

罪名确定的科学性

刘艳红^{*}

新刑法颁布后,分则条文骤增,如何对这些条文规定的罪状进行科学概括以确定适当罪名,^[1]成为刑法理论界和司法实践部门关注的焦点。1997年12月11日,最高人民法院公布了《关于执行中华人民共和国刑法确定罪名立法的规定》(以下简称《规定》);同年12月25日最高人民检察院又公布了《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》(以下简称《意见》),就罪名确定的有关问题各自进行了司法解释。本文拟在理论界关于罪名问题的研究基础上,结合“两高”的司法解释就罪名确定的科学性问题分析探讨。

一、罪名确定的科学性的意义

罪名的确定是否具有科学性,直接关涉到刑法领域中的一系列重大问题,具有重要的实践意义和深远的理论意义。

首先,罪名的确定是否具有科学性,直接影响刑法的权威性和刑事司法活动的严肃性。如果对罪名的确定不准确、不统一,将会直接导致人们对司法机关适用刑法的准确性产生怀疑,从而影响司法活动的严肃性。其次,罪名的确定是否具有科学性,直接影响罪名功能的发挥和刑罚目的的实现。罪名不单纯是个名称问题,而且具有概括、识别(个别化)、评价、威慑等主要功能。^[2]罪名是对具体犯罪本质特征的高度概括,罪名确定不科学,意味着这种概括不准确,从而使人们无法正确地把握各种犯罪的独特含义,不能区分此罪与彼罪的界限,罪名的识别功能便难以发挥;并会导致国家对犯罪行为的否定评价不准确,对犯罪主体的谴责不适当,从而影响罪名否定评价功能的发挥;另外,还会使人们难以把握实施行为时到底应避免触犯什么样的罪名,无法给人们提供一个准确的行为准则,从而影响罪名威慑功能的实现。而罪名威慑力的大小又直接关系到刑罚特殊预防和一般预防目的的实现。因为刑罚目的的实现必须借助于刑罚功能;不充分发挥刑罚的积极功能,刑罚目的就不可能实现;而特殊预防赖以实现的刑罚

* 北京大学博士研究生。

[1] 本文所指罪名确定,是指理论上“对刑法分则条文规定的具体犯罪确定相应的名称的问题,即如何运用恰当的概念表现刑法有关条法规定、描述的具体犯罪的本质特征……”。(赵秉志主编:《刑法争议问题研究》(下),河南人民出版社1996年版,第23页。)

[2] 参见苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1994年版,第392页以下;赵秉志、张智辉、王勇:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第37页以下。

功能中有个别威慑功能,一般预防赖以实现的刑罚功能中有一般威慑功能;^[3]罪名不同,其威慑功能必然不同;即使就同一内容的犯罪而言,对罪名的表述不同,其表现出来的威慑功能也不相同。威慑功能不同,必然影响刑罚目的的实现程度。再者,对犯罪行为确定适当的罪名,有利于促使犯罪人认罪服法,积极改造,因而有助于特殊预防的实现,有利于促使其他人确信刑法的客观公正,确立稳定的行为准则,因而有助于一般预防的实现。

罪名确定的科学性的意义,在新刑法颁布后,显得尤为突出。

新刑法修订之前,我国刑法理论界曾就改革旧刑法的立法模式进行了较为深入的研究,有人提出新颁布的刑法应采用“标题明示式”^[4]的立法模式;有人提出采用“罪名—定义式”^[5]的立法模式。但由于种种原因,新刑法对罪名的规定,基本上仍旧采用了旧刑法的立法模式,即“暗含推理式”;^[6]同时,新刑法有向客观主义倾斜的特点,^[7]重视对犯罪行为客观方面的描述,绝大多数条文采用的是叙明罪状。在这种情况下,就需要对新刑法中的罪名进行科学概括。然而,从新刑法颁布后已出版的各种版本的论著来看,罪名的学理概括却十分混乱,突出表现在如下几个方面:

第一,一罪多名。即一种具体的犯罪行为出现了多个不同的罪名。例如,对新刑法第166条的规定就出现了十种罪名:“损公肥私罪”^[8]“损害国有公司、企业、事业单位利益罪”^[9]“国有公司、企业、事业单位的人员以权谋私罪”^[10]“背信经营罪”^[11]“国有公司、企业单位的职工损公肥私罪”^[12]“徇私经营罪”^[13]“为亲友牟取商业利益罪”^[14]“国有公司、企业事业单位的工作人员利用职务便利损害国家利益罪”^[15]“背职经营罪”^[16]“商业谋私罪”^[17]可以说,一罪多名是罪名的学理概括中最为突出的一种混乱现象。

第二,多罪一名。即有些本应独立的几个罪名却被当成一个罪名。例如,新刑法第343条的两款规定,应是两个独立的罪名,即非法采矿罪(第1款)和破坏性采矿罪(第2款)。因为两罪的犯罪构成不同,首先,两罪的行为不同:前罪表现为违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿

[3] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社1997年版,第408页以下。

[4] 参见韩美秀:《我国刑事法律罪名立法的状况与完善》,载马克昌、丁慕英主编:《刑法的修改与完善》,人民法院出版社1995年版,第199页;吴平:《罪名规范化、统一化之我见》,《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期。

[5] 参见喻伟、康均心:《论我国罪名的修改与完善》,载高铭暄主编:《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版;高格:《论我国刑法关于罪名的规定与完善》,《吉林大学学报》1991年第6期。

[6] “暗含推理式”,是指在一个类罪名下,刑法条文不明确规定具体犯罪的罪名,而只描述罪状,要确定罪名只有结合条文的描述,加以抽象、概括、推理。参见前引[5],喻伟、康均心文。

[7] 参见张明楷:《新刑法与客观主义》,《法学研究》1997年第6期。

[8] 欧阳涛、魏克家等主编:《中华人民共和国新刑法注释与适用》,人民法院出版社1997年版,第319页。

[9] 李建华、严金主编:《新刑法实用手册》,光明日报出版社1997年版,第250页。

[10] 邓又天主编:《中华人民共和国刑法释义与司法适用》,中国人民公安大学出版社1997年版,第272页。

[11] 陈兴良主编:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第297页。

[12] 郎胜主编:《中华人民共和国刑法释解》,群众出版社1997年版,第189页。

[13] 曹子丹、侯国云主编:《中华人民共和国刑法精解》,中国政法大学出版社1997年版,第151页。

[14] 周道鸾、单长宗等主编:《刑法的修改与适用》,人民法院出版社1997年版,第368页。

[15] 周其华主编:《新刑法各罪适用研究》,中国法制出版社1997年版,第141页。

[16] 周振想主编:《释论与罪案》,中国方正出版社1997年版,第780页。

[17] 吴学艇主编:《刑法修改问题讲座》,中央编译出版社1998年版,第243页。

的,擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,经责令停止开采后拒不停止,造成矿产资源破坏的行为;后罪表现为违反矿产资源法的规定,采取破坏性的开采方法开采矿产资源,造成矿产资源严重破坏的行为。其次,两罪的主体不同:前罪主体是没有采矿资格的人,后罪主体是有采矿权利的人。最后,两罪的法定刑也不同。所以应分别确定为两个独立罪名。然而有人却将该条两款犯罪概括为一个罪名——“破坏矿产资源罪”。^[8]再如第333条第1款规定的犯罪,也应是两个独立的罪名,^[9]即非法组织卖血和强迫卖血罪,而有人却将其概括为一个罪名,即“非法组织、强迫他人出卖血液罪”。^[10]

第三,繁简不当。表现之一是文字不该简化的简化了。例如,有人将新刑法第294条规定的犯罪概括为“组织、领导犯罪组织罪”。^[11]姑且不论将该条两款概括为一个罪名是否妥当以及将“参加”行为未概括在罪名中是否科学,单是将条文中规定的“黑社会性质的组织”概括为“犯罪组织”就过于简化了。因为“犯罪组织”的外延明显大于“黑社会性质的组织”,除了黑社会性质的组织外,还有其他不带有黑社会性质的犯罪组织,如恐怖活动组织、间谍组织等。如此简化人为地扩大了该罪的外延从而不能正确地反映该罪的本质。表现之二是在文字上不该增加的却增加了,使得罪名过于繁琐。例如,有人将新刑法第327条规定的犯罪表述为“将国家保护的文物藏品出售或者私自送给非全民所有制的单位或者个人罪”,^[12]有人将第146条的犯罪概括为:“生产、销售伪劣电器、压力容器、易燃易爆产品或其他危害人身、财产安全的伪劣产品罪”。^[13]这种冗长的表述很难使人认为它们是罪名。

上述现象都是罪名确定不科学的表现。一个犯罪行为理当只有一个名称,而不能同时存在别名;而多个犯罪行为相应地当然应有多个罪名,不能共用一个罪名。否则,就会妨碍罪名识别功能的发挥,也会混淆一罪与数罪的界限。实现罪名确定的科学性,除了要求罪名揭示犯罪的本质外,还应当使罪名反映犯罪之间的区分,但一罪多名、多罪一名的现象违反上述要求,因而缺乏科学性。实现罪名确定的科学性,也要求罪名繁简得当。这表面上是形式上的要求,实际上与犯罪的内涵、外延密切相关。罪名过简,意味着对罪状的概括过于抽象,容易导致罪名脱离法条规定的罪状,难以准确反映该种犯罪行为的本质,因此缺乏科学性;罪名过繁,则使罪名几乎丧失了概括的功能,使得罪名几乎等同于罪状,所以同样是不科学的。

学理概括上的不科学现象直接导致司法人员在适用新刑法过程中面临无所适从、难以决断的问题。在这种情况下,“两高”颁发了《规定》和《意见》,开创了我国刑法司法解释史上对罪名的确定进行司法解释的先例,使犯罪名称基本得到了统一,极大地解决了司法实践部门的难题。应该承认,“两高”司法解释中所确定的罪名绝大部分都是科学的,但其中也存在着问题,最突出的便是《规定》和《意见》中关于某些条文(即第39条、第399条、第406条)所定罪名存在

[8] 前引[3],曹子丹、侯国云主编书,第313页。

[9] 参见陈兴良:《新刑法之罪名分析》,《中央政法管理干部学院学报》1997年第4期。

[10] 柴振国、包雯等主编:《新刑法理论与实践》,中国物资出版社1997年版,第599页。

[11] 前引[5],周其华主编书,第334页。

[12] 前引[5],周其华主编书,第382页。

[13] 宣炳昭、林亚刚等:《特别刑法罪刑论》,中国政法大学出版社1993年版,第383页。需特别指出的是,该罪名来自1993年7月2日全国人大常委会颁布的、目前已被新刑法宣布废止的《关于生产、销售伪劣商品犯罪的决定》(以下简称《决定》)第5条,由于新刑法在对该罪行为的规定上与《决定》第5条是一致的,所以该罪名虽是针对《决定》第5条提出的,但同样适用于新刑法第146条。

着冲突,这些冲突最为明显地反映出了一罪多名、多罪一名等现象在司法解释中也存在;同时,在那些不存在冲突的罪名中,多罪一名、繁简不当等不合理现象也在一定程度上存在着(这些现象笔者将在下文中展开)。

刑事司法活动不能离开刑法理论的指导,更不能不受司法解释的约束。如果学理上、司法解释中对罪名的确定缺乏科学性,就必然对刑事司法活动产生消极影响。上述理论上在罪名确定中的混乱现象、司法解释中对罪名确定存在的问题,都足以表明研究罪名确定的科学性问题是十分必要的。同时我们也应当看到,‘两高’的司法解释虽然对罪名已进行了规定,但这并不意味着理论上的探讨可以结束;相反,结合‘两高’司法解释对罪名确定的科学性进行研究,才会进一步推动刑法理论的发展,促进刑事司法解释的完善,并有利于指导司法适用。

二、罪名确定的科学性的具体标准

罪名的确定应当具有科学性,这是得到公认的,^[24]然而,如前所述,理论上人们确定的许多罪名却缺乏科学性;‘两高’司法解释中也存在类似问题。之所以如此,就在于人们对罪名确定的科学性的具体标准没有形成共识。因此,我们需要解决的不仅是罪名确定应否具有科学性的问题,而是如何建立科学性的具体标准的问题。笔者以为,科学确定罪名必须掌握以下具体标准(当然,这些标准同时也是评价‘两高’司法解释中的罪名是否科学的客观尺度):

(一)准确反映犯罪本质

‘犯罪的本质是犯罪的根本性质,是构成犯罪各要素的内在联系。它是犯罪中相对稳定的东西。犯罪的本质是由它本身所包含的特殊矛盾构成的。特殊矛盾是决定犯罪特殊本质的基础。’^[25]一种犯罪之所以是此罪而不是彼罪,就是由其自身独特的本质所决定的。所以,为了实现罪名确定的科学性,也为了充分发挥罪名的识别、评价等功能,确定罪名时一定要力求准确地反映犯罪的本质,具体要求如下:

1. 以犯罪的本质特征为核心确定罪名,而不能以犯罪行为次要的,非本质的特征为核心确定罪名。

犯罪的本质是通过犯罪的特征表现出来的。但是犯罪的特征中有的与犯罪的本质很接近,能最直接地反映犯罪本质;有的则与犯罪的本质相距较远,只能间接地反映犯罪的本质。前一种就是犯罪的本质特征,后一种则是犯罪的非本质特征。诚然,确定罪名是以罪状为前提的,而罪状又是对犯罪构成特征的描述,因而条文所规定的诸犯罪构成特征对于确定罪名都具有一定的意义。但是,它们对于确定罪名的意义又是轻重有别、主次不同的,其中最能反映犯罪的本质的构成特征才是我们确定罪名所应依据的核心。如果遗漏或没有准确把握犯罪的本质特征,即使在确定罪名时充分考虑了其他诸特征,最后确定的罪名也未必是科学的。并且,由于这样确定的罪名没有反映犯罪行为的本质,于是也就不能将其和其他犯罪区别开来。例如,‘两高’司法解释中将新刑法第331条规定的行为概括为“传染病菌种、毒种扩散罪”,就难以认为这一

[24] 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年版,第313页;赵长青主编:《中国刑法教程》,中国政法大学出版社1994年版,第257页;赵廷光:《中国刑法原理》,武汉大学出版社1992年版,第21页;前引[2],苏惠渔书,第397页。

[25] 青锋:《犯罪本质研究》,中国人民公安大学出版社1994年第22页。

罪名反映了该条犯罪行为的本质。因为传染病菌种、毒种扩散的本身并不等于就是犯罪,它只是限定本条行为构成犯罪的结果,是本条罪客观行为的一个次要特征;同时这一结果既可能发生在意外事件中,又可能发生在一般违法行为中,也可能发生在犯罪行为中;违反本条构成犯罪的行为,并不是仅仅因为传染病菌种、毒种扩散这一客观事实,而是由于违反国务院卫生行政部门的有关规定造成了这一客观事实。因此,上述罪名虽然也在一定程度上反映了该罪的特征,但由于没有以该罪的本质特征为核心确定罪名,因此不能揭示该罪的本质,也不能通过它区分罪与非罪。有学者将该条罪名概括为“违反规定造成传染病菌种、毒种扩散罪”,^[26]笔者以为,这一罪名抓住了本条罪之本质特征,因而比较科学。

2. 罪名应反映犯罪的基本结构,而不能使犯罪的基本结构发生混乱。

“结构是组成有机整体的各个部分、要素、成分相结合的方式和构造形式,它是由各要素、成分的特殊本质共同决定的,按照其本身发展规律逐步形成的内在关系。简言之,结构即事物内部诸要素的组织形式。”“事物在结构上的不同,是构成事物矛盾特殊性的重要内在根据之一。”^[27]显然,事物的本质也取决于事物的结构,只有正确反映事物的结构,才能抓住事物的本质。所以,在确定罪名时,一定要注意犯罪构成各要素之间的结合方式,不要因要素之间的排列不当而使犯罪的基本结构发生混乱,从而影响对犯罪本质的认定。例如,新刑法第360条规定,“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的,处……”。关于该条罪名的确定,理论上主要有两种观点:第一种观点认为,对该条罪名可概括为“传播性病罪”;^[28]第二种观点认为,对该条罪名可概括为“有严重性病卖淫、嫖娼罪”,^[29]或“明知患有严重性病卖淫、嫖娼罪”。^[30]“两高”的司法解释中采纳的是第一种观点。第一种观点实际上是把第360条规定的行为所可能导致的结果——性病的传播、蔓延作为罪名;第二种观点则是把第360条规定的行为——患有性病并卖淫、嫖娼作为罪名。这两种罪名反映出的犯罪结构是完全是不同的。按照第一种观点本罪是结果犯,即严重性病患者客观上实施了卖淫、嫖娼行为并传播了性病,主观上对“传播性病”具有故意时才构成犯罪;按照第二种观点,本罪是抽象的危险犯,即患有严重性病的人在客观上实施卖淫、嫖娼的行为,主观上对卖淫、嫖娼本身具有故意,就可构成本犯罪,至于实际上是否导致性病的传播和蔓延并不影响犯罪的成立。而刑法第360条并未将本罪规定为结果犯;即使是传播性病的抽象的危险,也只是本罪的处罚根据,而非构成要件。可见,第一种观点确定的罪名避过行为要素,直接将根据行为要素推导出的结果要素作为罪名,使得罪名的基本结构发生了混乱,因而无法揭示该罪之本质;第二种观点确定的罪名紧扣条文按行为要素加以合理排列,较科学地反映了犯罪的基本结构,从而能够将犯罪的本质揭示出来,因而才是科学的。当然,第二种观点所定罪名在文字表述上还可斟酌,有学者将该罪表述为“性病患者卖淫、嫖娼罪”,^[31]笔者以为这一罪名既规范又简炼,更显科学性。再如,新刑法第339条规定:“违反国家规定,将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置的,处……”。“两高”将该条概括为“非法处置进

[26] 前引[11],陈兴良主编书,第523页。

[27] 阳作华,黄金南主编:《唯物辩证法范畴研究》,华中工学院出版社1984年版,第66页。

[28] 前引[9],李建华、严金书,第497页;前引[4],周道鸾、单长宗等书,第727页。

[29] 前引[12],郎胜主编书,第481页。

[30] 前引[11],陈兴良主编书,第582页。

[31] 前引[6],张明楷书,第883页。

口的废体废物罪”，理论上亦有人作此概括。^[62]按该罪名，如果外国人将固体废物运输进入中国境内，由中国人在境内非法处置的，则前者不构成本罪，后者才构成本罪。而按该条规定，前后两者的行为都构成本罪。同时据此罪名，本罪的对象是业已“进口的废体废物”，之所以构成犯罪仅仅是因为行为人实施了“非法处置”的行为，而实际上，根据第339条之规定，本罪之行为并非仅仅是因为行为人实施了“非法处置”的行为。实际上，根据第139条之规定，本罪之行为并非仅仅只是“非法处置”，而是既表现为非法进口固体废物，又表现为对这些非法进口的固体废物进行倾倒、堆放、处置。因此，“进口”只是犯罪行为中的一个要素，而非对象要素。而上述罪名没有注意犯罪构成各要素之间的排列，将行为要素置于犯罪对象之前作用对象要素使用，并使得它与另一行为要素——“非法处置”相分离，使罪名的基本结构发生了混乱，从而改变了该罪的内涵。相反，如果紧密联系条文，在“非法处置”、“进口”、“固体废物”等行为、对象要素之间的排列上作些调整，将其概括为“进口处置固体废物罪”，则能准确反映条文之规定，并有效打击外国人犯罪，不致发生认定上的混乱。

3. 以犯罪的基本要素为根据确定罪名，而不要轻易以犯罪的手段、情节等为直接根据确定罪名。

要素是相对于系统或整体而言的，是“构成整体的各个特定事物，或其各种特定的关系现象、过程”。^[63]而一个系统中的诸多要素又有着不同的地位，起着不同的作用，只有其中占主导地位、起主要作用的基本要素才能决定该系统的“质”。这就为我们认识一个复杂事物的内在关系，进而把握该事物的本质提供了一个新的思维角度。从这个角度而言，犯罪也可以说是一个复杂的系统，它由犯罪的行为、手段、动机、后果等众多要素所构成。在确定罪名时，也就应以其中能够决定犯罪本质的基本要素如犯罪行为、主体等为根据，而诸如犯罪的手段、情节等要素在不同的犯罪中它们可以是相同的，在同一犯罪中它们可以是不同的，因而往往是多种多样的，既不稳定，也无法穷尽，不属于犯罪的基本要素，不能轻易以它们为直接根据来确定罪名，否则就是不科学的。例如，新刑法第238条规定：“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处……”。这一规定较之旧刑法第143条关于该罪之表述，只有文字上的变动，没有实质性的修改。然而，无论在新刑法颁布以前还是颁布以后，刑法理论上都一直将该条罪名概括为“非法拘禁罪”。^[64]此次，“两高”的司法解释中也作了同样的概括。然而，从该条规定可以看出，本罪的犯罪行为是非法剥夺公民的人身自由，非法拘禁只是非法剥夺公民人身自由行为的一种手段，除此之外还有“其他方法”。如果用其中一种手段当作罪名使用，那么该条就会有无数个罪名，难以穷尽；同时还容易得出除了非法拘禁外，其他非法剥夺公民人身自由的行为不构成犯罪的错误结论。根据该条规定，本罪的基本要素是：“非法剥夺他人人身自由”这一行为，对于本罪的其他基本要素诸如主体、主观方面等，由于不涉及此罪与彼罪的区分，也无特殊主体的要求，故在条文中未作规定，确定罪名时就可不加考虑。所以，确定本条罪名就只须以“非法剥夺他人人身自由”这一基本要素为根据，将其罪名概括为“非法剥夺人身自由罪”才是

[62] 曾粤兴主编：《新刑法通论》，法律出版社1997年版，第482页。

[63] 前引[67]，阳作华，黄金南主编书，第48页。

[64] 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第474页；赵秉志、吴振兴：《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第630页；何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第686页；王作富主编：《中国刑法的修改与补充》，中国检察出版社1997年版，第175页。

科学的,才能准确反映犯罪的本质。

(二)全面反映犯罪外延

任何事物都有内涵与外延两个方面,“内涵是指决定概念所指对象的本质的特征。概念的外延则是该概念所指的集合。”^[65] 概念的内涵决定其外延,外延则反映着概念的内涵,二者是一对基本范畴。因此,确定罪名时,不仅要准确地揭示犯罪的本质即犯罪的内涵,同时还要全面反映犯罪行为的外延,既不能包含犯罪外延之外的行为,也不能只反映犯罪的部分外延,否则确定的罪名也不科学。全面反映犯罪外延,要求做到以下两点:

1. 要准确反映犯罪的内容,不要涵盖非犯罪行为。

既然是罪名,就应准确地反映条文规定的犯罪行为,而不能将非犯罪行为概括在内,否则就难以区分罪与非罪,也无法发挥罪名的否定评价功能。例如,新刑法第335条‘医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康’的行为,《规定》和《意见》中概括为‘医疗事故罪’。笔者以为,这一罪名反映的内容就超出了该条罪行为的外延,将非行为也涵盖在内了。因为医疗事故可以是条文中规定的由于医务人员严重不负责任造成的责任事故,可以是医务人员因技术过失所致的医疗技术事故,也可以是由于医务人员不能预见或者不可抗拒的原因造成的医疗意外事故,等等。而只有医疗责任事故才是本条的犯罪行为,医疗技术事故或医疗意外事故等并不能认定为犯罪。综合本条规定,将其罪名概括为‘医疗事故罪’则最能准确地反映该罪行为之外延,既不会过宽,也不会过窄。再如新刑法第230条,“两高”司法解释中将其罪名确定为‘逃避商检罪’,这一罪名同样涵盖了非犯罪行为。因为商检包括国内商品检验和进出口商品检验,刑法第230条只处罚逃避进出口商品检验的行为,逃避国内商品检验的并不是犯罪,所以这一罪名同样不科学。将其概括为‘逃避进出口商品检验罪’则能恰如其分地反映该罪的外延。理论上将新刑法第203条概括为‘欠税罪’^[66]以及‘两高’司法解释中对新刑法第166条、330条、332条等条文确定的罪名都存在上述缺陷。

2. 要能涵盖相关条文所规定的全部犯罪行为,而不能只反映部分犯罪行为。

确定的罪名除了不能涵盖非犯罪行为外,还应注意不能只反映部分犯罪行为,而应将条文规定的全部犯罪行为都概括在内,否则将难以发挥罪名的概括功能,因而同样是不科学的。这一点‘两高’司法解释中做得比较好,几乎没有只反映部分犯罪行为的不科学的罪名。而在学理上,这种概括并不鲜见,因而值得我们注意。例如,新刑法第320条规定:“为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件,或者出售护照、签证等出入境证件的,处……”,有学者将该条罪名概括为‘提供伪造、变造的出入境证件罪’^[67]这一罪名就只反映了该条‘或者’前段的行为;而未能概括后段的‘出售’行为。因为提供伪造、变造的出入境证件的行为与出售出入境证件的行为之间是相互排斥的,后一行为的对象是真实有效的出入境证件,前一行为的对象则是假的无效的出入境证件,两种行为之间不存在包容与被包容关系。因此上述罪名人为地缩小了该行为的外延,而‘两高’的司法解释中将其概括为‘提供伪造、变造的出入境证件罪’、‘出售出入境证件罪’则是较为科学的。

(三)明确反映相关界限

[65] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第85页。

[66] 前引[13]曹子丹、侯国云主编书,第189页。

[67] 前引[11],陈兴良主编书,第504页。

“科学认识在很大程度上在于判断。而判断却在于它是对许多有可能性的命题中的一个命题的判定。但是,这种判定以区别为前提。只有当人们能够清楚地区别眼前的可能性,十分清楚各种可能性的后果时,才是理智的判定。真正的科学从本质上是批判的,即它区别,区分,找出差异。”^[68]因此,罪名确定要具有科学性,就应注意所确定的罪名能够起到区分的作用,不能为了确定罪名而确定罪名,而应考虑一个罪名确定之后能不能区分相关界限,具体而言要做到以下两点:

1. 反映此罪与彼罪的区别。

罪名的一个重要功能就是识别,为了有效地发挥这一功能,确定罪名时就应注意所定罪名能否反映此罪与彼罪的区别。新刑法分则条文多,罪名多,准确地区分此罪与彼罪的界限尤为重要。因此在确定罪名时应注意刑法分则条文前后之间的关系,正如台湾学者刘清波指出:“刑法分则各条之间,亦有其相互关系,若忽而不察,易致断章取义,而失法文之真义”,此乃“研究分则应注意之点。”^[69]只有充分注意到条与条、罪与罪之间的关系,才会使罪名之间协调一致,合理分工,形成一个有机的统一体。这里所说的刑法分则条文之间的关系,主要是指犯罪行为之间有个别要件不同而区分为不同罪的条文之间的关系。这些条文既有共性,又有区别,为了能准确地识别此罪与彼罪,确定罪名时应在罪名中既反映出其共性又要反映个性。具体来说,根据分则条文之间的关系,确定罪名时可主要掌握如下不同要求:

第一,在仅因主体身分不同分别构成不同犯罪的情况下,确定罪名时,应既写明共同联系的行为,又写明主体。关于这一点,“两高”在确定罪名时基本上做到了。例如,对于新刑法第163条、第385条、第387条这三个条文的犯罪,它们的犯罪行为都是受贿,区分的关键是各自的主体不同。“两高”在确定它们的罪名时,既充分考虑了它们之间的联系,也考虑了它们之间的区别,因此在罪名中对其共性——“受贿”行为以及区别的关键——主体,在罪名中均予以标明(当然由于第385条的罪名立法者已在条文中加以规定,所以该条是例外),从而形成了受贿犯罪的完整的罪名体系。然而“两高”司法解释中确定的罪名有的也没有充分考虑条文之间的关系,出现了一些不协调现象。例如,对于新刑法第167条与第406条的罪名,《规定》中分别概括为“签订、履行合同失职罪”和“国家机关工作人员签订、履行合同失职罪”;《意见》中则分别概括为“签订、履行合同失职罪”和“国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪”。这两组罪名除了对第406条罪在文字表述上稍有不同——即《意见》中确定的罪名多了“被骗”两字以外,其他完全一致。笔者以为,第167条与第406条的行为相同——都是在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的行为。对于这种行为,《规定》中概括为“签订、履行合同失职”;《意见》中对第167条也是如此概括的,这一概括既简炼也能反映这种行为的本质,因此,《意见》中对第406条罪加上“被骗”二字实属多余。其次,也是最主要的,这两组基本上相同的罪名都不能很好地将第167条与第406条区分开来。如前述,这两条罪的客观行为相同;另外,它们的主观罪过也相同——都是过失;区分的关键在于犯罪的主体不同:第167条罪的主体是“国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员”,第406条罪的主体是“国家机关工作人员”。因此罪名中除了写明行为外,还应明确地写明犯罪主体,否则不利于准确区分两罪。“两高”在确定其罪名时基本上遵循了这一思路,也考虑到了两罪之间的关系,因

[68] 阿·迈纳《刑法论导论》,生活·读书·新知三联书店1991年版,第140页。

[69] 刘清波:《刑法概论》,台湾开明书店1959年版,第169页。

而将第 406 条罪的主体在罪名中予以了标明;但这种考虑又不充分,因为《规定》和《意见》中对第 167 条罪的主体在罪名中均未提及,让人看后容易误以为第 167 条罪之主体是一般主体,第 406 条罪之主体是特殊主体,两罪有法条竞合的关系。综上,笔者以为,宜将第 167 条与第 406 条分别概括为“国有公司、企事业单位负责人签订、履行合同失职罪”和“国家机关工作人员签订、履行合同失职罪”,虽然稍嫌繁琐,但是人们通过这两个罪名就能清楚地知道两罪间的联系与区别,不失为两个科学的罪名。

第二,在主要由于罪过形式不同而分别构成不同犯罪的情况下,确定罪名时,应标明其罪过是故意还是过失。例如,新刑法第 324 条第 1 款与第 3 款都是损毁珍贵文物的犯罪行为,所不同的是第 1 款罪的主观罪过是故意,第 3 款是过失。为区分两罪,《规定》和《意见》在罪名中将罪过形式均予以了标明,分别将其罪名确定为“故意损毁珍贵文物罪”和“过失损毁珍贵文物罪”,这就体现了上述要求,因而是科学的。再如司法解释中确定的新刑法第 370 条第 1 款的故意提供不合格武器装备、军事设施罪,第 2 款的过失提供不合格武器装备、军事设施罪,第 232 条的故意杀人罪、第 233 条的过失致人死亡罪、第 234 条的故意伤害罪、第 235 条的过失重伤罪等也都是适例。需要指出的是,在以罪过形式相区分的犯罪中,主观罪过为过失的,司法解释中一般都予以了标明;主观罪过为故意的,司法解释中有时没有标明。如新刑法第 117 条、第 119 条第 1 款规定的破坏交通设施罪,第 119 条第 2 款的过失损毁交通设施罪,第 114 条的放火罪、爆炸罪、投毒罪,第 115 条的失火罪、过失爆炸罪、过失投毒罪等,其中故意形态的犯罪在罪名中都未写明“故意”二字。对于这种情况。我们在理解时应该明确,由于与这些故意犯罪相对应的过失犯罪是另外的独立罪名,因此第 117 条、第 119 条第 1 款、第 114 条规定的犯罪其主观罪过则只可能是故意。之所以不在罪名予以明示“故意”二字,是由于理论和实践中的长期使用,并已为社会所接受、所认同使然,可谓约定俗成;即使不明示,人们也知道(同时也应该知道)其主观罪过是故意。此外,还有少数以罪过形式相区分的犯罪,由于其行为能够较准确地反映其主观罪过是故意还是过失,因此司法解释在罪名中既未标明“故意”也未标明“过失”。例如,新刑法第 440 条的遗弃武器装备罪与第 441 条的遗失武器装备罪,二罪行为相同,区别在于主观罪过前罪为故意,后罪为过失,但司法解释在罪名上并未明示“故意”或“过失”。这是因为通过两个罪名所示行为,人们就能了解各自的主观罪过形式。遗弃行为很明显反映的是故意的主观罪过,因为所谓遗弃就是故意丢弃;而遗失行为则应指保管不慎而丢失,其主观上显然是过失。既然如此,当然毋需在条文中再标明主观罪过,否则,反倒是不科学的。

另需指出的是,虽然新刑法中的目的犯较之旧刑法大为减少,但是目的犯仍然存在。其中大部分犯目的犯中的目的是区分罪与非罪的界限,如走私淫秽物品罪、赌博罪等。也有少数目的犯中的目的是区分此罪与彼罪的界限,对于这种仅因目的不同而分别构成不同犯罪的条文,确定罪名时应将其主观目的在罪名中予以标明。例如新刑法第 363 条第 1 款“以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品”与第 364 条第 1 款的“传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品的”行为,两条罪都有传播淫秽物品的行为,区别仅在第 363 条中的传播行为是以牟利为目的,而第 364 条中的传播行为不以牟利为目的。在确定罪名时如果仅对行为进行概括则难以通过罪名识别此二罪,只有在罪名中标明目的,才能准确地区分它们。“两高”司法解释中将这两个条文中的传播淫秽物品的行为分别概括为“传播淫秽物品牟利罪”和“传播淫秽物品罪”,使人看后既能明了两罪的联系,又能知道它们的区别,因而是较科学的。

第三,在主要由于犯罪对象不同而分别构成不同犯罪的情况下,确定罪名时,应对其区别

点——犯罪对象予以标明。例如,新刑法第140条至第148条都是生产、销售伪劣产品的犯罪,仅仅是犯罪对象不同。‘两高’在确定它们的罪名时,既将其共同的基本要素——“生产、销售”行为写进了罪名,也将其区分标志——犯罪对象写进了罪名,从而形成了一个严格的生产、销售伪劣产品犯罪的罪名体系。再如新刑法第273条挪用特定款物罪、第384条的挪用公款罪及第437条的挪用武器装备罪;第177条的伪造、变造金融票证罪、第178条的伪造、变造国家有价证券罪以及第280条第3款的伪造、变造居民身份证罪等都是如此。可以说,对于这些条文,‘两高’的司法解释中所概括的罪名绝大多数都是符合这一要求的。但是,其中对少数类似条文所定罪名没有做到这一点。例如新刑法第279条与第372条,两罪行为均是冒充他人招摇撞骗,所不同的仅仅是行为人所冒充的对象不同:前罪冒充的是国家机关工作人员;后罪冒充的是军人。也正是因此不同两罪才得以区分。因此在确定罪名时,应将其共同的行为——“招摇撞骗”及其区别——冒充的对象是‘国家机关工作人员’还是“军人”在罪名中写明。而“两高”司法解释中将前罪概括为“招摇撞骗罪”,后罪概括为“冒充军人招摇撞骗罪”,虽然写明了共性的行为,但是对其区分点只在后一个罪名中写明,在前一个罪名中则未写明。如此同样会使人误以为第279条与第372条之间有法规竞合之虞,因而不恰当。所以应将其分别概括为“冒充国家机关工作人员招摇撞骗罪”和“冒充军人招摇撞骗罪”为宜。

第四,在主要由于犯罪场合不同而区分为不同犯罪的情况下,确定罪名时,应将其犯罪场合在罪名中予以标明。例如,新刑法第131条至第139条就是这样一组罪名,这些犯罪主观上都是过失;客观上都是从业人员在从事职业活动过程中未尽职责造成了重大事故;主要区别是其发生场合不同,有的发生在飞行过程中,有的发生在工程建设中,有的发生在危险物品的管理过程中,等等。对于这些区别在确定罪名时就应该经过概括写在罪名中。‘两高’司法解释对第131条至第133条、第135条至第139条确定罪名时都遵循了这一标准,所定罪名因而是比较科学的。但是对于第134条所定罪名却不够科学。对该条,《规定》和《意见》中一致将其概括为“重大责任事故罪”。由于第131条至139条这九条罪都是重大责任事故的犯罪,因而这一罪名易使人误以为第134条是其他八条罪的普通罪,而其他八条罪是第134条的特殊罪,故不易识别第134条罪与另外八条罪的区别与联系。结合该条之规定,该罪是发生在企、事业单位的生产作业过程中,因而理论上学者概括为“违章作业责任事故罪”^{〔40〕}是比较科学的,并使得这九条罪形成一个协调一致的罪名体系。再如新刑法第399条第1款和第2款的犯罪,两款罪都有枉法裁判的行为,所不同之处主要是第一款罪发生在刑事诉讼过程中,第2款罪发生在民事、行政审判活动中,同时也正是由于第1款罪发生在刑诉过程中,所以第1款罪较之第2款罪还多了一个“对明知是无罪的人而使他受追诉,对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉”的行为(即枉法追诉的行为)。因此在确定罪名时,既应写明行为发生的场合——是刑事诉讼过程中还是民事、行政审判过程中;也应写明共同的行为——“枉法裁判”;当然,作为第1款罪独有的行为——“枉法追诉”自应在罪名中标出。《规定》中将这两款罪分别定为“徇私枉法罪”和“枉法裁判罪”;这组罪名对两款罪的共同点注明得不清晰,对其区别则根本未注明,看后既使人难以区分这两条罪又易使人误以为两罪有交叉竞合的关系,因而不可取。《意见》中将这两款罪分别为“枉法追诉、裁判罪”和“民事、行政枉法裁判罪”。这组罪名反映出“高检”在确定该条罪名时考虑到了两罪的联系和区别,较之“高法”《规定》中确定的罪名要可取一些。但是,

〔40〕前引〔3〕,张明楷书,第586页。

由于该组罪名对第1款罪未注明是在刑事诉讼活动过程中,所以还不够完善。有学者将这两款之规定分别概括为“刑事枉法罪”和“民事、行政审判枉法裁判罪”,^[41]笔者以为,这组罪名相对而言更科学、更明确。

第五,在主要是由于犯罪方式不同而区分为不同犯罪的情况下,确定罪名时,应将其行为方式在罪名中予以标明。例如“两高”对新刑法第194条确定的金融票据诈骗罪,第195条的信用证诈骗罪,第196条的信用卡诈骗罪,第197条的有价证券诈骗罪,第224条的合同诈骗罪等,这些犯罪的客观行为都是虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为;所不同的是行为方式,有的是利用信用证;有的是利用信用卡,有的是利用经济合同等等,从而使得这些诈骗犯罪区分为不同的罪名。

由上可见,在一个犯罪与其他犯罪既有相同点,又有关区别的情况下,确定罪名时,既要标明它们共同的基本要素,又要显示它们的关键区别。只有这样,才能使罪名反映此罪与彼罪的区别。

2. 反映一罪与数罪的区别

区分一罪与数罪即判断犯罪的个数,直接影响着对行为的定罪和量刑。因而,“正确认定罪名的个数对于判断犯罪的个数是有着重要意义的。”^[42]所以,在确定罪名时,应根据一罪与数罪的区分标准,正确认定罪名的个数。这就要做到以下两点:

第一,不要把数个罪名确定为一个罪名,从而导致本该数罪并罚的行为被当作一罪处理。例如,新刑法第277条有四款,这四款分别规定了四个罪名,即阻碍国家机关工作人员执行职务罪(第1款)、阻碍人大代表执行职务罪(第2款)、阻碍红十字会工作人员执行职责罪(第3款)、阻碍安全、公安机关工作人员执行任务罪(第4款)。理论上有人却将这四个罪名统称为“妨害公务罪”一罪,^[43]“两高”司法解释中亦作了如此概括。笔者以为,首先,根据新刑法第157条第2款“以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪,实行数罪并罚”之规定可以看出,立法者对该条并没有概括为妨害公务罪这一罪名,而是表现出将该条各款分别确定罪名的做法。因此,将该条四款概括为妨害公务罪一罪违背了立法者的意图。其次,妨害公务罪是旧刑法第157条规定的一个罪名,其含义是以暴力、胁迫方法妨害国家工作人员依法执行职务的行为。新刑法第277条对旧刑法第157条作了较大修改,只规定了对前述五种特定人员依法执行职务的行为进行阻碍的,才构成犯罪;同时,阻碍不同人员依法执行职务的行为构成犯罪的要求也不相同,有的要求使用暴力、威胁方法,有的不要求;有的要求造成严重后果,有的不要求。可见,新刑法该条罪的构成要件与旧刑法妨害公务罪的构成要件相比,已发生了很大改变;同时从前述也可得知,该条四款罪各自的构成要件也不相同。无视新旧刑法的区别,无视四款罪各自不同的构成要件,将第277条笼统概括为“妨害公务罪”,既易使人误以为新旧刑法规定相同,也无法区分这四款罪,并造成了理论上难以对该罪名下一个合适的定义的窘况。例如采用这一罪名的人将其定义为:“妨害公务罪,是指以暴力、威胁的方法,阻碍国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作

[41] 齐文远主编:《新刑法概论》,中国方正出版社1997年版,第456页。

[42] 吴振兴:《罪数形态论》,中国检察出版社1996年版,第29页。

[43] 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第666页。

人员依法执行职务或履行职责的行为。”^[44]或“妨害公务罪,是指以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行职务,阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务,阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为,或者故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务,并使用暴力、威胁方法,造成严重后果的行为。”^[45]这些定义要么不准确、不全面,要么罗嗦繁冗,并使人难以理解或易发生错误理解。如果将该条各款分别定罪,就不会存在这一问题。再如,新刑法第286条第1款、第2款、第3款的犯罪,“两高”司法解释中也将其确定为一个罪名——“破坏计算机信息系统罪”,这个概括同样存在上述问题。因此三款罪构成要件各自不同,理应概括为三个独立的罪名,这一点,在理论界几乎取得了一致共识。^[46]至于其罪名,可分别确定为“破坏计算机信息系统功能罪”(第1款)、“破坏计算机数据和程序罪”(第2款)、“制作、传播计算机病毒罪”(第3款)。

笔者以为,上述如第277条、第286条这些条文的犯罪应确定为数个独立罪名,除了犯罪构成等原因外,从这些条文对于第1款罪之后各款罪法定刑的表述——“依照前款的规定处罚”或“依照第1款的规定处罚”中也可得出它们是独立罪名的结论。因为新刑法分则较之旧刑法的一个重大变化就是,对于某些行为需要按照其他条文的犯罪定罪并处罚的,都使用很明确的“依照本法第×××条的规定定罪处罚”或“依照本法的有关规定定罪处罚”的表述,例如第208条、第210条、第269条、第271条、第362条等,而不再象旧刑法使用笼统、模糊的“依照……论处”的表述。所以如果这些条文的第2、3、4款与第1款是一个罪名的话,立法者就会在条文中使用“依照第1款(或前款)的规定定罪处罚”的表述,而不是使用“依照第1款(或前款)的规定处罚”的表述。很明显,后一种表述只是规定援引第1款的法定刑,而援引式法定刑的特点是只援引法定刑,罪名并不更改。因此,我们有充分理由认为上述各条各款都是独立犯罪,行为人触犯了不同条款犯罪的就应数罪并罚。而且,对这些条文采用一款一罪还能与“两高”司法解释中对刑法分则其他采用援引式法定刑的条款单独定罪的做法相协调,如第126条、第128条、第174条、第194条、第209条、第236条、第237条、第300条、第301条、第328条、第396条、第405条等,这些条文中的各款规定都被确立为独立罪名。

第二,不要把一个罪名确定为数个罪名,从而导致本该以一罪论处的行为却实行数罪并罚。最突出的例子莫过于新刑法第399条。该条有两款。第1款规定:“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,处……”;第2款规定:“国家机关工作人员徇私舞弊,犯前款罪的,处……”。对于该条第1款规定了两个罪名,即“滥用职权罪”与“玩忽职守罪”,理论界没有争议,“两高”亦作出了同样的解释。关键在于该条第2款,该款规定是否为独立罪名则值得研究。关于这个问题,在理论界存在着两种观点,即肯定说和否定说。肯定说认为,该款规定应为独立罪名,至于罪名之称,有的概括为“徇私舞弊罪”,^[47]有的概括为“国家机关工作人员徇私舞弊罪”,^[48]有的概括为“徇私舞弊滥用职权罪”。^[49]否定

[44] 前引[4],周道鸾、单长宗等书,第601页。

[45] 前引[10],邓又天主编书,第538页以下。

[46] 前引[6],张明楷书,第809页;前引[11],陈兴良主编书,第465页;前引[13],曹子丹、侯国云主编书,第269页;前引[10],邓又天主编书,第558页;前引[12],郎胜主编书,第382页。

[47] 前引[11],陈兴良主编书,第650页。

[48] 敬大力主编:《刑法修订要论》,法律出版社1997年版,第362页。

[49] 前引[43],赵秉志主编书,第820页。

说认为,该款规定不是独立罪名,“徇私舞弊是滥用职权和玩忽职守的加重情节”。^[60]理论上的这种争议,也反映到了“两高”的司法解释中。“高检”的《意见》站在肯定说的立场上,并将第2款罪名确定为“国家机关工作人员徇私舞弊罪”;“高法”的《规定》则站在否定说的立场上,认为该款不是独立犯罪。那么,根据肯定说及《意见》,第397条有三个罪名,如果行为人既犯了第1款罪,又犯了第2款罪的,则要以滥用职权罪或玩忽职守罪与“国家机关工作人员徇私舞弊罪”实行数罪并罚。根据否定说及《规定》,如果行为人犯了第1款罪,其行为也符合第2款之规定的,也只按第1款的条文定罪,并不与第2款实行并罚,只是法定刑要重一些。由于司法解释对司法机关具有普遍的约束力,在此情况下,司法适用中究竟应以何者为准,是《意见》还是《规定》?笔者以为,肯定说及《意见》中的意见值得商榷。理由如下,第一,“刑法条文的表述是‘国家机关工作人员徇私舞弊,犯前款罪’,这表明它规定的要么是两个罪,即徇私舞弊滥用职权罪与徇私舞弊玩忽职守罪,要么将徇私舞弊理解为滥用职权罪与玩忽职守罪的情节加重犯。然而第2款规定的核心是犯前款罪,因此,应认为徇私舞弊是滥用职权罪与玩忽职守罪的法定加重情节(情节加重犯)”。^[61]第二,“徇私舞弊”这一词语内涵丰富,外延宽广。作为罪名使用其构成要件极不明确,因而违反罪刑法定原则的明确性要求,并与新刑法的指导思想之一——明确性相悖。第三,如果将徇私舞弊作为独立罪名,这无疑又是一个“口袋罪”;而“口袋罪”又是新刑法的修改重点之一,新刑法不可能在消除了旧刑法的“口袋罪”之后又制定了一个新的“口袋罪”,否则又将重蹈旧刑法的覆辙。因此,笔者以为,从第397条第2款的规定可以看出,行为人徇私舞弊应该是引起犯第1款罪的原因(或者说动机),即行为人是因为徇私舞弊而滥用职权或玩忽职守,徇私舞弊并不是单独的行为。行为人基于这种原因实施第1款罪的比基于其他原因引起犯第1款罪的主观恶性更深,社会危害性更大,为了在立法上体现罪刑相适应原则,立法者才单独规定了第2款,并规定了较第1款重的法定刑。因此,第2款规定只是第1款罪法定刑升格的条件,不是独立罪名,否则就会给行为人实行不适当的数罪并罚。当然,以上只是笔者的一点看法。由于对这一条文的定罪直接关系到罪数,涉及到执法中定罪量刑的统一,较之“两高”司法解释中的其他冲突而言,《意见》和《规定》中关于该条解释之冲突无疑是一个原则性的分歧。根据全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条规定,当“高法”、“高检”两家的解释有原则性分歧时,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。因此,笔者建议,“两高”应尽快报请全国人大常委会解释或决定,同时全国人大常委会在解释或决定时,应指出“高检”解释的缺陷,采纳“高法”之解释方为妥当。

以上两个标准主要是针对一条数款的情况。至于对一条一款而其中规定了几个行为或几种对象的,是确定为一个罪还是两个罪,当确定为两个罪时是应数罪并罚还是视为选择性罪名?这是《规定》和《意见》中亟待探讨的问题。例如对新刑法第151条、第247条、第280条、第317条、第302条、第323条、第333条、第349条、第350条等条文,“两高”司法解释中都将其确定为了两个或两个以上的罪名,如第247条的两个罪名为刑讯逼供罪和暴力取证罪,在此情况下,行为人实施了条文中的两种行为时,究竟应按并列式罪名对待实行数罪并罚,还是按选择性罪名对待按一罪处理?进一步,选择性罪名与排列式罪名的判断标准是什么?笔者以为,这个问题很难有一个令人信服的答案。因为,正如有人指出,排列式罪名“与选择性罪名很相

[60] 前引[3],曹子丹、侯国云主编书,第365页;另参见前引[64],王作富主编书,第323页。

[61] 前引[6],张明楷书,第936页。

似,都可以多行为加对象的形式出现,而立法上没有区分标志,司法中只能根据理论和司法人员的个人理解加以区分,……。”^[62]可见,产生这一问题的主要原因是因为新刑法立法技术上的缺陷造成的,即新刑法典分则规范和旧刑法典一样,存在大量一条文数罪或数条文一罪的情况,条文体例没有明晰化,对此在刑法修改之前,已有学者指出,今后修改刑法时在“分则条文的体例上,原则上应当采取一条文规定一种具体犯罪的规定方式,这样便于分清一罪与数罪的界限,有利于正确定罪量刑,从而避免司法实践和理论上对刑法适用的不同见解及相异做法。”^[63]然而遗憾的是,立法者并未采纳这一建议,仍旧采用旧的分则规范模式,从而导致了罪数认定不清的问题。目前,要解决这一问题,只有“通过立法解释,明确指出哪些为并列式罪名,哪些是选择性罪名,并确定各自定罪量刑的一般规则,使司法人员对二者区分开来,并在定罪量刑时体现其差别。”^[64]

(四)力求表述简短、通俗

既然是罪“名”,就必须简短;既然罪名是对罪状的高度概括,就不能轻易使罪名的表述与罪状完全相同,而应使罪名比罪状更为简短。^[65]如果所确定的罪名繁琐冗长,就会使得罪名几乎等同于罪状,从而使罪名丧失概括的功能,这同样是不科学的。因此,我们在确定罪名时,除了应遵循前述科学性的具体标准外,对罪名文字表述还应力求精炼、简明,切忌繁琐、冗长。例如前述“国有公司、企业、事业单位的工作人员利用职务便利损害国家利益罪”,“生产、销售伪劣电器、压力容器、易燃易爆产品或其他危害人身、财产安全的伪劣产品”以及有人将新刑法第225条概括为“公司、企业、事业单位、机关、团体的领导人员对会计、统计人员打击报复罪”,^[66]将第327条概括为“向非国家单位或个人出售或私自赠送文物藏品罪”^[67]等。这些罪名几乎与罪状无异,如果罪名只是罪状的重复表述的话,那么,只要有罪状或者只要有罪名就足够了,或者可以将“罪状”与“罪名”作等同理解,但这显然是不合适的。对于这类极端繁琐的罪名,《规定》和《意见》中均未采用,而是对其进行了较为简洁、科学的概括。同时,《规定》和《意见》对于分则绝大多数条文确定的罪名,都比较简洁,只是有少数地方不尽人意。例如将新刑法第341条第1款中“非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的”行为概括为“非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪”,这一罪名比条文中规定的罪状还要长,过于罗嗦,不如概括为“非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物及其制品罪”来得简洁并同样能准确地反映该罪的本质与外延。再如司法解释中将第306条罪概括为“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”同样过于繁冗。有学者将其概括为“辩护人、诉讼代理人伪证罪”^[68]就比较科学。总之,我们应力求避免罪名冗长、罪名与罪状无异的现象。否则,不但难于为公民识记、掌握,还会影响罪名功能的发挥。

罪名表述除了简炼外,还应做到通俗。因为“刑法是指罪刑规范”,而罪刑规范既是裁判规范,又是行为规范,即“告诉一般人什么是犯罪行为、禁止一般人实施犯罪行为”,从而“给一般

[62] 高一飞:《刑事立法技术之缺陷》,《法学》1997年第10期。

[63] 赵秉志、赫兴旺、颜茂昆、肖中华:《中国刑法修改若干问题研究》,《法学研究》1996年第5期。

[64] 前引[62],高一飞文。

[65] 在简单罪状的情况下,罪名可能与罪状相同,但这只是少数情况。

[66] 前引[65],周其华主编书,第278页。

[67] 前引[60],柴振国、包雯等主编书,第589页。

[68] 前引[61],张明楷书,第826页;前引[61],齐文远主编书,第416页。

人提供一个评价行为的标准,以期一般人据此实施合法行为,而不实施犯罪行为”。^[69]而人们对这一行为准则的把握除了借助条文本身之规定外,在一定程度上还要借助罪名来实现。如果罪名的文字表述通俗易懂、易记,则人们对这一行为准则的把握就会越准;反之罪名表述过于生涩则把握起来就越困难。因此,对新刑法分则条文确定罪名时就应力求通俗。通俗的基本标准是,所确定的罪名适合一般人理解、把握。文字的浅显易懂与名称的约定俗成,可谓“通俗”的具体标志。民间流行而在刑法中规定的贪污罪,就是适例。又如,有人将新刑法第223条的规定概括为“围标罪”,^[60]而更多的人是将其概括为“串通投标罪”。^[61]这两个罪名比较起来,第一个罪名就有生涩、费解之嫌,绝不如第二个罪名通俗易懂,因此,司法解释中并未使用第一个罪名。再如,对于新刑法第191条规定的犯罪,一种观点认为应概括为“掩饰、隐瞒犯罪所得的来源、性质罪”,^[62]另一种观点认为应概括为“洗钱罪”。^[63]笔者认为,第一个罪名既符合法条之规定,且较好地反映了该罪的本质特征,也并不是生涩难懂,但是第二个罪名显然更为通俗,所以使用之后,几乎得到了人们的普遍认可和接受。这一带有比喻色彩的表述之所以迅速得到人们的认可,是因为洗钱犯罪在国外由来已久,司法实践中人们早已习惯将这种犯罪称之为洗钱罪,这一名称已得到社会的普遍接受,并发展为一种约定俗成的称法。所以我国刑法规定了这种犯罪之后,人们也很自然,很习惯地将其罪名称之为“洗钱罪”,较之“掩饰、隐瞒犯罪所得的来源、性质罪”这一罪名,更形象、更生动,因而也得到了司法解释的认可。

值得指出的是,通俗并不等于罪名的表述可以使用方言土语,而是应在遵循用语规范的前提下做到的通俗。这就是理论上早已为人们指出的罪名合一定要“用规范性语言,切忌使用方言土语”。^[64]如前所述,有人将新刑法第166条的犯罪称为“损公肥私罪”;有人将第226条之罪名表述为“欺行霸市罪”,^[65]姑且不论这些罪名是否符合前述科学性的标准,就其用语来说,就通俗有余,规范不足,流于口语化,因而为司法解释所不取。

(五) 尽量使用法条文字

罪名是使用文字来表述的,而望“文”又能生“义”,人们往往一看罪名就能了解犯罪构成的大致轮廓,至少能从字面上了解犯罪的基本特征。因此在罪名中使用什么样的“文”直接即影响其产生什么样的“义”,影响人们对罪名的理解,并进而影响罪名功能的发挥。又由于确定罪名是以刑法分则条文中规定的罪状而不是以总则中规定的情况为依据,因而,为了人们看罪名之“文”能生准确之“义”,确定罪名时自应尽量使用分则条文规定的罪状中的文字,这就是尽量使用法条文字的标准。否则能够使用法条以内的文字确定罪名而不使用同样是不科学的。如前述“围标罪”之所以有生涩、费解之嫌,正是因为确定罪名时没有使用法条内的文字,而使用法条内的文字“串通投标”将第223条概括为“串通投标罪”,就不存在上述问题了。

当然这一标准并不是僵化的,使用法条文字只是在尽可能的情况下,即当使用法条文字确

[69] 张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第64页。

[60] 前引[20],柴振国、包雯等书,第421页。

[61] 肖扬:《中国新刑法学》,中国人民公安大学出版社1997年版,第445页;前引[3],曹子丹、侯国云主编书,第206页;前引[64],王作富主编书,第164页。

[62] 前引[9],李建华、严金主编书,第284页。

[63] 前引[11],陈兴良主编书,第332页;前引[64],赵秉志等书,第491页;前引[12],郎胜主编书,第242页。

[64] 前引[64],何秉松书,第456页。

[65] 前引[15],周其华主编书,第231页。

定罪名既能准确反映犯罪本质、全面反映犯罪外延并能区分相关界限且简洁、精炼时,就应使用法条内的文字,而不是一味追求必须使用法条以内的文字,否则会适得其反。例如对新刑法第314条,如果严格按照使用法条文字原则,该罪名就应定为“隐藏、转移、变卖、故意损毁被司法机关查封、扣押、冻结的财产罪”。这一罪名就过于繁冗,并没有因为使用法条文字而充分具备科学性。相反,如“两高”司法解释中所概括的、用法条外的文字将该罪表述为“非法处置查封、扣押、冻结的财产罪”反倒更具科学性。另外,在法条中无合适的文字时,为了概括的准确,就应使用法条以外的文字。例如,第316条第2款“劫夺押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人”的行为,司法解释中就将其概括为“劫夺被押解人员罪”,这一罪名并没有因使用法条以外的文字而失去科学性。

三、科学确定罪名应妥善处理的两个关系

科学确定罪名,除了应把握上述具体标准之外,还应进一步明确和妥善处理这些具体标准之间的关系以及罪名确定的科学性与合法性之间的关系。

(一)科学性的具体标准之间的关系

诚然,上述每个具体标准对于保证罪名确定的科学性都有着十分重要的价值。但是它们之间也有轻重、主次之分,并非处于同等重要的位置,尤其是当它们之间发生冲突时,更要分清其主次轻重关系,以便更科学地确定罪名。

笔者以为,在这些具体标准中,“准确反映犯罪的本质”这一标准最为重要。因为本质就是事物的根本性质,是一事物区别于其它事物的质的规定性,科学认识事物的方法首先要抓住事物的本质,所以在确定罪名时,首先应该而且必须遵循这一标准,否则,就无法充分发挥罪名的诸多功能,更谈不上其科学性了。

其次,“全面反映犯罪的外延”与“准确反映犯罪的本质”是一个问题的两个方面。因为事物的外延与内涵(即本质)是一对基本范畴,两者具有不可分割的联系。只有全面地反映犯罪的外延才能准确地反映犯罪的本质。可以说,这一标准是从犯罪的外在表现形式上反映犯罪的本质的。所以,它对衡量罪名确定的科学性也非常重要。

在遵循前两个标准的前提下,应充分兼顾“明确反映相关界限”的标准。这一标准在进一步区分此罪与彼罪、一罪与数罪等方面往往是必不可少的。如前述,《规定》中将新刑法第167条概括为“签订、履行合同失职罪”。仅就本条规定来看,这一罪名可以说是科学的。但是,当我们联系新刑法第406条规定之后,就必须在该罪名中标明犯罪主体,以明确这两条罪的界限,否则仍然是不科学的。可见,仅仅考虑前两个标准并不一定就能科学地确定罪名,在考虑了前两个标准的前提之下,往往还须进一步考虑“明确反映相关界限”这一标准。可以说,这一标准与前两个标准之间是一个层次递进关系,前两个标准是第一层次的,这一标准则是第二层次的,但又是在遵循前两个标准之后所必须考虑的,尤其是涉及类似罪名的确定时更应如此。

可见,前三个标准对于判断罪名的确定是否具有科学性都是至关重要且是缺一不可的,如果没有做到其中任何一个标准,所定罪名就决不可能是科学的。

相对前面三个标准而言,后两个标准则是较为次要的标准。这是因为,前三个标准实际上解决的是如何依照分则条文准确确定出既能正确反映出其本质特征又能区分相关界限的罪名的问题;而后两个标准解决的则是应该如何用文字形式将其科学地予以表述出来的问题,它们之间事实上

也就是内容与形式的关系。而在内容与形式这一对对立统一的基本范畴之中,内容是矛盾的主要方面,“内容决定形式,形式依赖于内容”。^[66] 因此我们在观察和处理问题时,就要特别注意事物的内容,反对片面追究形式而忽视内容的形式主义。同样,在确定罪名时,不能一味追求简炼、通俗或使用法条文字而置前三个标准于不顾。相反,我们应当在严格遵循前述标准的前提下,再考虑这两个标准。为了符合前述三个标准,有时不得不放弃这两个标准。但是,不能为了追求罪名的简炼、通俗或使用法条内的文字而放弃前面的标准,否则所定罪名即便再简炼、再通俗或者是对法条文字的原文照抄,也必定是不科学的。例如,新刑法第405条第1款规定的行为,有人将其罪名确定为“税务工作人员徇私舞弊罪”,^[67] 而“两高”司法解释中将其罪名确定为“徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪”。这两个罪名中,第一个罪名较之第二个罪名无疑更简炼、更通俗,但是第一个罪名扩大了该条罪之外延,因为该条所处罚的只是违法办理发售发票、抵扣税款、出口退税的行为,而不是税务人员所有的徇私舞弊行为,所以用第一个罪名未能准确反映该罪之外延,从而不能揭示该罪之本质,进而难以将该款罪与第404条不征、少征税款罪区分开来,因此,虽然它简炼、通俗,但由于未能做到前面几个标准,故仍是一个不科学的罪名。而后一罪名准确揭示了该罪之内涵与外延,从而正确反映了该罪之本质,并能明确地与第404条罪区分开来,因此虽然稍嫌繁琐,但不乏科学性。再如,理论上有人将新刑法第330条之罪名确定为“违反传染病防治规定罪”,^[68] 这一罪名尽管使用的是法条以内的文字,但由于它是以犯罪行为的次要的、非本质的特征为核心确定罪名,而不是以该条罪的本质特征的“导致甲类传染病传播或有传播严重危险”为核心确定罪名,因而不能揭示该罪的本质,所以也是不科学的。而“两高”司法解释将其概括为“妨害传染病防治罪”,虽然使用的是法条外的文字,但由于它较好地反映了该罪的本质,因而是科学的。当然,“形式又积极影响内容,对内容有巨大的反作用,……当形式适合于内容时,可以促进内容的发展……。”^[69] 因此我们在确定罪名时也不能完全忽视后两个标准,在遵循了前三个标准的前提下,应尽量做到后两个标准,否则也会影响罪名的科学性。例如对新刑法第102条,理论上有人将其概括为“勾结外国危害国家主权、领土完整和安全罪”,^[70] 而司法解释中将其确定为“背叛国家罪”。这两个罪名都能准确反映该条罪之本质及外延,也能通过它们区分相关界限,但由于第一个罪名过于繁琐,远不如第二个罪名通俗易懂易记,因此,没有第二个罪名科学。再如对新刑法第222条,有人概括为“不实广告罪”,^[71] 有人概括为“虚假广告罪”,^[72] 这两个罪名也都做到了前述三个标准,同时也都比较简炼,但是后一种概括既为“两高”司法解释所采纳,也成为理论界的通说。^[73] 究其原因在于后一罪名使用的是法条以内的文字,更容易为理论和实践所接受,而前一罪名使用的是法条以外的文字,故不受人们欢迎。

至于后两个标准,在确定罪名时应同时考虑,一般而言也能同时做到。但在少数情况下,当

[66] 李秀林、王于、李淮春主编:《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》(第三版),中国人民大学出版社1990年版,第203页。

[67] 前引[10],邓又天主编书,第803页。

[68] 前引[13],曹子丹、侯国云主编书,第302页。

[69] 前引[66],李秀林、王于、李淮春主编书,第203页。

[70] 前引[48],敬大力主编书,第344页。

[71] 前引[9],李建华、严金主编书,第331页。

[72] 前引[6],张明楷书,第681页;前引[4],赵秉志等书,第522页;前引[61],肖扬书,第444页;前引[64],王作富主编书,第163页。

[73] 前引[61],肖扬书,第443页;前引[9],李建华、严金等书,第331页。

二者不能同时做到而只能选择其一种,应选择“简短、通俗”标准还是“尽可能使用法条文字”标准?笔者以为,在此情况下应选择“简短、通俗”标准。因为简短、通俗的罪名易懂、易记,能更好地发挥罪名的威慑、识别等功能,并能更好地通过罪名发挥刑法的行为规范的作用,进而更好地为司法实践服务。从司法解释中所定罪名来看,当对一个条文所确定的罪名不能同时做到这两个标准时,都是选择“简短、通俗”标准而放弃了后一标准。如前述“洗钱罪”、“背叛国家罪”等即为适例。再如,理论上对新刑法第281条概括为“非法生产、买卖警服、警用标志、警械罪”;^[74]对第288条概括为“擅自设置、使用无线电台(站)、擅自占用频率罪”。^[75]这两个罪名都是使用的法条文字,并都做到了前述三个标准,但是它们过于繁琐,不够简短、通俗,因而均未为“两高”司法解释所采纳,司法解释中对这两个条文分别确定为“非法生产、买卖警用装备罪”、“扰乱无线电通讯管理秩序罪”,这两个罪名都是使用法条外的文字对罪状予以了高度概括,因而很简炼,容易识记,并不乏科学性。

总之,对上述确定罪名的具体标准一定要总体考察,综合掌握,灵活运用,切忌轻重并举,面面俱到,否则遇到它们之间发生冲突时将会手足无措,影响我们科学地确定罪名。

(二) 科学性与合法性之间的关系

所谓罪名确定的合法性,是指“确定罪名时必须严格根据刑法典分则规定具体犯罪的条文所描述的罪状进行,既不得超出罪状的内容,也不得片面地反映罪状的内容”。^[76]罪名的确定既应科学又要合法,这是毋庸置疑的,问题的关键是应如何正确理解科学性与合法性和对待它们之间的关系。通说认为,罪名的确定应同时遵循合法性、科学性与概括性等基本原则,并认为合法性原则是其中“最基本的、最重要的原则,其它原则是由它派生出来的”。^[77]那么,从这个意义上说,“合法性”与“科学性”属于一种并列关系,且属于一种既相互独立又相互递进的并列关系。显然,通说所称的“科学性”是从狭义上来理解的,即仅将其解释为罪名必须反映具体犯罪的性质与本质特征,反映出此罪与彼罪的区别。^[78]

笔者以为,罪名确定的科学性不应仅从狭义上来理解,而应具有广泛的涵盖性,判断罪名确定是否具有科学性的标准应包括前述所有的具体标准。本文正是在这个意义上理解和和使用“科学性”一词的。那么,从这个意义上讲,“科学性”与“合法性”之间的关系就不是一种并列的递进关系,而是一种包容与被包容的关系。也就是说,在确定罪名时,如果遵循了前述科学性的具体标准,实际上也就具备了合法性。因为这些标准同时都贯穿着合法性原则;要符合这些标准,就必须以刑法的规定为依据,既不能超出罪状的内容,也不能片面反映罪状的内容,否则所定罪名就不可能做到准确反映犯罪本质,全面涵盖犯罪外延;如果不是以条文为依据并进一步考虑到条文之间的关系就不可能确定出既能反映此罪与彼罪又能区分一罪与数罪的罪名;而尽量使用法条文字来确定罪名则是以法条为依据的重要体现。因此,可以说,合法性是贯穿于科学性之始终的,罪名的确定要具有科学性,合法性应是其题中应有之义。

[74] 前引[61],肖扬书,第529页。

[75] 前引[48],敬大力主编书,第355页。

[76] 前引[43],赵秉志主编书,第414页。

[77] 王仲兴:《论罪名的立法化问题》,载于《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版。

[78] 参见前引[43],赵秉志主编书,第415页;前引[2],苏惠渔主编书,第397页;前引[24],赵长青主编书,第257页。