

犯罪概念的理性思考

——以刑法的谦抑性与刑事一体化为视角

张 鑫

(中国人民大学 法学院 北京 100872)

摘 要:犯罪概念作为构建刑法学大厦的理论基石,具有基础性和重要性的研究价值。它多被分类为形式概念、实质概念与混合概念,我国刑法第 13 条的规定属于混合概念。但这种分类具有一定的缺陷性,而采用双层犯罪概念更具有合理性。此外,不应仅停留在犯罪概念本身,需要更进一步阐述实质犯罪概念在立法层面与形式犯罪概念在司法层面各自蕴涵的内容,以期指导立法和司法实践。

关键词:形式犯罪;实质犯罪;混合犯罪;双层犯罪;刑法的谦抑性;刑事一体化

中图分类号:D924.1

文献标识码:A

文章编号:1001-8204(2014)01-0064-04

犯罪概念具有奠基性的重要地位,刑法理论的一切课题均与犯罪概念问题密切相关。然而,关于犯罪概念仍存在诸多争论,甚至有些问题还处于激烈和广泛的争鸣之中。自 1997 年刑法颁布以来,我国刑法立法活动较为活跃,刑法典被多次进行局部的修改补充,虽然包括少量的非犯罪化内容,但主要表现为犯罪化的趋势。从总体上来看,这种立法活动仍缺少足够的理性,在一定程度上存在泛功利化的特点,从而使某些各罪间的协调性出现问题,甚至影响部门法之间的关系,最终损害了法律的权威。目前的犯罪概念推演更多地立足于传统刑法的内部展开,相对忽视了刑法与其他部门法之间的关系,从而难以得出确切的结论。因此,解决问题时把目光从刑法内部转向刑法外部,在刑法之外研究刑法、在刑法之上观察刑法。基于这种思维路径,我们以刑法的谦抑性为基点,在刑事一体化的框架下进行认真地梳理和界定,以期获得更为科学的犯罪概念,用以指导刑事立法和司法实践。

一、法律理性主义与犯罪概念

(一) 法律理性主义

理性就是合规律性、客观性,那么法律理性主义就是用是否合乎规律性和客观性的标准来衡量法律。法律的理性可以分为形式合理性与实质合理性,前者具有工具和手段的特性,而后者则探讨法律内在的正当性。形式合理性表现为法律是一套明确的、稳定的、可以预测和操作的规则体系,这种规则是针对所有人的行为制定并有效实施的。此外在立法中还要认识到被规定为普遍性内容中的本质环节,这便是实质合理性

[1](序言、P10、P218)。

德国著名学者马克斯·韦伯认为,实质合理性是主观的,具有抽象性、缺乏客观外在的形式且难以把握,对实质合理性的片面追求可能导致无序;而形式合理性是客观的,尽管它可能会以牺牲个别合理性为代价,但能够建立起一种可以预测行为后果的社会秩序。显然,在韦伯看来,形式合理性与实质合理性是对立的,西方法律形式主义的扩张与广泛化也证明了这一点。但是,同时应该看到,法律已经走过了形式主义的初级阶段,二者甚至可能在某种情况下存在着矛盾关系,究竟是形式合理性优先还是实质合理性优先,这种理性的抉择对于法律的适用具有极其重要的理论和实际意义。真正意义上的现代法治,应当是实质合理性与形式合理性的融合,就前者而言,就是要求法律必须体现公平、正义、自由和权力的要求;对于后者而言,则强调法律的明确性、系统合理性和普遍适用性。对于中国这样一个偏重实质合理性的国家来说,应当追求形式合理性第一位、实质合理性第二位的合理性秩序。总体设想为:立法应当更多地关注实质合理性,强调“恶法亦法”;司法则应当注重形式合理性,坚持“恶法亦法”。

(二) 形式犯罪概念、实质犯罪概念与混合犯罪概念

犯罪作为一种社会现象,在人类社会的不同历史时期、不同的社会形态甚至不同的人群,就有不同的犯罪概念。从资产阶级近代刑事立法到我国现代刑事立法,犯罪概念走过了一段漫长的生命历程,产生了形式

收稿日期:2013-01-27

作者简介:张鑫(1980-),女,河南平顶山人,中国人民大学法学院 2011 级刑法学博士研究生,研究方向为刑法学。

意义、实质意义以及形式意义和实质意义相统一的混合概念。如何精准地界定犯罪概念,涉及到刑法的立场选择问题。从不同的立场出发,概念的内涵和意义会有所不同。

形式犯罪概念以刑事违法性界定犯罪,由于具备了法治最基本的形式上的可预测性、稳定性、普遍性和形式正义等特征,且有利于实现人权保障机能,而在很多国家的刑法典中依然存在。综合大陆法系国家与英美法系国家的形式犯罪概念,在学理上主要从犯罪构成要件、刑事法律的规范性特征、犯罪的责任形式以及确认犯罪的特定程序四个层面来概括犯罪概念。资产阶级法学家们之所以提出形式犯罪概念,是同他们所处的历史时代、民族习惯的思维方式以及法律传统相适应的,具有划分罪与非罪、限制司法自由裁量权的效能。人的理性绝非万能,形式犯罪概念不可避免地存在一定的局限性。另外,形式犯罪概念的四个层面均无法回答立法者是基于何种原因将某些行为规定导致犯罪的,这将导致国家的立法权无法有效地受到制约,为其过度扩张创造了机会。

概念是反映对象本质属性的思维形式,因此,犯罪概念必须反映犯罪现象的本质并对之进行概括,实质的犯罪概念先位于刑事立法,说明了立法者设立犯罪圈的根据和理由。就学理而言实质的犯罪概念大致可分为三种类型:(1)客观危害说。该学说认为,犯罪是对社会造成客观危害的行为。然而客观危害的性质有所不同,也随之形成了权利侵害说、法益侵害说、社会危害说与公共危害说。(2)主观恶性说。该学说认为犯罪是行为人主观恶性的具体表现。其亦存在诸多不同的学说,主要有义务侵害说、规范违反说、道德危害说。(3)犯罪人人格说。即认为犯罪人并不是出于自由意志而犯罪,而是由其特殊人格所决定的。但是,当今世界各国刑法并没有采取纯粹实质意义的犯罪概念,因为这种类型的概念缺乏法治国的基本特征——形式正义,容易导致罪刑擅断且不利于保护人权,因而被当今各国抛弃。

基于形式概念与实质概念的局限性,有学者提出了混合概念。犯罪的混合概念力图走折中之路,将犯罪的形式概念与实质概念结合为一体,即既要指明犯罪的刑事违法性,又要强调范围的社会危害性。但是,正如有些学者所认为的那样,犯罪混合定义混淆了实质的犯罪定义与形式的犯罪定义这两个不同层次上的问题,导致了逻辑上的缺陷。根据理论通说,我国1997年刑法第13条所规定的犯罪概念是混合概念,一方面规定某一行为只有具备一定程度的社会危害性才有可能被认定为犯罪,这回答了“什么是犯罪”的问题,而另一方面又规定某一行为具备刑事违法性才能被认

定为犯罪,这回答了“什么是犯罪”的问题。前者属于刑法立法的范畴,后者则属于刑事司法的范畴。然而,犯罪概念所承载这两种功能的实现具有一定的缺陷。“什么是犯罪”属于立法层面的问题,是针对刑法立法者而言的,因此他们需要一个能够解决立法层面问题的犯罪概念。但是,根据现行的犯罪概念,首先存在具有刑事违法性的行为,再有立法者将其进行确认并明文规定为犯罪,这其实是一种逻辑的混乱。“是什么”属于司法层面的问题,是针对刑事司法者而言的,他们需要一个可以解决司法层面问题的犯罪概念。然而,根据现行的犯罪概念,司法裁判者需要在认定个罪的犯罪构成要件完备后,再考察行为是否具有社会危害性。显然,混合的犯罪概念使两个不同层面的问题变得混淆不清。这种功能相互交叉、适用领域非常模糊的混合犯罪概念既无法发挥指导立法的作用,也难以发挥规范司法的作用。

刑法第3条的罪刑法定原则明确规定判断行为犯罪性的惟一标尺是刑事违法性,而第13条的犯罪概念则强调社会危害性对罪与非罪的决定性意义。这样就存在“社会危害性”与“刑事违法性”的双重标准。我国长久以来的刑事法律传统导致二者的地位并不等同,前者居于主导地位、后者则处于从属地位。当二者发生冲突时,以“社会危害性”为适用标准。罪刑法定主义在法治社会中处于主导地位,是区分罪与非罪的唯一标准,也就是说,只有根据明文规定才能将行为认定为犯罪。否则,公民的自由会因标准本身的模糊性而萎缩或出现危险情景。因此,刑法第3条与第13条规定的这种不协调势必影响科学地界定犯罪的内涵。

综上,三种概念都存在一定的缺陷:或缺乏对犯罪本质的理解、抑或导致法律虚无主义或者因形式特征与实质特征冲突而受到诘难。基于形式合理性与实质合理性的融合性,笔者主张应当区分立法和司法意义上的犯罪定义内涵,而采用双层犯罪概念。

(三) 犯罪概念的形神兼备——双层犯罪概念

理性代表的是事物的本质属性、基础性和普遍性。同时,理性又具有实践性,“实践就是行动,而法律规范的应然性格,使得我们认为法律必然与行动有关,所以法律的理性当然是实践理性”[2](代序P2)。理性是人们行动的工具,是人天生就有的用来判断事物是非曲直的基本准则。一个具有理性的人是根据自然中固有的最高理性——法律来决定自己行为的产生、性质等实践性问题,因此,理性必然和人的行动控制有关,昭示着人们应遵从理性而行动,因而必然具有实践的色彩[3](P81)。因此,应犯罪的概念如果不延伸至刑事司法领域,在活生生的社会生活与司法实践中进行判断,就无法完整地认识犯罪。

北京大学王世洲教授在《中国刑法学理论中犯罪概念的双重结构和功能》一文中,首先批评了中国刑法学传统的双重结构犯罪概念,并在犯罪的内在本质和犯罪成立的构成要件的基础上提出了由“立法概念”和“司法概念”组成的双重结构犯罪定义[4](P123)。前者研究的是一种应然犯罪,即法律应当根据什么标准来界定犯罪;而后者则研究的是一种实然犯罪,即罪刑法定原则下的形式违法性问题。犯罪的“立法概念”揭示了犯罪的本质特性,说明将某种行为规定为犯罪的原因,为刑法立法的制订者提供了确定犯罪的罪与非罪的标准,同时也为刑罚的轻重提供了标准和依据;犯罪的“司法概念”坚持了罪行法定原则,为罪与非罪、此罪与彼罪的界定提供了可操作的司法标准。这种双重结构清晰地区分实然犯罪与应然犯罪,并科学地解决了二者存在的矛盾。应然犯罪概念所对应的刑事立法的关键是划定犯罪圈,因为此时法还没有制定,不存在所谓的刑事违法性问题。而与实然犯罪概念相对应的刑事司法,许多学者所谈及的“具有不确定性和变异性特点的社会危害性”,在罪刑法定原则下,根本无须再讨论,关键是准确运用法律的标准,严格执法和司法。因此,应在罪刑法定的框架下,界分立法概念与司法概念,在两个不同的平台进行犯罪的认定和操作[5](P193)。

但仔细分析这种双重结构的划分,可以认为其所提出的所谓犯罪的立法概念本质就是犯罪概念的实质化,而所谓犯罪的司法概念就是犯罪概念的形式化,即在刑事立法中由实质的犯罪概念进行指导,在刑事司法中用形式的犯罪概念进行指导。实质与形式是从不同侧面、不同角度对犯罪进行定义,二者之间是相互蕴涵和相互支持的关系,而非相互对立。

三、犯罪概念的实践思考

我们不能停留在概念本身,需要进一步在立法和司法两个层面阐释实质与形式概念的内涵,以期指导立法和司法实践。

1. 实质犯罪概念在立法层面的谦抑性考量

实质犯罪概念研究犯罪问题的目标在于一个行为具备什么样的实质要件才被立法者规定为犯罪。这些被入罪的行为所共同具有的本质特征为严重的社会危害性,因为严重的社会危害性对法律秩序造成的威胁是显著的且不能为大多数人所容忍,需要运用刑罚手段加以制裁。而这种严重的社会危害行为只有在立法机关经过法定程序将其正式犯罪化之后,才具有刑法规范的违反性并可受刑罚处罚。这里的“社会危害性”并不是一个完全固态不变的概念,对于自然犯而

言,其是本体的恶,受社会谴责的行为按千百年来人们所熟悉的观念、伦理标准就判断,随着社会经济的变迁发生的变化并不大,因此,此类犯罪圈的划定相对变化较小;而行政犯,是法律禁止的恶,随着中国工业化、城市化进程不断加快,各种新问题和社会矛盾加剧凸显,面对法律社会经济生活的重大变迁,法律体系必须做出相应的调整,因而其犯罪圈的划定呈动态变化。如《刑法修正案(八)》中新增了“危险驾驶罪”就将近年来频发而过去仅作行政处罚的醉酒驾驶、飙车等社会危害性较大的行为纳入刑法的视野,且配置了相应的法定刑。对于犯罪圈划定的扩张,很多学者提出了忧虑和质疑,并认为这种犯罪化的趋势有悖于刑法的谦抑性。显然,这是误读了刑法谦抑性。诚然,法律是最低限度的道德,而刑法则是法律体系中最后的屏障,是所有部门法的坚强后盾和最终保障,刑法应当谦抑,并作为社会治理的最后手段使用,此亦为现代刑法的基本品格[6](P48)。刑法的谦抑性应当包括两个层面:一是刑事立法层面的谦抑性,即刑法划定的犯罪圈必须小于或者等于其他部门法所规定的违法行为圈;二是刑事司法层面的谦抑性,即刑事司法实践中的犯罪圈必须小于或者等于立法所划定的犯罪圈。^①面对社会生活的重大变迁,民商法、行政法等前提法及时进行了调整,作为所有部门法保障而存在的刑法应当予以及时有力地增援,这不仅是对刑法谦抑性的秉持,也是对刑法立场的坚守。

2. 形式犯罪概念的刑事一体化思维路径

刑事一体化,是由北京大学储槐植教授所提出的一种认识和处理犯罪与刑罚问题的刑事政策思想和刑事法理论思路,其主张打破学科之间的藩篱,将刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、刑事执行法学、刑事政策学的研究成果结合起来,对犯罪和刑罚做整体的思考,以获得全面科学的认识。刑事立法和刑事司法虽然是两个独立的阶段,实际上是认识犯罪的一个完整过程。如果说“实质犯罪”属于应然的范畴,即某种行为应当受刑法规制,那么“形式概念”则应当属于实然的范畴,即某一具体行为是否实际受到刑法的追究。从刑事一体化的视角分析,应然犯罪到实然犯罪的转化需要三个条件:刑法的明文规定、确凿且充分的证据以及有正当的诉讼程序保证判决的公正。其中,以罪刑法定为原则的法律明文规定是基础和前提,后两者分别是从证据和程序层面讨论,其理论基础为无罪推定原则。罪刑法定原则要求将刑法的明文作为衡量罪与非罪的唯一标准,既强调了人权保障又强调刑罚权的制

^① 此部分的立论基础源于导师田宏杰教授多年的科研成果。田教授认为,刑法关于犯罪的规定必须以民商法、行政法等前提法的规定为基础,否则刑事立法就成了“无源之水、无本之本”。

约。无罪推定原则是现代刑事诉讼法的基石,内涵为犯罪嫌疑人、被告人在被法官判决有罪之前,在法律上应当被假定为无罪。这就为被告人提供了一个空间可以平等地对抗强大的国家追诉机关,反对恣意的、无根据的定罪。

犯罪的认定无疑是一个动态的过程。犯罪的立法规定永不可能穷尽犯罪的所有要件,否则审判任务直接委任给计算机执行即可。故定罪的标准,不仅仅取决于法律规定,而且还决定于诉讼过程中的正当程序。如,非法证据的排除规则的问题,就可能直接影响定罪与否。对待这个问题,大陆法系和英美法系基于价值观念的差异,采取的方法也不尽相同:英美法系认为那是“毒树之果”,对正当程序和保障人权而言,应当予以排除,而大陆法系则认为应当由法官有条件地确定是否排除[7](P155)。而根据我国新修订的《刑事诉讼法》第54条的规定,采取非法方法收集的言词证据,应当严格地予以排除;而相同状况下收集到的物证、书证,在可能严重影响司法公正的前提下,应当予以补正或做出合理解释。补正或解释后,审查证据的机关认为不影响证据使用的,该证据仍可以继续使用。对于不能补正或解释的,才予以排除[8](P116-P118)。

对于前文提到的刑法谦抑性的另外一个层面——刑事司法的谦抑性,也需要在此做番说明。刑事司法的谦抑性要求司法人员保持必要的克制,对于在刑事立法上符合犯罪构成条件且达到追诉标准的行为,若综合全案的犯罪情节认为不需要适用刑罚,则在审查起诉阶段作相对不诉处理,在审判阶段作无罪宣告或免于刑事处罚判决[6](P48)。对于实践中情节较轻微的犯罪,若不战而屈人之兵,即无须动用刑罚手段就能达到预防犯罪的目的,这才是司法用刑追求的最高境界。

四、结语

犯罪概念的形成以及运用是一个完整过程,在这一过程中,犯罪概念分为两个层面,即实质的犯罪概念与形式的概念,二者是相互统一、不可分割的。因此,界定犯罪的概念,应当反映全貌,而不能只见树木不见森林。刑事法治由实体法和程序法共同构建,程序的公正标志着一个国家法治文明的程度。故必须站在刑事法治的高度,以刑法谦抑性与刑事一体化的视角,从实质和形式两个层面对犯罪进行全面考察。因此,犯罪的概念的合理表述应为:“违反刑法规范,经过法定程序而被判处刑罚处罚的危害社会的行为。”

参 考 文 献

- [1][德]黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰译.北京:商务印书馆,2010.
- [2]颜厥安.法与实践理性[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [3][美]赫伯特·西蒙.管理行为[M].詹正茂译.北京:北京经济学院出版社,1988.
- [4]王世洲.中国刑法学理论中犯罪概念的双重结构和功能[J].法学研究,1998,(5).
- [5]李晓明.中国刑法基本原理(第三版)[M].北京:法律出版社,2010.
- [6]田宏杰,温长军.理解制度变迁:我国《刑法》的修订及其适用[J].法学杂志,2011,(9).
- [7]王宗林.犯罪概念的诉讼法角度辨析[J].理论探索,2007,(2).
- [8]郎胜.中华人民共和国刑事诉讼法释义[M].北京:法律出版社,2012.

(责任编辑 朱春玉)

Rethinking Crime Based on the Modesty of Criminal Law and the Criminal Integration

ZHANG Xin

(School of Law, Renmin University of China, Beijing, 100872)

Abstract: Since there are some defects in the classification of crime into modality, essential and mixed concept, the employment of dual concept of crime will be more reasonable. In addition, apart from the concept of crime itself, we should also elaborate the contents implied respectively in the essential concept on legislation layer and the modality concept on judicature layer so that they can guide our legislative and judicial practice.

Key Words: modality crime; essential crime; the modesty of the criminal law; criminal integration