

再论我国刑法中 犯罪概念的定量因素

储槐植 汪永乐*

内容提要:犯罪概念由立法定性,司法定量,这是世界通例。而我国刑事立法中,犯罪概念既定定性又定量。它是我国传统治国经验“法不责众”的现代模板,实际起着刑法“谦抑原则”的制度保障作用。但20年来的社会实践表明,刑事领域一些难解的重大问题均与犯罪概念定量因素密切相关。对此予以探讨是本文的旨向所在。

关键词:犯罪概念 定性因素 定量因素

新刑法的颁布和实施,一方面基本适应了我国在社会主义市场经济条件下惩治犯罪、维护社会治安的现实需要;但另一方面,由于匆忙出炉,有些新问题未及科学合理地论证,便写进了刑法典。^{〔1〕}有些在1979刑法中存在的缺陷也未给予必要的梳理和修改而依旧保留下来。于是国人在习惯性地经历了短暂的讴歌之后,冷静下来重新审视这部刚刚诞生的刑法典时,发现其中仍有众多的缺憾和不足,以致学界有人提出“新刑法能否垂范久远”的质疑。^{〔2〕}一时间各种批评性学术论文充斥各种法学刊物,几成一边倒的趋势。情势之烈迫使有的学者不得不发出“法律不是嘲笑的对象”的呐喊。^{〔3〕}希冀藉此改变人们的看法,予新刑法典以脉脉温情的关怀。

本文无意嘲笑什么,只是以我国刑法中犯罪概念的定量因素为切入点,通过对犯罪概念含定量因素的利弊进行分析,为犯罪概念的科学化提供参量,为走出由立法缺陷而导致的理论困惑和解释尴尬的困境厘清思路,同时也希望以此引发学界对犯罪概念及其相关问题予以更多的理性思考。

一、界定犯罪概念的两种模式: 单纯的定性分析和定性 + 定量分析

18世纪以降,在刑事古典学派思想的影响下,各国立法者纷纷在刑法典中明确规定各种犯罪的概念,只是在具体的技术操作上有所不同,归纳起来,大致有两种界定犯罪概念的模式:即单纯的定性分析和定性 + 定量分析,兹分别介绍如下:

(一)单纯的定性分析模式

* 储槐植,北京大学法学院教授;汪永乐,北京大学法学院博士生。

〔1〕例如刑法第20条创制的“无限防卫权”制度,是否会有损刑法的公正价值,值得思考。

〔2〕参见范忠信:《刑法应力求垂范久远——论修订后的刑法的局限与缺陷》,《法学》1997年第10期。

〔3〕参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第1页以下。

所谓单纯的定性分析模式,是指立法者在规定犯罪的概念时,只对行为性质进行考察,不作任何量的分析,犯罪构成中不含数量成分。这种模式是目前世界上多数国家通行的界定犯罪概念模式。下面我们以发案率最高也最易用数额计算的盗窃罪为例,看看一些国家的立法是如何在定性分析的层面上界定犯罪概念的。

1. 法国

法国 1810 年刑法典第 1 条规定了犯罪的一般概念:“法律以警察刑事处罚的犯罪,为违警罪;法律以矫正刑事处罚的犯罪,为轻罪;法律以剥夺生命、身体自由或身份能力之刑事处罚的犯罪为重罪。”^[4]该法典第 319 条至 401 条是有关盗窃罪的规定(其中第 385 条已被废除)。第 379 条规定:“窃取不属于己有之物者,为盗窃罪。”这就是说在法国,行为人只要窃取了不属于自己所有的财物,不管数额大小,原则上都构成盗窃罪。因此,在法国 1810 年的刑法典中,无论是总则部分的犯罪的一般概念,还是分则部分最易体现数额的盗窃罪概念,都不含有定量因素,而只对行为作定性分析。

2. 德国

《联邦德国刑法典》(1976)总则部分未规定犯罪的一般概念。该法典第 19 章为“盗窃罪和侵占罪”的规定,其中第 242 条为“单纯盗窃”的规定:“意图自己之不法所有窃取他人动产者,处……”。第 243 条为“加重盗窃”的规定:“……有下列情形之一者,原则上为情节重大:侵入、爬越、以假钥匙开启或以其他不正当之开启工具进入建筑物、住宅、办公或商业场所,或其它锁闭场所,或隐藏于该场所内以实行犯罪者;自紧锁之容器或其他防止偷盗之保险设备中盗取物品者;常业盗窃者;自教堂或其他宗教用场所内窃取礼拜用或举行宗教仪式用之物品者;窃取公开展览或公开陈列之学术、艺术、历史或技术发展上有重大价值之物品者;利用他人无助、意外事件、公共危险时盗窃者。”据此,1976 年德国刑法典关于盗窃罪的轻重之分主要在于偷盗的手段、场所、物品的性质、被害人的情况以及犯罪人的情况等的不同,没有明确规定数额对犯罪构成的意义。^[5]

3. 英国和美国

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。英国现在的盗窃罪分为轻盗窃和重盗窃,但是这种轻重程度之分亦只有刑罚上的意义。1962 年美国《模范刑法典》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》参照《模范刑法典》的精神,把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。^[6]

[4] 世界上多数国家刑法典一般都不在总则部分明文规定犯罪的一般概念,只有少数几个国家的刑法典例外。如 1810 年的《法国刑法典》,1944 年的《西班牙刑法典》,1996 年的《俄罗斯联邦刑法典》,1997 年的《中华人民共和国刑法》。

[5] 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社 1997 年版,第 270 页。

[6] 同上书,第 270 页以下。

4. 其它国家

除上述国家以外,尚有其它一些国家的刑事立法在界定犯罪概念时亦只作定性分析,不考虑定量因素。例如《日本改正刑法草案》(1974 年 9 月 29 日法制审议会总会决定)规定的盗窃罪是:“窃取他人的财物的,是盗窃罪,处……”。规定的盗窃罪的加重情形是:“侵入他人住宅或他人看守的建筑物盗窃;携带凶器盗窃或两人以上在现场共同盗窃”。^[7]《意大利刑法典》(1930 年颁布,经 1968 年修订)规定的盗窃罪是:“意图为自己或他人不法之所有,窃取他人动产而占为己有者。”该法典第 625 条规定的是盗窃罪的加重情节,其中第 8 项规定:“窃取成群之家畜三只以上……”,可见盗窃三只以上的成群家畜是盗窃罪的加重情节,而非盗窃罪的构成要件。《瑞士刑法典》(1937 年公布,1970 年修订)规定:“为自己或第三人不法之利益而窃取他人之动产者,为盗窃罪”。有下列情形之一者,加重处罚:“参与经常性盗窃或强盗集团而犯盗窃罪;以盗窃为常业者;行为人的盗窃方式显其特殊危险性者。”因此,总的说来,盗窃犯罪定义在上述诸国的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。立法只作定性分析,定量分析由司法实践加以解决。

(二) 定性 + 定量分析模式

所谓定性 + 定量分析,是指在界定犯罪概念时,既对行为的性质进行考察,又对行为中所包含的“数量”进行评价,是否达到一定的数量对决定某些行为是否构成犯罪具有重要意义。目前只有中国、俄罗斯等少数国家的刑法典采取这种模式。

1. 中国

犯罪概念的定量因素是我国刑法的创新。^[8]我国刑法中犯罪概念的定量因素具体体现在刑法总则规定的犯罪的一般概念和刑法分则规定的诸多具体犯罪的概念之中。例如,刑法总则第 13 条在概括规定犯罪的一般概念之后,接下去的“但书”规定:“情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪。”“但书”的这一规定是对刑法分则诸多具体犯罪构成数量要件(直接规定的和实际内含的)的概括。其正面意思是社会危害大到一定程度的才是犯罪。“但书”把定量因素明确地引进到犯罪的一般概念之中。分则的许多具体犯罪构成都含有定量因素。例如,第 264 条规定的盗窃罪、第 266 条规定的诈骗罪、第 267 条规定的抢夺罪等。从犯罪概念中是否含有定量因素的角度考察,我国刑法中的具体犯罪可以粗分为三类:第一类是没有直接的定量限制。如杀人罪、强奸罪、抢劫罪、放火罪、投毒罪等,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,如前述的盗窃罪、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。例如第 129 条的“丢失枪支不报罪”、第 139 条的“消防责任事故罪”、第 216 条的“假冒专利罪”等。这类罪实质上多数是内含定量限制的罪,占刑法分则罪刑条款的半数以上。如果把第二类直接规定数量限制的罪与第三类内含数量限制的罪相加,约占我国刑法分则罪刑条款数的三分之二以上。因此,含定量因素的犯罪概念在我国刑法中占绝对比重。

2. 俄罗斯

俄罗斯刑法典在界定犯罪概念时与我国相类似,也是采取定性 + 定量分析模式。《俄罗斯

[7] 张明楷译:《日本刑法典》,法律出版社 1998 年版,第 190 页。

[8] 参见储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》1988 年第 2 期。

联邦刑法典》(俄国家杜马 1996 年 5 月 24 日通过,1997 年 1 月 1 日起施行)第 14 条规定的是犯罪的一般概念:“一、本法典以刑罚相威胁,所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为,就认为是犯罪。二、行为(不作为)虽然形式上含有本法典规定的某一行为的要件,但由于情节轻微而不具有社会危害性,即未对个人、社会或国家造成损害或构成损害威胁的,不是犯罪。”^[9]这里第 2 款的规定虽与我国刑法“但书”的规定不同,不含有定量因素。但《俄罗斯联邦刑法典》分则部分某些具体犯罪的罪状中却含有定量因素。^[10]例如第 171 条规定的“非法经营罪”,第 172 条规定的“非法从事银行活动罪”,第 173 条规定的“虚假经营活动罪”,第 176 条规定的“非法取得贷款罪”等。不过,《俄罗斯联邦刑法典》在各该条的“注释”部分对什么是“数额较大”,什么是“数额巨大”的标准都作了明确规定。这一点与我国刑法典只作模糊性规定,具体数额标准留待司法解释予以明确的做法是不同的。

二、刑法中犯罪概念定量因素的利弊分析

我国刑法典在界定犯罪概念时,把人类认识发展史上达到的新水平“定量分析”引入刑法领域,这可以说是刑事立法史上的创新。但这一创新是利耶?弊耶?不无疑问。笔者曾在《我国刑法中犯罪概念的定量因素》(载于《法学研究》1988 年第 2 期)一文中,对我国刑法中定量犯罪概念的利的方面进行了分析,但该文未曾涉及定量犯罪概念的弊的方面。现在回想起来,这种分析是不全面的。其实任何事物都是有利有弊的,定量的犯罪概念亦概莫能外,以下我们对定量犯罪概念的利弊予以扼要分析:

(一) 定量犯罪概念的正面效应(利的方面)。

归纳起来,我国刑法中定量犯罪概念的正面效应主要体现在以下三个方面:

1. 适应我国社会治安三级制裁体系——刑罚、劳动教养和治安处罚——的结构要求。^[11]

我国与西方国家不同,西方法制是以刑罚轻重为轴心,把反社会的行为分为重罪、轻罪和违警罪,三者均由刑法管辖,刑事法网严密,行为性质的认定均通过司法程序解决,社会治安采取统一制裁体系——刑罚。处罚的轻重由法院享有最终决定权。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《治安管理处罚条例》的一般违法行为。刑法只规制犯罪,违反治安管理的行为虽然具有一定的社会危害性,但却未纳入刑法的视野,不受刑法调整,刑事法网粗疏。社会治安采取三级制裁体系——刑罚、劳动教养和治安处罚。处罚决定权也分别由人民法院、劳动教养管理委员会和公安机关行使。由于我国刑法只调整具有严重社会危害性的犯罪行为,因此,最易体现危害程度的定量因素便会很自然地引入到犯罪概念之中。而且从司法实践的角度来看,这种界定犯罪概念的方法也便于划分罪与非罪的界限,不致于造成社会治安三级制裁体系结构的混乱。

[9] 黄道秀等译,何秉松审订:《俄罗斯联邦刑法典》,中国法制出版社 1996 年版。

[10] 《俄罗斯联邦刑法典》规定的偷窃、诈骗、抢夺等罪并不要求把“数额较大”、“数额巨大”等定量因素作为各该罪的构成要件,而只把它们视为量刑要考虑的情节,这一点与我国刑法的有关规定不同。

[11] 长期以来,法学界关于劳动教养制度的存废问题一直存在两种对立的主张。废除论者重视其运作弊端,认为劳教性质含混,收容条件笼统,操作过程缺乏监督,随意性大,易出差错,不利于人权保障。保存论者看好其社会功效,认为劳教制度创建 40 年来累计教育改造了 300 多万有各种违法犯罪行为而又符合劳动教养条件的人,对满足社会治安的需要功不可没。我们认为,劳动教养制度有其合理性,不应予以废除,但对其中的有关规定及运作弊端应该加以修改和完善。详见储槐植:《论教养处遇的合理性》,《法制日报》1999 年 6 月 3 日。

2. 可以减少犯罪数,降低犯罪率。定量的犯罪概念把没有达到法定数量的危害行为排除在犯罪圈之外,因此,可以减少犯罪数,降低犯罪率。这样做决非是“鸵鸟政策”,因为它一方面有利于维护国家的形象,有益于社会心理,另一方面也可以使相当比例的公民免留犯罪的污名劣迹,减轻他们的心理压力,有利于他们个人的发展。同时从公民与国家之间的关系来说,还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。

3. 可以使刑事司法力量集中打击那些事关国家稳固、社会发展以及公民生命与财产安全的犯罪活动,避免把有限的刑事司法资源消耗在对付那些社会危害性不大的一般违法行为上,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,但也决不是万能。事无巨细,都动用刑事司法资源,不仅没有必要,而且整个刑事司法运作的效果必定也很差,导致刑罚效益低下。因此,定量的犯罪概念把那些没有达到一定数量要求的违法行为排除在犯罪圈之外,交由行政机关处理,这样既可以避免刑事司法资源不必要的浪费,又可利用行政机关处理问题便捷迅速的特点,及时化解矛盾,维护社会稳定。

(二) 定量犯罪概念的负面效应(弊的方面)

辩证法要求我们看待任何事物都必须采取“一分为二”的观点,既要看到事物肯定的方面,又要看到事物否定的方面,既要看到有利的一面,又要看到不利的一面。对待定量的犯罪概念亦应是如此。我们在上述肯定其正面效应的同时,也需对其负面效应予以解剖,以对定量的犯罪概念有一个全面的认识。归纳起来,定量犯罪概念的负面效应亦有三个方面:

1. 导致刑法理论的困惑和学理解释的尴尬。我国刑法理论认为:犯罪构成与犯罪概念之间具有密切的关系。^[12] 犯罪构成以犯罪概念为基础,因此犯罪概念界定的科学与否,直接影响到对犯罪构成的理论说明,进而对整个犯罪论体系发生影响。由于我们刑法在界定犯罪概念时引入了定量因素,这使得以定性分析为根基的犯罪构成理论面临着一些新的问题,出现一些无法解释的现象。例如,我国刑法第129条规定的“丢失枪支不报罪”,^[13] 学界在解释行为人对“造成严重后果”这一内含的定量是否需要认识,进而对“丢失枪支不报罪”在主观上是故意还是过失时,产生了不同意见。有人主张是故意,^[14] 有人主张是过失^[15],还有人主张既可能是过失,也可能是间接故意。^[16] 但无论是那一种主张,均存在诸多不妥之处。^[17] 于是,有些学者试图突破传统的犯罪构成理论的束缚,提出“客观的超过要素”^[18]和“严格责任”^[19]的概念。希冀解决这一由犯罪概念的定量因素所导致的理论困惑。学者们这种孜孜以求的治学态度和敢于创新的精

[12] 关于犯罪概念与犯罪构成之间的关系如何?我国刑法学界存在意见分野。观点一认为:两者之间是“抽象和具体”的关系。详见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第75页。观点二认为:两者之间的关系是“本质和现象”之间的关系。详见杨春洗,杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社1998年版,第60页。观点三认为:“犯罪概念揭示犯罪行为的本质属性和特征,犯罪构成则阐明犯罪这个有机整体的构成要件、结构和性能。”详见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第182页。但不管学者们持何观点,均不否认犯罪构成与犯罪概念之间具有紧密的联系。

[13] 新刑法中还有其他许多条文都存在类似129条的问题。如第168条,第186条,第187条,第188条,第189条,第330条,第331条等。

[14] 参见张穹主编:《刑法适用手册》,中国人民公安大学出版社1997年版,第498页;杨春洗,杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社1998年版,第351页。

[15] 参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第647页;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189页;周振想主编:《刑法学教程》,中国人民公安大学出版社1997年版,第34页。

[16] 参见叶峰主编:《刑法新罪名通论》,中国法制出版社1997年版,第34页。

[17][18] 参见张明楷:《客观的超过要素概念之提倡》,《法学研究》1998年第3期。

[19] 参见李文燕、邓子滨:《论我国刑法中的严格责任》,《中国法学》1999年第5期。

神是难能可贵的。但问题是这两种主张本身也存在很多不足。例如,就“客观的超过要素”而言,至少可提出以下三点质疑:首先,在《客观的超过要素概念之提倡》一文中,论者一方面强调“客观的超过要素”不同于德日等国的“客观处罚条件”,但另一方面却又未能划清两者的界限。因为在德日等国,关于“客观处罚条件”是有争论的。诚如论者所言:有一种观点主张所有的客观处罚条件都是构成要件。在此情况下,与论者提倡的作为构成要件的“客观的超过要素”是何关系?二者有无区别?其次,在该文中,论者要求行为人对“客观的超过要素”具有“预见可能性”,这种“预见可能性”实质上是属于“犯罪心态”中的认识因素,而在“丢失枪支不报罪”以及类似的具有“客观的超过要素”的犯罪中,行为人对作为又一层结果的“客观的超过要素”的意志因素不外乎有两种:要么放任,要么轻信能够避免。如此,“认识因素”加“意志因素”,岂不又回到了该文批判的“丢失枪支不报罪”既可能是过失,又可能是间接故意的观点上?这样,提出“客观的超过要素”还有什么意义?论者在回答这类疑问时的答案是“总有难以被人接受的感觉”,这种回答是很难有说服力的。最后,“客观的超过要素”是否会导致“客观归罪”不无疑问。试想,假如有两个依法配备公务用枪的人员都丢失了枪支,且都未及时报告,两人的心态,丢枪的情节完全一样,结果一人丢失的枪支未被人捡到或虽被捡到但未作为杀伤工具而未造成严重后果,另一人丢失的枪支被人捡到后用作杀伤武器而造成了严重后果,其结果是前者不构成犯罪而后者构成“丢失枪支不报罪”,这合理吗?两人行为、心态完全相同,却有两种迥然不同的结果,而这种不同的结果又是由行为人无法控制的第三人的行为结果决定的,这难免落入“客观归罪”。鉴于“客观的超过要素”具有上述缺憾,我们认为“客观的超过要素”的提法并未解决问题。

“严格责任”概念的提倡亦是同样。具体体现在以下三个方面:第一,论者在《论我国刑法中的严格责任》一文中将我国刑法中的“严格责任”界定为:“刑法中的严格责任,是指在行为人主观罪过具体形式不明确时,仍然对其危害社会并触犯刑律的行为追究刑事责任的制度。”^[20]据此,论者以为:我国刑法中的“严格责任”是指行为人主观上有罪过,只是其罪过形式究竟是“故意”还是“过失”不明确时,才冠之以“严格责任”的称谓,藉此来追究行为人的罪过责任。论者的这一“严格责任”概念与“严格责任”的发源地英美刑法中的“严格责任”是完全不同的。作为一项刑法制度,“严格责任”是英美法系所特有的。大陆法系的犯罪构成理论原则上排斥严格责任。^[21]“在当前我国刑事立法与司法实践中不存在严格责任,而且将来也不应采用严格责任。罪过责任始终是我国刑事责任的原则。”^[22]英美刑法中的“严格责任(Strict liability)”是指:“不要求蓄意、轻率、甚或疏忽过失作为犯罪行为的一个或多个要素的犯罪,这种犯罪有时亦被称为绝对禁止的罪。”^[23]另有表述为“绝对责任(也就是严格责任——引者注)就是法律许可对某些缺乏犯罪心态的行为追究刑事责任。因此,绝对责任也就是无罪过责任(liability Without fault)。”^[24]第三种表述为:“……在这种情况下,被告本人虽然没有任何过错,但却

[20] 参见前引[19],李文燕等文。

[21] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第86页。

[22] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1993年版,第200页。

[23] See J. C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, “Crimes which do not require intention, recklessness or even negligence as to one or more elements in the actus reus are known as offences of strict liability or, sometimes, ‘of absolute prohibition’.” See also Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, P905: “offences not requiring fault are said to be offences of strict, or absolute, liability.” P87

[24] 参见前引[21],储槐植书,第86页。

要承担刑事责任。这种责任称为严格责任”。^[25] 尽管上述关于“严格责任”的界定措辞不尽相同,但本质含义则是一致的,即都要求在某些特殊的情况下,即使行为人主观上没有任何罪过,也可以追究其法律责任。这一点可从英美的一些刑事判例中得到佐证。在帕克诉阿德(Parker V Alder)一案中,农民阿德通过铁路运输把牛奶发送给一位购买者,途中,一些阿德不认识的人在抽走一部分牛奶后,往牛奶罐中注入了一些水,结果阿德被判“销售不符合要求的食品罪”。^[26] 在此案中,我们可以看到,阿德即使连过失也没有,但仍要承担刑事责任。因此,英美刑法中的严格责任是无罪过责任,这与论者主张的我国刑法中的“严格责任”是罪过责任迥然有异。论者使用了英美刑法中具有确定含义的“严格责任”概念,但却赋予其完全不同的内涵,这会造成学术研究的混乱,也不利于我们参与国际学术交流。第二,论者所提倡的严格责任与故意、过失的关系如何,不甚明了。也就是说,严格责任是与故意、过失并列的第三种罪过形式呢?还是故意、过失的上位概念?从全文的论述来看,论者似乎更倾向于后者。因为论者所主张的严格责任是在行为人主观心态究竟是故意还是过失不甚明确时,司法机关不必深究行为人的罪过如何,而直接以模糊的“严格责任”来达到定罪量刑的目的。如此,何不直接冠之以“罪过责任”的称谓,而一定要采取英美刑法中具有固定含义但又不赋予其同样内涵的“严格责任”呢?第三,“严格责任”的提倡不符合罪责刑相适应原则的要求。如前所述,论者所主张的“严格责任”是“罪过责任”,但是又不要求司法机关查明行为人的主观罪过形式如何。也就是说,不论行为人是出于故意还是过失,都一律予以同样的定罪和量刑,这与我国刑法第5条规定的罪责刑相适应原则是不相符的。而且论者主张我国刑法分则的近二十个罪名可以适用严格责任,范围如此之广是否会导致我国法制建设的破坏,不无疑问。众所周知,“严格责任”发端于英美刑法,但英美刑法中“严格责任”的适用范围是非常有限的。普通法上的严格责任主要有四类:公害(public nuisance),刑事诽谤(criminal libel),藐视法庭(contempt of court),亵渎神灵(blasphemy)。^[27] 制定法上,一般而言,要求所有的犯罪必须具有故意、过失等犯意。但在一些制定法,尤其是产品责任法中也有一些严格责任的规定。这些规定主要集中在一些涉及人民大众的健康和福利的领域内,例如,通货膨胀(inflation)、危险药品(dangerous drugs)、道路交通(road traffic)和环境污染(pollution)。^[28] 可见英美刑法中严格责任的范围较之论者所主张的我国刑法中严格责任的范围显然要小得多。论者一方面主张严格责任是罪过责任,且不必区分行为人的主观心态是故意还是过失,另一方面又不适当地扩大其适用范围,其运作的结果是否会导致我国法制的破坏,值得深思。

综上,无论是“客观的超过要素”还是“严格责任”,都不能彻底解决我国刑法中这种由于立法而导致的理论上的困惑。治病必须找准病因,对症下药。我想这种理论困惑的“病因”主要在于刑法在界定犯罪概念时引入了“定量因素”。倘若我们舍去犯罪概念中的定量因素而把“丢失枪支不报罪”界定为:“依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告的,处……”。而把是否“造成严重后果”作为量刑情节予以考虑,立法解决定性问题,司法解决定量问题,那么这

[25] 参见[英]鲁珀特·克罗斯·菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,中国人民大学出版社1991年版,第67页。

[26] (1899) 1QB 20; CP·Watson V·Coupland (1945) 1AllER217. The effect of the decision in Parker V. Alder is reinforced by the Food and Drugs Act 1955 S. 32(6).

[27] See J·C·Smith and Brian Hogan, *Criminal law*, PP87 - 88.

[28] See J·C·Smith and Brian Hogan, *Criminal law*, PP92 - 98.

些“困惑”将不再成为“困惑”,学者们亦不会再陷入难以自圆其说的解释尴尬的窘境。^[29]

2. 导致最高司法机关司法解释权的膨胀和地方司法机关自由裁量权的萎缩。我国刑法中某些具体犯罪的概念虽然引入了定量因素,但反映在条文中,往往只是采取一些诸如“数额较大”、“数额巨大”、“情节严重”、“造成严重后果”等模糊性规定,未能精细地予以量化。这给司法实践的运作带来了不便,各地司法机关在认定这些犯罪时往往自立标准,各行其是,结果造成了执法上的混乱。鉴于这种情况的存在,最高司法机关先后颁布了一系列的司法解释,对一些行为构成犯罪必须达到的数量界限明确地予以规定,而且随着新刑法在实践中的进一步运用,最高司法机关的这种司法解释权必将进一步扩大。例如对刑法第168条、第188条、第189条、第403条、第404条、第405条、第406条等条文中规定的“造成较大损失”、“造成重大损失”的标准,都必须依赖最高司法机关在司法解释中予以明定。这些司法解释一方面补充了立法的不足,使各地司法机关在处理具体案件时有了统一的量定标准,但另一方面,过于膨胀的两高司法解释也不适当地限制了地方司法机关的自由裁量权。例如根据最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的规定:“个人盗窃公私财物价值人民币500元至2000元以上的,为数额较大。”该解释接着又指出:“盗窃公私财物接近‘数额较大’的起点,具有下列情形之一的,可以追究刑事责任:(1)以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的;(2)盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的;(3)造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。”这样,最高法院的司法解释就把“盗窃数额”作为决定行为是否构成犯罪的主要依据。这种“唯数额论”的司法解释逻辑演绎的结果必然是地方司法机关在处理具体的盗窃案件时,往往只限于或主要限于对“盗窃数额”大小的关注,而忽视对盗窃行为其它情节——诸如盗窃财物的性质、受害人的经济状况、盗窃的手段、目的、动机、行为人平时的一贯表现等——的考察。其结果只能造成定罪量刑上的不合理。试想,假如有两个盗窃犯,其中一个因下岗而生活无着落,为了生存而盗窃自己原单位的价值500多元的财物,另一个一贯游手好闲,有班不上,采取溜门撬锁的手段盗窃一孤寡老人价值200元的财物,致使老人因财物被盗而生活困难。从盗窃行为发生的原因和受害人的经济状况来看,前者的社会危害性明显小于后者,但结果是前者因达到《解释》中规定的“数额较大”的标准而构成盗窃罪,后者因未达到“接近数额较大”的标准而不构成盗窃罪,这合理吗?这种定罪失当的症结就在于司法解释在明确刑法中一些犯罪概念的定量因素时,不适当地提高了“数量”在定罪中的作用,从而束缚了地方司法机关对其它犯罪情节的考察。好在立法、司法机关已经注意到了这个问题,^[30]但我们认为,要想从根本上纠正这种因两高司法解释权膨胀而致的地方司法机关自由裁量权的萎缩,进而造成的司法不公正现象,唯限制刑法中犯罪概念的定量因素以外,别无他途。

3. 导致刑事法网粗疏,不利于控制和预防犯罪。“严而不厉”和“厉而不严”都是刑法结构的模式。“严”是指严密刑事法网,严格刑事责任;“厉”主要指刑罚苛厉,刑罚过重。^[31]我国

[29] 刑法中其它具有定量因素的犯罪均可采用类似的方法予以界定。例如第187条的“用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪”可以界定为:“银行或者其它金融机构的工作人员以牟利为目的,采取吸收客户资金不入帐的方式,将资金用于非法拆借、发放贷款的,处……。”而把是否“造成重大损失”作为量刑情节予以考虑。第188条的“非法出具金融票证罪”界定为:“银行或其它金融机构的工作人员违反规定,为他人出具信用证或者其它保函、票据、存单、资信证明的,处……”等等。

[30] 新刑法第264条盗窃罪中关于“情节”的规定以及最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中关于“情节”的详细解释,已反映出立法、司法机关对“情节”在定罪中作用的重视。

[31] 参见前引[5],储槐植书,第305页以下。

1979年刑法颁行以后,由于改革开放和社会主义市场经济的发展,社会生活发生了巨大的变化,新的犯罪现象不断出现。为了适应同这些犯罪作斗争的需要,全国人民代表大会常务委员会又相继通过了一系列的《决定》和《补充规定》。这些《决定》和《补充规定》一方面加重了有些犯罪的法定刑,另一方面又对一些多发性犯罪提高了起刑线(构成犯罪的数额起点),从而使我国刑法在整体上呈现出“厉而不严”的结构性特点。这种“厉而不严”的刑法模式运作的实际结果是:使得我国的社会治安状况陷入犯罪量和刑罚量交替上升的怪圈。有鉴于此,笔者早在80年代就曾指出:刑法修订势在必行,并认为刑法修订的关键在于调整政策思想,用“严而不厉”的模式取代原来的“厉而不严”的模式。^[32]对此主张,我们始终坚持认为是正确的。因为这一主张与我国历来强调的惩办与宽大相结合的刑事政策是完全吻合的。所谓“惩办”,就是严密刑事法网,严格刑事责任,做到法网恢恢,疏而不漏;所谓“宽大”,就是刑罚宽容,不苛厉。新刑法的一些具体规定已在某种程度上贯彻了“严而不厉”的思想,例如死刑条款的削减(包括已满16周岁不满18周岁不适用死刑等),罚金刑适用量的增多,累犯从重处罚以及对累犯不适用缓刑和有条件地不予假释的规定等。然而,这一刑事政策思想在我国新刑法中并没有得到充分体现,具体表现在一些犯罪构成定量因素的存在不适当地稀松了法网,使得许多犯罪分子从法网边缘轻松而过,不利于打击和预防犯罪。实践证明,法网严密,刑法提高定罪率(扩大犯罪圈)比单纯增加刑罚量(提高法定刑)更能有效地控制犯罪的发生。^[33]

三、传统法文化与现实的冲突——定量犯罪概念的取舍

通过上文分析可知,定量犯罪概念本身是毁誉参半、利弊兼有的。而且从总体上看,很难衡量定量犯罪概念究竟是利大于弊,还是弊大于利?但这丝毫不影响我们对我国刑法中是否存在定量犯罪概念作出科学的选择。首先,我国自古沿袭并且影响广远的“法不治众”的文化传统要求我们的刑事立法必须以缩小打击面为宗旨,注重刑法的谦抑性。而达致缩小打击面最为简约的方式便是从犯罪构成的量上进行控制,把没有达到一定“数量界限”的危害行为排除在犯罪圈之外。因此,可以说我国刑法中定量犯罪概念的存在是我国传统法文化的当然体现。只要这种传统法文化在广大社会公众中的影响依然存在,那么刑法中就不应轻易地彻底舍弃犯罪概念的定量因素。其次,现实社会的发展水平决定了人类的认识能力到目前为止还是非常有限的。在人们尚不能够对犯罪行为的社会危害性精细地予以量化以及“数量因素”在大多数场合还不是决定行为社会危害性程度的唯一甚或主要因素的情况下,在刑法典中过多地引入定量的犯罪概念又是不科学的。因此,我们的结论是:传统的法文化与现实的冲突决定了在我国刑法典中,定量的犯罪概念应该有一席之地,但其范围应该受到严格地限制。

至于我国刑法中哪些犯罪概念可以含定量因素,哪些犯罪概念不应含定量因素,笔者认为以下设计不失为一种可行的选择:(一)分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的多数犯罪可以采用“立法定性又定量”的模式。原因是经济犯罪与传统的财产犯罪不同。“经济犯罪”过程同经济发展运动相联系,从宏观观察是利弊交织的(这同具体案件的认定与量刑不是一回事)。经济活动的合法与非法、罪与非罪界限之确定具有很强的政策性。如果界限过严,那么可能造成

[32] 参见储槐植:《严而不厉:为刑法修订设计政策思想》,《北京大学学报》1989年第6期。

[33] 参见《犯罪原因的经济理论——贝克尔模型》,《犯罪与司法全书》,纽约英文版,第318页。

在遏止经济违法犯罪活动的同时,也遏止了市场经济参与者从事经济活动积极性的结果”。^[34]因此,鉴于经济犯罪这种利弊交织的特点,加之经济犯罪分子的主观恶性较之传统的财产犯罪、性犯罪、杀人罪、伤害罪等犯罪分子的主观恶性往往要小得多,所以立法在决定经济领域中某类行为是否是犯罪行为时,必须从严把握。而“定量犯罪概念”的引入无疑是进行这种“从严把握”的最为简便的工具。例如,当某一时期的经济形势决定某类经济违法行为的社会危害性不那么严重时,我们就可以调高构成犯罪的起刑线,把绝大多数没有达到起刑线的该类经济违法行为排除在犯罪圈之外;反之,当另一时期的经济形势决定此类经济违法行为的社会危害性非常严重时,我们又可以调低构成犯罪的起刑线,把绝大多数这类经济违法行为纳入刑法视野,由刑法进行调整。这种简便的方式对于节约刑事司法资源,保障社会主义市场经济的顺利发展无疑是非常必要的。同时,另一方面,在经济犯罪中使用定量的犯罪概念也是可行的。因为经济犯罪大多涉及金钱数额,加之经济犯罪分子的道义可谴责性小,因此,“数额的大小”往往是决定经济犯罪社会危害性程度的主要因素。在此情况下,使用定量的犯罪概念,不会导致或枉或纵的结果。

(二)除分则第三章中某些经济犯罪以外的其它罪,包括盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪等传统的财产犯罪在内,均应采用“立法定性,司法定量”的模式。理由是:第一,这类犯罪不象利弊兼有的经济犯罪那样,公众凭一般的社会伦理观念即可知晓其犯罪性,在价值判断上应与经济犯罪有所区别;第二,这类犯罪社会危害性的大小往往是由多种因素综合决定的,“数额”不是决定这类犯罪社会危害性程度的主要因素。在此情况下,如果立法对这类犯罪采取既定性又定量的模式,往往会不适当地提高“数量”在定罪中的作用。这样做的结果是一方面束缚了司法机关在处理具体案件时对“数量”以外的其它情节的考察,不适当地限制了司法机关的自由裁量权,另一方面也必然会使我国刑法的运作因罪刑法定原则而变得僵化。有鉴于此,我们认为,对于我国刑法中经济犯罪以外的其它犯罪,立法时均应采取“只定性而不定量”的模式。

(三)如上所述,因分则中有的经济犯罪概念既含有定性因素,又含有定量因素,所以为了与分则的规定相对应,总则第13条中作为犯罪一般概念之定量因素的“但书”仍可保留。

Abstract :It is a general rule that the concept of crime determines the nature in the legislation and determines the quantity in the judicature in the world; While in China ,the concept of crime determines both the nature and the quantity ,as is the modern pattern of Chinese traditional experience of running the country that law can not punish the vast majority of the people ,and as really plays the same system-ensuring role as “ the principle of restraint ”does in the criminal law. However , more than 20 years social practice shows that some irresolvable vital problems in the criminal field are closely related with the quantity - determining in the concept of Crime. This paper therefore , aims to make a probe into the latter.

[34] 参见杨敦先、谢宝贵主编:《经济犯罪学》,中国检察出版社1991年版,第33页。