

善待社会危害性观念

——从我国刑法第13条但书说起

储槐植 张永红*

内容提要: 社会危害性是我国传统刑法学的基石性概念,因之我国传统的刑法理论被称为社会危害性理论。但近期以来,一些刑法学研究者基于罪刑法定原则的立场对社会危害性进行了质疑和挑战,对社会危害性的批评几成一边倒之情势。以刑法第13条但书为切入点,可以论证但书与罪刑法定原则在价值和功能上的一致性,并认识到应该善待我国刑法中的社会危害性观念。

关键词: 但书 社会危害性 罪刑法定原则

众所周知,50、60年代的中国刑法学几乎是苏联刑法学的翻版。1979年刑法颁布后,我国刑法学者在摹仿苏联教科书的基础上,参照我国1979年的刑法体系,吸收司法实践经验建立了我国的刑法学体系并沿用至今。这种刑法学体系的一个突出特点是以社会危害性为中心,有关犯罪与刑罚的一切问题都从犯罪的社会危害性来解释。因此,我国传统的刑法理论可以称为社会危害性理论,我国传统的刑法学体系可以称为“社会危害性中心论”的刑法学体系。^{〔1〕}十余年前,我国刑法学者开始反思苏联刑法模式,提出“建立具有中国特色的社会主义刑法学体系”的口号并进行了不懈的努力。在这样的理论氛围中,作为传统刑法学基石性概念的社会危害性开始受到质疑和挑战。最近,有学者指出,“社会危害性”这类对犯罪规范外的实质定义的致命弱点在于,在这个基础上建立起来的犯罪体系完全依赖于行为的规范属性,因而,它又从本质上放弃了犯罪的实质概念。如果我们宣称犯罪的本质在于行为的社会危害性,显然,危害社会的并不都是犯罪,那么区别犯罪与其他危害社会行为的唯一标准就不可避免地只能决定于刑法是否禁止这个行为,也就是行为的形式违法性。这种所谓实质认识由此也就成了一种文字游戏般的东西,其实质变成了由法律形式所决定的,因此也就是形式犯罪而已。换言之,社会危害性的认定在这种理论中完全依赖于行为的形式违法性。^{〔2〕}另有学者指出,1997年刑法确立的罪刑法定原则为犯罪概念的确立提供了一定的规范标准,而我国刑法中犯

* 储槐植,北京大学法学院教授;张永红,北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1996年版,第671页以下。

〔2〕 参见李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第7页。由于该文的某些观点具有较大的影响,所以有必要专文予以探讨。

罪概念则采社会危害性标准,这就导致社会危害性与罪刑法定的冲突。^[3]更有学者认为,应将社会危害性逐出注释刑法学的领域,以法益和法益侵害的概念取代之。^[4]在上述学者对社会危害性弃之如敝履的情况下,也有学者论证了社会危害性与罪法定原则的一致性,为我国犯罪概念的科学性作了辩护。^[5]但声音微弱,孤掌难鸣。矫枉有时需要过正,但若太于过正却也会走向反面,本身成为枉。笔者有感于刑法学界目前对于社会危害性批评一边倒的情势,认为应该善待我国刑法中的社会危害性观念。因为社会危害性理论首先表现在对犯罪本质特征的界定上,犯罪概念是反思社会危害性理论的一个基本视角,^[6]所以,本文从刑法第 13 条犯罪概念的但书展开论述。

一、但书的内容

我国刑法第 13 条中规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这就是但书的内容,具体言之,可分为两部分:

1. 条件^{4/4}情节显著轻微危害不大

情节,指除客观损害结果外影响行为社会危害程度的各种情况(包括犯罪构成要件),如行为的方法、手段、时间、地点、行为人的动机、目的、一贯表现等。^[7]

我国刑法对情节作了程度不等的各种表述,计有情节特别恶劣、情节恶劣、情节特别严重、情节严重、情节较轻、情节轻微和情节显著轻微七种。应注意区分情节较轻、情节轻微和情节显著轻微三种情况。情节较轻(如刑法第 111 条)一般是作为从轻处理的条件,即对已经构成犯罪的行为适用较低档次的法定刑;情节轻微(刑法第 37 条),是免于处罚的条件,即对已经构成犯罪的行为不予刑事处罚,而根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门给予行政处罚或行政处分;情节显著轻微,则可能不认为是犯罪。

[3] 参见樊文:《罪法定与社会危害性的冲突—兼析新刑法第 13 条关于犯罪的概念》,《法律科学》1998 年第 1 期。

[4] 参见陈兴良:《社会危害性理论—一个反思性检讨》,《法学研究》2000 年第 1 期。先说一句,要将社会危害性逐出注释刑法学领域,除非将刑法分则犯罪概念的定量因素和刑法第 13 条但书一并逐出刑法领域,而这是不可能的,而且在价值取向上也得不偿失。另外,法益到底是什么?法益与社会危害性究竟是什么关系?也并非很容易说清楚的问题。本文旨不在此,故对此不欲展开,聊引李斯特和耶赛克几段关于法益和犯罪本质的论述供读者参考。“如同每一种不法行为一样,犯罪也是反社会的行为,即使犯罪行为直接针对某个特定的人,它也是对社会本身的侵犯。”“实质违法是指危害社会的(反社会的)行为。”“只有当其违反共同生活目的之法制时,破坏或危害法益才在实体上违法;对受法律保护利益的侵害是实体上的违法,如果此等利益是与法制目的和人类共同生活目的相适应的。”(李斯特:《德国刑法教科书》,法律出版社 2000 年版,第 5 页,第 201 页,第 202 页)“在法益侵害中存在对共同关系的损害,此等损害表明将犯罪行为表述为‘危害社会的行为’是正确的。”“法益必须理解为受法律保护的社会秩序的抽象价值,维护该价值符合社会的共同利益,而无论该价值的主体是个人,还是社会。”(耶赛克:《德国刑法教科书》,中国法制出版社 2001 年版,第 288 页,第 316 页)

[5] 参见李立众:《罪法定与社会危害性的统一》,《政法论丛》1998 年第 6 期;李立众、柯赛龙:《为现行犯罪概念辩护》,《法律科学》1999 年第 2 期。

[6] 参见前引[4],陈兴良文。

[7] 我国刑法学界对情节(犯罪情节)存在不同理解,归纳起来,大致有如下四种:(1)情节是指决定行为社会危害程度的一切主客观方面的因素(包括犯罪构成);(2)情节是指犯罪构成共同要件以外的事实;(3)情节是指犯罪构成要件以外的事实;(4)情节是指犯罪构成的共同要件。(参见郑伟主编:《新刑法学专论》,法律出版社 1998 年版,第 426 页)但书的实质是将符合具体犯罪构成但社会危害性不大的行为排除在犯罪圈之外,而社会危害性及其程度不仅由犯罪构成要件(包括犯罪构成的共同要件和具体犯罪的特殊要件)来说明,而且还要由犯罪构成要件以外的事实情况来说明。所以,作为说明行为社会危害性较小的“情节显著轻微危害不大”应作为一个整体来理解,如果认为“危害不大”是指社会危害性不大,那么无论对“情节”作何种理解,“情节显著轻微”的规定都是多余的;如果认为“危害不大”是指客观损害结果不大,那么,这里的“情节”显然应该指除损害结果外一切能表明行为社会危害性大小的因素,包括犯罪构成要件。

情节轻微从表面上看,似乎仅比刑法第13条但书规定中的情节显著轻微高一个档次,但实际上两者有质的差别。情节轻微以行为已经构成犯罪为前提,而情节显著轻微则可能属于非罪的事实情况范围,是区分罪与非罪的情节。可见,情节显著轻微,较之于情节较轻和情节轻微,在程度上更轻,处理上也有所不同。至于什么是情节显著轻微,应当根据案件的具体情况,全面考虑,加以确定。

危害不大,依照我们的理解,是指行为的客观危害结果不大。有论者认为,这里的“危害”是包括主观与客观的综合指标。其中主观包括罪过、主观恶性、人身危险性;客观包括:行为及其危害结果等。^{〔8〕}我们认为这种观点值得商榷,因为对“危害”一词的这种理解,显然将其等同于社会危害性,而社会危害性是涵括情节在内的,所以,如果将刑法第13条中的危害不大视为社会危害性不大且与情节显著轻微并列,是一种不必要的重复。因此,将这里的危害限定于客观危害结果是妥当的。

那么,如何理解情节显著轻微和危害不大的关系呢?我们认为,情节侧重说明行为人的主观恶性(当然也在一定程度上说明了行为的客观危害性),而危害侧重说明行为的客观后果,二者相结合就构成了社会危害性的全部内涵。因此,在适用刑法第13条但书时,必须同时具备情节显著轻微和危害不大这两个条件,仅有情节显著轻微或者危害不大是不能适用但书的。如扳道工嗜睡忘记扳道致使两列火车相撞死伤多人,属忘却犯(疏忽大意过失的不作为犯),尽管情节显著轻微,但是客观损害结果十分严重,不宜适用但书;又如妻子因奸情出于杀人目的给丈夫下毒却误将白糖当作毒药,属不能犯(工具不能犯),尽管没造成客观损害后果,但情节比较恶劣,也不宜适用但书。

2. 结果^{4/4}不认为是犯罪

不认为是犯罪,就是指情节显著轻微危害不大的行为,法律确定其不是犯罪。这里的不认为是犯罪,意思等于不是犯罪。有人认为这里规定的“不认为是犯罪”,是指某种行为已经构成犯罪,仅仅是作为不作为犯罪处理。这种认识值得商榷。在1979年刑法起草过程中,历次讨论稿、修改稿中,对表述不认为是犯罪的写法曾经有过多变动。有的稿中表述为“不以犯罪论处”,有的表述为“可不以犯罪论处”或“可不认为是犯罪”等等,这些表述极易理解为已构成犯罪,仅仅是按不作为犯罪处理。1979年刑法采纳不认为是犯罪的表述,1997年刑法予以保留。但是由于它在形式上与分则某条文的特征相同,所以强调写了“不认为”。如果把“不认为”理解成行为已经构成犯罪,而仅仅是从宽处理,那就同犯罪的定义相矛盾,并且与刑法第37条的规定相冲突。

二、但书的渊源

但书从何而来,这是研究但书时不可避免的问题。我们认为,但书直接渊源于苏俄刑法典犯罪概念的附则,但其深层的渊源则是我国“法不治众”的传统法文化。

1. 直接渊源^{4/4}苏俄刑法典犯罪概念的附则

1926年苏俄刑法典第6条规定了犯罪的实质概念,其附则规定,对于形式上虽然符合本法典分则某一条文所规定的要件,但因显著轻微,并且缺乏损害结果,而失去危害社会的性质

〔8〕 参见张小虎:《人身危险性与客观社会危害显著轻微的非罪思辨》,《中外法学》2000年第4期。

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没有危害性的行为或不作为,不认为是犯罪。”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 79 年刑法第 10 条但书的形成显然受到上述附则的启发,这可从我国 79 年刑法的立法过程得到证明。

1954 年中央人民政府法制委员会拟定的《中华人民共和国刑法指导原则草案》第 1 条在犯罪概念中规定:“情节显然轻微并且缺乏危害后果,因而不能认为对社会有危险性的行为,不认为犯罪。”1956 年全国人民代表大会常务委员会办公厅法律室拟定的《中华人民共和国刑法草案》(第 13 次稿)第 8 条在犯罪概念中规定:“行为在形式上虽然符合本法分则条文的规定,但是情节显著轻微并且缺乏社会危害性的,不认为是犯罪。”不难看出,上述但书的内容与苏俄 1926 年刑法典第 6 条附则和 1960 年刑法典第 7 条第 2 款如出一辙。1957 年全国人民代表大会常务委员会法律室拟订的《中华人民共和国刑法草案》(第 21 次稿)第 10 条在犯罪概念中规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不以犯罪论处。”此后的刑法草案第 22 次稿、第 27 次稿、第 30 次稿、第 33 次稿、第 36 次稿、第 37 次稿和第 38 次稿都作了与第 21 次稿基本相同的规定。^[9]从以上对 79 年刑法立法过程的粗略描述中,我们可以清楚看到我国刑法在但书规定上对苏俄刑法典的模仿,尽管这种模仿并不是一味照搬,而是在原有基础上有所变动。^[10]当然,仅以立法规定上的相似性来论证我国刑法犯罪概念中的但书源于苏俄刑法典还是不够的,应该说明的是,我国在建国之初,受当时国内外政治局势影响,法制建设基本照搬当时的社会主义国家——苏联的模式,刑法学领域当然也完全以苏联为师,其影响非常深远,经历“打砸抢”、“砸烂公检法”的文革十年后制定的刑法典仍然可见苏联刑法典的影响。^[11]因此,这种情况下立法规定的相似性完全可以认为是对苏联刑事立法学习的结果。

2. 文化渊源 法不治众的刑法文化传统

刑法传统离不开法文化。中华法文化历来缺乏西方国家那样的自然法精神和权利意识,在社会结构上从来没有形成独立于政治国家之外的市民社会(公民社会),因而最能体现国家权力的刑法得到了过分的发展。在我国的法文化中,法即刑的观念影响深远。刑法权(刑罚权)膨胀是我国刑法传统最基本的特征。^[12]而我国古代社会的刑罚苛酷又为人所熟知。我国的奴隶制五刑墨、劓、剕、宫、大辟,都是肉刑和生命刑。封建制五刑笞、杖、徒、流、死也以生命刑和肉刑为主。重刑决定了刑法打击面不能太宽泛,否则会造成社会公众与政权的全面对抗,最终动摇统治基础并颠覆政权。法不治众的统治策略因此得以形成,其现代表述形式是缩小打击面,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。^[13]应该指出,法不治众的策略是在以重刑政策为基础的条件下对重刑弊端的某种补救,因为“治”意味着处死或其他重刑。如果刑法不以重刑为基础,“打击”

[9] 参见高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社 1998 年版,第 136 页以下。

[10] 附则规定的是“缺乏损害结果而失去危害社会的性质”,对社会没有危害;但书规定的是“危害不大”,对社会有危害。

[11] 参见单长宗等主编:《新刑法研究与适用》,人民法院出版社 2000 年版,第 45 页。

[12] 参见储槐植:《论刑法现代化》,《中外法学》2000 年第 4 期。

[13] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000 年第 2 期。

仅是定罪法办,定罪法办未必都重刑,而且在刑事司法各阶段均许可司法机关采取转处(diversion)方法,即通过正规程序以外的方法来处理罪案,那么“缩小打击面”的提法不仅不必要,甚至有异化为“纵容犯罪”之虞。^[14]

三、但书与我国刑法中的犯罪概念

在刑法学界,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“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性是刑事违法性和应受刑罚惩罚性的前提,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性和应受刑罚惩罚性这些特征来替代、包含社会危害的“程度”这个本源素质。

据此,我们认为,在学术上给犯罪下定义时,把我国刑法第13条但书概括进去,才能准确体现立法原义。因此,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而应予以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,因为它没有包含刑法第13条但书的本义。但书是第13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”引起刑法领域,具有重大的理论和实践价值。^[15]

强调但书是犯罪立法定义的有机组成部分,对于正确理解我国刑法中的犯罪概念有着非常重要的意义。刑法理论界有人认为犯罪的立法定义存在逻辑上的矛盾。该论者指出,“一切危害国家主权……都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”从这样的立法定义分析,除了“一切”之后所列的6类行为外,均不是犯罪;在“一切”这样的外延之下,但书是不应该存在的,要用“一切”就不能用但书,要用但书就不能用“一切”。^[16]我们认为,这种观点的不当之处在于没有把但书纳入我国刑法中犯罪的立法定义之中,把刑法第13条的前段当成了立法定义的全部,认为它已经划定了犯罪圈。而实际情况是,我国刑法中犯罪圈的划定是由刑法第13条的正文和但书两段结合共同完成的。根据前段,一切具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性的行为都是犯罪,这就大致框架了我国刑法的犯罪圈,但框入圈内的行为有些并非犯罪;根据但书,那些已被框入圈内但情节显著轻微危害不大的行为,不认为是犯罪,就将一部分行为排除出去,这才是最终划定的犯罪圈。因此,对我国刑法关于犯罪的立法定义完整的理解是:除了情节显著轻微危害不大的行为外,一切危害国家主权……都是犯罪。

[14] 参见杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第35页。

[15] 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268页。

[16] 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突—兼析新刑法第13条关于犯罪的概念》,《法律科学》1998年第1期。

四、但书的功能

我国刑法的一般犯罪概念含有定量因素,而具体犯罪概念有的含定量因素,有的不含定量因素。含有定量因素的具体犯罪概念,与犯罪的一般概念显然具有一致性,而不含定量因素的具体犯罪概念,则与一般犯罪概念间存在差异。这种差异是不能由我国的犯罪构成理论加以弥补的。众所周知,我国的犯罪构成理论是以苏联为蓝本建立起来的。但苏联刑法中的犯罪概念(无论是总则的一般犯罪概念还是分则的具体犯罪概念)都不含有定量因素,^[17]所以这种以定性分析为根基的犯罪构成理论并无不妥之处。而我国刑法总则的一般犯罪概念含有定量因素,所以,对于分则那些不含定量因素的具体犯罪概念来说,以定性为根基的犯罪构成理论就显得捉襟见肘了。这时就凸现了但书的功能。概而言之,但书的功能有二:

1. 照应功能

我国刑法中具体犯罪含有定量因素的可分为两类:第一类是直接地规定了数量限制,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。第二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。这类罪实际上多是内含定量限制的罪,占刑法分则罪刑条款的半数以上。如果把第一类直接规定数量限制的罪和第二类内含数量限制的罪相加,约占我国刑法分则条款数的三分之二以上。因此,内含定量因素的具体犯罪概念在我国刑法中占绝对比重。^[18]上述具体犯罪概念中的定量因素,是总则一般犯罪概念中定量因素 4/4 但书的体现,将这些定量因素作为具体犯罪概念的一部分,在认定犯罪时便体现了但书的照应功能。

2. 出罪功能

除了上述约三分之二强含有定量因素的犯罪外,我国刑法分则尚有不足三分之一的犯罪不含定量因素。这些不含定量因素的犯罪又大致可以分为两类:第一类是行为本身性质严重,足以反映其社会危害程度的犯罪。如杀人罪、强奸罪、抢劫罪、放火罪、投毒罪等。第二类是行为本身性质并不严重,不足以反映其社会危害程度的犯罪。如刑法第 253 条第 1 款的私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪。对于第二类罪,是否行为符合构成要件犯罪便成立呢?试以私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪为例,如果行为人出于集邮的爱好,将一邮件上邮票剪下,然后将此邮件隐匿,而该邮件并无特别重要性,亦未造成其他危害。显然,上述情况已完全符合私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的构成要件,按照我国的犯罪构成理论,应认定为犯罪并应受刑罚处罚。然而实践中此类行为绝不可能被定罪,甚至连治安管理处罚的标准也够不上,至多给予纪律处分。这时,便需注意但书的作用了。尽管上述行为已经符合该罪构成要件,但因其情节显著轻微危害不大,因此不认为是犯罪。这就将原本要认定为犯罪的行为排除出去,我们称之为出罪功能。

那么对于上述第一类不含定量因素的犯罪,但书是否就丧失了这种功能呢?我们对此持

[17] 1997 年施行的《俄罗斯联邦刑法典》分则部分某些具体犯罪含有定量因素,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”。

[18] 参见前引[13],储槐植等文。

否定回答。因为这类犯罪虽然行为性质比较严重,但并非仅实施该行为就足以断定其社会危害已经达到应受刑罚处罚的程度。试以我国第一例“安乐死”案件的判决为例,陕西省汉中市人民法院一审认为,被告人王某在其母夏某病危濒死的情况下,再三要求主管医生蒲某为夏某注射药物,让夏无痛苦死去,虽属故意剥夺夏某生命权利的行为,但情节显著轻微,危害不大,不构成犯罪。被告人蒲某在王某的再三请求下,亲自开处方并指使他人给垂危病人夏某注射促进死亡的药物,其行为亦属故意剥夺公民生命权利的行为,但其用药量属正常范围,不是造成夏某死亡的直接原因,情节显著轻微,危害不大,不构成犯罪,故于1991年4月6日判决,宣告蒲某、王某无罪。汉中地区中级人民法院二审确认了这一判决。^[19]

但书是社会危害性的载体,然而上述两例中却发挥了与罪刑法定原则一样的人权保障功能,这不能不让我们重新思考社会危害性与罪刑法定原则的关系。

五、社会危害性与罪刑法定原则

有论者认为,刑法第13条规定的犯罪定义中既存在社会危害性标准,也存在规范标准。在一个定义中同时使用了相互冲突、排斥的两个标准来界定犯罪,势必影响罪刑法定原则在犯罪定义中的完全彻底体现,使犯罪这个概念乃至整个刑法典的科学性大打折扣。^[20]另有论者指出,社会危害说不仅通过其“犯罪本质”的外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑法色彩的理论根据,而且也在实践中对于国家法治起着反作用。^[21]对论者上述认识,我们有必要澄清以下两个问题:

1. 刑法第13条规定的犯罪定义不存在社会危害性标准

社会危害性标准,依照该论者解释,是指罪与非罪以行为的社会危害程度是否达到应受刑罚处罚为标准,也就是说行为的社会危害程度是决定罪与非罪的唯一因素。应予指出,1979年刑法存在类推制度(1979年刑法第179条),即对于刑法分则中没有明文规定的犯罪,可以比照刑法分则最相类似的条文定罪。同时1979年刑法第10条也存在但书,即对于形式上与刑法分则条文规定相符合的行为,如果情节显著轻微危害不大,可以不认为是犯罪。这种情况下,认为刑法存在社会危害性标准、存在社会危害性标准与罪刑法定原则的冲突是正确的(但也并非犯罪的立法定义本身存在社会性标准)。因为罪刑法定原则所要求的规范标准(刑事违

[19] 该案案情如下:被告人王某之母夏某长期患病,1984年10月曾经被医院诊断为“肝硬变腹水”。1987年初,夏病情加重,腹胀伴严重腹水,多次昏迷。同年6月3日,王某与其姐妹商定,将其母送往汉中市传染病医院住院治疗,被告人蒲某为主管医生。蒲对夏的病情诊断结论是:(1)肝硬变腹水(肝功失代偿期、低蛋白血症);(2)肝性脑病(肝肾综合症);(3)渗出性溃疡并褥疮2-3度。医院当日即开出病危通知书。蒲按一般常规治疗,进行抽腹水回输后,夏的病情稍有缓解。6月27日,夏某病情加重,表现痛苦烦躁,喊叫想死,当晚惊叫不安,经值班医生注射了10毫克安定后方能入睡,28日昏迷不醒。8时许,该院院长雷某查病房时,被告人王某问雷其母是否有救。雷回答:“病人送得太迟了,已经不行了。”王即说:“既然我妈没救,能否采取啥措施让她早点咽气,免受痛苦。”雷未允许,王某坚持己见,雷仍回绝。9时左右,王又找被告人蒲某,要求给其母施某种药物,让其母无痛苦死亡,遭到蒲的拒绝。在王某再三要求并表示愿意签字承担责任后,蒲某给夏某开了100毫克复方冬眠灵,并在处方上注明是家属要求,王某在处方上签了名。当该院医护人员拒绝执行此处方时,蒲又指派陕西省卫校实习学生蔡某、戚某等人给夏注射,遭到蔡、戚等人的回绝。蒲某生气地说:“你们不打(指不去给夏注射),回卫校去!”蔡、戚等人无奈便给夏注射了75毫克复方冬眠灵。下班时,蒲某又对值班医生李某说:“如果12点不行(指夏还没死亡),你就再给她打一针复方冬眠灵。”当日下午1时至3时,王某见其母未死,又两次去找李某,李又给夏开了100毫克复方冬眠灵,由值班护士赵某注射。夏于6月29日凌晨5时死亡。(参见肖中华:《侵犯公民人身权利罪》,中国人民公安大学出版社1998年版,第27页以下)

[20] 参见前引[16],樊文文。

[21] 参见李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第8页。

法性标准) 虽然划定了一个基本的犯罪圈, 但这个犯罪圈在两个方向上受到非规范标准的冲击: 类推可以使人入罪而扩张该犯罪圈, 但书可以使人出罪而紧缩该犯罪圈。^[22] 可见, 当时的立法状况是, 社会危害性凌驾于刑事违法性之上、非规范标准超越规范标准、实质特征压倒形式特征, 犯罪圈的最终划定由非规范标准(社会危害性标准) 所决定。罪刑法定原则所要求的规范标准实际被架空。^[23] 但是, 1997 年刑法已明文废止类推并确立了罪刑法定原则, 所以类推的入罪功能已成为过去, 犯罪圈也不存在扩张的可能。作为社会危害性载体的但书则只能出罪。^[24] 时已过, 境已迁, 还认为我国刑法(尤其是犯罪概念) 存在社会危害性标准就显得很虚浮了。刑法第 13 条前段明确规定, 一切危害国家主权……的行为, 依照法律应当受刑罚处罚的, 都是犯罪, 但是, 情节显著轻微危害不大的, 不认为是犯罪。从法条的规定看, 刑法所认定的犯罪行为, 除了具有一定程度的社会危害性外, 还必须具有刑事违法性和应受刑罚惩罚性。我国传统的刑法理论也肯定犯罪具有三个特征, 即社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性, 犯罪的三个特征缺一不可, 虽然社会危害性是本质特征, 决定其他两个特征, 但这种决定是根源意义上的, 目前, 没有论者会认为仅有社会危害性而无须刑事违法性即可认定犯罪。否则, 那些具有严重社会危害性, 而分则条文尚未明文规定的行为都可直接作犯罪处理了。^[25]

可见, 我国现行刑法并不存在社会危害性标准, 那么这种所谓两个标准的冲突并不是我国刑法中的一种实然冲突, 而是一种虚拟的冲突, 是现有立法规定与一种过时理论的冲突, 是罪刑法定原则与社会危害性中心论的冲突。社会危害性中心论是在刑法只规定犯罪实质概念的情况下发展起来的, 它等同于社会危害性标准, 即认为犯罪的唯一特征是社会危害性, 只要社会危害性达到一定程度就构成犯罪, 因而无需刑法分则。而在形式和实质相结合的犯罪概念下, 存在一种奇怪的组合: 依照实质概念, 只要社会危害性达到一定程度即可构成犯罪, 刑法分则仅为形式和摆饰; 依照形式概念, 只有刑法分则明文规定才能够构成犯罪。类推是一种折衷, 并非所有社会危害性达到一定程度的都是犯罪, 要比照刑法分则最相类似的条文, 无最相类似条文者不可定罪(对实质犯罪概念的限制)。但同时, 犯罪并非限于分则, 分则无规定但社会危害性达到一定程度, 也可比照最相类似的条文认定为犯罪(对形式犯罪概念的扩张)。所以说, 在实质犯罪概念下, 社会危害性中心论兴起并发展; 在实质、形式统一的犯罪概念下, 社会危害性中心论以类推为载体; 取消类推后, 皮之不存, 毛将焉附? 何来社会危害性中心论, 何来社会危害性标准, 何来其与罪刑法定原则的冲突? 刑法理论应随刑事立法的变迁不断更新, 在刑事立法已经变化的情况下, 不更新原有理论对刑事立法作出正确阐释, 而去设计所谓两个标准的冲突, 岂非一种学术资源的浪费。^[26] 那么, 我国刑法关于犯罪界定采取的是一种什么

[22] 应该指出, 类推与但书对罪刑法定原则的冲击是有所区别的。类推制度的存在打破了罪刑法定原则的界限, 使刑法分则没有明文规定行为的犯罪化有了明确的法律依据; 而但书则是在罪刑法定原则的范围内起作用的。

[23] 这是一种理论的应然分析, 但实际状况是, 但书固然适用不多, 类推适用也极为有限。在 1979 年刑法实施后的 17 年中, 最高人民法院核准适用类推的案件仅为 92 件, 而且多为并不严重之犯罪, 对打击犯罪、维护整个社会秩序而言, 其实际作用并不大, 因此为数不少的刑法学者仍然坚持认为我国 1979 年刑法基本是坚持罪刑法定原则的。

[24] 关于但书与罪刑法定原则的关系, 参见下文详述。

[25] 1997 年修订刑法实施后, 实践中发现有些国有公司企业的工作人员玩忽职守或滥用职权, 造成公司企业严重损失致使国家利益遭受重大损失的事例, 确有重大社会危害, 但法无明文规定, 无法定罪, 所以才有 1999 年 12 月 25 日刑法修正案的出台。

[26] 即使上述持两标准冲突论的研究者也将其文章的题目定为《罪刑法定与社会危害性的冲突》, 而非《罪刑法定与社会危害性标准的冲突》, 且其文中所论大部分确是罪刑法定与社会危害性的冲突, 而非罪刑法定与社会危害性标准的冲突。

标准呢?显然,不是规范标准。所谓规范标准,即是否犯罪以法律规定为标准,也即看行为是否具有刑事违法性。按照现行刑法第13条的规定,行为虽然形式上符合刑法分则条文的规定,但情节显著轻微危害不大的,并不认为是犯罪。可见,刑事违法性并非决定罪与非罪的唯一标尺,规范标准之论也站不住脚。

由此可知,我国刑法第13条关于犯罪的立法定义,既未采用纯粹的社会危害性标准,也未采用完全的刑事违法性标准,而是一种刑事违法性和社会危害性相结合、规范标准和非规范标准互为补充的复合标准。也就是说,行为罪与非罪的判定,不仅要受刑事违法性的形式制约,而且要受社会危害性的实质限定。在这种复合标准之下犯罪认定可大别为如下四种情况:

具有刑事违法性且有相当程度的社会危害性,构成犯罪;(复合标准)

没有刑事违法性也没有相当程度的社会危害性,不构成犯罪;(复合标准的逻辑推论)

具有刑事违法性但没有相当程度的社会危害性,不构成犯罪;(但书)

没有刑事违法性但有相当程度的社会危害性,不构成犯罪;(罪刑法定原则)

刑事违法性和社会危害性能否互相结合呢?这就涉及到社会危害性与罪刑法定原则的关系问题。

2. 社会危害性与罪刑法定原则并不冲突

首先,应该指出,社会危害性与社会危害性标准是不同的。社会危害性标准已如上述,是将社会危害性作为确定罪与非罪的唯一标尺,这决定它必然突破刑事违法性的原则界限,可以将刑法分则没有规定的行为认定为犯罪。但社会危害性概念本身却并不必然导致这种结论。对社会危害性大的行为固可入罪,对社会危害性小的行为亦可出罪。

其次,对于罪刑法定原则的理解。要在理论上阐明社会危害性与罪刑法定原则的关系,首先应该弄清罪刑法定原则的内涵。

罪刑法定原则源自西方,但在西方,对罪刑法定原则却存在着两种不同的理解。

对罪刑法定主义的实质性理解,把罪刑法定原则中的“法”理解为体现了“人类理性”的“自然法”,在实际生活中为人们所遵循的“活法”或“司法创造的法”(Nullum crimin sine jure 不违背正义要求不为罪);在法的价值取向问题上着重强调个人的利益应服从社会的需要,将维护保卫社会生活的基本条件作为刑法的首要任务;在刑法的渊源的问题上,强调刑法表现形式的多样性和内容的不确定性(Nullum crimin sine poena 无刑罚处罚不为罪);在犯罪本质问题上,强调犯罪行为的社会危害性(Nullum crimin sine iniuria 无社会危害不为罪);只要行为的社会危害性达到了犯罪的程度,即使在没有法律明文规定的情况下,也应受刑罚处罚;只要行为不具有应有的社会危害性,即使有法律的明文规定,也不得作为犯罪来处理。这是从上述立场推出的两点必然结论。对罪刑法定原则的形式主义理解,把罪刑法定原则中的法理解为成文的、有权制定法律的机关所制定的法;把犯罪的本质归结为对法律规定的违反;在法的基本属性问题上把维护个人自由放在首要的位置上;法律没有明文规定为犯罪的行为,不论其社会危害性达到什么程度,也不得处罚;法律规定为犯罪的行为,即使对社会没有任何危害性,也必须依照法律规定进行处罚。这是坚持上述立场所包含的两点必然结论。^[27]

在讨论社会危害性与罪刑法定原则的关系时,对罪刑法定原则的理解不同,势必会得出不

[27] 参见陈忠林:《从外在形式到内在价值的追求——论罪刑法定原则蕴含的价值冲突及我国刑法应有的立法选择》,《现代法学》1997年第1期。

同的结论。如果对罪刑法定原则采取实质主义的理解,很显然,二者恰好是一致的;但若对罪刑法定原则采取形式主义的理解,则可能与社会危害性存在冲突。所以问题的关键在于我国刑法中的罪刑法定原则应采取何种理解。目前,我国刑法学界比较一致的看法是,罪刑法定原则应坚持形式主义理解。因此,许多学者认为社会危害性与罪刑法定原则存在冲突。我们认为,问题恐怕不是那么简单,罪刑法定原则的功能定向是单一的,即框定犯罪范围,缩小刑法打击面,保障人权;但社会危害性的功能是双向的。如果强调国家利益,着眼于将具有一定程度社会危害性的行为入罪,则社会危害性起着扩大刑法打击面的作用,如 1979 年刑法第 79 条的类推即是;如果强调公民权利,着眼于将不具有具有一定程度社会危害性的行为出罪,则社会危害性担负着缩小刑法打击面的功能,如 1979 年刑法与 1997 刑法犯罪概念中的但书。如果说刑罚是一柄双刃剑,用之得当,则国家与个人两受其利;用之不当,则国家与个人两受其害的话,那么同样,社会危害性也是一柄双刃之剑,用于扩张犯罪范围(如类推)属用之不当,国家与个人两受其害;但用于缩小犯罪范围(如但书),则属用之得当,国家与个人两受其利。这种情况下的社会危害性与形式主义罪刑法定原则存在冲突吗?

形式主义理解的罪刑法定原则主旨在于限制国家刑罚权,缩小刑法打击范围,从而实现刑法保障人权的机能。这与但书的功能显然是一致的。从价值和功能讲,但书与形式主义的罪刑法定原则有异曲同工之效。不可否认,但书对现有的形式主义的罪刑法定原则也存在突破,即行为在具有刑事违法性的前提下还有可能不构成犯罪。冲突与突破有原则界限,前者指两事物价值取向不同,而后者指价值取向相同条件下对事物的一种更新。现在的问题是,按照现有的对罪刑法定的形式主义理解,只要不符合分则规定的行为就不是犯罪,只要符合分则规定的就是犯罪,如果行为符合分则规定又不认为是犯罪就与罪刑法定原则冲突。我们认为,这是一种墨守成规、固步自封的做法。须知,罪刑法定原则本身并不是僵死的、一成不变的,相反,它是不断发展变化的。从绝对禁止适用类推到许可严格限制的扩大解释,从绝对禁止适用习惯法到允许习惯法成为刑法的间接渊源,从绝对禁止刑法溯及既往到允许从轻溯及,从绝对禁止不定期刑到允许采用相对的不定期刑,罪刑法定原则在保障人权的宗旨指导下,内容在不断更新、扩展。现在,不会有人认为刑法不溯及既往与罪刑法定原则相冲突,而会认为这是对原有罪刑法定原则的一种突破,但书又何尝不是如此呢?如果说罪刑法定原则为缩小刑法打击范围、保障人权作了第一重限定,那么,但书则作了第二重限定。为什么但书不可以认为是对罪刑法定原则的一种增补呢?

我们认为,但书的存在所形成的罪刑法定原则制约下^[28]的社会危害性格局(双重制约格局)^[29]具有重要的理论和实践意义。

第一,既可保证一般公正,又可实现个别公正。

刑事法律既追求一般公正也追求个别公正。刑事违法性易于体现一般公正,而社会危害性更易于追求个别公正。刑事法律确定犯罪的一般概念和具体刑法规范时侧重一般公正,而

[28] 苏俄 1926 年刑法典第 6 条犯罪定义的附则和 1960 年刑法典第 7 条(犯罪概念)的第 2 款在“但是”之前都有“形式上虽然符合本法典分则某一条文所规定的要件”的表述。在我国 1979 年刑法起草过程中,刑法草案的第 13 次稿、第 34 次稿和第 35 次稿中的犯罪概念也有类似规定,尽管 1979 年刑法没有保留这种表述,1997 年刑法也未予增加,但其意思却不可忽略。因为“但是”一词足以体现这种意蕴,否则,不符合分则构成要件的行为显然不为罪,何来“但是”,而且后面的“不认为是犯罪”也可以说明这个问题。如果不符合分则条文规定,自然不为罪,何来“不认为”,所以,我们认为但书适用的前提是行为具有刑事违法性。

[29] 如果把但书当作对原有形式主义罪刑法定原则内容的补充,那么其本身亦是罪刑法定原则的一部分。

司法机关在具体运用刑事法律时则可以考虑反映犯罪行为社会危害性的具体事实以实现个别公正。有论者认为,认定犯罪时以法律作为最高标准,以是否具有刑事违法性为根据,尽管可能使个别具有较为严重的社会危害性的行为无法受到制裁,但这是维护法律的尊严、实现一般公正所付出的必要代价。^[30]如果说这种代价是必要的,那么,将那些虽然符合分则条文规定但情节显著轻微危害不大的行为也作为犯罪处理则是一种不必要的代价。而但书的存在恰将此类行为排除出去,无疑促进了个别公正的实现。

第二,使犯罪的实质内容受到规范内的关照。

双重制约格局使犯罪的认定分为两步:第一步,看是否符合犯罪构成,如果不符合,则直接排除其犯罪性(形式判断);第二步,如果符合犯罪构成,再看是否情节显著轻微危害不大,如果是则不认为犯罪;如果不是才认为犯罪(实质判断)。这就打破了我国犯罪构成的平面整合结构,使犯罪的实质内容受到规范内的关照。但有一种情况例外,分则条文若含有定量因素,仍是平面整合结构,一次判断即告完成。

六、司法者判断社会危害性的必要性和可能性

在犯罪构成的双重制约格局下,司法者不仅要判断行为的刑事违法性,而且要判断行为的社会危害性。司法者判断行为的刑事违法性,不仅必要,而且可能,这为绝大多数刑法研究者所认同,但司法者是否需要判断行为的社会危害性以及能否判断行为的社会危害性却是有争议的问题。

1. 司法者判断社会危害性的必要性

有论者认为,社会危害标准应是立法者、法学研究人员确立犯罪行为规范的重要因素,司法者和一般公民只能根据刑法规范一目了然地进行行为对照判断,而没有判断“社会危害程度大小”的注意义务,如果确立社会危害性标准,那是对司法者和守法者的苛求。^[31]立法者要考虑社会危害性,无疑是正确的。因为立法者要根据本国政治、经济、文化等国情以及以往同犯罪作斗争的经验在观念上认定某些行为能够严重侵犯国家、社会和个人利益,从而把其规定为犯罪。这种意义上的社会危害性是立法者确认某一行为为犯罪的指南针。^[32]如1997年刑法只将逃汇行为规定为犯罪,而未将套汇和非法买卖外汇行为规定为犯罪,但逃汇、骗购外汇、非法买卖外汇导致我国外汇储备急剧减少,在金融危机蔓延的情况下,对我国的经济安全构成了威胁,具有严重的社会危害性,因此第九届全国人大常委会第六次会议于1998年12月29日通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,将骗购外汇、非法买卖外汇,数额较大或情节严重的行为,规定为犯罪。

那么司法者是否要考虑社会危害性呢?有论者在将社会危害性划分为立法者那里的社会危害性和司法者那里的社会危害性后指出,司法者也要考虑社会危害性,但司法者那里的社会危害性是指司法者依据行为的刑事违法性而认定该行为严重侵犯了国家、社会、个人利益而具有的社会危害性。^[33]这一观点立即招致了如下反驳:如果社会危害性是完全依据刑事违法性

[30] 参见陈兴良、刘树德:《犯罪概念的形式化与实质化辨正》,《法律科学》1999年第6期。

[31] 参见前引[16],樊文文。

[32] 参见李立众、李晓龙:《罪刑法定与社会性危害性的统一》,《政法论丛》1998年第6期。

[33] 参见前引文。

认定的,那么这种司法上的社会危害性又有什么意义呢?^[34]但我们同样可以再反问:司法上的社会危害性是完全依据刑事违法性认定的吗?社会危害性是各种犯罪的共性,它当然要通过犯罪构成的各个要件予以体现,但犯罪构成各要件并不能全面表明行为的危害程度,对于刑法分则中含有定量因素的犯罪如此,对于分则中不含定量因素的犯罪更是如此。如果说依据刑事违法性认定的社会危害性不具实质意义,那么依据构成要件之外的事实情况认定的社会危害性也不具有实质意义吗?上述关于刑法第 253 条的说明便是很好的例证。我们认为,即使在依据刑事违法性认定犯罪的过程中,司法者也应该而且实际上也考虑了行为的社会危害性。我们知道,任何刑法规范无论规定得多么详尽具体,司法者都不可能“一目了然地对行为进行对照判断”,刑法规范的适用,离不开对刑法规范内容的解释,刑法司法解释的必要性源于刑法规范类型化和实际执法个别化的特点。^[35]刑法解释的思想,国内外刑法理论界大致有三种不同的观点:主观说、客观说和折衷说。

主观说将立法原意作为法律解释的目标,具体到刑法解释,其目标就是刑法立法原意。那么,这个立法原意是什么呢?很显然,只能是立法者认定犯罪行为的标准,即社会危害性及其程度;客观说认为刑法解释的目标就是阐明刑法条文客观上所表现出来的意思,而不是立法者制定刑法时主观上所赋予刑法条文的意思。如日本刑法学者泷川幸辰认为,“只要社会永远处于不断的发展变化之中,那么所有的法律解释,当然刑法也不例外,就该适应这种新的现实”。在客观说的主张者们看来,法律不是僵死的文字,而是富有生命力的。法律的生命力在于它对社会实际需要的满足,对社会正常发展的保护。日本刑法学者木村龟二指出:“刑法解释必须适应社会情况的变化,与个人利益相比,当然更应尊重国家利益。”^[36]要尊重国家利益,不考虑行为的社会危害性行吗?既然主观说与客观说都必须考虑社会危害性,那么作为二者折衷的折衷说自然也不能不考虑社会危害性了。当然,刑法司法解释必须坚持合法性原则,在一定情况下可以超出刑法立法原意,但不能超出用语可能的含义,这样有利于防止司法侵入立法,保证罪刑法定原则的贯彻执行。司法实践中常有这样的情形,一些疑难案件,对照法条,乍看来非此非彼,细想来又是亦此亦彼,究竟是入罪还是出罪,思考过程不能不注意行为的社会危害性。这是任何一名司法工作者的无可否认的经验。^[37]

2. 司法者判断社会危害性的可能性

有学者认为,社会危害性本身具有笼统、模糊、不确定性。有的行为的社会危害性很明显,如抢劫、杀人、放火等,而有些行为的社会危害性是很难判断的。^[38]对此,有论者指出,刑法第 13 条社会危害性的规定就局部来说具有笼统、原则的成分,但是就第 13 条以及刑法整体来讲它是确定的。之所以说刑法第 13 条社会危害性的规定似乎有笼统、原则的成分,这是因为刑法第 13 条但书之前的犯罪界定是一种宣言似的命题。但是这种笼统、原则的宣言并不影响刑法第 13 条整体与罪刑法定原则相结合,构成社会危害性的明确内涵,也就是说刑法对罪刑法定原则的贯彻使第 13 条社会危害性含义明确化。^[39]我们认为,该论者所说有一定道理,因为按照罪刑法定原则认定行为构成犯罪,那么此类行为显然具有社会危害性,但这种情况下的社

[34] 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000 年第 1 期。

[35] 参见郑伟主编:《新刑法学专论》,法律出版社 1998 年版,第 476 页。

[36] 参见李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社 1995 年版,第 79 页。

[37][38] 参见前引[16],樊文文。

[39] 参见张小虎:《人身危险性与客观社会危害显著轻微的非罪思辨》,《中外法学》2000 年第 4 期。

会危害性又回到了所谓的“司法上的社会危害性”，而我们所要强调的是，在构成要件之外，判断行为的社会危害性也是可能的。因为社会危害性虽然具有某种程度的笼统、模糊、不确定性，但社会危害性是相对稳定性与变异性的统一，是客观性与可知性的统一。^{〔40〕}随着时空的变换，行为社会危害性的有无与大小可能有所变化，但总的来说行为社会危害性的有无与大小在一定历史时期是稳定的。这是刑事法律稳定的前提。司法中社会危害性的判断主体是司法者，判断依据是社会利益，判断的具体指标是犯罪客体、行为性质、方法、手段、危害结果及其大小、行为本身情况、主观方面、实行行为时的社会形势等。判断主体、判断依据、判断具体指标的确定性决定了社会危害性在特定历史时期是明确、具体、确定的，司法者可以判断。

错误理论需要反思和批驳，正确理论需要建构和确立，唯如此，刑法学方能不断发展，方能对司法实践起到有效的指导作用。但是在反思和批驳的过程中，也当慎思明辨，找准标靶，认清问题症结；也要理智冷静，避免矫枉过正。众口一辞对于社会危害性的批判使之成为一个遍遭冷遇的可怜儿，我们愿以此文给予其些许安抚。

Abstract: The concept of social harmfulness is the foundation of the traditional criminal law theory in China, which is accordingly called "social harmfulness theory". During the recent years, some criminal law scholars have questioned and challenged the concept of social harmfulness from the position of the principle of legality. By taking the proviso in article 13 of the current Criminal Law as the starting point, the authors try to expound the identity between the proviso and the principle of legality in terms of value and function and to emphasize the need to treat the concept of social harmfulness properly.

〔40〕 参见前引〔33〕，李立众等文。