔者认为都有不妥之处。第一种观点认为犯罪构成是定罪的唯一根据，这实际上把犯罪构成给绝对化了。我们并不否认犯罪构成是定罪的根据，但犯罪构成是和其他许多因素紧密相连的。在我们运用犯罪构成进行定罪工作时，除了要考虑犯罪构成的诸要件外，还要考虑影响犯罪构成的其他因素，否则就不可能正确地进行定罪活动。因此，把犯罪构成看成是定罪的唯一根据，等于割裂了犯罪构成与其他因素的相互联系，这是不符合马克思主义的唯物辩证法的。第二种观点认为社会危害性和犯罪构成共同成立定罪的根据，这实际上又把社会危害性和犯罪构成绝对地割裂开来了。我们知道，犯罪构成本身是以

① 皮昂特科夫斯基，《社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题》，《苏维埃刑法论文选译》（第一辑），中国人民大学出版社1955年版，第75页。

② 张明楷，《行为具备犯罪构成是认定犯罪的唯一根据》，《青年法学》1986年第1期。

③ 采列捷里、马卡什维里，《犯罪构成是刑事责任的基础》，《苏维埃刑法论文选译》（第一辑），中国人民大学出版社1955年版，第64—65页。

④ 曹子丹等译，《苏联刑法科学史》，法律出版社1984年版，第49页。

社会危害性为内容的。当我们说某一行为具备了犯罪构成，实际也就是承认这一行为是具有社会危害性的。犯罪构成绝非“中性”的对行为事实的描述，而是兼具社会政治评价和法律评价的双重功能。因此，社会危害性和犯罪构成是不可分割的。此外，从加强社会主义法制的角度看，如果承认定罪时除考虑犯罪构成外，还要考虑社会危害性，无疑等于允许司法人员于法律之外寻找定罪根据。这是无助于维护社会主义的法制原则的。第三种观点认为罪过是定罪的根据，这将会导致以行为人的主观危险状态来定罪，造成主观归罪的不良后果。我们社会主义国家的刑法始终应当贯穿主客观相统一的刑事责任原则，这是保证稳、准、狠地打击犯罪、保护人民的一个重要原则，而允许定罪时以犯罪人的罪过为根据，忽视犯罪人的犯罪行为，就会造成这一原则的破坏。可见，上述三种观点都存有一定的缺陷，都不能正确地说明定罪的根据这一理论问题。

要正确地说明定罪的根据，应当坚持三个基本出发点：一是坚持马克思主义的唯物辩证法；二是坚持理论联系实际，理论为实践服务的研究方法；三是坚持社会主义的法制原则。基于此，笔者认为定罪的根据是犯罪构成，或者行为具有犯罪构成，但这种犯罪构成不是绝对意义上的那种犯罪构成，而是以行为的社会危害性和行为人的身危险性说明着的犯罪构成。换言之，定罪的根据就是社会危害性和身危险性基础上的犯罪构成，其落脚点仍然在于犯罪构成。

既然犯罪构成本身就反映着社会危害性，那么，把社会危害性另外予以强调，是否没有必要？要说明这个问题，笔者首先要申明本文所提出的社会危害性基础上的犯罪构成是定罪的根据之观点，与把犯罪构成和社会危害性割裂开来，并列为定罪根据的那种观点是不同的。笔者在此只是说明犯罪构成是建立在社会危害性的基础之上的，因此应当在肯定犯罪构成是定罪的根据的同时，也不能忽视社会危害性这个基础性的条件。如果认为犯罪构成已经包含了社会危害性，从而在定罪时只要严守犯罪构成，就可以体现犯罪的社会危害性，那是十分错误的，也不利于正确地进行定罪活动。这可以从以下几点得到说明：

其一，犯罪构成在形式上表现为一种固定的法律模式或法律规格，而现实中发生的犯罪却是具体的、千差万别的，其社会危害性也是随着个案的不同而各有差异，并随着形势的发展而不断发生变化。因此，这就要求我们不能机械地套用犯罪构成，而应当根据具体犯罪之具体情况，即具体犯罪的社会危害性来运用犯罪构成。例如，在我们实行产品经济的时代，我们对于流通领域中居间牟利的行为一般都是作为投机倒把罪来处理的，因为根据当时的政治经济形势，这种行为的确是符合投机倒把罪的构成要件的。但是，在我国实行社会主义有计划的商品经济的今天，由于形势发生了变化，投机倒把罪的构成内容也就相应地起了变化。现在，在流通领域居间中介，牵线搭桥，收取一定报酬已是法律所允许的，是对促进商品流通有益的，因此对这种行为一般就不再作为投机倒把罪来处理。可见，如果我们把犯罪构成绝对化，而不考虑到犯罪构成已随形势的变化而发生变化，就会造成错误的定罪。

其二，有些犯罪的构成要件本身就是十分抽象和富有“弹性”的，只有借助司法人员的法律意识进行社会危害性的解释，才能正确理解此类要件的含义。例如，我国刑法第129条规定：“违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的，处二以下有期徒刑、拘役或者罚金。”在这一条里，我们可以看出，“情节严重”是构成非法捕捞水产品罪的一个必要犯罪构成条件。但什么是“情节严重”，法律并没有予以具体指明。这是一个抽象的和富有“弹性”的要件。要正确地理解这一要件的含义，

只有通过对行为人行为的社会危害性进行分析，才能予以解决。因此，在这种场合，机械地凭犯罪构成要件进行定罪是不可能的，它必然涉及到对构成要件的社会危害性内容的分析和判断。

其三，有些犯罪虽然在法律上没有标明必须以具备“情节严重”、“情节恶劣”为要件，但在实际办案中却不能不考虑到其行为的社会危害程度。例如，我国刑法第134条规定：“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”这里规定的“伤害”，实际是指一定程度的伤害，不包括那种十分轻微的伤害，如果不这样理解，而把十分轻微的伤害都定为伤害罪，那是不符合法律的要求的。因此，虽然法律没有写明“一定程度的伤害”，但对“伤害”这一要件进行理解时，却要把它理解为“一定程度的伤害”。可见，在此，我们也不能机械地套用犯罪构成，而应当分析其要件中所说明的社会危害性的程度。

通过上述几点，我们可以看出，犯罪构成是受到一定社会危害性的制约的。在某些情况下，仅凭对犯罪构成要件的机械理解，是不能说明行为的社会危害性的，只有将它们有机地联系在一起，才能正确理解和运用犯罪构成，才能正确地进行定罪工作。

除了行为的社会危害性外，行为人的^①人身危险性对于指导正确地理解和运用犯罪构成要件，也是具有一定意义的。人身危险性，亦即行为人再次犯罪的可能性。从其含义上讲，它与社会危害性不同。它所表现的是犯罪人主观上的一种危险倾向，而社会危害性则表现犯罪给社会带来的实际危害。因此，把犯罪人的人身危险性和犯罪的社会危害性并列为说明犯罪构成的条件，是有一定意义的。这可以从以下几点得到说明：

其一，一些说明行为具有社会危害性的犯罪构成要件本身也能说明行为人的^②人身危险性。例如，犯罪人在故意的心理状态之下实施具有社会危害性的犯罪行为，就说明他已走上与社会反抗或至少是藐视社会的道路，如不加制止，仍有继续再犯的可能性，因此让其留在社会之上就有可能发生一定的危险。可见，社会危害性和人身危险性在某些情况下是一个有机的统一体，不能绝对地将人身危险性从社会危害性中予以排斥。

其二，有些抽象或富有“弹性”的犯罪构成要件中也蕴含着人身危险性的因素。例如，我国刑法第160条规定：“聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节恶劣的，处七以下有期徒刑、拘役或者管制。”这里的“情节恶劣”，不但是指行为人的行为情节恶劣，而且还包括犯罪人一贯的品性和犯罪后的态度等情况。在行为情节相同或相似的情况下，如果一个行为人平时就流氓成性，经常对社会进行骚扰，且行为后态度又十分恶劣，拒不承认业已查实的行为事实，而另一个行为人平时表现很好，没什么劣迹，且行为后又主动交待情况，那么，对前者就有可能定流氓罪，而对后者则不一定定流氓罪。

其三，从适用刑罚的目的上看，是为了预防犯罪，尤其是预防犯罪分子重新犯罪。而判断犯罪分子是否会重新犯罪，主要考察依据是行为人人身危险性的大小。如果行为人的^③人身危险性很小，以致不可能再危害社会，那么，我们也就没必要对之予以定罪。例如，一个十六岁的男少年甲和一个即将满十四周岁的幼女乙谈恋爱。在恋爱过程中，乙主动与甲发生了两性关系。后来司法机关以奸淫幼女逮捕了甲。但却受到了乙的竭力反对，她声称，如果对甲判刑，她将自杀。象这样一个案子，从形式上看，行为人的行为是完全符合奸淫幼女罪的要件的，而且甲的行为也确有一定的社会危害性。但从预防犯罪的角度看，行为人的^④人身危险性却是十分小的。在此情况下，司法机关对之定罪判刑也就没有什么意义。因此，一些司法

机关对这类情况没有定罪是十分正确的。尽管行为人的这种行为在形式上符合犯罪构成，但由于没有人身危险性，因此实质上也就根本不具备犯罪构成，不能予以定罪判刑。

总之，我们所理解的犯罪构成是定罪的根据，并不是指它是唯一的根据，而应当辅之以社会危害性和人身危险性的判断，即在犯罪构成和社会危害性及人身危险性的相互联系之中寻找定罪的根据。也许有人会说，否定犯罪构成是定罪的唯一根据，而去联系所谓的社会危害性和人身危险性来说明犯罪构成，等于承认司法实践中可以灵活地解释法定的构成要件，这对社会主义法制会起到一种破坏作用。笔者认为，这种担心是多余的。首先，对于犯罪构成的大部分要件来讲，例如刑事责任年龄、故意或过失、犯罪目的等等，那是固定的，不能任意解释的。可以解释的只是一小部分比较抽象的要件。其次，我们对犯罪进行社会危害性或人身危险性的判断，也不是任意的，而是严格按照构成要件上的要求来进行的，而不是在构成要件之外另有一个社会危害性和人身危险性的标准。再次，从社会危害性和人身危险性的角度来考虑犯罪构成要件，有助于客观、全面、正确地理解法律规定的精神，从而更加正确地进行定罪活动。而那种死抠法律的僵硬作法不但不利于贯彻执行法律的规定精神，而且可能在牵强附会中歪曲法律的本意，从而给社会主义法制带来危害。所以，把社会危害性和人身危险性基础上的犯罪构成看作是定罪的根据，是有利于贯彻而不是破坏社会主义法制原则的。

·三

作为定罪根据的犯罪构成，主要是由刑法规定的。因此，在理解和掌握犯罪构成，并以为之根据进行定罪活动时，我们应当严格遵守刑法的有关规定，并在刑法的有关规定范围内对行为的社会危害性和行为人的身危险性作出分析和判断。但是，与此同时，我们也不能忽视其他一些因素对于理解和掌握犯罪构成以及分析和判断某些犯罪构成要件中所包含的社会危害性和人身危险性的作用。在这些因素中，最主要的有非刑事法律、政策和形势。

非刑事法律并不直接规定犯罪构成要件，但在某些情况下，它对于正确地理解刑法所规定的犯罪构成要件的涵义，是有很大大意义的。例如，我国刑法第117条规定：“违反金融、外汇、金银、工商管理法规，投机倒把，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处、单处罚金或者没收财产。”在这里，构成投机倒把罪的一个重要条件就是“违反金融、外汇、金银、工商管理法规”。而什么样的行为是违反这些法规的行为，刑法没有规定，对之只能根据这些法规的具体规定内容才能理解。可见，在此情况下，在定罪时考虑非刑事法律的规定，也就显得十分必要了。象这类情况，还反映在刑法第113条、114条、116条、121条、127条、128条、129条、130条、163条、173条、176条、186条和189条等条文中。

政策，在这里主要是指党和国家的有关机关制定的对指导定罪工作具有意义的指导性方针或策略。政策包括刑事政策和非刑事政策两种。它们对定罪都起着很大的作用。前者如中央提出的针对少数民族犯罪分子的“两少一宽”政策，就允许在一定条件下对一些少数民族行为人实施的涉及少数民族风俗习惯，且社会危害性不是很大的犯罪行为作为非罪来处理。后者如中央近几年提出的一系列经济政策，就改变了许多行为的犯罪性质。例如，根据中央的有关政策，“长途贩运”现在已成为一种搞活经济的重要途径，应当加以扶持和鼓励。而就在前几年，“长途贩运”还是被作为投机倒把罪来予以认定的。随着党和国家的政策的改变，“长途贩运”行为的犯罪构成也就发生了根本性的改变。可见，政策对于犯罪构成从而

对于定罪的影响是很大的。

形势是指社会所处的某种客观状态，包括政治形势、经济形势、社会治安形势（包括犯罪形势）等等。形势对于定罪，主要是通过它对行为的社会危害性和行为人的身危险性影响，从而对行为的犯罪构成的影响来发生作用的。例如，根据刑法第186条的规定，构成泄露国家重要机密罪，必须具备“情节严重”的要件。如果某人在平时因疏忽而遗失一份国家重要文件，我们或许不会认定其为“情节严重”并予以定罪，但如果某人在战争期间因疏忽而遗失了一份国家重要文件，我们就有可能认定其为“情节严重”并予以定罪了。可见，形势对于定罪的影响也是不可低估的。

当然，影响犯罪构成从而影响定罪的因素并不止于上述几种，还包括其他许多方面的因素，如判例、司法上的传统和社会舆论等等。司法人员在根据犯罪构成进行定罪活动时，必须在坚持犯罪构成的前提下，同时考虑到各种其他因素，只有这样，才能正确地运用犯罪构成并达到正确定罪的目的。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：王敏远

论经济违法行为刑事化的立法原则

陈泽宪

经济违法行为，即违反国家经济法规（或经济行政法规）的行为。经济违法行为的刑事化，是指国家通过刑事立法手段将某些严重经济违法行为规定为犯罪，并予以刑罚处罚。在同经济违法行为作斗争的众多法律手段中，刑事化手段虽然不一定是最有效的，然而却是不可或缺的。它表明国家和社会对严重违法行为最严厉的谴责和最强烈的否定，对经济违法犯罪活动具有巨大的威慑和遏制力。但是，国家没有必要也不可能将经济领域中纷繁众多的违法行为都予以刑事化。因为任何法律手段只有得到科学适度的运用，才能收其最佳功效。在我国社会经济生活发生深刻变革，经济刑法亟待完善的今天，应当遵循哪些立法原则来正确界定经济违法行为刑事化和非刑事化的范围，以及确保经济刑法规范的科学性和可能性，这是值得法律界认真探讨的具有积极现实意义的重要课题。本文就此略抒管见。

一、行为的较大社会经济危害性原则

较大的社会危害性是一切犯罪的本质特征。确认行为具有较大的社会经济危害性，应当成为对经济违法行为刑事化的基本原则。一般来说，任何经济违法行为都具有一定的社会经济危害性。这并非因其违法性决定其具有危害性，相反，而是此类行为在社会经济生活中表现出一定危害性，才促使立法者通过有关经济行政法规将其非法化，即行为的违法性是其危