# “中国刑法理论与实践专题研讨会”

# 论 文 集



中国·重庆
2018年6月

# 第二届

# “中国刑法理论与实践专题研讨会”

、

# 论文集

中国·重庆

二〇一八年六月

# 目　录

## 刑法方法论专题（方法论比较）

“三常思维”：法学方法论的统领性思维 ..... 马荣春（1）
法律文本、法律方法与法律哲学
——“天价过路费案”法律适用研究 ..... 周国文（19）
常识、常理、常情在刑事立法和司法过程中的运用 ..... 廖　瑜、吴念胜（29）
刑事立法“实证化”的思路与方法 ..... 陈　伟、蔡　荣（33）
犯罪构成理论在刑事审判中的运用实证研究 ..... 陈自强、高　扬（41）
我国腐败犯罪状况的实证研究
——以新型客观测量模式的引入为研究视角 ..... 梅　锦（63）

## 刑法方法论专题（解释论）

论中国当代刑法解释的适用规则 ..... 唐稷尧（77）
论刑法的裁判者解释：主体定位、最终对象与价值制约 ..... 茹士春（87）
我国犯罪构成解释范式的功能论转向 ..... 陈银珠（100）
当前检察官法律解释的限制因素及规范路径 ..... 张红良（110）
刑法目的解释的适用规制 ..... 田　维（118）
量刑规范化下的民意考究 ..... 万志鹏（132）

## 刑法方法论专题（刑法总论）

不纯正不作为犯的中国命运：从快播案说起 ..... 高艳东（143）
论轻罪刑事责任消极影响的消除
——以醉驾型危险驾驶罪为切入 ..... 刘　霜、王文娜（162）
本土还是移植：期待可能性的中国命运 ..... 陈世伟（175）
论立法视野下的犯罪与违法之二元界分 ..... 黄云波（181）
常识、常理、常情：积极一般预防正当性根据新论 ..... 徐　伟（195）

我国刑法理论是否需要违法性认识 ..... 罗伟文（208）

## 刑法方法论专题（刑事实务）

金融刑法的安全观 ..... 刘邦明、林　都（223）
浅谈常识常理常情与少年司法暨未成年人检察的渊源及实践 ..... 谢树红（237）
酌定情节概念及关联概念新解
——基于人格行为论的考察 ..... 肖　敏、陈荣飞（244）
刑事案件事实认定的常识、常理、常情化 ..... 马荣春（257）
金融诈骗罪“非法占有目的”的持续性评价研究 ..... 陈自强、王雅琦（271）
玩忽职守罪中的“职责”界分 ..... 贾　健、彭　辉（282）
辩护律师为何很少取证 ..... 陈　恋（287）
反思与新探：刑事责任年龄的起点界限 ..... 童春荣（298）

## 有组织犯罪专题

黑社会性质组织犯罪的司法审判与法理检讨）
——基于立法论、解释论与法教义学立场 ..... 魏　东（323）
雇佣黑社会性质组织行为的分析与探讨 ..... 李仲民（355）
对包庇、纵容黑社会性质组织罪中“明知”的理解 ..... 肖　洪（355）
涉黑犯罪中一般参加者的司法认定
——基于常识立场 ..... 陈小彪、李　璐（366）
关于包庇、纵容黑社会性质组织罪中的主观明知问题 ..... 王　彪（378）

# 刑法方法论专题（方法论比较）

# “三常思维”：法学方法论的统领性思维

马荣春

（扬州大学法学院教授，法学博士）

【内容摘要】法学方法论的常识常理常情思维即“三常思维”，其首先具有包含人性内容的实践价值性，即其拱举着现代人性法治与良心法治，亦即其引申出一种法治观。社科法学和教义法学形成且秉持“三常思维”具有应然性。对于社科法学和教义法学的统领性及其对法学方法一元论的支撑，又一道说明着法学方法论“三常思维”的融合性。前述实践价值性、应然性和融合性使得“三常思维”成法学方法论的“统领性思维”。最终，“三常思维”凝结着法学方法论的一种学术范式即“融合范式”，并引申出一种法学教育观。

【关键词】法学方法论；三常思维；教义法学；社科法学；统领性

## 引言

何谓常识、常理、常情？有人指出，常识指与生俱来、无须特别学习的判断能力，或是众人皆知、无须解释或加以论证的知识[①]。虽然强调常识“与生俱来”显失片面，但将之视为一种知识而代表判断能力，则无问题，正如常识是人们基于一般经验而产生的基本判断力。常识思维是一种超越意识形态和教条的思考方式，其追求以合适的方法解决问题以达到一个有效的目标，故其是一种理性。常识虽有价值性和道德性，但其又有可实证性。与道德因人而异甚至会道貌岸然不同，常识是理性和审慎的。常识也不等同于民意，因为民意难免激进性和非理性，正如任何群体最危险的因素不在于人数而在于发出一个声音，从而在你的身边发出最为强烈的振荡，你甚至以为是自己造就了它。这是人性中不安全感与被暗示性相互冲撞的结果[②]。相较于民意的狂热和盲目，常识却是理性的、长时间的重叠共识，故常识是经提炼的民意[③]。于是，作为多人共识的常识、常理、常情会通过一个更具有合理性并为民众所喜闻乐见的结果形塑法治德性，正如“良心”或者“社会公认的常识、常理、常情”是人民群众关于社会最基本价值的基本认识，是一个社会最基本的伦理要求，从而是现代法治的价值基础和社会伦理基础[④]。

在本文看来，所谓常识，是一般人即常人所拥有的知识，即普遍的社会生活知识，包括社会政治生活、社会经济生活和社会文化生活等知识。而在网络时代，所谓常识还包括网络生活知识即网络常识。相应地，所谓常理，是一般人即常人所明晓的事理，即普遍的社会生活道理；而所谓常情，是一般人即常人所怀有的情感，即普遍的社会生活

① [韩]金宰贤：《不是常识的常识》，载《读者》2012 年第 3 期，第 21 页。

② [美]罗伯特·门斯节：《市场.群氓和暴乱：对群体狂热的现代观点》，郑佩云、朱欣微、刘宝权译，上海财经大学出版社 2006 年版，第 10 页。

③ 杨雨婷：《引常识理性入司法之法——从许霆案看法院如何处理难办案件》，载《犯罪研究》2014 年第 6 期，第 55 页。

④ 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 17 页。

感情。但最终，所谓“常识、常理、常情”，是指为一个社会的普通民众长期认同，并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则[①]。同样地，常理和常情也代表着一种思考和行为方式，从而代表着一种思维理性，进而形塑着一种行为模式，正如“良心”或者“常识、常理、常情”是一个社会民众最基本的是非标准、最基本的行为规则[②]。进一步地，不仅仅是常识，常理、常情也是超越意识形态和教条的思考方式，也是追求以合适的方法来解决问题，以达到一个有效的目标，进而同样赋予法治以德性。易言之，常识、常理、常情化的法治即德性法治。当常识、常理、常情作为一种思维理性能够形塑法治德性，则常识、常理、常情作为思维理性必然能够影响以法治作为理论对象的法学。但是，这种影响是在何种层面上且如何进行，从而使得常识、常理、常情最终能够成为什么呢？难道常识、常理、常情化的法学仅仅是“德性法学”？

## 一、法学法学论“三常思维”的实践价值性

### （一）法学方法论“三常思维”实践价值性的一般表述

“彭宇案”一审法官推理本身是否妥当可以商榷，但经验推理本身的价值不可否认。法官在作出判断时必然会受到日常生活经验的影响，但法官个体经验不能代替公众经验。正是为了防止法官以个体经验代替公众经验，各国广泛采纳了陪审团制度。陪审团制度的理论基础在于陪审团成员与被告人在人格上具有同构性[③]。这种人格同构性是建立在陪审团成员与被告人有更多共同生活经验的基础上，即陪审团成员的直觉与经验判断因其与被告相同或相类似，故其更能赢得被告人的充分信赖。因此，陪审团制度有效化解了法官过度专业化和过度精英化的思维倾向[④]，从而有效“保证被告的权利不受法院专制作风的打击。”[⑤]这里，“经验推理”即常识、常理、常情推理。由于陪审团成员来自社会生活的各个领域，与其说其具有公众经验的代表性，毋宁是具有常识、常理、常情的代表性；进而，与其说陪审团制度有效化解了法官过度专业化和过度精英化的思维倾向，毋宁是常识、常理、常情有效化解了法官过度专业化和过度精英化的思维倾向；最终，与其说是陪审团保证了被告的权利不受法院专制作风的打击，毋宁是常识、常理、常情保证了被告的权利不受法院专制作风的打击。于是，在某种意义或相当程度上，常识、常理、常情化的法治包括或特别是刑事法治，才是真正保障权利，从而真正体现民主的法治。

但是，法治的常识、常理、常情化，难道只能通过“权利保障”来说明吗？学者指出，法官们和陪审团并不深入被告的心智去寻求法律要求的意图以作为认定故意杀人的前提条件。他们注意的是被告干了什么及其是否有预先的计划、是否有很高的成功率、是否掩盖了证据和是否具有再犯可能。所有考虑都与危险程度相关而与意图或自由意志无关。于是，在刑事惩罚的背后，社会主要关心的是危险程度而非精神状态[⑥]。可见，人身危险性在英美法系的刑事司法中是备受重视的。但在对人身危险性的把握上，“法官们”不如或远远不如“陪审团”，因为“陪审团”来自社会生活的各个领域，其社会

① 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。
② 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。
③ 秦宗文：《自由心证研究——以刑事诉讼为中心》,法律出版社 2007 年版,第 43 页。
④ 周安平：《许霆案的民意:按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 89—90 页。
⑤ [法] 罗伯斯庇尔：《革命法制与审判》,赵涵舆译,商务印书馆 1997 年版,第 33 页。
⑥ [美]波斯纳：《超越法律》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 397 页。

性和广泛性意味着通过常识、常理、常情能够更加准确地判断被告是否背离规范及其背离程度，从而更加准确地把握其人身危险性即再犯危险性。具言之，如果被告人的所作所为即使造成了客观危害，但没有背离常识、常理、常情，则其便无人身危险性可言；若其轻微背离常识、常理、常情，则其人身危险性轻；若其严重背离常识、常理、常情，则其人身危险性重。于是，“陪审团”之所以能够更好地把握人身危险性，乃是因为常识、常理、常情找到了一个更加有力的“用武之地”或作用机制。这里，尽管“法官们”也懂得常识、常理、常情，但其摆脱不了社会生活的局限性，或曰其社会生活的局限性肯定大于陪审团成员所代表的社会各阶层。学者指出，犯罪行为的预测问题并不在于预测是否可能，而是如何将一般常识之推测进展为科学预测[①]。这一论断在常识这一评判依据与人身危险性这一评判对象之关系上，既有否定，又有肯定，但最终还是肯定：常识可以被用来推测即评判人身危险性，但要注意科学方法。在刑法学语境中，由于人身危险性直接事关“秩序维持”，故常识、常理、常情便通过人身危险性这一概念而与作为刑法基本价值或功能之一的“秩序维持”即“社会保护”发生了勾连，而结论是：常识、常理、常情化的法治包括或特别是刑事法治，同时能够强化“秩序维持”这一法治功能。

法治包括或特别是刑事法治常识、常理、常情化的两个层面的价值或功能，是可以“一并”得到说明的。学者指出，公众对于许霆的一审判决对抗情绪强烈，是因为判决已经破坏了人们心目中的大数法则，并强烈冲击了人们对维持秩序的法律体系的信任。须知，适用法律最为急迫的目的在于维持该系统的可信度，而非惩罚某人或回复正义的状态，或者通过惩罚折磨违法者以彰显正义之神的作为，或者血债血偿[②]。于是，法律的惩罚仅仅意味着法律尊重并保护公众对大数法则的依赖心理，并据此维护一种可以有效预测的社会秩序[③]。因此，一个最不可欲的社会不是实在的法律规范被违反，而是公众普遍信赖并强烈依赖的社会机制突然无法有效地运作而陷于瓦解。当法官的判断改变了公众基于人性的普遍期待时，也就意味着司法判决割裂了真实生活的一贯性，从而导致公众陷于“不安的恐惧状态中”。公众对于许霆案的判决所表现出来的激烈情绪反映了原有判断标准的突然失去且滋生“人人自危的不安心理”[④]。这里，“不安的恐惧”和“人人自危”既可作公民权利或公民自由的解读，也可作秩序维持的解读。就刑事而言，当我们把常识、常理、常情视为大数法则的一种具象，则刑事司法的常识、常理、常情化或常识、常理、常情化的刑事司法，不仅维系着作为刑法基本价值或功能之一的权利保障，而且维系着作为另一刑法基本价值或功能的秩序维持即我们通常所说的社会保护，亦即其将刑法的两项基本价值或功能同时予以维系。所谓“法官的判断改变了公众基于人性的普遍期待”，隐含或延伸出判官的判断改变了公众基于常识、常理、常情的普遍期待。所谓“人人自危的不安心理”，既有权利保障层面的负面意义，也有秩序维持即社会保护层面的负面意义。对于前述两个层面的负面意义，与其说是刑事司法改变了公众基于人性的普遍期待所引起，毋宁是刑事司法改变了公众基于常识、常理、常情的普遍期待所引起。

关于法律人才，中国近现代著名法学家孙晓楼认为应具备下列三个条件：一是要有法律学问，二是要有法律道德，三是要有社会常识。他认为，法律不外乎人情，而人情

① 张甘妹：《再犯预测之研究》，台北法务通讯杂志社 1987 年版，第 14 页。
② [美] 迈克尔·瑞斯曼：《看不见的法律》, 高忠义、杨婉苓译, 法律出版社 2007 年版, 页 108。
③ 周安平：《许霆案的民意：按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 91 页。
④ 周安平：《许霆案的民意：按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 92 页。

便是社会常识。法官无学问无经验，其害尚小，若并常识而无之，人民之受害蒙冤不知伊于何底。一个研究法律的人，只有法律学问而缺少社会常识，那是满腹不合时宜，不能适应时代的需要，即不能算做法律人才。一定要有法律学问、法律道德和社会常识，三者俱备，然后可算为法律人才[①]。法律人才需要社会常识，即法律规范的建构及其理解运用所对应的法律实践需要社会常识。对法律人才，不仅要有社会常识的起码要求，同时要有社会常理、社会常情的起码要求。而对法律人才的常识、常理、常情化的要求，实质即法治包括或同样是刑事法治的常识、常理、常情化要求。法治包括刑事法治的常识、常理、常情化在“情理法相融”的中国古代文化传统中便见端倪。

学者指出，得出符合事理的结论，乃是法律的最高目的[②]。其言“符合事理”包含着符合常识、常理、常情，故立法包括刑法立法和司法包括刑法司法及其规范诠释应在遵从常识、常理、常情之中谋求法治包括刑事法治的真正权威性与普遍有效性，从而赢得公众认同且形成法治公信力包括刑事法治公信力。但是，法治包括刑事法治若要做到前述，其必须以常识、常理、常情为根基和标准，正如我们应通过对日常生活中琐细事务的步步体会和践履而将超越意义和神圣源泉落实为人人可得领略的生活常识、常理和常情。正是人情中有天理而天理不外乎人情却又超越人情这种世俗层面，通过人性的力量使得法律成为一种世俗信仰的对象，并饱含人类对于人间秩序的情感寄托和信念诉求[③]。可见，常识、常理、常情在事关法律信仰之中牵连秩序维持。又当常识、常理、常情最终事关人情和人性，则常识、常理、常情化的法治包括刑事法治所能谋求的价值或达致的目标便是权利保障和秩序维持的有机结合或曰二者的“有机双赢”。

既然常识、常理、常情是人们在日常生活中所达成的关于生活和情理的认知共识，则运用常识、常理、常情的制度建构及其适用便体现的是理性交往思维。而运用理性交往思维的法治包括刑事法治便能够是一种赢得公众认同并形成公信的法治，从而是一种能够产生普遍有效性和充分权威性的“民本法治”。当常识常理常情思维能够有着前述法治功效，则以法治为理论对象的法学包括刑法学就“必须”遵从常识、常理、常情，即同样形成或采用常识、常理、常情思维。由此，常识、常理、常情能够影响法学方法论，甚至其自身都能够成为一种法学方法论，是能够从法治功效那里找到实践根据的，亦即法治功效为常识常理常情思维的法学方法论属性提供了实践基础，且这里的实践基础体现为从立法到司法的实践过程和从权利保障到秩序维持的实践目标。于是，前述法治实践过程与法治实践目标诉求法学方法论应形成或秉持或强化常识常理常情思维即“三常思维”。易言之，法学方法论的“三常思维”是以法治包括刑事法治实践为宗旨的学术思维。法治应包含权利保障和秩序维持两个层面，而立于法治及其两个层面对法学方法论的“三常思维”所作出的交代，构成了法学方法论“三常思维”的实践价值性的一般表述。

### （二）法学方法论“三常思维”实践价值性的特别表述

权利问题的终极即人性问题，故举凡人文社会科学及其方法论的甄别最终都不能脱离人性。而所谓法学方法论“三常思维”实践价值性的特别表述，指的是将隐含在法治价值中的权利层面深切人性予以进一步的揭示和阐述。

《读者》杂志曾刊登一篇文章来讲述赫鲁晓夫是如何细腻的几个例子。第一个例子：

① 孙晓楼：《改进我国司法的根本问题》，载《苏大学报（法学版）》，2014 年第 1 期，第 158 页。
② 杜宇：《刑法解释的另一种路径：以“合类型性”为中心》，载《中国法学》2010 年第 5 期，第 189 页。
③ 许章润：《法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理》，载《中国社会科学》2003 年第 1 期，第 162 页。

年轻的苏联钢琴家阿什克纳济演奏出色。他老婆是英国人，不肯去苏联，但他们夫妻关系很好，还有了孩子。于是，阿什克纳济来到伦敦的苏联大使馆问怎么办。听到下属汇报后，赫鲁晓夫明确指出：“我们给他发放一个护照吧，只要他愿意，随时都可以回苏联。这是唯一明智的做法。如果我们强行要他回国，他大概就回不来了。他并不反苏，可是我们却硬要人为地把他变成一个反苏的人，因为如果他不服从我们的意愿，那就会将自己与苏联政府对立起来。马上就会有评论家和解释者煽动他的反苏情绪，我们干吗要逼出这样的人呢？如果他住在伦敦，常常回来开音乐会，那又能出什么事呢？他是一位音乐家、自由职业者，他仍将在祖国的音乐会上演出，始终是苏联的公民。”这样做一举两得：既保全了阿什克纳济的清白名声，又维护了家庭。赫鲁晓夫退休后仍为自己当年的决定而感到自豪。第二个例子：里希特是苏联著名钢琴家。苏联文化部长福尔采娃报告说，有关部门反对里希特出国，因为其母亲住在西德，出去可能就不回来了。赫鲁晓夫认为，如果失去这位大钢琴家，将是国家的损失，但还是决定：“让他去吧”。有人又要求里希特别去西德。赫鲁晓夫说：“要是在他被作出保证不去西德与母亲会面之后，才让他跨出我们的国门，那真是再也没有比这更愚蠢的做法了。恰恰相反，应当劝劝他：‘你这么多年没见过母亲了，去和她见见面吧。’不要让他感到我们反对这种事情。”人性的关怀，产生了温暖的效应。里希特到西德见了母亲后，如期回国。第三个例子：普利谢茨卡娅芭蕾舞女演员，她舞姿优美，在国内首屈一指，但出国演出总没有她的份，理由是她靠不住，有“一去不复返”之嫌。有一次，芭蕾舞团又要出国演出。普利谢茨卡娅写信给赫鲁晓夫，说她是爱国者，她对自己不被信任而感到委屈，希望相信她的人品。赫鲁晓夫建议让她出国，但还是有人不放心。赫鲁晓夫表示：“她信上说了，不会发生这种事情。我相信她的话，缺乏信任就无法生活。即使她写的不是实话，只是为了脱身，那也没什么，我们能担当。”结果，普利谢茨卡娅载誉归国。事后，鲁晓夫认为，如果当初扣住普利谢茨卡娅不放，就可能毁了她，或者把她变成反苏分子。为此，他强调说：“最脆弱的东西就是一个人的心理，所以应当加以呵护，不能让它受到伤害。漫不经心的一步就可能使一个人失去自制力，结果成为一生中决定命运的一步。我为作出了正确的决定而骄傲。”前述事例体现的是政治上的信任，选择上的自由。作者评论到：“赫鲁晓夫的细腻，在于懂一点人的心理，有一点人情味。在 20 世纪 60 年代保守的氛围下，有如此开放的眼光、宽容的眼光、关注人性的眼光，实属不易。”[①]出于论述的需要，在前述故事中，我们可通过假想故事情节而提出这样的问题：当有关故事主人公未经官方批准或同意而出国或不回国，则其行为是否构成叛国罪？显然，将是否构成叛国罪的问题扯进法学领域，则形成的便是一个教义法学即教义刑法学的问题。也显然，评判者或解释者是否立于人性将得出“是”与“否”的结论。在前述故事中，家庭团聚、孝顺父母和获得荣誉，都是人性所在，从而都是常识、常识、常情所在。值得欣慰的是，身后遭受“专制”与“独裁”恶评的赫鲁晓夫却在前述故事中把持住了“人性”，足见人性的力量。回到学术领域，法学包括社科法学和教义法学也应秉持“人性思维”。

《读者》杂志还刊登过一篇叫《荒野无灯》的文章。该文叙述：为了让老婆活下去，吃低保的 41 岁男人廖丹私刻医院公章，4 年骗取医院透析费 17.2 万元。此事一经披露，社会反应不一，有呼吁“严惩”的，有希望“重罚”的，然而更多的是同情，因而被称为“最凄美的爱情故事”。可是廖丹自己说得实在：“说啥爱情，不就是家里这点事。”家里这点事，就是让老婆活下去。接着，作者讲述了自己家的一件事：“文革”后期，

① 朱大路：《赫鲁晓夫的细腻》，载《读者》2012 年第 19 期，第 24—25 页。

生活资料高度匮乏。母亲的肝硬化已经相当严重，为严控体内“氨”的生成，医嘱严限动物性蛋白的摄入，而最理想的蛋白来源就是豆制品。但在当时，豆制品是严控的奢侈品，每户的“豆制品卡”限定上、中、下旬的购买量，而一个人的购买额度仅 4 分钱。于是，全家的豆制品都供应给母亲，但母亲哪里忍心独享，总偷偷地让我们吃一些。而向亲友借卡比借钱还难，无路可走的老爸只好铤而走险：以放大镜和剃须刀片作为工具，不破坏纸质原貌地在“豆制品卡”上反复将反映购买记录的圆珠笔迹刮掉，以使“豆制品卡”能够重复使用。我们发现，在放大镜的视野里，纸面像绒布，刀刃顺着笔势走，印痕只是被薄刃极其精确地削去了几微米纤维，也就是极薄的一层，再用钢笔杆一滚一揉，就是一张没有用过的“新卡”了。如此大胆的涂改，性质之严重，在当时大约一如现在的“私刻公章”吧，一旦事发，起码劳改。我以前常常觉得父亲的一生似乎一事无成，但现在自己年过半百了，回望父亲，突然非常佩服他的智慧和勇气。人生无路，荒野无灯时，谁不是“医得眼前疮”再说？如果他还活着，也接受采访，相信他的回答一定比廖丹还直接：“少扯凄美，活下去才是硬道理吧？！”[①]在前述故事中，当“严惩”、“重罚”、“同情”的情绪反应形成于法学领域，则会对应有关罪过与期待可能性等问题的教义法学即教义刑法学的分歧与争论，而这里的分歧与争论表面上是学术问题，而背后则是对常识、常理、常情的感受与认知问题。当一个人陷入“人生无路，荒野无灯”时，其不可能实施适法行为，这也是常识、常理、常情，从而也是人性，正所谓“法不强人所难”。在这里，当不具有适法行为可能性，即行为人不具有适法行为的可被期待性，则不能认定行为人具有规范意义上的罪过，也不能认定其有人身危险性或社会危险性。而只有这样去理解和处理问题，才能符合且呵护人性。“人性化”应是人文社会科学应秉持的思维即“人性思维”。于其中，法学包括社科法学和教义法学也应秉持“人性思维”。

由前述故事说开去，如果一个人是按大数法则行事，则即便是道德不鼓励的行为，也会被人们从普遍人性的角度去予以理解甚至是给予宽容。对通奸和嫖娼不作刑事犯罪处理，“食、色，性也”便是其直接的原因，而所谓的“性也”无非就是普通人或多数人的本性反应。因此，法律责任的有无及其轻重的背后“应该”也“必须”与大数定律保持内在的相关性。许霆的贪心是普通人常有的本性反应，对于这种普遍人性弱点的矫正即施以何种力量或者施以多大力量，必须与其人性联系在一起，而刑法始终应坚持维护所有人之间相似性的最低限度[②]。对于许霆所反映出来的这种普遍人性的弱点，刑法是否必须或必须至何种程度对这一人性弱点施以强制的矫正，需要人们予以冷静反思[③]。许霆案的基本焦点在于如何解释盗窃罪的构成要件或如何对盗窃罪的构成要件进行释义，即许霆案的基本焦点是个教义刑法学的问题。而许霆的行为是否符合盗窃罪的构成要件，包括许霆在反复实施的取款行为时是否具有盗窃罪所要求的那种罪过，教义刑法学是否联系普遍人性所得出的结论是有区别的，正如有人指出，既然可以作“两可解释”，则司法就应该充分考虑常人基于同样情形下的普遍人性反应，从而使得司法的矫正力度与之相当，以确保解释与罪刑法定的原则具有一致性。按照法律精英的思维，根据人性完美的圣人标准来矫正常人普遍存在的人性弱点，这既违反了反映常人本性的大数原理，也白白增加了经济上的不利益[④]。显然，围绕许霆案所形成的对立解释是教义刑法学对

① 胡展奋：《荒野无灯》，载《读者》2012 年第 21 期，第 28 页。
② [法] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活、读书、新知三联书店 2000 年版，第 69 页。
③ 周安平：《许霆案的民意：按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 91 页。
④ 周安平：《许霆案的民意：按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 91—92 页。

同一事项产生分歧的生动体现。完全对立的分歧，当然必须“择其一”，而决定“择其一”的应是反映常人本性的大数原理。又当常识、常理、常情实质就是反映常人本性的大数原理，则常识、常理、常情之于教义法学包括教义刑法学，便始终“如影随形”。这里，是否联系普遍人性，即是否联系常识、常理、常情，因为常识、常理、常情不过是普遍人性的朴素表达而已。由此可见，教义法学包括教义刑法学应该或“必须”是人性化的教义法学，而常识、常理、常情能够对教义法学包括教义刑法学是否符合普遍人性作出朴素但却有力的说明。同样，社科法学包括社科刑法学也“应该”或“必须”是人性化的社科法学。

进一步地，教义刑法学是否秉持“人性思维”，不仅会带来某一事项构成何种犯罪的区别，而且会带来某一事项是否构成犯罪的区别，并且首先是带来是否构成犯罪的区别。日本学者小野清一郎指出，轻微的法益侵害行为原本就不该当各个构成要件，故构成要件的解释并非形式的、物理学的，而是应当包含“社会通念”上是否值得处罚的考虑[①]。首先，“是否值得处罚的考虑”包含着人性化的考虑，因为“处罚”轻者意味着剥夺自由，重者意味着剥夺生命。而所谓“社会通念”包含或就是常识、常理、常情。可见，常识、常理、常情及其蕴含的人性对于教义刑法学的诠释结论，不仅体现在犯罪“如何”成立上，而且首先体现在犯罪“是否”成立上。这样一来，又正如宫本英修在阐释可罚的违法性观念时就提出了谦抑主义思想，且认为刑法理论应有浓厚的“人情味”并提倡“爱的刑罚观”[②]。这里，“爱的刑罚观”即“人性刑罚观”，而“人性刑罚观”即“常识常理常情刑罚观”。当常识、常理、常情即人性所在，则“常识常理常情论”即“人性论”。对应着“常识常理常情论”即“人性论”，“常识常理常情刑法观”即“人性刑法观”，而“人性刑法观”又包含“人性刑法教育观”与“人性刑法实践观”。相应地，社科刑法学应是“人性社科刑法学”即“常识常理常情性社科刑法学”，而教义刑法学应是“人性教义刑法学”即“常识常理常情性教义刑法学”。

任何一种法学方法论最终都应是“人性论”即“人性化的法学方法论”。只有“人性化”才能赋予法学方法论以命题或方案的妥当性，从而生成规范实践的普遍有效性与真正权威性。于其中，“三常思维”能够助益法学方法论的人性化。法治应是“人性之治”，故法学应采“人性思维”，而“人性思维”可具象为“三常思维”。 易言之，法学方法论的“三常思维”最终或骨子里是“人性思维”。法治的终极是“人性之治”，人性在法治中所构成的是一种“特别的深刻”；而人性之于常识、常理、常情又是一种“背后的深刻”。于是，立于人性对法学方法论“三常思维”的说明，构成了法学方法论“三常思维”的实践价值性的特别表述。法学方法论“三常思维”对应着法律规范的正直权威性与最大普遍的有效性，提升着法治认同与法治公信。

陈忠林教授指出，无论是“良心”，还是“社会公认的常识、常理、常情”，都是特定社会中人性最本原的形态，是该社会的社会需要的最低要求和人民利益的最大共识，是现代法治不可或缺的人性基础和人民基础[③]。正是由于作为现代法治基础的常识、常理、常情存在于每一个人基于本性对人类社会最基本的善恶观、是非观、价值观的认识之中，存在于每一个的良心之中，故所谓现代法治是常识、常理、常情之治，而实质上就是“人性之治”、“人心之治”、“良心之治”[④]。于是，一个国家只有坚持“人性”、“人

① ［日］小野清一郎：《犯罪构成要件の理论》，有斐阁 1953 年版，第 29—30 页。
② 李海东主编：《日本刑事法学者》（上），法律出版社、成文堂 1995 年版，第 101 页。
③ 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 17 页。
④ 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 19 页。

心”、“社会公认常识、常理、常情”这种“德”在制定、适用法律过程中的指导作用，才可能保证该国的法治能真正在反映人性需要、顺应时代要求、体现民心民意的轨道上正常运行。进而，只有坚持“良心”、“常识、常理、常情”对法治建设的指导作用，我们才可能实现“依法治国”和“以德治国”这两种根本治国方略的有机统一[①]。前述论断概括了本文对法学方法论“三常思维”的实践价值性的一般表述与特别表述。第二次世界大战后欧洲各国宪法基本上都有“法官必须依照良心理解适用法律”的规定，就是在基本上建立了现代法治体系的东方国家如日本和韩国也都在宪法中明文规定：“法官必须依照良心履行职责”[②]。当常识常理常情之心即“三常之心”就是“良心”，则法学方法论“三常思维”的实践价值性便获得了“宪政的高度”。

## 二、法学方法论“三常思维”的应然性

### （一）社科法学“三常思维”的应然性

常识、常理、常情与社科法学的关联，首先可从法律的起源上予以考察。从起源上，法律是来自人类社会经验的大数法则。法律最早来自习俗，而习俗与习惯紧密联系。当一个习惯被一个部落或社区大多数人所遵从，便形成大数法则且被一代代沿袭下来，从而对叛逆者的个体构成极强的约束力，并且人数越多，其约束力就越强。这种约束从心理上演变为物理上，并最终上升为法律。可见，法律必须吸收大数法则的内容，其区别只在于法律是常规化、制度化的大数法则。即便人类进入国家时代以来，法律为国家立法所垄断，但这并没有切断法律与大数法则的联系。法律源于大数法则，或法律本身就是出于对大数法则定律的维护。法律就是人类大数法则之一，并且是重要的大数法则，是通过国家强制力而保护的大数法则。大数法则之所以被吸收成为法律，首先是因为大数法则的实用性，即因人数上的多数从而导致规则的自动有效，强行执法的成本被节约，尤其是社会秩序呈现出井然有序的连续性与稳定性。只不过，法律的立法更强调技术罢了。这表明：人类社会进入法律立法时代以来，法律所反映出来的大数法则更多地带有技术上的痕迹，这是人类规则的进化，而不是大数法则的消失[③]。当“法律源于大数法则”意味着社会生活中的大数法则是法律包括刑法的原初与真正来源即实质意义上的“法律渊源”，则作为大数法则的具象的常识、常理、常情，便是此“法律渊源”的一种具象。因此，社科法学包括社科刑法学在建构法律包括刑法规范时必须将规制对象和规制手段与常识、常理、常情相联系，亦即制度层面的规范建构包括罪刑建构是否合理得当，应接受常识、常理、常情的拷问和检验，从而维系或提升制度建构的公众认同，进而提升其公信力。可见，常识、常理、常情至少可以视为社科法学的一种分析工具。于是，在某种意义或相当程度上，社科法学包括社科刑法学应是常识、常理、常情化的社科法学，而常识、常理、常情化能够赋予社会法学包括社科刑法学立论过程和命题的妥当性。

常识、常理、常情与社科法学的关联，还应沿着人类法律文明的进步发展予以延伸考察。早在百家争鸣时期，法家人物慎到就提出：“法，非从天下，非从地生。发于人间，合乎人心而已。”其中，“发于人间，合乎人心”即“发于”或“合乎”常识、常理、常情。于是，常识、常理、常情不仅关乎法律规范本身的形成或创制，也关乎法律规范的司法适用，进而关乎法律包括刑法规范的解释。特别是，“法通乎人情，关乎治理”；

① 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 17 页。
② 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 19 页。
③ 周安平：《许霆案的民意:按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 87—88 页。

“凡治天下，必因人情。”[①]而若“法律的情感生命力若干涸、枯竭，法律便无以生存下去。”[②]这里，“人情”或“情感”当然是指已经属于理性形态的常情而非属于感性形态的个人私情。再次可见，常识、常理、常情直接关乎法律包括刑法的创制，也直接关乎其实践效用，而所谓“无以生存下去”不过是其毫无实践效用的形象转述而已。当法律包括刑法的制度构建首先要遵从常识、常理、常情，即应予以常识、常理、常情化，则作为观念形态的社科法学包括社科刑法学也应遵从常识、常理、常情，以服务于立法包括刑法立法的科学化与合理化，即助益于立法本身的正当性与合理性。

若将我们的目光再投向西方，则在西方的法律社会学理论中，法律的社会形态问题具有十分重要的地位。如卢曼的法律社会系统论，就是一个关于法律系统社会结构和功能的分析框架，强调系统本身的自创生性及其与外部环境的沟通；如布莱克的法律行为理论，认为法律在社会空间的不同维度都会变换其位置和方向，故法律社会学的核心问题是如何测量法律的“社会距离”。布莱克的理论受德国社会理论家齐美尔的社会几何学的影响，强调法律的普遍性社会形态而非具体的权力关系；又如美国芝加哥学派的生态理论用生态系统的互动视角来分析各种社会空间形态及其内部各种行为主体之间的互动过程[③]。无论是“与外部环境的沟通”，还是“测量法律的‘社会距离’”、还是“行为主体之间的互动过程”，都说明社科法学将法律包括刑法的社会效应作为自觉的学术目标。这里，与其将社会效应作为社科法学的自觉的学术目标，毋宁将公众认同和法治公信同作为社科法学的自觉的学术目标。可见，社科法学的学术目标在“法外”，正如社科法学这一学派的最大共同点就是自觉地或迫不得已地把法律话语作为一个非自给自足的体系，即试图把法律话语与社会实践联系起来予以考察[④]。当社科法学包括社科刑法学将“社会效应”、“公众认同”乃至“法治公信”作为学术目标，便意味着社科法学无法绕开或回避常识、常理、常情，因为是否产生应有的“社会效应”，是否赢得和形成“公众认同”乃至“法治公信”，离不开常识、常理、常情这一客观标准的实际验证。学者指出，在传统的知识体制中，法学一开始是以“实践理性”的形式存在[⑤]。在本文看来，社科法学的实践性先于教义法学的实践性，所谓“从实践中来，到实践中去”意味着“先从实践中来”，而以“立法”为实践目标的社科法学解答的是“立法”如何从实践中来。这里，社科法学包括社科刑法学的实践性蕴含着法学的常识、常理、常情化，因为常识、常理、常情本是人们生活实践的认知共识。于是，在某种意义和相当程度上，常识、常理、常情性应成为社科法学包括社科刑法学的思维理性，而法学的实践理性便体现为法学的常识、常理、常情化。

法律的社会形态问题有着法律的发展这一意蕴，但无论何时，法律发展的重心既不在立法和法学，也不在司法判决，而在社会本身[⑥]。这里，“社会本身”这一“重心”会导引出以之为“重心”的社科法学和教义法学。当这里的“社会本身”包含着社会常识、社会常理和社会常情，则将法律的发展作为题中之义的社科法学包括社科刑法学便应采用常识常理常情思维即“三常思维”。采用这一思维直接关乎法律的合法性，正如一个社会的法律的合法性最终“必须”而且“只能”基于“社会的认可”[⑦]。这里的“合法

① 《韩非子·八经》。
② [美]伯尔曼：《信仰与秩序》，姚建波译，中央编译出版社 2011 年版，第 12 页。
③ 刘思达：《美国“法律与社会运动”的兴起与批判》，载《交大法学》2016 年第 3 期，第 30—31 页。
④ 苏力：《也许正在发生：转型中国的法学》，法律出版社 2004 年版，第 12—14 页。
⑤ [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 90—100 页。
⑥ 刘星：《西方法学初步》，广东人民出版社 1998 年版,第 115 页。
⑦ 苏力：《道路通向城市》,法律出版社 2004 年版,第 298 页。

性”实即“正当性”，故“三常思维”是法律实践的正当性思维即“实质合法性思维”，从而也是法学且首先是社科法学应采用的学术思维。再来联系一下马克思的论断，即“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人的恣意横行。”[①]既然“法律应该以社会为基础”，则社科法学包括社科刑法学毫无疑问地也应“以社会为基础”。而社科法学应“以社会为基础”，蕴含着社科法学应以常识、常理、常情为基础。昂格尔指出：“如果法律所承认的道德戒律被确立得与日常行为模式相距太远，则其不是令人窒息就是空想的东西 。”[②]因此，公众判意能够为立法完善提供很多启示，甚至能够成为立法修改或司法解释出台的直接动因[③]。这里，所谓“与日常行为模式相距太远”，隐含着与常识、常理、常情相距太远；而所谓“公众判意”，往往形成于以公众为主体范围的常识、常理、常情。因此，立法无法游离于常识、常理、常情之外，从而社科法学也无法游离于常识、常理、常情之外。由此，无视常识、常理、常情的法律是“恣意横行的法律”，而无视常识、常理、常情的法学包括且首先是社科法学便是“恣意横行的法学”或“任性的法学”。

陈瑞华教授指出，一种制度、实践或者改革方案的正当性可从两个角度加以评判：一是内在的正当性，即是否符合某种价值理念和法律原则；二是外在的有用性，即是否达到了某种积极的社会效果[④]。从内在正当性来看，法律包括刑法制度的内在正当性包含着常识、常理、常情符合性，因为法律原本就是大数法则的结晶，而常识、常识、常情又是大数法则的一种具象；从外在有用性来看，法律包括刑法制度只有遵从常识、常理、常情，才有外在的积极效果可言，因为凝结在法律制度中的常识、常理、常情本来就是形成于外在的社会生活。于是，体现常识、常理、常情的司法实践无异于常识、常理、常情又回到了“故乡”，而法律适用又仿佛是常识、常理、常情带回了能够受到欢迎的客人。由此，法律包括刑法制度在其建构与改革即完善过程中就必须是常识、常理、常情化的。相应地，社科法学包括社科刑法学也必须是常识、常理、常情化的。当常识、常理、常情维系着一种良心，则遵从常识、常理、常情的社科法学包括社科刑法学才能是一种“良心法学”，即常识、常理、常情化能够赋予社科法学以“学术良心”。这里将常识、常理、常情与法学包括社科法学的“学术良心”挂起钩来并非危言耸听，因为法学包括社科法学是产生“知识”的学问，问题在于：虽然“知识是产生对人类自由的热爱和原则的唯一源泉”[⑤]，但“有知识而不正直是危险的，也是可怕的”[⑥]，而遵从常识、常理、常情所形成或获得的知识便应该或能够是“正直”的。

学者指出，与现实相比，任何理论学说都会黯然失色，都不过是一种解说，而且永远都不会是最后的解说[⑦]。其言“现实”，应当包括常识、常理、常情的现实。但精英们总是抱着自己的专业知识津津乐道而忽视日常生活中的常识，认为需要对民众启蒙，进而拒绝对日常生活中细小琐碎问题的深思和反思[⑧]。殊不知，“人无常识，百事难做”[⑨]；

---

① 《马克思恩格斯全集》，知识产权出版社 2008 年版，第 291—292 页。
② [美]昂格尔:《现代社会中的法律》, 吴玉章、周汉华译, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 200 页。
③ 顾培东:《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》，载《中国法学》2008 年第 4 期，第 175—177 页。
④ 陈瑞华:《刑事附带民事诉讼的三种模式》，载《法学研究》2009 年第 1 期，第 106 页。
⑤ [美]伯顿·史蒂文森主编:《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 1018 页。
⑥ [美]伯顿·史蒂文森主编:《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 1018 页。
⑦ 苏力:《法治及本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，自序。
⑧ 苏力:《阅读秩序》，山东教育出版社 1999 年版，第 27 页。
⑨ [美] 伯顿·史蒂文森主编:《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 79 页。

而“常识是两点之间最短的直线”，且“常识很少会把我们引入歧途。”[①]在本文看来，无论是社科法学，还是教义法学，但首先是社科法学，都不能或缺常识、常理、常情这些生活元素，正如“刑法理论要尽可能地符合一般人的感觉来构成[②]。所谓“符合一般人的感觉”即符合常识、常理、常情，从而社科法学包括社科刑法学理论应符合作为“一般人的感觉”的常识、常理、常情予以构建或展开。

法学方法论的“三常思维”意味着法学方法论从问题意识、立场选取、方法采用和目标确定都应遵从常识、常理、常情。社科法学包括社科刑法学当然应将社会知识和社会共识作为自己的学术智识，而社会知识和社会共识当然包括常识、常识、常情，故社科法学采用“三常思维”具有无可争议的应然性即当然性。但是，对于社科法学包括社科刑法学的“三常思维”，我们还缺乏足够的或彻底的学术自觉。

### （二）教义法学“三常思维”的应然性

常识、常理、常情与教义法学的关联，得联系法律解释问题予以考察。当机械论成为历史陈迹，现代的法律解释更加关注法律适用的现实效果即社会需要。对此，卡多佐对社会学方法的地位及适用规则做了很好的说明，即指导法律适用和解释的有四种力量：一是这种力量可以沿着逻辑发展的路线起作用，被称为类推的规则或哲学的方法；二是这种力量可以沿着历史发展的路线起作用，被称为进化的方法；三是这种力量可以沿着社区习惯的路线起作用，被称为传统的方法；四是这种力量可以沿着正义、道德和社会福利的路线起作用，被称为社会学方法[③]。虽然逻辑、历史和习惯都有其地位，但我们会让法律符合它们。这并非法官被授权随意将现存的规则放在一边，而是当应召就现存规则应如何延伸或如何限制而发言时，他们要让社会福利来确定路径、方向和距离。确定性、统一性、秩序性和连贯性必须予以考虑，但它们是社会福利的构成因素，而我们的任务就是去发现这种社会福利[④]。这里，社会福利的要求就是宗教、伦理或社会正义感的要求，而不论它们是信条或是一般人心灵中所固有的观念[⑤]。所谓伴随着机械论成为历史陈迹，现代的法律解释更加关注法律适用的现实效果即社会需要，即机械论的教义法学已成为历史陈迹，而现代的教义法学越发注重法律适用即法律解释的现实效果。当“沿着社区习惯的路线”这一传统的方法和“沿着正义、道德和社会福利的路线”这一社会学方法携带着常识、常理、常情而成为“指导”法律适用和解释的力量，即成为教义法学的“指导力量”，则常识、常理、常情在教义法学的转向与变革中便发出了自己的声音或显示了自己的分量。所谓法官要让社会福利来确定规则的路径、方向和距离，对应着教义法学应如此而为。又当确定性、统一性、秩序性和连贯性都只是社会福利的构成因素，而社会福利就是宗教、伦理或社会正义感的要求，且以一般人的信条或固有观念为表达，则作为一般人信条或固有观念的具象表达，常识、常理、常情便经由“社会福利”也成为教义法学的一股“指导力量”。由此，教义法学的常识、常理、常情化就是教义法学的“社会福利化”，因为常识、常理、常情寄寓着社会公众的生活诉求。可见，教义法学包括教义刑法学的常识、常理、常情化是借助社会学方法得以实现的。

---

①［美］伯顿·史蒂文森主编：《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 79 页。

②［日］大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 74 页。

③ 孔祥俊：《论法律效果与社会效果的统一———一项基本司法政策的法理分析》，载《法律适用》2005 年第 1 期，第 27—28 页。

④［美］本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 40—41 页。

⑤［美］考夫曼：《卡多佐》，张守东译，法律出版牡 2001 年版，第 43—44 页。

联系法律解释来考察常识、常理、常情与教义法学的关联，应该接“司法底气”。卡多佐指出，法院的标准必须是一种客观的标准，即真正作数的并不是那些“我”认为是正确的东西，而是那些“我”有理由认为“其他有正常智力的和良心的人”都可能会“合乎情理地”认为是正确的东西。”[①]所谓“其他有正常智力的和良心的人都可能会合乎情理地认为是正确的东西”，即合乎常识、常理、常情的东西。合乎常识、常理、常情不仅是法院判决的客观标准，也应是教义法学的展开过程及其命题的客观标准。拉伦兹指出，即使法官先是在法律中寻找案件的答案，但获得一个伦理道德上可以被正当化的结论至关重要[②]。其言意即司法要有德性，正如一个人不可能从他的房间和生活中排除至关重要的空气一样，道德因素也不可能从司法活动中被排除出去[③]。在本文看来，司法的德性蕴含着司法的常识、常理、常情性，或曰司法的常识、常理、常情性就等同于司法的德性。对应着司法的德性，教义法学也应讲究德性，亦即教义法学也应讲究常识、常理、常情性。易言之，教义法学应在遵从常识、常理、常情之中来展开学术过程并形成结论。在此要强调的是，正如常识、常理、常情性是社科法学包括社科刑法学的“学术良心”，常识、常理、常情性也是教义法学包括教义刑法学的“学术良心”。

常识、常理、常情与教义法学关联的“司法底气”，应予以个案例证。

学者指出，许霆案从一审判决无期徒刑以来，众多网民都卷入到许霆案的激烈讨论当中。广州中院的二审与其说是司法认知发生了改变，不如说是司法屈从于民意的压力。二审减轻改判许霆为有期徒刑 5 年其实是司法与公众博弈的结果。而民意为何对许霆如此高度关注，无非是许霆的行为是常人的行为，而每一个常人的心中都有一个“许霆”，对许霆的判决无异于对公众内心的判决。司法招致民意的强烈反对，其重要的原因在于有罪判决与公众内心认可的大数法则发生了背离[④]。在本文看来，许霆案的二审与其说是司法屈从于民意的压力，毋宁是司法屈从于常识、常理、常情的压力 ；二审减轻改判与其说是司法与公众博弈的结果，毋宁是司法与常识、常理、常情博弈的结果；与其说民意对许霆如此高度关注，毋宁是常识、常理、常情对许霆如此高度关注；与其说每一个常人的心中都有一个“许霆”，毋宁是每一个的心中都有一个常识、常理、常情 ；与其说对许霆的判决无异于对公众内心的判决，毋宁是对许霆的判决无异于对常识、常理 、常情的判决；与其说有罪判决与公众内心认可的大数法则发生了背离，毋宁是有罪判决与常识、常理、常情发生了背离。由此，司法包括刑事司法的公众认同与公信力，从而法治包括刑事法治的公众认同与公信力必须联系常识、常理、常情才能得到说明。许霆案牵扯的具体问题主要是盗窃罪相关构成要件的理解和把握，故若对应教义刑法学，则教义刑法学的学术过程及其结论应遵从作为大数法则的常识、常理、常情，即应走向常识、常理、常情化的教义刑法学。

再由许霆案所牵扯的盗窃罪构成要件的解释问题说开去。学者指出，在严格意义上，典型事实所有的构成因素都带有某种程度的规范性，因为即使那些描述性因素也必须以人们的日常经验来进行判断[⑤]。这里，“人们的日常经验”包含着常识、常理、常情。既然常识、常理、常情决定着“构成因素”的规范性，则以规范释义为要务的教义法学包括教义刑法学便“必须”遵从常识、常理、常情，即其展开过程与解释结论应符合常

① [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 54 页。
② [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 28 页。
③ [美] 本杰明·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社 2002 年版，第 34 页。
④ 周安平：《许霆案的民意：按照大数法则的分析》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 90 页。
⑤ 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 102 页。

识、常理、常情。与构成要件须以人们的日常经验进行判断相呼应，意大利宪法法院认为，犯罪构成的明确性并非要采用完整的描述性罪状，即运用“约定俗成的概念”并不与明确性原则相悖，只要“这些概念在法官所处的社会环境中是众所周知并被普遍接受的”[①]。这里，概念的“约定俗成”往往来自人们对概念所对应的事物所形成的常识、常理、常情，而概念的“众所周知并被普遍接受”更是直接意味着概念的常识、常理、常情性。于是，犯罪构成的明确性是“奠基”于人们对刑法规制事项的常识、常理、常情，因为犯罪构成的明确性只有联系公民对刑法规范的预测可能性才有实际意义，而公民对刑法规范的预测可能性直接形成于人们对刑法规制事项的常识、常理、常情，从而表达刑法规范的法言法语即刑法规范概念应符合常识、常理、常情，即在公民基于常识、常理、常情所形成的认知范围内。进一步地，以刑法规范释义为要务的教义刑法学应沿着常识、常理、常情向前行进，即令其对刑法规范的诠释过程和诠释结论符合常识、常理、常情，亦即令其教义学的结论对于司法受众具有预测可能性，从而赢得刑法司法的公众认同和刑法司法公信。

由许霆案，我们可自然联想到卡多佐的有关论断。对于从哪里找到体现在判决中的法律这一问题[②]，法官的回答应当是：法要“从生活本身”去寻找。法律产生于事物之间的关系，而和这些关系一样，自然的法律也处于永恒不断的新生之中。我们不必再从理性推演出来的文本或体系之中，而是从社会效用中，从某些后果会追随某些假定而来的必然性中寻找法律的渊源。规则的含义体现在社会生活的迫切需要之中。这里有发现法律含义的最强可能性。当需要填补法律空白之际，我们寻求解决办法的对象并非逻辑演绎而更是社会需要[③]。所谓法要“从生活本身”去寻找，蕴含着法官判决的实质依据包含社会生活中的常识、常理、常情。而当“社会效用”和“社会需要”都要靠常识、常识、常情来说明，即符合常识、常理、常情的，才是具有“社会效用”或满足“社会需要”的，则法官释法所对应的教义法学包括教义刑法学也“必须”是运用常识、常理、常情的一门学问。

河南内乡县衙和山西平遥县衙，是中国现存最完整的古代县衙。在这两座县衙的二堂屏门门楣上，悬挂着一块匾额，上书“天理 国法 人情”六个凝重浑朴的大字。古代县衙这种布置的用意，是提醒县太爷们在断案时要把握好裁判的标准：既要执行国法，又要遵循天理、合乎人情，即情理法相融。由此，我们可联想到哈贝马斯的一个论断，即法律并不是一个自我陶醉的封闭系统，要受到“公众的民主的道德生活”的滋养和“自由的政治文化”的呼应[④]。这里，受到“公众的民主的道德生活”的滋养，隐含着受到常识、常理、常情的生活的滋养；受到“自由的政治文化” 的呼应，隐含着受到体现常识、常情、常情的文化的呼应。相应地，以法律释义为要务的教义法学包括教义刑法学，也应该受到常识、常理、常情生活的滋养和受到体现常识、常情、常情的文化生活的呼应。而“无论哪个时代，如果在法庭上和在教室里进行的各种理论阐释所产生的意见分歧太大，那么法律就会失去力量。”[⑤]所谓“意见分歧太大”，意味着没有达成最起码的共识，而没有达成最起码的共识又与背离常识、常理、常情不无关联。至于学者们在法的解释上的确可以“天马行空、独往独来”，但那注定或是化为青云或是跌回地上，

① ［意］杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》 陈忠林译评，中国人民大学出版社 2004 年版，第 73—74 页。
② ［美］卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 4 页。
③ ［美］卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 75—76 页。
④ ［美］ 哈贝马斯：《在事实与规范之间》童世骏译，三联书店 2003 年版，第 698 页。
⑤ ［美］ 德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科出版社 1996 年版，第 45 页。

因为悖逆生活，不符合法的基本理念和基础理论的任何学说，终归得不到民众和司法者认同[①]。所谓“悖逆生活”意味着悖逆常识、常理、常情，故法解释学即教义法学包括教义刑法学必须尊重常识、常理、常情，或将常识、常理、常情作为正当性基础或标准，这样才有公众认同和司法公信可言。因此，常识、常理、常情能够通过“奠基”共识而形成可被普遍信服的教义法学包括教义刑法学，从而使得法律包括刑法在个案即司法实践中生成回应社会生活的力量，即赋予教义法学包括教义刑法学以相当的诠释力与可信性。

前述“民主的道德生活”、“自由的政治文化”、“民众和司法者认同”牵扯着教义法学包括教义刑法学的政治正当性问题，但学者指出，法教义学没有政治正当性[②]。这里，所谓“没有政治正当性”是指教义法学已经将作为其诠释对象的法律规范视为“先验正确”而排斥质疑，更拒绝批判。如果说教义法学包括教义刑法学真地“没有政治正确性”，则原因主要在于教义法学的封闭性思维。相反，当克除封闭性而同样被赋予开放性，则教义法学同样可以获得或形成“政治正确性”。于是，当开放意味着常识、常理、常情能够或被欢迎至教义法学领域，进而影响其立论过程和结论，则教义法学的常识、常理、常情化便水到渠成。常识、常理、常情化能够赋予教义法学以“政治正确性”，亦即能够为教义法学包括教义刑法学提供正当性基础或标准，因为在常识、常理、常情那里，有“民主的道德生活”、“自由的政治文化”与“民众和司法者认同”。

教义法学是在现行法律是“先验正确”的观念前提下只关注法律包括刑法的适用本身，其学术目标至多是规范命题的体系化，即其目标在“法内”。但是，教义法学包括教义刑法学仍然面临妥当性的问题。由于教义法学的妥当性远远不是靠逻辑演绎本身来说明，而是要靠社会生活的实践逻辑来说明，故教义法学仍要接受社会生活的检验和质疑，即教义法学仍然要发生一定程度的“社科化”。于是，作为社会生活规范常态的常识、常理、常情便获得了渗入教义法学的正当理由。由于教义法学的妥当性即其对于现行规范释义结论或形成命题的妥当性，而现行规范的释义是出于处置个案，即教义法学应被视为具有当然的实践性，故教义法学的妥当性应是实践的妥当性。由此，教义法学的妥当性必然是或至少包含常识、常理、常情性，因为妥当性是社会相对性的一种转述，而社会相当性则是以常识、常理、常情为基本判断标准。可见，教义法学包括教义刑法学的实践性及其妥当性必然是其思维过程及其结论或命题的常识、常理、常情化，即或被赋予常识、常理、常情性。卡多佐指出，一种法学，如果不是不断与一些客观或外在的标准相联系，就有走向“情感法学”的危险[③]。当我们可将常识、常理、常情也视为一种客观标准，则常识、常理、常情性可以预防教义法学包括教义刑法学沦为“情感法学”，而这里的“情感法学”不外乎“任性法学”、“蛮横法学”甚或“专制法学”，其所影响的司法实践可想而知，正如现代法治归根结底应该是人性之治、良心之治，绝不应归结为机械的规则之治，故我们绝不应对法律做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释。最终，我们的司法人员只能为了维护法律所保护的价值而维护法律的权威，而绝不能仅仅为了维护法律的权威而维护法律的权威。”[④]

当作为教义法学学术对象的实定法有可能是“恶法”而需要常识、常理、常情在司法解释过程中对之予以“消毒”或“中和”，且教义法学越来越“必须”采纳的社会学

① 冯亚东：《犯罪构成本体论》载《中国法学》2007 年第 4 期，第 90 页。
② 刘思达、侯猛、陈柏峰：《社会法学三人谈：国际视野与本土经验》，载《交大法学》2016 年第 3 期，第 14 页。
③［美］本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 65—66 页。
④ 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。

方法又为常识、常理、常情渗入教义法学打开了一扇门，则抛掉了机械论的教义法学采用“三常思维”就是“情非得已”甚或“自觉自愿”。遗憾的是，对于教义法学包括教义刑法学应采用“三常思维”，我们还缺乏足够的认识，甚至还在“学术壁垒”之中顽固排拒。

## 三、法学方法论“三常思维”的融合性

### （一）“三常思维”藉由统领社科法学与教义法学所体现出来的融合性

21 世纪初，中国法学领域开始形成“法律和社会科学”即社科法学。虽然社科法学研究些什么、其理论视角源自何处、其研究方法能否与传统的法教义学分开等基本问题，都还没有明确答案[①]。在本文看来，教义法学与社科法学的区别首先是：前者着眼于法律的“是什么”，对应着法律的“实用性”；后者着眼于法律的“为什么”，对应着法律的“科学性”。教义法学与社科法学的着眼点的区别可视为理论目标的区别，而理论目标的区别决定了理论视角的区别：教义法学的理论视角基本上就是“法内法”视角，对应着“结果”；社科法学的理论视角基本上就是“法外法”视角，而“法外法”视角实质就是“差距视角”，对应着“开花”。但正如我们所知，中国当下的法学研究呈现教义法学方兴未艾而社科法学门前冷落的学术局面。本来，社科法学和教义法学在法学学科中的地位取决于现实的法治发展状况：如果对照社会主义法制体系基本形成这一法治发展状态，则似乎应是教义法学占据主导地位；如果立于当下被不断强调的“科学立法”即“立法科学化”，则社科法学的地位也应受到足够的重视。然而，社科法学与教义法学的区别和当下中国法学研究的厚此薄彼，似乎意味着社科法学与教义法学泾渭分明或“老死不相往来”。须知，旨在法治实践的法学理论的常识、常理、常情观，能够使得社科法学与教义法学的关系不应如此，从而社科法学的学科地位应受到重视。

这里，我们经由何种途径来消除社科法学与教义法学之间的学术壁垒，并使得社科法学包括社科刑法学的地位受到应有的重视？社科法学包括社科刑法学当然是运用社会知识的一门学问，且此社会知识当然包括常识、常理、常情，即常识、常理、常情在社科法学包括社科刑法学中自有用武之地。那么，教义法学呢？自从德国学者爱尔里希强调法官应自由地探求“生活中的法”，社会学方法被运用于法律解释便成为一种风尚[②]，即运用社会学方法从事法律解释学研究不仅在日本蔚然成风，而且对 1908 年发生的“俄勒冈州限制女性劳动时间法律是否违宪”一案，最高法院通过采纳律师布兰代斯的意见而公开认可社会学解释方法[③]。在中国当下的法学领域，教义法学包括教义刑法学采用或接受社会学方法已成“大势所趋”，即尽管教义分析是司法实践中最有用也是中国司法非常缺乏，但若无非教义分析的判断作指导，则再精美的教义分析也会沦为司法实践中的“花拳绣腿”[④]。既然社会学方法可用于教义法学，则常识、常理、常情在教义法学包括教义刑法学中同样有用武之地。具言之，由于法官是法律规范的解释者即释义者，故“法官应自由地探求生活中的法”，即教义法学应探究“生活中的法”包括作为大数法则的具象和社会相对性理论实体内容的常识、常理、常情 。易言之，当教义法学已经不能拒斥社会学的方法，即其也要接受社会知识的渗透，这就意味着要遵从常识、常理、常情。于是，尽管存在着理论目标和理论视角的差别，但社科法学与教义法学却能

① 刘思达：《美国“法律与社会运动”的兴起与批判》，载《交大法学》2016 年第 3 期，第 21 页。
② 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 236 页。
③ 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 238 页。
④ 苏　力：《法条主义、民意与难办案件》，载《中外法学》2009 年第 1 期，第 100 页。

够通过常识、常理、常情而形成某种联结，或曰常识、常理、常情将社科法学与教义法学予以贯通。而正是在此联结或贯通之中，作为社会知识具象的常识、常理、常情便假借社会学方法而凌驾于社科法学与教义法学之上，即居于学术统领的高度。

学者指出，社科法学更多地是借鉴其他社会科学或人文学科的理论资源和研究方法，试图通过具体问题的分析来把握法学。而这一学派的最大共同点就是自觉地或迫不得已地把法律话语作为一个非自给自足的体系，即试图把法律话语与社会实践联系起来予以考察[①]。在本文看来，教义法学虽然是规范释义的学问，但规范释义的目的在于能够或更好地解决个案问题。由于个案问题实际上就是社会问题，故教义法学也必须注重实践效果，从而其不得不向社会生活开放，亦即教义法学也无法保持“自给自足”。于是，社会学知识便可渗入或被求助到教义法学中，从而社科法学便与教义法学达成了某种“协同”。而“协同”所假借的社会知识包含或基本上就是常识、常理、常情。如果说社科法学和教义法学都应在“人同此心，心同此理”之中呈现自己的说服力，则由于“人同此心，心同此理”凝结着常识、常理、常情，故社科法学和教义法学的说服力最终都须仰赖常识、常理、常情。学者指出，从社会科学来看，没有哪一个学科有所谓独特的方法论，都是相通的[②]。“没有独特的方法论”意味着只能有共通的方法论。就社科法学与教义法学而言，其可能有两种以上共通的方法论，而常识常理常情观即“三常观”视为二者共通的方法论之一。但这里的“共通”意味着三常理论具有相对于社科法学和教义法学的“统领性”，而非居于二者之下，亦非与二者平起并列。由此，常识、常理、常情之于社科法学与教义法学的统领性地位，便再一次得到了说明。

### （二）“三常思维”通过支撑法学方法“一元论”所体现出的融合性

法学方法二元论与一元论是对刑法理论研究影响颇大的认知方式。新康德主义体现的是法学方法二元论，区分应然与实然、事实与价值；存在主义体现的是法学方法一元论，认为应然价值蕴含于实然事实之中，从事实之中能够导出价值。新康德主义使我们对历史文化科学的认知有了一个根本性的转变：自然科学追求知识的客观性，探求自然界的一般规律；文化历史科学讲求人们的文化理解，探求事物的历史意义。新康德主义对刑法学的最大贡献在于排除了科学实证主义对刑法学研究的消极影响，恢复了刑法理论本来的价值面貌[③]。存在主义是从人的本真存在来揭示存在的意义和方式的哲学流派，主张从先于和超越主客、心物等二分的人的存在本身出发来思考存在者如何存在，且认为人的本真的、始原性的存在不能作为认识对象以认识的方式达到，只能揭示、澄明，即只能描绘和解释，即其主张一种解释学的现象学方法[④]。在刑法学领域，威尔哲尔正是从现象学的存在论的立场展开对新康德主义的批判，从而建立目的论犯罪论体系。其理论体系的理论基点与出发点即人的行为的实际存在[⑤]，目的论犯罪论体系主张人的行为这样的基本概念应当挪到犯罪理论的中心位置上来，并且应当根据行为的存在特征建立一个对立法者来说已经预先规定了的物本逻辑结构体系[⑥]。威尔哲尔质疑新康德主义

① 苏力：《也许正在发生：转型中国的法学》，法律出版社 2004 年版，第 12—14 页。
② 孙少石：《知识生产的另一种可能——对社科法学的述评》，载《交大法学》2016 年第 1 期，第 43 页。
③ 王昭振：《类型思维：刑法中规范构成要件要素存在的法理根据》，载《法制与社会发展》2009 年第 1 期，第 146 页。
④ 刘放桐主编：《新编现代西方哲学》，人民出版社 2000 年版，第 332 页。
⑤ [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论）徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 258 页。
⑥ [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第 1 卷），王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 123 页。

将客观现实价值中立化的观点，认为所有的秩序和意义原本就存在于客观现实之中而非经由非现实的概念塑造才能形成。法律对生活材料不是规制而是描述，即所谓概念只是对既成现实加以“描述”而已，故法律概念都是描述性的概念[①]。

按照新康德主义方法二元论的主张，现实无法直接理解，必须经过概念体系加以转化才能成为可以理解的对象。法律科学概念体系所要转化的对象是先于法律而存在的现实即社会生活现实。而在新康德西南德意志学派的眼中，社会的客观现实是经验上一团混乱、毫无章法的东西，其不理性必须经由概念予以克服，即现实的世界本身没有秩序和理性，必须童过在它之外的主体才能赋予它秩序和理性，亦即概念、规则只能从人的理性当中产生。易言之，规范体系和物的存在结构是两个无法互通的体系[②]。接着，新康德主义方法二元论遭到如下批判：虽然新康德主义方法二元论的结论即“规范只能从规范当中形成”具有合理性，但其立论前提存有疑问，因为作为刑法规范产生前提的社会现实并非价值中立，而是具有生活意义的，其蕴含了一般社会公民的生活目的与追求[③]。社会现实的价值性体现为M•E迈耶称之为支配人们日常生活的“文化规范”即宗教、道德、风俗、习惯等[④]。许玉秀教授认为，先于法律的生活现实是第一次概念转化程序的产物而并非价值中立[⑤]。社会生活原本存在意义，刑法规范是对社会生活现实的重塑，故离开社会生活，规范无法理解，而离开规范，社会生活则缺乏足够的理性[⑥]。

在本文看来，“规范只能从规范当中形成”虽具有合理性，但有问题视角，即其中的“规范”是个名同实异的概念：前一个“规范”是指法律规范，而后一个“规范”则是先于法律规范且构成其实质渊源的，具有“自然法”意义的社会生活规范，其包含常识、常理、常情。只有作前述理解，“规范只能从规范当中形成”才能抹去循环论证的逻辑嫌疑。进一步地，作为法律包括刑法规范产生前提的社会现实之所以具有“生活意义”，乃因此社会现实是人们基于常识、常理、常情的社会行为所造成，而所谓“社会公民的生活目的与追求”正是隐含在人们基于常识、常理、常情的社会行为之中。常识、常理、常情本来就是一种价值标准和行为规范，而“社会公民的生活目的与追求”原本就是人们的价值追求，故社会现实或社会生活是无法剥离价值属性和行为规范属性的。如果非要剥离价值属性和行为规范属性，则所谓社会生活便不成其为“社会的”生活，而所谓社会现实也就不成其为“社会的”现实。易言之，被法学方法二元论拿来与“应然”和“价值”相对立的实然的社会生活即社会生活现实，原本就是人们在遵循常识、常理、常情以及作为其抽象的大数法则进行交往即理性交往而形成的，故其已经是实然蕴含应然而应然延伸实然，事实蕴含价值而价值延伸事实。至于法律制度与法学概念，不过是对之予以确认与反映罢了，此如马克思所言：“立法者应该把自己看做一个自然科学家。他不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在法律之中。”[⑦]若此，所谓社会生活的理性，最终或实质就是常识常理常情理性。正因如此，作为客观现实的社会生活并非西南德意志学派所言的“不理性”，

① 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 135—136 页。
② 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 128—129 页。
③ 王昭振：《类型思维:刑法中规范构成要件要素存在的法理根据》，载《法制与社会发展》2009 年第 1 期，第 147 页。
④ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 2004 年版，第 252 页。
⑤ 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 149 页。
⑥ 王昭振：《类型思维:刑法中规范构成要件要素存在的法理根据》，载《法制与社会发展》2009 年第 1 期，第 147 页。
⑦ 《马克斯恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1971 年，第 183 页。

即一团混乱和毫无章法的东西，因为常识、常理、常情始终在编织着社会生活秩序与理性，从而使得法律包括刑法规范对社会生活所能够进行的是“描述”或“发现”而非“塑造”或“发明”。由此，常识、常理、常情所支撑的是法学方法一元论而非法学方法二元论。“三常思维”支撑法学方法一元论是“奠基”于其将实然与应然、事实与价值予以融合，即其融合性是体现在其对法学方法一元论的支撑之中。

## 结语

“三常思维”既是一种建构思维，也是一种解释思维，其所具有的前述学术功能是生成于其为法律包括刑法规范提供了一种“本源智识”。正因如此，“学术共同体”能够在法学方法论“三常思维”这里获得最为广泛的形成，即三常理论能够形成“最大化的学术共同体”。

基于法治功效的实践价值性、之于法学方法论的应然性和融合性，汇聚成法学方法论“三常思维”的“统领性”。在“统领性”之下，“三常思维”将引导中国法学方法论具体采取本土性思维、开放性思维、大众性思维与效果性思维，从而走向“中国主体性法治观”、“体系性法治观”、“理性交往法治观”、“民本法治观”和“善治法治观”。法学方法论的“三常思维”虽不直接产生法学本体问题的结论，但却在根本上制约其理论和实践两个层面的妥当性。而正是其“形而上”和“认识论”的高度，“三常思维”或“三常观”才值得法学方法论的高度重视。“范式”是“实践共同体”一致信从的信念、方法、标准等构成的“集合”[①]。由于将立场、方法和目标等融为一体，故“三常思维”凝结着法学方法论的一种学术范式，而此种范式可谓“融合范式”，即将保障权利与维持秩序、社科法学与教义法学、事实与价值等“融为一体”的范式。而当“三常思维”凝结着法学方法论的一种学术范式，便意味着其统领性又是一种最大辐射性和最高提挈性。著名数学家谷超豪在给学生讲课时说：“每个常识中都包含着相应的学问，但常识往往只是学问表面的一种体现，而学问则往往是超越常识的一种理论，所以人们对常识的记忆要淡一些，而对学问的印象要深一些。”[②]由此，法治问题的常识、常理、常情性包含着法治的学问即包含着法学，而这里包含着法治的学问意味着常识、常理、常情决定着法学的问题意识、立场选取与方法采用，从而“三常思维”之于法学方法论的统领性是多层面或多方位的统领性，进而其所凝结的“融合范式”具有多层面或多方位的“融合性”。既然“包含”、“体现”和“超越”意味着常识、常理、常情构成法治的学问即法学的根基与内在，则法治的学问即法学包括法学方法论便不可“数典忘祖”。 当人们对常识、常理、常情的记忆要淡一些而对学问的印象要深一些，说明较为重要的不是学问而是常识、常理、常情。这就是为何要提醒中国的法学界：不要轻视乃至鄙弃常识、常理、常情，即不要沉湎于“高大尚”而“心中无常”：“心中无常”的法学是不讲理的法学，“心中无常”的法治是不讲理的法治，正如强调“良心”或“社会公认的常识、常理、常情”是现代法治运行的灵魂，不仅是一种对我们建设现代法治具有根本意义的法治观，同时也是一种指导我们培养法学人才基本方向的法学教育观[③]。最后要说的是，法学本身没有生命力可言，只有作为法学根基的东西才有生命力。

① [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2003 年版，第 2—3 页。
② 崔子荣：《常识与学问》，载《读者》2016 年第 19 期，第 36 页。
③ 陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。

# 法律文本、法律方法与法律哲学

## ——“天价过路费案”法律适用研究

周国文[①]

【内容摘要】时军锋、时建锋非法利用军车号牌骗免过路费案的法律适用，原审与再审都值得反思。无论是根据法律文本的选择逻辑，还是根据法律方法的运用规范，都应该是适用“修七”定非法使用武装部队专用标志罪，而不是适用司法解释定诈骗罪。《刑法》第266条“法律另有规定的，依照规定”指明了普通诈骗罪与其他诈欺性犯罪的法律适用原则。司法解释“依照处罚较重的规定定罪处罚”违背《刑法》第12条的精神，因此也违背《刑法》第101条。 做到罪刑相适应，才是实现了刑法的正义。法官内心形成判决意见后，不妨进行法律文本、法律方法与法律哲学层面的反思，最大限度保证判决的正确与正义。“天价过路费案”的法律适用，从技术上讲，反映出运用法律技艺解决法律实务问题能力的欠缺；从价值上讲，反映出脱离社会、脱离常识、机械办案的危险。

【关键词】“天价过路费案”法律适用

我们曾经以为，只要在刑法典中规定了罪刑法定原则，并严格地按这一原则的要求写出足够清晰的法条，那么，刑事审判将成为一个简单的三段论推理过程。于是，一方面，刑法总则中规定“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”另一方面，刑法分则的条文急剧扩张，且出现了大量的叙明罪状立法例。“罪刑法定”的美好憧憬，似乎即将得到实现。然而，许霆案、梁丽案、邓玉娇案、时军锋案等等，却一次次提醒我们，罪刑法定原则的贯彻远不是我们过去想像的那么简单，刑法适用远不只是个三段论推理问题。本文将以曾经引起广泛关注的河南时军锋案为例，对刑法适用过程中如何处理法律文本、法律方法与法律哲学的问题进行探讨。

### 一、基本案情

2008年初，被告人时军锋经营河沙生意，为骗免高速公路通行费，先后找到武警某部干部李金良、张新田（均另案处理），并通过李金良取得了伪造的武警部队车辆号牌、武警部队车辆行驶证、驾驶证、士兵证及作废的武警部队派车单等物品。2008年5月4日至2009年1月1日，被告人时军锋使用上述假牌证及两辆“斯太尔”牌货车，经由郑尧高速部分路段运送河沙。运行过程中车辆多次被查扣，由李金良、张新田出面协调，使得两辆货车顺利通行。经会计师事务所审计：2008年5月4日至2009年1月1日，悬挂“WJ19-30055”、“WJ19-30056”号牌的两辆货车在郑尧高速公路通行共计2363次，骗免高速公路通行费（按核准装载量计算）计人民币492374.95元。 [②]本案诉讼过程相

① 周国文：法学博士，重庆大学法学院副教授。

② “时军锋、时建锋诈骗案一审宣判”，河南法院网 http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=123390，2012/7/2访问。

当复杂，媒体已有充分报道，兹不赘述。

## 二、裁判要旨

原一审法院平顶山中院认为，被告人目无国法，以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取河南中原高速公路股份有限公司免收其通行费，财物损失达 360 多万元，数额特别巨大，其行为符合诈骗罪的构成要件，已构成诈骗罪。被告人时建锋目无国法，以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取河南中原高速公路股份有限公司免收其通行费，财物损失达 360 多万元，数额特别巨大，其行为符合诈骗罪的构成要件，已构成诈骗罪。被告人虽认罪态度较好，但给被害人造成了 360 多万元的巨大损失，应依法严惩。遂根据被告人的犯罪事实、性质、情节和社会危害程度，依照刑法第 266 条，判处被告人无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处罚金 200 万元。[①]

作出再审判决的鲁山县法院认为，被告人时军锋、时建锋使用伪造的武警车辆号牌及伪造的士兵证、军车驾驶证、行驶证和作废的派车单运送河沙，骗免高速公路通行费，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。在共同犯罪中，被告人时军锋起主要作用，系主犯，应按照其所参与的全部犯罪处罚；被告人时建锋起次要作用，系从犯，依法应对其减轻处罚。被告人时军锋自动投案，如实供述自己的犯罪事实，系自首，依法可对其从轻处罚。 据此，以诈骗罪判处被告人时军锋有期徒刑七年，并处罚金 5 万元；判处时建锋有期徒刑二年六个月，并处罚金 1 万元。[②]

## 三、争议焦点

本案定性分歧很大。原一审法院平顶山中院依法释〔2002〕9 号司法解释（以下简称“9 号解释”）以诈骗罪判处被告人无期徒刑；再审法院鲁山县法院依“有关司法解释”，以诈骗罪判处被告人十年以下有期徒刑；有学者认为《刑法修正案（七）》（以下简称“修七”）有关规定已经事实上废止了“9 号解释”，法院不能依据废法定罪量刑，而应依新法定非法使用武装部队专用标志罪。也有人认为，本案行为事实上是非法使用军车牌照与诈骗的牵连犯，应按从一重处原则，以诈骗罪论处。 还有人提出，将骗免过路费定为诈骗罪，有选择性执法的问题：因为，对逃费行为的惩治，无论如何不应高于社会危害性更大的偷税。还有人认为本案行为不应认定为犯罪。

## 四、学理分析

### （一）法律文本选择

“所有的解释，都始于对法律条文的研究。”[③]我们的研究，自然从法律条文开始。本案基本事实可以简化为，非军用车辆非法使用军牌免交了巨额过路费。涉及这一行为定性的法律文本有四个。一是“9 号解释”第 3 条第 2 款：使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照刑法第 266 条的规定定罪处罚。二是刑法第 266 条：诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年

① “时建锋诈骗案判决书”，法律搜索网，http://www.flssw.com/caipanwenshu/info/34659385/ 2012/7/2 访问。

② “时军锋、时建锋诈骗案一审宣判”，河南法院网，http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=123390 2012/7/2 访问

③ [德]汉斯·海因里希·耶赛克 托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 196 页。

以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。三是刑法第375条第3款：伪造、盗窃、买卖或者非法提供、使用武装部队车辆号牌等专用标志，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。四是法释〔2011〕16号司法解释（以下简称“16号解释”） 第6条：实施刑法第375条规定的犯罪行为，同时又构成逃税、诈骗、冒充军人招摇撞骗等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。本案原审发生于“16号解释”出台之前，因此，那时可能适用的法律文本只有前三个。只是在再审之时，才有四个法律文本。

面对这些法律文本，到底应如何选择适用才是正确的呢？吴经熊先生曾经指出，“每一个特定的法律都有特定的时间度、空间度和与之相关的事实度。”[①] 要回答本案法律文本的适用问题，就应当考察上述四个法律文本特有的时间度、空间度和与之相关的事实度。

首先，“9号解释”的制定目的，是为依法惩治非法生产、买卖武装部队车辆号牌等犯罪活动。当时刑法并没有规定非法使用军队车辆号牌构成犯罪，因此解释规定，非法使用武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照刑法第266条的规定定罪处罚。可见，本解释第3条第2款，应该是适用于已经出现非法使用武装部队车辆号牌，骗免过路费，且数额较大的事实，而刑法又没有对非法使用武装部队车辆号牌进行规范的时间。

其次，2009年2月28日通过的刑法“修七”，在刑法第375条第2款后增加一款作为第3款，规定了非法使用武装部队车辆号牌属于非法使用武装部队专用标志罪。其立法理由，全国人大“关于《中华人民共和国刑法修正案（七）（草案）》的说明”明确指出，“刑法第375条第2款对非法生产、买卖武装部队制服、车辆号牌等专用标志的犯罪作了规定。中央军委法制局提出，近年来，盗窃、出租、非法使用军队车辆号牌的情况时有发生，扰乱社会管理秩序，损害军队形象和声誉，影响部队战备训练等工作的正常进行。对这类情节严重的行为，应当追究刑事责任。经同有关部门研究，建议在刑法第375条第2款中规定的犯罪行为中，增加盗窃、非法提供或使用武装部队车辆号牌等专用标志的情形。”[②]“据统计，自‘2004式’军车号牌换发以来，全军和武警部队被盗车辆号牌达数千副；假冒军车每年偷逃各种规费近10亿元。”[③]

这个说明表明两点。其一，在“修七”之前，刑法的确没有规范非法使用军队车辆号牌的行为；其二，从“修七”起，非法使用军队车辆号牌偷逃各种规费的行为由刑法第375条第3款进行规范。从法律的“时间度”来看，“9号解释” 第3条第2款有关非法使用军队号牌的犯罪活动的解释应该说走到了终点。

其三、刑法第266条规定了诈骗罪的定罪量刑。但众所周知，刑法关于诈骗犯罪的规定不止这一条，所以该条最后一句规定“本法另有规定的，依照规定。”不难理解，这句话的意思是，如果一个诈骗犯罪已经被第266条以外的其他条文规定了，那就要适用其他条文而不是第266条。这样的情况其实很多，比如合同诈骗罪、集资诈骗罪、贷款诈骗罪等，都是如此。这里有两点值得特别注意：一是，并不是所有的诈骗犯罪的罪

① 转引自王建：“超越东西方：法学家吴经熊”，《比较法研究》1998年第2期。
② 全国人民代表大会官网 http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfzt/xfq/2008-08/29/content_1447399.htm，2012/7/2访问。
③ “中央军委：非法使用军车号牌损害军队形象和声誉”，凤凰网，http://news.ifeng.com/mainland/200808/0825_17_745941.shtml，2012/7/2访问。

名中都有“诈骗”二字，比如，使用假币罪、生产、销售伪劣商品罪、招摇撞骗罪、虚假广告罪等；二是，并不是所有诈骗犯罪的犯罪客体都只是财产这种单一客体。事实上除了第 266 条以外，所有的诈骗犯罪的直接客体都不是财产。

据此，在“9 号解释”以后，“修七”以前，非法使用军队车辆号牌扰乱社会管理秩序幕，损害军队形象和声誉，影响部队战备训练等工作的正常进行，依“9 号解释”，应适用刑法第 266 条以诈骗罪定罪处刑。而“修七”以后，则一方面，因为“时间度”的关系，不应再以“9 号解释” 第 3 条第 2 款为依据，而应直接适用第 375 条第 3 款，以非法使用武装部队专用标志罪定罪处刑。另一方面，即便不承认“9 号解释” 第 3 条第 2 款因为“时间度”的关系而不得适用，那么根据该条款，应依刑法第 266 条定罪处刑，而第 266 条明确指出，法律另有规定的，依照规定，其结果，也还是要适用刑法第 375 条第 3 款。得出这一结论，并不需要特殊的法律思维，只需要根据法条之间的逻辑关系，运用基本的形式逻辑即可推出。所以，这是一个纯粹基于法律文本分析的结论。

一直以来，人们为了厘清第 266 条规定的诈骗罪，即所谓普通诈骗罪，与其他具有诈骗性质的犯罪之间的界线而大伤脑筋，制定出这样那样的判断标准种，却始终模棱两可不得要领，殊不知刑法条文早已规定得再清晰不过。只可惜这一规定长期为人所忽略或者曲解。所以，可以明确地说，处理具有诈骗性质的犯罪案件时，只要行为是第 266 条以外的其他条文“另有规定”的，就都“依照规定”，而不得按普通诈骗罪处理。[①]这是研究法律文本得出的明确结论。这一研究结论也启示我们，无论是法律实务还是法学研究，都应当以法，也就是法律文本为根本，为基础。准确地、完整地理解了法律文本，很多疑难问题也就迎刃而解了。

### （二）法律方法考察

“法有穷而情无限”。如果只会运用形式逻辑去僵硬地套用无限鲜活的事案，难免会得不出理想的结论。为了解决这些问题，刑法学家们发展出了各种各样的独特的法律方法。就本案处理而言，则涉及到处理竞合问题的牵连犯、想象竞合犯与法条竞合犯理论，也涉及到处理规范冲突的法律位阶理论。

1、竞合问题

牵连犯论者认为，本案行为人非法使用部队专用车辆号牌骗免巨额过路费，实际上实施了非法使用部队专用车辆号牌与骗免过路费两个行为，前者是手段行为，后者是目的行为品，是手段行为与目的行为的牵连。其中，手段行为触犯了非法使用武装部队专用标志罪，目的行为触犯了诈骗罪，对此，应按刑法上处理牵连犯的原则，从一重处，即适用刑法第 266 条，以诈骗罪定罪处刑。

本案是否应按牵连犯处理，首先需要认清非法使用假军牌免交过路费与诈骗过路费之间的关系。我们认为，本案所谓诈骗过路费的行为，也就是非法使用假军牌免交过路费的行为。非军用车辆悬挂军队专用号牌上路行使，从形式上看固然是非法使用武装部队专用标志的行为。但行为人对军牌实质意义上的使用，正是体现在免交过路费这一环节。只有在免交过路费等规费时，才能体现出军牌是“专用标志”，才能体现出这是一辆“特权车”。特权才是军牌作为专用标志的存在和表现形式。享受特权，才是在使用专用标志。也只有滥用特权，才会真正“扰乱社会管理秩序，影响部队形象和声誉，影响部队战备训练等工作的正常进行”。否则，非法使用军牌的社会危害性难以体现。

① 当然，关于这一点，学理上存有广泛争议。参见陈洪兵：“不必严格区分法条竞合与想象竞合——大竞合论之提倡”，《清华法学》2012 年第 1 期。

事实上，没有了免缴交通规费与相关税款的特权，军牌在和平时期作为专用标志的“专”与军车作为“特种车”的“特”，就很难体现也很难为人们所认识了。某种意义上讲，免缴交通规费是一般人非法使用军牌的唯一原因。所以，免费通行即使用军牌。非法使用假军牌免交过路费与诈骗过路费其实就是一个行为。

“禁止重复评价”是公认的刑法学信条，[①]如果在诈骗罪的虚构事实隐瞒真相要素中评价了非法使用军牌的行为，那么，非法使用武装部队专用标志罪中就没有了评价的行为。反过来，如果在非法使用武装部队专用标志罪中评价了使用军牌的行为，那么诈骗罪中就没有了虚构事实隐瞒真相的要素，只剩下逃费行为了。我国刑法规定了逃税行为是犯罪，但没有规定逃费行为是犯罪。所以，逃缴过路费作为犯罪处理就没有了法律根据。既然只是一个行为，那种认为非法使用假军牌与诈骗过路费属于手段行为与目的行为的牵连关系，应按处理牵连犯的原则从一重处，即以诈骗罪定罪处刑的主张，就站不住脚了。因为牵连犯是以数行为为前提的。

有论者认为，非法使用武装部队专用标志骗免巨额过路费属于想象竞合犯，即非法使用武装部队专用标志罪与诈骗罪的想象竞合，应按处理想象竞合犯的原则，从一重处，即以诈骗罪定罪处刑。

那么，非法使用假军牌与诈骗过路费是想象竞合关系吗？刑法中所谓想象竞合犯，是指行为人出于一个故意或者过失，实施了一个犯罪行为而触犯了数个罪名，而其中任何一个罪名都不能单独完全包容这一犯罪行为的情况。②本案行为人为免交过路费等规费，非法使用假军牌，触犯了非法使用武装部队专用标志罪与诈骗罪两个罪名，是否其中任何一个罪名都不能单独完全包容这一犯罪行为？显然不是，因为逻辑上讲，使用假军牌骗免过路费当然也是使用假军牌的行为，完全可以被非法使用武装部队专用标志罪包含。认为非法使用武装部队专用标志罪不包括使用专用标志牟利行为，正如主张使用假币罪不包括使用假币牟利的行为一样，是没有法律根据的。既然使用假币牟利只能定使用假币罪而不是定诈骗罪，那么非法使用武装部队专用标志牟利为什么要定诈骗罪呢？更何况，想象竞合犯的基本样态是，一个行为所造成的数个结果触犯数个罪名，[③]而本案是一行为只导致一个结果呢？因此，非法使用假军牌与诈骗过路费之间也不能成立想象竞合犯关系。

我们认为，非法使用军队车辆号牌骗免巨额过路费的行为，属于法条竞合犯。所谓法条竞合犯，是指同一行为因法条的错综规定，符合数个法条所规定的犯罪构成要件，这些构成要件之间具有逻辑上的从属或者交叉关系的情形。而从属关系的法条竞合包括独立竞合、包容竞合两种情形。本案即属于包容竞合。在包容竞合的情况下，两个法条之间具有整体法与部分法的从属关系。其中，整体法规定的是包容罪名，部分法规定的是被包容罪名。在包容竞合的两个罪名概念中，被包容罪名由于法律规定将其涵括在包容罪名中，因而使其在特定条件下丧失独立存在的意义，两者之间存在内涵的包含关系，这是一种逻辑上的吸收关系。当行为人实施某一犯罪行为，完全符合整体法规定的犯罪构成时，该行为的一部分也必然同时符合部分法规定的犯罪构成，从而形成法条竞合。

---

① 我国通说将禁止重复评价视为定罪与量刑原则（参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 115 页）。但也有论者主张，禁止重复评价只能是立法原则与量刑原则，而不是定罪原则。因此禁止重复评价原则不适用于罪数理论（参见黄福涛：“关于禁止重复评价原则”，华东司法研究网，http://www.sfyj.org/list.asp?unid=2799，2012/7/2 访问）。本文支持通说。

② 陈忠林主编：《刑法学》，法律出版社 2006 年版，第 216 页。

③ 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 608 页。

包容竞合的适用原则是整体法优于部分法。[①]在本案中，行为人非法使用军队车辆号牌骗免过路费时的行为，完全符合刑法第 375 条第 3 款规定的非法使用武装部队专用标志罪的犯罪构成，同时，行为人利用军牌骗免过路费作为这一非法使用军队车辆号牌行为不可分割的一部分，也符合诈骗罪的犯罪构成。因此，本案行为人的行为属于一行为符合数法条的包容关系的法条竞合。刑法第 375 条第 3 款显然是规范军队车辆号牌的整体法条，应当优先适用。否则，“修七”对第 375 条的修改，就几乎失去了意义。在司法实践中也就必然会被架空。因为“当前妨害武装部队标志性物品管理秩序的犯罪活动猖獗，手法不断翻新。突出的是利用标志性物品进行各种诈骗活动。”[②]

有人质疑，如果无论使用假军牌实施什么危害社会的行为都只定非法使用武装部队专用标志罪，那么利用假军牌运输毒品呢？故意用假军牌砸死人呢？其实，刑法中的使用，是指发挥事物的设计用途、功能。比如：使用假币，就是指将假币当真币用。真币的设计功能是作为等价交换物进行流通。如果将假币当做真币在人面前炫耀，勾引女孩子，这就不是刑法意义上的使用假币，因为真币的设计功能不是炫耀与勾引。军牌对于收费站而言，其设计功能正是为了免交过路费等种种特权，但真军牌并不具有使运输毒品正当化的设计功能，所以利用假军牌、真军牌运输毒品，照样是运输毒品罪，而不是使用军牌；真军牌也不具有招摇撞骗的设计功能，所以，使用军牌，无论真假，进行招摇撞骗仍然是招摇撞骗。砸人也当然不是军牌的设计功能。所以这些行为，都不是刑法意义上的“使用军牌”的犯罪。用假军牌冒充真军牌逃免过路费，如前所述，则正是发挥真军牌免交过路费的特权，是使用假军牌。同理，利用军牌享有的免交有关税款的特权，骗免相关税款的，也是使用军牌。这种行为，既不应该定诈骗罪，也不应该定逃税罪，而只能定非法使用武装部队专用标志罪。这一结论，也避免了依“9 号解释”和“16 号解释”所可能出现的，违反国家法律骗免税款最高只判 7 年，而违反部门规章骗免过路费却最高判无期徒刑的严重违背罪刑相适应这一刑法基本原则的所谓“选择性执法”的荒唐。特别是有资料显示，本案所涉收费公路很可能尚未通过国家的峻工验收，因而并不具有收取过路费的权利，其收费行为涉嫌违法，从而本案被告人也就没有了交纳过路费的义务，进而也就没有了以诈骗罪定罪的前提。[③]

2、规范冲突问题

本案的法律适用，正如前文所述，涉及到四个法律文本，前文已经从纯粹的形式逻辑角度，对这些文本的适用进行了分析。其实，除了形式逻辑外，这些法律文本的适用，还涉及到规范冲突问题。刑法上解决这些冲突的方法有从旧兼从轻、后法优于先法、上位法优于下位法等处理原则，或者说法律方法。

“修七”与“9 号解释”都规定了非法使用军牌的问题。如果本案的审判发生在“修七”生效之前，那么要将非法使用军牌的行为定罪处刑，只有按“9 号解释”，以诈骗罪论处。但事实却是本案原审在“修七”生效之后才进行。是适用“修七”还是适用“9 号解释”呢？

本案行为时为“修七”生效之前，审判时为“修七”生效之后。《刑法》第 12 条[④]以

① 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 309-408 页。

② “‘两高’出台司法解释 打击非法使用军车牌号等犯罪”，新华网 http://news.xinhuanet.com/legal/2011-07/26/c_121725112.htm，2012/7/3 访问。

③ “河南‘天价过路费’案律师今收到判决书 法院未回应‘高速未竣工先收费’”，人民网，http://legal.people.com.cn/GB/16663077.html，2012/7/2 访问。

④ 该条中的“本法”应指审判时法（参见陈忠林：“关于刑法时间效力的几个问题——刑法第 12 条的法理解释”，1998 年全国刑法学年会论文），即已经包含了“修七”内容的“本法”。

及关于如何适用该条的法释〔1997〕12 号司法解释，明确回答了该问题：就是从旧兼从轻。比较法定刑，按“修七”处理显然比按“9 号解释”处理要轻得多。更不用提“修七”相较“9 号解释”而言不仅是新法，而且也是上位法了。所以，无论“修七”的生效是否事实上废止了“9 号解释”（ “9 号解释”还表明了另一个重要问题。那就是，直到此次修法为止，《刑法》的确没有将非法使用军牌的行为规定为犯罪，所以从《立法法》角度来看，“9 号解释”有关非法使用军牌行为按诈骗罪定罪处刑的规定不是没有问题的），本案原审时都应当适用“修七”，以非法使用武装部队专用标志罪定罪处刑。如果不适用“修七”，就必须回答，为什么非法使用假军牌免交过路费不是非法使用武装部队专用标志，哪些行为才是非法使用武装部队专用标志。

问题是，本案在一审之后已经被检察院撤回起诉退回公安机关补充侦查，并于 2011 年 7 月 1 日重新移送审查起诉，而审查起诉期间，“16 号解释”出台了。那么，随后进行的再审，该如何适用法律呢？这实际上是要回答“修七”与“16 号解释”的关系。

“修七”与“16 号解释”，前者是上位法，而后者是新法，似乎都有优先适用的理由。但是，我们应该清楚，新法优于旧法，或者说后法优于先法，是以两个法属于相同位阶的法规范为前提的。“修七”属于全国人大常委会制定的法律，而“16 号解释”属于司法解释，二者显然不是相同位阶的法。因此，不能根据新法优于旧法或曰后法优于先法的方法来确定二者的适用顺序，而只能根据法的位阶关系，即上位法优于下位法的原则，确定优先适用“修七”。

其实，即便不比较“修七”与“16 号解释”的位阶关系，单从刑法总则的规定出发，也可以推出不得适用“16 号解释”的结论。 如前所述，刑法第 12 条确立了“从旧兼从轻”的规范冲突解决原则，这一原则的精神，就是从轻。刑法第 101 条则明确指出了总则各条的效力：本法总则适用于其他有刑罚规定的法律，但是其他法律有特别规定的除外。这就是说，除非其他法律特别规定了要从重，否则，就必须适用第 12 条的从轻原则。这里特别值得强调的是，只有法律才能作出特别规定。“16 号司法解释”显然不是法律，其有关“实施刑法第 375 条规定的犯罪行为，同时又构成逃税、诈骗、冒充军人招摇撞骗等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定，显然是与刑法第 12 条及第 101 条相冲突的。司法解释作为一种法律渊源的合法性本身尚且存在问题，[①]更不用说其内容还“违反上位法”。“16 号解释”有关“依照较重的规定定罪处罚”的内容当然无效。

不过相当令人疑惑的是，从判决下达后的法官释疑来看，本案再审的裁判根据，似

① 相关议论参见陈忠林主编：《刑法学》（上），法律出版社 2006 年版，第 26 页。最早规定最高人民法院司法解释权力的是 1979 年全国人大通过的《人民法院组织法》，此后，《组织法》的历次修改都保留了这一规定，2000 年全国人民代表大会通过的《立法法》明确规定了法律解释权归全国人大常委会后，司法解释权的问题被提了出来。2006 年 8 月 27 日全国人大常委会通过的《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 31 条侧面肯定了最高人民法院的司法解释权。全国人大大常委会于 2006 年 10 月 31 日颁布的最新修改的《人民法院组织法》第 32 条，再次保留了最高人民法院的司法解释权。据此，2007 年 3 月 23 日，最高人民法院出台了《关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12 号），明确规定“最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力”。不过，从该文第 27 条来看，最高法院并没要求人民法院必须以司法解释作为裁判依据。但是，一方面， 最近一次修改《组织法》的唯一目的是解决最高法院收回死刑核准权，事实上只修改了这一条。因此，与《立法法》相比，看似新法，实为旧法；另一方面，就立法目的而言，《立法法》是关于法律的立、改、释、废的专门法，《组织法》则不是；就立法主体而言，《立法法》由全国人民代表大会通过，而在《立法法》之后最先肯定司法解释权的《人大常委会监督法》则是由全国人大常委会通过，位阶上讲，《立法法》应高于《人大常委会监督法》；最后，《宪法》第 67 条规定解释法律是全国人大常委会的职权，却始终没有规定最高司法机关有法律解释权。

乎既不是“修七”，也不是“16 号解释”，而是“9 号解释”！① 严格说来，既然规定罪刑法定原则的刑法第 3 条说的是“依照法律定罪处刑”，如果真的坚持罪刑法定原则，又怎么可以依照司法解释定罪处刑呢？

### （三）法律哲学反思

本案之所以引得全国舆论哗然，实在是因为原审判决太过“离谱”。普通人既惊讶于八个月的过路费竟然高达 368 万余元的“天价”，而所获不过 20 余万元，又感叹于逃缴过路费居然也可以判到无期徒刑这样的重刑。有学者所指出，本案原判之所以荒唐是因为司法对常识产生了严重的偏离。在本案中，诈骗数额巨大之所以能够成立的前提是高速公路的暴利合法化。而暴利为不正当利益，自不应该受到法律的保护。原判审判机关对“诈骗”数字的关注远远超过了对被告主观善恶的关注。在该论者看来，无期徒刑的判决结果，显然违背了“刑罚关注的主要是行为而不是结果”这一常理。该论者进而认为，结合成本与收益等具体情形来看，被告行为也可以被看作是“被迫的犯罪”。由于“被迫的犯罪”在道德上极大地弱化了其应责性，因而也就决定了它不能作为刑罚的重点打击对象。因此，只有纠正司法对于常识的上述偏离，法律才能步出幼稚而进步。②

其实，法学先贤早有教诲：法律的生命向来不是逻辑，而是经验。③遗憾的是，由于对罪刑法定原则的不正确理解，无论是理论界还是实务界，都有人将罪刑法定原则的贯彻仅仅理解为对刑法分则条文作机械的逻辑推理，而不是对全部法律作体系性的完整的把握。许霆案的原审判决暴露出了这样的问题。④本案的原审判决，则说明几年过去了，这一问题依然没有很好解决。例如，本案原审判决认为，被告人“虽认罪态度较好，但给被害人造成了 360 多万元的巨大损失，应依法严惩。”尽管判决书中也提到“根据被告人时建锋的犯罪事实、性质、情节和社会危害程度”作出判决，但判决结果表明，合议庭显然没有真正理解或认真对待本案的事实、性质、情节和社会危害程度解，而是“机械办案”，“完全脱离常识、常规、常理，”“完全脱离国情、脱离民情，甚至脱离中国的实际，”“完全超出了一般公众的心理预期，结果引起全国上下轩然大波。”⑤

从许霆案到本案，一再出现的因为“坚守”罪刑法定原则而引发的挑战公众神经的判决，足以警醒我们：要破除对罪刑法定原则的非理性崇拜，记住了罪刑法定原则，也千万不要忘记了罪刑相适应原则。就刑法而言，正义是否实现，不在于是否坚持了罪刑法定，而在于是否实现了罪刑相适应。“罪刑法定原则只可能是一个形式主义的技术性

---

① 再审宣判后，对于“为什么对时军锋、时建锋定诈骗罪？”一问，法官实际上是明确地引用了“9 号解释”的规定进行回答：本案中时军锋、时建锋非法使用伪造的武警车牌照及伪造的士兵证、军车驾驶证、行驶证和作废的派车单运送河沙，骗免高速公路通行费数额巨大。根据最高人民法院有关司法解释，使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照刑法规定按诈骗罪处罚。因此，被告人时军锋、时建锋的行为均已构成诈骗罪（“时军锋、时建锋诈骗案一审宣判”，河南法院网，http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=123390，2012/7/2 访问）。

② 参见周安平：“‘天价过路费案’对法律常识的偏离“，《法学》2011 年第 3 期。

③ Oliver W. Holmes, The Common Law，Boston (1963).

④ 例如，即便在许霆案原审判决已经引起社会广泛质疑后，仍有多位著名律师认为，“许霆盗窃数额已经超过 10 万元，依法就只能判处无期以上徒刑。一审判决，于法有据。”判无期徒刑“完全有理有据”，“尽管许多人都认为量刑过重，但没人能从根本上否定法官的选择。实际上，法官无论是选择十年以上有期徒刑还是无期徒刑，都符合法律程序。”“法律就是法律，我们应该尊重现行的司法体系，保证法律的严肃性，不要动辄就对法官的判决结果予以否定。”参见“部分律师界政协委员：‘许霆案’定罪没问题”，腾讯网，http://news.qq.com/a/20080306/000766.htm，2012/7/4 访问。

⑤“河南高院院长谈天价过路费案、吕天喜抢劫等案件”，新华网，http://news.xinhuanet.com/legal/2012-03/04/c_122787942.htm，2012/7/4 访问。

原则”，[①]“法无明文规定不为罪这条原则毫无疑问不是正义的或者是自然法的一个要求，而是实证法的安定性要求，”“法的安定性不是法律必须实现的惟一的，决定性的价值，”“作为‘不正当法’ 的法律必须向正义让步”，是谓“超越法律的公正”。[②]在我们看来，真正值得作为最高原则对待的刑法基本原则，应该是罪刑相适应原则。罪刑相适应，要求刑罚与犯罪的客观危害、行为人的主观恶性、行为人的社会危险性相适应。要做到罪刑相适应，就要求以行为人的主观罪过（的内容及其实现程度）为刑事责任的根据（基础）和限度，以刑罚的公正为基础，以刑法（对一般公民和犯罪人）的引导教育功能为目的，兼顾刑罚的一般预防和特殊预防功能。[③]这个原则的基本思想，就是俗话说的“善有善报，恶有恶报”。这个原则直接与普通人的是非善恶观念相通，最符合普通人的正义观，最符合普通人的常识与良心，最符合人性。而法治，归根到底是常识、常理、常情之治，人性之治，良心之治。[④]一个刑事判决是否正确适用了法律，是否经得起历史的检验，就看它是否违背了常识、常理、常情，违背了人性，违背了良心。

作为法官，当内心已经形成判决意见之后，不妨像做数学题验根一样，对推导出的结果，从法律文本的选择逻辑，到法律方法的运用规范，再到法律哲学的检讨等几个方面进行反思。特别是在确信自己的逻辑正确之后，要思考判决结果是否明显违情背理，是否符合普通人的常识、常理与常情。总之，要进行法律哲学的检验。这是因为，刑事审判的目标是实现正义，而“法律哲学是探讨正义的学说。”[⑤] 必要的时候，“为实现立法者之意旨，并满足生活的需要，法官必须摆脱机械规则之束缚。其于用法之际，可谓系立法者之‘思想助手’，不仅应尊重法条之文字，抑亦应兼顾立法者之意旨。对立法者疏未顾及之处，仍应运用其智慧，自动审查有关各种利益，以谋平衡。”[⑥]当然，这并不意味着我们要将法律抛弃在一边，而去他处另寻正义。正如德国学者米滕茨魏所说的那样，不应该在一独立于实证法之外，另被构想出来的——“自然法”中寻找正义，只要实证法还算是正当的秩序，就只能在实证法内发现正义。[⑦]

## 五、结语

鲁山县人民检察院想尽办法将指控的犯罪数额从 368 万余元减为了 49 万余元，使得本案性质由数额特别巨大降格为数额巨大，为法院最终只判处 7 年有期徒刑这一既不突破逃税罪法定最高刑（7 年）、也不突破非法使用武装部队专用标志罪法定最高刑（7 年）的刑罚扫清了障碍，可谓匠心独运。我们不妨这样想，既然 7 年是各方都能接受的最高刑（我想，以后即便再有犯罪数额超过本案的类似案例，法院也不会量出 10 年以上刑罚，否则照样会引起社会热议），何不直接就以非法使用武装部队专用标志罪定罪，从而确保所有此类案件最高刑都不会超过 7 年，并彻底摆脱数额问题的困扰？

“天价过路费案”之所以引起广泛关注，无非是因为其原审判决结果严重违背了常识、常情、常理。而这一切，从法律文本的选择逻辑开始，就几乎已经注定。随后引起的定性之争，某种意义上讲，只是在为如何轻判行为人找法律与法理依据罢了。只有依

① 陈忠林：《刑法散得集（Ⅱ）》，重庆大学出版社 2012 年版，第 45 页。
② 参见[德]G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 215-236 页。
③ 陈忠林：《刑法散得集（Ⅱ）》，重庆大学出版社 2012 年版，第 71-77 页。
④ 陈忠林：《刑法散得集》，法律出版社 2003 年版，第 37-41 页。
⑤ [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 9 页。
⑥ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 87 页。
⑦ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 12 页。

照非法使用武装部队专用标志罪定罪处刑，才可能实现“修七”的修法目的，并确保此类案件，而不只是本案做到罪刑相适应。以诈骗罪处理本案的观点，经不住法律逻辑与生活常识的拷问。

“天价过路费案”的法律适用，从技术上讲，反映出部分法律人在运用法律技艺解决法律实务问题方面能力的欠缺；从价值上讲，反映出部分法律人脱离社会、脱离常识、机械办案的危险。

# 常识、常理、常情在刑事立法和司法过程中的运用

廖　瑜•、吴念胜•

【内容摘要】常识、常理、常情是一个社会普遍认同的基本经验、道理以及是非标准和行为准则的总和。刑事立法的过程是代表人民的立法机关将人民所认识到的“常识、常理、常情”通过立法程序转化为刑法规范的过程。刑事司法过程是司法者运用常识、常理、常情来解释刑法、适用刑法和检验刑事司法结论的过程。没有歪曲事实真相的民意是常识、常理、常情的体现，在某种程度上能够帮助司法者做出正确判断。

【关键词】常识；常理；常情；刑事立法；刑事司法；民意

近年来引起公众热议的许霆案、收购玉米案、天津老太气枪案、于欢案等案件最终的改判足以引起学界的深思。在这些案件中，为什么公众会对最初的判决产生异议，为什么司法者会接受公众的意见改变案件开始的判决结论？是简单的顺应民意，还是民意中所体现出来的常识、常理、常情使“训练有素”的法官放下专业化的判断，从民众的视角来重新审视这些案件从而最终实现定分止争之法律目的？本文致力于探讨常识、常理、常情在刑事立法和司法过程中所起的作用，以求证于刑法学界并希望对刑事司法有所裨益。

## 一、常识、常理、常情的概念

何为“常识、常理、常情”，陈忠林教授认为是指“为一个社会的普遍民众长期认同，并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则”[①]。“这里的‘常’字有三个基本的含义:一是‘普通（common）’，即为广大民众所普遍认同；一是‘基本（general）’,即是指导人们行为的基本准则;一是‘（相对）稳定（permanent 或者 stable）’,即已经经过广大民众长期实践的检验。为每个人规范自己日常生活的基本行为规则和用以判断是非善恶的最基本的标准……”。[②]江国华教授认为，常识的要义有三个：一是常识可以理解为“一种特定的认知能力和知识形态”。二是常识与常情、常理密切相关，违忤常识，必拂逆常情、常理。三乃常识与生活有关，它涉及人类生活的方方面面。[③]笔者基本同意两位学者的观点，但需要明确的是江国华教授认为常识具备认知能力和知识形态的特定性并不全面，因为常识的内容确实具有确定性，而在所被认同的范围方面却应具有代表社会的广泛性。笔者在此处主要参考陈忠林教授的看法，认为常识、常理、常情是一个社会普遍认同的基本经验、道理以及是非标准和行为准则的总和。

• 廖瑜，女，四川自贡人，法学博士，西南民族大学法学院副教授、硕士生导师，主要研究方向为刑法学。
• 吴念胜，男，四川开县人，法学博士，四川汇韬律师事务所高级合伙人，主要研究方向为刑法学。
① 陈忠林：“‘常识、常理、常情’：一种法治观与法学教育观”，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。
② 陈忠林：“德主刑辅构建‘和谐社会’”，载《法学杂志》2007 年第 1 期，第 15 页。
③ 参见江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活・读书・新知三联书店 2017 年版，第 174-175 页。

## 二、常识、常理、常情在刑事立法过程中的运用

司法源于立法，我们先来审视一下刑事立法过程。刑事立法过程实际上是将现实中存在的事实和情节进行归纳和类型化的过程。面对纷繁芜杂的情节，刑事立法者要做的是将其分门别类地归纳概括。刑法条文实际上就是对现实中发生的各种各样事实因素的概括、总结和归纳在规范意义上的体现。那立法者在进行这样的概括、归纳和总结的过程中应该依据何种原则呢？我国刑法第 1 条开宗明义地规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法”。本条说明制定刑法的目的是为了“保护人民”，而制定刑法的法律依据是“宪法”。这与我国宪法第 5 条第 3 款有关“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”的规定是一致的。宪法第 2 条规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”。第 3 条第 2 款规定：“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督”。第 62 条规定全国人民代表大会行使的职权中包含“制定和修改刑事、民事、国家机构和其他的基本法律”。《中国人民共和国立法法》第 5 条规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动”。这些条文表述和法律规定表明，代表人民行使立法权的立法机关，即全国人民代表大会在经过归纳、总结和概括现实生活中的情节、使之类型化为刑法条文之后，其所制定出来的刑法内容应当体现出人民的意志，否则就没有做到对人民负责，也就违反了立法法、刑法并且在根本上违反了宪法。而‘常识’、‘常理’、‘常情’既是人民意志最基本的体现，也是人民根本利益最起码的要求。[①]因此，“人民意志”的具体内容就是“常识、常理、常情”，刑事立法的过程就是代表人民的立法机关将人民所认识到的“常识、常理、常情”通过立法程序转化为刑法规范的过程。比如人们知道“拿刀对着他人，要求对方交出财物的行为乃抢劫”是常识，而“知道这种行为是不对的”是常理，“应该受到谴责和处罚”是常情，立法者把这三者通过立法程序、用法律语言将其转化为刑法第 263 条抢劫罪的规定。有学者也指出，“通过理性认识，一些被公众所认知的概念、范畴，如行为、结果、故意、过失、预备、中止等，可以明确地在刑法规范中体现”。[②]

## 二、常识、常理、常情在刑事司法过程中的运用

与立法过程相对而言，司法的过程是逆向地将法律规定运用到真实案件、将法律规定演绎和具体化的过程。如果说在刑事立法过程中，立法者要时时将常识、常理、常情切记于心，并将这三者通过立法程序体现在刑法规范中，那么刑事司法的过程中，司法者要秉持着用常识、常理、常情来解释刑法、适用刑法和检验刑事司法结论就是当然之义了。因为刑法典即常识、常理、常情的规范性表达，如果不这样司法，“法律应该是人民意志的体现”将成为一纸空文，“保护人民”的刑事立法和司法目的也最终会成为没有基础和根基的空中楼阁。

就此意义而言，英美法系的陪审团制度，即由代表社区的社会公众根据本社区的价值观念来决定行为是否成立犯罪的做法是可取的。绕有趣味的是，陪审团效率低下的论调贯穿了 20 世纪的始终。这一论调最热衷的倡导者一直就是法官。法官杰罗姆·弗兰

① 陈忠林：“德主刑辅构建‘和谐社会’”，载《法学杂志》2007 年第 1 期，第 15 页。
② 汪明亮：《多维视野中的定罪量刑问题》，法律出版社 2006 年版，第 29 页。

克说：“很难想象一个比陪审团更容易大道不确定、反复无常、前后不一、不顾先例—全然不可预测的机构。”[①]另外，还有人指出陪审团审判有“其弱点和被滥用的潜在危险”，“长久以来，在有关司法运作的著书立说者中所进行的争论：允许未经训练的外行在民事和刑事诉讼中确定各种事实，这样做是否明智……争论的核心是明示或暗示地主张：陪审员没有能力充分理解证据或者确定事实问题，因而他们是不可预测的堂吉诃德般狂热而充满奇思怪想的人，接受他们的审判比一场赌博冒险好不了多少”。[②]既然有如此垢病，为何陪审团审判还做为美国公民的宪法性权利[③]一直保持并延续至今呢？原因是“无论陪审团有怎样的缺点，它确实服务于这样的目的：解脱了国王的法官决定有罪或无罪以及民事责任的义务。在此过程中，陪审团将权威的核心从国王转到臣民，从一人之治转到多人之治，并最终转为法治，尽管这还不是完全的现实。同样，个人良知和对社会共同体正义感的体认，对于陪审团在法律中的作用也是至关重要的”[④]。

我国刑事司法没有实行陪审团审判，在现有的体制下，人民陪审制应该发挥更大的作用，作为社会正义捍卫者的法官更应从社会价值的角度，以社会公认的“常识、常理、常情”来适用法律，实现正确的定罪和量刑。因为“我们人民法院定罪量刑的过程，应该是一个和人民群众，包括刑事被告人，将心比心、以心换心的过程”；更是基于“我们的法律是人民的法律，绝不应该对其做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释”。[⑤]另有学者指出，法院判决是一种专业判断，但这种专业判断只有在获得最低的社会认同的条件下，才有可能达成法院作出这种判断的基本目的。从这个意义上说，社会的认同感或者社会的满意度，构成了社会正义的低度基准。为了做到这一点，法院判决应当不违背普遍的生活常识、应不违忤公序良俗、不应拂逆生活情理。[⑥]据此，法官根据人民的意志判案实际上就是根据人们所普遍认同的常识、常理和常情来判案。“法官所擅长的逻辑，未必总是与杂乱无章的社会丝丝入扣，专于法律判断之法官对于事实的判断未必总比普通人更为在行；所以，当法官必须作出裁判之时，不妨审慎推测社会对其判决所可能有的反应或反响。流动的民意通常渗透于生活情理之中，倘若我们因为阅历等原因对生活情理缺乏足够的把握，不妨考察一下民意之流向。民意流向之处，尽管未必就是正义藏匿之处，但正义离此一定不会太远，或许就在附近”。[⑦]

在司法过程中，还存在着对常识、常理和常情认识的主观性和客观性问题。认识的主观性意味着认识要受作为司法者的认识主体经历、经验以及智识的影响而使得客观存在的常识、常理、常情带上主体的主观色彩。认识的主观性意味着作为司法者的认识主体可能无法接近甚至完全背离客观存在的常识、常理和常情，解决之道是使自己的认识标准符合民众的标准。本文开始所提出的许霆案、收购玉米案、天津老太气枪案、于欢案等案件中，正是以民意形式体现出来的常识、常理、常情最终使得司法者重新审视自己对于这些案件在最开初所作出的结论，即时作出调整，做出了更加符合事实和法律、

① [美]博西格诺(John J. Bonsignore)等：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版，第 637 页。
② [美]博西格诺(John J. Bonsignore)等：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版，第 585 页。
③ 美国宪法第三条第二款第（三）项规定：除弹劾案外，所有犯罪皆由陪审团审判；美国宪法第六修正案规定：在所有的刑事诉讼中，被指控者享有由犯罪行为发生地的州和地区的、不偏不倚的陪审团予以迅速而公开的审判的权利，该地区应事先由法律确定。甚至对民事案件只要达到一定标点的，也赋予被告经由陪审团审判的权利，宪法第七修正案规定：在普通法的诉讼中，争执价值超过 20 元者，由陪审团审判的权利应予保护，并且，由陪审团裁决的事实，美利坚合众国的任何法院，除非按照普通法规则，不得重新审查。
④ [美]博西格诺(John J. Bonsignore)等：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版，第 577 页。
⑤ 陈忠林：“‘常识、常理、常情’：一种法治观与法学教育观”，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。
⑥ 江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活·读书·新知三联书店 2017 年版，第 151-152 页。
⑦ 江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活·读书·新知三联书店 2017 年版，第 152-153 页。

更加符合公众预期的结论的。“法律源于生活，司法的过程不是要抽空法律中之‘情理’，而是要将法律还原于生活，并融于情理之中，所以‘合乎情理’构成实践主义司法的基本目标。”[①]没有歪曲事实真相的民意确实在某种程度上能够帮助法官做出正确判断。正如大法官卡多佐所言：“法院的标准必须是一种客观的标准。在这些问题上，真正作数的并不是那些我认识是正确的东西，而是那些我有理由认为其它有正常智力和良心的人都可能会合乎情理地认为是正确的东西”。[②]陈忠林教授也同样指出“如果在办案子时，你都认真用自己的良心掂一下：这个案子是否真的应该像你认为那样处理？在撇开你自己的利益之后，如果你每次扪心自问，得到的答案都是：这个案件的处理没有问题。那么，就基本上可以保证在你手里不会有错案发生”。[③]

## 参考文献


1. 江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活·读书·新知三联书店 2017 年版。

2. [美]博西格诺(John J. Bonsignore)等：《法律之门》（第 8 版），邓子滨译，华夏出版社 2007 年版。

3. [美]本杰明•卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版。

4. 汪明亮：《多维视野中的定罪量刑问题》，法律出版社 2006 年版。

5. 陈忠林：“德主刑辅构建‘和谐社会’”，载《法学杂志》2007 年第 1 期。

6. 陈忠林：“‘常识、常理、常情’：一种法治观与法学教育观”，载《太平洋学报》2007 年第 6 期。


① 江国华：《常识与理性：走向实践主义的司法哲学》，生活·读书·新知三联书店 2017 年版，第 2 页。

② [美]本杰明•卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 54 页。

③ 陈忠林：“‘常识、常理、常情’：一种法治观与法学教育观”，载《太平洋学报》2007 年第 6 期，第 16 页。

# 刑事立法“实证化”的思路与方法

陈　伟、蔡　荣

【内容摘要】增强刑事立法的实证基础是论证刑事立法正当性并增强刑事立法公信力的前提，对刑事立法实证基础的长期忽视是对刑事立法对象客观实体的误读。仅靠立法者主观臆断的立法决策难以与刑事立法的客观性需求相统一，立法资源的节约与实证分析能力的不足也不应当成为拒绝实证基础的实质性理由，也易被舆论所误导而将刑事立法引入歧途。因此，我们应当重视刑事立法的实证基础，通过加大资源投入、建立常态化的实证考察工作机制和完善具体实证方法以真正落实刑事立法中的实证化。增强刑事立法的实证基础，为立法决策提供真实且客观的事实依据，从而得出有说服力的立法成果，避免仅依靠立法者的“直觉”或舆论导向而带来的刑事立法的非理性与被动。

【关键词】刑事立法　实证分析　立法决策　立法方法

实证方法在当前的刑法立法活动中被冷落，如何理性看待实证分析问题，涉及到刑法立法方法论自身的体系完善与具体认识。更或在某种意义上而言，实证化的最终实现是刑法立法成果科学性最为关键的一环。在笔者看来，在实证主义法学派语境下对刑事立法科学性的实现走到如今，已经不是对实证分析方法本身肯定抑或接纳的问题，而是应当如何在刑事立法中具体实现的问题。原因在于，无论从理论发展还是实践可行性而言，摒弃实证基础或者刻意忽略实证分析的做法已经难以自圆，也无法对刑事科学立法进行妥善的指导和贯彻。基于此，在正视刑事立法实证基础的前提下，探讨实证分析在刑事立法活动中的可能性与具体运行等问题，以增强立法说理的说服力。

## 一、问题的提出：刑法立法的实证基础被忽视的现实

在刑事立法方法的选择上，究竟采用何种操作方法，存在不同的认识。马克思认为：“立法者不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他用有意识的实在法把精神规律的内在关系表现出来。”[①]因此，刑法立法活动并非主观臆断，而应当具有相当的客观事实基础。应关注隐藏在刑法规范背后引起其变化的动因，依托刑法所处的社会场域，为科学的刑法立法寻找客观、准确、合理的事实根据。梁根林教授认为：“刑法的修订并不是无目的抽象思辨或者纯粹“先验性”逻辑分析的产物，从刑法的渊源来看，刑法是一个社会文化规范的历史积淀，是社会既有行为习惯、经验意识、司法传统的总结。”[②]基于此认识，“立法过程就是一个认识深化的过程，一个好的法律规范是正确认识客观现实和大量增加知识分析的结果。”[③]立法人员根据现有的犯罪发展规律和自身经验，推估某一具有社会危害性行为的严重程度，并据此赋予其相应的刑罚量将其纳入犯罪圈之中、或者预计其不再具有社会危害性而将其排除在犯罪圈之外抑或根据处罚的必要程度设立或删改罪名。

---

① [德]卡尔·马克思：《马克思恩格斯全集》(第1卷)，人民出版社2001年版，第183页。
②梁根林：《刑法方法论》，北京大学出版社2006年版，第126页。
③于兆波：《立法决策论》，北京大学出版社2005年版，第160页。

事实上，立法者已经开始采用实证分析方法对立法的实施效果进行评估，以检验立法成效，同时发现新罪名或者新制度实施过程中存在的问题，为下一次地立法活动提供参考。例如，《刑法修正案（八）》对限制减刑的立法调研就反映出对事实的尊重，也使得人们对这样的刑法修改可信度大大增加。在立法调研中了解到，全国监狱系统释放的原判死缓犯中，平均服刑期限为 16 年零 2 个月，被假释的原判死缓犯平均服刑期限为 15 年零 9 个月；全国监狱系统原判无期徒刑犯罪中，平均服刑期限为 14 年 9 个月，被假释的原判无期徒刑罪犯平均服刑期限为 13 年 10 个月；从以上统计数据可以看出，原判死缓的罪犯与原判无期徒刑的罪犯的平均服刑期限相差不到两年；再则，据有关部门统计，各地报请核准死刑的案件中，被告人年龄在 18—30 周岁的约占总数的 50%，这意味着一个死缓犯在 40 岁左右就可复归社会，而这会给广大群众带来巨大的不安全感和恐惧感，对社会治安造成沉重压力，而有对死缓犯严格限制减刑的必要。[①]正是基于以上对死缓犯执行现状的实证结论，为死缓限制减刑的立法修改的决策提供了值得信赖的事实根据，同时也改变了人们仅依靠直觉判断所产生的对死刑判决威慑力的错误感知。

如上文所述，提供判断的事实根据在刑事立法活动中正逐步得到相应的重视，其研究成果也逐渐丰富。但从技术运用的技术层面而言，由于缺乏对社会研究方法的系统训练和实践探索，导致我们在进行立法的过程中，往往只是对事实基础进行价值判断上的抽象表述，而欠缺具有说服力的证明素材。比如，全国人大法工委官方出具的立法说明则对醉驾入刑的理由是：“……违法驾驶行为导致的交通事故频发，特别是醉驾驾驶和飙车行为，因其具有高度危险性和极易造成交通事故…以加大对这类行为的打击力度…将其写入刑法。”[②]立法者在最初的立法说明中，模糊和主观性的立法说理让人对立法决策的正确性和可靠性不无怀疑，而使得被事实证明有效且正确的立法修订在出台之初被批判和指摘。总之，为刑事立法决策找寻实证的事实依据已经成为实现科学立法的重要前提，缺乏实证的事实描述使其在相当程度上饱受证“证明力”不足的质疑。基于此情形，在刑事法治建设逐步完善，在实证研究日益得以重视的当下，刑事立法的实证化理应被提倡，并且应当将实证分析推而广之成为主流的刑事立法方法。

## 二、非实证的经验判断可能造成刑事立法事实基础的偏差

实证判断是对刑事立法所处的社会现实的揭示，“所谓法律实证分析，是指按照一定的程序规 范对一切可以标准化处理的法律信息进行经验研究、量化分析的研究方法。”[③]笔者认为，对刑事立法相关事实信息素材的实证分析是对赖以进行立法活动的客观现实全面且真实地呈现，如果不从经过实证的事实层面进行分析和把握，刑事立法将变成“空中楼阁”。其内在原因是，刑法规范不过是对社会中的犯罪活动进行的法律界定，犯罪与刑罚也只是社会中具有严重社会危害性行为的规范移置，如果在刑事立法活动中，不确定法律与社会间的实际关联并构建相应的解释性框架，那么，我们所得出的立法成果必然因为失去社会因素的考量或是对社会因素认识的不全面而失去应有的现实支撑。

毋庸置疑，尽管非实证的主观经验的判断表面上能够大体地实现对刑事立法决策事实基础的辨认，但它实际上可能是对刑事立法所依据的客观现实最大误读。原因在于，

①黄太云：《刑法修正案解读全编》，人民法院出版社，2015 年版，第 56 页。

②全国人大法治工作委员会刑法室：《中华人民共和国刑法修正案（八）条文说明、立法理由及相关规定》，北京：北京大学出版社 2011 年版，第 77 页。

③白建军：“论法律实证分析”，《中国法学》2000 年第 4 期。

犯罪是社会行为中最极端的行为表现，反映在某一影响性事件中的恶劣手段和危害后果很可能吸引和聚焦人们的视线并受朴素道德观念影响，人们容易盲目地提出入罪呼吁或重刑诉求。但立法者应当保持理性，其所进行的立法活动需建立在对新出现的具有相当社会危害行为的实证分析和评判的基础之上。与之相反，忽略或者无视对犯罪现象内在本质特征的挖掘，立法者对刑事立法活动的开展就丧失客观基础和评判对象，对具体的立法活动中就难以客观真实，公正合理的立法修订就永远都无法实现。

对刑事立法赖以存在事实基础的实证分析，强调的是对行为现象内在本质特征的挖掘，即新出现的具有相当社会危害性行为之于刑法规范而言规制的必要性和有效性，它不能仅因立法者主体性判断或受舆论引导而被随意的认定或排除。对刑事立法成果的批判与认可同现实立法效果之间的反差说明对立法事实根据科学把握的必要，这是所有刑事立法研究的基础和依托。然而缺乏实证性的主观认知，过分相信“眼见为实”，以为我们所看到的就是事物的全貌，其实是思辨性研究的思维惯式，在以事实根据为基础的刑事立法活动中，理应更加依靠实证性的分析结论佐证立法建议的合理性和可行性。

## 三、单纯依赖立法者专业知识与理性认知不具充分性

认可刑事立法所依赖的事实基础可以不经实证判断而成为立法依据的学者，明显强调的是立法者的经验判断在刑事立法中的重要作用。立法的专业化使得立法实践具有自身的运作模式、学术话语、独特体系与思维方式，毫无疑问，在当前的立法活动中，立法自身的专业素养与实践经验至关重要，尤其是随着立法科学化、大众化和民主化的发展，不仅对立法者的专业素质与技术要求日益严格，而且对立法说理的充分详实与逻辑合理也提出了更高的要求。

刑事立法的决策过程，就是为某类行为寻求犯罪化或非犯罪化正当性的过程。无论是犯罪圈的划定、入罪门槛的设立抑或是刑罚的配置，刑事立法活动的任一过程都是由人所支配的。可以说，任何把刑事立法定位于“立法者的立法”都注定是错误的理解。立法决策过程中，“只有当立法机关在进行重大及塑造性的干预之前，得以根据经验调查的数据已经洞悉了社会现实的图景，如此才能使法律得到恰如其分的续造。”[①]刑法规范产生时的法律状况，以及刑法应发生作用的社会情境，这是科学制定刑法规范所必须具备的信息储备以及决策依据。“法律的源泉……是生活的需求匮乏以及实际的悟性，这种悟性追寻着必要的目的和合适的手段。”[②]对信息的获取使得立法者需要进行实证调研。就此而言，科学的立法决策应建立在充分的立法调研的基础之上。其实，我国的刑事立法早就在践行这样的立法理念。在立法实践中，会倾听各方参与群体与专家的意见，设置由具有不同立法相关知识背景的专业人员组成起草小组，发布法律草案提供公开讨论，公开收集立法建议并酌情采纳。

必须承认，无论我们对立法事实的认知过程如何把握，缺乏实证的感性判断都不可能永远准确，而且全凭立法者个体的经验性判断可能因过于急切或草率而偏离了正确的轨道。现行立法研究中更加注重刑法理论上的逻辑自洽并以此为研究的基本思路和出发点，缺乏对事实的观察。对立法活动进行理论批判的结论同社会现实的立法需求相背离。这就体现出单纯的理论研究局限性，明显忽视了在社会转型时期，刑事立法应当更加积极参与社会治理的功能转型。我们呼吁，刑事立法研究应当更加注重其社会科学属性，赋予实证研究方法同理论研究方法同等重要地位。其中最关键一步就是在法学研究中鼓

①[德]托马斯·莱赛尔：《法社会学基本问题》，王亚非译，法律出版社 2014 年版，第 175 页。
②[德]耶林：《法学是一门科学吗？》，李君韬译，法律出版社 2010 年版，第 63 页。

励进行实证研究，通过实证分析理念的观贯彻和实证分析能力的培养来建立刑事立法研究甚至是法学研究的实证分析的基础。只有这样，我们才能保证刑事立法论证具有充分的事实依据和评基础，为刑事立法活动的现实展开提供可真实可靠的指导，最终引导刑事立法朝着科学立法的方向大步向前。

## 四、实践操作的困难不是否定实证分析的实质理由

对立法的事实依据进行实证考察绝非易事。问题在于，我们能否在于因为在刑事立法的活动中存在诸多困难，就以此作为否定刑法立法实证化的实质性理由呢？答案显然是否定的。显见的是，由于在立法活动中进行有效实证的困难程度，在现有的立法环境中全面铺开并非易事。如果坚持刑事立法的实证化和社会化，其遭受最大的难题可能是实证研究在结构性和技术性方面所面临的挑战。对此，笔者认为，这一难题实际上在刑事立法领域能够得到最有效的化解。针对这一问题，笔者拟从实证研究的人才匮乏、数据采集有效性、配套资源短缺三个方面进行必要的分析和说明。

第一，就人才匮乏而言，存在两个方面的问题，即技术性人才非专业化以及专业化人才技能缺乏。笔者认为，这两个问题是可以说是在法学领域进行实证研究人才短缺问题的一体两面。在近年诸篇考察我国法学实证研究水平的文章中，人才短缺都被认为是阻碍实证研究发展的结构性挑战。然而，上述困难是在以学者个人或者较小型的研究团队而言，在刑事立法活动中，这里的“人才匮乏”会变成“人才选拔”。其一，国家层面的立法机构的人才资源具有广泛性和伸缩性。即使在全国范围内，即懂刑法专业知识又能够熟练运用实证研究方法的人才不多。但在以人大为主导的立法体制机制下，尤其是刑事立法，能够组织协调不同立法参与主体在不同立法环节中的职责与功能。[①]能够充分调动和培养全国范围内的专业人才和技术人才参与刑事立法活动中的实证考察工作；其二，在法学研究领域，实证研究已经形成了一个“相对较大的知识市场”。[②]研究群体在不断壮大，专业知识与研究技能相结合的复合型人才增多，完全能够满足刑事立法的人才需求；其三，立法机关通过项目选拔或委托“第三方”机构进行立法调研不失为一种创新举措，既能保证刑事立法实证基础的专业性，又能保持中立性，增加立法决策的公信力。尽管刑法立法权宪法赋予立法机关一项及其重要的国家权力，具有专属性，但这并不等同于从立项调研到表决通过所有事项都必须要由立法者独立完成。立法调研、起草、论证等环节，完全可以委托给具备条件的第三方机构进行。对个别理论性强、专业性高的立法项目，委托调研更能够增强立法的科学性、逻辑性。[③]笔者相信，只要我们以“协调组织、专事专任”的思想具体引导立法活动中实证调研和实证分析的人才调配，必将为增强刑事立法的实证基础提供充分的人才保障。

第二，在数据采集上，未来的刑事立法的实证化必将围绕犯罪化在行为的具体危害程度、现有法律的治理效果、刑罚的有效性以及犯罪化可能带来的积极或消极的影响等方面为立法活动提供决策依据。具体到各项实证数据的收集过程中，相关数据收集的不真实、不充分以及难以避免的系统性偏差等，都可能导致数据分析的困难以及分析结论的谬误。而且，根据马克斯·韦伯的“价值关联”理论，对社会事实的认识离不开研究对象特定的文化背景或价值体系，并与研究者的知识结构和价值取向紧密相连，因而，

①参见刘松山：“人大主导立法的几个重要问题”，《政治与法律》2018 年第 2 期。
②程金华：“当代中国的法律实证研究”，《中国法学》2015 年第 6 期。
③参见张春生：《立法实务操作问答》，中国法制出版社 2016 年版，第 79 页。

在社会科学研究中不存在 “纯粹的客观性”。[①]但是，在数据分析固有缺陷之上，我们更应当看到数据分析积极的一面。其一，以全国人大为主导的刑事立法，取得各有关部门在数据获取方面的积极配合，借助近年来快速发展的“大数据”应用，能够最大程度地克服数据的不真实与不充分；其二，立法者对数据分析的借助同样有限，只是将其作为说明工具，尽量防止将明显不具有相当社会危害性又可能被经验所误导的行为犯罪化。

第三，在资源配套上，相较于非可再生性的自然资源，刑事立法活动中动用的更多是“社会资源”。即“可调度、可流转、可协调、可重复性使用的人力与物力资源”。[②]因此，相较于“高投入、低收益”的成为限制法学领域中实证研究发展的瓶颈。刑事立法领域的实证化是针对已表现出具有危害性的行为是否应当犯罪化，对已经造成社会危害并可能非刑罚处罚不能抑制的行为是否也要限制立法资源的投入呢？作为“国之公器”刑法的制定或修改是应当被慎重对待的事情，“哪怕是补充修改都需要在极其严肃、认真和慎重之中进行。”[③]把刑法的制定和修改仅仅交给立法者的“直觉”，让刑法与社会相脱节，这样立法资源必然得到极大的“节俭”。然而，谁又能保证这样的立法的科学性呢？这样的“省事儿”会不会适得其反，导致事后花费成倍的投入修改“盲目”的立法呢？还不算上因立法的不协调和“过罪化”可能在适用过程中对社会造成的消极影响。因此，保障刑法实证调研的资源投入是有必要的。

## 五、实证基础的虚置将舆论导向下的刑事立法引入歧途

刑法立法应立足于对现实社会问题的考量，而不是观念上价值理性的构想，追求发挥刑法立法的社会功能，注重对社会问题的积极回应。刑法作为最严厉的法律，关涉公民最核心、最切身的利益，正因如此，基于民主立法的政治实现，立法者也应当积极回应民众对刑法的立法需求。民意成为影响刑事立法的一个重要因素。由于“民意－公共事件（刑事案件）—媒体－立法”的发展路径使得媒体占据了信息交流的中心地位，媒体成为民意的传话筒。媒体报道与民众舆论成为影响立法者决策的重要因素，近年来的“恶意欠薪入刑”、“收受礼金入刑”、“非法放贷入刑”、“‘精日’行为入刑”等等立法现象和新增罪名提案的出现，反映出民众关注和媒体报道成为一种立法发动事由并极有可能转化为立法现实。但在民意表达和民意采纳两个环节缺乏科学合理的甄别机制，可能会导致立法对民意的回应显得过于盲目和急促。

在笔者看来，这种“回应型”的刑事立法模式从表面上是对民主立法的积极附和，实质上一种立法者“懒惰”的表现。“回应型”立法模式宣称的实现刑事立法“效率价值”的主张，在相当程度是支持公民积极参与刑事立法过程的，因而这为舆论影响刑事立法提供了可能。但是，公民参与的现实情况却极有可能与科学立法的定位与目的实现相背离。原因在于，缺乏公民参与刑事立法的制度基础与采纳公民意见的认定标准，单纯依靠立法人员依据主观经验与个人直觉的感性判断，受舆论影响下的民意表达必然存在较大的偏激，致使民意表达很难保证其所反映行为事实的客观性，进而导致刑事立法的科学性大打折扣。“立法机关应对公民对刑事法效率价值的关注进行合理的引导，并对立法中对可能出现的单纯追求效率价值的现象予以调整和限制。”[④]从严格意义上而

①参见雷鑫洪：“方法演进视野下的中国法律实证研究”，《法学研究》2017 年第 4 期。
②陈伟：“认真对待认识危险性评估”，《比较法研究》2014 年第 5 期。
③杨兴培：“公器乃当公认，神器更当持重——刑法修正方式的慎思与评价”，《法学》2011 年第 4 期。
④阴建峰：《刑事立法过程中公民参与问题研究》，北京：法律出版社 2017 年版，第 64 页。

言，在刑事立法中接纳民意并回应民意也同样是刑事立法的正当性根据之一，然而，易受媒体和舆论所左右的民意难以保证其在刑事立法中被合理引导，表达的立法诉求难言客观性和真实性，即使二者可能存在某些暗合之处，但探寻刑事立法所针对的客观现实，并理性应对民意的反应才能充分实现良法善治。

因此，即使具有效率价值和问题导向的“回应型”立法确有可取之处，在我们不能保证其确实客观真实地反映了相关行为的社会危害性和刑罚必要性的情况下，单纯依靠热点事件和热点问题作为刑事立法启动的正当性根据的做法应当谨慎。可以说，坚持不经实证分析就能了解立法修正对象的见解，它过分夸大了刑事立法人员的主观作用，也同时过分夸大了民意反应的真实性，而过分低估了刑事立法实证基础的重要价值，致使我们“压力型”立法中越陷越深。刑事立法不是单纯的根据舆论和媒体就能轻易地掌握犯罪事实，更不是结合立法者的经验判断就能准确获悉的。寄望于通过媒体和舆论来掌握立法对象的真实情况的做法注定是失败的。如果我们把刑事立法的事实依据建立在非理性的舆论表达之上，坚持认为刑事立法的实证基础是能够轻易获取的事，那么，因立法者的“懒惰”，而受民意和舆论的“偏向性”的误导，将造成刑事立法的盲目和随意，进而与立法科学化的法治化目标渐行渐远。因此，即使做为对民意的回应，民意也不可能成为刑事立法活动开展的正当性根据的全部，它将因为缺乏实证基础而将刑事立法引入歧途，最终南辕北辙。

## 六、刑事立法的实证基础需要理念与方法齐头并进

随着刑事立法实证化理念的确立，如何在肯定实证研究做为法学研究方法价值的基础上，使之亦能够有效地指导法律实践活动，已然成为实践刑法学未来的发展方向。从现有的立法实践来看，我们要不在进行犯罪化的说理过程中欠缺实证支撑，要么就仅仅是在立法说明中引用了极少数的、零散的实证数据，尚未在立法工作机制层面进行制度规划，致使刑事立法中的实证分析的科学性和系统性仍十分不足。总体而言，建立刑事立法活动的实证基础是一个复杂的系统性的工作，必须从立法工作机制和实证方法完善两个层面进行整体性构建。这两个方面之间的关系是有层级顺序的：

首先，从立法实践来看，刑法立法实证化的工作机制选择是多元化的。既可以通过实地考察、数据统计、问卷调查等为主要形式开展立法调研，也可以一广泛听取各方意见为目的而进行的座谈会、论证会以及听证会等。在调研主题的选择上，要善于从各方利益主体普遍关注，人大代表及常委会意见比较集中的问题中确立调研的主题。例如：通过各种方法收集反映行为社会危害性程度和发展规律的真实信息和个体的一线实践经验，将作为素材的具体信息和个体经验通过、辨析、分类、量化处理。通过实证性的分析把握犯罪的危害性大小、行为特征和发展规律。以《刑法修正案（九）》袭警犯罪问题完善的立法过程为例进行展示：第一步，在《刑法修正案（九）》制定过程中，一些全国人大代表、全国人大常委会委员以及公安部等有关部门提出，针对当前暴力袭警多发的实际情况，应当在刑法中单独规定袭警罪。这就为立法调研确定了主题和焦点；第二步，立法者要确实了解暴力袭警的现状，通过对相关事件和案例的统计得出：“2010年至2014年，民警因同在执法过程中遭受暴力袭击牺牲111人，负伤8880人，占因公负伤民警总数的42.8%。2013年，全国暴力抗法袭警案件占全部侵权案件75.6%，造成23名民警牺牲，44民民警重伤。”[①]通过对袭警现状的实证统计反映出袭警问题日益严重的客观存在的；第三步，严重的社会危害性并不能为单独设立袭警罪提供充分的理由。

①参见赵秉志：《<中华人民共和国刑法修正案（九）>的理解与适用》，北京：中国法制出版社2015年版，第250页。

在草案征求意见过程中，有专家指出，我国目前警察执法水平有待进一步提高，存在特权思想、执法蛮横、不文明执法情况普遍存在，警民关系不和谐，这种情况下不能过于突出警察的特殊保护，不宜规定专门的袭警罪。[①]最终，而经过充分调查研究，听取多方意见之后，《刑法修正案（九）》并没有单独设立袭警罪。从刑法修正中对是否单独设立袭警罪的反复论证的过程可以看出，通过人大代表和有关部门提案确立调研主题，通过实证数据反映现实情况，通过多方论证展现不同的矛盾冲突，了解现象发生的起因和特性，最终得出恰当的立法结论。

其次，在具体的实证方法上，应当在依据以上立法调研所获得立法信息，进行细致的数据统计，以行为的社会危害程度与刑罚有效性两个层面构建刑事立法的实证评估指标体系。并以此为线索搜集足够的事例和案件，同时细致的数据处理对之予以分析，通过实证性的结论把握行为犯罪化在立法实践中核心问题和关键节点。并在该体系之下具体增加评判行为犯罪化的所需要的评估因子，再结合具体的实证分析方法进行考察。实证分析的具体方法包括影响分析、成本收益分析、成本有效性分析和风险分析等。实证的目的是，能够证明刑事立法修改的收益大于其立法成本和法律实施的成本，论证立法修改的正当性。而且，尽可能地还要把分析结果与现实中的犯罪现象进行联结，以现实情况检验分析结果的正确与否，使得立法结论更具有说服力。当然，在立法说明中，考虑到立法说明的内容是向全社会公布，为了拓展受众群体，实证分析的结论表述需要充分考虑接受度。能够将个案研究、访谈式调查和统计数据分析结合起来，对立法理由进行充分且易懂的阐述释明。

例如，2018 年“两会”期间，有人大代表提出，针对近年来普遍受社会关注的“校园贷”现象，设立“非法借贷罪”。对这一立法动议具体的实证过程可分为两步：一是探索“校园贷”发生的事实特征，界定放贷行为和放贷行为发生的原因。通过收集近年来发生的“校园贷”恶性事件的典型案件，并对这类人群分布、行为特征、涉案金额、情节后果等表现行为危害性具体评估因子进行数据统计推断，分析“校园贷”实践的兴起原由、发展现状及危害程度；二是在前者的基础上，通过召开座谈会、论证会和听证会等形式搭建对话平台，有效听取意见，研究借贷市场、校园环境、学生消费观念及恶性后果的内在关联，将各种意见、不同矛盾观点得以充分展现，并基于这类论证结论，探讨公共政策乃至法律机制的解决方法。这两条线索彼此之间密切关联，通过实地调研和数据采集方法集中体现；在此基础之上，形成“校园贷”问题的具体危害程度的全面认知，并综合考虑其他相关主体的有效意见；最后，结合刑法专业知识判断刑法规制的必要性，从而决定是否设立“非法借贷罪”。

最后，实证分析工具的逐步完善也是实现刑法立法实证化的关键。尤其是对定量实证分析而言，当前中国法律实证研究的共同的理论范式(直接体现在回归方程式上)并没有形成。即在实现数据收集全面性之后，如何有效地挖掘数据或深度解析数据的能力还有所欠缺。相较国外，“许多国家和地区都已经开发出诸多的预测模型。这些模型往往涉及到数十个或者上百个经济、社会、环境变量，以及数十个或者上百个行为方程，从而利用计算机的强大计算能力和已经积累的庞大数据库，对法律法规可能会对经济、社会、环境造成的影响进行模拟和预测，对成本、收益、净收益进行模拟和预测。”[②]这种模式比当前国内只是描述性实证结论更加深入和准确。如果我们依然只是进行机械性的数量统计和描述性的实证分析，就难以发现潜藏在数据之后的刑事立法修正对象的真实

① 前引 33，赵秉志书，第 251 页。

②席涛：“立法评估：评估什么和如何评估（上）”，《政法论坛》2012 年第 5 期。

情形，对其深层次认知的可能被简单化的处理方式给抹去了。从表面上看，实证分析的操作难度确实降低的，但是通过实证分析所能获得而有助于增加立法决策准确性的事实也被隐去，其实证分析的可靠性将打折扣。所以，“不断完善研究方式与工具……如何更好地运用统计方法，发现、阐述变量之间的关系，从而揭示法律运作背后的规律性。”[①]是在搭建其刑事立法实证分析体制机制之后，扼要突破的理论盲区。这也就指明了我国刑事立法增强实证基础在微观层面的具体改良路径。

## 七、结语

实证分析在刑事立法领域运用的空间非常广阔，通过实证分析，立法者能够更好地理解社会治理对刑法的需求度。刑法立法的实证化有助于对刑法运行状况的把握，无论是立法者、研究者或者普通大众，能够客观真实地掌握刑法是如何在惩治犯罪和保障人权方面发挥作用的。只有通过实证化才能对结论作出公正无偏见的评价。立法活动过程中，对所依据事实信息的缺乏或来源的不真实，可能会导致利益相关者利用信息不对称大做文章，只有通过科学的实证分析才能使这些有偏见的观点暴露出来，从而作出明智的决策。因此，应当系统建构刑事立法活动中进行实证考察的工作机制，培养和聘用专业化的实证分析团队，另一方面，在刑事立法中进行实证分析实践的同时，在理论上要不断改进研究方式与工具，提高挖掘和分析数据的能力，以更好地揭示立法对象其背后隐藏的规律性和影响力。只有从资源投入、制度构建和方法设计三方面实现常态化保障刑事立法的实证基础，才能有效减少“象征性”、“压力型”和“情绪型”立法，以积极推进科学的刑事立法。

①左卫民：“一场新的范式革命？——解读中国法律实证研究”，《清华法学》2017 年第 3 期。

# 犯罪构成理论在刑事审判中的运用实证研究

陈自强*、高　扬*

【内容摘要】本文创新性地将所有犯罪构成理论的模式作为一个整体，不探讨优劣，而是通过实证调研的方式，对其在刑事审判实践中的运用现状展开研究。提出犯罪构成理论是犯罪成立的必要条件而非充分条件。并认为在刑事审判实践当中，应当摆正犯罪构成理论学理概念的位置，合理、合法、合范围地运用，而不应将其作为认定犯罪的唯一标准，应当处理好犯罪构成理论与刑事审判实践之间的关系。

【关键词】：犯罪构成理论；刑事审判；实证研究

## 一、本论文以犯罪构成理论的共性为前提展开研究

犯罪构成理论发展至今，已经具有了较为完整的体系和十分多样的模式，众多法学家都致力于寻找出一个最完善的理论模式，在我国的刑法学界，关于犯罪构成理论的讨论与争议从未停止。理论的发展是为了实践的应用，当法学理论在不断进步，但司法实践的脚步却未能紧随理论发展的步伐之时，我们需要反思：犯罪构成理论的发展之路究竟是自身内涵地不断升华和精细，还是在刑事审判实践中充分发挥其作用和价值？

从 19 世纪初，费尔巴哈从罪行法定原则出发指出“犯罪构成就是违法行为所包含的各个行为的或事实的诸要件的总和”，[①]到 20 世纪初德国刑法学家贝林格创建了现代意义上的犯罪构成理论，再到当代形式多样的犯罪构成理论[②]，犯罪构成来源于法学家们对刑事法律规范的总结提炼，它从当中走出来、几经发展，却再未回归到其中成为法定概念，它自始就是一个学理上的概念。

好在学理的就是世界的，能够将国家地域、宗教民俗等影响降到最小。特别在面对“犯罪”这种人类社会共有的现象和“如何认定犯罪”这个世界各国都需要解决的问题上，“犯罪构成理论”这一学理概念更是被普遍的接受并不断发展出各种形态，其中最具代表性的当属“三阶层”模式和“四要件”模式。

从这两种犯罪构成理论的基本内容上，不难发现它们之间存在着一定的共性。[③]

犯罪作为人类社会特有的现象，自然带有明显的人类社会属性。行为本身并不具有对错的价值评价，什么样的行为被认为是犯罪，都基于人类社会的认知和需要。在人类思维具有共性、人类社会发展进程大致相同的条件下，对于犯罪这一人类共有行为的认知，自然也就具有一定的共性。这些共性表现在各国刑法中对犯罪成立条件的的规定，又被提炼为犯罪构成理论，故而犯罪构成理论内容也就具有了共性。

---

*陈自强，男，刑法学博士，西南石油大学法学院副教授，硕士生导师；

*高扬，女，四川警察学院法学学士，西南石油大学法律硕士。

③本部分内容吸收了陈忠林教授《现行犯罪构成理论共性比较》中的观点，为本篇论文的立论提供了重要的理论依据，在此谨表谢意。

在“三阶层”模式和“四要件”模式中都共同包含了最基本的四个内容：一是犯罪主体的刑事责任能力，包括刑事责任年龄、精神状态、聋哑等生理缺陷和特定身份等；二是主体实施犯罪的心理状态，包括认识因素和意志因素的不同组合，即犯罪的故意、过失，和目的、动机等；三是具体犯罪行为的客观性质，包括手段、对象、结果和因果关系等；四是评价犯罪行为的社会性质，包括刑法所保护的价值利益、违法性等内容。[①]四个方面的内容实际上与其他的犯罪构成理论的基础要件也是一致的，可见“三阶层”模式和“四要件”模式之间的差异无非是对这些内容的类别划分不同、考虑和认定的先后顺序不同，二者内容上却并没有太大的分别。

而这四个方面也共同反映出了法律对于犯罪所进行的双层次评价体系——事实判断与价值评判。一些行为之所以被认为是犯罪，是因为其背离了社会的主流意识和基本的法律精神，也与统治阶级的统治需求背道而驰；而统治者通过立法将这些与违背社会主流、不利于社会稳定、危及国家统治的行为规定为犯罪。[②]在“三阶层”模式和“四要件”模式中，都包含了对犯罪的事实评价和价值评价；都在通过犯罪的事实评价引导人们认识什么样的行为是犯罪，通过犯罪的价值评价指引人们理解为什么这样的行为是犯罪；都在向人们展示针对行为人的反面惩戒，和针对一般人的正面奖励，从而起到预防和规训的作用。由此可见，“三阶层”模式和“四要件”模式的主要不同在于思维方式和逻辑顺序上的不同，而在本质上是没有区别的。

刑法学者们将散现于刑法规范当中的刑法规定的犯罪成立条件，按照自己的思维方式、逻辑顺序、运行路径和结构模式构建起犯罪构成理论。就好像是不同的人将零散的、没有规律的“积木”，搭建出外形不同的“大厦”，而每个“积木”本身不会因为“大厦”的不同发生改变。各个犯罪构成理论的不同也不会影响到刑法规范规定的犯罪成立条件。因此，不同的犯罪构成理论在本质上具有不可回避的共性。

在后文的论述中，笔者不再对不同模式的犯罪构成理论做出区分，也不探讨不同的犯罪构成理论孰优孰劣之问题，而将其作为一个整体，统称为“犯罪构成理论”，探讨其在我国的刑事审判实践中的运用现状。

## 二、犯罪构成理论在我国刑事审判中的运用调研

### （一）调研样本选取的说明

我国国土面积幅员辽阔，由北至南、由东至西跨度很大，不同的地理、气候及历史、政策等原因，导致东部、中部、西部的经济水平和社会状态具有显著的差异。为了使调研样本具有最大程度的普遍代表性，所以在选取调研样本时，笔者既未选择经济发达的东部地区城市的各级法院，也未选择经济欠发达的西部偏远地区的法院，亦未选择汇聚了大量理论与实践人才的最高人民法院，而是选取了位于中部地区的北方 $S_1$ 省和在西部大开发政策支持下的西南部 $S_2$ 省做为样本采集的地域范围。这两省的经济发展水平与我国大部分地区的经济水平基本相当，同时又能够平衡东部沿海发达地区与西部偏远欠发达地区的经济水平间的差异。因此，笔者认为从这两个省份进行样本采集是具有代表性的。

在北方 $S_1$ 省高级人民法院、$S_1$ 省省会所在城市 T 市的中级人民法院、$S_1$ 省省会市内

⑥当然有可能导致判决书适用法律上的瑕疵，但该部分内容主要围绕定罪量刑的内容展开讨论，因此对该种瑕疵忽略不计。

两个基层人民法院，和西南部 $S_2$ 省高级人民法院、$S_2$ 省省会所在城市 C 市的中级人民法院、$S_2$ 省省会市内两个基层人民法院，共 8 个法院。较为全面地采集到除最高法院外的各级法院的样本。

调研以调查问卷的方式展开。在调查问卷中，笔者采用单项选择题的形式，将法官在刑事审判实践中有可能出现的多种情况都设置成选项；此外还设置了虽然在语言逻辑上没有错误，但在实践中基本不会出现的干扰项，以及自填选项，即能保证调查问卷的有效性，又能最大限度的将小概率事件包含在内，确保数据的真实性。调查问卷分别在北方 $S_1$ 省和西部 $S_2$ 省共 8 个法院中发放，采集到 80 份有效问卷的信息，获得了犯罪构成理论在刑事审判中运用的基本情况。

## （二）法官在刑事审判中运用到犯罪构成理论的基本情况

### 1. 犯罪构成理论的整体运用情况

首先，笔者在发放的调查问卷中对“犯罪构成理论”的概念做了简要的预设，明确强调调查问卷中所提到的“犯罪构成理论”不针对“三阶层”或“四要件”等学说进行区分，无论涉及到哪种相关理论均称为“犯罪构成理论”，法官在刑事审判实践中运用到其中任何一种都视为在刑事审判中进行了运用。其次，犯罪构成理论的整体运用情况即指法官在刑事审判实践中用或者不用的宏观情形，对于具体如何运用将在后文中加以阐述。

在北方 $S_1$ 省 T 市采集到的 31 个样本中，只有两名法官不会在刑事审判中运用到犯罪构成理论，而这两名法官均属于基层人民法院；其余 29 名法官均会在刑事审判中运用到犯罪构成理论。根据采集的样本显示（图 1），在北方 $S_1$ 省 T 市的刑事审判实践中，犯罪构成理论的运用率高达 94%。

在西部 $S_2$ 省 C 市采集到的 49 个样本中，所有的法官均会在刑事审判中运用到犯罪构成理论。根据采集的样本显示（图 2），在西部 $S_2$ 省 C 市的刑事审判实践中，犯罪构成理论的运用率为 100%。

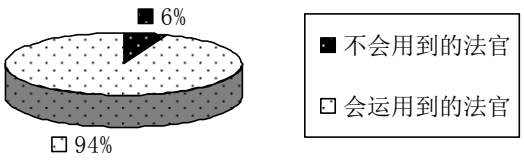



图1 S1省的整体运用情况

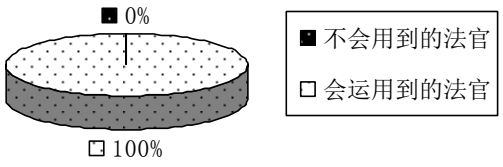



图2 S2省的整体运用情况

因此，在北方 $S_1$ 省和西部 $S_2$ 省共 80 个填写调查问卷的法官中，只有 2 名法官不会在刑事审判中运用到犯罪构成理论；其余 78 名法官均会在刑事审判中运用到犯罪构成理论。犯罪构成理论在这两个省法官们的刑事审判实践中的运用率高达 97.5%（图 3）。




图3 犯罪构成理论的整体运用情况

## 2. 犯罪构成理论在不同案件中的运用情况

针对这一问题，笔者将“不同案件”简单分为“简单案件”、“疑难案件”和涵盖二者的“所有案件”，以期能够了解到犯罪构成理论在实践中常被运用与哪些类型的案件当中。调研结果如下：（图 4、图 5）

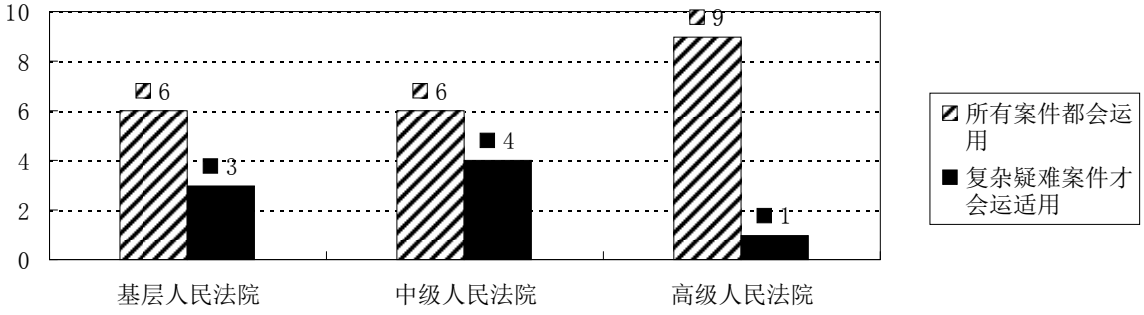



图4 S1省各级法院不同案件运用情况

。

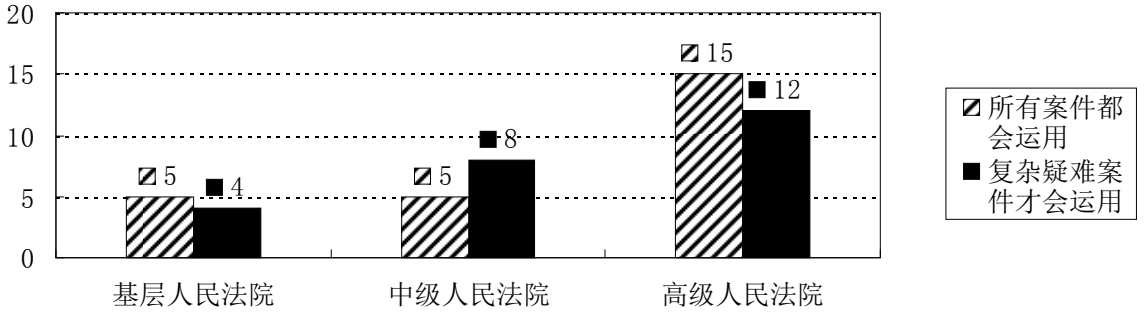



图5 S2省各级法院不同案件运用情况

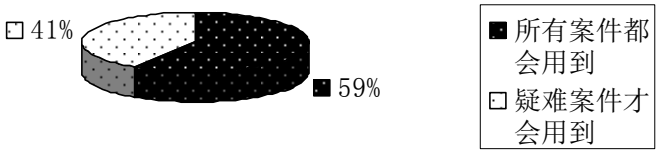



图6 两省不同案件的运用情况

横向比较，从北方 $S_1$ 省和西部 $S_2$ 省的情况来看，两个省在刑事审判中会用到犯罪构成理论的 78 位法官中，有 46 位法官会在所有案件中都用到犯罪构成理论，占总数的 59%；32 位法官只会在复杂疑难的案件中用到、一般的案件不会用到，占总数的 41%；没有法官只在简单案件中运用而不在复杂疑难案件中运用。（图 6）。

纵向比较，各级法院的法官在不同案件中运用犯罪构成理论人数比例呈现如下趋势：（图 7）

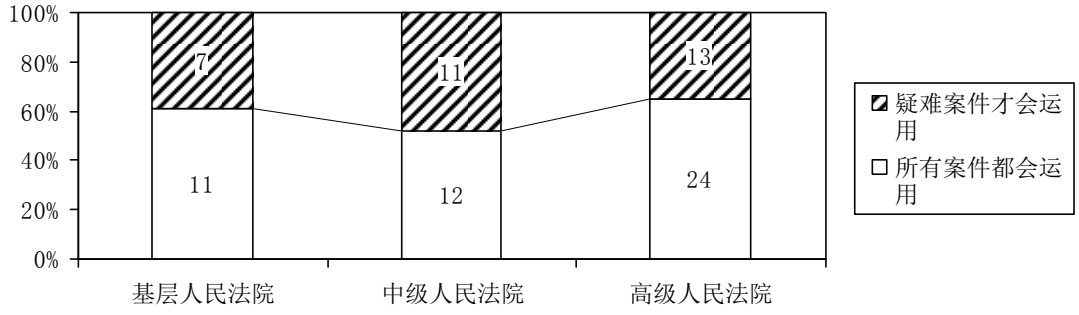



图7 各级法院在不同案件中的运用情况

从基层、中级、高级三级人民法院各自的情况来看，在所有案件中都运用犯罪构成理论的比率呈现出：高级人民法院 > 基层人民法院 > 中级人民法院的情形；相应的，仅在疑难案件中才运用犯罪构成理论的人数所占的比例为：中级人民法院 > 基层人民法院 > 高级人民法院。

可见，在所有案件中都运用到犯罪构成理论的法官略多于仅在复杂案件中才运用的法官人数。其中基层人民法院和高级人民法院均呈现出较大的人数差距，而中级人民法院中在所有案件都运用和仅在疑难案件中运用的法官人数则基本持平。

### 3. 运用犯罪构成理论的不同原因

设置这一问题，以期了解法官们选择运用犯罪构成理论的原因到底是出于法官地主动选择，还是出于一些规定的要求而被动运用，抑或是已经潜移默化地被影响而不由自主地运用。

首先，是北方 $S_1$ 省与西部 $S_2$ 省的横向比较：（图 8、图 9）

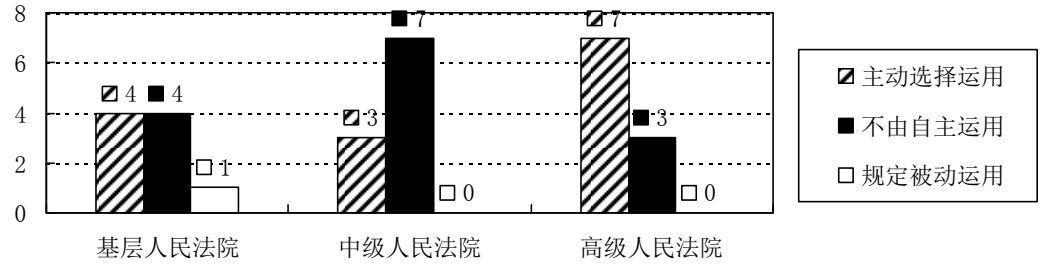



图8 S1省各级法院运用原因

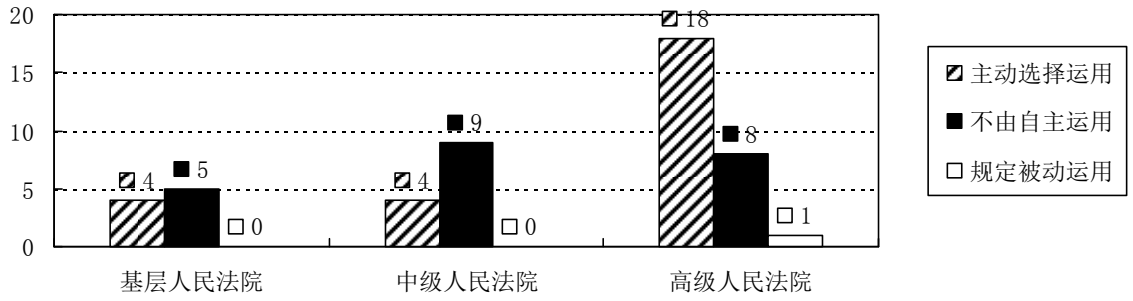



图9 S2省各级法院运用原因

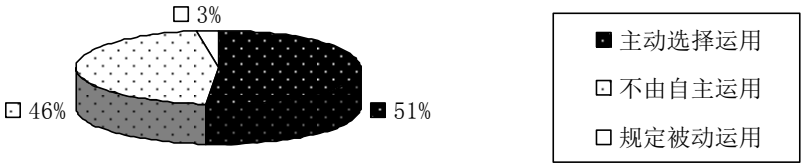



图10 两省法院的运用原因

从北方 $S_1$ 省和西部 $S_2$ 省的情况来看，两个省在刑事审判中会运用犯罪构成理论的78位法官中，主动选择运用犯罪构成理论的有40位法官，占总数的51%；而36位法官则是已经在观念上接受犯罪构成理论并在不知不觉中将其运用，占总数的46%；也有2位法官提出他是出于一些规定的要求而被动选择运用犯罪构成理论的，占总数的3%（图10）。

其次，是各级法院的纵向比较：主动选择运用犯罪构成理论的法官，在各级法院中所占的比例呈现出中级人民法院＞基层人民法院＞高级人民法院的情形。相应的，不由自主就对犯罪构成理论展开运用的法官在各级法院中所占的比例则为高级法院最大，基层法院次之，中院最小（图11）。

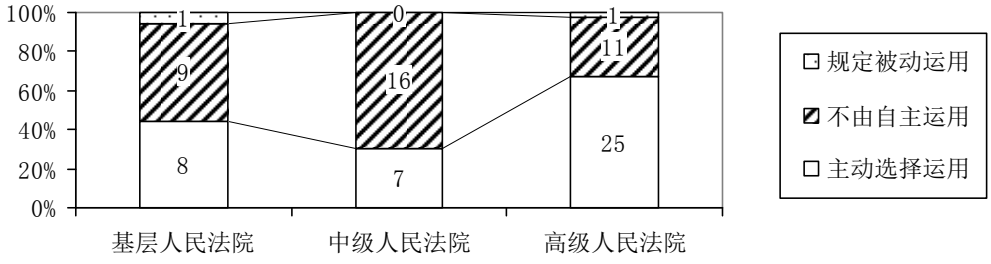



图11 各级法院的不同运用原因

在刑事审判实践中，出于主动选择的法官人数要略多于因为不由自主而进行运用的法官。中级人民法院中两者的差异最为显著，不由自主运用犯罪构成理论的法官明显多于主动选择运用的法官；高级人民法院中两者的差异也较大，但明显较多的是主动选择运用的法官人数；在基层法院中两者间的差异不大。

4. 运用犯罪构成理论的不同方法

法官在刑事审判实践中如何处理犯罪构成理论与刑事法律规范之间的关系呢？针对这一问题，笔者在调查问卷中设置了干扰项“直接运用犯罪构成理论认定犯罪，不会用到刑事法律规范”，显而易见的，秉持罪刑法定的所以法官们没有对该项做出选择。而对于犯罪构成理论与刑事法律规范二者在刑事审判中究竟孰轻孰重的问题，通过调查问卷取得的结果整理如下：（图 12、图 13）

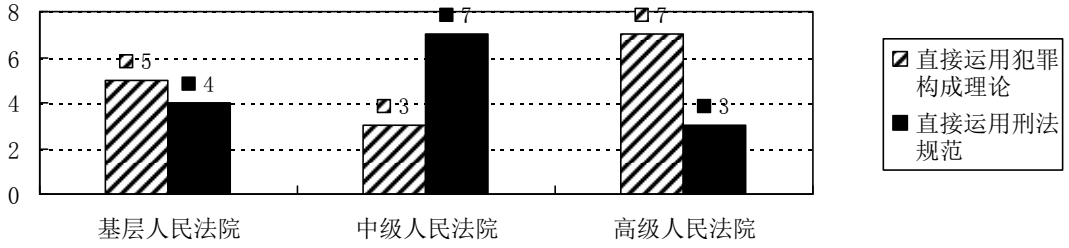



图12 S1省各级法院运用方法

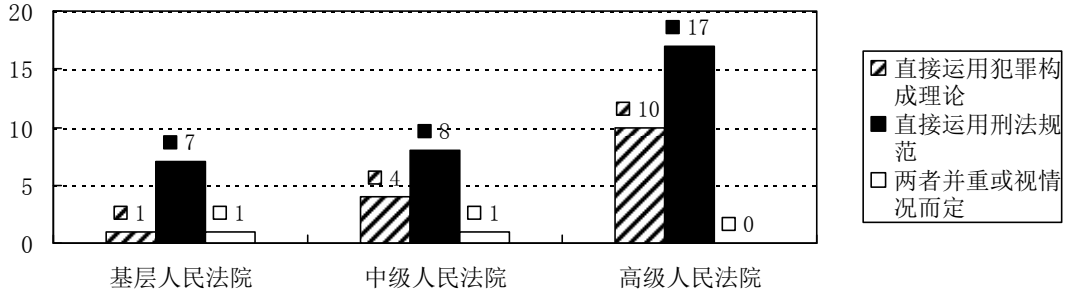



图13 S2省各级法院运用方法

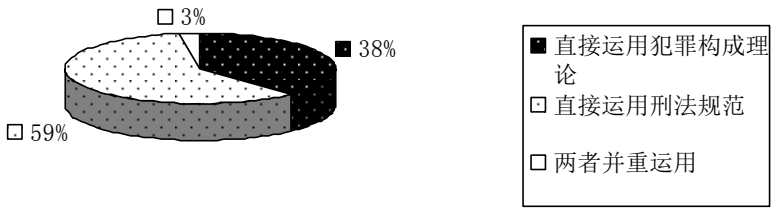



图14 两省法院的运用方式

横向来看，两个省在刑事审判中会运用犯罪构成理论的 78 位法官中，直接运用犯罪构成理论，而只将刑事法律规范作为参考的有 30 位法官，占总数的 38%；而 46 位法官直接适用刑事法律规范认定犯罪，只将犯罪构成理论作为参考，占总数的 59%；也有 2 位法官提出犯罪构成理论与刑事法律规范的运用并重，不分主次、先后，占总数的 3%（图 14）。

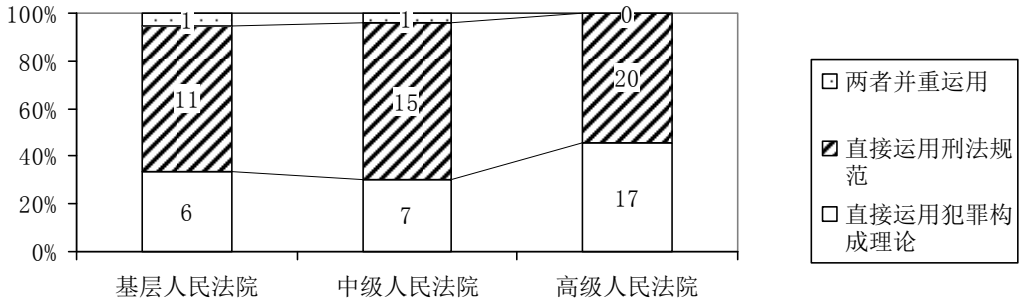



图15 各级法院的不同运用方法

纵向而言，直接依据刑事法律规范对行为展开认定，而只将犯罪构成理论作为一种参考的法官里中院的法官最多，基层人民法院次之，高级人民法院的法官相对较少；选择直接运用犯罪构成理论作为认定行为是否构成犯罪依据的法官中，高院法官人数居多，基层法院人数次之，中院法官相对较少。直接运用刑事法律规范和直接运用犯罪构成理论这两种情形的法官所占的比例之间的差异，在中级人民法院中最为明显，在高级人民法院中则差别不大（图 15）。

可见，没有法官会在刑事审判实践中放弃运用刑事法律规范，而多数法官都会选择直接运用刑事法律规范对犯罪进行认定，而将犯罪构成理论作为参考。

**5. 法官在审判实践中运用犯罪构成理论时的逻辑顺序**

在调研过程中，笔者发现调查问卷中为法官提供的“直接运用犯罪构成理论认定犯罪，但会参考法条”、“直接运用法条认定犯罪，但会参考犯罪构成理论”的选项太过于抽象和片面，为了能更加详细地了解法官具体是如何运用犯罪构成理论的，笔者在发放调查问卷的同时，又对其中的 8 位资深法官展开了较为深入的访谈。

8 位法官都表示，在刑事审判实践中，会最先运用犯罪构成理论对行为进行最基本、最直观的认定，对于没有争议和疑问的行为再通过法条进行进一步的认定及确证，而对于存在争议的行为，则展开重点讨论；更进一步，对于一个行为当中不存在疑问的构成要件要素不再进行单独的探讨和认定，但对于其中具有疑问的构成要件要素就需要进行重点的研究。

8 位法官中除有 1 位在刑事审判实践中坚持运用“三阶层”犯罪构成理论的法官表示，根据“三阶层”理论的特性他必须遵循其逻辑，严格按照该当性——违法性——有责性的顺序认定行为外；有 6 位法官都提出，在刑事审判实践中，他们最少关注、甚至基本上不探讨的构成要件是“客体”要件，法官们普遍认为客体要件在认定行为是否构成犯罪的过程中起到的作用不大。这 6 位法官也表示，他们最先关注的是“主体”这一构成要件，如果行为人主体不适格，即未达刑事责任年龄或不具有刑事责任能力，则不构成犯罪，也就不会对其他要件展开进一步考察。还有 1 位法官提出，在刑事审判实践中认定行为是否构成犯罪时，哪个构成要件要素最先引起他的注意，才会展开进一步地认定和探讨。但我国通行的“四要件”犯罪构成理论强调的是主客观相统一，四个要件并不是简单相加，而是相互影响、相互融合的关系；其次，即使“四要件”的犯罪构成理论没有“三阶层”理论那么鲜明的逻辑顺序要求，但不可避免地存在着客体——客观方面——主体——主观方面的基本思考顺序。但通过访谈发现，法官们在刑事审判实践中对犯罪构成理论的运用，并不是严格遵守它的逻辑顺序，而这一现象在运用“四要件”

犯罪构成理论的法官中较为明显。

### 6. 犯罪构成理论在审判实践中所起的作用

犯罪构成理论在刑法学研究当中有着举足轻重的地位，其在刑事审判实践中的运用也已十分普遍。那么在法官看来，犯罪构成理论在刑事审判实践中对于正确认定犯罪究竟起着怎样的作用呢？（图 16、图 17）

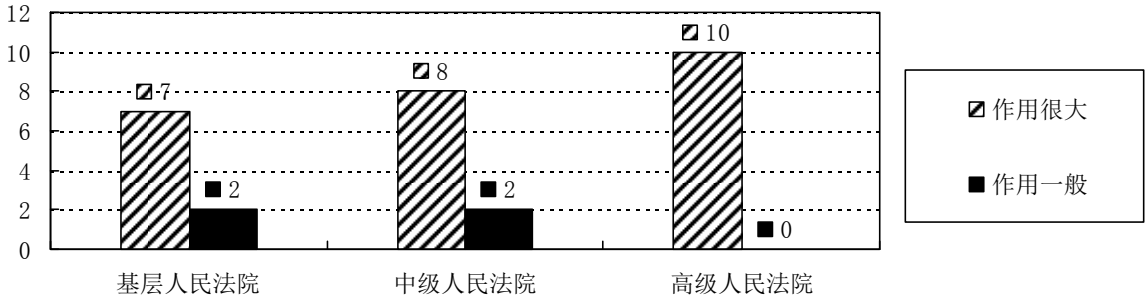



图16 S1省各级法院对犯罪构成理论作用的认识

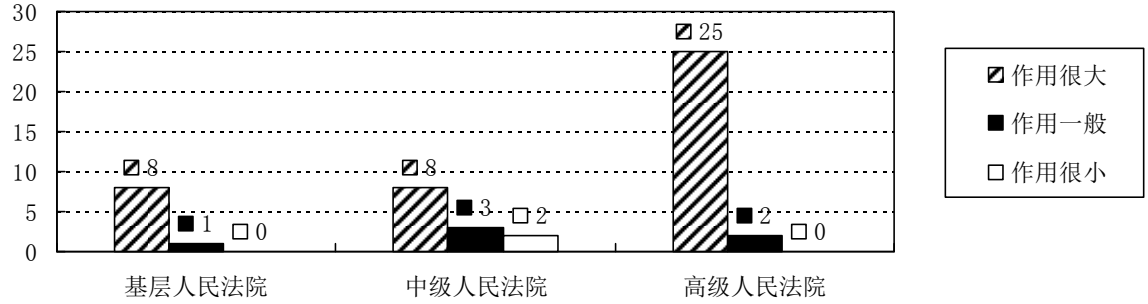



图17 S2省各级法院对犯罪构成理论作用的认识

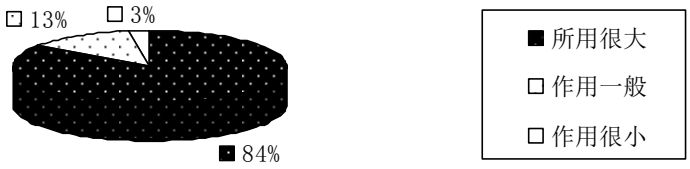



图18 两省法院对犯罪构成理论作用的认识

横向来看，北方 $S_1$ 省和西部 $S_2$ 省两省在刑事审判中会运用犯罪构成理论的 78 位法官中，认为犯罪构成理论作用很大的有 66 位法官，约总数的 84%；而 10 位法官则表示犯罪构成理论在刑事审判实践中的作用一般，占总数的 13%；2 位法官认为犯罪构成理论对认定犯罪所发挥的作用很小，占 3%的比例（图 18）。

纵向而言，在犯罪构成理论的作用是很大还是一般的比较当中，各级人民法院都呈现出巨大的差异，不论在哪一级法院中，认为犯罪构成理论具有很大作用的法官人数与认为其作用一般的法官人数相比，都占有绝对的优势。而赞同犯罪构成理论作用很大的

法官在他们各自的法院当中所占的比例为高级人民法院最大，基层法院次之，中院最小。认为其作用一般的法官在其法院中所占的比例为高院最小，基层法院次之，中级人民法院相对较高；而基层法院与中级法院的比例又相差不大。可见，仍然是由于各级人民法院受理案件的数量和难易的不同，使得对犯罪构成理论的作用的看法产生了差异（图19）。

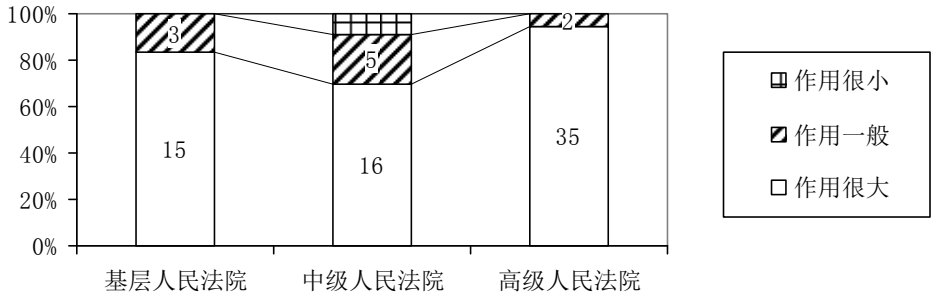



图19 各级法院对犯罪构成理论作用的认识

### 7. 犯罪构成理论是否应当被视同为定罪依据

犯罪构成理论在刑事审判中的作用得到了法官的广泛认可，但是在法官看来是否会将其视同为定罪依据呢？两省法官的看法整理如下：（图 20、图 21）

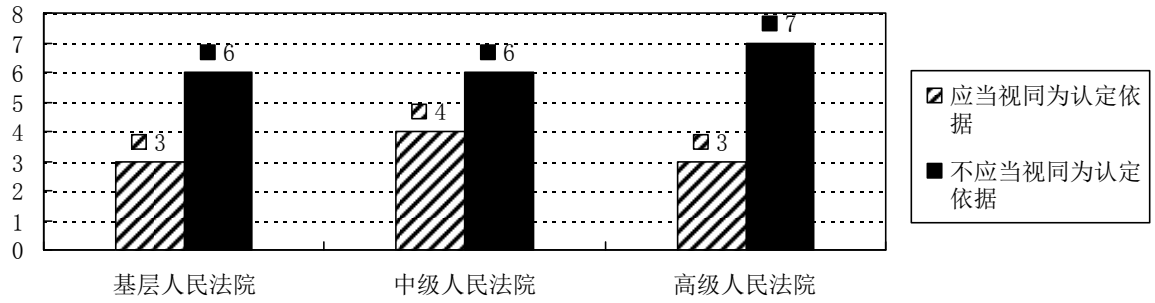



图20 S1省各级法院将犯罪构成理论作为认定依据的情况

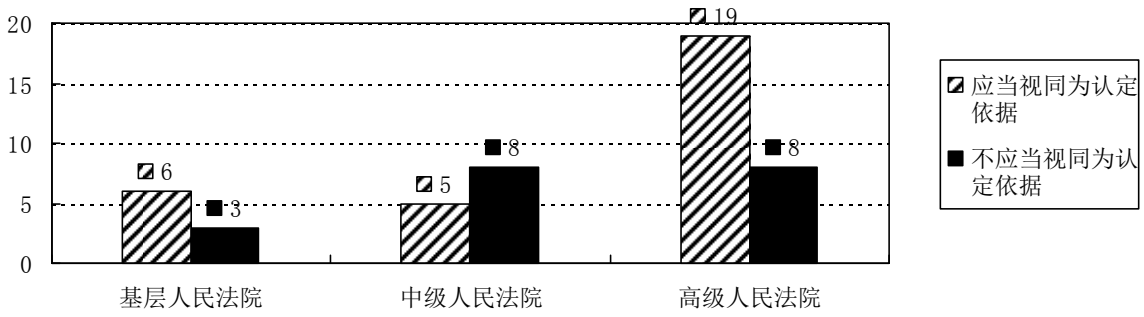



图21 S2省各级法院将犯罪构成理论作为认定依据的情况

横向来看，两个省在刑事审判中会运用犯罪构成理论的 78 位法官中，认为应当将

犯罪构成理论明确视同为认定犯罪依据的法官有 40 位，占总数的 51%；而 38 位法官则表示不应当将其视为认定依据，占总数的 49%（图 22）。

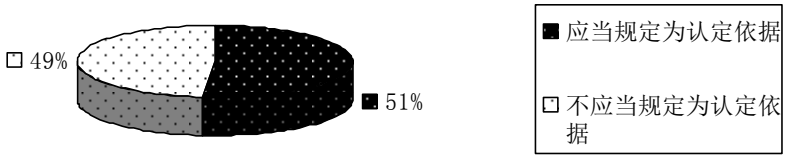



图22 两省法院将犯罪构成理论作为认定依据的情况

纵向而言，表示应当将犯罪构成理论视同为刑法规定的犯罪成立条件的法官在各级法院中所占的比例为高级法院最大、基层法院次之、中级法院最小。相反的，不赞同将犯罪构成理论视同为定罪依据的法官在各自的法院中所占的比例为中级法院＞基层法院＞高级法院（图 23）。

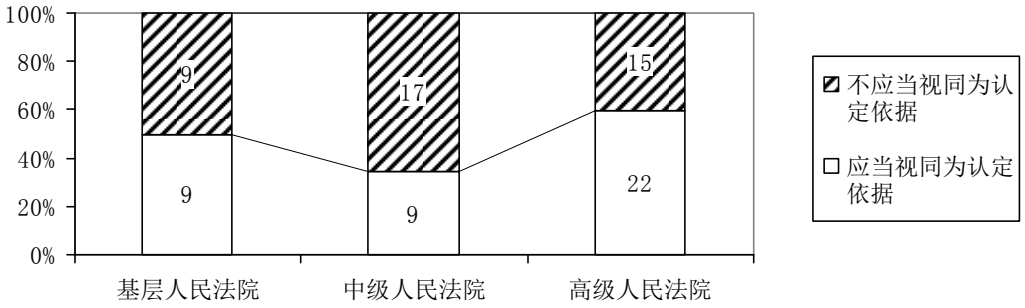



图23 各级法院将犯罪构成理论作为认定依据的情况

刑事审判实践中，具有犯罪构成理论运用经验的法官，在是否应当将犯罪构成理论视同为刑法规定的犯罪成立条件的问题上，支持与不支持的法官人数基本持平；赞同将犯罪构成理论视同为定罪依据的法官略多于不赞同的法官。基层人民法院和高级人民法院的法官，在这一问题分歧上的人数差异不大；中级法院中，支持不同观点的人数所占的比例则具有较为明显的差异，认为不应当将犯罪构成理论视同为定罪依据的法官显然多于认为应当视同的法官。

**8.犯罪构成理论写入刑事裁判文书的情况**

刑事审判最终会以裁判文书的形式直观地展现出来，法官是否会将犯罪构成理论写入裁判文书当中也成为我们研究其运用情况的重要途径和依据。

从采集的样本来看，两个省在刑事审判中会运用犯罪构成理论的法官中，不会将其写进裁判文书的有 23 位法官，占总数的 29%；而 55 位法官则既会在分析案情时运用犯罪构成理论，也会在裁判文书中体现出来，占总数的 71%（图 24、图 25、图 26）。

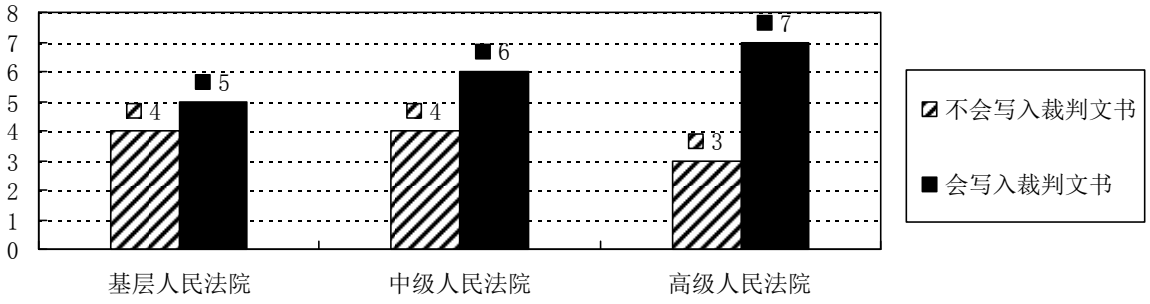



图24 S1省各级法院法官写入裁判文书情况

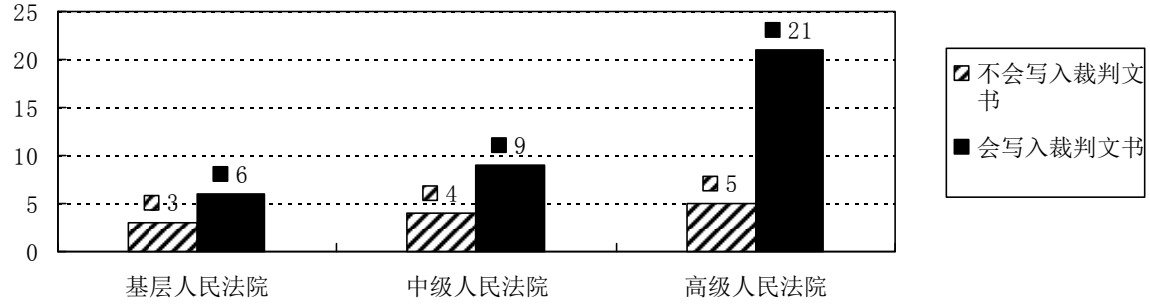



图25 S2省各级法院法官写入裁判文书情况




图26 两省法院的写入裁判文书的情况

刑事审判中运用犯罪构成理论的法官中，绝大多数都会将其写入裁判文书当中，只有少数法官不会将其体现在裁判文书中。

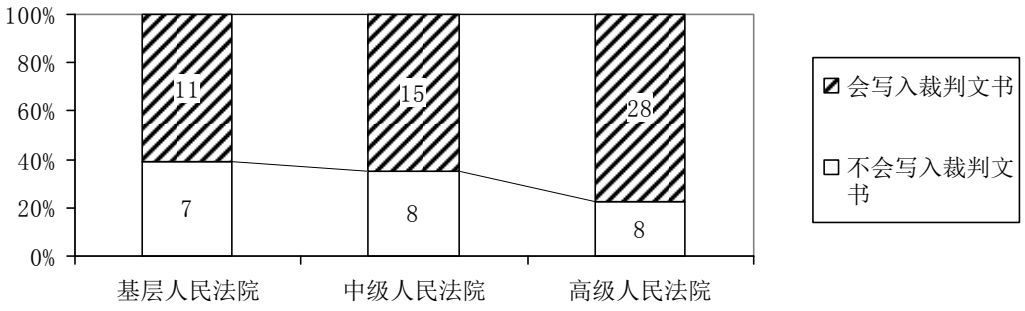



图27 各级法院的写入裁判文书的情况

在各级法院当中，将犯罪构成理论写进裁判文书的法官人数所占的比例，都要明显多于不写入裁判文书的法官所占的比例，具有较为明显的差异。在该项统计中，将犯罪构成理论写进裁判文书的法官在各自法院所占的比例，依照法院级别呈现出高级人民法院＞中级人民法院＞基层人民法院的情形（图 27）。

### （三）刑事裁判文书中运用犯罪构成理论的基本情况

虽然笔者通过访谈与调查问卷的方式获取了一定的信息，但不论是通过与法官的访谈获得的观点，还是凭借调查问卷取得的数据，都难以完全排除法官在作答时有可能掺杂的主观因素。因此，还需要结合最直观、最客观的内容——裁判文书——对获得的信息作出全面分析。刑事裁判文书虽然不能体现出法官刑事审判实践中的全过程，但却能够体现出法官对于犯罪构成理论的理解与适用是否正确到位，同时也能够对前文调查问卷中涉及到的“法官是否会将犯罪构成理论写入裁判文书”的问题进行补充修正，从而帮助得出更为准确的结论。

#### 1.“犯罪构成理论”一词在裁判文书中的运用情况

笔者对“犯罪构成理论”这一总括性、概念性的词语展开检索。截止 2016 年 12 月 29 日，中国裁判文书网中 4292077 篇刑事裁判文书中，共检索出 40 篇裁判文书中出现“犯罪构成理论”一词，仅占 0.001%（十万分之一）的比例。

而这 40 篇裁判文书中，共有 24 篇裁判文书“犯罪构成理论”出现在法院对案件事实和性质认定的部分，而其余 16 篇则出现在法官转述辩护人辩护意见的段落位置。因此，能真正说是法官在裁判文书中运用“犯罪构成理论”一词的仅有 24 篇，占被检索的 4292077 篇刑事裁判文书 0.0006%（百万分之六）。

在法官主动运用犯罪构成理论的 24 篇裁判文书中，有 11 篇裁判文书对“犯罪构成理论”一词的运用比较准确；而剩余的 13 篇中有 6 篇运用存在明显错误，4 篇运用上存在瑕疵，3 篇运用过于笼统、缺乏说理，甚至不能称之为“运用”。

例如，孙某某贪污、受贿，马某某行贿二审刑事裁判文书中写到：“因凌海市第二高级中学收取的补课费已在本校专人管理之下，即已成为公共财物，孙某某将此款让该校管理人员打入自己银行帐户内据为己有，符合刑法关于贪污罪的犯罪构成理论。”笔者认为，“刑法关于贪污罪的犯罪构成理论”这一说法明显是错误的。首先，“刑法”是一个不够准确的表达，“刑法”一词可以表示部门法、刑法学、刑法典等多种含义。其次，犯罪构成理论作为一种理论学说，仅在刑法学中展开研究，并没有被明确规定在刑法典当中。因此，“刑法关于贪污罪的犯罪构成理论”的表述存在问题。而根据裁判文书的实践属性，可以推断出法官在撰写裁判文书时希望表达的应当是刑法典，而“刑法典关于贪污罪的犯罪构成理论”说法显然是错误的，正确的说法应为“刑法典关于贪污罪的成立条件”，或“犯罪构成理论中贪污罪的构成要件”。

再如，关于韩某业故意伤害一案刑事裁定书写到：“一审法院以‘结果论处’的方式认定被告人韩某某有罪，违背《中华人民共和国刑法》的犯罪构成理论。”该份裁判文书中“违背《中华人民共和国刑法》的犯罪构成理论”的表述存在明显错误。法官在裁定书中明确指出《中华人民共和国刑法》（即刑法典），但我国刑法典中并没有规定犯罪构成理论，这一表述显然是错误的。

运用时存在瑕疵的情况例如，李某走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事裁判文书中表述到：“经查在本案中，贩毒与购毒双方已就毒品的交易包括对毒品交易的时间、

地点、数量、价格等意思表示一致，且已进入实际交易环节之中，即本案的被告人李某已持毒品赶至交易地点，按照贩卖毒品罪的犯罪构成理论，本案被告人李某的行为已构成贩卖毒品罪既遂。”笔者认为，“贩卖毒品罪的犯罪构成理论”的表述不够严谨。犯罪构成理论是从法律条文中提炼出来的内容，运用于大部分犯罪的认定，并且实际形成了较为完整的体系。称之为某个具体罪名的犯罪构成理论有欠妥当，表述为“犯罪构成理论中贩卖毒品罪的认定要件”或者“贩卖毒品罪的构成要件”似乎更为恰当。此外，还有 3 篇与该篇相同，表述上均运用了“贩卖毒品罪的犯罪构成理论”这种不甚严谨的语句。

“犯罪构成理论”作为一个总括性的、概念性的词语，过于宏观，其中包含着庞大的体系和繁杂的内容。仅在裁判文书中提及该词语，而未做任何阐释说明，虽然从逻辑上不存在任何运用错误，但这种运用等同于没有运用，完全体现不出犯罪构成理论的价值。例如,被告人刘某平非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪，龚某某职务侵占罪，蔡某某职务侵占罪一审刑事裁判文书：“刘某平、乔某某亦是通过社会招聘分别入职鄂尔多斯房地产公司、奇瑞地产公司的工作人员，其并非是受国家机关、国有公司、企业或者其他国有单位委派到相关单位从事公务的人员，根据《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的规定，其不属于国家工作人员，不具备受贿罪、贪污罪的主体身份。故公诉机关相关的指控意见，与查明事实及相关犯罪构成理论不符，本院不予支持。”这里运用的“犯罪构成理论”也过于简单，其实与整个说理过程没有实质性的关联，也许能够体现出法官在分析案情的过程中运用了犯罪构成理论进行判断，但也说明在最终具有法律效力的裁判文书中，犯罪构成理论并没有发挥其作用。

“犯罪构成理论”一词出现在法院认定事实的部分，实际上是最能体现法官对这一理论的理解运用。在 24 篇运用了“犯罪构成理论”一词的裁判文书中，有 6 位法官在对“犯罪构成理论”理解和运用是出现了明显错误，出错率达到了 25%；但同时仅有 11 位法官能够做到比较准确的运用，仅占运用该词的裁判文书的 46%。这不得不说是一个令人略感遗憾的比例。

**2.犯罪构成理论中 50 个常用词语在裁判文书中的运用情况**

除“犯罪构成理论”这一总括性词语外，笔者选择了 50 个在犯罪构成理论中较为常用的词语，同样通过检索裁判文书的形式，统计其各自的运用频率。为了排除刑事法律规范的运用对犯罪构成理论运用所造成的混淆，笔者所选择的 50 个词语在刑法规范当中并没有出现，故而排除了“故意犯罪”、“过失犯罪”、“刑事责任年龄”等虽然常用，但在犯罪构成理论与刑法规范中兼有的概念。

至 2016 年 7 月 24 日，笔者在中国裁判文书网的 3486378 件刑事裁判文书中展开检索。检索出“间接正犯”出现在 34 篇刑事裁判文书当中，运用频率约为 0.001%。“吸收犯”出现在 62 篇文书中、“不能犯”出现 83 次、“结果加重犯”86 次，这三个词语的运用频率约为 0.002%。“对象错误”出现在被 95 份裁判文书中、“假想防卫”97 份、“继续犯”98 份、“另起犯意”106 份，“犯罪的客观方面”111 份，运用频率均约为 0.003%。“危险犯”被运用在 130 篇裁判文书中、“连续犯”被运用在 142 篇中、“犯罪的主观方面”被运用 152 次，运用频率约为 0.004%。“想象竞合犯”出现在 247 篇裁判文书中、“特殊主体”出现在 252 篇裁判文书中，运用频率约为 0.007%。“结果犯”出现 271 次、“过于自信的过失”出现 287 次，运用频率约为 0.008%。

“犯罪客体”的出现 368 次，运用频率约为 0.01%。“疏忽大意的过失”被运用 683 次、“不作为犯罪”被 741 篇裁判文书运用，频率约为 0.02%。“实行犯”出现 875 次，

运用频率约为 0.025%。“牵连犯”出现在 1020 篇裁判文书中、“行为犯”出现在 1053 篇中，运用频率约为 0.03%。“直接故意”运用 2022 次，频率约为 0.06%。“间接故意”被运用在 2401 篇裁判文书中、“犯罪对象”被运用 2580 次，运用频率约为 0.07%。

“犯罪主体”出现在 3346 份裁判文书中，约占总数的 0.1%。“犯罪动机”被 3886 篇裁判文书运用，频率约为 0.1%。“因果关系”出现在 12747 篇裁判文书中，运用频率达到 0.4%。“刑事责任能力”被 64006 份裁判文书运用，频率约为 2%。

“纯正身份犯”和“突发故意”分别只在 1 份裁判文书中出现；“实质的一罪”和“法定的一罪”分别被 3 份裁判文书运用；“法条竞合犯”和“罪数形态”各自出现 6 次；“事前防卫”7 次被裁判文书运用；“处断的一罪”和“结合犯”分别出现在 8 份裁判文书中；“承继共犯”出现 9 次；“防卫挑拨”出现 10 次；“违法性阻却事由”出现 12 次；“因果关系错误”被运用 14 次；“特殊防卫”15 次；“打击错误”17 次；“故意犯罪结束（停止）形态”或者“犯罪停止形态”两个词语共出现 18 次；“片面共犯”仅 19 次；“事后不可罚”被运用 22 次；“事后防卫”运用 26 次。这些词语的运用频率小至忽略不计。

“作为犯罪”与“迷信犯”没有在 3486378 件刑事裁判文书中出现过。

在这 50 个常用的犯罪构成理论词语中，有 2 个词语没有在刑事裁判文书中出现过；19 个词语的运用频率可以小到忽略不计；16 个词语的运用频率不足 0.01%；9 个词语的运用频率在 0.01%～0.1%之间；“犯罪主体”和“犯罪动机”2 个词语运用频率分别达到 0.1%；“因果关系”这 1 个词语运用频率为 0.4%；仅“刑事责任能力”一词的频率达到 2%，是这 50 个词中运用频率最高的词语。从数量上看，常用的犯罪构成理论词语的运用频率基本上不超过 0.1%；只有极个别的词语能够突破 0.1%，但达到 1%以上都属于非常少见的情形。不难看出，即使是较为常用的犯罪构成理论中的词语，如果不是刑法规范中也作出规定的，被写进裁判文书的词语少之又少。

**3.犯罪构成理论 10 个高阶词语在裁判文书中的运用情况**

为了保证结果的全面客观，除了 50 个常用的犯罪构成理论中的词语外，笔者还选择了 10 个高阶词语，即在犯罪构成理论中都不常出现或学者们争论比较大的词语，于 2016 年 7 月 24 日，在中国裁判文书网的 3486378 件刑事裁判文书中展开检索。

“客观超过要素”、“主观超过要素”、“行为无价值”、“结果无价值”、“（非）亲告罪”、“形式的违法性”、“责任阻却事由”、“（非）隔隙犯”8 个词没有在任何刑事裁判文书中出现。“实质的违法性”在 3 篇裁判文书中出现，运用频率低至忽略不计。“期待可能性”被运用在 42 篇裁判文书当中，运用频率约为 0.001%。

可见，对于本身存在争议、概念过于繁杂的犯罪构成词语几乎不会被运用在刑事裁判文书当中。

通过笔者的检索分析，不难看出不论是“犯罪构成理论”这一总括性概念的运用，还是其下位的、更具体的词语概念的运用；不论是常用的犯罪构成理论词语，还是高阶的概念，被运用在我国刑事裁判文书当中的频率都是非常低的。而在这些数量很小的裁判文书中，能够比较准确理解并运用这些犯罪构成理论概念的并不占多数。

**4.对调查问卷数据与裁判文书检索数据之间误差的修正与说明**

通过发放调查问卷所采集到的数据显示，绝大多数法官都会将犯罪构成理论写入到裁判文书当中；但对中国裁判文书网上的检索数据的分析又显示，在裁判文书中运用到犯罪构成理论中的词语的法官又相对较少。鉴于二者之间存在的巨大误差，笔者针对这一问题与参加了调研的法官展开了探讨。

经了解，根据《人民法院诉讼文书立卷归档办法》第四条的规定，人民法院的各类诉讼文书，应按照利于保密、方便利用的原则，分别立为正卷和副卷。其中，正卷又称外卷，按照诉讼程序的客观进程形成文书时间的自然顺序，兼顾文件之间的有机联系进行排列，便于查找利用；副卷又称内卷，收录一些不宜对外公开的材料，其内容主要是法官对案件的了解、定性的具体过程。即正卷记录的是外化为诉讼程序的审理过程，而内卷更多记录的是法官认定行为是否构成犯罪的内心确证。

许多不会将犯罪构成理论写入到最终的裁判文书当中的法官表示，他们都会在副卷的审理报告中运用犯罪构成理论对认定犯罪的过程做详细的阐述，将自己的内心确证转化为文字表述出来。而那些将犯罪构成理论体现在裁判文书里的法官，也有不少表示在审理报告中对犯罪构成理论运用的论述，要比在裁判文书中的论述更为详细和具体。笔者在调研过程中也发现，由于副卷的审理报告是撰写最终裁判文书的重要根据，也是需要接受审查、载入卷宗、正式归档的重要内容，多数案件的审理报告与裁判文书的内容大同小异，只是在具体说理部分存在着详略的差别。许多法官都将副卷（内卷）中的审理报告等内容视同为正卷（外卷）中的裁判文书，因此导致调查问卷当中收集到的数据所显示出来的将犯罪构成理论写入裁判文书的比例要相对大些。

此外，中国裁判文书网开始收录裁判文书的时间较晚，数年前的裁判文书并未被收录；而参与调研的法官资历都较深，他们的刑事审判实践经历的开始时间与中国裁判文书网当中收录的最早的裁判文书之间存在着一定的时间差，这也会导致两项数据之间存在着误差。而法官在接受调研时，因可选范围较小，也可能存在着只 1～2 次地将犯罪构成理论写进裁判文书中，但仍会选择“既会在认定犯罪时运用，也会写入裁判文书”的选项，进而带来一定的误差。

在此，笔者对法官是否会将犯罪构成理论写入裁判文书中这一数据做出修正和说明——犯罪构成理论被正式写入到正卷的裁判文书当中的频率较低；而其被运用到副卷的审理报告当中的频率相对较高，运用的法官人数也占相对较大的比例。

### （四）对调研结果的初步分析

笔者通过访谈、调查问卷、数据检索等方式，对犯罪构成理论在我国刑事审判中的运用展开调研，现将调研结果初步整理分析如下：

第一，犯罪构成理论已经被法官普遍熟知。

在进行访谈和填写调查问卷的法官中，绝大多数的法官都接受过系统的犯罪构成理论学习，少数没有系统学习过的法官在刑事审判实践中较为积极地运用着犯罪构成理论；即便是极个别没有在审判实践中运用到犯罪构成理论的法官，也表示自己对犯罪构成理论有过较为系统的学习。可见，不论是接受访谈的法官还是填写调查问卷的法官，不论是资深的法官还是新晋的法官，他们无一例外都对犯罪构成理论具有基本的认知，可以说，犯罪构成理论在刑事法官当中基本实现了普及。

第二，犯罪构成理论已经在刑事审判实践中得到广泛运用。

根据对法官的访谈和调查问卷的回馈情况，如果不区分哪种犯罪构成理论、不划分在什么样的案件中、不探讨通过什么样的方法、具体如何运用等问题，也不关注法官们是否会将犯罪构成理论写入裁判文书当中，甚至不问到底是内心确证时的运用还是外化到诉讼程序当中的运用，而只是非常笼统地将所有在刑事审判实践中运用过、或坚持运用的法官进行统计。这种“运用”固然过于抽象和宏观，但笔者认为犯罪构成理论的运用不应当过于形式化，因此将法官在刑事审判实践中所有的运用可能都囊括其中。而收

集到的数据也显示，基本上所有的法官都表示会在自己的审判实践中运用到犯罪构成理论。可见，犯罪构成理论在刑事审判实践中的运用已经十分广泛。

第三，法官在刑事审判实践中运用犯罪构成理论时几乎不区分具体哪种理论。

法官们表示，他们在学习或培训当中接受到的犯罪构成理论主要是目前我国的通行的“四要件”模式，因此在刑事审判实践中不会刻意区分各种不同的理论模式。并且即使是运用“四要件”模式的犯罪构成理论也不会完全严格按照四个要件进行全面的认定，至少不会将大量的功夫花费在客体要件。多数法官还是就行为本身以及行为人的主观犯意展开分析，而这些内容不论在哪种理论模式中都是十分重要的部分，因此在刑事审判实践中区分不同的理论模式是没有必要的，法官也不会因为运用犯罪构成理论刻意将简单的案件复杂化。

第四，法官在运用犯罪构成理论时基本不会按照其既定的逻辑顺序展开。

多数法官在访谈时表示，刑事审判实践与刑法理论的学习是不一样的，他们在审判实践中对于犯罪构成理论的运用并不是格式化的，很少有法官会按照犯罪构成理论既定的逻辑结构和顺序，完整地对行为展开认定。尤其是遵循我国通行的“四要件”犯罪构成理论的法官在这一点上表现地更为明显。法官们都提出，在刑事审判实践中认定行为是否构成犯罪最先关注的是主体，如果主体不适格其他内容也就不再探讨。此外，对于没有争议的构成要件要素法官也不会给予过多的关注，仅对那些存在疑问的构成要件要素更多的思考。可以说，法官在刑事审判实践中对犯罪构成理论的运用会选择最为便捷的方式，很少会严格按照其既定的逻辑结构和顺序展开运用。

应当说，笔者的调研结果从实证角度印证了我国刑法学者陈忠林教授的观点。陈忠林教授曾经指出，我国刑法学界与司法界都认为“四要件”体系的构成理论在实践中很管用。其实，所谓这个体系在实践中“很管用”，并不是因为审判实践可能按照这个体系的逻辑顺序正确认定犯罪；而是在认定犯罪时，审判人员在坚持这个体系中包含合理因素（即犯罪成立必须具备的全部要件）的同时，抛弃了这个体系的逻辑错误的结果。无论是逻辑上，还是事实上，要认定行为人对事实的故意或者过失，都只有先认定行为人的责任能力之后才有可能。[③]

第五，犯罪构成理论中成熟的概念与刑事法律规范所规定的犯罪成立条件能够高度融合。

通过对 50 个常用犯罪构成理论名词的检索可以看出，虽然这些词语在裁判文书中的运用频率较低，但这 50 个词语基本上都被运用过，这足以说明这些概念和内容其实已经被一部分法官作为认定犯罪的依据所接受。许多裁判文书在运用这些词语时很多都没有作出详细具体的说理解释，但这同时也反映出这些成熟、常用的概念实际上已经实现了与刑法规范所规定的犯罪成立条件的高度融合，以致在运用时不需要做出特殊的解释也能够被人们所理解和接受。在填写问卷的法官中，多数法官也表示，犯罪构成理论中较为成熟的内容其实在刑法规范中都有相关的规定，特别是不存在争议的概念都可以在刑事法律规范中找到依据。

第六，法官在刑事审判实践中基本不会运用犯罪构成理论中有争议的概念。

通过 10 个高阶犯罪构成理论词语的检索不难发现，对于存有较大争议的概念，如“客观超过要素”、“主观超过要素”等词语，法官在刑事审判实践中基本不会运用。而在访谈中，法官们也表示对于存有争议的概念首先在刑法典中找依据，然后在司法解释中找依据，接下来是参考相关的法规。如果这些法律规范依然不能提供足够的说服力，那么部分的法官会参考之前、或其他省市类似的案例；而少数法官表示他们确实会参考

犯罪构成理论当中不同学者提出的观点，但这些法官也明确提出参考有争议的观点仅仅是为了开拓思路，不可能将这些观点切实地运用到刑事审判实践当中，尤其不能出现在最终的裁判文书当中。

第七，对于刑事审判实践中的疑难复杂案件，法官基本都会用到犯罪构成理论帮助推导判断。

刑事审判实践中，一部分法官们会在所有的案件里都运用犯罪构成理论，而另一部分法官则只针对疑难复杂案件运用。但所有案件与疑难复杂案件实际上是包含与被包含的关系，不论法官们是否会在所有的案件中都运用到犯罪构成理论，在疑难复杂的案件中，法官基本都会借助犯罪构成理论帮助认定。在刑事审判实践中，对于这些疑难复杂的案件，参与审理的法官都会在合议庭当中展开激烈地探讨，虽然法官们可能会持有不同的观点，但多数的法官都表示借助犯罪构成理论提出的看法往往会被合议庭最终采纳。可见，法官基本都会借助犯罪构成理论去解决刑事审判实践中的疑难复杂案件。

第八，对于刑事审判实践中的简单的案件，只有部分法官会用到犯罪构成理论。

首先，笔者应当在此对“简单案件”进行说明。不同级别的人民法院因管辖范围不同，受理案件的难易及复杂程度自然也有所不同。从各级法院所涉及到的案件种类和内容来看，基层人民法院的“简单案件”与中级人民法院、高级人民法院的“简单案件”实际上并不属于同一评价体系上。

基层人民法院所接受的案件量非常大，类型又十分繁杂，对于“简单案件”通常经过简易程序就能审结，既节省时间、又节约司法成本。这类案件如果被告人不上诉、检察院不抗诉，基本一审判决就能够生效，因此基层法院的“简单案件”大部分都不会出现在中院法官所受理的案卷当中，更不会被高院法官所接触到。同样的，高级人民法院所审理案件中，能够称之为“简单”的案件，自然也不是盗窃几千元，被判处三年以下有期徒刑之类的案件。因此，极有可能基层人民法院法官所认为的“疑难案件”，反而是中级人民法院法官认为的“简单案件”；而在高院法官看来是“简单”的案件，在中院法官看来却是“疑难案件”。如果将基层人民法院法官的评价标准运用到中院和高院的法官，那么就意味着级别越高、“简单案件”越少，甚至可以说高院的案件基本都是较为复杂的案件。必须要说明的是，并不是说基层人民法院接触的案件都是简单案件，而是从简单案件在所有案件中所占的比例来看，简单案件在基层法院所占的比例大于中院和高院。

其次，从调研结果中可以看到，包括简单案件中都会运用到犯罪构成理论的法官人数所占的比例呈现出基层法院和高级法院之间相差不大，而它们又都大于中级法院法官人数所占比例的情形。换言之，基层法院和高院会在简单案件中都运用犯罪构成 理论的法官要比中院在简单案件中运用的人多。出现这一现象也是由于三级法院的受案范围的差异所造成的。由于基层人民法院接案量大、类型杂，虽然有不少简单案件，但同样也有大量的疑难案件要经基层法院审理；高级法院接触的案件虽然比基层法院量少，但每一个案件都可谓疑难复杂；相较之下，中级法院则中和基层法院与高级法院的特点，案件量和类型杂不及基层人民法院，但又不像高级法院全都是疑难复杂案件，也受理了不少因被告人上诉的简单案件。因此，基层法院与高级法院在所有案件中都运用犯罪构成理论的法官人数会高于中院的法官人数。

但不论对“简单案件”如何定义，都可以肯定的是，并不是所有法官都会将犯罪构成理论运用到所有案件中去；而对于那些刑事审判中真正意义上的简单案件，会运用犯罪构成理论的法官并不多，只有一部分法官会用到。

第九，在刑事审判实践中犯罪构成理论仅被作为参考进行运用，认定犯罪主要还是依靠刑法规范进行。

不论是在访谈还是在问卷中，法官们都表示，犯罪构成理论虽然对正确认定犯罪有着很重要的作用，但也仅能作为在运用刑法规范之外的一种参考。绝大多数法官虽然提出他们对于犯罪构成理论的运用在最初接触案件时就已经开始，但仅是借助犯罪构成理论对行为做一个初步的、直观的认定，如果该行为初步被认为是符合犯罪构成的，再借助刑法规范展开详细地、具体地分析。只有当刑法规范、司法解释确实无法解决问题时，才运用犯罪构成理论的进行深入分析。许多法官认为如果将犯罪构成理论直接视为定罪依据，反而会使简单的案件复杂化，同时还会使得裁判文书写得更加繁复。也有法官指出，犯罪构成理论的成熟内容其实在刑法总则和具体条文中都可以找到相应依据，只要依照刑法规范直接认定犯罪即可，犯罪构成理论只能作为参考。

第十，犯罪构成理论已经影响到了法官在刑事审判实践中的思考习惯。

基本上所有在刑事审判当中运用犯罪构成理论的法官，都不是在被动的情况下才选择去运用的。至少有一半的法官则是自己主动选择运用犯罪构成理论的；而另一半的法官是在犯罪构成理论的潜移默化地影响下、不由自主地就运用了犯罪构成理论。可见犯罪构成理论已经被法官所普遍接受，不论是主动选择也好、还是不由自主运用也罢，都已经在不知不觉中影响到了法官的思考习惯，成为法官刑事审判实践中认定行为是否构成犯罪过程中不可或缺的一部分。

第十一，犯罪构成理论虽然在审判实践中运用广泛，但较少被法官写入正卷的裁判文书中，而相对较多地体现在副卷的审理报告中。

虽然调查问卷的结果显示，超过一半的法官会将犯罪构成理论写入裁判文书当中，但在这里笔者并没有排除掉那些刑法规范中本来就具有、在犯罪构成理论中也十分重要的概念，如犯罪故意、刑事责任年龄等。这些与刑法规定的成立犯罪的条件高度融合的概念很难在调研过程中被完全地剔除出去，因此还要结合裁判文书中的词语检索结果进行分析。通过检索得到的数据不难发现，虽然许多常用词语都被运用到，有些词语也被运用上万次，但在所有裁判文书中的运用频率仍然很低，高阶复杂的词语更是无人问津。申言之，犯罪构成理论还较少地被写入裁判文书当中。但在访谈过程中也了解到，绝大多数法官会在副卷的审理报告当中更为详细具体地阐述认定过程，在说理部分也会更多地运用到犯罪构成理论，特别是不宜在对外公布的裁判文书中提及或过多提及的部分，都会在审理报告中详加论述。法官们指出，在向被告人宣判的裁判文书中，首先不应当出现不同犯罪构成理论中的不同观点，这容易造成被告人的误解，危害司法权威；其次过于理论化的用语不利于被告人、被害人及民众的理解，不能使他们对案件的审理及裁判产生认同，也会影响到法律发挥预防和规训的作用。因此，对外的裁判文书和对内的审理报告中的说理部分，在运用犯罪构成理论时做了不同处理。

第十二，目前我国刑事审判实践中法官运用犯罪构成理论也存在常识性错误。

从对刑事裁判文书中运用的“犯罪构成理论”一词的检索情况可以发现，法官们在运用犯罪构成理论时存在着许多问题。能够准确运用这一个词的法官其实并不占多数，更难保证运用其他概念时的准确率。而在调查问卷的中，也有法官作出这样的表述：“犯罪构成理论是刑事犯罪要件构成的基础”、“犯罪构成理论是犯罪的基本理论”、“犯罪构成理论是区分罪与非罪的基础”等。这些表述实际上都存在着一定的问题，例如犯罪构成理论对于区分罪与非罪是具有重要的作用，但并不是基础，区分罪与非罪的基础仍然应当是刑法规定的犯罪成立条件。可见，部分法官们虽然会在刑事审判实践中运用犯罪

构成理论，但对于其概念还欠缺十分深入和准确的理解，少数法官在运用时还存在常识性错误。

调研结果显示，虽然犯罪构成理论在刑事审判实践中得到了较为广泛的运用，但“广泛”并不代表着每一位法官、每一个案件、每一部分流程都会运用；目前的运用仍然仅限于那些与刑法规定的犯罪成立条件高度融合的理论概念，在部分案件中的某些环节仅作为参考加以运用；并且部分法官对于犯罪构成理论的理解和认识不充分，也使得这种运用不够深入和准确。

## 三、犯罪构成理论在刑事审判中的运用仍然具有无法弥补的缺陷

对于法官而言，虽然犯罪构成理论有着这样那样的重要作用，但在刑事审判实践中处于主导作用的仍然是刑法规范；法官可能会出于帮助推导、解决疑难案件的需求选择运用犯罪构成理论，但只要最终依靠刑法规范、司法解释等将问题解决，即使法官不运用犯罪构成理论，也无可厚非；更何况有些法官对犯罪构成错误或有偏差的运用，反而不能使之充分发挥作用。因此，犯罪构成理论即使能够得到较为广泛地运用，但它在刑事审判实践中的地位远不能与刑法规范相比。

### 1. 犯罪构成理论不能替代刑法规定的犯罪成立条件

虽然，犯罪构成理论来源于刑法规定的犯罪成立条件，也能够帮助理解大部分罪名但并不能解释刑法规定的所有犯罪行为。其中最为典型的就是法律拟制的条文。

法律拟制，是将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。[④]在我国刑法条文中最具有代表性的是以下几种：

第一，以故意伤害罪、故意杀人罪认定的行为。

例如，非法拘禁过程中，使用暴力致人伤残、死亡的，按照故意伤害罪、故意杀人罪论处。但此处没有任何犯罪构成理论能够很好地解释刑法规范中的表述。笔者认为，使用暴力确实具有伤害的故意，因此，暴力致人伤残的以故意伤害罪认定是符合主观方面要件的；但使用暴力致人死亡却是无法用故意杀人罪的犯罪构成要件进行理解。在刑法中规定的“致人死亡”，一般而言对于死亡结果的发生是出于过失，即行为人并没有希望该种损害结果发生的故意。在犯罪构成理论中，故意杀人罪的主观方面要求行为人具有杀人的故意。但在非法拘禁中使用暴力致人死亡的情形更接近于故意伤害致人死亡，虽然行为人有使用暴力的故意，却没有杀人的故意。因此在非法拘禁过程中使用暴力致人死亡的，实际上并不符合故意杀人罪的构成要件。进而，从犯罪客观方面分析，这里所使用的“暴力”是超过了非法拘禁他人时所必需的暴力，因此超越了非法拘禁罪中客观方面的范围。此处造成的危害结果必须达到致人伤残的程度，才能以故意伤害罪论处。但故意伤害罪客观方面要件只要轻伤就可以加以认定，重伤只是加重的结果，因此，非法拘禁中的暴力行为与故意伤害罪的客观要件不完全一致。可见，故意伤害罪、故意杀人罪的犯罪构成要件并不能完全适用于刑法第二百三十八条中非法拘禁中暴力致残、致死的情形，但遵照法律条文，仍然以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

再如，刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人，致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪论处。这一条款的规定与非法拘禁中使用暴力致残、致死的情况很相似，但更为严厉。在非法拘禁罪中，因拘禁行为致伤、致死的，只作为非法拘禁罪的结果加重犯认定，只有使用了暴力才转化为故意伤害、故意杀人罪；而刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人的，则并不要求行为人使用超越了刑讯、取证、虐待之外的暴力，只要在此过程中致伤、致死，都直接认定为故意伤害、故意杀人罪。而事实上，对于“致人伤残、

死亡”结果的发生是出于行为人的过失，而非故意；如果行为人在刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人过程中，故意杀人的，则应当以故意杀人罪单独定罪，与刑讯逼供罪、暴力取证罪或虐待被监管人罪数罪并罚。因此，刑法第二百四十七条、二百四十八条关于刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人致残、致死的情形也并不能运用犯罪构成理论进行解释。

第二，以抢劫罪认定的行为。刑法第二百六十九条规定的转化型抢劫——犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，按照抢劫罪的规定定罪处罚。抢劫罪的犯罪构成要件客观方面中，强调两个“当场”，即当场使用暴力、胁迫或其他方法，当场劫取公私财物。而转化型抢劫中，行为人当场使用暴力或者以暴力相威胁的目的，是为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证。严格来讲，盗窃、诈骗、抢夺的行为实际已经完成了，窝藏赃物、毁灭罪证属于事后不可罚的行为。因此，很难说转化型抢劫满足了抢劫罪构成要件中两个“当场”的要求，但根据法律的规定，仍然以抢劫罪论处。

第三，以窝藏、包庇罪认定的行为。刑法第三百六十二条规定，旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照窝藏、包庇罪的规定定罪处罚。但是按照窝藏、包庇罪的规定，行为对象应当是犯罪的人；但通风报信的对象却既包含了卖淫嫖娼的违法分子，也包含了组织、强迫、容留卖淫等的犯罪分子。针对违法分子的行为实际上并不符合窝藏、包庇罪的犯罪构成要件，但按照条文规定应当做出认定。

不难看出，犯罪构成理论实际上并不适用于法律拟制条文中的罪名认定。即使这样，在刑事审判实践中，这种不适用犯罪构成理论的情形也并不会影响到定罪量刑。以转化型抢劫行为为例，认为如果行为人不是在非法取得财物后出于窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证的目的而实施暴力，或以暴力相威胁，则不能按照转化型抢劫罪论处，而应当直接适用抢劫罪定罪处罚。[⑤]不论是适用转化型抢劫罪，还是直接适用抢劫罪，其实不会导致定罪量刑实质上的不同。[⑥]可见，犯罪构成理论源于对刑法规定的犯罪成立条件，但并不能够解释和理解所有的刑法规定。

**2. 犯罪构成理论指导刑事审判的局限性**

犯罪构成理论可以指导刑事审判，但也存在一定的局限性，在刑事审判实践中存在着行为完全符合犯罪构成要件，但最终并不应当将其认定为犯罪的情形。

例如，2016 年 12 月 27 日一审宣判的赵春华案，就因判决有违情理而引发了社会上的广泛关注和探讨。51 岁的赵春华，家住天津市河北区，2016 年 8 月至 10 月 12 日间，在街边摆设射击摊位进行营利活动。射击摊位上有 9 支枪形物及相关枪支配件、塑料弹，经鉴定其中 6 支为能正常发射、以压缩气体为动力的枪支。天津市河北区法院一审判决赵春华犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑三年六个月。2017 年 1 月 26 日天津市第一中级人民法院二审宣判，认为赵春华的行为已经构成非法持有枪支罪且情节严重，原审法院的定罪准确；但赵春华的行为社会危害性相对较小、主观恶性和人身危险性相对较低，并且具有坦白和悔罪情节，所以撤销原审量刑部分，改判缓刑。笔者认为，认定赵春华的行为构成非法持有枪支罪是不恰当的。首先，法院认定赵春华所持有的枪形物中的 6 支为枪支的根据是 2010 年公安部印发的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》，规定中写明“对不能发射制式弹药的非制式枪支，当所发射弹丸的枪口比动能大于等于 1.8 焦耳/平方厘米时，一律认定为枪支。”但近年来，1.8 焦耳/平方厘米的标准一直饱受争议，被认为过低、与 0 几乎没有分别，不合常识。其次，即使这 6 支枪形物符合枪

支的标准，但赵春华本身并没有危害社会的故意，而是为了盈利谋生；摆设射击摊位进行的活动，用常识都能将其判断为玩具枪，使社会处于危险状态的可能性也不大。最后，摆设射击摊位是生活中最常见的营利活动，在摊位上应当使用什么规格的枪形物，不能靠个人自己进行判断，而应当有相关的部门进行统一的规制管理。如果在长期缺乏监管的情况下，要求当事人对自己的行为的违法性形成准确认知，显然不够合理。笔者认为，赵春华的行为不构成犯罪。

可见，符合犯罪构成理论的行为在刑事审判中不一定就会被认定为犯罪，审判实践中还要考虑情理等许多因素，如果法官在审判中只论合法、不讲情理，每一个此类案件都立案并且判决有罪，难免矫枉过正之嫌，不仅会增加司法成本，还会造成民众的恐慌和对法院、刑法的不满，反而会影响法律权威、危害社会稳定。

犯罪构成理论指导刑事审判，而这种指导主要体现在刑法规定的犯罪成立条件不够直观，而现实的中的犯罪行为又较为复杂的案件当中；在日常的刑事审判实践中，多数犯罪的表现形式比较单一、行为模式简单，许多案件可以直接适用刑法规范进行审判，就不必多此一举的运用犯罪构成理论。

## 四、结论

犯罪构成理论对刑事审判实践具有指导的作用，但也存在难以避免的局限性，更不可能具有代替刑法规范的可能性。我们能够从刑法规范规定的犯罪成立条件中提炼总结、推导架构出犯罪构成理论，但却无法百分之百地根据犯罪构成理论确定犯罪成立。从逻辑学的角度讲，犯罪构成理论是条件，犯罪成立是结论，由犯罪构成理论不能推出犯罪成立，但由犯罪成立能够推出犯罪构成理论，可见，犯罪构成理论应当是犯罪成立的必要不充分条件。正如陈忠林教授在其《现行犯罪构成理论共性比较》一文中的观点：“即使现行的犯罪构成理论是一种标准，它只能是认定犯罪成立必要条件的标准，而不是犯罪成立充分条件的标准。”因此，刑事审判实践中，仍然应当以刑法规范为基本依据，紧密结合犯罪本质，对行为进行全面深入的分析；运用犯罪构成理论也不能出离刑法规范的范围，并且应当更多地体现在法官思考习惯的培养和运用当中。只有这样，才能尽可能发挥刑法惩罚犯罪与保障人权的作用。

此外，关于犯罪构成理论在刑事审判实践中的运用研究目前在我国确属一片空白，笔者初次尝试对该内容展开研究，在研究方法、研究思路等方面都存在着不足，研究结论及提出的建议也不甚成熟，希望各位读者不吝赐教、多多批判指正。

## 参考文献

[1] 费尔巴哈.刑法教科书[A].徐久生译.中国方正出版社,2010.

[2] 本文将“犯罪构成”与“犯罪构成理论”做同一概念理解

[3] 陈忠林.现行犯罪构成理论共性比较[J].现代法学,2010,01:159-169.

[4] 周光权.犯罪构成理论与价值评价的关系[J].环球法律评论,2003,(03):296-302.

[5] 陈忠林.刑法散得集.重庆大学出版社,2012,06:134-135.

[6] 刘凤科.刘凤科讲刑法.中国政法大学,2015:182.

[7] 陈忠林.刑法分论.第2版.北京.高等教育出版社,2012:216.

# 我国腐败犯罪状况的实证研究
## ——以新型客观测量模式的引入为研究视角

梅 锦*

（江南大学法学院　无锡 214122）

【内容摘要】腐败犯罪的实证研究是有效打击和预防腐败的前提。客观测量是我国学界对腐败状况进行实证研究的主要方法，但现有客观测量的标准不够合理，且调查资料的收集不够全面、准确，研究结论的可信度值得商榷。文章以中国裁判文书网公布的司法文书为调查的数据来源，不再以特定腐败犯罪的“立案数”、“涉案人数”等作为参数标准，而是以“相对测量”为理论基础，以“潜伏期”、“数额”、“次数”三个核心参数来重新构建客观测量标准，既可消解腐败实际状况与打击腐败努力之间的矛盾，也能够对我国不同时期、地区、行业的腐败状况进行更合理、全面的分析。运用新型客观测量标准，以“贿赂、贪污、挪用公款”三类典型的腐败犯罪为分析依托，对沈阳、广州等六个副省级城市 2013—2016 年的司法数据进行统计，可以发现西安地区的廉洁状况最好、南京地区的腐败状况最严重；而整体的数据则显示我国近年来的腐败形势在逐步好转。

【关键词】腐败犯罪；实证研究；客观测量；相对测量

腐败是全人类的公敌，而腐败犯罪作为腐败的极端表现形式，一直是世界各国关注的焦点。我国自“十八大”以来对腐败犯罪的打击已经取得了令人瞩目的成就，但如何对腐败犯罪进行更深层次的打击与防范仍是我国当下及今后较长一段时期内关注的重点。对腐败犯罪的打击和预防固然重要，但首先应对我国的腐败犯罪状况有个较为客观的了解，如此才能“对症下药”，达到事半功倍的效果。但我国学界长久以来，存在着“重理论研究、轻实证分析”的现象，对腐败犯罪的实证研究近十多年来才为我国学者所逐步重视，但既有的研究多局限于方法论的尝试和定性分析，缺乏有力的定量分析；以“透明国际”为代表的国外机构也一直活跃于各国腐败状况的研究，但透明国际对我国腐败状况的评估与民众的感知存在较大的差异，如根据该机构的统计，我国近十年来（尤其是近五年来）的社会腐败状况在整体上呈恶化趋势，具体数据见“表 1”①。

表 1 我国近十年来的清廉指数得分与排名

| | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 得分 | 3.5 | 3.6 | 3.6 | 3.5 | 3.6 | 39 | 40 | 36 | 37 | 40 | 41 |
| 排名 | 72 | 72 | 79 | 78 | 75 | 80 | 80 | 100 | 83 | 79 | 77 |
| 上榜国家或地区数 | 179 | 180 | 180 | 178 | 183 | 176 | 177 | 175 | 168 | 178 | 180 |

要探究我国腐败犯罪的实证状况，必须要立足我国的国情，充分挖掘本土资源，建构能够有效反映我国腐败犯罪状况的新型实证模型。对此，本文首先对国内外既有的实证研究状况进行分析；再论证本文所采用的新型客观测量标准，最后选取 15 个副省级

* 梅锦，男，江南大学法学院副教授，主要从事刑法理论方面的研究。

① 该统计数据来源于透明国际清廉指数报告所公布的数值，https://www.transparency.org/。

城市中 6 个具有代表性的城市进行分析，来探明上述地区的腐败状况，并以此为基础来对我国近年来的社会整体腐败状况进行评估。

## 一、现有腐败测量方法分析

腐败犯罪的测量方法包括客观测量和主观测量两种。所谓客观测量主要是通过对社会中现有腐败犯罪案件的统计分析来评价腐败犯罪状况；主观测量则主要是通过问卷调查、实地访谈等方法来考察社会民众对腐败犯罪的评价。

### （一）国外测量方法分析

国外早期测量腐败犯罪的方法以客观测量为主，意大利刑法学菲利早在 19 世纪中后期在其《犯罪社会学》一书中就大量采用了客观测量方法对法国、意大利等多个欧洲国家的腐败犯罪、侵犯人身权犯罪、政治犯罪等多种犯罪类型进行了不同时期、国别的比较。近年来，西方国家对腐败犯罪的研究已经转向以主观测量为主，其中以“透明国际”为代表。作为一个监察贪污腐败的非政府间国际组织，“透明国际”以“清廉指数（CPI）”为主、“行贿指数（BPI）”为辅，对各国的腐败状况进行一定的统计分析并最终排名。国际透明组织的数据来源于两大类，一类是涉外人士或海外移民对一国腐败状况的的评估，这部分数据主要采用“政治与经济风险顾问公司（PERC）”、“自由之家（FH）”、“哥伦比亚大学（CU）”等机构所作的调查；另一类是当地居民对本国腐败状况的自我评价数据，主要采用“洛桑管理发展学院（IMD）”、“世界经济论坛（WEF）”等机构所作的调查。透明国际发布的各国清廉状况排名，对于在一定程度上了解各国的腐败状况具有积极意义，但这种研究方法及廉洁排名对于了解我国真实的腐败状况并不合适。理由主要有两个方面：

1、国际透明组织所采用的主观测量方法本身存在较大问题

“CPI”是透明国际评估各国腐败状况的主要依据，但“CPI”本身则受到了诸多长期研究腐败状况的西方学者自己的批评。焦点主要集中在两个方面：一是针对腐败本身的认知。对腐败的有效认知是准确测量腐败的前提，但透明国际自身并没有对腐败进行明确的界定，其调查结论则是来源于受调查群体对腐败的自我感受，且没有对这种差异感受下的数据进行区别处理。实际上如何给腐败下定义是学者间公认的一大难题，“不仅不同的民族和文化对腐败作出不同解释，而且在一种特定文化内，不同群体可能对腐败有不同理解”[①]。Vittal N 教授将腐败定义为“公共权力的滥用以获得私人利润”[②]；这个定义曾被广泛沿用，并被“世界银行”等机构所认可，但批评之处在于，腐败所包含的范围过窄，忽略了私人部门中的腐败以及不直接涉及个人利益的腐败。因此“McCoy”等人指出，腐败除了上述行为，还包括“违背道德、非法资产的累积、政治裙带关系、任人唯亲、滥用竞选资金、黑市活动和其他活动”[③]，但这种列举式定义法同样受到列举范围不全面的质疑。有学者从分类的角度对腐败进行定义，如 Heidenheimer 等人将腐败分为三类，即“以公职部门为中心的定义；以市场为中心的定义；以公共利益为中心的定义”[④]，但“公职部门、公共利益”的边界在哪里同样产生分歧。

---

① ［澳］霍姆斯：“论腐败的定义”，载《国外社会科学文摘》1998 年第 7 期。

② Vittal N. Corruption and the State[J]. Harvard International Review, 2001, 23(3):20-25.

③ McCoy J，Heckel，Heather. The Emergence of a Global Anti-Corruption Norm[J]. International Politics，2001, 38：65-90.

④ Heidenheimer A J. Johnston M.Political Corruption: Concepts and Contexts[M]. New Jersey:Transaction Publishers, 2002:3-14.

二是针对主观测量方法的可信度。关于主观测量的可信度问题也受到学界的广范质疑：Tanzi 认为“基于问卷的调查，只是测量‘腐败感知’而非‘腐败本身’”[①]；“这种作为 CPI 和 BPI 基础的感知，可能是基于实际的经历，但它们也可能仅仅是基于偏颇的小道传闻或媒体的哗众取宠”[②]；心理学的研究也表明民众的认知可能会产生“无意”的偏差，“如一起巨大腐败事件的被揭发，会使关于害怕受惩罚而减少腐败行为却可能导致民众对腐败感知的上升；而高调地通过没有强制力的新反腐败法律或行为准则，可能会减少腐败的印象却不能改变腐败的行为”[③]；相似的研究也指出，“如果一个人日常机会都不会考虑腐败，但突然被问及许多这方面的问题，他们的答案可能会夸大腐败在他们生活中的重要性”[④]。英国的弗雷德里克·加尔东教授则对 CPI 的缺陷作了较为全面的概括，并归结为七点：“①只惩罚受贿者，而不惩罚行贿者与袒护者；②国家覆盖面不定且无法控制；③样本带偏见性；④不准确且有时候是无知的信息来源；⑤对腐败的定义过于狭窄且不准确；⑥没有对腐败的趋势进行测量：不能奖励真正的改革者；⑦牵连效应——关于援助的限制性条款”[⑤]。此外，腐败犯罪调查中所采纳样本、被试者的国别、种族上的偏见、调查环境和提问方式的差异，以及对涉外部门腐败的评价能否代表一国整体的腐败状况等都受到学者的质疑[⑥]。

可见，不论是对于调查主题本身——腐败的理解，基于此所采集的数据样本的可信度还是对腐败测量所采用的方式都存在一定的不足，基于此所得出的腐败结论自然也令人难以信服。

2、国际透明组织的研究结论无助于解决中国当下的问题

即使不对国际透明组织关于腐败犯罪测量的可信度进行质疑，该研究结论仍然难以满足我国当下对腐败状况评估的需要，从根本上无助于解决中国自身的问题。其原因主要为两个方面：

其一，国际透明等西方组织对腐败的认知与我国当下的国情存在较大差异。“腐败是一个多义词，每一种含义都取决于它被使用时所处的特定的社会和政治背景”[⑦]，这种差异在中西方国家间表现地尤为突出。如上文所述，西方学者内部对于腐败的认知存在一定差异，但通常对于腐败的理解相较于我国更加宽泛，并且普遍将“政治腐败”作为腐败的一个重要方面加以研究；政治腐败又被某些学者称为“白色腐败”[⑧]，主要包括各类竞选中的徇私舞弊、滥用竞选资金、人事升迁中的裙带关系等等。我国学界通常将腐败作广义和狭义之分，“广义的腐败泛指一切背离公权力宗旨、效率及公认行为规

① Tanzi,Vito. Corruption Around the World：Causes, Consequences, Scope and Cures[J]. IMF Staff Papers, International Monetary Fund, 1998, 45(4):559-594.

② William De Maria. Measurements and markets: deconstructing the corruption perception index[J]. International Journal of Public Sector Management, 2008, 21(7):761-777.

③ Miller, William L. A Culture of Corruption: Coping with Government in Post-communist Europe[M]. Budapest: Central European University Press, 2001:213.

④ Gole, Juliet S. Public Opinion polls as an Anti-corruption Technique[J]. LGI Newsletter, Local Government and Public Service Reform Initiative of the Open Society Institute,1999, 1(1):1-2.

⑤［英]弗雷德里克·加尔：“测量不能测量的——（宏观）腐败指标的边界与功能”，载《测量腐败》，李泉译，中山大学出版社 2016 年版，第 101 页。

⑥ 相关的内容可见，Lambsdorff, Johann Graf. Background Paper to the 2001 Corruptions Perceptions IndexTransparency International and Gottingen University [C]. June 2001:3；Aidt T. Economic Analysis of Corrupion: A Survey [J]. The Economic Journal, 2003,113:632-651。

⑦ Ades, Alberto, Di Tella. The New Economics of Corruption[J]. Political Studies, 1997, 45(3):496-515

⑧ White，Gordon. Corruption and the Transition from Socialism in China[J]. Journal of Law and Society. 1996，23(1):149-69.

范的不当行使权力的行为，狭义的腐败是指公职人员为谋取私人利益而滥用公权力的行为”[①]，狭义的腐败的本质在于“以权谋私”。显然，在我国当前公权力腐败对社会的危害性最大，是我国当前腐败研究的焦点，而所谓的“政治腐败”尚不是我国腐败领域研究所关注的方向。从某种意义上而言，西方学者对腐败内涵研究的广度和深度比我国更进一步，但研究结论并不适用于我国当下的国情，因此，本文主要是在狭义的层面探讨我国的腐败犯罪状况。

其二，国际透明组织对腐败的研究结论过于宽泛，难以满足我国当下对中国腐败的认知要求。国际透明组织通过对收集的数据进行加权分值的方法对各国的清廉程度在“0~10”间确定一定的分值（2013 年起，由十分制改为百分制），并进行最终的排名，得分越低则表明腐败越严重。如根据 2016 年廉洁指数的最新排名，中国大陆得分为 40，在 177 个国家和地区中和巴西、印度并列第 79 位。从透明国际的研究中，只能得知中国在某一年度的排名和得分状况，无助于对中国的腐败进行深入的了解。实际上，对腐败犯罪的实证研究本身只是手段，其最终要为有效的打击和预防犯罪进行服务。这就需要能够对中国不同时期、地区、行业、主体的腐败犯罪状况能够一个较为全面的评估。很显然，透明国际对腐败犯罪的排名虽能博人眼球，但并不满足我国当下对腐败的认知需求。

### （二）国内测量方法分析

国内对腐败犯罪的实证研究包括主观测量、客观测量和主客观相统一测量三种。就主观测量的方法而言，我国多数学者多借用或参考“透明国际”所采用的腐败“感知测量法”；其中任建明教授的“行为测量法”是一个突破，即以特定行为人所真实经历的（包括参与或看见的）腐败行为进行测量而不再依靠个人的主观感受[②]。但从整体来看，我国当前基本处于测量方法可行性的论证和小规模实践阶段，尚没有将主观测量方法付诸于大范围的实施，因而也谈不上对我国腐败状况的有效评估，实践中也是多借用透明国际等西方组织的调查结论。从应然意义上看，主观测量对于弥补客观测量中“犯罪黑数”的存在和资料样本的不足具有积极的意义，但就我国当下而言，我国尚没有较权威、统一的评价体系，也缺乏有公信力的社会组织参与，在当前及今后的一段时期内进行大规模主观测量的难度较大。

客观测量是我国学界当前进行腐败犯罪实证研究的主流方式。客观测量建立在对一定数据样本分析的基本之上。相对于主观测量而言，客观测量不受行为人的主观影响，测量结果在客观性上具有优势。但我国当前的客观测量研究在总体上却不够理想，原因主要可归结为以下两个方面：其一，客观测量标准不够合理。在既往的研究中，学者们通常会选取“立案数”、“涉案人数”、“涉案官员级别”等指标作为衡量腐败的标准，如有学者采用“城市每十万名公职人员中职务犯罪立案数来表示腐败的程度”[③]；有学者通过对“立案数”、“大案要案数”、“涉案人数”、“涉案金额”等客观指标的分析，把我国自建国以来的腐败状况分为“潜伏期”、“发生期”、“发展期”和“衰落期”四个阶段[④]。不可否认，“立案数”、“涉案人数”等指标确实能够在一定程度上反映特定时期的腐败状况，但这些指标与腐败犯罪的打击力度具有更加直接的联系。通常情况下，对腐败

① 邓杰、胡廷松：《反腐败的逻辑与制度》，北京大学出版社 2015 年版，第 3-4 页。

② 关于“行为测量”的具体内容，可见任建明：“廉政风险水平测量方法的研究”载《北京航空航天大学学报社会科学版》2013 年第 1 期。

③ 倪星、，陈姗姗：“经纪机构、制度安排与地区腐败——基于副省级城市 2000——2010 年的数据分析”，载《中山大学学报》（社会科学版）2013 年第 6 期。

④ 唐任伍、李立潇：“论新中国腐败周期的特点及原因”，载《吉首大学学报》（社会科学版）2012 年第 4 期。

犯罪的打击力度越强烈使得特定时期的腐败程度会降低，但却可能导致“立案数”等客观指标的急剧上升，以致出现社会腐败状况与打击腐败的努力严重背离的情形。因此，上述客观测量指标实际上并不能合理地反映社会在特定时期的腐败状况。对此，有学者曾明确指出，“众所周知，新加坡和中国香港都处于低腐败水平，但都有着最高的人均贿赂定罪率，既然如此，成功的检控不能被用作测量腐败的发生率或其程度”①。其二，评价样本的选取不够合理。有效的样本是进行实证研究的重要前提，但既往的研究通常在样本的选取上存在着问题：一是样本的选取量不足。囿于数据收集的困难，多数学者在客观测量的研究上往往局限于对某一地区、部门或特定等级官员的腐败案件进行分析，如有学者对我国十八大以来 83 名厅级以上官员的腐败样本进行了调查分析②，有学者对从 2002 年 11 月至 2014 年 4 月底间，104 个省部级官员的腐败案例进行了分析③。在这一类研究中，往往会对个案的分析较为详细，但个案或少数、特定群体的腐败状况并不能从整体上反映社会的腐败形势；二是样本的真实性有瑕疵。许多学者据以研究的数据来源于网络或媒体的报道，从效力层级上看，媒体报道的腐败案件材料已经属于“第三手资料”，样本的可信度本身往往存在问题，结论的可信度自然令人质疑。

主客观相统一测量，也被学者称为“体系性腐败测量”，即主要是通过选取一系列的主、客观测量指标来进行综合性的腐败评价。如过勇、宋伟提出，从腐败状况（过去时评价）、反腐败绩效（进行时评价）、腐败风险（将来时评价）三个维度进行腐败测量；在具体的测量指标体系中，一方面需要用人们对于腐败程度感知、反腐败满意度等主观指标予以评估，另一方面还需要通过查办案件数量、反腐败人员投入等客观指标来评估④。从应然意义上看，采用综合测量的方法能够克服主观或客观测量单一标准的缺陷，测量结论应当更加可信。但在实践中却难免出现以下一些问题：其一，传统测量方法的缺陷仍难避免。多维度的测量模型在本质上仍是主观测量与客观测量方法的结合。由于主、客观测量方法本身存在的巨大差异性，故在多维度的测量方法中仍需分别进行，如此主、客测量各自存在的缺陷也同样难以避免；其二，测量结论的整合存在不确定性。主观测量和客观测量作为两个相互独立的测量方法，其测量结论也具有独立性，为了确保测量结论的统一，则必须要确定一定的比例或构建一定的模型将两者融合为一个整体，这无疑是一大难题。此外，如何将多维度的测量要素付诸实施也是较为困难的。正因为此，学者在这方面的研究仍限于理论上的探讨。总之，体系性腐败测量标准相较于单一的测量标准在理论层面上更加全面、合理，但就实践中的测量结果而言，是更复杂还是更准确？是值得怀疑的。

就我国腐败犯罪实证研究的趋势来看，借助互联网普及的便利，通过计算机对收集的大数据进行分析是我国当下及今后较长时期内的研究热点。新技术的采用避免了随机分析法的偏差，使得研究结论具有更高的信度，但这种进步只是量变的提升而非质变的突破。就腐败犯罪的实证研究而言，关键在于测量标准的有效构建，并确保有适度规模的调查样本。

## 二、新型客观测量方法的提出

① Johann Graf Lambsdorff. Corruption and Rent-Seeking[J]. Public Choice, 2001, 113(1):97.

② 刘俊：“十八大以来 83 名厅级以上官员的腐败样本调查”，载《南方周末》2013 年 11 月 14 日。

③ 研究者对上述腐败犯罪从腐败查处时间、犯罪时年龄、职务、级别、腐败时间跨度、具体腐败事实、涉嫌罪名、涉案金额、腐败后果等多个方面进行了详细的剖析，详见斯阳：《反腐倡廉新思考》，法律出版社 2014 年版，第 22-73 页。

④ 过勇、宋伟：“腐败测量：基于腐败、反腐败与风险的视角”，载《公共行政评论》2016 年第 3 期。

在确定测量方法之前，首先应当明确腐败犯罪能否被测量？若可以，则在何种程度上可被测量？

从应然意义上看，要考察某一社会特定时期的腐败犯罪状况，应当将该时期发生的所有腐败犯罪进行统计分析，但由于大量犯罪黑数的存在，即“虽然实际上犯下，但未为刑侦当局（警察、司法机关）获悉，因此没有编入官方犯罪统计的罪行总数”[①]，要查明某一时期实际发生的犯罪总数基本上是不可能的。相较于其他类型的犯罪而言，“以权谋私”的腐败犯罪往往没有直接的被害人，其中贿赂犯罪更具有“对行性共同犯罪”的特征，即双方当事人往往都构成犯罪，从而结成“对抗犯罪调查的天然同盟”。因此腐败犯罪的查处难度会更大，其犯罪黑数的比例也较普通犯罪更高。正因为此，本文认为要查明某一时期腐败犯罪的真实状况难度极大，也缺乏可操作性；腐败犯罪的客观测量不应当是绝对的测量而应是相对的测量，即通过对不同时期、行业、地区的腐败犯罪状况进行比较来评估不同社会阶段的腐败犯罪形势。这种类型的腐败测量虽不能完全认识腐败的真实发生状况，但通过比较结论仍可能对腐败犯罪进行较全面的认识，进而实现更有针对性的打击和预防目的。由于对腐败的研究不得不在犯罪黑数的重压下进行，因此相对测量方法的选择尽管具有局限性，但必须承认在当下是腐败实证研究“退而求其次”的最合理方法。

本文认为，我国当前的腐败实证研究应当立足于我国国内的腐败状况，以本土化资源为基础，构建能够有效评价我国腐败状况的研究方法。在测量方法的选取上既要注重测量方法的有效性也要兼顾到测量方法的可操作性。对此，本文拟采用客观测量的方法，以司法机关公布的司法文书为统计样本来源，以“潜伏期”、“数额”和“腐败次数”为核心评价指标，对我国不同时期、地区、部门的腐败犯罪状况进行比较性分析研究。具体而言，本文所选定的参数主要为以下三个：

其一，腐败的潜伏期。腐败犯罪的潜伏期是指行为人初次腐败到被查获时所经历的期间。在一个理想的社会防治体系下，腐败行为一旦发生就应当被发现，但现实中是不可能的；从腐败的发生到腐败被查处通常要经历一定的期限，而这个期限的长短与社会反腐败惩罚体系的严密程度有很大的关系。通常情况下，腐败犯罪的潜伏期越短，说明腐败被发现的越及时，社会整体的腐败状况就较低；反之，腐败犯罪的潜伏期越长，则表明社会对腐败的打击力度越弱，社会整体的腐败形势就越严峻。因此，潜伏期是探究腐败状况的一个重要指标。

其二，腐败的数额。腐败是以权谋私的行为，广义的腐败对象应当包括金钱、财物、地位、女色等多个方面，但我国当前通说的理论认为腐败犯罪的对象“应当是指具有价值的有体物、无体物和财产性利益”[②]。因此对于腐败犯罪的结果可以用数额来表示。很显然，在一定的潜伏期内，腐败数额越大则腐败犯罪越严重。腐败犯罪的数额分为腐败的“总数额”和“平均数额”，两者都可以体现出腐败犯罪的程度。

其三，腐败行为的次数。犯罪的次数是指行为人从初次实施腐败犯罪行为，到被司法机关查获时腐败的总次数。实践中，腐败犯罪往往是由多次腐败行为来完成的。在我国刑事立法中，同一种类的多次腐败犯罪未处理的，按照累计数额处罚，因此腐败数额

① ［德］汉斯·约阿希姆·施奈德：《犯罪学》，吴鑫涛、马君玉译，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 204 页。
② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2014 年版，第 626 页。

对定罪量刑有重大影响，而腐败次数只能作为一个“酌定情节”加以考虑。但是腐败次数对于社会整体腐败形势的影响则要远远超过对个人犯罪行为的评价。犯罪人多实施一次腐败行为，表明其被抓获的可能性也越大。在一定的期限内，面对同样的腐败数额，腐败的次数越多则表明社会的惩防体系越不健全，则社会的腐败形势也越严峻。

就腐败犯罪的“数额”、“次数”、“潜伏期”三者的关系而言，三者都是同方向来反映腐败程度的，各自的基本单位可用“万”、“次”、“年”来表示。在通常情况下，A 地区的腐败犯罪比 B 地区更严重，则 A 地区腐败的平均数额、次数比 B 地区多、潜伏期也比 B 地区长。但在实际的分析过程中，三者反映的关系可能不会呈不同方向的变化，如 A 地的平均腐败数额、次数比 B 地多，但潜伏期比 B 地短，此时就难以进行直接的定性和定量分析，对此可采用比较得分的方法。首先设定某一地区某参数的数额为基本量，其得分为“基本分”；其次用其他地区相关参数的数额与基本量进行比较，得出的数值为“比较分”；最后将各个参数的最终得分相加后进行比较，某地区的得分越高，则表明该地区的腐败犯罪形势越严峻。其中，某地区的腐败得分=腐败数额得分+腐败次数得分+腐败潜伏期得分。具体而言，由于腐败状况的分析实际是建在对一些腐败个体犯罪统计基础上的，故某地区的腐败得分=a%甲罪(数额得分+次数得分+潜伏期得分)+b%乙罪(数额得分+次数得分+潜伏期得分)+c%丙罪(数额得分+次数得分+潜伏期得分)+……（其中，a%+b%+c%+……=100%）。

相较于既有的客观测量方法而言，新型的客观测量方法具有更大的可信度：

其一，测量方法的确定更加合理。传统的客观测量方法所倚重的“立案数”、“被追责人数”等评价指标与当地打击腐败的力度直接相关；而现实中，司法机关办案的强度很可能受到外部环境的影响，故上述指标并不能真正反映当地的腐败状况；但案件一旦进入到司法领域，则最终侦办的结果则是较为客观的。因此，以司法文书中公布的案件事实为基础，选取个案中的“腐败数额”、“潜伏期”等指标进行分析，结论的可信度比较高。

其二，样本的选取更符合统计要求。最高人民法院于 2013 年 11 月通过了《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，根据该规定自 2014 年 1 月 1 日起，除涉及“国家秘密、个人秘密、未成年违法犯罪、调解结案”等案件外，其他法律文书一律在“中国裁判文书网”公布。在当前，可以较为全面查阅到 2014 至今的法律文书，同时也可大量查阅到 2010——2013 年的法律文书。相较于通过媒体、网络或小范围调研收集的统计资料而言，以司法机关公布的法律文书以样本，可以确保数据来源的可靠性、全面性。

## 三、客观测量方法的运用

### （一）腐败个罪的选定

在确定了腐败犯罪客观测量的方法和参数的选取后，还应明确腐败犯罪测量所依据的个罪。腐败犯罪主要是指我国刑法中“贪污贿赂罪”一章的犯罪。根据刑法的最新规定，“贪污贿赂罪”一章包括贪污、受贿、挪用公款、巨额财产来源不明、私分国有资产等十四个罪名。从应然意义上来看，对某一地区腐败犯罪的客观测量应当对该地区所有的腐败犯罪类型用上述测量方法进行分析，但根据《中国法律年鉴》近几年的数据统计可知，腐败犯罪中各犯罪类型的发生比例存在极大的差异，其中“贿赂、贪污、挪用公款”三类犯罪在整体腐败犯罪中占据绝对多数，约占 99%（具体的数值和比例见“表 2”）。贿赂犯罪包括行贿犯罪和受贿犯罪两种，其中受贿罪危害更为严重，是腐败犯罪

打击的重点。因此，本文对腐败犯罪的实证研究正是借助对“受贿、贪污、挪用公款”三类犯罪的统计分析来实现。

表 2 贿赂、贪污、挪用公款三类犯罪统计情况

| 年份 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|---|---|---|---|---|
| 立案腐败总数 | 38350 | 35852 | 35127 | 28470 | 48289 |
| 贿赂案 | 18458 | 18023 | 18472 | 15940 | 26166 |
| 贪污案 | 16185 | 14579 | 13460 | 9494 | 18519 |
| 挪用公款案 | 3188 | 2813 | 2826 | 2695 | 3067 |
| 三类犯罪所占比 | 98.6% | 98.8% | 98.9% | 98.8% | 98.9% |

结合到地区分布状况，本文在现有的 15 个副省级城市中选取了 6 个具有代表性的城市，即“沈阳”、“西安”、“济南”、“南京”、“武汉”、“成都”和“广州”进行实证分析。借助于中国裁判文书网，本次研究共收集了 2013-2016 年度针对上述三类犯罪所判处的司法文书近千份，经过筛选共确定有效文书 745 份[①]。从案件类型上看：受贿案件 410 件、贪污案件 232 件、挪用公款案件 103 件；从案件判决年份上看：2013 年 116 件、2014 年 313 件、2015 年 204 件、2016 年 112 件。

### （二）不同地区腐败状况分析

沈阳、西安等六个副省级城市 2013-2016 年度，受贿、贪污、挪用公款三类犯罪各自的平均潜伏期、平均次数和平均数额的统计数据如“表 3”所示：

表 3 六地区腐败犯罪数据统计

| 地区 | 受贿各项数值 | | | 贪污各项数值 | | | 挪用公款各项数值 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 |
| 沈阳 | 3.7 | 6.5 | 34.1 | 4.9 | 3.1 | 46.7 | 2.8 | 2.6 | 79.7 |
| 西安 | 3.6 | 4.6 | 49.6 | 4.0 | 4.8 | 18.7 | 3.3 | 4.3 | 75 |
| 南京 | 5.9 | 15.0 | 87.8 | 4.5 | 3.5 | 59.6 | 3.7 | 3.9 | 230 |
| 武汉 | 5.2 | 12.7 | 29.1 | 4.1 | 3.4 | 36.7 | 5.1 | 6.6 | 166.3 |
| 成都 | 5.1 | 7.7 | 76.7 | 2.9 | 3.2 | 29.1 | 3.2 | 4.8 | 67 |
| 广州 | 6.1 | 13.3 | 57.9 | 3.8 | 6.6 | 51.6 | 2.9 | 5 | 199 |

从上表中的统计数据，可以发现各个地区的腐败犯罪具有以下的特征：其一，沈阳地区的贪污犯罪情况较为严重，其潜伏期在六个城市中最长，平均达到了 4.9 年；此外，平均贪污数额达到了 46.7 万，在六个城市中也较高。因此，沈阳市应尤其关注对当地贪污犯罪的打击力度。其二，西安地区的腐败状况总体控制较好，其中贪污犯罪的平均数额最低、挪用公款的数额也较少；受贿犯罪的平均次数最少、潜伏期也最短，但受贿犯罪的数额仍较高，需进一步加大打击；其三，南京、广州的腐败状况最严重，受贿、贪污和挪用公款的数额都远远超过其他城市。其中南京的平均受贿次数和数额最高，受贿

① 此处的有效文书，是指在判决的文书中，对具体腐败犯罪的时间、次数、数额等有明确统计的文书；部分文书因上述要素记载不全，因此未纳入本文的统计。

型腐败最为严重；广州的平均贪污次数达到了 6.6 次，远高于其他城市，在对腐败犯罪的打击中应尤其加以重视。其四，武汉受贿的平均数额最少，但次数较多，说明“小贪”情况较为严重，其中挪用公款型腐败较为突出，平均挪用的次数最多、数额也较高；其五，成都地区的贪污和挪用公款型腐败控制的较好；相较于这两类腐败，受贿的情况比较严重，平均腐败数额达到了 76.7 万，仅次于南京，且腐败的潜伏期较长、次数也较多。

针对上述六市的各项腐败指标统计，可以将六市的廉洁状况进行一个排名。由于受贿、贪污和挪用公款在腐败犯罪中的情况都较为突出，因此暂考虑设定上述三个犯罪的权重各占 1/3[①]，每个犯罪下包含“平均潜伏期”、“平均次数”、“平均数额”三个参数，每个参数的权重为 1：1：1；对某一个参数而言，选定六个城市中数额最高的为“基本量”，设定其分值为“10 分”，其他城市相关参数的分值则用该参数对应的数值与“基本量”进行比较，再得出相应的分值。每个城市的腐败得分=受贿、贪污、挪用公款中平均潜伏期、平均次数、平均数额的得分总和。腐败统计的得分包含 9 个参数，总得分最高为 90 分；某地的腐败得分越高则表明该地的腐败越严重，廉洁状况也越糟糕。经过计算，六个副省级城市的廉洁状况如“表 4”所示：

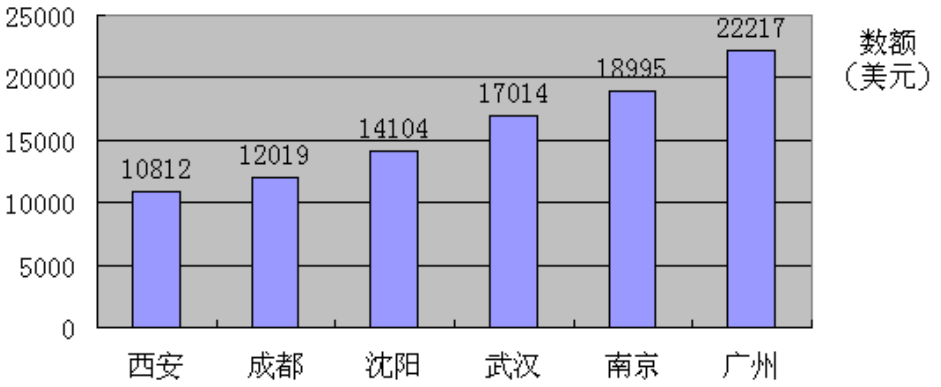
表 4 六地区廉洁状况排名

| 廉洁排名 | 地区 | 受贿各项得分 | | | 贪污各项得分 | | | 挪用公款各项得分 | | | 总分 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | |
| 1 | 西安 | 5.9 | 3.1 | 5.6 | 8.2 | 7.3 | 3.1 | 6.5 | 6.5 | 3.3 | 49.5 |
| 2 | 沈阳 | 6.1 | 4.3 | 3.9 | 10 | 4.7 | 7.8 | 5.5 | 3.9 | 3.5 | 49.7 |
| 3 | 成都 | 8.4 | 5.1 | 8.7 | 5.9 | 4.8 | 4.9 | 6.3 | 7.3 | 2.9 | 54 |
| 4 | 武汉 | 8.5 | 8.5 | 3.3 | 8.3 | 5.2 | 6.2 | 10 | 10 | 7.2 | 67.2 |
| 5 | 广州 | 10 | 8.9 | 6.6 | 7.8 | 10 | 8.7 | 5.7 | 7.6 | 8.7 | 74 |
| 6 | 南京 | 9.7 | 10 | 10 | 9.2 | 5.3 | 10 | 7.3 | 5.9 | 10 | 77.4 |

根据表 4 的分析，西安、沈阳、成都、武汉、广州、南京六个城市的腐败形势逐步严重。六个城市大致可分为两个集团，西安、沈阳和成都的腐败得分较低，腐败形势相对较好；而武汉、广州和南京的腐败得分则较高，腐败形势较为严峻。而根据图 1 的显示，六市的经济发展的排名与腐败状况的排名大体相同，即经济越发达的地区，其腐败犯罪的程度也越严重。不可否认，在特定的发展阶段，社会的腐败状况与经济发展水平存在一定的关联，但更与社会对腐败犯罪惩防体系的建设相关。对此，某一地区在大力发展经济的同时也要密切防范在发展过程中滋生的腐败问题。

① 从受贿、贪污、挪用公款三类犯罪的发生比例来看，受贿、贪污相对较高，而挪用公款则较低，因此关于三者的权重设置是否各占 1/3，是一个需要进一步研究的问题。

图 1　2015 年六市人均 GDP 数值




### （三）不同时期腐败状况分析

对上述六个城市的腐败犯罪状况按照年份进行统计，可以在一定程度上揭示我国近年来腐败犯罪的总体形势。具体的统计数据如“表 5”所示：

表 5　2013-2016 年我国部分地区腐败犯罪数据统计[①]

| 时期 | 受贿各项数值 | | | 贪污各项数值 | | | 挪用公款各项数值 | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 |
| 2013 | 4.7 | 10.5 | 49.3 | 3.5 | 2.5 | 30.2 | 3.7 | 3.2 | 149.3 |
| 2014 | 5.0 | 10.0 | 44.1 | 3.4 | 3.8 | 32.2 | 3.0 | 4.8 | 162.5 |
| 2015 | 5.6 | 11.5 | 89.9 | 4.0 | 4.3 | 58.1 | 4.5 | 3.7 | 135.9 |
| 2016 | 5.1 | 9.0 | 38.4 | 5.1 | 3.9 | 30.9 | 3.8 | 2.4 | 117.5 |

根据统计数据，可以发现我国的腐败犯罪具有如下的特点：其一，受贿犯罪在整体腐败犯罪中最为严重。从上文“表 2”的统计数据可以发现，2011-2014 年，我国贿赂犯罪的立案数在整体腐败犯罪立案中的比例超过了 50%；从各类犯罪的具体统计来看，相较于贪污和挪用公款而言，受贿犯罪的平均潜伏期最长、腐败次数最多，腐败的数额也普遍比贪污罪要多。之所以出现这种情形，直接的原因在于贿赂犯罪在现实中往往没有直接的被害人，且证据种类少、司法机关查处较为复杂等；深层次的社会原因在于，对权力的制约机制不够健全，公权力寻租的空间较大。其二，挪用公款的涉案数额最多，而潜伏期却最短。统计结论与该类犯罪在现实中的实际发生状况是相吻合的，因为该类犯罪人在主观上不具有非法占有公共财物的意图，客观上也没有对其腐败行为做过多的掩饰，故而比较容易被查处。

上述六个城市分布在我国的不同地区，对这些地区 2013-2016 的腐败数据进行统计，可以一定程度上反映我国近年来腐败犯罪的整体形势。选定每年腐败参数中数额最高的为“基本量”，设定其分值为“10 分”，其他年份相关参数的分值则用该参数对应的数值与“基本量”进行比较，再得出相应的分值。每个年份的腐败得分为受贿、贪污、挪用公款中平均潜伏期、平均次数、平均数额的得分总和。得分包含 9 个参数，总得分最高为 90 分，每年的腐败得分越高则表明该年的腐败情况越严重，廉洁状况也就越糟糕。经过计算，我国近几年的廉洁状况如“表 6”所示：

① 各市人均 GDP 数据来源于当地统计局所发布的国民经济和社会发展公报。

表 6　2013-2016 年我国腐败犯罪廉洁得分

| 时期 | 受贿各项得分 | | | 贪污各项得分 | | | 挪用公款各项得分 | | | 总分 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | 平均潜伏期 | 平均次数 | 平均数额 | |
| 2013 | 8.4 | 9.1 | 5.5 | 6.9 | 5.8 | 5.2 | 8.2 | 6.7 | 9.2 | 65 |
| 2014 | 8.9 | 8.7 | 4.9 | 6.7 | 8.8 | 5.5 | 6.7 | 10 | 10 | 70.2 |
| 2015 | 10 | 10 | 10 | 7.8 | 10 | 10 | 10 | 7.7 | 8.4 | 83.9 |
| 2016 | 9.1 | 7.8 | 4.3 | 10 | 9.1 | 5.3 | 8.4 | 5 | 7.2 | 66.2 |

从表中统计的数据来看，自 2013 年到 2015 年，我国社会的腐败状况处于逐步恶化阶段，从 2016 年开始社会的腐败形势开始好转。这个统计结果与“透明国际组织”对我国腐败排名所发布的结论几乎一致（见表 1）。但上述结论并不能代表我国社会近年来的真实腐败状况。实际上，由于腐败犯罪的判决文书都是针对犯罪人之前的犯罪行为所作的判决，而腐败犯罪往往会有几年的潜伏期，因此针对 2013-2016 年司法文书所作的腐败统计，其统计结果应当适当地向前推移。从这个角度看，虽然文书的统计数据显示 2016 年我国的腐败程度才开始下降，但实际上这正好与我国自 2013 年开始大力反腐的时间节点相契合，也可以表明我国近几年的社会腐败形势在逐步好转。客观而言，上述对腐败犯罪从年份的角度所进行的统计，只能代表社会一段时期的腐败犯罪程度，并不能精确反映某一个自然年度的腐败程度。

从合理的角度分析，若要对社会腐败状况作年度的分析，则应当对裁判文书中每一次腐败的情况作更为精细的年度分类统计，这样就可以有效化解裁判时间与腐败时间不一致的矛盾，从而确保研究结论的精确性。

# 刑法方法论专题（解释论）

# 论中国当代刑法解释的适用规则

唐稷尧*

【内容摘要】 中国刑法解释所具有的抽象化、规范化特征决定了这些解释文件无法直接与案件事实相对应，必须通过再解释使之适用于司法实践。抽象化的刑法解释适用于具体案件时应当遵循以下三项规则：依附性规则；解释的非穷竭规则；例外不适用规则。

【关键词】：刑法解释；抽象化；适用规则

成文法的抽象性决定了法的正确适用必须以对法的妥当解释为基本前提，正确的法律解释是任何法治国家实现正义的重要途径与保障。在域外法治发达国家及地区，法律解释被视为一种附随于法律适用的司法技艺，因此，法律解释总是以个案裁判实这一基本形式体现，妥当法律解释的达成主要有赖于正确的解释立场与方法。但在中国，法律解释不仅被视为司法技艺，更被视为一种与立法权、司法权相并列的国家权力——法律解释权，法律解释主要采取拥有解释权的机关不定期发布具有普遍约束力的、以抽象规范为内容的解释性文件作为基本形式，从而在法律之外形成了一个与之“如影相随”的庞大的法律解释体系，对法律的适用产生巨大的影响。在这个庞大的体系中，刑法解释占据着特殊的地位。基于刑法是现代社会公民自由度的最后边界，刑法解释实质上具有清晰划定公民自由之边界的公共政策属性与功能。而在当代中国的刑法解释体系中，除了极少数的指导案例以外，以抽象规范为内容的刑法解释毋庸置疑占据了绝对多数，有鉴于此，为了实现“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一目标，在妥当的刑法解释之外，正确适用这些抽象化的解释规范具有与之相同的重要性。

## 一、导论：为什么需要明确刑法解释的适用规则

从认识论的角度来看，任何人都只有在理解规则的前提下才能适用规则，因此，刑法的适用当然需要刑法解释。可问题是，既然已经通过解释获得了某一刑法规范的内涵，为什么还需要专门讨论刑法（法律）解释的适用问题。

中国刑法解释具有两个显著的特征，一是抽象化、规范化，二是具有普遍适用的效力。由于其既不依附于具体的案件事实，又可以普遍化地在各种案件中反复适用，因此，这种解释无论长短，其在内容上实依然是对某一刑法规范内涵、特征的抽象化描述。例如全国人大常委会 2004 年发布的有关刑法规定的“信用卡”的立法解释，其实就是对“信用卡”内涵、特征的抽象化描述[①]，如果将该解释条款与刑法第 91 条“公共财产”的含义、第 92 条“私有财产”的含义以及第 367 条“淫秽物品”的含义相比较，它与这些刑法条款具有同样的规则属性与特征。如果是一部内容较为复杂、文字较长的刑法解释文件，那么，其“条、款、项”的行文结构和表现形式与刑法典规范更是无出其右。

*四川师范大学法学院教授，法学博士。

本文系 2017 年四川省哲学社会科学规划项目“当代中国刑法司法解释之公信力研究”（项目编号：SC17B081）的阶段性成果。

①该解释规定：刑法中的信用卡是指“由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或部分功能的电子支付卡”。

以两高针对信用卡犯罪发布的《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》为例，这一法律解释文件共有 8 条，其中第一、二、五、六、七条又分别规定了多款、多项，如果隐去文件的标题，俨然如刑法规范。由于这些刑法解释本质上属于脱离了具体案件事实的抽象规范，在司法实践中，它们虽然名为法解释，但却依然无法自动与具体的案件事实相对应，而“对于适用者而言，恰恰就是在讨论该规范对此类案件事实得否适用时，规范文字变得有疑义”[①]，正如“法律之所以需要解释，主要原因就在于当成文法律面对复杂多变的具体案件时，它的意义才可能是不清楚的。这就是说，不是法律本身需要法律解释，而是法律实践呼唤法律解释。”[②]，因此，这种内容、形式与刑法规范高度相似且无法与案件事实直接对应的抽象化刑法解释在司法适用中就必然面临相同的问题，也有着同样的如何将抽象规范适用于具体案件的需求。

例如，两高在 2010 年发布的《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 5 款对于违反国家烟草专卖管理法律法规，未经烟草专卖行政主管部门许可非法经营烟草专卖品行为的 4 种具体情况进行了列举性解释，即“无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证明，非法经营烟草专卖品”的行为。然而，由于该条款的抽象性，实践中出现了行为人持有烟草零售许可证但却从事烟草批发业务的情况，司法者就需要判断此类情况能否归属于上述条款、是否可以适用上述司法解释。由此，才有了最高法院在 2011 年 5 月针对辽宁省高级法院请示所做出的《关于被告人李明华非法经营请示一案的批复》，在该批复中，最高法院明确指出，“被告人李明华持有烟草专卖零售许可证，但多次实施批发业务，而且从非指定烟草专卖部门进货的行为，属于超范围和地域经营的情形，不宜按照非法经营罪处理”，这一批复的实质就是对《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 5 款中所规定的 4 种非法经营烟草专卖品行为类型如何适用进行的进一步解释。由此可见，以抽象化规范为主体的刑法解释，在司法实践中总会面临如何将其适用于具体案件这一基础性问题，其核心就是如何对抽象的条款予以正确的再解释。而解决这一问题，当前中国司法实践采取的基本路径就是向上请示，由上级法院特别是最高法院做出进一步释明。除了批复这种制度化的解释类型之外，“解答”、“答复”等形式也是上级司法机关特别是最高司法机关回应下级有关刑法解释如何适用的请示中常见的类型。例如，两高在 2001 年 6 月颁布《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2001〕19 号）之后，为了解决该解释在司法适用中所面临的问题，又在 2002 年 5 月发布了《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解答》（法发〔2002〕7 号），该文件在其开头就开宗明义地指出：“为依法严厉打击邪教组织的犯罪活动，维护社会稳定，现就各地在办理案件，适用《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《解释二》)中提出的若干问题，做如下解答”。然而，无论是“批复”、“解答”抑或其他方式，显然都具有缓不济急、消极被动的缺陷，根本无法面对每日司法活动纷繁复杂的各种需求。古人云：“授人以鱼，不若授人以渔”，因此，建立起一套正确适用刑法解释的基本规则与方法以用于指导下级司法机关特别是普通司法者的日常司法活动就显得非常必要与急迫。

①（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 193 页。
②陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社 1999 年版，第 43 页。

## 二、本论：适用刑法解释的具体规则

在笔者看来，刑法解释的适用规则其实就是如何对待和理解既有刑法解释的基本规则与方法，但其最终目标并不仅是正确适用刑法解释，更是通过对刑法解释的正确理解而达到对刑法规范的正确适用，从这个意义上讲，刑法解释的适用与刑法规范的适用在本质上具有一致性。

### 1. 适用规则一：依附性规则

所谓依附性规则，是指对于刑法解释的理解与适用不能脱离刑法条款甚至背离刑法基本规定而必须结合其所解释的刑法目标条款展开，刑法解释的理解必须依附于刑法规范本身。

从法律解释的基本原理来看，刑法解释是解释主体运用自己的主观能动性对刑法规则的内涵进行的理解与明确，它既是一种认识活动，同时也是认识活动所达成的结果。就活动而言，刑法解释的对象是刑法文本，就认识结果而言，刑法解释是对刑法规范文本内涵的阐发与明确，可见，刑法与刑法解释之间是一种“皮”与“毛”的关系，对刑法解释的理解与适用自然更不能脱离刑法规范本身，正所谓“皮之不存，毛将焉附”，只有从刑法规范本身角度去理解刑法解释，才有可能正确适用刑法规范。

依附性规则看似简单，但在司法实践中，真正做到往往却并不容易。例如，2001年两高《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定，“知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术的，以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处”。根据我国刑法有关故意与过失犯罪的规定，“应当知道”所指的是行为人客观上所具有的“不知道”的心理事实和有义务“知道”的主观认知义务，如果单独审视此解释条款，“应当知道”在主观上显然是一种过失的心理态度。然而，如果照此理解与适用该条款显然就与我国刑法有关共同犯罪只能是共同故意犯罪的规定直接抵触，但由于该解释条款是有关生产、销售伪劣商品犯罪共犯的规定，因此，此条款中的“应当知道”必须依附于共同犯罪故意来理解与适用，循此思路，就只有将解释条款中的“应当知道”理解为“推定知道”。之所以这样理解，是因为按照刑事司法理论与实践，“推定知道”其实是“知道”或“明知”的一种特定形式，从理论上讲，“知道”、“明知”都是指以认识与意志等心理内容为中心而存在的犯罪主观事实，它们与行为方式、行为对象等客观事实一样同样是需要证明的，但鉴于主观事实表现为行为人的主观心理状态,它不像客观事实那样具有外在形态可以加以直接感知与证明,因此，在许多一些情况下,主观事实需要采取司法推定这样一种司法技术间接地予以证明和认定。事实上，我国其他刑法解释文件中的类似条款也印证了这一基本思路。例如2011年最高法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定：刑法第三百四十五条规定的“非法收购明知是盗伐、滥伐的林木”中的“明知”，是指知道或者应当知道。具有所列举的3条情形之一的[①]，可以视为应当知道，但是有证据证明确属被蒙骗的除外。这一解释将“知道”与“应当知道”并列作为“明知”的两种基本形式，同时又明确规定了认定“应当知道”的具体客观情形，显然是将“应当知道”等同于“推定知道”。只不过这一司法解释比前一解释不同之处在于，它把与推定事实具有高度相关性的基础

①这3项具体的情形是：在非法的木材交易场所或者销售单位收购木材的；收购以明显低于市场价格出售的木材的；收购违反规定出售的木材的。

性客观事实予以法定化，司法者的任务只要查明基础事实的存在即可,至于推定过程则已经由司法解释事实完成，这种解释技术显然更优于单纯地将“应当知道”与“知道”予以并列而不给予任何说明。

又如，2007 年，最高人民法院、最高人民检察院发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》，该解释在总结实践经验的基础上规定了十类特定的收受他人财物行为与情形，其实质是对刑法规定所规定的“收受他人财物，为他人谋取利益”这一受贿罪要件予以进一步的细化与明确。即便如此，在该解释的具体适用中，依然出现了多处争议与模糊，其中尤以第 9 条第 1 款的适用最为突出。根据该条规定：国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。在此条款中，由于“退还”与“上交”的外在表现及行为特征具有客观性且易于认知与把握，故其含义相对具体，但“及时”的含义则相对模糊，认定标准不一甚至存在主观性，因此，如何理解此项解释条款中“及时”的含义是正确适用该条款认定此类行为是否成立受贿罪的关键。然而，如果我们在司法实践中单纯就该解释条款来理解，由于“及时”一词在文义上本身就是一个含混的、非精确的时间概念，对它的判断就可能出现一个基于不同立场而“仁者见仁智者见智”的标准：站在被告方立场，“及时”的理解应当尽可能宽泛与延长，最好是能够延长到只要是案发前的主动上交都认定为“及时”，而对于指控方而言，“及时”的理解则希望从严控制，最好是收到财物后第二天甚至当天就退还或上交才算“及时”。显然，按照这一思路，对“及时”的理解与判断就会陷入一种“无解”的境地，但如果我们将这一解释条款放在刑法有关受贿罪犯罪成立要件中去理解则会呈现出另一种路径。按照受贿罪的成立要件，受贿行为的客观方面主要表现为基于职务、职权而收受他人财物，为他人谋取利益或者基于职务、职权而向他人索取财物，而在这一法定的要件中，无论是“退还”还是“上交”，作为一种收到财物后的客观活动，其并不属于受贿罪犯罪构成客观要件内容，因此，“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿”这一解释条款显然不能单纯从客观行为方式这一明显违反刑法受贿罪规定的角度来理解。在我们看来，从刑法有关受贿罪的规定本身出发，该解释条款只能从犯罪主观要件的角度来理解与适用，即收受财物后的“退还”、“上交”行为应当是一种判断行为人是否具有受贿故意的外在征表，如果将同条解释的第二款结合在一起看，这种“征表”意味就更加明显①。更为值得注意的是，最高人民法院、最高人民检察院在该解释文件发布时曾以相关负责人答记者问的形式向外界公开说明了该解释的出台背景与相关条文的理解，对于该解释第 9 条的说明是这样表述的，“对于国家工作人员收受请托人财物后，及时退还或者上交的，说明其主观上没有受贿故意，因此，不是受贿。收受财物后，因自身或与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，从法律上讲受贿犯罪已经实施完毕，而且主观上也没有悔罪的意思，依法依理均应定罪处罚”。由此可见，解释者的初衷和本意也正是从犯罪主观要件的角度来制定该解释条款的。如果循此思路，“及时”的理解与判断标准也就有了新的路径。基于中国社会所具有的“人情社会”、“关系社会”的特征，送礼者财物的交付可能会采取“隐蔽”的方式进行，这使得收受者客观上可能因为某种“障碍”而“无意”收受财物，在此情况下，如果收受者事后了解真相而及时“退还”或“上交”的，其显然主观上是不具有受贿故意，当然也不构成受贿罪。因此，该解释条款这中的“及时”的理解、判断与适用就应

①《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第 9 条第 2 款规定：国家工作人员受贿后，因自身或但者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。显然，这一规定所关注的是行为人“上交”或“退还”行为的主观方面而非客观的行为本身。

当以是否存在对财物的客观认识障碍以及该障碍客观上消除的时间为基本标准，这一标准既具有相对客观性又可以绕开具体的以单纯时间长短为标准的困境，具体而言，如果收到财物的行为人的确存在对该财物的客观认识障碍，只要是在该障碍消除后“退还”或“上交”，无论这一时间距离其收到财物的时间有多久，都可以判断具有“及时性”，反之，其“退还”或“上交”即不具有“及时性”。

2. **适用规则二：解释的非穷竭规则**

刑法解释的非穷竭规则是指，针对刑法规范所作出的解释无法穷竭该规范所能够涵盖的所有具体情形，不能以刑法解释的内容而为刑法规范的适用人为设限。

基于人的认识的有限性、客观事物的复杂性以及成文法规范的抽象性，为了避免规范制定中的挂一漏万，从立法技术上讲，包括刑法在内的各种成文法的制定都常常使用“具体列举+概括规定”的立法模式，即在规定一个具体罪刑条文时，通常先列举已经可以类型化、典型化的具体情形，然后再以概括性词语或句子做兜底性规定。例如刑法第 225 条非法经营罪第（四）项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”就是典型的概括性规定。在刑法解释中，由于解释内容大多以抽象化、规范化形式表现，这种“具体规定+概括规定”的条款制定技术也时常被运用于刑法解释活动中。然而，基于种种主客观的因素，这种立法技术却并未完全贯穿于所有的刑法解释。在有些刑法解释条款中，存在只有具体情形的列举规定而缺乏概括性的规定，当司法实践中出现无法归属于解释条款中所列举的任何具体情形的客观事实时，如何适用该条款，或者更准确地说，如何对待既有的解释条款就是一个无法回避的具体问题。

例如，在我国刑法第 125 条第 2 款规定中，非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪的犯罪对象包括三类：“毒害性、放射性、传染病病原体等物质”，在这三种物质中，放射性物质与传染病病原体的具体范围是清晰的，前者可以根据我国《放射性污染防治法》以及《放射性物品运输安全管理条例》予以确定，后者可以根据《传染病防治法》予以明确，但“毒害性物质”的具体范围则缺乏像前两种物质那样的清晰法律规定，因而需要通过刑法解释对其具体内容、范围予以进一步明确。按照科学分类，所谓“毒害性”物质，主要是指能对人或者动物产生毒害的有毒物质，包括化学性有毒物质、生物性有毒物质和微生物类有毒物质[①]。从目前来看，当前的刑法解释中仅仅是对化学性毒害物质（即人工合成有毒物质）进行了解释，这就是最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。该解释第 1 条规定，非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品，危害公共安全，构成非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪，第 6 条的规定，“禁用剧毒化学品”是指国家明令禁止的毒鼠强、氟乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟，由此可见，刑法解释所明确的、可以构成非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪的化学性毒害物质就是指毒鼠强、氟乙酰胺、氟乙酸钠、毒鼠硅、甘氟这 5 种物质。然而，这种仅有具体列举、封闭式的刑法解释条款明显存在缺陷。根据国务院颁布的 2002 年版《剧毒化学品名录》的规定，“剧毒化学品是指具有非常剧烈毒性危害的化学品，包括人工合成的化学品及其混合物（含农药）和天然毒素”，其收录在内的剧毒化学品共有 335 种，而前述司法解释所规定的毒鼠强等 5 种禁用剧毒化学品只是该名录所规定的“剧毒化学品”中的部分化学品。一旦生活种出现非法制造、买卖、运输、储存刑法解释所列举的 5 种具体物质以外的剧毒化学药品，司法机关就面临如何对待该解释条款以

①生物性有毒物质又可分为植物性有毒物质如野蘑菇，以及动物性有毒物质如河豚鱼等；微生物类有毒物质如肉毒杆菌等。

及如何适用相应刑法条文的问题。2011 年，浙江省绍兴市越城区人民法院在审理王召成等 5 人非法买卖、储存危险物质案中，被告人被指控买卖、储存的危险物质就是刑法解释所列举的 5 种物质以外的氰化钠，而辩护人则根据上述解释认为检察机关认为氰化钠系限用而非禁用剧毒化学品，不属毒害性物质提出无罪辩护的主张。浙江省绍兴市越城区人民法院经审理后则认为：氰化钠虽不属于禁用剧毒化学品，但系国家严格监督管理的剧毒化学品，易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有相当大的毒害性和极度危险性，极易对环境和人的生命健康造成重大威胁，属于刑法第一百二十五条第二款规定的毒害性物质，进而认定被告人的行为构成非法买卖、储存危险物质[①]。这一判决最终获得最高司法机关的认可，被上升为指导全国司法实践的第 13 号指导性案例[②]。笔者认为，这一指导案件的价值不仅在于其增加了司法机关所认可的“毒害性”物质的具体种类，更为重要的是这一指导性案例的公布事实上确立了对待与适用刑法解释的一个重要规则——解释内容非穷竭规则，具体而言，这意味着对于单纯以具体列举为内容的解释条款，司法机关应当有正确的、清醒的立场，即所有具体列举内容只是被解释者予以类型化的典型情形而非被解释对象所包涵内容的全部。司法者在对待该解释以及适用相关刑法规范时不能机械将解释所具体列举内容以外的情形直接排除在法律适用之外，而应当从这些情形与解释列举内容之间是否具有实质的同一性的角度去考察，如果具有同一性，该情形就应当被纳入到相应刑法规范的适用范围。在上述指导案例中，司法机关正是从实质同一性角度——即“系国家严格监督管理的剧毒化学品，易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有相当大的毒害性和极度危险性，极易对环境和人的生命健康造成重大威胁”得出刑法解释所列举的 5 种物质以外的氰化钠同样属于刑法所规定的“毒害性”物质。

从目前来看，在对刑法具体条款或条款中的具体词语、句子进行解释的刑法解释中，绝大多数在技术上都采取了“具体规定+概括规定”的条款形式，但依然存在仅有具体列举而无概括规定的情形。除了前文所提到的有关非法买卖、储存危险物质罪的解释之外，有关赌博罪的解释也是一个例子。在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定中，解释机关对于“聚众赌博”就只是列举了四种具体的情形却没有概括性的规定[③]。然而，相对于该解释制定的 2005 年，这四种具体情形显然已经不能适应今天网络迅猛发展下的新型赌博形式，例如利用网络，借助境外服务器组织多人开展的赌博形式就未被纳入上述有关“聚众赌博”的解释类型中，但对于这种赌博形式，司法机关显然又不能熟视无睹，这就需要司法机关运用“解释内容非穷竭”规则正确解释与适用相应刑法规范，而不能拘泥于 10 多年前刑法解释所列举的具体内容，这样才能达到正确适用刑法规定的最终目的。

3. **适用规则三：例外不适用规则**

所谓例外不适用规则是指对于既有的抽象化刑法司法解释，如果出现解释结论明显违反刑法规定或解释结论因为时过境迁而背离客观现实时，司法者可以在公开、并充分阐明理由的情况下，例外性地不适用该解释而寻求对刑法规范更为妥当的适用，简单地说就是刑法司法解释在实践中仅具有相对的优先适用效力而不具有绝对效力。当然，需要特别指出的是，该规则一般不适用于刑法立法解释，这是因为，基于立法法第 45 条

①具体参见：浙江省绍兴市越城区人民法院（2011）绍越刑初字第 205 号判决书。

②具体参见最高法院《关于发布第四批指导性案例的通知》（法【2013】24 号）。

③这四种情形是：组织 3 人以上赌博，抽头渔利数额累计达到 5000 元以上的；组织 3 人以上赌博，赌资数额累计达到 5 万元以上的；组织 3 人以上赌博，参赌人数累计达到 20 人以上的；组织中华人民共和国公民 10 人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。

第 2 款和第 50 条的规定[①]，刑法立法解释是可以超越刑法规范刑法规范本来的文字含义而赋予新的内容[②]。

由于中国的法律制度将法律解释视为与立法、司法相并列的一种国家权力，因此，包括刑法解释在内的各类抽象化法律解释具有法定的效力符合国家的制度化安排[③]。此外，由于审级制度的约束以及中国司法体制中的科层化现象，即使在上述刑法司法解释的制度化类型以外的解释性文件如“会议纪要”、“意见”等，也在司法实践中具有事实上的法定权威性。然而，目前的问题是，当这些解释出现明显违反刑法规定或解释结论因为时过境迁而明显背离客观现实时，司法者是否还是必须基于这种权威性而直接适用。例如，根据最高法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条及第 2 条第（三）项规定：从事交通运输人员或者非交通运输人员，违反交通运输管理法规发生重大交通事故，造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的构成交通肇事罪。这一解释将交通肇事行为成立犯罪的标准从刑法设定的“肇事行为+危害后果”条件转换成了“肇事行为+危害后果+事后赔偿能力”，这不仅直接违反刑法第 133 条有关交通肇事罪的基本规定，也导致交通肇事行为发生后行为人可能因赔偿能力的大小（实质是财产的多寡）在刑法适用上获得不同的对待，明显背离刑法第 4 条有关刑法适用的平等原则。此外，该解释第 5 条第 2 款有关“交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处”的规定也与刑法第 25 条共同犯罪的规定明显相悖。对此，司法者在实践中应当做何选择呢？笔者认为，虽然当前中国的刑法解释的确具有极强的权威性与优先适用效力，但却不能将这种权威性与优先性绝对化，而应当确立并坚持例外不适用规则，赋予司法者例外性地选择不适用某一解释条款的权力。从本质上讲，“例外不适用规则”不仅是一个有关刑法解释的适用规则，更是一个我们正确对待与适用刑法解释的基本立场。

首先，例外不适用规则符合法律解释的一般原理。刑法解释是解释者面对刑法文本开展的一种个体性的认识活动，即使如中国的法律制度将解释权赋予某个国家机关也掩盖不了其作为人的认识活动的本质特征，因为解释刑法所需要的认知能力只有人才有，冰冷的机构则永远也不可能具备，这些以机构名义所传达出的刑法解释实际的主体依然是活生生的个人。既然解释的真正主体是人而非神，那么，基于认识能力的有限性，无论解释者如何高明、聪慧，从逻辑与经验来看，他也不可能保证其所形成的刑法解释具有绝对的正确性与永远的正确性，即便解释者身居高位或供职于较高权力层级的国家机关。正如德国学者所指出的，“虽然法院或学界的解释都必须是对规范适当并且有充分根据的认识，可主张其为‘正确的’解释；但是没有一个解释可以主张它是终局并且——可以适用于任何时间的——‘绝对正确的’解释。……因为生活关系如此多样，根本不能一览无余，再者，生活关系也一直在变化之中，规范适用者必须一再面对新问题。”

①第 45 条第 2 款规定：法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。第 50 条规定：全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

②例如，全国人大常委会 2004 年发布的有关刑法规定的“信用卡”的立法解释就是扩大了金融领域以及金融法中“信用卡”的固有含义，这种立法解释其实在本质上已经超越了刑法规范，具有了补充立法的意味。具体论述可以参看，唐稷尧：《价值与选择：我国刑法立法解释的思考》，载《中外法学》2009 年第 6 期。

③我国当前有关法律解释效力的规定主要包括：立法法第 45、104 条；人民法院组织法第 32 条；《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 5 条、《最高人民检察院司法解释工作规定》第 5 条。

[①]因此，面对已经时过境迁甚至明显违背刑法规范的解释，选择不适用该解释是当然的立场。

其次，例外不适用规则也符合我国法律解释制度的基本要求。从解释的基本原理来看，刑法解释本身并不能独立存在而只能依附于法律，离开刑法规范，刑法解释就成为无源之水无本之木；从我国宪法及相关法律对司法机关以及司法者职责的规定来看，开展司法活动首要依据是法律而非解释，正所谓“以事实为根据，以法律为准绳”[②]；对于刑法司法解释而言，例外不适用规则更是符合立法法的相关规定。按照立法法第 104 条规定：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。”由此可见，法律解释的目的是为准确适用法律服务，如果一项解释明显与法律相背离或者因时过境迁显然无法获得法律的准确适用，排除该解释是适用就是必然。

再次，从最终目的来讲，例外不适用规则是实现刑法正义的需要。如前所述，刑法解释的目的是为了正确适用刑法，而正确适用刑法则是实现刑法正义的需要[③]。如果单纯是为了维护司法机关的所谓的权威性就将刑法解释的效力予以绝对化，就对解释结论背离刑法条款或背离客观现实的现象视而不见，刑法的正义不仅无法实现，司法机关的公信力、权威性也会动摇甚至丧失。

坚持例外不适用原则对于刑法正义的实现所具有的必要性与重要性从近年来有关非法制造爆炸物罪具体适用司法解释的变迁及相关司法实践中可以非常典型地展示出来。2001 年 5 月，最高人民法院基于严控与严打涉枪、涉爆犯罪的立场，颁布了《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释【2001】15 号），对于非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物犯罪的定罪量刑条件做了非常严厉的解释。该解释虽然出发点与立场没有问题，但却忽视了广大的中国社会基层一个客观现实，即在中国的许多农村特别是山区农村，普通群众因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、生活需要而自行制造、买卖、运输、储存爆炸物的情况曾经是一个较为普遍的现象。该颁布与施行直接导致了一些有益当地群众生产、生活的制造、储存爆炸物行为都被认定为犯罪。虽然最高法院在该解释发布当年即发现了相关条款的漏洞并在 9 月 17 日通过《最高人民法院对执行<关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用　法律若干问题的解释>有关问题的通知》（法【2001】129 号）对该解释进行实质上的修改[④]。2009 年 11 月，最高法院罕见地发布了《关于修改〈最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》，将该通知的精神及内容纳入其中，最终形成了该解释的修订版，即法释【2009】18 号文件。然而，不可否认的是，由于司法机关对司法解释所持有

①【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年 9 月版，第 195 页。

②宪法第 131、136 条规定：人民法院和人民检察院“依照法律规定”独立行使审判权、检察权；人民法院组织法第 4 条、人民检察院组织法第 9 条重申了宪法的规定；法官法第 3 条、检察官法第 3 条规定：法官、检察官“必须忠实执行宪法和法律”。

③就司法实践而言，实现刑法正义取决于三个因素：事实认定的正确；刑法适用的准确；刑事程序的正当。

④具体内容是：“对于《解释》施行前，行为人因生产、生活所需非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理。”“对于《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为，构成犯罪的，依照刑法和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物，没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可依法免除或者从轻处罚。”

的必须遵守、不可置疑不当立场[①]，虽然从解释的发布到纠偏通知的下达只有短短的4个月，各地法院基于对该解释的严格遵守与执行，已经有相当数量的可以不作为犯罪处理的案件依照该解释被定罪处罚。更为严重的是，即使有了上述通知，对于依照原解释所做不当裁判的纠正也依然呈现出困难的状况，乃至最高法院在2003年1月再次发布《关于处理涉枪、涉爆申诉案件有关问题的通知》（法【2003】8号），明确规定在该《解释》公布后，人民法院经审理并已作出生效裁判的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件，“当事人依法提出申诉，经审查认为生效裁判不符合上述《通知》规定的，可以按照审判监督程序重新审理，并依照《通知》规定的精神予以改判”。至此，相关裁判才最终艰难地予以改正[②]。试想，如果我们在刑法解释的适用中能够不将司法解释的效力与权威性绝对化，树立并坚持“例外不适用原则”，允许司法人员在公开化地充分阐明理由[③]的情况下寻求更为妥当的刑法解释与适用，至少能够在很大程度上避免这种刑法正义的延缓甚至丧失。

## 三、余论：破解刑法适用中的“解释——再解释”现象

在域外法治发达国家及地区，包括刑法解释在内的法律解释都是以个案裁判表现出的具体解释而非抽象解释，它是法官在审理具体案件的过程中“就诉讼案件适用法律所为之解释”，即法律适用过程中的解释[④]。因此，法律解释的适用规则就转化为具体的判例制度。在英美法系国家，这种裁判制度体现为“遵循先例”为核心的判例规则；大陆法系国家虽然是成文法的传统，但在成文法的适用中，基于审级制度的现实影响，上级法院有关具体法律规范的适用与解释的判例特别是最高法院的判例（如日本最高裁判所判例、德国最高法院判例）对下级法院同样具有强参照适用效力[⑤]。然而，在抽象化解释在整个法律解释体系占绝对主体地位的中国，如何基于正确、公正地适用刑法规范目的而适用这些抽象的解释条款则是一个必须直面的现实问题，可见，从世界范围来看，抽象的刑法解释的适用问题其实是一个典型的中国问题。

中国刑法所面对的客观现实是：总体上单一制的政体决定了一部刑法要适用于960万平方公里的地域，要管辖56个民族，而在世界上其他拥有类似国土面积与民族数量的国家，则都采取联邦制政体，发展出联邦与地方两套法律体系与制度。因此，中国在复杂的国情下统一刑法的适用相对于采取联邦制的国家而言具有更为迫切的现实需求。同时，由于中国采取两审终审体制，绝大部分刑事案件都不会由最高法院审理，通过专

①一个明显的佐证就是，《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发【2007】12号）第5条规定：最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。第28条规定：最高人民法院对地方各级人民法院和专门人民法院在审判工作中适用司法解释的情况进行监督。上级人民法院对下级人民法院在审判工作中适用司法解释的情况进行监督。

②具体案例可见：《农民自制炸药建公路被捕 上诉4年终被无罪释放》，载《重庆晨报》2005年3月31日。在该案中，重庆市奉节县金凤乡金千村为了改变山村的落后面貌，村民们决定集资修路，村民罗德富、陈井凡在修路中为节约成本，自制炸药开山，却以涉嫌非法制造爆炸物品罪被公安拘留。该案经过一审、二审和两次再审，2005年3月，重庆市高级法院终审判决：两农民无罪释放。

③这种理由的阐释应当是清晰、全面与科学的，并应当载明在裁判文书中予以公开。当然，如何在不适用现行刑法司法解释的情况下达成更为妥当的刑法解释与适用同样是一个非常宏大的论题，这不仅要求刑法适用者具有刑法解释的正确立场，还要求其能够运用科学的刑法解释方法，这些都是刑法解释乃至法律解释的基础问题与核心问题。限于篇幅及本文写作目的的原因，在此不展开论述。

④有关西方法治传统意义上的法律解释存在范围的论述，可参见韩忠谟：《法学绪论》，中国政法大学出版社2002年8月版，第94—95页。

⑤大陆法系国家虽然没有“遵循先例”的正式原则，但由于法官在司法实践中不仅深受先前法院判例的权威的影响，更不愿冒自己所作判决被上诉审撤销的风险，因此，法官的司法同样受到判例尤其是上级法院的巨大影响，其对判例的态度同英美国家的法院没有多大区别。具体论述可以参阅，【美】梅利曼：《大陆法系（第二版）》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年1月，第47页。

门的、法定的解释机关以发布抽象性文件的方式阐明刑法规范的内涵进而指导刑法适用就成为在复杂国情下统一刑法适用的基本方式与制度化选择。从这个意义上看，由于制度与国情的约束，抽象化刑法解释在刑法解释体系中占绝对数量的现实将长期存在。

从总体上看，虽然抽象化刑法解释对于刑法规范内涵的具体化、明确化以及刑法适用的统一功不可没，但不可否认的是，抽象化的条款形式总是隐含再解释的需求。而目前来看，相关国家机关回应这种需求的方式基本上还是采取“以抽象解释文件阐释抽象解释”的模式。一个典型的例子就是对刑法第 313 条拒不执行判决、裁定罪的解释,全国人大常委会在《关于<中华人民共和国刑法>第三百一十三条的解释》中对“有能力执行而拒不执行，情节严重”这一犯罪成立要件规定了五种情形,其中前四种列举的都是具体情形,第(五)种则是这种概括表述——“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”,针对司法实践中对这种概括情形的明确化要求,最高法院又在 2015 年发布《关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释【2015】16 号),在其第 2 条再次对立法解释中“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”进行解释，列举了 8 项具体情形。然而，如果仔细分析该条款，我们发现，其第（八）项“拒不执行法院判决、裁定，致使债权人遭受重大损失的”这一规定依然具有高度的抽象性，可以预见的是，在司法实践中，仍然会有对该项规定中“遭受重大损失”这一抽象表述进行明确的请示或要求。这种不断循环、反复出现的“解释——再解释”现象在有关信用卡诈骗罪、贪污贿赂犯罪、邪教组织犯罪、毒品犯罪等许多犯罪中都一再出现。

显然，从解释学的基本原理来看，只要以抽象解释方式来解释具体规范，这种“解释——再解释”的循环总是不可避免，而这种模式对于每天都直面各种纷繁复杂案件的司法者而言，不仅滞后的，而且也是不可能完备的，对于追求个案正义的具体裁判而言，显然是有缺陷的。在笔者看来，破解这种刑法解释与刑法适用上的“解释——再解释”循环现象关键是在当前已经实行的案例指导制度基础上进一步提升个案裁判在整个刑法解释体系中的地位与作用，构建一种抽象刑法解释为主干，以指导案例为支干，以具体的判例（解释）为补充的刑法解释体系，通过刑法规范、刑法解释在个案中的具体适用展示法规范和抽象解释条款的具体含义。当然，这一制度的构建有赖于在三个方向进一步改革与完善刑法解释制度：一是对包括刑事司法者在内的司法人员在个案裁判中的法律解释权予以制度化的承认，使司法者敢于调动个人的主观能动性开展法律的适用解释[①]；二是构建法律职业共同体对于刑法解释立场、方法的共识，使刑法解释活动在具有共识的、科学的话语平台上展开，而不是一种“公说公有理婆说婆有理”的争论，这对于目前处于社会大转型与大变动的时期、管辖广阔地域与复杂社会阶层而又尤其关注司法适用的平等性、统一性的刑事司法而言显得尤其重要[②]。三是确立抽象性刑法解释的基本适用原则，使得司法者在日常司法实践中面对抽象的解释条款时，即使没有上级的“再解释”也能够自主地作出正确的适用，而这也正是本文论证的目的所在。

---

①当前中国实行的案例指导制度应当是迈出了在制度上承认司法者法律解释权的第一步。这一制度要求个案裁判成为指导案例（也可以说是中国版的判例）必须经过最高司法机关的审查与批准。这种限制对于提高判例的质量是有益的，但也导致了数量有限，限制了该项制度在实践中的指导意义。事实上，由于法律解释本身是一种法律适用技术，无论是否为制度承认，司法者在裁判活动中解释法律是不可避免的，而由于审级制度的存在，上级司法机关的裁判观点（法律解释结论）必然会对下级司法机关的司法者产生影响。承认司法者在个案中的刑法解释权并予以制度化规范和监督更有利于刑法正义的实现。具体论述可以参见，唐稷尧:《中国法官刑法解释权刍议》，载《四川师范大学学报（社科版)》2015 年第 4 期。

②近年来，中国当前刑法理论界与实务界所开展的有关刑法解释（法律解释）的立场、方法的论争与讨论非常热烈，成果颇丰，这种讨论与论争正是达成共识、构建统一刑法解释话语平台的基本途径。

# 论刑法的裁判者解释：主体定位、最终对象与价值制约

茹士春[①]

【内容摘要】刑法解释不仅是对刑法规范含义的说明，更是一个理解、选择和决定刑法规范含义的过程。如果将刑法的有权解释不仅仅理解为有权以自己的名义制定规范性解释文件，而是还包括依法有权对刑法作出具有法律效力的个案理解，那么法官等裁判者同样是刑法有权解释的实然主体。从司法实践和概念辨析的角度看，理论上提出的刑法规范、刑法规定、刑法文本、刑法事实等所谓刑法解释对象最终都要体现或落实为刑法条文。裁判者对刑法条文的解释必须符合人们普遍认同的基本情理，只有这样，得出的解释结论才能符合刑法明确性的要求和获得公众的认同。结论必须合乎情理，构成了对裁判者行使刑法解释权的价值制约。

【关键词】刑法解释　解释主体　解释对象 合理解释

按照通常的观点，在我国法律解释的有权主体只有全国人大常委会、最高人民法院和最高人民检察院。那么，具体的裁判者在法律解释中扮演什么样的角色？他们有没有解释法律的权力？如果裁判者有权解释法律，他们解释的对象又是什么？法律有权解释作为一种权力，应当受到什么样的制约？本文以刑法解释为例，对法律有权解释的主体和对象进行探究，并就刑法解释权的价值制约提出初步的见解。

## 一、裁判者是刑法有权解释的实然主体

### （一）刑法解释是理解、选择、决定刑法规范含义的过程

在论及刑法解释的必要性时，刑法理论一般认为 “刑法解释是由刑法立法通向刑法实施的桥梁，其重要性昭如日月”。[②]“只有正确地了解刑法规范的真实含义，才能正确地加以适用。”[③] “刑法之解释不啻予刑法以生命，无解释则刑法等于死文，毫不发生作用。”[④]这些说法从不同角度表明对于司法实践来说刑法解释是何等重要。但是，在谈到刑法解释的目的时，我国刑法理论中有代表性的观点认为“刑法的解释就是对于刑法规范含义的阐明。”[⑤]或认为“刑法解释是指对刑法规定意义的说明。”[⑥]或者为了明确解释的主体范围，指出“所谓刑法解释，是指国家权力机关、司法机关或者其他机关、社会组织、人民团体、法律专家、学者、司法工作者或者其他公民个人，对刑法规定的含义进行阐明的活动，或者这些主体对刑法规定含义进行阐明的结论。” [⑦]但是，“在语言学上，术语‘解释（толкование）’与‘认识(познание)’这一概念存在密切联系。由此应当承认解释的第一要素是理解(уяснение)……它的内容是产生于主体认识

① 茹士春，重庆大学法学院博士研究生，电话 18696757150，通讯地址：重庆市沙坪坝区教院路 8 号百年世家 10-1-5。邮编 400031。邮箱：rudeyu@sohu.com

② 参见高铭暄为李希慧的专著《刑法解释论》（中国人民公安大学出版社，1995 年版）所作的序。

③ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版同，第 21 页。

④ 蔡墩铭：《刑法总论》，台湾三民书局 2007 年版，第 29 页。

⑤ 前引②，第 21 页。

⑥ 张明楷：《刑法学（第四版）》，法律出版社 2011 年版，第 32 页。

⑦ 李希慧：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 49 页。

中的思维过程。”[①]而“说明(разъяснение)则是解释概念的第二要素。它不总是伴随着理解出现。”[②]可见，将刑法解释理解为对刑法规定含义的说明，没有完全揭示解释的全部要素，无法体现解释作为一种认识活动的客观过程，因而是对解释的不全面或有偏差的“解释”。

陈忠林教授通过对外国刑法学中“解释（interpretation）”一词的词义进行分析，指出“这一概念主要含义除了具有‘说明（explan）’的含义，还有‘理解（understanding）’，‘赋予……特定含义’，甚至将‘自己的理解付诸行动’的含义，国外刑法学界在使用‘刑法的解释’这一概念时，往往不是仅仅视其为‘说明’刑法规范含义的举动或结果，而是将其看成解释者‘理解’、‘说明（理解）’、‘应用（理解）’的动态过程”；结合对“同一刑法规范，不同人可以有不同的，甚至完全对立的理解；对同一事实不同的法官可能作出不同的、甚至完全对立的判决”以及现代法治中规定了法院有违宪审查权的情况下，法官可以宣布法律无效而且在宣布无效之前，可以改变法律解释以及修改法律的现象的考察，指出 “刑法规范的解释者不是刑法内容被动的认识者，而是一个能动的刑法规范含义的选择者和决定者，或者说‘刑法的解释’不仅是解释者认识刑法规范内容的过程，也是解释者选择、决定、改变刑法规范内容的过程”；通过对至今为止的刑法学说史的总结，指出“刑法理论中关于‘刑法的解释’探讨，从根本上说，都是围绕着法官应该如何正确理解、适用刑法规范，而不是学者应该怎样说明刑法规范的含义问题而进行的。……换言之，人们之所以要研究‘刑法的解释’问题，不是为了说明刑法规范的含义，而是为了保证刑法规范的正确适用”。[③] 刑法解释不仅是解释者被动认识刑法规范内容，也是解释者能动选择、决定、改变刑法规范内容的过程，刑法解释的目的不是单纯为了说明刑法规范的含义，而是为了保证刑法规范的正确适这用等等观点，在德法等国及我国台湾的刑法理论中也得到了印证。例如，德国学者认为，“在一部法律中使用的所有概念（除了数字，日期和计量单位之外）在或大或小的范围内都具有多重含义。……法官必须总是在各种可能的含义之间加以选择，而这种根据特定规则进行的创造性活动，就被人们称之为解释。”[④]在法国学者看来，“如果刑法规定不甚明确，或者刑法的规定有可能作多种解释时，法官应当努力深入理解法律规定的真正意义，并按此意义来适用这些规定。”[⑤]我国台湾学者林山田先生提出：“刑法解释乃指为了达成正确运用抽象的刑法条款，以科处犯罪行为人的目的，探求或阐明刑法条文的正确意义，司法者追诉或审判行为人，针对行为人的行为，从事刑法评价之时，即藉刑法解释所得到的条文的正确意义，而认定因无可资适用的刑法条款而做无罪判决，或要适用某一刑法条款，以提起公诉或定罪科刑。”[⑥]在此所引的刑法解释的概念，虽然具体表述各异，但都以各自的方式揭示出刑法解释的目的在于“正确适用刑法规范”。为了充分体现这一目的，刑法解释的概念不仅是对刑法规范含义的阐明，而是应当界定为：“人们为了保证刑法规范的正确适用而理解、选择、决定刑法规范含义的过程。”[⑦]

---

① Вопленко Н.Н.Официальное толкование норм прва. М. :Юрид.лист. ,1976.с.6.

② 同上注，第 6 页。

③ 陈忠林：《刑法的解释及其界限》，载赵秉志、张军主编：《刑法解释问题研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 41-42 页。

④ [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论·第 1 卷》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 84-85 页。

⑤ [法]卡斯东·斯特法尼：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 139-140 页。

⑥ 林山田.《刑法通论（上）》，作者发行 2008 年版，第 147-148 页。

⑦ 前引⑧，第 42 页。

## （二）裁判者是刑法有权解释的实然主体

从刑法规范解释是“人们……理解、选择、决定刑法规范含义的过程”这个定义的表述来看，刑法解释的主体范围不应有什么限制，因为任何人都对刑法规范的含义作出自己的理解、选择和决定的“权利”。尽管任何人都有对刑法规范含义作出自己理解的权利，但是并非任何人对刑法的理解都有法律上的约束力。正像有的学者所分析的那样，解释法律的主体有很大的随意性，“对解释法律来说，外行人也可以进行，但法律解释，外行人则不能进行（起码在法治社会中不允许）。”[①]“解释法律最大的特点在于，它对法律所作的解释不具有法律上的约束力，”但法律解释则不同，“它的最大特点在于，它和被解释的法律一样具有法律上的约束力。”[②]这种从主体和效力角度对“解释法律”和“法律解释”进行区分的观点本身或许可以商榷，但是它揭示了一个不可否认的事实：法律解释是否具有法律上的效力与解释主体是谁密切相关。在苏联国家与法权理论以及我国法学理论中，法律解释效力就是按照主体是否有权来进行确定的。[③]在我国，将法律解释视为一种权力现象，不但在理论中是通行见解，而且还直接反映在现行法律规定中。

根据宪法等有关法律规定，有权成为（包括刑法在内的）法律解释主体的只有全国人民代表大会常务委员会，最高人民法院和最高人民检察院。1981 年 6 月全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》第 2 条规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。”根据 1982 年 12 月宪法第 67 条的规定，“解释法律”是全国人民代表大会常务委员会行使的职权之一。1983 年 9 月《中华人民共和国人民法院组织法》第 33 条规定：“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。”2000 年《中华人民共和国立法法》第 42 条第 1 款规定：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”第 2 款规定：“法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”所以，全国人大常委会与最高人民法院和最高人民检察院也被称为法律解释的“法定主体”。[④] 仅就刑法解释而言，上述三家法定主体事实上确实履行了法律规定的解释职责，1997 年刑法颁布后，全国人大常委会先后作出了 6 个刑法解释，对刑法第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，第 228 条、第 342 条、第 410 条规定的“违反土地管理法规”，第 410 条规定的“非法批准征用、占用土

① 陈金钊：《法律解释哲理》，山东人民出版社 1999 年版，第 42-43 页。

② 同上注，第 41 页。

③ 上世纪 50 年代翻译为中文的苏联国家与法权理论教材指出：“由于进行解释法律的机关与人员的不同，解释有下列几重形式：（1）正式解释；（2）司法解释；（3）学理解释。”前二种解释的主体分别是“全权的国家权力机关”、“法院”，也是有法律效力的解释；而学理解释的主体除了“法权学者、法权理论家”，也可以是“实际工作者、社会活动家及其他人”，这种解释“是不同于正式解释的，也没有正式的性质，对执法机关的执法人员来讲，并无法的意义”（参见[苏]苏联科学院法权研究院科学研究员集体编着：《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》，中国人民大学马列主义关于国家与法权理论教研室译，中国人民大学 1950 年版，第 524-526 页）。这种观点直接反映在上世纪 80 年代我国出版的法学基础理论教材以及刑法学教材中（参见孙国华主编：《法学基础理论》，法律出版社 1982 年版，第 289 页；高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1982 年版，第 46—47 页），并被当时的相关立法采纳。

④ 顾乐：《论刑法解释的主体的资格与本体》，载《政治与法律》2008 年第 4 期。

地”，第 384 条第 1 款关于黑社会性质组织犯罪，以及第 313 条规定的“挪用公款归个人使用”等作出了解释。而最高司法机关（主要是最高人民法院）作出的与刑法适用有关的司法解释更是不胜计数。

根据宪法等有关法律规定，有权成为（包括刑法在内的）法律解释主体的只有全国人民代表大会常务委员会，最高人民法院和最高人民检察院，是否意味着像主流法学理论所认为的那样，只有这几个机关才是刑法有权解释的主体？本文认为，如果将刑法有权解释理解为“有权以自己的名义制定规范性解释文件”，那么能够成为刑法有权解释主体的当然只有上述几个机关。但是，如果将刑法的有权解释不仅仅理解为“有权以自己的名义制定规范性解释文件”，而是还包括依法有权对刑法作出具有法律效力的个案理解，那么，法官等裁判者同样是刑法有权解释的主体。因为：

第一， 根据相关法律规定，裁判者具有适用刑法办理刑事案件的职权。

以法官在刑事诉讼过程中享有审判权为例，根据刑事诉讼法的规定，“审判由人民法院负责”（第 3 条），各级人民法院按有关管辖的规定负责相关案件的审判工作（第 18 条第 3 款，第 19 条至第 27 条），由于人民法院的审判工作必须通过具体的审判人员完成，所以，刑事诉讼法规定基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判（第 187 条第 1 款）；高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行（第 187 条第 2 款）；人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行（第 187 条第 4 款）。刑事诉讼法审判组织组成人员的规定，至少表明审判员与人民陪审员拥有审判刑事案件的职权。刑事诉讼法第 187 条第 3 款规定“人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。”该款规定中使用的“权利”一词显然对审判员与人民陪审员审判职权的明文确认。如果说关于审判组织组成的规定是从正面确认了审判员和人民陪审员的审判职权，那么关于回避的规定，则是从反面对应当回避的人员在无需要回避的情况下具有的相关职权进行了确认。总之，在刑事诉讼过程中，适用刑法办理相关案件的职权尽管属于公检法等司法机关，但这些有权机关的职权最后必然转化或落实为具体司法工作人员的职权才能实现，而且这种转化和落实，在法律中已经作出了明文规定。如果说有法律依据并产生法律效力地适用法律是“有权”适用，那么法官等裁判者显然是刑法的有权适用主体。

第二，裁判者办理具体案件时，需要对适用的刑法条文和相关解释结论作出自己的理解。

由于“即使是优秀的立法者也不能预见到法律适用的古怪情形”，[①] “法典的编纂永远不可能是全面的”，[②] “法条的表述总是笼统的，它不可能像案件本身一样具体。”[③] 所以，刑法的“明确性是相对的，要求刑法成为任何人都能读懂的、任何争议都不存在的法律，那是过于幼稚的想法，世界上也没有这样的刑法。”[④]然而，对于裁判者而言，“只有正确地了解刑法规范的真实含义，才能正确地加以适用。”[⑤]所以，为了准确地加以适用，裁判者必须正确地理解刑法规范的含义。不仅如此，如果法律解释不仅是在

① [美]凯斯·R·孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，金朝武等译，法律出版社 2004 年版，第 221 页。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 135 页。

③ [奥]欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社 2009 年版，第 185 页。

④ 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社 1999 年版，第 37 页。

⑤ 前引②，第 21 页。

“纸上”说明法律规范的含义，而是还要在实践中将法律规范适用于具体案件裁判的过程，那么上述有权解释法律的机关对法律进行的解释都不是最后解释，它们仍然需要通过法官等司法人员作出进一步的解释，才能得到真正的实施。就立法解释而言，全国人民代表大会常务委员会作出的刑法解释的内容既可以是对法律规定“进一步明确具体含义”，还可以在“法律制定后出现新的情况”时“明确适用法律根据”。后一种情况的刑法解释在“明确适用法律根据”之后，所适用的相关法律当然需要解释；即使是前一种情况，由于立法解释采取规范性解释的形式，如果说“一个典型的法典中，几乎没有一个条款不需要作司法解释”[①]，那么立法解释文件与法典一样，每一个“条款”都需要再解释才能真正适用。[②]对司法解释来说，最高司法机关（主要是最高人民法院）对刑法进行的解释有二种基本类型，一是在审理具体案件过程中对适用的刑法规定通过判决作出的具体解释；二是就普遍应用刑法问题作出系统的规范性司法解释。后一种司法解释是目前最高司法机关行使刑法解释权的主要形式。在不与立法解释相冲突的情况下，这种司法解释具有与立法解释几乎相同的约束力，而且“假如隐去解释文件的标题，我们恐怕无法从内容上将立法解释与司法解释相区别。”[③]由于除了制定主体不同之外，司法解释的效力和内容都与刑法立法解释相差无几，所以，这种抽象性（或规范性）的司法解释一方面因太像刑法规范而引来“僭越立法权”的质疑；另一方面与立法解释一样，它本身在司法适用中需要司法人员进行再解释。例如，1999 年最高人民法院印发了《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》。关于农村中故意杀人犯罪以及农民故意杀人犯罪是否判处死刑，该纪要指出：“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任，或者被告人有法定从轻处罚情节的，一般不应判处死刑立即执行。”该规定中的“邻里纠纷”不但是故意杀人罪的起因，同时也是对此类故意杀人案件慎重适用死刑的原因。但什么是“邻里纠纷”，在司法实践中还是存在不同认识，因向本村女青年求婚被拒而将被害人杀死的，是否属于“邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪”？为了解决这种实务问题，就需要对“邻里纠纷”作出进一步解释。 “事实证明：（1）任何具体的法律规定都可能作出无数含义根本对立的解释；（2）任何法律规定都必须通过执法者、司法者理解才可能执行；（3）任何法律规定只能按照执法者、司法者的理解执行。”[④]可见，裁判者不但事实上扮演着刑法解释主体的角色，而且还是最终完成刑法解释工作的解释主体。这个结论不但可以适用于那些立法者或司法者没有解释过的刑法规定，也同样适用于最高立法机关对刑法作出的立法解释和最高司法机关对刑法作出的规范性司法解释。[⑤]

综上所述，法官等裁判者并非像有学者所说的那样“是刑法解释的应然主体”，[⑥]而

---

① [美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，法律出版社 2004 年版，第 43 页。

② 例如，全国人大常委会《关于<中华人民共和国>刑法第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释》将刑法第 410 条规定的“非法批准征用、占用的土地”解释为“是指非法批准征用、占用耕地、林地等农用地及其他土地。”这种解释虽然使刑法条文中规定的“土地”二字要明确，但这里的“其他土地” 还需要进一步解释。在是否需要进一步解释这一点上，刑法立法解释与刑法规定本身并无区别。

③ 唐稷尧：《事实、价值与选择：关于我国刑法立法解释的思考》，载《中外法学》2009 第 6 期。

④ 陈忠林：《司法民主是司法公正的根本保证》，载《法学杂志》2010 年第 5 期。

⑤ 有学者指出：“在大多数西方国家，司法解释就是法官对制定法的解释”（参见董皞：《司法解释论》，中国政法大学出版社 2007 年修订版，第 5 页）。如果将这里“制定法”理解为表现为规范性法律文件的法律文本，那么，在最后适用的意义上，这个结论就不仅适用于西方国家，而是对包括我国在内的全部国家都可以适用。

⑥ 刘守芬,房树新：《论法官为刑法解释的唐应然主体》，载赵秉志,张军主编：《刑法解释问题研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年，第 605 页。

是刑法解释有明确法律依据的实然主体；不但是有法律依据并且其解释能够产生法律效力的有权解释主体，而且是权力意义上刑法的最后终解释者。[①]

## 二、裁判者解释的对象最终都体现或落实为刑法条文

既然裁判者是刑法有权解释的实然和终端主体，那么作为主体的裁判者解释的对象是什么？这是一个与对刑法解释必要性的理解有关的问题，当人们关于刑法必须解释这个结论形成共识的时候，一定意味着他们事先将目光对准了某种“对象”，并认为是它需要解释，从应然意义上讲，在对刑法解释的必要性问题的解答中已经包含刑法解释对象问题的答案了。或许是由于这个原因，目前我们很难看到一个关于刑法解释对象的明确定义。尽管可以说刑法解释对象是解释者进行解释时的目标指向，或者说刑法解释所针对、围绕的目标，但仅仅根据这个定义，我们还不知道到底什么是刑法解释的对象，它的范围如何确定。在法学理论中，关于法律解释对象的理论研究主要致力于揭示法律解释对象所包括的内容，刑法解释对象问题的理论现状大致也是如此。对于刑法解释的对象包括哪些内容或者说刑法解释者对什么作出解释这个问题，研究者们主要提出了如下几种主张：（1）认为刑法解释的对象是刑法规范。这也是将刑法解释界定为“对于刑法规范含义的阐明”的理论通说所持的观点；（2）认为刑法解释的对象是刑法规定，将刑法解释界定为“对刑法规定意义的说明”的学者一般赞成此种主张；（3）认为刑法解释的对象“除了法律文本以外，还包括与这些法律文本具有交流资格的事实”，这里的法律文本包括“所有对定罪量刑产生影响的法律文件，如宪法、刑法典和其他涉及定罪量刑的刑事法规，被公认的、并没有被刑法典明确加以规定但却反映刑法基本精神的法律原则，以及关涉一个国家和社会长期发展的计划型刑事政策，甚至包括上级人民法院所作判例中的对相关法律文本的解释”。这里的事实则是指“那些已经进入诉讼程序的事实。”[②]（4）认为刑法解释要“将犯罪、刑事责任与刑罚三大范畴串连起来，唯有罪责刑关系才是刑法解释的应然对象，这样才能确保刑法解释结论合乎体系性需要。”[③]（5）认为不同类型的刑法解释，其对象也不相同。“应将刑法立法解释对象界定为‘刑法规定’，[④]“刑法司法解释之对象是刑法规范”，[⑤]“刑法学理解释的对象是刑法条文”。[⑥]本文认为，刑法解释的对象与解释主体密切相关：解释主体不同，刑法解释的对象也不相同。或者说，有什么样的解释主体，就会有什么样的解释对象，而裁判者解释的对象只能是刑法条文。其理由如下：

### （一）从司法实践的角度看，裁判者解释的对象最终都体现为刑法条文

“所有的解释均始于对法律条文的研究”,[⑦]对于承担审判职责的法官来说，每个作出有罪判决的案件都必须在判决中援引具体的刑法条文，这是无需论证的司法常识。对承担公诉职责的检察官而言，无论是最后被判决有罪还是无罪的案件，都必须在起诉书中列明被告人涉嫌的罪名，而这意味着必须援引相关的刑法条文。

---

① 从权力意义上说裁判者是刑法的最终解释者，意在阐明“谁有权力”解释刑法的问题，或者再进一步讲，是回答谁的解释会直接产生法律上的效力并对其他人（比如被告人）的权利产生影响的问题。

② 吴丙新：《刑法解释的对象——在事实与规范之间》，载《文史哲》2009 年第 1 期。

③ 孙道萃：《刑法学体系视域中的刑法解释对象与目标新论》，载《福建警察学院学报》2012 年 2 期。

④ 赵秉志：《刑法解释研究》，北京大学出版社 2007 年版，第 49 页。

⑤ 同上注，第 141 页。

⑥ 同上注，第 334 页。

⑦ 前引 19，第 196 页。

值得探讨的是，上文提出有权解释法律的机关对法律进行解释得出的结论都不是最后解释，它们仍然需要通过法官等司法人员作出进一步的解释，才能得到真正的实施。那么，在裁判者对这些规范化的解释结论进行再解释时，其解释对象还是刑法条文吗？答案是肯定的。

首先，刑法立法解释、司法解释直接指向的具体对象只能是刑法条文。综观现行规范性刑法立法解释和司法解释的内容，还没有发现脱离具体的刑法条文作出的解释，可以肯定的说所有刑法立法解释和司法解释的对象都是刑法条文。有的立法解释或司法解释，从内容表述来看，是关于某方面刑法规定或者某个问题的解释，但其实际上仍以刑法条文作为解释对象。例如，2004 年 12 月 29 日全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》有关信用卡规定的解释的内容是：全国人民代表大会常务委员会根据司法实践中遇到的情况，讨论了刑法规定的“信用卡”的含义问题，解释如下：刑法规定的“信用卡”，是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。虽然该解释中没有明确说明要解释的是哪个条文，但不难判断，它解释的对象是规定伪变造金融票证罪的刑法第 177 条、规定妨害信用卡管理罪的刑法第 177 条之一以及规定信用卡诈骗罪的刑法第 196 条。再如，2006 年 1 月 11 日最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 13 条规定：未成年人犯罪只有罪行极其严重的，才可以适用无期徒刑。对已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑。根据内容很好推断，刑法第 17 条第 3 款“已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚”以及规定了法定刑包括无期徒刑的犯罪的刑法分则条文都是该条解释的对象。

其次，裁判者对立法解释或司法解释的再解释，本质上是对作为该解释对象的刑法条文的解释。在实践中，刑法条文可以在没有经过立法解释或司法解释的情况下，由裁判者直接适用于具体的案件，但立法解释与司法解释却不可能脱离作为它的解释对象的刑法条文而被单独适用。也就是说，刑法条文与它的规范性解释之间是前者可以脱离后者直接适用，而者必须依附于前者适用的关系。裁判者只有在需要适用某个具体的刑法条文时，才可能援引相关的立法解释或司法解释并可能对它作出进一步的解释。裁判者之所以要对立法解释与司法解释作出再解释，只能是基于进一步理解相关刑法条文的需要，其性质仍然是对刑法条文内容的解释，而不是单纯地解释这些关于刑法条文的解释结论。我们不妨仍以上文所举的全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》有关信用卡规定的解释为例来说明这个结论，该解释的内容是：刑法规定的“信用卡”，是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。它解释的对象是规定伪变造金融票证罪的刑法第 177 条、规定妨害信用卡管理罪的刑法第 177 条之一以及规定信用卡诈骗罪的刑法第 196 条。如果法官在适用相关刑法条文时，需要明确该解释中“其他金融机构”的含义，那么，这仍然是对刑法第 177 条、177 条之一或者刑法第 196 条中“信用卡”进行解释，而不应理解为仅仅是对立法解释中“其他金融机构”的解释。

### （二）从概念辨析的角度看，裁判者解释的“其他对象”都需要落实为刑法条文

上文引述的关于刑法解释对象各种观点尽管看起来分歧很大，但对裁判者而言，诸如刑法规定、刑法规范、刑法文本、刑法事实、罪责刑关系等“其他对象”都只能归结为刑法条文。

第一，对刑法规范或刑法规定的解释最终只能是对刑法条文的解释。上文提到，理

论上有观点认为刑法立法解释的对象是刑法规定，刑法司法解释的对象是刑法规范。此种观点是对还是错？在本文看来，这种观点本身并不存在对错问题，它的对与错取决于对刑法规定与刑法条文关系的理解。黄茂荣先生认为：“各个法条只有当其取向于一定之价值标准，针对一定之生活类型被组合成一套规定以后，它对系争生活类型之意义才能被相对的确定下来，也同时才产生其规范功能。”所以，黄先生对法规范（Rechtsordong）、法律规定（Regelung）以及法条（Rechtssatz）关系的理解是：“法条只是组成各种法律规定之成员；而法律规定则又是组成法规范之单位”。[①] 黄先生所说的法规范（对应德文单词也可译为“法秩序”）相当于整体意义上的法律规范即法律，法条则与法律条文相对应，而法律规定则与单个意义上的法律规范并无二致。按照这种理解，刑法规定与刑法规范基本是同义词。而在通常的语境中，人们所说的刑法规定就是指刑法条文。本文认为，刑法条文是刑法规范的载体，刑法规定是具有某种关联的若干刑法条文的统称。在刑法解释语境下，对刑法规定与刑法规范的解释，最终都要转化为对刑法条文的解释才能获得法律效力。

第二，作为整体的刑法文本无法成为解释对象。受哲学解释学的影响，法学理论中也有观点认为“法律解释和一般解释相同，都是以文本为对象的。”[②]但与哲学解释学中将文本界定为“任何由书写所固定下来的任何话语”[③] 不同，法律文本的范围应当有所限制。比如，在美国哲学家格雷西亚看来，与法律相关的法律文本“通常涵盖四个领域：编纂（codification）、阐明（clarification）、例证（exemplification）和法律的应用（application）。第一个领域产生了所谓的法典即法律的主体部分，例如《查士丁尼法典》……第二个领域产生了注释，即对法律的说明和阐释。《格拉奇赦令》是这方面的范例……第三个领域是法律判例的汇编，也就是对一些案子的描述。它们或者为法律应用提供样本，或者为将来的法律判决提供判例，或者两者兼而有之。这在那些其法律传统建立在习惯法基础上的地方（比如英格兰）是非常常见的。最后，还存在一类与审判和法律诉讼相关的文本，这些文本是由律师、原告和法官等人创作的。它们主要关注法律在实际案例中的应用，包括了诸如审判中的证据、宣誓作证的证言、证人的陈述、口供、逮捕证等各种东西。”[④]在我国法理学中，作为法律解释对象的法律文本一般被理解为“是指各种作为裁判依据的制定法，包括法律（全国人大及其常委会制定的法律）、法规、规章、司法解释等规范性法律文件。”[⑤]作为刑法解释对象的法律文本则包括“所有对定罪量刑产生影响的法律文件，如宪法、刑法典和其他涉及定罪量刑的刑事法规，被公认的、并没有被刑法典明确加以规定但却反映刑法基本精神的法律原则，以及关涉一个国家和社会长期发展的计划型刑事政策，甚至包括上级人民法院所作判例中的对相关法律文本的解释”。[⑥]尽管对法律文本的范围作出这样的界定已经大大小于“任何由书写固定下来的任何话语”，但相对于我国的制定法传统和法律解释现状还是太过宽泛，对刑法的裁判者解释而言，就更显得漫无边际。本文认为，如果将刑法文本视为由若干刑法条文组成的文件，裁判者解释任何一个条文都是对这个“文本”的组成部分的解释，那么，在这个意义上说裁判者的解释对象是刑法文本似乎也没有错。但即使是这样，裁判者直接解释的对象也仍然是作为文本组成部分的刑法条文，而不是

① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 106 页。
② 王利明：《法律解释学导论》，法律出版社 2009 年版，第 106 页。
③ [法]保罗·利科尔：《解释学与人文科学》，陶远华等译，河北人民出版社 1987 年版，第 148 页。
④ [美]乔治·J.E.格雷西亚：《文本性理论：逻辑与认识论》，汪信砚、李志译，人民出版社 2009 年版，第 118 页。
⑤ 前引 37，第 107 页。
⑥ 前引 30。

作为整体的刑法文本。

第三，个案中的刑法事实只需查明，无需解释。事实是一个涵义非常多样化的概念，[①]作为事实的下位概念的法律事实也可以作出多种不同的理解。按照谢晖教授的观点，“法律事实应当包括具有法律意义的事实、法律规范事实（狭义的制度性事实）、能够引起法律关系的事实和已经被法律所调整所产出的事实——法律关系诸方面。”[②]如果说刑法事实是“与法律文本有交流资格”并“已经进入诉讼程序的事实”，那么它显然属于能够引起法律关系的事实。问题在于，这种刑法事实是不是解释的对象？目前法律解释理论中有一种流行的观点认为，“在具体个案的司法裁判和法律适用过程中，对法律文本或法律条文的解释可以有两种不同的进路，即文本解释和事实剪裁。所谓文本解释，就是直接就所适用的法律文本或条文进行解释，然后将解释的结果与个案事实相连接；而所谓剪裁事实，就是不直接就所适用的法律文本或条文作出解释，而是就有关的个案事实进行区分、剪裁，然后将事实与法律文本或条文相连接。在前者，解释者是用法律涵摄事实，在后者，解释者是将事实归摄于法律。”[③]本文认为，将“对个案事实进行区分、剪裁”也视为刑法条文解释进路的观点，混淆了程序法意义上对的案件事实的查明与实体法意义上对法律条文的解释。在某种意义上，刑法事实与刑法条文都是事实，区别在于前者是具体事实，而后者是抽象事实或者西方学者所说的“制度事实”。[④]例如，张三为了发泄对李四的不满用刀刺中李四要害致其死亡，这是主体、对象和过程已经确定的具体事实；而刑法条文规定“故意杀人的，处死刑……”，这里的“故意杀人”则是主体、对象和过程有待确定的抽象事实。由于“每一个处刑判决的先决条件是，所有涉及有罪判决和处刑判决的事实(无论是积极的还是消极的)，均应得到查明。”[⑤]具体个案中的刑法事实只是程序法意义上查明的对象，而不是实体法意义上的解释对象。对个案事实进行区分和剪裁实际上只是程序法意义上的查明，而不是实体法意义上的解释。只有刑法事实查明之后，刑事案件的实体判断才可能启动，才需要对刑法条文进行解释。总之，在刑法适用过程中，需要解释并能够成为解释对象的不是个案中的具体事实，而是作为抽象事实的刑法条文。

第四，罪责关系不应当是裁判者解释的对象。首先，就已有的研究结论来看，目前关于刑事责任含义以及刑事责任应否成为与犯罪和刑罚并列的一个独立范畴在理论中尚无公认的结论。在这种情况下，“将犯罪、刑事责任与刑罚三大范畴串连起来”作为刑法解释应然对象的设想，恐怕很难实现，这是其一；其二，在逻辑上讲，罪责刑关系（或罪刑）要么是一种客观的存在，要么是对这种客观存在的揭示，所以不存在对这种关系进行解释的问题。退一步讲，即使裁判者对刑法的解释势必涉及罪刑责关系，对这种关系的“解释”也必须要通过刑法条文的解释来实现，裁判者解释的对象仍然是刑法条文而不是罪责刑关系，因为按照罪刑法定的要求，脱离刑法条文解释罪责刑关系是不可想像的。

---

① 关于事实的涵义，有学者总结了十种不同的说法（参见刘亚丛：《事实与解释：在历史与法律之间》，法律出版社2010年版，第66-71页）。

②谢晖：《论法律事实》，载《湖南社会科学》2005年第3期。

③张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1998年版，第33页。

④ 麦考密克认为：“一项法令在经过议会两院正式通过并经国王同意之后，它的存在也是一个制度事实的问题”（参见[英]尼尔·麦考密克，[奥]奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社2004年版，第63页）。

⑤ 前引19，第178页。

## 三、裁判者对刑法条文的解释应当符合人们普遍认可的基本情理

### (一)只有符合人们普遍认可的基本情理的解释，才能符合刑法明确性的要求

尽管法的明确性在大陆法系和英美法系受重视的程度不同，但绝大多数法学家基本都赞同这样的观点："不同的法律部门对确定性的要求是不同的。……在刑事实体法中，确定性是非常必要的"，[①]"刑法比其他法的领域更需要法的安定性"，[②]"适用法律之人受刑法的约束，要比受其他法律的约束更严些。"[③]总之，认为刑事实体法具有比其他法律更高的明确性要求，可以说是两大法系法学家们的共识。

总体来看，论及刑法明确问题的法学家通常认为刑法明确性可以从一般人与裁判者二个角度进行判断。例如，耶赛克提出刑法"明确性要求的根据在于，只有当人民代表的法意志被清楚地规定于条文中，使得法官不可能作出主观擅断的判决"，"明确性要求还应当保证，每个人均能够事先知道，何种行为是被禁止并受刑法处罚的。"[④]大谷实认为，承认刑法明确性原则的根据在于"确保刑罚法规对国民的告知机能和防止法律执行机关的擅断专横。"[⑤]富勒也认为："从法律用一般性规则来约束和裁断人们的行为这一前提出发，任何刑事法律都应该足够明确，以便服务于这样的双重目的：一方面向公民们提出足够的警告，使他们知道被禁止的行为的性质；另一方面为依法审判提供足够的指引。"[⑥]沃克在为"法律的确定性"所编辑的词条中强调"合理的确定性比完全的不确定性更为可取，也比法官一时心血来潮，依据他的想法而不管正确与否的做的判决更为可取"，"在刑事实体法中，确定性是非常必要的，以便人们确知什么行为会受到惩罚，什么行为不会。"[⑦]从以上论述来看，具备明确性的刑法应当既能为一般人"提出足够的警告"，又能为裁判者"提供足够的指引"，或者说，刑法明确性具有二个标准，一个是行为规范标准，另一个是裁判规范标准，同时达到这两个标准的刑法规定，无疑就符合了明确性的要求。

"预测可能性是公民自由行动的前提，没有预测可能性就没有自由可言。"[⑧]所以"法律明确性与确定性原则从来都是罪刑法定原则的组成部分"，[⑨]限制司法擅断，保证公民的预测可能性，是刑法明确性原则（或要求）的当然之义，保证公民的自由是提出刑法明确性原则的初衷。如果刑法仅仅对于裁判者而言是明确的，一般人仍然"对其行为是否会被认为是反社会的行为一无所知"，那么这种所谓的明确性就无法保证"使得法官不可能作出主观擅断的判决"、"防止法律执行机关的擅断专横"，因而也背离了刑法明确性的初衷。或许是基于此种认识，有日本刑法学者认为刑法"必须以具有通常的判断能力的人能够认识判断的程度作为判断明确性的基准"。[⑩]总之，达不到行为规范标准的刑法明确性是缺乏根基的明确，不反映行为规范标准的刑法明确性是有悖初衷的明确性。反言之，只有达到了行为规范标准的刑法明确性，才是符合刑法明确性初

① [英]戴维·沃克：《牛津法律大词典》，李双元等译，法律出版社 2003 年版，第 181 页。
② [德]拉德布鲁赫：《法律警句集》，舒国滢译，中国法制出版社 2001 年版，第 38 页。
③ 前引 19，第 165 页。
④ 前引 19，第 169 页。
⑤ [日]大谷实：《刑法总论》新版第 2 版，黎宏译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 53 页。
⑥ [英]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 121 页。
⑦ [英]戴维·沃克：《牛津法律大词典》，李双元等译，法律出版社 2003 年版，第 181 页。
⑧ 前引 21，第 58 页。
⑨ [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理（注评版）》，陈忠林译注，中国人民大学出版社 2004 年版，第 25 页。
⑩ 前引 51，第 53 页。

衷的真正的明确性。

大陆法系刑法理论中的刑法明确性被理解为这样一种追求，即：“规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能够确切了解违法行为的内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围，以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。”[①]将“刑法的明确性”中的“法”理解为只能是成文的刑法，认为在成文刑法国家“立法者表达立法意图的惟一工具是文字，文字中渗透着立法意图；要把握立法意图就必须从文字中找根据”[②]是大陆法系刑法理论对刑法明确性的基本理解。它建立在这样的信念之上：“立法最大的优点是具有确定性，因为法律规则是由享有权威的个人或机构用白纸黑字的形式制定出来的。若立法以法典的形式体现，则是把该确定性发挥到了极致”。[③]但是，由于一般人实际上不需要按照刑法条文的具体规定来行动，所以，对一般人而言或者说从行为规范的角度看，刑法的明确性不是刑法条文的含义是否明确，而是在刑法条文所体现和反映的刑法规范的内容是否明确。但对于裁判者来说就不同了，刑法条文是裁判活动的法律依据。作为适用者和当然读者，刑法条文表述本身的明确性是裁判者无论如何都不能回避的问题。裁判者不仅是刑法条文的读者和适用者，还是刑法条文的解释者。因为“明确性的实现不仅有赖于立法质量的提高，而且有赖于解释水平的提高。换言之，实现刑法的明确性不仅是立法者的任务，也是解释者（当然包括司法工作人员）的任务。”[④]作为解释者，正确揭示刑法条文的准确确含义是裁判者的职责所在。而“解释者必须从法文的客观含义中发现立法意图，而不是随意从法文之外的现象中相象立法意图。”[⑤]所以，对于裁判者而言，刑法的明确性也是刑法条文意义上的明确。那么，作为解释者的裁判者应当如何在刑法条文中“发现立法意图”，既实现刑法规范内容的明确性，又实现刑法条文本身的明确性？德国刑法学家耶赛克和魏根特说：“不明确的、非法律的标准情况下，法律对法官的约束要求，只能通过下列途径来加以保证，即评价只能以大众所赞同的价值概念为基础。”[⑥]英国法理学家富勒指出：“在某些时候，获得清晰性的最佳办法是利用并在法律中注入常识性的判断标准，这些标准是在立法会堂之外的普通生活中成长起来的。”[⑦]或者说，裁判者对刑法条文的解释必须体现和反映作为一般人行为规范的基本情理，只有这样才能达到刑法明确性的行为规范标准，才能符合刑法明确性初衷。

### （二）只有符合人们普遍认可的基本情理的解释，才能获得公众的认同

英国学者罗伯茨和豪夫认为：“司法系统能够实现其功效，较大程度上是因为多数人在多数时间赞同法律的规定。因为该系统的组成部分拥有合法性和这样的权威，人们才信任它们。人们遵从或至少部分地遵从该系统的要求，在一定程度上因为他们相信警察和法庭，认为他们公正。”相反，“如果人们认为检察官不称职、法官很随意且不公正，或者认为司法系统歧视特殊群体，那么作为结果，这些机构的合法性将受到损害，法律规范的权威性也将被削弱。”[⑧]我国学者冯亚东教授认为：“法律的终极效力则来

① 前引 55，第 24 页。
② 前引 21，第 149 页。
③ [比]R.C.范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》，薛张敏敏译，北京大学出版社 2006 年版，第 124 页。
④ 前引 21，第 37 页。
⑤ 前引 21，第 149 页。
⑥ 前引 19，第 160 页。
⑦ 前引 52，第 76 页。
⑧ [英]朱利安·罗伯茨,[英]麦克·豪夫：《解读公众对刑事司法的态度》，李明琪等译，中国人民公安大学出版社 2009 年版，第 36-37 页。

自人们的普遍认同，否则就成为强词夺理、恣意妄为的工具。”[①]周光权教授也指出：“刑法必须得到公众认同，刑法的规范有效性才能得到维持，刑法才有存在的意义”。[②] 总之，刑法应当获得公众认同，这无论在外国还是在中国的理论界都应当是共识。但关于如何理解“认同”以及刑法公众认同中作为认同主体的“公众”和作为认同对象的“刑法”、如何实现刑法的公众认同等问题，理论上并未形成公认的结论。

关于上述问题，本文的观点是：第一，刑法认同语境下的认同则应指刑法被社会公众发自内心的认可或赞同、由衷的肯定评价。对刑法而言，获得认同与被遵守之间不存在完全对应关系。某种规范得到人们的实际遵守，但未必得到人们的认同，前文提到的潜规则就属于这种情况；相反，有人违反某种规范，也可能并不影响他对这种规范的认同。事实上，绝大多数犯了罪的人对禁止实施此种犯罪行为的刑法规范仍然持认同的态度。第二，作为刑法公众认同的主体即“公众”与作为刑法规范指引对象的一般人内涵相近的概念，刑法公众认同实际上就是一般人对刑法的认同。因为刑法认同的本质是对刑法作出的评价，而有能力对刑法作出评价的人与刑法可以指引的对象在范围上应当是一致的。第三，刑法公众认同中的“刑法”如何理解？一般人通常不阅读刑法典，不用刑法条文的具体规定指导自己的行动，人们对于通常不了解实际上也不需要了解的事物，是无所谓认同与不认同的。因此，讨论公众或一般人对刑法条文的具体规定是否认同没有实际意义，或者说作为公众认同对象的“刑法”不是刑法条文的具体规定。如果说作为公众认同对象的刑法不是刑法条文，那么它是否刑法条文所表达或承载的刑法规范呢？对这个问题的回答，就自然涉及到了本文研究的行为规范与裁判规范这一主题。刑法规范的行为规范性，是指刑法规范体现和反映社会普遍认同的善恶观念、是非标准和伦理要求等基本行为规范。所以，具备行为规范属性的刑法规范不可能不与它所体现和反映的基本行为规范一样得到公众的认同。讨论作为行为规范的刑法规范是否公众认同的对象同样没有意义，作为公众认同对象的“刑法”也不是行为规范。那么，裁判规范是不是作为公众认同对象的“刑法”呢？答案也是否定的。因为前文已述，在价值上不统一于行为规范的“裁判规范”不是真正的裁判规范，或者说这样的裁判规范是不应当存在的。在这个意义上，与行为规范一样，能够真正成为裁判规范本身就意味着必然会得到公众的认同。讨论公众对裁判规范的认同与否也没有意义。那么，刑法的公众认同中的“刑法”究竟是指什么呢？本文认为，应当得到公众认同中的“刑法”实际上是指裁判者以“根据刑法”的名义作出的、以裁判规范的形象展现在公众面前的裁判结论。因为“在实际裁判中，法官不以法律名义来裁判案件的情形，几乎是见不到的。即便是最愚蠢的法官，也不会声称，他对案件所作出的裁判，不是根据法律作出的，甚至声称是违反法律所作出的。’’[③] 刑法的形象通过裁判者作出的裁判（解释）结论传递给一般人，裁判结论是一般人给刑法打分时参考的重要指标，是决定刑法能否获得公众认同的重要甚至惟一因素。

那么，裁判结论又是如何获得公众认同？是不是只要审级越高，就越能赢得公众的认同呢？美国联邦最高法院大法官杰克逊说过“我们说了算不是因为我们不犯错，我们不犯错是因为我们说了算。”[④]深刻描绘出司法裁判“正确性”对权力的依赖。这种建

① 冯亚东：《违法性认识与刑法认同》，载《法学研究》2006 年第 3 期。

② 周光权：《刑法的公众认同》，载《中国法学》2003 年第 1 期。

③ 杨勇：《事实、规范与裁判：法律语义谱系学》，人民法院出版社 2012 年版，第 39 页。

④ Brown v.Allen,334U.S.443(1953),at 540(Jackson,J.concurring).转引自朱苏力：《法条主义、民意与难办案件》，载《中外法学》2009 年第 1 期。

立在权力及其等级基础之上的所谓“正确性”或许可以迫使公众接受，但却未必赢得公众的尊重和认同。事实表明，是否能够获得公众认同，与裁判结论的审级无关，而是取决于它是否体现和维护公众普遍认同的价值。陈忠林教授指出，“现代法治，归根到底应该是人性之治、良心之治，而绝不应归结为机械的规则之治”；“我们要实行法治，要坚持罪刑法定原则，但绝不能将法与理对立起来，绝不能显失公平、绝不能违背常理、绝不能不顾人情”；“我们的法律是人民的法律，绝不应该对其做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释”；“我们人民法院定罪量刑的过程，应该是一个和人民群众，包括刑事被告人，将心比心，以心换心的过程”；“我们的司法人员只能为了维护法律所保护的价值而维护法律的权威，但绝不能仅仅为了维护法律的权威而维护法律的权威。”[①]如果裁判结论体现和维护老百姓所共同认可的常识、常理、常情，就能够获得公众的认同；反之，如果裁判结论明显违情悖理，就不可能获得公众的认同。

作者简介：
茹士春，西南政法大学刑事侦查学院讲师，民商法学博士后研究人员，法学博士。
通讯地址：重庆市沙坪坝区大学城金科廊桥水乡 D30 栋 1 单元 2-2。
电话：18696757150
邮箱：rudeyu@sohu.com

① 陈忠林：《刑法散得集》，法律出版社 2003 年版，第 37 页。

# 我国犯罪构成解释范式的功能论转向

陈银珠

【内容摘要】刑法学界对犯罪构成理论的讨论热潮开始渐渐平息，这股热潮值得反思和总结。刑法学界对于犯罪构成理论的认识开始呈现多元化趋势，根据不同的理论资源、研究路径和知识背景，刑法学者提出不同的犯罪构成体系。历史论、系统论和分析论呈现出“三足鼎立”之势。这三种理论都有其正当性的一面，同时也都存在不足的一面。功能论以我国司法和立法实践为起点和依归，吸收这三种理论合理的一面，弥补其不足之处。

【关键词】犯罪构成；历史论；系统论；分析论；功能论

## 一、引言

犯罪构成理论是我国刑法学界激烈争论的课题，这体现了刑法学者对法律规定的犯罪成立条件以及对于刑法适用过程的不同理解。这些不同的理解包含不同的理论资源、研究方法和知识背景。法律规定的犯罪成立条件是一种结构性存在，对这种结构的不同理解代表着不同的解释范式，体现刑法学者在建构犯罪论体系过程中寻求不同的正当性方式。

犯罪构成理论的主张及其正当性的论述有不同的面向，不同的学者基于不同的理论、学术背景、个人倾向和个人经历[①]等方面看到犯罪构成理论不同的侧面，“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”。以一个面向为基础来批评另一个面向，使犯罪构成理论的不同面向得以深化，“片面的深刻”在交锋和碰撞中得以实现。这不仅使刑法理论越辩越明，而且刑法学界争辩的风气如一缕春风打破了沉寂的寒冬。无论争论的结果是什么，无论孰优孰劣，自有历史和实践来检验，但是每个学者都以自己的方式参与到了刑法学理论的发展过程中。刑法学只有在这种争辩和交锋之中，才不会沦落为“夕阳学科”。

本文从现有的犯罪构成理论的文献中总结出三种论证方式，这三种论证方式既是基本立场也是方法论，从不同角度认识犯罪构成理论的三个面向。笔者描述了这三种论证方式的基本观点和基本逻辑，并指出其中的不足。发现理论的优点容易，发现理论的缺陷很难，而且要承受可能误解他人观点的风险。本文对这三种论证方式缺陷的反思，是从这三种论证方式的逻辑中推导出来的，可能并不是该论证方式代表学者的明确表述。在指出其缺陷以后，笔者提倡一种功能论的研究范式和论证方式。功能论既是基本立场也是方法论，它试图吸收上述三种论证方式的精华，并克服这三种论证方式的缺陷。这三种观点的学者并不是不研究犯罪构成理论的功能，而是没有把功能放到理论的核心位

[①] 个人的因素在学术讨论中经常被有意识地忽略，但是个人的学术背景、个人经历等因素以隐蔽的方式对自己的学术立场起着“四两拨千斤”的作用。高铭暄教授曾经受教于前苏联教授贝斯特洛娃，何秉松教授钦佩的是塔干采夫教授的犯罪构成体系。陈兴良、周光权、张明楷、付立庆教授留学德日或者与德日刑法学者的密切交流使得他们对德日的犯罪论体系赞叹不已。

置，而这正是功能论所要提倡的。

## 二、历史论：犯罪构成理论的传统

历史论从历史选择的必然性和历史合理性来论证犯罪构成体系的正当性，比如高铭暄教授等，高铭暄教授发表的相关论文有：“论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持”，《中国法学》2009 年第 2 期；“对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应”，载《刑法论丛》2009 年第 3 卷；“关于中国刑法学犯罪构成理论的思考”，载《法学》2010 年第 2 期。

历史论的观点，是从犯罪构成理论的历史发展和现实存在中寻找犯罪构成体系的正当性，既然四要件的犯罪构成体系能够在中国的土壤中生根、发芽，并茁壮成长，必定有其合理性。“存在的即是合理的”，是历史论的核心观点。“我国四要件犯罪构成理论的形成，是一种历史性的选择，具有历史必然性；同时，四要件犯罪构成理论又经受住了历史的考验，具有历史合理性。”[①]这是历史论最经典的总结。

在中华人民共和国建国伊始，向苏联学习，以俄为师，是当时党和国家的战略决策。受到这种战略决策的影响，中国学习苏联的四要件的犯罪构成理论是当时历史条件下的唯一合理的选择。新中国建立以后，通过废除六法全书和司法改革运动，新中国的刑法学理论与民国时期的刑法学理论决裂。在民国时期的刑法理论被批判，继而被放弃以后，我国的刑法学理论如何建立？只能通过学习其他国家的刑法学理论，那么应该向谁学习？在中国与美国率领的 14 个国家于 1950 年至 1953 年在朝鲜打仗时，在德国、日本等西方发达资本主义国家没有与我国建立外交关系的情况下，中国不可能向英美德日国家学习刑法理论。苏联在新中国成立以后的第二天就对我国新生政权予以承认。从当时的历史环境来看，中国学习、借鉴苏联四要件犯罪构成理论就成为一种必然选择。

一旦犯罪构成理论成为我国历史的一部分，那么以后试图完全割裂这种历史联系的做法就会付出更大的成本。在选择了苏联的犯罪构成理论以后，犯罪构成理论就开始在中国生根、发芽，并慢慢地成为我国刑法理论和司法实践的背景知识和思维模式。“以四要件犯罪构成理论为核心的新中国刑法学建立后，迄今已五十余年，四要件犯罪构成理论经过生根、发芽、开花、结果，早已成为深深扎根于中华大地的本土化的东西。无论是立法界、司法界、教育界还是科研界，只要是分析和解决定罪问题，通行的做法都是运用四要件犯罪构成理论。教师教的是这个理论，学生学的是这个理论，刑事司法实务中用的还是这个理论。这个理论已深入人心，为司法实践所肯定、所接受、所熟练掌握。”[②]犯罪构成理论被我国的立法者、司法者、刑法学者所普遍接受，说明前苏联的犯罪构成理论有其合理性，能够满足我国刑法学理论和实践的需要。

历史论认为，我国之所以不应该照搬大陆法系或者英美法系的犯罪论体系，最重要的原因是我们没有大陆法系或者英美法系的历史传统。大陆法系的刑法学理论虽然在民国时期得到短期传播，但随着新中国建立就销声匿迹；英美法系的刑法学理论在我国根本就没有铺开。

## 三、系统论：犯罪构成理论的系统

从系统论的角度来论证犯罪构成理论的正当性，代表性著作是何秉松教授写作的《犯罪构成系统论》和《刑法教科书》。犯罪构成系统论创立于 1987 年，1995 年被广泛

[①] 高铭暄：《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》，《刑法论丛》2009 年第 3 卷。
[②] 同上文，第 4-5 页。

承认。正如我国刑法学者所指出的，在 1982 年传统的犯罪构成理论确立后不久，一种新的犯罪构成理论，即犯罪构成系统论也在艰难地创立。这种新理论最初于 1986 年提出，1987 年初步确立，1995 年得到了广泛的承认，1997 年后得到了新的发展。它与传统的犯罪构成理论一起，成为中国刑法学两种主要的犯罪构成理论。[①]系统论的犯罪构成理论是稍微晚于通行的犯罪构成理论，而且对通行的犯罪构成理论保持反思和批判态度。

这种解释范式以系统科学为基础来建构犯罪成立的条件。犯罪构成系统论以系统观和系统方法论为知识资源和学术支撑。犯罪构成系统论是根据系统论来研究犯罪构成问题所得出的一些列结论和观点。我国刑法学者指出，“本书所采用的‘犯罪构成系统论’，就是为了改革传统的犯罪构成理论而提出的犯罪构成理论新体系。它的最鲜明的特色是以现代系统科学丰富和发展的唯物辩证法系统观和系统方法论为其主要的理论基础。”[②]“犯罪构成系统论与我国传统的犯罪构成理论以及其他国家的犯罪构成理论的最主要的区别，就在于它是建立在唯物辩证法的系统观和系统方法论的理论基础之上的。”[③]可见，系统论的观点是以系统论的科学和哲学思想和方法为基础，反思传统的犯罪构成理论所得出的结论。

系统论把犯罪构成作为一个开放的、动态的系统，强调犯罪构成要件之间的相互联系和相互作用，强调犯罪构成整体与周围环境的相互联系和相互作用。从系统论的角度来看，传统的犯罪构成理论存在两个问题：“它一方面把犯罪构成看成是各个要件的简单总和，忽视了各个要件之间的以及各个要件与犯罪构成这个有机整体的内在联系，缺乏整体观念；另一方面，又把它看成是一个不受外界影响的、孤立的、固定不变的模式，忽视犯罪构成与外界客观环境的联系，缺乏全局观念。”[④]系统论的犯罪构成体系是在反思传统犯罪过来构成理论不足的基础上建立起来的。从系统论的角度，可以看到我国传统犯罪构成理论的孤立性、封闭性和静止性。

系统论关于犯罪构成理论的主要观点：（1）犯罪构成的结构。犯罪构成的核心结构包括三个要件，即主体——行为——客体，这种结构被称为“主——客体”结构。主体和客体是两极，行为是中介，主体通过行为作用于客体。“在现实生活中，人的认识活动和实践活动都是对象化的活动，所以它的基本结构必然是主——客体结构：主体通过中介——认识活动、实践活动作用于客体。这种结构具有普遍性、真理性。犯罪活动作为人的认识活动和实践活动的一种，所以它也不例外，也是这种结构。”[⑤]（2）用“有机整体”论取代“总和”论。犯罪构成是有机统一体，用系统论的观点来分析它的内部结构和对外功能。犯罪构成是一个有机整体，它不是孤立于外部环境而存在的。犯罪构成与环境相互联系、相互作用，进行物质、能量和信息的交换和转换，从而表现出自己的整体性能。

## 四、分析论（移植论）：犯罪构成理论的逻辑

分析论以德日犯罪论体系为理论资源，从分析的角度、逻辑的角度来审视我国犯罪构成理论，代表人物有张明楷教授、陈兴良教授、周光权教授、付立庆教授等。因为分

① 何秉松、科米萨罗夫等主编：《中国与俄罗斯犯罪构成理论比较研究》，法律出版社 2008 年版，第 232 页。
② 何秉松主编：《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社 2000 年版，第 184 页。
③ 同上书，第 193 页。
④ 何秉松：《对犯罪构成的哲学思考——论犯罪构成的概念》，《政法论坛》1987 年第 3 期。
⑤ 何秉松：《全球化视野下的中俄与德日犯罪论体系》，《国家检察官学院学报》2009 年第 1 期。

析论者大多主张通过移植德日犯罪论体系，或者对德日犯罪论体系进行“换汤不换药”式的的改造，来解决我国传统犯罪构成理论所存在的问题，所以分析论也可以称为移植论。代表性论著有，张明楷教授的《刑法学》（法律出版社 2007 年版）；陈兴良教授主编的《刑法学》（复旦大学出版社 2003 年第 1 版，2009 年第 2 版）；周光权教授的《犯罪论体系的改造》（中国法制出版社 2009 年版）；付立庆的《犯罪构成理论：比较研究与路径选择》（法律出版社 2010 年版）等。

分析论保持对德日刑法学理论的谦虚态度与对我国刑法学理论的批判态度。以德日犯罪论体系的理论资源和方法论为评价标准，来评判我国的犯罪构成理论。分析和逻辑是分析论最重要的理论工具，主要用来批判我国传统的犯罪构成理论。正如有的学者所指出的，“逻辑在法律上更经常是一种批判性的工具，而不是建设性的工具”[①]。从逻辑的角度，以德日犯罪论体系为标准，分析我国传统犯罪构成体系的缺陷。主要观点：（1）德日犯罪论体系具有位阶性，我国的犯罪构成体系不具有位阶性。德日三阶层犯罪论体系的位阶性体现在：事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断。这样很好地处理了事实与价值、客观与主观、一般与特殊的关系。而我国传统的犯罪构成体系是平面耦合，而不具有位阶性。我国犯罪构成理论中，犯罪构成要件之间，根据不同的标准可以随意分开组合。我国的犯罪构成体系因为没有位阶性容易造成罪刑擅断。“以犯罪构成为例，这是刑法知识的核心，现行的四要件的犯罪构成理论存在着内在的逻辑混乱，是对其进行简单的调整所难以克服的。因此，我力主引入德日为代表的大陆法系的犯罪论体系。……我认为，在定罪过程中，事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断，这些规则都是为保证定罪的准确性所不可或缺的。它们是定罪的基本思维方法，其功能正如同形式逻辑之于思想。我国目前的犯罪构成并没有坚持这些原则，而是存在着事实判断与价值判断的混乱、客观判断与主观判断的混淆、类型判断与个别判断的混同。我之所谓引入德日的犯罪论体系，实际上是指引入这些定罪的基本规则。根据这些规则建构犯罪构成体系，就获得了德日犯罪论体系的精髓，因而具有可行性。”[②]（2）我国的犯罪构成理论自相矛盾。在分析论看来，我国传统的犯罪构成理论既认为行为符合犯罪构成要件是承担刑事责任的唯一根据，但是又承认正当防卫、紧急避险等行为和“情节显著轻微危害不大的”行为虽然符合犯罪构成要件，但是不构成犯罪。（3）在德日犯罪论体系中，排除犯罪的事由具有体系性的地位，违法阻却事由在违法性中研究，责任阻却事由在有责性中研究。我国传统的犯罪论体系，对于排除犯罪性的事由并没有赋予体系性的地位，比如正当防卫、紧急避险等排除社会危害性的行为，比如“情节显著轻微危害不大的”行为，比如期待可能性等。分析论对我国犯罪构成理论的批判，主要基于德日犯罪论体系的理论资源和分析、逻辑的方法。

分析论者所建构的犯罪构成理论（或者称为犯罪论体系）虽然并不相同，但是基本立场是一致的，即坚持事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断。比如张明楷教授以违法与责任为支柱建构的犯罪论体系。它包括客观（违法）构成要件与主观（责任）构成要件，前者分为客观构成要件符合性和违法性阻却事由，后者分为主观构成要件符合性和有责性阻却事由。[③]陈兴良教授坚持的三阶层的犯罪论

---

① [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 110 页。

② 陈兴良：中青年刑法学文库总序。转引自曲新久：《刑法的逻辑与经验》，北京大学出版社 2008 年版，总序第 2-3 页。

③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2007 年版，目录第 2 页。

体系基本沿袭了德日传统犯罪论体系，即该当性、违法性、有责性。[①]而周光权教授坚持的三阶层犯罪论体系则有所不同。它包括犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件等三个阶层。犯罪客观要件主要讨论实行行为、危害后果、因果关系、行为的时间、地点、方式等反映犯罪客观方面的构成要件要素。犯罪主观要件主要讨论犯罪的故意、过失、认识错误、无罪过的事件以及犯罪的动机、目的等构成要件要素。犯罪排除要件则研究违法性阻却事由和责任阻却事由。[②]这些犯罪论体系虽然代表不同阶层的术语不同，不同阶层所包括的要素不同，但是基本上都坚持了德日犯罪论体系的方法论。

## 五、历史论、系统论、分析论的反思

历史论、系统论和分析论分别从犯罪构成理论的历史性、系统哲学观、逻辑角度寻找正当性根据和言说方式。这三种解释范式代表三种基本立场，也代表着三种研究方法。这三种解释范式依赖于三种理论资源，历史论依赖犯罪构成理论的历史、系统论依赖系统哲学、分析论依赖德日犯罪论体系和逻辑方法。这三种资源对于我国犯罪构成理论的反思和完善都具有重要意义，但是这三种资源仅仅是资源，而不是目的和评价标准。这三种资源只有用来解释和解决犯罪构成理论在我国现实中的问题，才有意义。

### （一）传统的积淀与变迁

历史论说明了历史因素对理论移植和发展的限制和制约，强调了犯罪构成理论在各种社会制约条件下，我国一辈又一辈的刑法学者所付出的努力和所表现的智慧。在推翻国民党政权和废除六法全书以后，我国的法律制度和法学理论呈现的是荒芜的空白。受到前苏联的刑法学理论的影响，我国的刑法学理论逐渐开始建立起来，并把它运用到司法实践中去，这个理论贡献是不能磨灭的。从建国到现在 60 多年的历史中，充满了动荡和变化，置身其中的人无法预测自己的命运和未来的方向，犯罪构成理论的知识能够在艰难中得以传承是不容易的。

历史论强调了法学理论发展的传统要素，法学理论只有在既有理论传统的基础上才能健康发展。割裂传统的法学理论受到历史论的批判。理论传统是刑法学者智慧的结晶，是学术成果的积累。当今刑法理论的发展和选择，无论是传承还是超越都无法跨过刑法学理论传统。历史论也强调了传统犯罪构成理论被广泛接受的现实，这个事实说明犯罪构成理论具有合理性。[③]

历史论是继承传统和积累知识的理论，但不是改革的理论。历史论从犯罪构成理论在我国的生根、发芽、开花、结果中发现了历史合理性和现实合理性，这样的研究路径容易形成路径依赖，反对任何与传统历史路线不符合的改进。历史论强调理论传承的部分，而对改进则持异常谨慎的态度。[④]历史论强调现实，从犯罪构成理论合理性的角度去看待现实，导致它看不到犯罪构成理论在现实中存在的问题。从根本上失去理论创新

---

① 陈兴良：《刑法学》，复旦大学出版社 2009 年版 目录。

② 周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社 2009 年版，第 281 页。

③ 我国犯罪构成理论的合理性是什么，我国刑法学者指出我国犯罪构成理论的“内在合理性”，即逻辑严密、契合认识规律和符合犯罪本质特征等。参见高铭暄：“论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持”，载《中国法学》2009 年第 2 期，第 6-7 页。笔者认为这些无疑总结了我国犯罪构成理论在现实中被广泛接受的原因，也是对我国犯罪构成理论合理性的归纳。但是犯罪构成理论的合理性以及犯罪构成理论在我国实践中的经验有待更加深入的研究。

④ 高铭暄教授认为，推翻我国现行犯罪构成理论，移植其他国家的犯罪构成理论要符合三个条件：紧迫性、必要性和可行性。这三个条件体现了历史论对犯罪构成理论成果的珍视，对现行犯罪构成理论进行重大改革的极其谨慎的态度。

的动力。历史论缺少的是批判和反思的动力。历史论具有趋于保守而不是鼓励改革和创新的习性。从犯罪构成理论与我国历史的联系中，更多地看到的是犯罪构成理论优势，而不容易看到缺陷。在历史论中不容易看到评价犯罪构成理论的标准。

### （二）系统的科学性与局限性

系统论的贡献在于发现犯罪构成理论是动态的开放的系统，并且以此批判我国传统犯罪构成理论的孤立性、静止性和封闭性。系统论从犯罪构成要件之间的关系以及犯罪构成要件与外界环境之间的关系的角度来论证犯罪构成体系的正当性。它把系统论的知识和方法引入到刑法学研究中，对传统的犯罪构成体系的静止性、孤立性作出了批评。系统论在批评传统犯罪构成理论的基础上，建构了犯罪构成系统论。犯罪构成系统论把犯罪构成视为动态的开放的系统，通过研究犯罪构成要件的要素、结构、层次，通过研究犯罪构成要件与外界环境的关系来实现犯罪构成的功能。系统论的价值在于对传统犯罪构成理论的反思，以系统论为评价标准来批判传统犯罪构成理论的静止性、封闭性和孤立性，并以系统论为知识资源来建构犯罪构成理论，即犯罪构成系统论。犯罪构成系统论的特点在于弥补传统犯罪构成理论的静止性、封闭性和孤立性，犯罪构成系统论强调的是犯罪构成如何保持犯罪构成要件之间的联系以及犯罪构成与外界环境之间的联系。

犯罪构成的功能在于对司法者的裁判规范和对于公民的行为规范，对司法者认定犯罪和公民决定自己的行为具有指导作用。犯罪构成要件之间的逻辑关系，只有在规范层面上才有意义，在事实层面上并没有多大意义。系统论把犯罪构成作为一个系统，又把每个犯罪构成要件视为犯罪构成这个系统的子系统，在事实上可以这样去认识，但是这在规范上并没有多大意义。系统论对犯罪构成要件之间所建构的关系对于司法者认定犯罪和公民决定行为而言，并没有什么指导作用。系统论的核心是“系统”而不是“功能”或者“目的”，对犯罪构成要件之间关系的挖掘远远多于对犯罪构成功能或者目的的关注。系统论建立在对传统犯罪构成理论批判和反思的基础之上，关注的是犯罪构成要件之间的关系事实上是什么，而不是根据犯罪构成的功能来研究犯罪构成之间的关系或者调整犯罪构成的结构。

笔者阅读系统论的文献的感觉是，自己特别想知道的东西但是没有发现。系统论强调犯罪构成要件之间的联系，这些犯罪构成要件之间的联系是什么，这些联系能够起到什么作用；系统论强调犯罪构成与环境相互联系、相互作用，犯罪构成整体性能的实现依赖于一定的环境，这里的环境是什么，环境对犯罪构成的影响和作用如何体现在犯罪构成之中，犯罪构成如何影响环境；犯罪构成的整体性能是什么，如何根据整体性能来调整犯罪构成的结构；系统论的评价标准是什么，根据什么来评价犯罪构成的优劣。这些司法实践和理论特别关注的问题，笔者在相关文献中寻找不到明确的答案。

### （三）逻辑的力量与弱点

分析论强调的是逻辑在犯罪构成体系中的正当性，把分析方法运用得淋漓尽致。分析论从逻辑的标准来评判我国传统的犯罪构成理论体系，并且主张我国的犯罪构成体系充满逻辑矛盾，应当移植逻辑清晰的德日犯罪论体系。而移植德日三阶层犯罪论体系的理由也是因为它“反映了定罪的逻辑过程，也使得被告人获得了较多的辩解机会，具有理论上的优越性”。[①]分析论指出我国传统犯罪构成理论的逻辑矛盾，并把德日犯罪论体

[①] 前引[12]，陈兴良书，第一版序，第1页。

系引入进来。这确实加深了对传统犯罪构成理论缺陷的反思，并为理解和解释犯罪构成提供新的选择和言说方式。

分析论除了把分析的方法运用的淋漓尽致以外，还充分运用了比较的方法。只有在比较中，才能真正认识自己。认识自己的长处和短处，才能在他人面前保持自信。但是，分析论把德日的犯罪论体系作为普适的评价标准，而不是作为学术资源；对我国传统的犯罪构成理论的反思建立在与德日三阶层犯罪论体系简单化的比较之中，而不是建立在我国犯罪构成理论的功能之中；对我国犯罪构成理论的完善或者重构就是简单化的移植或者“换汤不换药”式的改造，而不是在既有理论传统的基础之上贡献独特的知识增量。

分析论强调的是犯罪论体系建构中的逻辑因素，这里的逻辑是德日犯罪论体系的逻辑，忽视传统犯罪构成理论体系的历史性。分析的方法在排列组合犯罪构成要素被运用的淋漓尽致。遇到现实或者理论问题，分析论者动辄从德日的犯罪论体系出发来解决这些问题，这样固然省却了思考的麻烦，但是也失去了创新和发展理论的机会。

分析论者被错误的图示所支配，“推倒重来”和“毕其功于一役”的观念支配着分析论者的思想。“所有人都有一幅图画，并且他们都是根据同一幅图画在行动，无论他是否意识到。”[①]自己辛苦获得的劳动成果在未来可能成为这种历史惯性和革命观念的牺牲品。分析论是基于我国传统的犯罪构成体系已经不能容纳新的知识，并且不能更好地解决问题的情况下，采取的“推倒重来”的立场。从历史来看，我国的刑法学研究总是充满了这种“推倒重来”的革命观念，认为传统的理论不能解决问题，只要引进国外的某种理念或者制度就可以解决问题。这种观念从清末变法开始，引进德日的法律制度，新中国成立后，废除《六法全书》全面引进苏联的法律制度和理论。现在又要把从苏联引进来的犯罪构成理论推倒重来，引进德日的犯罪论体系。这种“革命”式的观念使我们的学术研究缺乏知识和传统的积累，总是处于开始阶段，刚刚开始已经结束。因为缺少知识积累和传统的继承，导致法学理论缺乏根基，每当面对国外的法学理论或者法律制度，就没有了自己的理想图景，要么展开自我批判，要么推倒重来。革命观念→缺乏知识积累和传统的继承→革命观念，这样的循环没有休止。这种循环图示已经成为历史惯性，这种历史观念摧毁了法学理论在“批判——完善”中点滴积累的学术成熟过程。这种“革命”观念包含了可以把历史扔掉不要的观念和试图“毕其功于一役”的惰性思维。

分析论者把德日犯罪论体系作为评价标准来评价我国传统的犯罪构成体系的优劣得失，其根本问题在于忽视了理论是从思考实践问题中发展成熟起来的。德日的犯罪论体系一步一步发展起来，发展动力在于德日的司法实践中出现的问题使既存的犯罪论体系无法解释，这样就需要发展犯罪论体系以解决司法实践中的问题。我国的分析论者，以德日犯罪论体系为标准，以我国传统的犯罪构成理论为评价的对象，以分析的方法和逻辑为批判工具，并且以法益保护和自由保障为后盾，忽视了理论发展的动力来自司法实践的需要。分析论者仅仅考虑的是移植德日的犯罪论体系，却没有考虑如何才能更好地解决中国的现实问题。无论是德日的刑法理论，还是英美的刑法理论，我们需要借鉴而不是移植，其区别在于前者是把这些理论作为我们在既有的理论体系中解决问题的方法和知识资源，后者则把这些理论取代我们既有的理论和评价既有理论的标准。我国犯罪构成体系的知识容纳空间并没有得到充分的释放，吸纳国外犯罪论体系新知识的能力和总结提炼我国司法实践经验的能力有待发掘，而分析论动辄移植的思维方式排除了理

[①] [美]罗斯科·庞德：《法理学》（第一卷），余履雪译，法律出版社 2007 年版，第 135 页。

论创新的机会和自觉努力。

分析论者不是把德日犯罪论体系作为研究中国问题的知识资源，而是作为评价标准。这种研究范式假设：中国与德日存在相同的问题，而且存在共同的解决问题的方法；德日的理论成功地解决了德日犯罪论体系中的问题，也能够成功地解决中国的问题，或者说面对相同的问题，德日的犯罪论体系比中国的犯罪构成理论能够更好地解决中国的问题。移植论者看到了问题的一个方面，而没有看到问题的另一个方面。中国犯罪构成问题与德日犯罪论体系问题具有共同性，但是也有自己的特殊性；德日犯罪论体系的提出针对的是德日存在的问题，而且建立在研究传统的基础之上，在中国，不可能完全割裂已经存在的研究传统及其在司法界的影响。关键的问题是，移植论者戴着德日犯罪论体系的眼镜来看中国的犯罪构成问题，它看到的问题是被过滤过的问题，不是全面的。我国刑事法学者指出有的刑事法学者不能正确对待国外的制度和理论，“尤其是在如何对待外国法的问题上，一些从事刑事诉讼法学研究的学者经常有意无意地将外国法的制度和理论奉为‘放之四海而皆准’的真理，以为中国立法机构只要移植和引进这些制度，中国的问题也就能得到相应的解决；中国法学界只要接受这些法律理论，中国的法学理论也就会得到进一步的发展。但是，无论是来自外国的制度设计还是外国学者提出的理论，都只是为了解释和解决其本土问题而被提出来的，它们是否及究竟在多大程度上有助于解释和解决中国的问题，这是一个悬而未决的问题。更何况，研究者假如就连中国的问题究竟是否存在以及究竟是什么都不清楚，那么，这种对外国法律制度和外国法律理论的介绍和分析，又能够达到什么样的积极效果呢？”[①]陈瑞华教授的这番言论虽然针对的是刑事诉讼法学的研究者，但是问题也存在于刑法学界。陈瑞华教授对移植论者的批判和反思并没有停留在此处，而是提出“法律的生命有机体理论”，该种理论认为：法律制度属于一种生命有机体，法律制度本身是一个有机的系统，而且强调法律制度与其所赖以生存的社会发生着有机的联系。以此为哲学基础，陈瑞华教授认为，“无论是‘对策法学’，还是‘引进法学’、‘移植法学’，都将推进立法之完善、司法之改革、制度之革新作为法学研究的目标和归宿，而忽略了法律的生命有机体问题，无视法律制度所赖以存在的社会、政治、经济、文化传统等诸多复杂的因素。”[②]

### （四）理论的起点与终点

无论是系统论，还是分析论，都强调理论逻辑，前者是系统论的逻辑，后者是德日三阶层的分析方法的逻辑，两者都忽视了实践。无论是系统论，还是分析论，都强调逻辑，忽视犯罪论体系与社会之间的互动关系，把犯罪论体系与社会发展割裂开来，使犯罪论体系成为仅仅体现作者思维逻辑的封闭体系。无论是从系统论的角度，还是从分析论的角度，来批判我国传统的犯罪构成，都因为没有触及司法实践中的问题，而对司法实践并没有太大的影响。对犯罪构成理论的批判，固然深化了对犯罪构成的认识，理清了犯罪构成要件之间的关系，但是没有讨论犯罪构成在司法实践中的问题，也没有总结犯罪构成在司法实践中积累的经验，从而失去了问题意识。犯罪构成的讨论，在理论界热火朝天，在实务界冷冷清清，无人问津。虽然有的学者认为，绝大多数检察官、法官对于刑法学界犯罪论体系及其中间重大理论观点的变化常常是不理‘不采’，这很正常，这就是法律生活。[③]而笔者认为，这很不正常。刑法学者把大量心血和劳动花费在司法

[①] 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 150 页。
[②] 同上书，第 171 页。
[③] 曲新久：《刑法的逻辑与经验》，北京大学出版社 2008 年版，第 123 页。

实践中不是问题的问题上，对刑法学者而言是仅仅是理论的完成和个人兴趣的满足，甚至凤凰涅槃，但是作为资源而言的理论，没有用到产生更大价值的问题上，是一种学术资源的“隐性浪费”。理论界在讨论犯罪构成体系问题时，没有去关注司法实践中存在的问题，也没有关注司法者的经验。刑法学者提出的犯罪构成体系，都是自说自话，根据自己提出的理论范畴来解释犯罪成立条件。这样不关注司法实践的论证，不关注司法实践问题的理论，注定不会引起司法界的共鸣，也不会影响到司法实践的运作。

从历史论到系统论再到分析论，是移植的过程，从移植苏联到移植德日。犯罪构成体系的研究缺少中国问题意识，缺少把中国司法实践中的经验上升为理论。要么完全照搬，要么完全放弃，这种思维观念缺乏批判和自觉。20 世纪 50 年代的时候，理论界完全照搬苏联的法学理论，对苏联法学理论的崇拜甚至超过苏联国内的学者。“我们看到，当阶级斗争法学一旦传入中国并扎根之后，膨胀之严重大大超过了苏联本身。当苏联反省历史，在已抛弃阶级意志和专政工具法学之后，中国的法学家仍在牢牢地捍卫它，直到现在中国法学仍是苏联法学最正统的继承者。”[①]20 世纪 90 年代，有些学者开始提倡引入德日三阶层犯罪论体系。其主要观点是，以德日三阶层犯罪论体系为标准，来批判中国的四要件犯罪构成体系。其理论预设是，德日三阶层犯罪论体系是先进的，我国的四要件犯罪构成体系与之不同的方面，就是落后的。而在四要件的犯罪构成体系内，又无法解决一系列的问题，那么唯一的方法就是，完全推倒四要件犯罪构成体系，完全引进三阶层犯罪论体系。对前苏联的犯罪构成体系要完全放弃。“在 50 年代没有人知道西方的法律，知道的也不能说，或者只能批判，现在它越来越被作为我国法制发展的参照物。而对过去一步一趋的这个邻国的法律几乎没人去关注，现在很少有人研究俄罗斯和其它独联体国家的法律。”[②]这种缺乏反省和自觉的理论，总是动摇不定，缺乏根基。

历史论、系统论和分析论都从某一方面来论证犯罪构成体系的正当性，历史论从历史合理性的角度、系统论从系统哲学的角度、分析论从逻辑的角度。它们都没有强调犯罪构成理论在我国立法和司法实践中存在的问题是什么，犯罪构成理论在现实中运行情况如何，如何评价现实中的犯罪构成理论，根据什么来评价我国的犯罪构成理论，以及根据什么来调整完善我国的犯罪构成理论。这些问题的解决不是从某一个方面论证就可以解决，需要综合的方法。

## 六、功能论的转向：功能的发现

功能论以功能主义研究范式为方法论，来考察我国犯罪构成理论在现实中的运行过程和效果。确定犯罪构成理论的目的或者价值，描述犯罪构成理论在立法，尤其是司法实践中存在的问题。根据犯罪构成理论的目的对犯罪构成理论进行评价，并依据犯罪构成理论的目的，借助各种知识资源，对犯罪构成的结构进行调整。

功能论关注的不是历史传统、系统或者逻辑本身，而是犯罪构成理论在司法实践中的运行过程和效果。功能论并不把历史传统、系统论或者逻辑本身作为目的，而是作为影响犯罪构成体系效果的因素。影响犯罪构成效果的因素不限于这三种。把犯罪构成体系的社会效果作为评判优劣的标准。更加关注犯罪构成体系在司法实践中的运行机制，而不是抽象内容。

功能论的逻辑在于，承认不同国家在犯罪成立中存在着共同的问题，但是不同国家的司法者和民众对这些问题的态度是不同的，而且解决方法是不同的，无所谓好坏优劣

[①] 蔡定剑：《历史与变革》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 258 页。
[②] 同上书，第 258 页。

之分。发现这些共同面对的问题，发现我国犯罪构成体系与其他国家犯罪论体系在解决这些问题上的不同方法和态度，并互相借鉴，方是功能论的立场所在。

从功能论的角度来研究犯罪构成的结构，就是弥补系统论研究范式和分析范式的不足。考察犯罪构成在司法实践中的作用，所遇到的问题以及所积累的经验，上升到理论高度，对司法实践起到指导作用。功能论走出强调系统或者分析的抽象的理论体系，强调犯罪构成理论与实践之间的关系，并根据这种关系对犯罪构成理论进行评价和完善。功能论尊重历史和传统，犯罪构成理论的历史联系是不能割断的，传统因素在犯罪构成理论的发展过程中不能被抛弃。但是功能论并不局限于历史和传统之中，并不认为历史应该为现在做主。犯罪构成理论在当今实践中遇到的问题必须面对，犯罪构成理论的发展应该是开放的。

功能论关注的问题。（1）犯罪构成理论的目的是什么？犯罪构成理论的目的也是犯罪构成理论的价值。犯罪构成理论的目的或者价值是民众和刑法学者认同的价值共识，是价值范畴。它应该成为评价标准，对理论具有价值导向作用。（2）了解并描述犯罪构成理论在立法和司法实践中的运行情况和效果，强调犯罪构成理论在实践中所存在的问题。现实问题属于事实范畴，是客观存在的，不是主观臆造的，也不是来自于外国。（3）以犯罪构成理论的目的为评判标准来评价我国犯罪构成体系的优劣得失，而不是像分析论那样，以德日的犯罪论体系为评价标准。犯罪构成理论在立法和司法实践中，是否以及在何种程度上满足了民众对刑法的期待和民众所认同的价值共识。（4）并以犯罪构成的目的为目标，以我国犯罪构成理论在现实中所存在的问题为基础，借助各种知识资源，包括系统哲学和德日刑法学理论，来完善我国的犯罪构成体系。我国传统的犯罪构成体系在我国司法实践中运行的效果如何，影响效果的因素有哪些，哪些因素有利于犯罪构成目的的实现哪些不利于犯罪构成目的的实现？（5）犯罪构成是犯罪成立条件的系统，是动态的开放的系统，是结构性存在。要把犯罪构成在实践中的具体问题与这种结构联系起来，不是个别化问题，而是结构问题。法律规定的犯罪成立条件是特定的，但是犯罪构成理论对犯罪成立条件的结构的建构不同，功能也不同。（6）历史论所强调的历史合理性和现实合理性是否影响犯罪构成体系目的的实现，这也是功能论要关注的问题。系统论所强调的系统观念，犯罪构成要件之间的关系以及犯罪构成的系统与外界环境之间的关系，如果影响到犯罪构成理论功能的发挥，那么功能论就必须予以关注。同样，分析论所强调的分析方法也是如此。对待德日或者其他国家的刑法学理论，功能论将它们作为学术资源，而不是评价标准。如果其他国家的刑法学理论有利于实现我国犯罪构成理论的问题，有利于实现犯罪构成的目的，那么是应该采纳的。（7）以现实存在的问题为逻辑起点和归宿，考虑但不限于历史传统、系统哲学和德日刑法学理论成果。哲学知识资源仅仅具有工具性，并且互相之间并不排斥，以解决我国犯罪构成理论的现实问题为依归。

# 当前检察官法律解释的限制因素及规范路径

张红良[①]

【内容摘要】检察官是检察权的行使主体，在行使检察权过程中对法律做出解释，既是检察官的权利也是检察官的权力。检察官的法律解释直接影响甚至决定着个案司法进程和处理结果。检察官做出法律解释与检察一体原则、以审判为中心刑事诉讼制度改革都存有冲突，加之检察官个人法律解释技术的缺失，形成了“两冲突、一缺失”的检察官法律解释运行现状，影响着检察官充分有效行使检察权，且上述问题随着司法责任改革的深入推进变得越加明显。对此，应以平衡检察官独立行权和检察一体之间的关系、提升检察机关在审判监督中的力度、建立统一、规范、可操作的法律解释技术体系为路径，构建科学合理的检察官法律解释运行规则，以保证检察官有效行权、检察权有效运行。

【关键词】检察官法律解释；检察一体；审判中心；解释技术

检察官是检察权的行使主体，检察官在行权过程中对法律的解释直接影响着具体案件的司法进程和处理结果。当前的司法责任制改革，在检察机关是以检察官办案责任制为核心，突出了检察官的办案主体地位，倾向是放权于检察官，这与强调上级检察机关和上级检察权主体（检察长、检察委员会等）权威的检察一体原则存有冲突；当前的以审判为中心刑事诉讼制度改革，强调围绕审判展开刑事诉讼，突出审判在刑事诉讼各环节的中心作用，强化了后位诉讼主体对前位诉讼主体的制约力，这与检察机关行使法律监督权存有冲突。这两项改革使得检察官行使检察权时压力更大，检察官做出法律解释的权力空间更加“压抑”。加之检察官群体法律解释技术体系上的长期缺失，检察官们没有形成统一、规范、可操作的法律解释技术体系，使得其难以充分、有效地形成和展示自己对案件的论证，影响法律解释结果的科学形成和各个解释主体间的畅通交流。本文即围绕上述当前检察官行使检察权过程中法律解释“两冲突、一缺失”的现状，提出建立统一协调、合理高效检察官法律解释运行规则的路径。

## 一、检察官法律解释的概念界定

### （一）检察官做出法律解释的必要性

检察官行使检察权必然要对法律做出解释。检察官是检察权的“人的载体”，是检察权的行使主体。检察权内容丰富，其中与刑事诉讼相关的职能占主要部分。这部分职权具体表现为审查逮捕权、审查起诉权、刑事诉讼监督权等各种检察职能。检察官行使上述检察权就是将刑事法律运用于具体个案的过程。

从必要性的角度讲，检察官对法律进行解释，大致基于以下几点理由：一是法律需要解释的一般理由。学者大多从（1）作为法律载体的文字内涵需要明确、（2）固定的法律文本与发展的社会形势需相适应、（3）抽象的法律规范与具体个案需要映证等理由

① 作者简介：张红良，男，1984-，西南政法大学刑法学博士生，全国检察调研骨干人才，重庆市检察业务专家，重庆市沙坪坝区人民检察院研究室副主任。联系电话：15310476277，email：417170797@QQ.com，通讯地址：重庆市沙坪坝区凤天大道 12 号，邮编：400030.

论证法律需要解释；二是检察官有必要对法律进行解释的特殊理由。检察官的基本角色定位就是检察权的行使者，检察官行使检察权当然需要对法律进行解释。（1）检察权的主体是公诉权，从控审对抗角度讲，“检察官拥有独立的法律解释权，是现代刑事诉讼控审分离原则的必然要求，也是检察官基本角色定位的必然要求”。[①]（2）检察权的另一重要组成部分为检察监督权，从检察监督权的实现角度讲，对法律进行解释是检察官实现检察监督的权力基础。（3）同时，检察机关的其他权能，如对公安机关移送案件的补充侦查权、对将来可能出现的监察机关移送案件的补充侦查权、公益诉讼权等职能行使都离不开检察官对相关法律的解释。

### （二）检察官的法律解释既是权利也是权力

对法律做出解释是检察官的权利，也是社会民众的普遍权利。但并不是所有法律解释的权利都同时具有权力的属性，普通民众的法律解释结果并不具有“权力”性质的约束力。那么，检察官的法律解释是不是一种权力呢？逻辑上讲，检察官作为司法官的一种，其对法律的解释集中表现在检察职权行使过程中，是对法律进行解释以对个案做出判断的过程。基于检察权的法定性，检察官是检察权的直接行使主体，检察官对法律的解释就具有权力的属性。

我国法学界依据法律解释的效力，将法律解释分为正式解释和非正式解释。“正式解释主要指立法解释与司法解释”，[②]显然检察官对法律的解释不属于立法解释或司法解释，不属于上文所引观点中指称的正式解释。但是，检察官是行使检察权的主体，其对法律的解释直接影响着具体案件的司法进程和处理结果，如是否逮捕、是否起诉等，直接影响了诉讼程序的进行方式，甚至终结。所以检察官对法律的解释虽不属于典型的正式解释，但切实影响着具体案件司法进程和处理结果，具有一定的“权力属性”。故检察官作出的法律解释既是权利也是权力。

综上，本文所指的检察官法律解释，是指检察官在行使检察权过程中对法律规范进行解释的权力，这种解释直接影响着具体案件的司法进程和处理结果。

### （三）检察官做出法律解释需要一定的规则予以规范

统一规范、合理高效的权力运行规则，是任何权力得以充分实现的制度基础。这里的规则，包括对权力界限——即权力本身与其他相关权力间效力边界的划定，权力保障——即权力的效力定位及权力得以实现的制度保障，权力具化——即权力能够合理、明确、规范的表达出来，等等多个方面。具体到检察官的法律解释，其运行规则就表现为，检察官拥有的检察权与其他检察权之间的关系，检察官法律解释效力实现时的限制与支持、检察官行使法律解释的解释技术体系等。在本文看来，当前检察官法律解释的行使不够充分，与相应的运行规则不完善是直接相关的。

## 二、检察官法律解释的限制因素

司法实务中，检察官法律解释的运行并不尽如人意，存在一些制度上的阻滞和理论上的障碍。在当前，随司法责任制和以审判为中心刑事诉讼制度两项改革的全面推进，问题变得益发明显。总体上，检察官做出法律解释受：（1）系统内的其他检察权行使主体的限制,包括上级检察官、检察委员会和上级检察机关等制约；（2）系统外的其他司

① 万毅：“检察官法律解释权研究”，载《东方法学》2009 年第 3 期，第 24 页。
② 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社 2016 年版，第 30 页。

法权行使主体的制约,这里对检察权行使影响最大、最直接的是审判机关的限制；（3）检察官个人的解释能力的不足，或解释技术体系缺失的限制。解释技术体系的缺失，使得检察官解释法律的能力不足，影响着对案件的分析说理能力，削弱了其他司法主体对检察官解释法律的信服度。本文将上述三方面限制因素归纳为“两冲突、一缺失”。

**（一）检察官做出法律解释和检察一体化原则的冲突**

所谓检察一体原则，又称“检察工作一体化”，是“指为保持检察权行使的整体统一，在肯定检察官相对独立性的同时，将其组成统一的组织体，即采取检察官所有活动一体化的方针。”[①]确立检察一体制度，目的是“对案件质量形成内部监控，规范全体检察官对法律适用及追诉标准的一致性；应对社会关系复杂化、犯罪类型多样化等趋势，有效整合司法资源打击犯罪；防止检察官滥用权力，造成侵害人权的危险”[②]；核心是检察权的集中行使，检察机关做为一个整体对外面行使检察权；具体表现为检察长对本院检察权的领导权，上级检察机关对下级检察机关的领导权；规范依据主要为现行《人民检察院组织法》，如：（1）《人民检察院组织法》第三条规定，“检察长统一领导检察院的工作”；（2）《人民检察院组织法》第十条第二款规定，“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作”等。

显而易见，检察一体原则与检察官法律解释本身存有冲突。检察一体原则强调检察官听命于检察长或其他上级检察权主体，而检察官做出法律解释则追求检察官在办理具体案件时依自己对法律的理解独立行使检察权。在实务中，表现为长期存在的检察办案“三级审批制”、检察委员会制度及检察长对检察办案的绝对领导。对此，有观点指出，“检察一体制与检察官独立存在严重冲突与对抗，过分强调检察一体制完全有可能侵蚀检察官个体独立”“赋予检察官适当的独立权，不仅能够克服检察一体上命下从所带来的弊端，而且也符合刑事诉讼活动的特性和规律，从而促进整个刑事诉讼活动的高效而良性运作。”[③]

这一问题在司法责任制改革落实后的今天变得更为突出。司法责任制改革设计初衷是放权于检察官，突出检察官的在检察办案中的主体地位。最高人民检察院 2015 年 9 月份出台的《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》第 2 点讲到，完善人民检察院司法责任制要“坚持突出检察官办案主体地位与加强监督制约相结合”；重庆市人民检察院于 2017 年 2 月份编发的《重庆市检察机关检察官办案权限配置办法（试行）》，明确检察机关各业务条线 331 项职权中的 217 项授权检察官行使。这些制度设计表明了放权于检察官、突出检察官办案主体地位的改革方向。

司法责任制追求的突出检察官办案主体地位，大幅放权于检察官，强化检察工作中检察官的主体性，在逻辑上拓宽了检察一体原则与检察官独立办案间的冲突空间，扩大了“放权”与“放心”间平衡的舞台，增加了冲突的可能性；在事实上也确实出现了检察官授权形式化，具体表现为部分检察机关检委会审议案件数量不降反升、传统的“三级审批模式”依然运行等情形[④]。加上，司法责任制强调“谁办案、谁负责”和“错案追究责任制”，建立了更为全面深刻的内外部监督机制，也在客观上给检察官执法行权带来压力，甚至造成检察官消极行权。在这样的情况下，检察官个体做出的法律解释就

① 孙谦：《检察：理论、制度与改革》，法律出版社 2004 年，第 227 页。
② 沈威，郑昱：“海峡两岸检察一体制度之比较”，载《人民检察》2016 年第 18 期，第 73 页。
③ 陈卫东，李训虎：“检察一体与检察官独立”，载《法学研究》2006 年第 1 期，第 3 页。
④ 笔者在工作中，已经观察到部分检察院检委会上会案件数量，在本院司法责任制改革推行前后持平或不降反升。

会过多地受到上级检察官和检察机关的制约，不能充分、有效行使。

### （二）检察官法律解释和法官法律解释的冲突

检察职权绝大部分在刑事诉讼程序中运行。我国当前刑事诉讼模式大体归为职权主义一类。“刑事诉讼模式，是指为实现刑事诉讼过程中的特定诉讼目的而在控诉方、辩护方和裁判者之间所形成的法律地位和相互关系的权力配置模式。”“在职权主义诉讼模式中，发现实体真实和惩罚犯罪支配着整个诉讼程序，警察和检察官为追究犯罪拥有广泛的公共权力，法官有权主动调查收集证据，由此公权力主体在诉讼程序中居于主导地位，而限制犯罪嫌疑人或者被告人行使诉讼权利。一般认为，英美法系采用当事人主义的诉讼模式，大陆法系奉行职权主义的诉讼模式，日本和意大利则实行兼具当事人主义和职权主义的混合诉讼模式。”①

在职权主义诉讼模式下，过往我国的刑事诉讼强调对犯罪的侦破和打击，形成了“侦查中心主义”的公、检、法权力格局。“公安做菜、检院端菜、法院吃菜”的比喻虽不完全恰当，但一定程度反映了“侦查”在我国刑事诉讼中的主导地位。有学者称其为“顺承模式”，并指出：“‘顺承’从字义上带有服从、接受的涵义，代表程序推进从侦查经起诉再到审判环节，始终处于接力传承的状态。这就如同一叶扁舟顺流而下，作为源头的侦查一旦成型，就将左右后续程序的走向；处于下游的起诉、审判通常只能承接侦查结论，很难作出颠覆性改变。”②就本文了解，在目前的司法实务中，尚不至于“侦查机关做菜，好不好吃法检都要吃”，侦查机关在刑事诉讼中并不处于绝对控制地位。但检察机关相对审判机关确实长期处于弱势，具体表现为抗诉成功率低、不起诉率高等。③

在以审判为中心刑事诉讼制度改革推行后，检察机关相对于审判机关的弱势地位变得更为明显。2016 年 10 月 11 日两高三部联合施行的《关于推进以审判为中心刑事诉讼制度改革的意见》，及之后最高人民法院出台的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》，都明确了审判机关在刑事诉讼活动中的中心地位。在这样的新模式下，检察工作将更多地受到审判工作的影响，“具体而言，刑事案件将随着程序的推进而必须接受日臻严格的审查，侦查、起诉以及审判分别代表了不同的层控阶段，处于后位的程序主体有权对之前环节的工作成效加以把关。如果发现不符合法律标准，则可作出否定性评价并给予相应处置。”④对于检察机关来讲，引文中的“后位程序主体”显然是指审判机关。

以审判为中心刑事诉讼制度改革在整体上是方向正确且卓有成效的，但其对检察官法律解释的消极影响不容忽视。在这种模式下，会造成事实上的侦查标准向起诉标准靠拢、起诉标准向审判标准靠拢。加上业绩考核的压力，当案件认识出现分歧时，检察官会主动遵从法官的观点，规避“起诉风险”。在个案中，检察官的法律解释成了注脚，法官法律解释成了正文，注脚只能论证正文的“正确”，难以形成对正文的对抗力。上升到体制层面，也不利于检察机关对法院审判监督权的实现。

---

① 谭世贵：“论刑事诉讼模式及其转型”，载《法制与社会发展》2016 年第 3 期，第 110 页。

② 李奋飞：“打造中国特色刑事诉讼模式”，载《人民法院报》2016 年 10 月 11 日，第 2 版。

③ 抗诉成功率低，直接表明检察机关在与审判机关的对抗中“失败”；不起诉率高，间接表明检察机关相对审判机关处于弱势，因为不起诉的案件中有很大部分案件是在检察机关和法院间出现认识分歧时，检察机关担心法院做出不利于控方的裁判而不起诉，这可称之为“规避起诉风险”。

④ 李奋飞：“打造中国特色刑事诉讼模式”，载《人民法院报》2016 年 10 月 11 日，第 2 版。

### （三）检察官法律解释“技术体系”的缺失

本文所谓“法律解释技术体系”，是指在解释法律时检察官们应该运用的统一、规范、合理的解释操作模式。解释技术体系的缺失或不完善，会造成做出解释论证时“鸡同鸭讲”“公说公有理、婆说婆有理”“不在一个频道上发言”的尴尬局面，既影响解释的效率，也影响解释的质量。具体说来，本文认为，实务中检察官们并没有形成科学合理、整体认同的对刑法解释方法的认知理念，在运用法律解释方法时，对解释方法的运用顺序、效力位阶、解释目的和价值衡量等认识较为模糊。[①]

检察权大多围绕刑事法律展开，以刑法解释为例：刑法解释方法的分类有多种，“依解释的方法，人们一般将刑法的解释分为文理解释，逻辑（论理）解释，历史（沿革）解释和目的论的解释四大类。”[②]其中，文理解释是根据刑事法规字义做出的解释，逻辑解释是运用逻辑推理的方法从法律规范相互关系中推导出阐明法规含义的解释，历史解释是基于立法沿革作出的解释，目的论解释是以法规目的为指引作出的解释。我们常说的类推解释、扩大解释、缩小解释等，其实际是指明解释结论与法规字面通常含义之间的距离远近，并据以确定刑法解释结论是否违背罪刑法定原则，是否可以采用，而不是单独的解释方法。

司法实务中出现的问题是：部分检察官对法律解释的方法类别认识不清，不能明确意识到自己运用了那些解释方法，可以运用那些方法；对不同解释方法的顺序位阶认识不清，不能依照最科学合理的顺序运用解释方法；对不同解释方法的效力位阶认识不清，不能理顺不同解释方法得出结果之间的优先关系；对解释的目的认识不清，不能清楚辨析解释结果追求作为价值标准的目的和解释本身想要达到的具体目标；在不同解释结果相冲突时，不能合理地进行价值衡量以论证特定解释结果的正当性。

解释技术体系的缺失，影响了解释过程的效率和解释结果的质量，并进一步影响检察官法律解释的权威性，也不利于检察官相互间的交流沟通。当然，这是所有司法工作者面临的共同问题，对统一规范、科学合理解释技术体系的追求是所有法律解释者的共同使命。

## 三、检察官法律解释的规范路径

基于上文分析，以问题为导向，本文提出构建检察官法律解释运行规则的基本路径：在检察官与其他检察权主体的关系上，应坚持检察一体原则下的检察官执法办案的主体地位；在检察官与审判权的关系上，应强化检察机关对审判机关的审判监督权；在检察官个人解释能力上，应确立以罪刑法定原则为基础、统一规范的的解释技术体系。

### （一）规范检察官法律解释的基本思路

1.追求检察官独立行权与检察一体相平衡

检察官不是一个独立的个体，在我们承认检察官法律解释具有“权力”性的同时，也应当承认，身在检察机关的检察官享有的法律解释的权力，必然受其他检察权行使主体的影响。在审判活动中，法官的审判独立性更强，相对的其对法律解释的权力独立性

① 广义的解释技术体系，也可以包括不同身份职级检察官做出的解释结果之间的关系、检察官法律解释的法规渊源等多个方面。对于不同职级身份检察官解释结果的关系，本文归到上述检察一体的部分论述；对于法规渊源，限于文章篇幅，本文不展开论述。但可以看到，检察官对最高人民法院相关规定的认可，要超过对自己的“直系”上级——最高人民检察院相关规定的认可，这从一个侧面反映了法官的法律解释对检察官法律解释的压迫。

② 陈忠林：《刑法的界限》，法律出版社 2015 年版，第 38-42 页。

更大。但检察权与审判权不同，检察官的检察权全部来自检察长的授权，检察官必须听命于检察长，这在本次司法责任制改革前后始终坚持不变。1983 年出台的现行有效的《检察院组织法》第三条规定，“检察长统一领导检察院的工作”；2015 年最高检出台决策《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》第 10 条仍然坚持了类似规定，“检察长（分管副检察长）有权对独任检察官、检察官办案组承办的案件进行审核。检察长（分管副检察长）不同意检察官处理意见，可以要求检察官复核或提请检察委员会讨论决定，也可以直接作出决定。”

理论上，也承认在我国确立检察一体原则有着积极意义。有论者从“检察一体制是中国共产党在中国宪政制度中特有的宪法地位所决定的”“检察一体制是由我国的国体和政体决定的”“检察一体制是由检察制度自身的特性及发展趋势决定的”[①]等多个方面论述了检察一体的合理性。

在本文看来，坚持检察一体当然正确，但同时需要注意其与检察官独立行权之间的平衡。不能让“集体的检察权”过于干涉检察官独立行使检察权，并导致检察官个体能动性、积极性的丧失。本文同意：“‘检察一体’的基本要义是检察权能的合理运作，正如组织学理论所认为：组织权能的合理运作是组织目的得以实现的前提。”[②]本次司法责任制改革的一个重要方向就是放权于检察官，突出检察官的办案主体地位，因此，此时重申并完善检察官独立行权与检察一体之间的平衡关系，对于实现“检察权能的合理动作”，具有积极的现实意义，应予充分重视。

2.追求检察机关对审判机关的有力监督

关于检察机关对审判机关的审判监督权，主要集中在刑事案件监督。有观点认为，“刑事审判监督在诉讼理论上违反了控辩平衡原则和法官中立审判原则，不利于审判中心主义的确立。甚至有论者进而提出取消检察机关审判监督权的论点。”[③]本文认为，作为我国宪法确立的唯一的法律监督机关，检察机关当然享有对审判行为的监督权。检察机关对审判行为行使监督权，具有积极的意义，“其旨在防止刑事侦查权和审判权的滥用，将打击犯罪和保护人权统一起来。”[④]且我国检察机关的刑事审判监督权，对原裁判结果的改变决定权并不在检察机关。检察机关刑事审判监督权更多的是监督程序的启动，这并不会打破控辩平衡。为强调检察机关的监督权，2012 年修订的刑事诉讼法在强调人权保障和程序公正价值理念的同时，对检察机关刑事诉讼监督职能的内容和程序进行了完善，进一步明确和巩固了检察机关刑事审判监督权。

但现实中，检察机关刑事审判监督往往效果不佳。“从司法实践来看，审判监督也没有取得理想的效果：根据有关数据显示，检察机关向法院提出书面‘纠正意见’的案件仅及法院审理刑事案件数量的千分之二。抗诉的效果也不理想，抗诉率非常低。抗诉案件数量少成为制约检察机关刑事抗诉的最突出问题。”[⑤]同时，“检察机关实施的诉讼监督多为内部监督，且缺乏程序和效力上的保障，监督行为明显缺乏刚性力、执行力，得不到被监督主体的有效遵守”[⑥]“检察机关的监督并不必然地启动纠错和追责程序，

① 孔璋：“一体与独立之争论及检察一体制论证”，载《法学杂志》2007 年第 6 期，第 90-91 页。
② 邹绯箭，邵晖：“‘检察一体’与中国上下级检察院组织关系构建”，载《中国刑事法杂志》2013 年第 8 期，第 59 页。
③ 郝银钟：《刑事公诉权原理》，北京：人民法院出版社 2004 年版，第 106 页。
④ 单民：“外部监督视野下刑事诉讼检察监督的问题与完善——基于内外监督一体化之考量”，载《中国司法》2016 年第 11 期，第 91 页。
⑤ 牛瑛：“审判中心主义下的刑事审判监督”，载《云南大学学报》2015 年第 4 期，第 46-47 页。
⑥ 单民：“外部监督视野下刑事诉讼检察监督的问题与完善——基于内外监督一体化之考量”，载《中国司法》2016 年第 11 期，第 93 页。

纠正违法和检察建议的执行仍然依赖被监督者的自觉性。”[①]

在本文看来，检察机关刑事审判监督权的刚性缺失、权威弱势，必然引出检察官对案件的判断依附于法官对案件的判断。在检察机关内部考核中，抗诉成功率固然是重要的绩效指标，但捕后不诉和诉后无罪判决率更是压在检察官身上重担。这样的情况，压抑了检察官发挥自身主观能动性对案件进行判断，压缩了检察官行使法律解释权的空间。所以，规范检察官法律解释的一个重要路径就是强化检察机关刑事审判监督权，消减检察官法律解释的外部压力。

3.追求统一、规范、可行的解释技术体系

法律适用的过程就是法律解释的过程，法律解释至于司法实务的重要意义不言而喻。问题在于，众多直接操作个案的司法者并未形成统一、规范、可行的解释技术体系。

解释技术体系的核心是对法律解释方法的合理运用。在理论层面，法律解释方法的研究成果颇丰，但不同观点不在少数，即便对于最基本的解释方法——文理解释，最基本的解释原则——罪刑法定，仍有许多争议、甚至是根本性的分歧。在司法实务中的表现，就是包括检察官在内的司法官们，不能在统一、规范、可行的技术体系内解释法律，不能有效、高效、有质量地讨论法律问题、论证个案判断。

相较于上文两个路径，建立完善解释技术体系更偏重于检察官个人的素质提升，更侧重理论建构而非制度设计。但正因为偏重于个体素质，所以能够最快最直接地予以操作；同时，更侧重理论建构，并不意味着对制度上努力的完全放弃，适当的制度，可以成为检察官“论辩的平台”，鼓励检察官高效、充分地论证自己的“解释”。

### （二）规范检察官法律解释的具体框架

1.内部框架——检察一体下发挥检察官个体能动

一是坚守检察一体的底限。实际上，对检察一体在理论和实务中的坚持都是非常到位的，绝大部分的理论观点支持检察一体的合理性，所有相关文件强调检察一体的根本地位。因此，这一点无须再予强调。

二是提升检察官个体能动。（1）理论研究上，对检察官的个体能动，即其法律解释权的效力和范围的论证并不充足，否定检察官法律解释权力的声音占有相当地位。这需要理论界予以努力改变；（2）制度设计上，司法责任制要求放权于检察官，给予检察官更多法律解释的空间，这应当是今后追求的主要方向。对于案件质量的把握，可从以下几方面加强：办案机制上，避免变相的三级审批制、控制检察委员会上会议案范围、发挥检察官联席会议的参谋作用；监督机制上，既然要放权，就要大胆放权，放权过程中的放心，通过强化内外部监督实现，且监督应逐渐转向以事后监督为主，过程监督为辅，减少个案处理过程中对检察官的不当干预；责任追究上，严格控制司法责任追究范围，要让检察官能办案、敢办案，能做法律解释、敢行使法律解释权；组织架构上，充分尊重检察官遴选委员会，发挥其专业把关的作用，提升对检察官工作专业评价；激励机制上，充分利用司法档案，全面客观反映检察工作业绩，完善“多劳多得”绩效考核机制；外在支持上，多听取专家学者意见，多为检察官提供专业知识培训，提升检察官法律解释能力。

2.外部框架——审判监督中推动检察官有力发声

检察机关审判监督权的加强，有助于检察机关与审判机关的平等有力对话。当问题具体化为检察官的法律解释时，主要就是推动检察官在刑事诉讼过程中的有力发声。具

① 侯智，刘庆利：“检察权运行保障机制研究”，载《人民检察》2014 年第 3 期，第 17 页。

体操作中：一是在部门层面加强审判监督人力配置，全面及时发现审判错误和瑕疵，挖掘监督“素材”，形成监督权威，为检察官发声“站台”；二是考核层面减轻捕后不诉、诉后不判等指标压力，让检察官敢诉敢抗，敢于发表自己意见；三是构建规范的法官、检察官沟通平台，拓展检察官的发声途径，促进有效沟通。

3.技术框架——罪刑法定上建立检察官论证体系

法律解释理论上的分歧是始终存在的，但实务中可以构建相对统一、规范、可行的检察官法律解释技术体系。该体系应强调以下几方面：一是技术运用上，（1）坚持罪刑法定原则，即检察官解释法律，不得脱离法律规范本身；（2）用文理解释和目的解释划定检察官法律解释结果的上限和下限，即检察官解释法律，不得超越法律条文在文义可能有、可理解的含义，最高不超出文理解释的“射程”，最低不违背法律的基本目的；（3）确定法律解释方法的位阶。在使用顺序上，大致上应文理解释优先、逻辑解释和历史解释次之，并始终用目的解释进行验证。在效力顺序上，当处于上位阶的解释方法能够得出不与目的解释违背的结论时，就没有必要再纠缠于下位阶的解释。

以上为本文设想的提升检察官法律解释“能效”的途径和框架，在具体实施过程中还有许多细节有待完善。规范检察官法律解释，最终目的是尊重检察工作规律、突出检察官办案主体地位，保障检察官准确高效行使检察权，提升检察办案质效。这将是一个长期、动态、复杂、“博弈”的过程，需要做长期深入研究。

# 刑法目的解释的适用规制*

田 维**

【内容摘要】刑法目的解释是刑法解释理论中的核心命题之一，其方法适用牵涉了诸多基本理论问题，并直接影响刑事案件的结论。在我国当前刑法知识转型的理论语境与依法治国的实践背景下，刑法目的解释的适用须相对保守与审慎，尤其在入罪解释中要受到严格规制，应当参照一定的方法位阶、保障解释结论的合理边界、遵守法定程序并适当限制刑事政策对入罪解释的影响，以常识、常理、常情为重要标准，切实保障刑法目的解释符合社会公众的预测可能性，不突破人权保障的价值底线。

【关键词】 刑法目的解释 解释方法 类推解释 法律商谈 刑事政策

## 一、问题的缘起：刑法目的解释的适用风险

刑法是法律体系内正义维护的最后防线，而目前刑法方法论的关键问题在于发展精致的刑法解释论，[①]这要求刑法解释在修正其基础理论的同时，亦须重点着墨于完善其方法论的正当性与合理性。作为刑法解释的核心方法，刑法目的解释在刑法解释理论中具有重大意义，“任何解释方法都或多或少包含了目的论解释；当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时，就要以目的论解释为最高准则”。[②]

罪刑法定原则在我国的确立进一步强调了刑法规范形式用语之重要性，司法中应尊重立法者，由文字理解立法精神，但是“法律上的形式是本质的形式（Forma legalis forma essentialis)”，形式客观的文字仍然存在模糊性与多义性，存在不明确的情形，需要实质的解释。[③]目的解释天然地倾向于实质的解释，其适用须符合一定前提，遵循适当的规则，以避免出现解释者对法律的恣意解释，维护法的安定性与公民的预测可能性。因此，目的解释的适用须重在法律的安定性，在社会承平时扮演着重要角色，惟在社会急遽变化时以具体的妥当性为主导，以合乎公平正义。[④]囿于罪刑法定和刑法谦抑性的要求，刑法的目的解释应相对保守和收敛，以防止刑罚权的不当扩张。现代法治社会的刑法典应当是体现国家刑罚权制约和自我制约双重机制的封闭性的规则体系，其刑法规范不仅是全体公民的行为规范，也限定司法者在其允许的规格和标准范围内定罪量刑，这种维护秩序和保障自由的价值平衡体现了刑法的最高价值——社会正义。[⑤]因此，目的解释在刑事司法中的适用——尤其是在入罪解释中——应当尤为审慎，避免触碰刑

* 本文系西南石油大学“过学术关”计划资助成果，并系魏东教授所承担的2012年度国家社科基金项目重点课题《刑法解释原理与实证问题研究》的阶段性成果之一。课题批准号：12AFX009。

** 田维（1987—），男，山东东营人，法学博士，西南石油大学法学院讲师、硕士生导师，四川省能源法学研究会副秘书长，四川大学刑事政策研究中心研究员。通讯地址：四川省成都市新都区新都大道8号西南石油大学法学院，联系电话：13438966433。

① 参见刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2009年版，第231页。

② 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第11页。

③ 参见张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第116页。

④ 参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第173页。

⑤ 参见梁根林：“‘刀把子’、‘大宪章’抑或‘天平’？——刑法价值的追问、批判与重塑”，载《中外法学》2002年第3期，第332页。

法的价值底线。

“目的解释如果缺乏制约，目的的恣意将会轻而易举地瓦解罪刑法定原则。因此，毫不夸张地讲，最终成就目的解释的恰恰是对它本身的制约。”[①]作为实质解释论的首要方法，目的解释的适用应当警惕其双刃剑之效果，以实现其在刑法解释中的良好效用，尤其应当警惕其弱化罪刑法定之制约，严重威胁与侵蚀刑法适用的统一性与客观性的消极效果。[②]“为使我国的法治建设避免更大的社会风险，现今的刑法解释应当更加重视方法、重视刑法的形式正义、重视权力分立与制衡下的立法原意。实质的刑法解释只有在形式的刑法解释结论与刑法的正义性存在根本性的冲突而无法获得妥当性结论之时，才能发挥其应有的作用，实质的刑法解释只是刑法中的个别命题而非一般命题。”[③]刑法目的解释的开放性使得案件结论出现多种可能性，甚至会突破刑法条文文字含义的边界，不当地挤压公民的权利空间，产生重大的法治风险。因此，不论是发展精致的刑法解释理论抑或防控法治建设的社会风险，刑法目的解释的合理适用都是不可回避的命题。为了避免解释结论与罪刑法定原则产生冲突，损害刑法的人权保障机能，刑法目的解释的适用必须受到多方面的科学规制。

## 二、刑法目的解释的方法规制

解释方法的规制对目的解释的适用至关重要，鉴于解释对象刑法的特殊性，刑法目的解释尤其应注重其他解释方法的规制。对刑法目的解释的规制，需要借助刑法教义学的内部控制和合宪性的外部控制，教义学的内部控制又包括借助解释方法进行的控制与借助对目的本身的控制[④]。在德国传统刑法理论中，解释方法主要被划分为四种：文理解释、体系解释、历史解释和目的解释；[⑤]现代德国刑法理论中承认的解释方法则包括文法解释、系统解释、历史解释、目的性解释和合宪性解释。[⑥]解释方法是否存在适用上的位阶关系尚存在理论争议，萨维尼就曾明确表示不同的解释方法应当综合运用，不可由解释者的喜好加以选择，各解释方法之间也不存在位阶关系。拉伦茨则继承了这种观点，认为各种解释方法不存在固定的位阶，在法律解释中处于相互关系之中，应当根据具体案件的不同加以灵活的运用。但尽管如此，他还是强调文义解释应优先适用，应当以法条语言的一般含义作为解释的界限；在文义解释的语言存有疑义时，应当作出维持体系一致性的解释；而当运用上述两种方法仍未得到确定结论时，则应优先适用符合立法者原意的解释（立法者目的论）；依照前述规则仍不能得到确切结果，则应适用客观的目的论解释（法条目的论）；法律解释应当遵循合宪性原则，当依照文义解释得出多种结论时，应当优先选择符合宪法的结论。[⑦]

刑法解释方法适用的位阶问题具有重要的意义。“我们的世界意象是我们用来观察它的材料的结果……每个观点及一切观点都是诸多可能的解释之一”，视角主义对一切知识均有影响，不同的视角“使程序或制度集合（例如法律制度）或阅读文本（例如法

① 周折：“刑事政策视野中的刑法目的解释”，载《中外法学》2007 年第 4 期，第 460 页。
② 参见劳东燕：“刑法中目的解释的方法论反思”，载《政法论坛》2014 年第 3 期，第 82 页。
③ 王昭振：“刑法解释立场之疑问：知识谱系及其法治局限——一种法学方法论上的初步探讨”，载《环球法律评论》2010 年第 5 期，第 21、22 页。
④ 参见劳东燕：“刑法中目的解释的方法论反思”，载《政法论坛》2014 年第 3 期，第 85 页。
⑤ 参见[德]汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 191 页。
⑥ 参见[德]克劳斯.罗克辛：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 86~90 页。
⑦ 参见[德]卡尔.拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 219~221 页。

律文本）具有意义这一任务，就可能是服从某些方法论规则的问题，和/或是对诸多可能的解释和目的进行排序的问题”。[①]不同的解释方法虽具有相对的独立性，但也呈现相互渗透之势，是否存在明确的适用位阶固然存疑。有学者指出，解释是一种结果，通常在结论确定后再选择解释方法，各解释方法都具有自身缺陷，在刑法解释商谈、试错的过程中，方法的采用取决于对处罚必要性的判断，刑法的适用必须兼顾解释方法难以涵括的各种复杂因素，因而刑法解释方法位阶性的意义和可行性应当受到质疑。[②]从法律解释的形式与实质出发，文义解释和目的解释就已经基本可以涵盖其要义，其他解释方法原则上是以上二者之辅助。将文义解释作为法律解释的逻辑起点，以目的解释作为论证解释结论合理性的逻辑终点，似乎就已经可以满足法律解释的需要，没有必要再纠结于解释方法的适用位阶。

但就刑法解释而言，意图确立解释方法的位阶关系是有其必要性和可行性的。“在解释活动中在使用不同解释方法时保持一定的次序，如此可以保障解释活动的论证完整、逻辑清晰。”[③]承认刑法解释方法位阶关系的存在，有利于解决刑法解释的争端、保证刑法解释的客观性，并与人思维过程的条理性特点相吻合。[④]以人权为价值基础的现代刑法要求刑法解释应当构建相对客观的方法位阶，以从方法层面保障刑法的安定性和公民的预测可能性。德国学者便提出，刑法解释依照自然的名词和特别的法学术语，自条文之文字开始解释（文义解释）；当文字解释出现多义时，以法律的产生史（历史解释）和在整个法律体系中的系统相关性（体系解释）作为辅助；而刑法解释的重点在于依照其特别保护功能，以及其客观意思与目的（目的解释）。[⑤]

### （一）文义解释：罪刑法定的基本要求

文义解释是指从法条规定的文字、语法来理解法律含义，需要注意一般用语与法律专业用语之区别。文义解释具有最为严格的形式要求，即以法律条文的字面含义为依据进行解释，因而也被称为狭义解释或者严格解释（strict interpretation）。[⑥]文义解释能够最大程度地保证刑法的明确性与安定性，实现罪刑法定的形式理性，并主要具有以下优点：（1）体现了立法至上和民主价值；（2）法律语词的通常意义通过现实的语境而得以加强；（3）法官在司法实践中解释法律字面通常语义时，不再需要对最终的目的合理性及手段适当性作出带有自己主观色彩的立法性判断；（4）法院对通常语义的强调，可以限制法官和行政机关以个人观点取代立法机关观点；（5）法院对通常语义的强调，能够激励立法机关更加科学地立法，保证适用语词的明确，尽量避免模糊隐晦的措辞；（6）尊重法律的通常语义可以避免立法机关与行政机关相妥协，避免法律与立法资料史的冲突；（7）采用通常语义可以保护信赖法律通义的公民的利益，使其不受导致相反解释的立法史或其他资料的影响，维护法律权威；（8）法院对法律通常语义的倚重能够激励立法者端正态度，严肃、认真地遣词造句。[⑦]

文义解释立足于刑法条文的字面含义，是最符合形式理性的解释方法，与立法者目

① 参见[英]韦恩.莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译，武汉大学出版社 2003 年版，第 310 页。
② 周光权：“刑法解释方法位阶性的质疑”，载《法学研究》2014 年第 5 期，第 168~173 页。
③ 时延安：“刑法规范的合宪性解释”，载《国家检察官学院学报》，2015 年第 1 期，第 73 页。
④ 参见苏彩霞：“刑法解释方法的位阶与运用”，载《中国法学》2008 年第 5 期，第 97、98 页。
⑤ 参见[德]约翰内斯.韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 24 页。
⑥ 参见沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社 1994 年版，第 428 页。
⑦ 参见孔祥俊：《法律解释方法与判解研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 552~553 页。

的论的旨趣相一致。任何法律解释都不可能脱离条文文字，都必须以条文的字面含义作为逻辑发起点。不论解释方法的种类多么繁杂，文义解释永远最先出动的解释方法，为其他解释方法提供了适用的平台，并设置了条文语义的边界，目的解释概莫能外。德国刑法学的主流观点认为，刑法的目的性解释应当在“法律文本可能的口语化词义”的框架内进行，要求以此限定刑法目的解释的基本边界，而在此框架之外进行的解释则被视为“不再被刑法条文可能的文字意思所包含的解释”，是一种不能被允许的类推。[①]日本刑法学亦有此类观点，“解释的实质的容许范围，与实质的正当性（处罚的必要性）成正比，与法文通常语义的距离成反比”，因此有学者将刑法用语“可能具有的含义”分为三种情形：一般人都能够预想到的含义（语义的核心内部）、一般人都难以想到的语义边缘部分以及上述二者的中间部分。如果解释结果属于一般人都难以想到的边缘部分，则原则上应否定行为的构成要件符合性；如果解释结果属于核心含义和边缘含义的中间部分，则应当出于法益保护的目的，考察其处罚的必要性。[②]

### （二）体系解释：刑法体系的形式要求

体系解释是指根据刑法条文在整个刑法中的体系地位，联系与其相关的法条含义，阐明其规范意旨的方法，其目的在于避免对法条断章取义，使刑法整体协调。[③]“体系解释很少可以与目的解释分开”[④]，体系解释对目的解释具有重要的规制作用，应当在目的解释之前进行考量。理论正确的唯一认知标准是其体系的逻辑一致性，因此法律解释应当关注其体系的知识融贯性，这涉及到解释的同一性、适恰性和合理性。[⑤]广义的体系解释要求刑法解释不仅要考量刑法体系内部法条之间的关系，也需要依据刑法在法制体系当中的地位，考量刑法与宪法以及刑法与其他部门法之间的体系关系。法律规范都被共同地规定于特定的法领域中，并形成了一个共同的体系，因而体系性的解释应具有以下出发点——法律不自相矛盾、法律不说多余的话、法律不允许存在规定漏洞以及法律的编排都是有意义的。[⑥]因此，体系解释的适用应当注重宪法的指导，保证刑法条文间的协调，考量与具体刑法条文相关的其他部门法规定。

体系解释与目的解释的适用密不可分：体系解释需要考量刑法体系的整体目的、价值以及刑法规范的具体目的；而目的解释也需要区分刑法体系的整体目的与不同层次的具体目的。刑法目的解释的适用应考量刑法体系的系统性联系，鉴于体系解释是论理解释中形式理性程度最高的解释方法，体系解释能够为解释者在进行刑法目的的价值考量之前，进一步限定解释结论的范围，将不符合刑法体系自洽要求的解释结果排除在外。而且，刑法目的解释需要运用体系协调的方法，对法条的具体目的加以辨别，以保证具体目的的合理性。针对德国联邦最高法院1956年5月3日判决——刑三庭1956年第77号判决[⑦]，德国学者Roxin认为，诬告罪行所针对的不仅是被诬陷者，也包括国家司法权，正如德国《刑法典》第145条d所规定的那样，其第164条的本意也在于阻止滥用、误导专

① 参见[德]克劳斯.罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第85页。
② 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第18~19页。
③ 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第28页。
④ [德]卡尔.恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第92页。
⑤ 参见[美]安德瑞.马默：《解释与法律理论》，程朝阳译，中国政法大学出版社2012年版，第70~73页。
⑥ 参见[德]英格博格.普珀：《法律思维小学堂》，蔡胜伟译，北京大学出版社2011年版，第56~64页。
⑦ 本案行为人本想诬告其仇人，私下拿走了警方签发的逮捕令，意图使其仇人陷于盗窃之嫌疑，却意外地使该嫌疑落于另一人。

事追究犯罪的的机关。[①]“而根据该条款的体系位置，刑罚威吓的主要目标是保护具体个人，还是保护司法权尚不得而知。即便该条款最初目标真的在于保护个人，保护司法权这一另一目标，也并非仅具有次要的意义（《联邦最高法院刑事判例集》，第5卷，第66页，尤其是第68页）。只要犯罪行为乃是对司法权的侵犯，那么，是行为人所希望诬告的人因其行为最终受到诬告，还是他以为不会陷害到的别人受到陷害，即便从行为人的角度上，本质也没分别。”由于将本案涉及法条的具体目的界定为司法权正常出动之保护，因此行为人的故意即已实现，依照社会公众一般之生活经验，案件事实发生流程之偏离也就应当认定为处于行为人的可预见范围之内，因而并未改变犯罪之不法内容，该判决认定行为人故意诬告罪既遂是合理的。[②]反观之，如仅将法条之目的认定为对被诬告人法益之保护，则对其仇人成立力图诬告，对行为人意图之外的错误打击人成立过失诬告，根据本案案情均属不受刑事处罚之情形，这显然并不合理。

### （三）历史解释：立法者目的论的原则要求

历史解释指根据刑法制定时之历史背景及其发展历程来阐明条文含义的方法。“在利益法学看来，历史的解释方法才是真谛，因为只有历史解释才能确保制定法的命中性和共同体利益。”[③]历史解释涉及对立法时立法者意图的探寻，因而在主观解释论中尤为受到重视。出于对刑法解释历史解释的适用应当在目的解释适用之前，即在考量了文义和法条体系联系的同时，参考立法者立法时的意图，在此前提下开展刑法的目的性解释。[④]

“法律是特定时期赋予特定民族的，为了解释法律所蕴含的思想，必须了解这些历史规定性。只有通过对制定法律的那个时期进行历史考察才能阐述法律的历史规定性。”[⑤]历史解释符合立法者目的论的要求，与方法论解释中“原意重构”、“移情”等解释学理论相契合，主要是通过对刑法文本之外的、与刑法文本的形成有关的立法材料进行考量，了解刑法条文制定的历史背景，从而探知刑法文本制定时立法者的价值判断和其他意思，这对于刑法目的解释的适用具有重大意义。[⑥]罪刑法定原则下的刑法目的解释应以立法者目的为原则，以维护刑法的安定性，彰显形式理性价值，在立法者目的无法实现刑法机能的情况下，再运用法条目的来实现刑法的正义价值。因此，以历史解释来规制目的解释，是保守的实质解释立场之下刑法解释的必然要求；也是刑法目的解释论内部，原则上优先适用立法者目的论的必然要求。

---

① 德国刑法典第 145 条 d 是关于“虚构犯罪”之规定，包含以下二款：“（1）违背良知，向当局或主管接受告发的机关虚构实施了 1.违法行为，或 2.即将实施第 126 条第 1 款所述违法行为，如该行为在第 164 条、第 258 条或第 258 条 a 未规定处罚的，处 3 年以下自由刑或罚金刑。（2）违背良知，向第 1 款所述机关虚构下列事实的，处与第 1 款相同之刑罚：1.参与违法行为的事实，或 2.即将参与第 126 条第 1 款所述违法行为的事实。”其第 164 条是关于“诬告”之规定，也包含二款：“（1）意图使他人受有关当局的调查或处分而违背良知，向有关当局、有权接受告发的官员、军队长官或公众，告发他人有违法行为或违背职务义务行为的，处 5 年以下自由刑或罚金刑。（2）以同样意图，违背良知，向第 1 款所述当局或公众告发他人有其他犯罪事实，致使他人受到当局调查或处分的，处与前款相同之刑罚。”参见《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社 2004 年版，第 82、88 页。

② 参见[德]克劳斯.罗克辛：《德国最高法院判例.刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 21~22 页。

③ 参见王海桥、马渊杰：“我国刑法解释理论变迁中的利益衡量思考”，载《中国刑事法杂志》2012 年第 5 期，第 15 页。

④ 参见[德]克劳斯.罗克辛：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 85 页。

⑤ [德]冯.萨维尼、雅各布.格林：《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》，杨代雄译，法律出版社 2008 年版，第 8 页。

⑥ 参见田维：“论立法原意”，载《刑法论丛》2014 年第 39 卷，第 51 页。

（四）合宪性解释：人权保障的价值要求

合宪性解释是指以宪法规范和原则为依据，对刑法条文的含义进行解释。合宪性解释与其说是一种解释方法，不如说是一种解释原则或解释理念，是法治背景下法律解释的必然要求。将合宪性的法律解释作为一种解释方法，实际上也是法治理念在法律解释中不断深化的体现。“以宪法规则、原则作为解释刑法规范的根据，尤其是指示和限制刑法规范的目的解释，则属于解释问题，即在解释中，应该保证通过解释得出的结论与宪法的规范含义相一致的要求，避免与宪法规范相矛盾，这就是合宪性解释。”[①]在根据刑法目的作出解释时，法官总将宪法价值判断放在首位，以期作出符合宪法的解释。法官不得任意改变刑法规定的意思，但必须尝试使刑法的目的解释在法律规定的范围内与宪法保持一致。如上述做法不可能实现，法官就必须根据宪法规定中止诉讼程序，而由宪法法院作出裁决。[②]

合宪性解释体现了法治精神及罪刑法定原则的要求，在刑法解释中突出地表现为对人权保障的价值倾向。宪法有关法治国原则，包含法律优位、权力分立、依法行政、平等、目的性等原则，其中目的性原则是指宪法所规定的“为防止妨害他人自由、避免紧急危难、维持社会秩序或增进公共利益”，其中，事关人权保障的“防止妨害他人自由”是宪法目的性原则的首要要义。[③]人权是宪法的基本价值，宪法中有很多权利规范能够对刑法解释进行限制，尤其是平等权、财产权和言论自由的规定，对限制刑罚权的适用具有积极意义。[④]在德日刑法理论的发展中，刑法的法益概念实质上转变为一种宪法性法益，以人权为根本价值的法益保护成为刑法目的之通说。在刑法目的解释的适用中，人权保障应当成为优位价值，这既是当前刑法目的的应有之义，亦表现为合宪性解释对其适用之规制。在实际操作中，合宪性解释即表现为一种人权解释，即以人权价值作为衡量刑法目的解释结论正当性的标准。

## 三、刑法目的解释的类推禁止

罪刑法定原则被视为宪法原则在刑法中的体现，其对刑法解释的规制既体现于价值层面，又体现于方法论层面。罪刑法定在刑法解释中最直接的意义即在于对刑法目的解释的规制，甚至可以说，刑法解释方法论的核心问题即在于此。所有的法律解释在实践中均会伴随着客观语境，因而客观解释自然成为法律解释难以回避的立场问题。但是，客观解释的开放性会将刑法解释置于极为灵活而不确定的处境，甚至对罪刑法定原则产生冲击，这集中表现为类推解释的风险。

禁止类推是罪刑法定的派生原则。罪刑法定原则可以划分为形式的侧面与实质的侧面，这种划分与刑法解释理论在价值与逻辑上具有内在的契合性。罪刑法定原则在产生之初具有以下含义：以制定法为依据，排斥习惯法；排斥类推解释；不得溯及既往；排斥绝对不定期刑。这四个方面被划分为罪刑法定原则的形式侧面，主要在于限制司法权。罪刑法定原则的实质侧面则包括两方面内容：一是刑罚法规的明确性原则；二是刑罚法规内容的适正的原则（包含禁止处罚不当罚的行为和禁止残虐的、不均衡的刑罚两个内

① [韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社 2008 年版，第 34 页。转引自时延安：“刑法规范的合宪性解释”，载《国家检察官学院学报》，2015 年第 1 期，第 70 页。

② 参见[德]汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 191~193 页。

③ 参见靳宗立：《刑法总论 I——刑法基础理论暨犯罪论》，集义阁 2010 年版，第 105~106 页。

④ 参见时延安：“刑法规范的合宪性解释”，载《国家检察官学院学报》，2015 年第 1 期，第 74、75 页。

容），这主要是对立法权的限制。[①]罪刑法定原则的形式侧面体现了形式法治的价值蕴含，而实质侧面则体现了实质法治的价值蕴含。作为罪刑法定原则实质侧面的“明确性”不仅意味着刑法语义的明确，也含有犯罪与刑罚之间关系的明确性，立法应当使罪名与可能适用的刑种、刑度具有相对的明确性，这样就在符合了罪刑法定原则形式理性的同时契合了其实质理性的价值蕴含[②]。在对犯罪构成要件和法律后果的规定上，刑法条文必须具有一个基本的明确性,虽不是绝对地不允许在刑法规定中使用范围宽泛的条款和需要填充价值的概念，但对刑法规定的适用范围和效力范围必须尽量明确，这是防止司法中类推解释的必然要求。

刑法条文的明确性是罪刑法定原则的基本要求，但是完全使法条字义达到明确的程度，却是刑事立法力不能及的。德日学者很早便关注到这个问题，形成了相对对立的观点，甚至有学者因此对罪刑法定的前景表示了悲观。刑法中没有明确规定的行为，在生活中并非罕见。比如，在日本最高法院审理的一起欺骗自杀案中，被告人为摆脱交往的女子，因而欺骗其一起自杀，女子因相信该男子会一起自杀，因而同意服毒死去。关于对该被告男子是以同意杀人罪进行处罚，还是以普通的不同意杀人罪（故意杀人罪）进行处罚便存有争议。日本最高法院的判决认为本案被害人的同意是基于受骗而作出的，意思并不真实，因此判决成立不同意杀人罪。[③]由于日本刑法中的同意杀人罪仅以单纯的同意即可构成，因而此判决明显在相对明确的规定中再次加入了实质判断，并因此作出不利于被告人的判决，引起了一定争议。

罪刑法定原则的内容是其蕴含价值的具体体现，其形式侧面的内容体现了形式理性的价值蕴含，在发展演进过程中，形式侧面的具体内容在人权价值的指引下由绝对的形式化走向相对的形式化，与刑法解释有着直接联系。在当今的社会转型期，新的行为形式层出不穷，刑法不可能紧跟社会发展，将所有新产生的行为类型与社会关系全部以成文法的形式进行规定，存在漏洞的情形在所难免，对于部分没有明文规定，但基于法益保护、秩序维持的考量又完全应受刑罚处罚的行为，如严格依照罪刑法定的要求，则不能予以刑事处罚，这将不利于实质地保障人权，而这也并非罪刑法定主义的初衷。[④]这在刑法解释中形成了突出矛盾，并成为当前刑法目的解释的重大理论争议——即能否依据正义理念，突破罪刑法定和法条文义界限的规制，将确实侵害了相当的法益，但却没有纳入刑法文义范围的行为解释入罪。在刑法解释中，应禁止突破了国民预测可能性的类推解释，仅依靠解释并不能解决刑法适用中的所有问题，这也督促着立法者紧迫而适时地完善刑事立法，并进一步发展和创新刑法的基础理论，尽量避免类推解释的产生。

### （一）类推的祛魅

类推是指“有两件生活事实被相互比较，其一是可以毫无疑义地归属于法定构成要件之下的事实，相反地，另一事实则（似乎）未被规范及之。假使两者间具有足够的类

① 参见张明楷：“实质解释论的再提倡”，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 52 页。

② “明确性原则”作为罪刑法定原则的一项内容或派生原则，在各国的刑法学体系中被赋予了多种意义，德国刑法学者将其作为刑法负担的保障功能、法治原则的作用展开论述，而日本刑法学中，明确性原则则被作为了对罪刑法定原则的实质性理解，参见[德]约翰内斯.韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 20~21 页；[德]克劳斯.罗克辛：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 80 页；黎宏：《日本刑法精义》，中国检察出版社 2004 年版，第 49~51 页。

③ 参见最判 1958 年 11 月 21 日《刑集》第 12 卷，第 3519 页。转引自[日]平野龙一：“刑法解释中的判例和学说”，黎宏译，载《国家检察官学院学报》2015 年第 1 期，第 162 页。同时期的德国已将同意杀人限定为基于“真诚请求”而杀人，避免了此类争议。

④ 参见张明楷、黎宏、周光权：《刑法新问题研究》，清华大学出版社 2003 年版，第 1 页。

似性，则后者就法效果一点——并且仅就此点——应与前者作相同处理。刑法中类推适用的禁止，其所指的乃是此等意义的类推。”[①]

德国学者考夫曼推崇类推的思维方式，他将“类推”界定为“在一个被证明为重要的观点之下，对不同事物相同处置，是一个以某种关系为标准的相同性”，将司法中对规范和事实的对照和等质处理过程称为“类推”，将其前提归纳为“事实与规范具有相似性，亦即必须存在意义关系中的同一性”，并进而主张刑法不严格地禁止类推。[②]由于法的语言较为抽象、并不完全精确，是“活生生的、两个面向化”的语言，存在概念的核心、外延以及可能语意的原型，因而法的语言本质上是类型化的，制定法的意义存在于具体的生活事实中，法官具体判决的取得以及立法均具有类推的特性，“法律的意旨”和“事物之本质”使法律解释倾向于类型化的思考。[③]因此，所谓“无法律则无犯罪”（nullum crimen sine lege）原则不可能是一种严格的类推禁止，因为犯罪不可能在立法的构成要件中以单义的概念被定义下来，因而“罪刑法定原则”亦不可能。[④]德国的刑事判例也显示出对类推的暧昧态度，许多争议的判决都将结论建立于类推解释争议之上。因此有德国学者失望地指出，罪刑法定原则在德国也并未得到真正的实施，罪刑法定的真义在司法实践中被不当地扭曲了。

类推解释是法律解释的重要命题，当前，刑法解释的通说是坚持罪刑法定原则，反对不利于被告人的类推解释。但是，类推解释仍然不缺乏拥趸，有学者便认为类推解释具有实质上的正义性与合理性，传统的罪刑法定主义及禁止类推是法治口号下的“一个美丽的乌托邦”，类推是法学无法回避的思维类型，禁止类推主要是由于类推解释具有强大的修辞功能以及人们对国家权力的忌惮和防范。[⑤]德国学者考夫曼将类推提升到了更高的理论层面，认为类推是法律发现过程的核心，它结合了设证、归纳及演绎，使规范成为“符合存在的”，案件成为“符合规范的”，逐步将规范变成具体的、接近现实的，案件变得轮廓清楚，成为“类型”。[⑥]总体而言，类推解释是一种包摄了思维与方法的综合性理论，既关涉形而上的法哲学思想，又关涉法学方法论，在刑法解释中更有其独特的表现。类型化理论是法学方法中的重要命题，不论立法还是司法，都将类型化的思维包摄其中。刑法解释亦是如此，“刑法类推适用的界限是在于立法的构成要件所奠基的不法类型中”。[⑦]囿于其强大的解释功能，类推解释能够解决许多实践问题，特别是在法律工具主义的背景之下，能够较为便捷地实现公权力意欲达到之效果。因此，在遇到疑难案件时，再高明和审慎的司法人员都可能产生对类推解释“爱慕”的冲动。然而，法的明确性与安定性要求保障民主和人权价值，因此具有有权解释的主体只能是“爱你在心口难开”，将这一份类推的冲动刻意地压抑于心底。刑法的严厉性和谦抑性，要求对类推解释进行最为严格的限制，以规避其过于强大的涵摄功能可能导致的人权之“痛”。因此，当前通说认为刑法只可适用有利于被告人的类推。

刑法解释首先立足于对具体罪名构成要件的解释，而构成要件本身即是类型化的产物，需要立法者将生活中侵犯了同一法益，并且能够涵摄于同一语义形式的行为归纳到

① [德]卡尔.拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 16 页。
② 参见[德]阿图尔.考夫曼，温弗里德.哈斯默尔主编：《当代哲学与法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版，第 184 页。
③ 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 187~190 页。
④ 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 193 页。
⑤ 参见吴丙新：《修正的刑法解释理论》，山东人民出版社 2007 年版，第 275~2676 页。
⑥ [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 136 页。
⑦ 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 193 页。

同一构成要件之内，这即是一种类型化的法律涵摄。法条的客观含义以及构成要件的实际范围都在随着行为类型的不断变化而变化，因而，有学者认为类推解释提供了一种“在关系中寻求实体”的研究思路，承认法是不确定的，并且认为法原本就带有类推性质并且只能在“存在与当为的对应”中类似地把握。[①]但需要注意的是，立法意义上的法律涵摄与司法意义上的法律解释虽然价值一致，但是其思维方式与功能并不相同。立法上的类型化是为了将形式多样的案件事实归纳为明确的法条规定，是对具体事实的抽象，意欲以成文法的形式实现民主和法治；而司法中的法律解释是为了将具体的案件事实涵摄于较为抽象的法条之下，以发现可以适用于具体案件的法律，是将抽象的规定还原为具体事实，其思维形式是逆向的，以实现个案的公平正义和实质法治，而只有在法条可能的文义之内进行解释才可能保证对民主原则、法治精神的遵从。以类推的形式作出的法律解释貌似是对类型化立法之回溯，但实际上受解释者的主观目的影响较大，并不能真实地实现法条对案件事实的涵摄。因此，并不能以立法的类型化来验证类推解释的正当性。

类推解释的理论基础源于哲学解释学，强调解释者的前见与视域的融合，从本体论的角度理解法律解释，消解了法律的文本形式规制，使代表了民主价值的立法者目的失去了意义。法官的解释仅仅是将法律规范的意蕴具体化，但刑法的类推解释实际上将解释者的前见置于刑法目的之前，在入罪时将法益侵害严重性的考量优先于人权的保障。以德国的“抗拒执法人员案”为例，一汽车司机拒绝警察例行检查，在警察刚将手伸进车窗时，司机加大油门倒车，将警察拖行10至15米。德累斯顿高等法院按照德国《刑法》第113条的规定将其认定为“手持武器对抗执法人员”，对行为人作出了更为严厉地处罚。[②]德国《刑法》第113条规定了抗拒执行公务之官员罪，该罪是指“以暴力或暴力威胁的方法，阻碍公务员或联邦国防军士兵执行法律、法令、判决、裁定或决定，或对其进行攻击的”行为。本条第2款规定了本罪的情节特别严重的情形，即“1.行为人或其他参与人意图在行为时使用而携带武器，或2.行为人的暴力行为有造成被攻击者死亡或重伤危险。”[③]本案的判决显然将汽车认定为了武器，这是因为司法者前在地考量了本案行为严重的法益侵害性，而忽视了法条中的语义范围，导致作出了一个突破国民预测可能性的解释。最终，德国联邦宪法法院认定本案判决违宪，并对其进行了废除，其依据是“当物体的主要用途是对付他人或者使用这个物体带有明显的伤害目的，比如木棒或刀具进行劈刺时，依照日常惯用语可以将该物体称为武器。但是，如果一个物体在其惯常用途之外还可以在打斗中被使用，并不能证明这个物体具有武器特征的。”[④]

更为重要的是，现代刑法学建立于罪刑法定原则的基础之上，罪刑法定原则对于刑法解释最直接的规制意义在于坚持按照已经制定的、明确的刑法规定进行解释，禁止类推解释。这种要求体现了一种严格解释的刑法精神，符合刑法的谦抑性和保守性，符合形式法治的要求。类推解释根本上侵蚀了罪刑法定的理论基础，将会倾覆刑法学理论体系。“类推解释虽然有利于刑法的实质理性的实现，但它却违反刑法的形式理性，一旦被滥用就会破坏法治，贻害无穷。”[⑤]原则上，不利于人权保障的类推解释会导致刑事法

① 参见吴丙新：《修正的刑法解释理论》，山东人民出版社 2007 年版，第 16~19 页。

② 参见[德]克劳斯.罗克辛：“德国刑法中的法律明确性原则”，载梁根林、[德]埃里克.希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2013 年版，第 39 页。

③ 参见《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社 2004 年版，第 70 页。

④ 参见[德]克劳斯.罗克辛：“德国刑法中的法律明确性原则”，载梁根林、[德]埃里克.希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2013 年版，第 39~40 页。

⑤ 陈兴良：《罪刑法定主义》，中国法制出版社 2010 年版，第 235~236 页。

治的崩塌，造成国民预测可能性的缺失以及难以估量的人权风险。

### （二）类推解释的界限

类推解释的界限实际上即刑法解释的界限，通常涉及类推解释与扩张解释的界限问题。鉴于扩张解释是一种基于法条目的的文义扩张，因而类推解释的界限与目的解释直接相关。

广义的类推解释包括两种情况，一种是类推适用，即我国旧刑法第79条所规定的类推：对于刑法分则没有明文规定的犯罪，比照刑法分则最相类似的规定定罪量刑。另一种是狭义的类推解释，即解释结论完全超出了刑法用语可能具有的含义（一般含义）。[①]“可能的含义”可以被理解为依一般语言用法或立法者标准的语言用法（特殊情况下）所指称的意义。[②]通说支持在语义的涵摄范围之内进行解释，如果该解释并不是着眼于刑法规范，而是着眼于事实的比较，以与刑法规定的相似行为具有同等的法益侵害性为由，作出的解释结论超出了一般人所能接受的文义射程，不再具有国民预测可能性，那么该解释就不再是扩张解释，而应归为类推解释。作为一种特殊的解释方法，类比解释不同于类推解释，这取决于其类型化的程度是否能够涵摄于法条的文义之中。“在类比解释的情况下，这种类似性是一种强类似，即相同大于相异，因而可以根据事物之本质将其归入某一概念或者类型之中。而在类推推理的情况下，这种类似性是一种弱类似，即相异大于相同，因而不能按照一般的法律解释方法将其涵括在某一概念或者类型之中，也就是属于法无明文规定的情形。在这种情况下非要适用这一法律，就需要类推推理。……考夫曼提出一切类型，甚至一切概念都是类推的，其实是对类推的一种误用。”[③]

刑法目的解释与类推解释的界限可以限定为“法律文本可能的口语化词义”所划定的规则范围，不能被刑法条文可能的文义所涵摄的、为刑罚提供根据的解释，即为应被禁止的类推解释。[④]因此，刑法条文可能的最大文义范围是认定类推解释的关键。不是所有对被告人不利的解释都是类推解释，如果对其不利的解释在法条文义的射程之内，符合国民的预测可能性，则这样的扩张性解释虽不利于被告人，但仍然是合理的。刑法目的解释的适用应当清醒地辨别类推解释的“爱”与“痛”，严格把握罪刑法定原则对其设置的解释界限。

## 四、刑法目的解释的程序规制

刑法目的解释的适用涉及价值考量，因此在诸多疑难案件中，其结论面临着正当性的拷问。价值哲学已形成了系统的理论体系，由此产生的价值法学在利益法学的基础上向方法论转向，对法律解释产生了重大影响，其推崇客观论的解释方法，对目的解释的适用具有重大意义。[⑤]价值法学注重法是否符合客观规律、社会理想及社会效益，探讨法如何满足人的需求的法学方法论。[⑥]有学者提出，价值判断方法应包含以下几个要点：“（1）确定一定的价值客体，即存在着人们认识和实践的特定对象；（2）确定一定的价值主体，即对价值客体进行认识和实践的人；（3）确定进行判断的价值标准，即价值主

① 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 15 页。
② 参见[德]卡尔.拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 227 页。
③ 陈兴良：“刑法教义学方法论”，载梁根林主编：《刑法方法论》，北京大学出版社 2006 年版，第 17~19 页。
④ 参见[德]克劳斯.罗克辛：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 85 页。
⑤ 参见王海桥、马渊杰：“我国刑法解释理论变迁中的利益衡量思考”，载《中国刑事法杂志》2012 年第 5 期，第 15、16 页。
⑥ 参见葛洪义：“实证法学和价值法学的协调与我国法学研究”，载《法学》1987 年第 5 期，第 8 页。

体根据理性和既往生活经验而形成的需要和利益。……价值主体以一定的价值标准为参照系，对价值客体的自然属性与自己的需要和利益之间形成的关系事实进行评价，从而得出客体是否符合自己需要和利益的价值结论。”[①]20世纪下半叶，回归内容正义的价值法学出现了程序面向的转向，开拓了正义研究的程序面向，并强调从程序上确证、充实实体正义的研究，将正义问题向司法领域拓展。[②]

刑法解释中充斥着价值冲突，甚至刑法解释的方法和原则自身也存在着二律背反现象。尤其是在法益侵害性极强但法条文义又无法涵摄此类行为的案件中，朴素的正义观与对人权、法治的敬畏无数次在司法者的内心激烈碰撞，使得案件的处断十分纠结。司法者在进行刑法目的解释时，应当对利益衡量、原则竞争等问题进行论证，使其解释结论具有说服力，当结论的正当性确实存疑时，程序正义的意义便得以彰显。由于法定程序必然要求司法者作出一个最终的判决，依法进行的程序性规制便成为刑法目的解释结论正当性的重要依据。

### （一）司法程序：实证的程序规制

程序正义是法律解释正当性的必然要求，在实践中可以由司法者严格依法掌控，而保障刑法解释结论正当性的程序性条件，即其外在的程序正义。程序正义是刑事法治的要求，是刑事司法的合法性底线。立法者能够通过对程序的技术性设置，来保障刑事判决的正当性；司法者则能够通过对法定程序的依法贯彻，辅证其结论的合理性。刑法解释必须依法受到司法程序的制约，尤其是以目的解释方法对疑难案件所作出的入罪判决。这既要求保障审判程序的依法进行、诉讼参与人权利的依法行使，又要求使存有争议的案件依法经受上诉程序与再审程序的检验。

目前，我国的二审与再审程序对案件事实与证据的认定更为关注，对一审判决的论理——尤其从刑法解释角度对判决结论的论证——稍显怠慢，这应当引起足够的重视。法条的解释是定罪量刑的基础，因此，在二审、再审程序中应当对定罪、量刑相关的重要事项加以着重审查，对有争议的解释认定应当特别审慎地进行再次论证，特别是在罪刑法定原则的规制下进行解释方法适用的考察，避免类推解释的出现。

### （二）法律商谈：交往理性的理论探索

受限于法律自身特征的限制，法律语言的精确性、罪刑法定所要求的明确性一直以来都是刑法解释不得不面对的难题，“法律在很大程度上曾经是，现在是，而且将永远是含混和变化的”[③]。在刑法解释中，以合目的性所作出的扩张解释与类推解释的界限存在着暧昧的情形，虽然理论上有文义射程、国民的预测可能性等参考标准，但这些表述本身都较为抽象，刑法中语词的文义射程如何界定、国民的预测可能性的可操作性等，都是实体层面所难以解答的，而立足于交往理性的法律商谈理论则有意地规避了以上实体问题，为刑法解释提供了新的视角。

交往理性源于交往行动理论以及对传统理性模式的反思，它不再被归诸于单个主体或宏观主体，其合理性与“达成理解这个语言目的”相连，以互动的、为生活形式赋予结构的语言为媒介，使该语境下的实践理性获得了新的启发性价值：“它提供了一种导向作用，引导人们对形成意见和准备决策的诸多商谈——合法行使制民主通知的基础就

① 参见冯亚东：《理性主义与刑法模式：犯罪概念研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 22 页。
② 参见周永坤：“法学研究中的价值处理”，载《法制与社会发展》2004 年第 4 期，第 118~120 页。
③ 沈宗灵：《西方现代法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 330 页。

在于此——所构成的网络进行重构。”[①]通过交往理性，正义问题被转化为人际交往的合理程序，即公共理性运用的程序，当真理或正义真正成为难以克服的问题时，纯粹的演绎或论据将不具有决定性意义，辩论将成为真理或正义的获取途径，此时，程序的合理性将在很大程度上决定辩论的合理性。[②]

正因如此，源于交往理性的法律商谈理论可以在一定程度上消解实体争议，从程序的角度保障刑法目的解释结论的正当性。法律商谈理论实质上是一种从程序层面保障解释结论合理性的理论，彰显了程序主义的法律范式。依赖于程序的法律确定性可以满足一个重视体系完整性、以原则作为取向的法律共同体的期待，而程序主义的法律观必须提供一个能够使反思的法律范式相互开放，并且在具体案例的不同情境理解前为自己辩护。[③]法庭程序规则的目的在于补偿判决的不确定性，因为“合理商谈之高要求交往预设，是只可能被近似地实现的”；其目的还体现于立法者对审判所作的实质限制，这些限制的作用在于“从制度上划分出一个内部空间，用以在运用性商谈中对理由的自由交换”。程序法并不调节规范性的法律商谈，而只在时间、社会和实质向度上确保“受运用性商谈之逻辑支配的自由的交往过程所需要的制度框架”。[④]终极意义的交往理性要求法律商谈由全民参与的方式进行，这在当前缺乏客观的可操作性。

当刑法目的解释与类推解释的界限存疑时，法律商谈理论能够提供有效的程序性规制。涉案的利益关系人将各自的主张置于合法有序的刑事案件庭审程序当中，凭借各自的论据对其主张的合理性进行论证，通过观点反复的商谈，从而得出一种普遍接受的、获得社会公众认同的结论，实现国民的预测可能性。程序性规制是刑法解释能够达致与常识、常理、常情融洽的关键，在司法实践中能够保障司法裁判不偏离于现代法治“己所不欲，勿施于人”的伦理基础[⑤]，缓和法理与民意的冲突，实现顺应科学、人民、法治、人性的司法民主[⑥]。

## 五、刑法目的解释的政策规制

除上述规制途径之外，刑法目的解释的适用还须考量刑事政策的规制。刑事政策以犯罪防控作为其个性价值目标，方略中内含了刑事类措施，[⑦]其价值目标会以多种形式对刑法目的解释的适用产生影响。

### （一）刑事政策的解释论反思

在德国学者Roxin将刑事政策引入刑法学体系后，曾经刑法规范体系与刑事政策的“李斯特鸿沟”已随着刑法理论的演进被逐渐填平，刑事政策与刑法教义学的关系愈发紧密。刑法解释会受到刑事政策的目的性引导，但同时刑事政策亦须受到刑法规范的教义规制，两者之间存在着相互制约的辩证关系。刑事政策指导、制约了刑事立法，又以价值导向的方式影响着刑事司法，其将鲜明的目的导向通过立法固定于刑法法条之中，

① 参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活.读书.新知出版社2003年版，第3~7页。

② 参见周永坤：“法学研究中的价值处理”，载《法制与社会发展》2004年第4期，第121页。

③ 参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活.读书.新知出版社2003年版，第271~272页。

④ 参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活.读书.新知出版社2003年版，第286~288页。

⑤ 参见陈忠林：《自由.人权.法治——人性的解读》，载《现代法学》2001年第3期。

⑥ 参见陈忠林：《司法民主是司法公正的根本保证》，载《法学杂志》2010年第5期。

⑦ 参见魏东：“论刑事政策学的基本内涵与研究对象”，载《山东警察学院学报》2005年第4期，第58、59页。

并通过对刑法解释的目的性引导，在司法中实现该预设的目的及价值。但是，刑事政策不能替代刑法，尤其是不应作为刑法解释的对象和直接依据，这是现代法治的基本要求。“如果说强调目的解释是刑法刑事政策化的结果，那么对于目的解释的制约则是刑事政策法治化的必然要求。”①

利益——目的法学的兴起使得刑法的规范保护目的受到重视，这促使实质解释理论得到提倡，并促使刑法学本身逐渐贴近刑事政策。②刑事政策带有强烈的目的性和价值导向性，其之于刑法文本的开放性功能，主要通过刑法的目的解释而实现。③“刑事政策给予我们评价现行法律的标准，它向我们阐明应当适用的法律；它也教导我们从它的目的出发来解释法律，并按照它的目的适用法律。”④囿于其自身的变易性，刑事政策应受到刑法的规制，其在刑法解释中的强大功能亦应受到规制。具体而言，刑事政策的制定与社会效果应受到刑法的规制，作为一种公共政策，其具有超然于现实政治需要的合法性和价值目标的需求，其权威性与有效性的根本基础源于其合法性，而其合法性源于刑法法理，其价值目标与刑法共通，过度追求惩罚犯罪的效率和效果而构成对罪刑法定、人权保障等刑法法理的背叛，必然会导致刑事政策合法性与正当性的危机。⑤从相对保守的解释立场出发，刑事政策对刑法目的解释的规制应当限于论证“目的”的来源及其正当性，而现代刑事政策的合理性则意味着刑法规范目的应当具有法治性、人道性和科学性。⑥

此外，刑事政策对刑法目的解释的规制还体现于法益的遴选中。刑法体系复杂性的增加，使刑法不断提升自我运作的功能，法益理论为了妥善处理现代刑法的复杂性，而不断扩张其范围或逐渐功能化，这使刑事政策对刑法解释的指导功能愈发受到倚重。⑦在刑法的目的解释中，对刑事政策的考量能够合理确认法益的范围，引导目的解释将不具有法益侵害性的行为出罪，实现人权保障机能。但同时，刑事政策还会导致刑法目的的工具化导向、开放性以及例外的创设，进一步增强司法人员的前见对判决结果的影响，使刑法解释的实质化倾向更为凸显⑧。刑事政策的变易性使刑法规范目的的理解在实践中时常出现差异，尤其是其强烈的法益保护倾向，容易导致对人权价值的压制。因此，刑事司法在辩证看待刑事政策的同时，应当关注那些以满足人类最基本需要的价值为关怀对象、可适用于所有人类社会的人与人相处的最基本行为准则的社会基本伦理⑨，以社会普通民众长期认同并遵守的“常识、常理、常情”切实保障人民的预测可能性⑩，这对刑法目的解释的价值引导具有重大的指导意义。

---

① 周折：“刑事政策视野中的刑法目的解释”，载《中外法学》2007 年第 4 期，第 460 页。

② 参见参见王海桥、马渊杰：“我国刑法解释理论变迁中的利益衡量思考”，载《中国刑事法杂志》2012 年第 5 期，第 16 页。

③ 参见劳东燕：“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”，载《政法论坛》2012 年第 4 期，第 37 页。

④ [德]弗兰茨.冯.李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 2 页。

⑤ 参见卢建平：“刑事政策与刑法关系的应然追求”，载《法学论坛》2007 年第 3 期，第 61、62 页。

⑥ 参见周折：“刑事政策视野中的刑法目的解释”，载《中外法学》2007 年第 4 期，第 460 页。

⑦ 参见劳东燕：“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”，载《政法论坛》2012 年第 4 期，第 38 页。

⑧ 参见杜宇：“刑事政策与刑法的目的论解释”，载《法学论坛》2013 年第 6 期，第 78 页。

⑨ 参见陈忠林：《自由.人权.法治——人性的解读》，载《现代法学》2001 年第 3 期。陈教授认为，社会基本伦理是现代法治的基础，刑事立法与司法均应受其制约，而现代法治归根结底是人性之治、良心之治。

⑩ 一个社会普通民众长期认同，并至今未被证错的基本经验、道理以及被社会民众普遍认同与遵守的“常识、常理、常情”是现代法治的灵魂。参见陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期。

### （二）常识、常理、常情：刑法目的解释的必要标准

刑事政策对目的解释的作用绝非卧槽泥马，但其过度的规制会导致刑法目的解释脱离刑法规范目的的风险。当前，刑事政策对刑事立法的作用更应受到重视，而其对刑法解释的影响应受到有意识的限制，尤其是限制以其为依据作出的入罪的目的解释，这有赖于考量特定时期为社会公众所普遍认可的常识、常理、常情。

“适应社会形势的刑事政策之所以是公正的，在根子上因为其符合常识、常理、常情，而符合常识、常理、常情的刑事政策应该在犯罪的成立即司法定罪上通过应受刑罚惩罚性这一环节来发挥应有的作用。”[①]刑法目的解释尤其应当警惕刑事政策的入罪倾向，以常识、常理、常情为标准来考察刑事政策的入罪合理性，能够为刑法目的解释的适用提供重要的参考标准，避免解释结论脱离社会实际，与人民群众的预测可能性相悖离。甚至可以说，“常识、常情、常理就是刑法的解释论，包括刑法解释的立场与方法。无论是主观主义还是客观主义解释立场，无论是历史解释、文理解释、论理解释, 还是扩张解释、限制解释或者类推解释、目的解释莫不以此为前提、为标准、为基础、为指导、为界限。”[②]以特定时期社会的常识、常情、常理为标准展开刑法的目的解释，能够让刑法所蕴含的最基本的是非观、善恶观和伦理道德在司法中得以实现，真正实现刑法人权保障和社会保护的目的。[③]

① 马荣春：《论犯罪构成新体系之常识、常理、常情化》，载《法律科学》2011 年第 2 期。
② 周国文：《刑罚的界限——Joel Feinberg 的“道德界限”与超越》，中国检察出版社 2008 年版，第 158 页。
③ 参见马荣春：《论刑法的常识、常情、常理化》，载《清华法学》2010 年第 1 期。

# 量刑规范化下的民意考究*

万志鹏

【内容摘要】量刑规范化改革对于规范司法裁量权、促进司法正义具有一定积极意义。但是，片面依赖量刑规范化的指引可能导致法官机械适法从而实质损害司法的正义性。在量刑过程中，法官应充分重视民意，使量刑在遵从“合规范性”的同时具备“合理性”。从根本上说，符合民意的量刑结果才是规范量刑的目标。

【关键词】量刑；规范；民意；司法

最高人民法院早在 2004 年就开始将量刑规范化作为司法改革的一项重要内容，在深入推定第三个五年改革纲要的过程中，其中一个突出的阶段性成果便是在先期试点改革的基础上于 2010 年 9 月公布了《人民法院量刑指导意见（试行）》。该文件与同日发布的《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》一道，从 2010 年 10 月 1 日起在全国范围内施行，成为各地司法机关刑事审判工作中指导量刑活动的重要依据。《人民法院量刑指导意见（试行）》实施后几年中，各地法院在审判实践中发现了许多问题，也总结了大量经验。在此基础上，最高人民法院于 2013 年 12 月发布《最高人民法院关于实施量刑规范化工作的通知》，正式向全国各地法院下发《关于常见犯罪的量刑指导意见》，从 2014 年 1 月 1 日起在全国法院正式实施量刑规范化工作。毋庸置疑，量刑规范化的司法改革具有积极意义。但是，对于量刑规范化的改革可能产生的消极影响，亦不容忽视。在促进司法公平正义的道路上，社会各界切不可对某一单项的改革措施抱有过高的期待。量刑公正与否绝非数字化模型可以计算的结果，超出常理、常情的“规范化”裁判必将得不到实质正义，其社会效果将适得其反。

## 一、量刑规范化具有促进司法正义的积极意义

司法的重要理念是恪守正义。对司法正义、司法公正的追求是法治社会永恒的目标。“正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。”[①]然而，司法不公的问题长久以来为我国民众所诟病，其中刑事案件中的量刑不公问题，更是屡屡演变为饱受质疑的社会问题。量刑规范化的意见出台，主要是为了解决量刑实践中存在的“同案不同判”问题。

“同案不同判”，是指相似的案情没有获得相似的判决结果。众所周知，如同自然界上没有两块一模一样的石头，社会上也不可能存在两件一模一样的案件。“同案”只是一种相似的比喻，“同判”也是一种相对公正的比较。然而相似的案情却得出迥然不同的判决，甚至是生死之差，这便对司法公正的形象构成挑战。如有人对我国各地近几年来发生的 20 起受虐杀夫案进行了统计，发现杀夫妇女的定罪结果基本一样（故意杀人罪），但量刑结果却差异巨大：有 4 人被判处 3 年有期徒刑并缓期执行，3 人被判处 10 年以下有期徒刑，9 人被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑，4 人被判处死刑（其中

* 作者简介：万志鹏，男，湖北黄陂人，湘潭大学法学院副教授，研究方向为刑法学。

① [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 3 页。

1人被立即执行)。[①]2006年被媒体热议的上海的王长芸案和包头的刘颍案是其中的典型：同样的受虐杀夫、相同的结果、相似的情节，王长芸被判处有期徒刑 14 年，饱尝漫漫牢狱之苦，而刘颍却仅获判三缓五的处罚而被当庭释放。更为严重的还表现为生死之别：国家药监局原局长郑筱萸受贿649万被北京市一中院判死刑立即执行，而中石化前董事长陈同海受贿达惊人的1.9亿元却被北京市二中院判死缓。众所周知，被判死缓通常意味着不会处死，一生一死可谓天壤之别。虽然陈同海有“悔罪表现”、“积极退赃”之类酌定从宽情节，但郑筱萸以及同样被判死刑立即执行的江西省原副省长胡长清、安徽省原副省长王怀忠、全国人大常委会原副委员长成克杰等高官何尝没有类似表现？况且就受贿的数额而言，这样的结局难言公正。“同案不同判”还可能表现为真正同一的案件，因被上级法院发回重审或者裁定再审后，得出的判决与原判大相径庭。如 2006 年发生的“许霆案”，一审被广州市中院以盗窃罪判处无期徒刑，并处剥夺政治权利终身、没收全部财产。引发社会争议后，终审改判有期徒刑5年，其中的剧变令人深思。同样的事实、同样的理由，量刑变化居然可以如此之大，足以引发舆论哗然。种种现象说明，规范各地、各级法院的量刑工作、缩小不同法院对类似案情的量刑差异确实十分必要。

量刑规范化刑事司法改革至少具有三个方面的积极意义：首先，向社会各界表明了国家高层对规范司法权力、遏制司法腐败的决心。毫无疑问，绝对的权力导致绝对的腐败，权力过大而又得不到有效制约必然滋生腐败。司法裁量权同样如此。由于法定刑量刑幅度的存在，实践中法官拥有广泛的自由裁量权（比如故意杀人这种严重的犯罪其量刑幅度为从三年有期徒刑到死刑），现实案情中犯罪人、被害人及其他利益相关人的社会背景往往十分复杂，办“人情案”、“关系案”、“金钱案”、“政治案”的情况时有发生。规范量刑情节及量刑程序，缩减法官的自由裁量权，对于抵制各种不正常因素的干扰无疑具有正面作用。量刑规范化司法解释的颁布至少表明了最高司法机关高度重视现实中存在的种种司法腐败问题，并希望通过改革予以遏制的态度。其次，为促进司法公正、恢复民众对司法正义的信心提供制度性助益。量刑偏差与量刑不公，虽然被某些学者理解为技术问题与态度问题的差别，但实际上只有一步之遥，二者对受刑者和社会公众而言都会产生实质不平等的感觉。同样问题同样处理，相似问题相似处理，这是对司法正义的最起码要求。培根曾说过：“一次不公正的司法判决比多次不公正的其他举动为祸尤烈，因为这些不公正的举动不过弄脏了水流，而不公正的司法判决则把水源败坏了。”[②]拉德布鲁赫甚至说：“除了正义，法律的理念不可能是其他理念。”[③]而我国近年来发生的许多社会纠纷都难以通过司法途径解决，以致上访、围堵等群体性事件层出不穷，一定程度上反映了人民群众对法律正义缺乏信心。从制度上规范刑事裁量权，至少能减少民众对司法暗箱操作的怀疑，增进民众对公正执法的信心。其三，量刑规范化的实施对司法人员也是一种保护。实际上，法官的自由裁量权在现实中也不是那么“自由”的。现实中，法官办案受各方面因素的制约很多，审而不决、先定后审的现象突出。在刑事案件特别是重大刑事案件上，判决书上的量刑结果并不一定代表承办法官个人的意见。然而，一旦出了问题追究错案，结局又往往是承办法官承担责任。因此，近些年陆续推进的法官员额制、庭审中心制等司法改革，都是围绕着如何保障司法独立、提高司法公正、维护司法公信力而展开。在这个背景下看待量刑规范化的改革，便能发现这一司法改革在约

① 参见王博娟：《受虐杀夫案的刑法思考》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第10卷），北京大学出版社2009年版，第225—226页。

② [英]培根：《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆2008年版，第193页。

③ [德]G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王扑译，法律出版社2005年版，第32页。

束法官自由裁量权的同时实际上也增加了法官抵御不当干涉的力量。

## 二、规范化的量刑改革应警惕消极后果

量刑规范化的改革有利有弊，矫枉过正必将产生负面后果。规范化的量刑指南并不意味着量刑活动就是“数字化”、“算术化”、“模块化”的，量刑过程中的诸多“人”的因素是无法通过“规范性”计算出来的。美国著名法律学家本杰明·卡多佐对司法过程的分析是：逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为标准都是支配具体案件的因素，虽然遵循先例是保证一致的规则，但是，“当一致性变成压迫的一致性时，一致性就不再是好东西了。”[①]何谓“压迫的一致性”？笔者理解，那种为了追求形式上的整齐而“一刀切”的量刑指南以及为了追求“统一”而不顾常理、常情对量刑指南的机械适用都是“压迫的一致性”。值得注意的是，在我国量刑规范化改革兴起之初，学界不乏有人呼吁实行量刑的“精确制导”，以几何学的精确来构建“量刑标尺”，以数学模式来综合计算“刻度”下的刑罚量。[②]实务中，“电脑量刑”、“比率量刑”改革也在我国某些地方的法院试点开展。据报道，山东淄博市淄川区法院从 2003 年起开展依靠电脑软件量刑的改革，2004 年制定了《常用百种罪名量刑规范化实施细则》，将预先编制好的《规范量刑软件管理系统》装入电脑，法官在对案件进行审理后整理出符合《规范量刑软件管理系统》的信息,将其输入电脑，得出量刑结果。[③]江苏姜堰市法院也是较早开展量刑规范化改革的单位之一，其 2003 年出台的《姜堰市人民法院规范量刑指导意见》同样惹来热议，甚至被媒体质疑为“法官成为了会计？”[④]在 2009 年 6 月由南京师范大学与江苏姜堰市法院共同主办的“全国量刑规范化学术研讨会”上，这种做法就成为争议的焦点之一。正如有学者指出，量刑不是一个简单的技巧问题，而是一门对法律价值和社会认知基础上的法理运作艺术。“量刑的数字化和电脑化做法本身是对自然科学方法过度迷信的结果，客观上违背司法裁判的自身规律。”[⑤]还有学者也指出，指导式的量刑指南确实需要，但是法官量刑也需要足够的空间，只要裁量有理有据，在量上出现一些差别是应当鼓励的。[⑥]然而，最高人民法院对量刑规范化改革的任务追求，在某种程度上却是追求“精确制导”而不是鼓励差别。姑且不论这一司法目标能否真正实现，这一司法倾向却为部分法官机械执法、惰性执法找到了理由。法官果真是会计吗？法官果真能够目光往返于事实与量刑指南之间，心中就充满正义吗？在这个方面，美国量刑改革的变迁值得我们吸取教训。

美国自建国以来法官就拥有相当广泛的自由裁量权，其中存在的种种问题也一直备受社会质疑。上世纪 80 年代，美国司法界终于启动量刑改革，国会于 1987 年颁布《联邦量刑指南》以约束法官过于宽泛的量刑裁量权。从 1987 年到 2005 年，美国法官被这套详细而复杂的量刑指南紧紧束缚住，极大压抑了法官的自由裁量权，从而引起了联邦法官及学术界的强烈反弹。持严厉批评态度的人认为，《联邦量刑指南》不仅捆住了法

① [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2000 年版，第 69—70 页。
② 参见赵廷光：《论量刑精确制导》，载《现代法学》2008 年第 4 期。
③ 参见《山东淄博一法院引入“电脑量刑”软件引争议》，青岛新闻网：http://www.qingdaonews.com/content/2006-09/10/content_7608514.htm。访问日期：2006 年 9 月 10 日。
④ 参见《江苏姜堰：用“账本”量刑》，新浪新闻：http://news.sina.com.cn/c/2009-03-03/094817325197.shtml。访问日期：2009 年 3 月 3 日。
⑤ 蔡道通：《“精确制导”，真的可以吗？》，载刘远、汤建国主编：《量刑规范化理论探要》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 91 页。
⑥ 参见夏勇、郭泽强：《改革试点背后的反思——评姜堰市量刑之改革》，载刘远、汤建国主编：《量刑规范化理论探要》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 389 页。

官的手脚，使法官成为寻求量刑精确化的会计，同时也无助于预防和阻止犯罪，从而引发更多社会问题。2005 年 1 月 5 日，美国联邦最高法院在“布克案”中宣布《联邦量刑指南》只具有参考意义而非强制性法律规则。[①]从“强制性”走向“参考性”,过于机械的美国量刑指南终于不再成为“至高无上的上帝”。有学者指出，与美国联邦量刑指南相比,中国式“量刑指南”在立法技术以及科学性上差距甚远，在承载的任务上却远远超过了美国联邦量刑指南。从实际效果来看，中国式“量刑指南”既无法防止司法腐败(特别是量刑腐败)，也无助于提升司法公信力；就规范和约束法官量刑裁量权而言,以“量刑指南”为代表的“规则控制”模式的效果十分有限。[②]

笔者并不完全赞同彻底否中国式量刑规范化的意义，因为《关于常见犯罪的量刑指导意见》颁布至今毕竟时间尚短，还不足以充分评估其社会效果。但笔者认为，上述批判并非毫无道理的。强制性的量刑指导意见必定会产生双重效果：一方面对促进司法公平、减少各方当事人的疑虑产生积极作用；一方面也带给法官前所未有的压力和束缚力，反而可能成为消极适法和机械适法的动因。

## 三、量刑更需要考虑的是“合理性”

“合理性”是一个永远值得讨论的话题，在刑罚裁量活动中同样如此。马克斯·韦伯将合理性（rationality）作为分析社会结构的一个基本范畴。韦伯把合理性的概念区分为形式合理性与实质合理性。他认为形式合理性主要被归结为手段和程序的可计算性，而实质合理性则基本属于目的和后果的价值，二者处于一种永远都无法消解的紧张对立关系之中。对法而言，也存在“法逻辑的抽象的形式主义和通过法来满足实质要求的需要之间无法避免的矛盾”[③]。韦伯所说的形式合理性与实质合理性在司法过程中经常会出现碰撞。曾有这样一个案例：北京西单中友百货商场 2000 年制定了一个规定：凡应聘本商场导购员，须具备“35 岁以下、北京市城镇户口”。一些外地户籍的人员为了满足这个要求，纷纷购买了假身份证蒙混过关。截至 2002 年 10 月，有 24 名外地人员被北京西城区法院以伪造居民身份证罪、伪造国家机关证件罪分别被判处 6—10 个月不等的有期徒刑或拘役。对此，西城法院的法官解释为被告人的行为侵害了国家对居民身份证的管理秩序，具有一定社会危害性，且符合刑法规定的犯罪，应受法律制裁。[④]按照形式理性的说法，西城法院的判决仿佛没有什么问题——按照贝卡里亚的三段论式的逻辑推理：“大前提是一般法律，小前提是行为是否符合法律，结论是自由或者刑罚。”[⑤]但出人意料的是，该判决结果却引起了社会舆论的不满。人们纷纷议论：这些外地打工人员为了获得在京城一个工作的机会，不得已弄个假的“北京市城镇户口”，难道就成立罪犯了？更深层次的问题是，该商城的这个应聘规定本身就带有地域歧视性，剥夺了公民的平等就业权利，而这种歧视的背后是长期存在的城乡户籍二元体制以及北京户口的“高门槛”带来的实质不公平。为了谋得一份来之不易的工作，在通过正常途径无法取得北京城镇户口的情况之下，购买假身份证以应付这种“规定”几乎成为外地打工者惟一的选择。北京西城区法院的判决之所以遭到社会质疑，不外乎过于讲究形式合理而忽

① United States v. Booker, 543 U.S. 220, 245—46 (2005).

② 参见汪怡飞:《中国式“量刑指南”能走多远——以美国联邦量刑指南的命运为参照的分析》,载《政法论坛》2010 年第 6 期。

③ 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆 1997 年版,第 401 页。

④ 参见王阳:《中友百货聘人限制户口年龄 职工为保饭碗无奈铤而走险》,载《京华时报》2002 年 10 月 19 日,第 A03 版。

⑤ [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 12 页。

视实质合理，也可以说只“讲规矩”而“不讲理”。然而，法律不外乎人情。在这种情况下，我们能给这些只想凭自己体力劳动合法挣得一份工钱的打工者贴上“罪犯”的标签吗？退一步说，即使这种行为构成犯罪，法院一定要动用刑罚而不能判处缓刑吗？一般来说，注重形式理性与合乎规范是一致的，但如果只讲规范性，有时候丧失的恐怕的是民心。民心是什么？民心就是代表社会最广大民众所想、所感、所知的常理与常情，是一种反映普通大众而不是某些“精英”的社会取向。正如陈忠林教授所说，“常识、常理、常情”——这是为一个社会的普通民众长期认同的基本经验、基本道理以及普遍遵守的是非标准、行为准则，“常识、常理、常情”应当成为现代法治的灵魂。①

与之不同的另一种观点认为，实质理性主要是立法问题，而司法中应该严守形式理性。“在司法活动中，当实质合理性与形式合理性发生冲突的时候，我认为应当选择形式合理性而放弃实质合理性。唯此，才能坚守法的独立价值，才能通过法律实现社会正义。”②“在司法活动过程中，是否坚守形式理性，是法治与人治的分水岭。”③这种观点虽然并不否认“常识、常理、常情”在刑事司法中的作用，但显然并不认可“三常”是现代法治的基本标准，而是认可司法裁判中形式理性应当优越于实质理性——哪怕实质理性的结局符合“三常”。由此可以延伸的结论是，实质不合理的量刑结果如果符合量刑指南的规则，也必须坚持采纳。笔者难以赞同这种观点。大体而言，在司法裁量中恪守形式理性具备更好的法治形象，这在入罪问题上是可以接受的。但是在出罪和量刑问题上，绝对奉行形式合理性优于实质合理性的理念却有可能造成违背刑法谦抑、公正、人道的价值要求，使刑罚过于扩展而严厉。并且，法治与人治分野的关键在于是否坚持法律至上以及法律是否通过正当的程序制定和适用，而与司法活动是坚持形式理性还是实质理性无关。

笔者认为，量刑活动中更需要考虑的是“合理性”而非“合规范性”，实质上不公平、不合理的判决从根本上不符合法治的目标。法治当然意味着法律至上，但至上的法律本身就应该是良法，这是获得普遍承认的。西方国家有着悠久的形式理性的法律传统，但随着福利法治国家的发展，也出现了形式理性消解的“再实质化”。④我国历史上缺乏法治的传统，现在对于形式理性的强调是在补历史的欠账，但绝不可从一个极端走向另一个极端，否定实质理性在司法活动中的作用。法治的终局目标是形成公平、合理、人人都愿意守法的生活状态和生活方式，如果法院的判决背离这个目标，损害的只能是公民对法治的信仰。仅注意“规范性”而忽视“合理性”，或者以“规范”来压倒“合理”的判决，必将得不到人民群众的真正尊重，从而造成更大的社会问题。近些年来，引发舆论热点的案件屡屡表现为量刑上的“情理”与“法理”之争。在 2007 年发生在广州的许霆案中，一审法院认定许霆“盗窃金融机构、数额特别巨大”，从而判处许霆无期徒刑，剥夺政治权利终身并处没收全部财产。媒体报道后，该判决结果引发社会各界的极大争议：一个没有犯罪前科的农民工青年，因为一念之差无法抵御自动取款机出错后的金钱诱惑，被认定为“盗窃金融机构”而被判处无期徒刑，依据为何呢？⑤十年之后，一则“辱母案”又使山东聊城法院处于民意的风口浪尖：面临母亲受辱的于欢“不能正

① 参见陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007 年第 6 期。
② 陈兴良：《刑事法治的理念建构》，载北京大学法学院编：《刑事法治的理念建构》，法律出版社 2002 年版，第 11 页。
③ 同上，第 8 页。
④ 参见马长山：《国家、市民社会与法治》，商务印书馆 2002 年版，第 273 页。
⑤ 参见《“许霆案”一审判无期的法律依据为何引争议》，搜狐新闻：
http://news.sohu.com/20080331/n256007568.shtml，访问日期：2008 年 3 月 31 日。

确处理冲突”？如此明显的防卫情节被法院漠视，仅以结果严重就判处防卫者无期徒刑，司法裁判者还有没有一点同情心？[①]案件的终审结果众所周知，而且极其相似：罪名不变、刑罚从无期徒刑改为五年有期徒刑。显然，民意在促进司法裁判融入更多的“常理”与“常情”发挥了巨大的作用。

## 四、刑罚裁量中的“合理”民意是客观存在的

民意本是一个政治学上概念。法国启蒙思想家卢梭曾使用过“众意”和“公意”这两个概念，并认为二者之间有很大差别。“公意只着眼于公共的利益，而众意只是个别意志的总和。”[②]现代意义上的“民意”，大约兼具卢梭所说的“众意”和“公意”二重含义。国外有学者将民意定义为“特定范围内的公众对与之相关的特定事项的意见与感受。”[③]我国有学者认为：“民意，又称民心、公意，是社会上大多数成员对与其相关的公共事物或现象所持有的大体相近的意见、情感和行为倾向的总称。”[④]笔者认为，民意无非是一种社会意志，是一定社会主体对一定范围内社会存在的主观反应。关键是，民意究竟是不是一种可以把握的客观存在？如果民意的确存在，是否一定要遵从民意？

民意无疑是客观存在的。民意虽然是一定范围内民众的主观心理感受和意识倾向，但这些主观性的东西一旦通过某种途径表达出来（如言论、出版、集会等），就是一种客观存在。虽然在目前情况下，我国社会表达民意的某些渠道还不是特别通畅，但网络媒介的发达，使民意的表达甚至宣泄越来越容易。而通过向政府、人大、法院等国家机关进行请愿、申诉或者控告仍是许多群众采取的表达个人或者群体性意见的方式。对传媒效应的研究表明，某项事件参与表达意见的民众人数越多、社会各界关注度越高、影响范围越广，官方的重视程度也就越高，事件也就越有可能得到迅速而认真处理。尤其在网络时代，一件普通的刑事案件如果处理不当很容易成为舆论旋涡中的公共事件。当然，民意之存在，并不意味着民意一定就是合理的，更不意味着司法应该被民意绑架。究其根本，还在于如何从各种纷繁复杂的意见中辨析出“合理的”“民意”。在此仅对刑事案件中作为量刑依据的民意及其合理性展开讨论。

刑事案件中作为影响裁判活动的民意，某些学者将其分为“民情”与“民愤”两个下位概念：前者是指社会公众对某一事项表达出的支持、理解、同情和内心倾向；而后者则正好相反，是公众对某一事项表达出的反对、憎恨、愤怒的内心倾向。[⑤]对于民意能够作为量刑情节，刑法学界过去长期讨论的是民愤问题，在这一问题上有两种直接对立的观点。一种意见认为，量刑时考虑符合刑罚的目的，民愤较大可以作为酌定从重处罚情节。[⑥]但也有学者认为，民愤大小难以衡量，且民愤容易受到误导，情绪化分量过重，容易导致量刑中的不平等。因此，民愤不宜作为量刑依据。[⑦]张明楷教授甚至夸张地认为：“将民愤作为量刑情节，必然导致量刑不公正。”[⑧]笔者并不否认民愤具有情绪

---

① 参见《“辱母杀人案”一审判决究竟杀死了什么？》，凤凰资讯：http://news.ifeng.com/a/20170326/50838961_0.shtml，访问日期：2017 年 3 月 26 日。

② [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 35 页。

③ Arthur Kornhauser. *Public Opinion and Social Class*, the American Journal of Sociology, Vol. 55, No. 4.(1950).

④ 喻国明：《解构民意：一个舆论学者的实证研究》，华夏出版社 2001 年版，第 9 页。

⑤ 参见周振杰：《刑事法治视野中的民意分析》，知识产权出版社 2008 年版，第 19 页。

⑥ 参见陈兴良：《刑法适用总论》（下卷），法律出版社 1999 年版，第 334 页以下。

⑦ 参见马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 365—367 页；赖早兴：《刑法平等论》，法律出版社 2006 年版，第 226—229 页。

⑧ 张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社 2015 年版，第 302 页。

性、波动性等不稳定特征，也不否认法国社会心理学家勒庞所说的群体心理具有冲动、易变、急躁等特征。但由此就否认民愤进而否认民意在司法活动中的正面意义是欠妥当的。民愤之所以形成而且具有强烈的感染性、传播性，归根到底是刑事案件中犯罪人的主观恶性和造成的客观危害性所决定的。上世纪 50 年代的刘青山、张子善案，二人在短短一年多时间里迅速腐化，贪污公款上亿元（旧币），过着极为奢侈的生活，在新中国成立之初百废待兴而又正在进行“三反”运动的局面下造成了极为恶劣的影响，确实“不杀不足以平民愤”。云南马加爵杀人案、陕西药家鑫杀人案以及河北靳如超爆炸案等恶性犯罪所激起的巨大民愤，恐怕是任何法院在量刑时都无法忽视的因素。2006 年 5 月，湖南邵阳市城步县一名 5 岁幼女惨遭一名男子强暴，犯罪人杨远征强暴幼女后竟然丧心病狂地将该幼女塞入编织袋中活活踩死。出人意料的是，邵阳市中院一方面宣布杨远征犯故意杀人罪，一方面以其认罪服法为由免除其死刑而判无期徒刑。判决一经公布，立刻在当地引起公愤。被害人的爷爷——城步县二中的退休教师邹春宝老泪纵横地说：“就这么一句简单的‘凶手能认罪服法’，就可免除死刑？杨远征残杀幼女，毁尸灭迹，手段残忍，并且既不是精神病人又不是投案自首者，在法院判决之前杨远征都没有立功的表现，何来可酌情从轻处理？”城步二中的上百名教师获悉判决结果后同样义愤填膺，联名上书请愿，附近得知消息的群众也纷纷赶来按手印，要求严惩凶杀。[①]这充分说明，民意不是矫情的，而是真情实感的流露。当然，民众的愤怒一旦被误导，其产生负面后果同样显而易见，甚至被某些法律专家称为“媒体杀人”。2005 年湖北佘林祥案所暴露出来的所谓“民愤”导致冤案的问题就值得深思。笔者认为，该案件中的“民愤”的形成，与民众对信息获取的不完整有紧密关系，同时也与表达“民愤”的主体范围有关。从一定意义上说，这种“民愤”算不上真正的民愤。

作为量刑依据的另一种民意——“民情”，则相对关注较少。但在许多案例中，我们都可以看到这种怜悯性的民意对案件裁量所起的影响。最典型的莫过于 2007 年的许霆案。当广州市中院一审判处许霆无期徒刑被媒体报道后，立即引起轩然大波。社会各界普遍认为量刑过重。据网易的网络调查，参加投票的近 15 万名网友中，超过 90%的人认为许霆不该获如此重的刑罚，甚至有网上调查称 97%的人在这种情况下会取款。[②]在强大的舆论压力下，该案二审将刑罚降至 5 年有期徒刑，这不能说不是民情的巨大作用。我国各地多次发生的“大义灭亲”、“替民除害”案件，几乎都出现了当地群众联名向法院请愿、要求从轻发落的情况，事实上也多被法院所接受，所量刑的结局一般都能获得较好的社会效果。

那么，如何认定可作为量刑依据的合理的民意？笔者认为，作为可裁量依据的合理民意应当满足三个要件：其一，从内容上看，这种“民意”的诉求结局是不应当超出法律容许的范围的。无论是“民愤”还是“民情”，所表达的意愿都不能超出法律的规定，否则就会从“有理”转化为“无理”。部分网民针对造成极大公愤的犯罪人发出的“千刀万剐”、“碎尸万段”等言论，绝不能成为参考依据。其二，从主体上看，这种“民意”不应当是被害人或者加害人及其亲属、好友单方面发出的，而应当以与案件无关的第三人——即普通民众对案件的通常看法为主。涉案的被害方或者犯罪方都与案件处理结果有密切关系，他们出于复仇或者自我保护的心理在情绪往往容易失控，而意识表达也充满更多的非理性。相对而言，与案件无涉的普通民众则更能站在中立的立场表达自己的

① 参见何雪峰：《男子强奸五岁幼女后将其踩死，被免死刑引公愤》，载《新安晚报》2007 年 2 月 12 日，第 A02 版。
② 参见《“许霆案”网上调查显示 97%的人会选择取款》，网易新闻：
http://news.163.com/08/0304/10/466DKOBQ000120GU.html。访问日期：2008 年 3 月 4 日。

观点，这部分民意才是法院特别值得重视的。其三，从形成过程上看，这种“民意”应当是在基本案情乃至必要的细节的真实情况为民众所知晓的前提下所形成的。从杜培武案、佘林祥案等典型冤案中反映出的教训是，当真实的案情还没有完全弄清楚就形成的“民意”，对司法机关的不当裁判只会起到推波助澜的作用。错的不是“民意”，而是司法机关对民意判断的失误。

## 结语：符合民意的判决才是人民司法的最终标准

“天大地大，民意最大。”[①]无论是封建统治者所理解的“水则载舟，水则覆舟”，还是民主国家所奉行的人民主权思想，都无可避免地将遵从民意作为政治生活和社会治理的核心原则。司法活动概莫如此。在司法裁量中贯彻民意与坚守罪刑法定、坚持法治国的理念毫不冲突，相反，遵从民意的司法判决能够最大程度上树立司法公正的形象，加强民众对法治的认同。当前的量刑规范化改革进行得如火如荼，但每每在“依法”量刑后遇到民意的天花板而强烈反弹，最终形成情、理、法的碰撞。究其原因，是部分法官在量刑中过于依赖“精确制导”的指引，而忽视了常理与常情的运用。从根本上说，符合民意的量刑结果才是民主法治时代判断法官是否公正量刑的基本标准。量刑需要规范，但更需要倾听民意。

① 俞可平：《敬畏民意：中国的民主治理与政治改革》，中央编译出版社 2012 年版，第 3 页。

# 刑法方法论专题（刑法总论）

# 不纯正不作为犯的中国命运：从快播案说起

高艳东[①]

【内容摘要】快播案的背后，是学理上不限制不纯正不作为犯的边界，导致司法实践中滥用不纯正不作为犯、脱离实行行为而只根据法益保护需要定罪。中国的立法模式不同于德日，总则没有设立原则处罚不作为的拟制规定、重罪法条是以行为危险为核心，因而，以法益保护为由在中国处罚不纯正不作为犯，违反罪刑法定原则。考虑到中国文化给定了一些重罪的作为形象，立法者也预设了重罪的作为性质，应当否认重罪存在不纯正不作为犯，把一些需要处罚的不纯正不作为犯解释为作为犯和过失犯。

【关键词】法益保护；行为危险；以刑制罪；拟制规定；传播淫秽物品牟利罪

## 一、引言：不纯正不作为犯有无边界？

### （一）错误逻辑：不履行管理义务=积极传播

2016 年 9 月 13 日，海淀区人民法院一审，认定快播公司及公司 CEO 王欣等四人构成“传播淫秽物品牟利罪”，对该公司处 1000 万罚金，对王欣判处 3 年 6 个月有期徒刑。2016 年 12 月 16 日，北京市第一中级人民法院二审裁定，驳回上诉，维持原判。法官认定王欣等构成“传播淫秽物品牟利罪”的主要理由：一是“快播公司负有网络视频信息服务提供者应当承担的网络安全管理义务”；二是“快播公司具备承担网络安全管理义务的现实可能但拒不履行网络安全管理义务。”

判决书充分论证了王欣没有充分履行管理义务，如果据此认定构成不作为犯罪——“拒不履行信息网络安全管理义务罪”（最高 3 年），理由充足；不过，该罪是 2015 年才确立的罪名，法不溯及既往，不能适用此罪。但是，判决书把拒不履行管理义务等于传播淫秽物品牟利罪（最高无期），把“传播淫秽物品牟利罪”作为了不纯正不作为犯，将王欣拒不履行管理义务的不作为，评价为传统的作为犯。这一论证思路，存在法理障碍。

判决书的论述逻辑，会引发系列困境：上至领导干部，中至企业经理，下至平民百姓，只要被认为违反了某种管理义务，司法机关就可以绕开玩忽职守罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、拒绝提供恐怖主义犯罪证据罪等法定义务犯、不作为犯（轻罪），而直接适用故意杀人罪、传播淫秽物品牟利罪、组织、领导、参加恐怖组织罪等重罪。简单地说，不杀人的也可能被定为故意杀人罪，不制毒的也可能被定为制造毒品罪。以法益保护为由，绕开实行行为的钳制，突破“义务犯需法律明文规定”的底线，任由不纯正不作为犯野蛮生长，将出现刑罚权滥用、罪刑法定原则瓦解等危险。

### （二）通说立场：不纯正不作为犯的范围无边界

判决书的立场，也反映了目前刑法学界对不纯正不作为犯的共同态度：只要可以由作为构成的犯罪，原则上就可以由不作为构成。

① 高艳东，浙江大学光华法学院副教授。本文系司法部课题“量刑对定罪的反作用力研究（13SFB2019）”和“中央高校基本科研业务费专项资金资助”项目的阶段性成果。

如陈兴良教授就认为：“不作为的传播淫秽物品牟利罪的行为特点是网络信息提供者明知存在他人上传的淫秽信息，应当履行安全管理义务并且能够履行而拒不履行，因而构成传播淫秽物品牟利罪。”[①]张明楷教授也认为：“一审判决还从快播公司负有网络视频信息服务提供者应当承担的网络安全管理义务，并且具备管理的可能性但没有履行网络安全管理义务的角度，论证了快播公司构成传播淫秽物品牟利罪。据此，快播公司同时存在作为与不作为。”[②]陈、张两位老师均认可两点：一是“传播淫秽物品牟利罪”属于不纯正不作为犯，可以由不作为构成；二是拒不履行管理义务，等于传播淫秽物品。

快播案是司法实践中不纯正不作为犯泛滥的一个缩影。虽然目前学界也在争论“丈夫见妻子自杀不救”是构成遗弃罪还是不作为故意杀人罪，但是，对不作为可以构成故意杀人罪、强奸罪等，并无争议；推演下去，小偷被追跳河失主不救、肇事者将流血者扔在急救大厅后逃跑而医生不救，失主、医生都可能构成不作为故意杀人罪。把一些轻罪理解为不纯正不作为犯，问题尚不严重，但认为不作为可以构成故意杀人罪、传播淫秽物品牟利罪等重罪，会出现重罪适用范围过宽、违反中国立法模式、重回以社会危害性定罪等问题。

## 二、在行为可罚性上，不作为≠作为

### （一）在可罚性上，进攻和不防守有本质区别

作为相当于进攻，不作为相当于不防守。进攻有天然的恶害性，而不防守的道德恶性小的多；作为是一种罪恶，不作为只是一种过错。虽然在道德上，“恶人得胜的唯一条件就是好人袖手旁观”，[③]在场的不作为也要承担道德责任。但是，“恶人”的作为与“好人”的不作为，有本质区别，“人们通常认为，不作为的谴责性比作为更低，对于杀手（Killer）和不救命者（non-saver），人们会有不同反应。”[④]在重罪中，把不作为等于作为，就是把不防守等于了进攻，是把软弱的保护者，等同于凶恶的侵略者，在逻辑上是混淆是非。9.18 事变中，蒋介石的不抵抗，和日本人的侵略，是本质不同的概念。

德日刑法用等值性来弥补作为与不作为之间的鸿沟。据此，在“深圳联防队员强奸妻子而丈夫不报警一案”中，强奸犯的暴力和丈夫的软弱，都将等值为强奸行为；但是，把“不负责的男人”等于“变态的男人”，违背常理。如果认为不作为与作为具有等值性，那么，东京审判上，日本军事将领和国民党将领，都应该站在审判席上。显然，南京大屠杀中的残酷结果，在法律上，只能归罪于日本人的进攻，而不能归罪于国民党的不防御。

### （二）重刑条款应当只用于打击暴力

把作为和不作为等值，是因为两者对法益都有损害。然而，站在人类学的角度，作为与不作为的社会意义完全不同。攻击性的作为，足以让社会毁灭；不作为，只是让社会少了温情。

首先，刑法的核心是控制暴力，尤其重刑条款，应当只用于消除暴力。刑法打击作为，是消除人类的暴力倾向——对社会存在最致命的危险。人类的基因中存在着暴力、

---

① 陈兴良：“在技术与法律之间——评快播案一审判决”，载《人民法院报》2016 年 9 月 14 日，第 3 版。

② 张明楷：“快播案定罪量刑的简要分析”，载《人民法院报》2016 年 9 月 14 日，第 3 版。

③ （美）斯坦利·米尔格拉姆：《对权威的服从－－一次逼近人性真相的心理学实验》，赵萍萍、王利群译，新华出版社 2013 年版，页 139。

④ Andrew Ashworth, *Positive Obligation in Criminal Law*, Hart Publishing, 2015, p. 31.

攻击的本能，珍妮·古道尔（Jane Lawick-Goodall）曾经观察自由生活的黑猩猩，发现“他们彼此挑唆，情绪激昂，遂形成集体侵犯性，进而一致攻击一个相邻黑猩猩部落，很快就杀死了所有敌方部族成员。”[①]这种场景在人类社会频频发生，让社会毁灭的，是人类原始暴力基因的爆发。用刑法控制攻击、暴力，是人类组合成社会的首要条件，“控制攻击行为是试图生活在6/10平方英里土地上的任何250人的群体所面对的中心问题。”[②]社会存在的基本前提是禁绝砍、杀、盗行为，在禁止类似进攻性行为之后，社会才能进一步要求友爱、帮助的义务。

其次，作为义务只是社会分工精细化后的阶段性要求。“在一个部落中，如果有人担任武士，有人照顾孩子，有人捕猎，他就会比缺乏劳动分工的部落占据更大的优势。环顾人类构建的文明，我们就会意识到，只有进行方向明确的协调行动，才会建成金字塔，形成古希腊社会，推动人类为生存进行抗争，从一个渺小的生物体进化成这个星球的技术主宰。”[③]但是，这种社会分工的要求，在不同阶段、不同群体，分工内容完全不同。这导致作为义务不是内容固定、标准延续的行为禁忌。从长远看，在人类已经主宰自然后，一个强调互相帮助、团结友爱、依赖他人的社会，未必是一个高效率的社会。至少，强调个人主义、风险自负的社会，很可能会加速个人发展、推动技术进步、促进制度完善。

最后，作为与不作为的刑法地位是不同的。打击作为，是生存必需，制裁不作为，是发展需要，“在刑法领域，曾长期视不作为为‘怪物’。从根本上来说，以自由为中心的近代刑法制度都是为了防止人们实施某种行为而建立起来的，传统刑法以维护现有法律制度为主要目的，而只有积极的作为才可能侵犯他人合法利益。以团结互助为基本原则的现代社会法制国家，要求社会成员间相互协作以实现法律的目的，于是刑法中有关行为人作为义务的规定开始增加，如今已成为整个刑法制度（尤其是特别刑法）中不容忽视的组成部分。”[④]简单讲，刑法可以增设作为义务，但不能提高到与作为同等的程度，即不能对不作为设置重刑。

### （三）不纯正不作为犯的作为义务是抽象观念，不是行为规范

从保护法益的角度，学者把作为犯视为禁止规范，把不作为犯视为命令规范，而不纯正不作为是两者的结合，属于行为规范。如日本学者认为，“（日本刑法）第199条的‘杀人者’这一构成要件的根本在于，必须尊重他人的生命这一行为规范，该规范不仅包括不得杀人这一禁止规范，还可以包括必须救助他人的生命这一命令规范。”[⑤]这是通过把不作为解释为命令规范，再上升到行为规范，从而使不作为具有可罚性。

但是，不纯正不作为犯中的作为义务，既不是命令规范、也不是行为规范，只是裁判规范。

首先，不纯正不作为犯中的义务只是一种抽象观念。纯正不作为犯（如拒绝提供间谍犯罪证据罪）中的义务，有法律规定，标准明确、内容具体，要求国民遵守，属于命令规范、行为规范。但是，多数不纯正不作为犯中的义务，范围模糊、标准随意，国民无所适从，无法成为命令规范、行为规范。对于作为犯，公民可以控制行为，守法自律；

① （奥）康拉德·洛伦茨：《人性的退化》，寇瑛译，中信出版社2013年版，页141。
② （美）M.E.斯皮罗：《文化与人性》，徐俊等译，社会科学文献出版社1999年版，页11。
③ （美）斯坦利·米尔格拉姆：《对权威的服从——一次逼近人性真相的心理学实验》，赵萍萍、王利群译，新华出版社2013年版，页139。
④ （意）杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，页113－114。
⑤ （日）西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，页87。

嫌犯可以证明缺席现场，自证清白。然而，对于不纯正不作为犯，被告人要赢得诉讼，必须变成哲学家，熟谙自然正义、社会公德，和法学家辩论。对于不作为杀人、强奸，何种情况、何种主体具有何种义务，法律没有规定，都是事后判断，连法学家都众说纷纭，何况普通公众？

就杀人罪抽象出来的规范而言，“不得无故杀人”是有具体内容、标准明确的行为规范；而“救助他人的生命”只是一种柔性要求，缺乏行为规范所要求的具体内容，显然我们不需要见人就救，这只是一种抽象观念。

其次，不作为中的义务具有强烈的可变性，并非所有社会的行为规范。在现代资源充足的社会，救助婴儿被视为行为规范，然而，在资源贫乏的年代，抛弃婴儿也是社会要求。据人类学家考察，“大多数原始民族允许将婴儿杀掉。为了限制人口，似乎每个理由作为有效的生存方式都是合理的。……杀婴在游牧部落最为流行，因为养育孩子是长途跋涉中的一个大问题。”[①]在这样的生存条件下，“杀婴不被当作是残忍和自责的行为。”[②]同样，抚养老人是现代义务要求，而在其他社会，遗弃老人才是义务要求，“爱斯基摩人的儿子在他们的父母亲老迈到毫无用处和帮助价值时，必须将他们杀掉；否则将被认为是没有孝心。”[③]简单讲，处罚作为犯罪，是人与动物的区别；处罚不作为，是人类走向更高文明的要求。

最后，不纯正不作为犯的作为义务，缺乏人人遵守的行为规范色彩。刑法中的行为规范，带有行为禁忌的色彩，是刚性要求，任何人均需要遵守，无需考虑主体因素，这也是构成要件符合性、违法性、有责性三阶层确立顺序的基础。只要有杀人事实，就具备构成要件符合性；而不作为必须先考虑主体因素（义务），单纯不救助，得不出任何刑法结论。“不得无故杀人”是人类生活形成的行为禁忌，也是人人要遵守的行为规范，对所有人都适用，即便儿童、精神病者也要遵守这一行为规范（不理解也要服从）。当然，在儿童、精神病人违反“不得无故杀人”的行为规范后，无需承担刑事责任。

而“救助他人的生命”就缺乏人人遵守的行为规范色彩：一是只有特定主体才负有救助义务；二是儿童、精神病人无需遵守这一命令规范；三是义务人也可以主动不遵守，如通过辞职、回避、委托等方式，避免自己的救助义务。正是因为两者的本质差别，拉德布鲁赫很早就指出，实施和不作为完全“不想位于一个共同的上位概念之下”，而是相互处在一种“肯定和否定，甲与非甲”的状态中。[④]

总之，由于缺乏行为规范的性质，不纯正不作为犯是自由世界的幽灵，可以轻易跳出刑罚权的藩篱，以莫须有的义务，侵入其他罪名无力到达的角落。在刑法肥大的现代社会，把不作为等同于作为，会进一步冲淡刑法的禁忌效果，出现人人有罪、民不畏罪的逻辑，最终形成罪犯无畏、犯罪无谓的困局。因而，我坚决抵制立法上增设纯正不作为犯、司法中滥用不纯正不作为犯，如果无法避免不作为犯的处罚需要，应当推动将不作为犯单独立法——《义务违反制裁法》。

① （美）维尔·杜伦：《东方的文明》（上册），李一平等译，青海人民出版社，1998 年版，页 59。
② （美）维尔·杜伦：《东方的文明》（上册），李一平等译，青海人民出版社，1998 年版，页 60。
③ （美）维尔·杜伦：《东方的文明》（上册），李一平等译，青海人民出版社，1998 年版，页 63。
④ （德）克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，页 150。

## 三、集体主义 vs 个人主义：不纯正不作为犯的法理

### （一）处罚不纯正不作为犯是集体主义法律观

1.不纯正不作为犯背后的社会需要、集体意识

成立不纯正不作为犯的核心是义务，无论是紧密共同体、支配行为还是保证人地位等根据，都缺乏客观标准，实质是脱离刑法寻找处罚根据。他们背后的动因，就是“社会需要、集体意识”，这种需罚性的动力有二：

一是根据国民情感、社会需要处罚。如德国学者认为，“从刑法的保护任务中推导避免结果发生的法义务。所以，根据不作为行为人的社会义务范围、根据健康的公民的感觉、社会共同体内在秩序的需要来决定之。”[①]“公民的感觉”等这些模糊、抽象的处罚动因，是源于强调统一意识、加强社会团结、要求个人服从社会需要的集体主义。这种根据集体意识处罚个人的做法，在集体主义盛行的时候曾经推翻了罪法定刑原则，如德国于 1935 年 6 月 28 日在刑法中规定：“任何人，如其行为依法律应处罚者，或依刑事法律的基本原则和国民的健全的国民情感具可罚性者，应判处刑罚。”根据集体意识处罚的结果，就是不需要罪刑法定原则。

二是根据法律精神、正义要求处罚。如日本大审法院在判例中指出：物体的占有者或者所有者由于应该归于自己的故意行为的原因致其物件起火，在因此而有对公共发生危险之虞时，尽管能够防止，却故意放任不管，实际上是无视公共秩序，明显地抵触了以维持秩序为任务的法律精神，在这种场合，灭火以防止发生公共危险，属于这些人法律上的义务。[②]同样，根据法律精神处罚不纯正不作为犯，也是把社会需要置于罪刑法定原则之上。

把国民感觉、法律精神作为处罚动因，和社会危害性理论一样，都是用社会需要、集体意识抹杀罪刑法定原则，容易走向法官擅断。在作为犯领域，刑法的任务，是防火防盗；在不作为犯领域，刑法的任务，是防德日，防止实质义务论背后认为社会高于个人的集体主义刑法观。放火防盗防德日，任重而道远。

2.集体主义强调不纯正不作为犯的可罚性

首先，作为义务，是强化个人服从社会和集体的最好途径。宗教社会为了强化教徒的团结一致，强调个人对神的义务，例如，在中世纪的教会法时代，托马斯·阿奎那，就认为不作为犯可罚性的原因在于不作为存在精神上的反抗这一意志要素。[③]而在集体主义刑法观里，这种宗教义务以各种名义转化为刑法中的不纯正不作为犯，“在德国法西斯时代，认为违法性是指违反社会伦理规范，或者违反国家社会伦理义务的观点具有很大影响，为此，‘紧密的社会共同体’这一概念成为作为义务的理论基础。”[④]集体主义刑法观，是不纯正不作为犯的春药。

其次，集体主义刑法观普遍强调不作为犯的可罚性。不作为犯的核心是遵守义务，这正是集体主义的基础，“只要感知到命令来自合法权威，很多人就会‘遵命而为’，无论命令内容如何，也不受道德的约束。”[⑤]不难发现，不纯正不作为犯的很多理论都来源

---

① （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，页 722。
② （日）大塚仁：《刑法概说》（总论），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，页 139。
③ （日）日高义博：《不作为犯的理论》，王树平译，中国人民公安大学出版社 1992 年版，页 11。
④ （日）西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，页 90。
⑤ （美）斯坦利·米尔格拉姆：《对权威的服从－－一次逼近人性真相的心理学实验》，赵萍萍、王利群译，新华出版社 2013 年版，页 213。

于德、意、日。这三个国家刑法典，都在总则中原则肯定不作为的可罚性。同样，1922年《苏俄刑法典》第 6 条规定："威胁苏维埃制度的基础及工农政权向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都认为是犯罪。"此外，新加坡刑法典第 225C 条规定："任何人实施新加坡生效法律规定禁止实施的行为，或对新加坡生效法律规定实施的行为不作为，若法律对此种作为或不作为未规定特定处罚的，则应判处 200 新元以下的罚金。"总体而言，强调公共利益和集体主义的国家，刑法均强调不作为的可罚性。

### （二）英、美、法等国限制不纯正不作为犯

英美国家，处罚不作为犯只是作为例外，"英美国家没有不真正不作为犯这一概念，认为不作为犯与作为犯是一样的，只是以法的作为义务来限制不作为犯的成立。"[①]英美国家历来限制国家权力侵犯个人自由，防止以无限义务控制个人，因而，强调社会需要团结互助的不纯正不作为犯，在英美刑法中没有生长空间。

首先，美国刑法，历来对积极暴力行为严刑峻法，对不作为则网开一面。美国刑法不像德日刑法那样原则肯定不作为犯的可罚性，相反，是限制不作为犯的处罚，《模范刑法典》第 2.01 条（3）规定："除存在下列情形外，不作为不构成犯罪的责任根据：（a）规定该罪的法律特别规定不作为足以构成犯罪；或者（b）法律对于该未被履行的行为施加了作为义务。"处罚不作为，只是例外且有更多限制。即使处罚，也很轻微，例如，在 Territory v.Manton 一案中，丈夫在冬天的夜晚，将醉酒的妻子留在雪地里而造成妻子死亡，丈夫只构成最高刑期 5 年的过失杀人（manslaughter）。[②]类似案件，在大陆法系则属于不作为故意杀人罪。

此外，对"见危不救"等纯粹不作为犯，美国多数州持消极态度。"无视邻居，虽然在道德上似乎应受谴责，但这是每一个美国人的权利。在美国，长期形成的先例将美国人从帮助他人的义务中解脱出来。"[③]救助是美好道德，但如果以犯罪化强制人们履行义务，本身就是对个人的犯罪；如果可以通过刑法让人做好事，以后也可以通过刑法令人做坏事。一个强化义务规范的刑法，可以通向伊甸园，也可以通向刑法帝国主义。

比较一下美、德对在场不作为帮助犯的区别，明显可以看出两国刑罚触角的不同长度。在德国，犯罪时在场可能构成不作为的心理帮助犯，"在其伙伴实施恐吓未遂时，如果其律师只是默不作声地呆在其伙伴的旁边，可构成积极的作为或者不作为的心理帮助。"[④]而在美国，单纯在场不构成帮助犯，"长久以来，在犯罪进行时，单纯的在场不构成犯罪，我们法律的基础是'不得做某事'，我们很少要求他人积极做某事。"在内华达州的一个案件中，A 和 B 在赌场里和一个小女孩玩捉迷藏，当小女孩跑进女厕所时，A 先进去了，B 也随后进去了；B 进去后看到 A 在性侵小女孩，B 离开后没有告诉任何人，但 B 不构成任何犯罪。[⑤]

其次，英国对于不作为犯的处罚，也大大低于德日的程度。在英国，"大部分以不作为方式实施的杀人案件，都定了过失杀人罪。"[⑥]比较一下德、英两国对警察见危不救的定性，可以看出两国在不纯正不作为犯上的巨大差别。英国刑法理论认为，"警察没

① （日）日高义博：《不作为犯的理论》，王树平译，中国人民公安大学出版社 1992 年版，页 8。
② Cynthia Lee, Angela P. Harris, *Criminal Law: Cases and Materials (*3rd. ed.), West Academic Publishing, 2014, p. 169.
③ Cynthia Lee, Angela P. Harris, *Criminal Law: Cases and Materials (*3rd. ed.), West Academic Publishing, 2014, p. 177.
④ （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，页 723。
⑤ Cynthia Lee, Angela P. Harris, *Criminal Law: Cases and Materials (*3rd. ed.), West Academic Publishing, 2014, p. 177.
⑥ （英）史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，页 56。

有正当理由或可宽恕时，不履行其责任，致使一个公民被踢死，没有维护好社会秩序，被认为构成普通法上的轻罪。”[①]处罚很轻。相反，德国刑法理论认为，“得到即将发生重大犯罪信息的主管警官，在紧急情况下即使付出生命也必须阻止犯罪行为；否则，他将被作为该犯罪行为的帮助犯受到处罚。”[②]这样，警察见危不救，就构成故意杀人罪等重罪。要警察冒生命危险履职，与天皇要求神风特攻队进行自杀性攻击一样，背后都是集体高于一切的观念。

最后，法国刑法历来对不作为犯持警惕态度。法国学者认为，“‘能而不予阻止者，有罪’这是法国法学家罗瓦塞尔的一句名言，但这句名言远未普遍得到遵守。由于在旧《刑法典》中没有规定，所以法院判了拒绝将‘放弃不为’视为‘作为’，并且拒绝承认单纯的不作为可以构成‘实行的犯罪行为’。”[③]直到今天，法国刑法仍然否认不纯正不作为犯的可罚性，即使处罚，也只按照过失犯处罚。

## 四、法益保护 vs 行为危险:中国重罪的蓝本是作为

### （一）不纯正不作为犯的法益保护是社会危害性的翻版

刑法的本质，是法益保护，还是行为禁止？站在不同立场，不纯正不作为犯的可罚性不同。如果认为刑法的本质是法益保护，不作为与作为造成的法益损害完全相同，两者等值，不纯正不作为犯有可罚性。如果认为刑法的核心是行为危险性，那么，不作为缺乏暴力性、攻击性，无法与作为等值，不纯正不作为犯没有存在的余地。

1.法益侵害等值=社会危害性相当

主张处罚不真正不作为犯的学者，都在偷换概念，把行为危险性偷换为法益损害性。

首先，在方法上，大陆法系学者想从行为危险性等值的角度，论证不真正不作为犯的可罚性（当然无法成功）。如大塚仁教授指出：“应当相对于杀人行为的不作为，必须具有与绞杀、刺杀被害人同样的犯罪性。即，与作为一样，不作为也需要包含着能够实现犯罪的现实危险性。”[④]大谷实教授也认为：“只有和作为犯的实行行为能够同等看待程度的侵害法益的不行为，才能视为实行行为。”[⑤]从实行行为的危险性角度来考察不作为的可罚性，完全正确。如果比较“见妻落水不救”与“绞杀、刺杀”的行为危险性，只能认为，两者无法等值，“见妻落水不救”不是不作为杀人罪。

其次，在其他犯罪中，学者们普遍注意到了以行为危险性、而不是法益侵害性，来判断犯罪。如在讨论以危险方法危害公共安全罪时，学者们非常注意某些行为的危险性是否与爆炸、放火相当，“对那些与放火、爆炸等危险方法不相当的行为，即使危害公共安全，也不宜认定为本罪”[⑥]在司法实践中，如盗窃窨井盖、将高楼走廊的落地玻璃偷走致使孩子摔死等，在法益损害上与放火、投毒没有区别，但行为危险性太小，因而学者均否认成立以危险方法危害公共安全罪。换言之，某些作为的危险性都难以成立犯罪，何况不作为？如果没有直接危险的不作为可以构成放火罪，那么，任何作为都可以构成以危险方法危害公共安全罪。

最后，在不作为犯的评价结论上，大陆法系学者都背离了自己的立场（因为从行为

① （英）史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，页 54。
② （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，页 728。
③ （法）卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，页 217。
④ （日）大塚仁：《刑法概说》（总论），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，页 141。
⑤ （日）大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，页 131。
⑥ 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，页 610。

危险性无法论证等值性），以法益侵害的相同性来论证不作为的可罚性。如西田典之教授认为，“刑法出于何种观点引入了这种不作为犯理论呢？这无疑是出于保护法益的要求。”[①]这种法益保护思想，就是社会危害性理论的翻版，我国通说认为：“实践中往往有人认为，凡不作为犯罪都比作为犯罪危害性小。这种看法不够妥当。例如，在颠覆列车案件中，采用不扳道岔的不作为方式与采用破坏铁轨、路基的作为方法相比，二者的危害程度就没有什么差别。”[②]无论法益保护，还是社会危害性，都是从危害后果等值的角度论证不作为的可罚性，而忽视了刑法的核心是行为危险性。

2．危险的不纯正不作为犯：无行为亦可罚

对法官而言，判断行为性质困难，寻找义务根据容易。对公民而言，我可以控制我的行为，但我无法控制我的义务。一旦定罪以法益侵害、社会危害性为标准，就脱离了实行行为的限制，即便在因果关系上设定其他限制条件，刑罚大棒也会变得无拘无束，基本可以做到“指哪打哪”。

如通说认为：庭院内闯入危重病人，房东有救助义务；乘客被同乘强奸，出租车司机有救助义务；在卖淫女床上发生心肌梗塞，卖淫女有救助义务；妻子自杀时，丈夫有救助义务；登山者对同伴的危险，有救助义务；演出场所管理者对他人的淫秽表演，有制止义务；合同无效，但保姆不喂养放在自家的婴儿，成立不作为的杀人罪。[③]

中国学者往往按照德日理论来判断作为义务，这会出现严重问题。因为德国有见危不救罪，且刑罚很低，只“处 1 年以下自由刑或罚金”。换言之，像冷漠的哥见到强奸不救、房东不救擅入庭院者等案件，在德国即便肯定了救助义务，也可能根据具体情况认定为“见危不救罪”等微罪。而中国没有见危不救罪，一旦肯定不纯正不作为犯，在危险紧迫且义务人有间接故意时，上述案件的义务人都将被认定为故意杀人罪、强奸罪或组织淫秽表演罪等；一旦认定冷漠的哥有救助义务，就要成立强奸罪，这明显和司机的行为危险性、人身危险性不符合。

我只能感叹：刑法真坏，做人真累。

如果上述逻辑成立的话，以下结论同样成立：小偷入屋准备盗窃但摔伤，屋主任其流血而死，成立不作为故意杀人罪；一对大学生情侣酒后要求搭乘老师的汽车回宿舍，路上男孩强奸了女孩，老师也构成强奸罪；如家酒店知道天天有人送小卡片卖淫，睁一只眼闭一只眼，店主也是组织卖淫罪；两男相约到卖淫女家嫖娼，因为谁先上的问题发生打斗，均倒地流血不止，卖淫女逃走，也成立故意杀人罪。

不纯正不作为犯的最大危险，是扯着法益保护的大旗，绕开实行行为、以社会危害性定罪，跟着感觉走，脚步越来越大越来越随意，完全脱离了“无行为无责任”的刑法公理。

3.刑法本质是禁止危险的行为、而不是法益保护

刑法的本质特征不是保护法益，而是惩罚、禁止以某些特定方式侵害法益的行为。“刑法规范的制裁对象，并不是所有侵害刑法保护法益的行为，而只是以某些推定方式侵犯该法益的行为。”[④]广州许霆等案件争议巨大，不是法益损害的争论，而是“恶意取款是否是盗窃行为”的行为判断困惑。

在不作为犯问题上，学者都忘记了刑法的补充性、不完整性、片段性，“刑法并非

① （日）西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，页 87。
② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社和高等教育出版社 2000 年版，页 75。
③ 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，页 610。
④ （意）杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，页 4。

是将所有侵害重要法益的行为都作为刑罚处罚的对象。”[①]任何法律都保护法益，在保护法益的数量和效果上，侵权法、行政法发挥着更大作用。从法益侵害性的角度看，侵权中的损害财物 10 万元，比盗窃 1000 元，对法益的侵害更严重。同样，过失犯可能比故意犯对法益的侵害更严重，“一个根本不遵守基本交通规则的司机可以说是一枚‘浮动的水雷’”，过失犯可能会比故意犯罪得到更为否定的评价。[②]但我们不可能把过失犯等值于故意犯。如果仅考虑法益侵害性，造成 300 多人死亡的克拉玛依大火事件（玩忽职守罪），比故意杀人罪对生命权的破坏更严重。显然，不能认为不作为的玩忽职守罪，造成的法益损害更重，就等价地评价为作为的放火罪。

刑法的主要目标，是禁止暴力以及可能引发暴力的行为。因而，对于杀人、抢劫等自然犯罪，判断行为性质，即行为是否有杀人性质（而不是“行为是否致人死亡”），才是首要因素。当然，随着社会发展，刑法增设了很多行政犯、过失犯等轻罪，对于这些轻罪，刑法主要考虑的是法益保护，相对弱化了对行为性质的判断。简言之，传统重罪，是以行为危险性为蓝本存在的，是行为主义刑法；而现代轻罪，是以法益保护为出发点设立的，是结果导向的刑法。

### （二）我国的重罪立法模式是禁止行为危险

纵观世界各国，法条的表述方式有两种：法益保护+行为禁止。

1. 法益保护的立法模式

西方一些国家对某些重罪采取了法益保护的立法模式，法条强调法益损害性，弱化了行为危险性。据此，只要侵犯了法益，可以宽泛解释实行行为，包容不作为的余地更大。

以杀人罪为例。如意大利刑法典对杀人罪的规定是“任何人引起一个人死亡，处……”而不是“杀人的，处……”，这样的规定，是说明犯罪是一种事实（如杀人罪就是“任何人引起一个人死亡”的事实），而不仅仅是一种行为。这种法条表述，体现出意大利刑法典的处罚对象是行为人而不是行为。[③]

美国模范刑法典也把杀人罪描述成事实，《美国模范刑法典》第 210.1 对杀人罪的定义是“任何人蓄意地、明知地、轻率地、疏忽地致使他人死亡，即为杀人罪。”（A person is guilty of criminal homicide if he purposely, knowingly, recklessly or negligently causes the death of another human being.）

类似表述的还有，加拿大刑法第 222 条规定：“（1）以任何方式直接或间接使人死亡，为杀人罪。”俄罗斯刑法典第 105 条规定：“杀人，即故意造成他人死亡的。”

总体看来，这些国家对杀人罪的规定，使用了“引起”、“造成”、“致使”等术语，与我国刑法中“过失致人死亡的”的过失犯规定一样，强调的是法益损害——“致人死亡”；而不是强调行为危险性——故意杀人。把杀人罪描述成“致使他人死亡”，解释空间巨大，就有了容纳不作为的余地。

2.中国立法模式：法益保护+行为禁止

首先，我国刑法立法模式，对多数故意犯，是以实行行为为中心，强调行为的危险，而不是法益损害后果。相反，对某些行政犯、多数过失犯，采取了法益保护主义立场，立法不规定实行行为，而只规定损害后果。例如，中国刑法典对杀人罪的表述是“故意

① （日）西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，页 23。
② （意）杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，页 203。
③ （意）杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，译者序页 26。

杀人的，处……”，是把实行行为（作为）描述成法条的核心。故意伤害罪的基本犯也是以实行行为为中心——“故意伤害他人身体的，处……”。

此外，中国刑法对故意犯的规定，是只把积极作为规定为实行行为。而很多西方国家，把作为与不作为并列规定为实行行为，如日本刑法把“经要求退出但仍不从这些场所退出”与“侵入”并列规定为实行行为。

其次，在中国立法模式下，重罪需要行为定型，轻罪需要法益定型。对杀人罪、强奸罪，法官要考虑的是法条规定了什么行为，罪犯实行了什么行为；对聚众扰乱社会秩序罪，法官要考虑的是法条保护着什么法益，罪犯侵害了什么法益。杀人、强奸、抢劫等重罪，是以具体行为形象进入公众脑中和立法者心中的。提到杀人，我们脑海中总有刀砍、枪击这样血腥的行为画面；也会想到“不得加害他人、残害生命”这样具体的行为禁忌；这些禁忌规则是绝对命令，其范围明确、规则刚性，具有严格的“构成要件定型行为”。

相反，过失致人死亡罪、聚众扰乱社会秩序罪等轻罪，属于“法益保护需要”，其行为形象相对模糊，构成要件的行为定型相对宽松，更多是考虑保护社会的需要。提到过失致人死亡罪，我们会短暂迷茫、很难想到具体行为画面，只会想到“尊重生命、小心行事”这样的抽象观念。

总之，我国刑法中的重罪，属于典型的“只记叙有积极作为所引起的结果的情形，对可期待的因不作为而不加以阻止结果的发生，则不予记述”[①]的立法模式。把“作为”当蓝本的重罪条文，解释空间很小，没有不纯正不作为犯的容身之地。

3．行为禁止型立法模式否认不纯正不作为犯

首先，法益保护和行为禁止两种立法模式，对不真正不作为犯会采取不同态度。以杀人罪为例，按照法益保护型立法，把儿子落水父亲不救，解释为“故意致使他人死亡”，不违反术语的最大射程；但按照行为危险型立法，把儿子落水父亲不救，解释为“故意杀人”，则超过术语的最大射程。把受嘱托杀人、安乐死解释为“故意致使他人死亡”，不违反罪刑法定；但解释为“故意杀人”就存在困难，如果能，那安乐死就属于严重暴力犯罪，可以被无限防卫，明显不妥。

其次，法益保护和行为禁止模式立法，对不作为的处理结论不同。例如，精神病劫匪当着丈夫的面劫持妻子，把刀架在妻子脖子上，要求丈夫交出手表（或者当面喝尿），否则杀妻，丈夫想借机杀妻娶小三，故意不交出手表（不喝尿），致使妻子被杀。或者，劫匪要求丈夫扔掉手机、不能报警，否则杀妻，丈夫想借机杀妻娶小三，故意当面报警，致使妻子被杀。

站在法益保护立场，丈夫的行为直接导致了妻子死亡，行为方式和危险性并不重要，都成立故意杀人罪。如果认为丈夫不喝尿，是不作为故意杀人罪，那么，他人就可以正当防卫，强迫丈夫喝尿。站在行为危险性角度，丈夫不给手表（不作为）、当面报警（作为），没有攻击、加害他人生命的性质，不是故意杀人罪，只能进行规范评价，成立过失致人死亡罪。

### （三）中外差别：不纯正不作为犯的拟制规定

1.有拟制规定，德日处罚不纯正不作为犯不违反罪刑法定

德、意、日的刑法总则中，设立了把不作为按照作为处罚的拟制规定。德国刑法第13条规定：“不防止属于刑法构成要件的结果发生的人，只有当其有依法必须保证该结

① （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，页731。

果不发生的义务，且当其不作为与因作为而使法定构成要件的实现相当时，才依法受处罚。”日本刑法第 12 条规定：“负有义务防止犯罪事实发生的人，虽然能够防止其发生但特意不防止该事实发生的，与因作为而导致的犯罪事实相同。”意大利刑法典第 40 条规定：“有法律义务阻止某结果而不阻止，等于引起该结果。”

在分则中，德日刑法也经常采用拟制规定，把不作为与作为并列规定为实行行为。例如，德国刑法第 123 条“非法侵入他人住宅”规定：“非法侵入他人住宅、经营场所或土地，或用于公共事务或交通的封闭的场所，或未经允许在该处停留，经主人要求仍不离去的”，把“不离去”这种不作为拟制为“侵入”。同样，德国刑法“虐待被保护人罪”也把“恶意疏忽照料”这种在中国属于遗弃的不作为，通过拟制规定，定性为虐待（作为）。

相反，中国刑法“非法侵入住宅罪”没有把“经要求仍不离去”拟制规定为“侵入”（侵入），就不能直接认为，不作为可以直接构成“非法侵入住宅罪”，否则就违反罪刑法定（后文有不同解释）。

总之，德、意、日刑法有了上述拟制规定，不纯正不作为犯与罪刑法定的矛盾就消解了，“对法律没有规定的不纯正不作为犯和罪刑法定原则之间的一致性的双重疑问，在 1975 年的（德国）刑法改革时，通过新的第 13 条的规定被消除。”[①]有了拟制规定，刑法再授权法官进行等值性判断，只是对构成要件中空白罪状的一种“补充”性解释，“以积极的作为为前提条件的结果犯，对没有避免构成要件该当结果发生的特殊性的必要的适应，被法官的构成要件予以补充。”[②]换言之，德日处罚不作为、进行等价性判断，均有法律依据。而在中国，法官把不作为解释为作为，属于“创设”构成要件。

2.没有拟制规定，中国处罚不纯正不作为违反罪刑法定

中国刑法采用的是法国、比利时的立法模式，总则不设拟制性规定；处罚不作为，只能以分则特别规定为限。

法国刑法总则中没有规定不作为的可罚性，因而，对不作为的处罚只以分则明文规定为限，“只有在法律明文规定的情形下，‘不作为’才具有‘实行’的价值，从而使当事人受到对‘实行的犯罪行为’所规定的刑罚。”[③]而且，法国刑法分则对不作为的可罚性也特别描述了罪状，如伤害罪明确规定了予以处罚的不作为行为方式，“如果存在以不是规定在这一条中的其他不保护形态而造成伤害结果的情形时，无论是什么样的不作为都不能依本条处罚，即，伤害罪的不真正不作为犯不予处罚。”[④]

有无拟制规定，决定了中、德、日在处罚不纯正不作为犯的正当性不同：德日法官把不作为解释为作为，是扩张解释；中国法官把不作为解释为作为，是类推解释。

概言之，不能简单地把德日不纯正不作为犯理论照搬到我国，必须注意中国重罪以行为危险性为核心、刑法总则无处罚不作为的拟制规定等立法背景。在中国，不纯正不作为犯不能像德日那样通过等值性判断具备可罚性，而必须转变思路，将多数不纯正不作为犯解释为作为犯，以符合罪刑法定的要求；无法解释成作为犯的，只能按照过失犯或纯正不作为犯处罚。

① （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，页 732。
② （德）海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，页 731。
③ （法）卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，页 217。
④ （日）日高义博：《不作为犯的理论》，王树平译，中国人民公安大学出版社 1992 年版，页 7。

## 五、中国刑法应严控不纯正不作为犯的范围

### （一）历史上的一些罪名只能是作为

刑法的发展历史，都是以作为犯罪为典型，不作为犯罪为例外。虽然不作为的范围在不断扩张，但是，有些犯罪，天然只能由作为构成。在英国，“伤害”也很难以不作为的方式构成，[①]威廉姆斯教授指出：“不能说因为没有阻止他人受伤害，就认为‘伤害’了他，因为没有扑火，就认为‘损害’了建筑物。”[②]英国法典起草小组也认为不作为不构成放火罪，D 受雇晚上看守工厂，看见着了小火，他知道可以轻易灭火，因为抱怨雇主，D 离开结果大火烧毁了工厂，D 不构成放火罪。[③]日本有学者也认为，“放火罪基本上是攻击犯的一种。”[④]在法国，杀人等行为也被认为是作为犯，“犯罪的事实要件是由‘积极行为’所构成。所谓‘积极行为’是指，实行了受法律禁止的行为，例如，杀人、伤人、盗窃。”[⑤]

在观念上，自然犯的原型是作为，法官应当维持罪名形象的稳定性。罪名含义稳定，是刑法明确性、可预测性的基本前提，也是法律文化的一部分，在考夫曼看来，“社会共同生活的规则，并不是透过法律来告诉国家的人民。人民学会这些规则，是在日常生活的沟通里，并且在相互间操作。市民对于合法与不法的想象并不是在法律语言的范畴内进行，他是透过日常语言而被给定的。”[⑥]要改变罪名含义，只能像德日刑法那样由立法特别规定。

### （二）中国文化传统给定了一些重罪的作为本质

在中国传统文化中，杀人、伤害、盗窃、抢劫、强奸等传统自然暴力犯罪，很难以不作为方式实施。在中国文化中，故意杀人罪只能由作为构成。战国时期的《法经》规定：“杀人者诛”，刘邦入关时约法三章“杀人者死”。从法定刑推测，这些法谚中的“杀人”，都是暴力杀人。很难想象，丈夫对妻儿见死不救，属于要处死刑的“杀人”。

同样，故意伤害罪，在汉语中，也只能是积极的作为。唐律在《斗讼》中规定了伤害罪，如“斗殴手足他物伤”、“斗殴折齿毁耳鼻”、“兵刃砍杀人”、“殴人折跌支体瞎目”等。从这些具体描述中，可以看出伤害罪是一种积极的暴力行为。需要注意，唐律已经规定了不作为，但没有把伤害罪等描述为包括不作为。

对杀人、伤害等这些最基本的刑法术语，做出符合历史、文化的解释，是主权在民、文化传承的基本要求，“法律规范如同其他社会规范一样，是选择的产物。它同样要承受建立在各自社会公规的指导原则对其连续性的考验。”[⑦]脱离国民观念解释法律术语，会形成“刑不可知、则威不可测”的司法专断。

### （三）立法者预设了一些重罪的作为形象

从我国现行刑法的不同条文中，可以推导出：杀人、伤害、抢劫、强奸等犯罪，都

---

① （英）史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，页 57。
② （英）史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，页 56。
③ （英）史密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，页 57。
④ （日）大塚仁著：《刑法概说》（各论），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，页 355。
⑤ 卡斯东等，见前注〔28〕，页 215。
⑥ （德）考夫曼：《法理哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，页 178。
⑦ （日）霍贝尔：《原始人的法》，严存生等译，法律出版社 2006 年版，页 15－16。

是暴力的积极作为，不能由不作为构成。

首先，从绑架罪的规定中，可以推出杀人、伤害，只能由作为构成。我国刑法的“绑架罪”规定：“……犯前款罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”这里的“杀害”、“伤害”，只能是积极暴力行为，而不能是消极的不作为。例如，人质被绑后受惊吓，引发了心脏病，虽然医院就在附近，但行为人不送医、不打 120，导致被害人死亡。按照通说，这种行为也是不作为的故意杀人罪，要适用该款，最低判处无期徒刑，这明显违反罪刑相适应原则。

绑架罪的立法史进一步证明，杀人、伤害只能是暴力作为。《刑法修正案》（九）之前，绑架罪的规定是“……杀害被绑架人的，处死刑”，显然，绑架罪中的“杀害”只能是暴力的积极作为。如果认为“杀害”包括不作为，那么，人质受惊发病而绑匪不救助的不作为，也要判处死刑，这过于严苛。

其次，从累犯规定可以看出，杀人、强奸等自然犯只能由积极作为构成。我国刑法第 81 条规定：“对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。”该条也确认了故意杀人、强奸、抢劫等是积极作为的暴力犯罪。

有学者可能反驳：杀人包括暴力性杀人和非暴力性杀人，不得假释只是针对暴力性杀人；而不作为杀人，属于非暴力性杀人，不是该条的适用范围。如果这样理解，第 81 条及其他条文就应当在杀人、强奸等罪名前面加上“暴力性”的定语，即“对累犯以及因暴力性故意杀人……，不得假释。”显然，把杀人理解为包括暴力性杀人与非暴力性杀人，既不符合立法者原意，也不符合词语的日常含义。

再次，从特殊防卫制度可以推出，杀人、抢劫、强奸、绑架等，只能以作为的方式构成。刑法第 20 条规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”根据立法原意，杀人、抢劫、强奸、绑架，属于严重的暴力犯罪，只能以积极暴力方式实施，而不能以不作为的方式实施，没有成立不纯正不作为犯的余地。

最后，从刑事责任年龄可以推出，贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪等犯罪只能由积极的暴力构成。我国刑法第 17 条规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。”刑法把这八种行为单列，就是因为其暴力犯罪性；要求未成年人不实施暴力行为，是社会的合理期待。

相反，不作为是一种命令规范，要求未成年人遵守命令规范、履行保护社会的责任，是不可期待的道德要求。例如，14 岁的女学生，意外生子，在被告知儿子掉到水里而不救助；魔术团里的 15 岁学徒，在值班时发现电线自燃，因为对老板克扣工资不满，于是逃跑，引发大火。如果认为这是不作为的杀人罪、放火罪，这些未成年人就要承担刑事责任。但是，对 14 岁女生的遭遇应当同情而不是定罪；苛求 15 岁学徒承担管理义务，更不现实。

总之，立法者不断强调，杀人、强奸、抢劫等是暴力犯罪；在刑事政策中，中央机关在严打等行动中要求严惩“故意伤害”、“拐卖妇女”、“两抢一盗”等。显然，在立法者、中央机关脑海中，杀人、强奸、盗窃等自然犯罪，都是积极的暴力犯罪。而丈夫对妻子落水不救、见火情不救，不是暴力犯罪，不是立法者设想中的故意杀人罪、放火罪。

当然，需要指出，刑法中的暴力不一定是物理暴力，而是一种评价上的、规范上的暴力。例如，盗窃、贩卖毒品也是一种暴力犯罪，但不是生活意义上的打斗暴力。

## 六、传播淫秽物品牟利罪应排除不作为

### （一）以刑制罪，确立“重罪只能作为”规则

从历史、语义、法条中，我们推导出一些自然犯罪，只能由作为构成。此外，还有哪些犯罪只能由作为构成？

1. 确立“重罪只能作为”规则，防止滥用不纯正不作为犯

笔者认为，法益保护要求扩张不纯正不作为犯，人权保障则要求否定不纯正不作为犯，当下解决之道只能是折中路线。美国在刑法设定作为义务时，也走了一条折中路线，“（关于作为义务）的设想必须平衡国家和公民之间的关系，这一重大命题必须考虑两个因素：一是国家有义务规定保护安全、防止损害、预防和调查犯罪的条款，这要求设立义务以提供警察和紧急服务，保护孩子、帮助家庭等。二是国家也有遵守正义、尊重公民权利的义务，刑事实体法和程序法应当共同尊重无罪推定、不得自证有罪等公民权利。”[①]在中国，应当通过“以刑制罪”的思路，来限定犯罪的行为方式，对设有无期徒刑、死刑的重罪[②]排除不作为，有条件地允许轻罪成立不纯正不作为犯。理由如下：

一是我国立法只是对重罪采取了以行为危险性为核心的立法模式，对于过失犯、行政犯等轻罪，多采取了法益保护的立法模式。法益保护模式的立法，可以包容不纯正不作为犯；而行为危险型立法模式，不能包容不纯正不作为犯。

二是重罪应当遵循严格的罪刑法定，轻罪可以宽松化。罪法定刑的核心是保障人权，而重罪伴随重刑，对国民自由影响最大。对于故意杀人罪，在解释上当然要慎之又慎，否则会出现灾难性后果；单纯杀人犯、强奸犯的称谓，足以剥夺一个公民的社会空间。而对过失致人死亡罪等轻罪，即便出现解释上的宽松，其危害后果也相对轻缓。

2.“重罪只能作为”不能有例外、但可以有差别

首先，有些重罪条文貌似包含不作为的方式，如诈骗罪的语义包含了“隐瞒真相”的不作为，中外学者都认为诈骗罪可以由不作为构成。笔者认为，中国诈骗罪的最高法定刑（无期）比国外高很多，如日本的诈骗罪最高法定刑只有 10 年惩役。在这一背景下，必须严格解释中国诈骗罪的行为方式。单纯隐瞒真相，如商人误把甲错认为马云，主动将货款放在甲的车内，甲始终一言不发，甲没有任何行为，不成立诈骗罪，只是民事不当得利。事实上，学者认为的不作为诈骗，多数因为有积极接受钱财的行为，完全可以按照作为犯评价。

其次，同样的行为，如果被分别规定为重罪和轻罪，那么，对于轻罪，可以成立不纯正不作为犯。“刑法独立性”原则，允许同一术语，在不同法条中有不同含义。例如，抢劫罪的“暴力”，和暴力干涉婚姻自由罪的“暴力”，含义不同。具体到不纯正不作为犯，日本刑法将杀人罪规定为不同罪名，其中“参与自杀和同意杀人”最高法定刑只有七年。如果我国未来采取这种立法模式，那么对于重罪杀人的行为方式，需要严格限制，排除不作为的适用；对于轻罪，就可以成立不作为。

具体到传播行为，“传播淫秽物品牟利罪”是重罪，排除不作为；而传播淫秽物品罪是轻罪（最高 2 年），在解释上可以宽松化，可以考虑成立不纯正不作为犯。但是，快播公司能否成立传播淫秽物品罪，涉及另一个规则：不作为排除作为的适用。即如果某种情形已经被立法特别规定为不作为犯，就不应再考虑不纯正不作为犯。例如，警察

① Andrew Ashworth, *Positive Obligation in Criminal Law*, Hart Publishing, 2015, p. 79.

② 在西方，最低刑为 1 年以上有期徒刑的都可以称为重罪，但这不符合中国公众的观念。中国人更习惯于以最高刑来判断重罪与轻罪，本文所言的重罪，限于最高法定刑为无期徒刑及以上的罪名。

见危不救致人重伤，已经被刑法评价为玩忽职守，就不能成立不作为的故意伤害罪。对此，另文讨论。

3.司法解释对“传播”的立场也是“重罪只能作为”

2003 年两高《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：“患有突发传染病或疑似传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗，过失造成传染病传播，情节严重，危害公共安全的，属于过失以危险方法危害公共安全罪。”在行为方式上，“拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗”属于不作为，造成后果时，如果患者对结果持间接故意，应该构成“（故意）以危险方法危害公共安全罪”。

但司法解释明确将这种不作为传播方式，降格处理为轻罪——“过失以危险方法危害公共安全罪”。这实际就是一种“以刑制罪”的思路，把重罪严格限定为作为，禁止不纯正不作为犯的滥用；而对轻罪，则肯定了不纯正不作为犯。

### （二）以缩小解释克服传播淫秽物品牟利罪的立法缺陷

“传播淫秽物品牟利罪”是可判无期徒刑的重罪，这一立法与时代相悖，必须严格限制其行为方式，否定不纯正不作为犯。

1.对淫秽物品的严刑峻法不合时宜

“传播淫秽物品牟利罪”设立于文革结束后，在伪善口号盛行的道德狂热中，立法者对所有淫秽物品持绝对禁止态度，而不区别传播的对象（成人还是少年）、传播的方式（秘密还是公开），有强烈的道德禁欲主义倾向，与现代刑法“无危害无责任”的犯罪化原理冲突明显。范伯格教授在研究美国对淫秽物品的禁止过程后认为，对淫秽物品的道德主义立法早已破产，“将道德主义原则和家长主义原则变成宪法原则——已经使最高法院在淫秽法律问题上陷入绝境。”[①]很多国家虽然在立法上禁止淫秽物品，但是在实践中经常网开一面，例如，在美国，除非有强大的社会压力，否则警察对有关色情的执法仍相当宽松。[②]在全球范围内，淫秽物品的立法，逐渐从重罪转为轻罪，从轻罪转为象征性立法。

随着开放程度加深、网络普及度提高，淫秽物品不再是洪水猛兽。在绝大多数国家，淫秽物品的主要危害是未成年人观看或公开展示，“只要冒犯程度并不严重，或者可以合理避开，或者风险为自愿者承担，则即使那就是明白无误的‘淫秽（激起性欲）’也不应被禁止。只有在公开场合对不情愿的观者或儿童进行的冒犯性展示才是可以被禁止的。”[③]在对淫秽物品容忍度逐渐升高的全球背景之下，我国对“传播淫秽物品牟利罪”设置了远高于故意重伤的无期徒刑，明显过重。在立法修改前，必须限制本罪的行为方式，缩小其适用范围。

2.以点击率确定传播者的量刑，有结果责任之嫌

首先，互联网犯罪是非接触性犯罪，这会降低行为人的违法意识。“如果一个人看不到我们的行为，比他能够看到我们的行为，我们更容易对他加以伤害；他能看到我们对他施加伤害行为可能会让我们产生羞愧或罪恶感，从而停止正在做出的伤害行为。”[④]相对于线下传播，网上传播由于受到的目光压力较少，所反映出行

① （美）乔尔·范伯格：《刑法的道德界限（第二卷）：对他人的冒犯》，方泉译，商务印书馆 2014 年版，页 183。
② 肖怡：《无被害人犯罪的刑事政策与刑事立法研究》，中国方正出版社 2008 年版，页 48。
③ （美）乔尔·范伯格：《刑法的道德界限（第二卷）：对他人的冒犯》，方泉译，商务印书馆 2014 年版，页 185。
④ （美）斯坦利·米尔格拉姆：《对权威的服从－－一次逼近人性真相的心理学实验》，赵萍萍、王利群译，新华出版社 2013 年版，页 42-43。

为人的反规范意识也较弱，可谴责性较弱。

其次，点击率会超出行为人的控制，据此定罪可能造成客观归罪。根据司法解释，1 个淫秽文件点击量超过 1 万次，即构成本罪；而达到 25 倍，即点击量超过 25 万次，就属于应当判处 10 年以上乃至无期的“情节特别严重”。而在互联网普及的时代，很容易出现点击数过 25 万的情形，对传播者就要处 10 年以上有期徒刑，过于苛刻。不止一个法官向我表达困惑，根据点击率下判，基本都要判 10 年以上，实在下不了手。而且，把他人的违法、违规点击行为，作为对行为人的定罪依据，正当性上存疑；点击量是他人的行为结果，不是行为人可以控制的因素。以点击量作为量刑标准，有结果责任的倾向。

总之，“传播淫秽物品牟利罪”有恶法之实，学者要尽量缩小该罪的适用范围，弥补规范与现实之间的鸿沟。

### （三）对两高的司法解释进行限缩性解读

两高《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第 4 条规定：“以牟利为目的，网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息，允许或者放任他人在自己所有、管理的网站或者网页上发布的，依照刑法第 363 条第 1 款的规定，以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。”这一司法解释被陈兴良教授解读为肯定了该罪的不作为传播方式，“虽然在此司法解释没有对行为方式进行具体规定，从刑法理论上分析，这是一种不作为的行为方式。”[①]

1.法律解释必须考虑互联网发展的时代背景

如果肯定网络服务者明知有淫秽信息，不履行管理义务，都是不作为的传播。那么，几乎所有的网站都构成不作为犯罪：百度明知有淫秽照片而不履行管理责任，是不作为的传播淫秽物品罪；腾讯明知微信群有人以发红包方式赌博，也是不作为的开设赌场罪；电商平台明知有假货而放任销售，构成不作为的销售伪劣产品罪。事实上，销售、开设赌场，只能由作为构成，当然排除了不作为。

对网络服务商适用不纯正不作为犯，会导致网站越大，罪责越重。任何大型网站都有海量的不法内容，例如，“在过去 12 个月时间里，版权持有者要求 Google 移除 10 亿多条涉嫌侵权的搜索链接。”[②]如果认为网站明知有不法而放任，就是不作为犯罪，结论只有一个：关闭。

2.学理限缩，实现规范正义

准确理解该司法解释，要注意两点：

第一，“明知……是”不等于“明知……会”。“明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息”中的“明知……是”，是“明知必然是”，明知必然是而放任是直接故意；这不同于刑法第 14 条中“明知……会”（“明知可能会是”）而放任的间接故意。由于“明知必然”就不存在“放任”，因而，该司法解释中的“放任”，在语义上是“放纵”。而且，这里的“明知他人制作……的是”是一种包含对象的具体认识（直接故意），不是笼统地知道网站上可能有淫秽物品的抽象认识（间接故意）。

---

① 陈兴良：“在技术与法律之间——评快播案一审判决”，载《人民法院报》2016 年 9 月 14 日，第 3 版。

② 《Google 过去一年被要求删除十亿多条“盗版”搜索结果》，http://www.cnbeta.com/articles/562999.htm，最后访问时间 2016 年 12 月 12 日。

网站管理者如何“明知”具体电子信息的淫秽性？有三个途径：淫秽信息所有人告知、网站管理人亲自看过、其他网民告知管理人。而在淫秽信息“发布”之前管理者就明知，可以排除网民告知的情形，只剩下“淫秽信息所有人告知”、“网站管理人亲自看过”。而这两种情况，发布者必然要先把淫秽信息交给管理者，双方构成共同犯罪。

第二，“允许或者放任”的是“发布”，而不是“存在”。如果管理员放任淫秽信息“存在”，则可以认为，司法解释肯定了传播淫秽物品牟利罪的不作为方式——明知存在而不删除。但是，在司法解释中，允许或者放任的行为是“发布”。在“发布”之前，网站就要明知是淫秽信息，不可能是源于网民告知的情况。则可以断定，“允许发布”时“明知”是因为淫秽信息所有人明确告知（发布者告知是淫秽信息，双方是共谋故意）、“放任发布”时“明知”是因为网站管理人亲自看过（发布者没有告知是淫秽信息，但管理者先看过后，自己发现是淫秽信息，再同意发布）。

换言之，“明知是淫秽视频而放任发布”，是网站管理员先看过淫秽视频，再放纵、纵容（同意）他人发布，这是共同犯罪。“允许”与“放任”都是经过了管理员同意的发布，只不过“允许”是共谋发布，是共谋的共同犯罪；而“放任”是同意发布，是普通的共同犯罪。两种情形下的网站管理者都是作为。

综上，无论是对传播淫秽物品牟利罪的法条，还是司法解释，都应当理解为作为。

## 七、不纯正不作为犯的出路

结合中国的立法背景，笔者否认了重罪的不纯正不作为犯。但是，并非目前按照不纯正不作为犯处理的案例，都是无罪。一些不纯正不作为犯，可以按照纯正不作为犯处罚，如在广场上看到妻子喝农药而离开，可以定性为遗弃罪。除此之外，目前按照不纯正不作为犯处理的多数案例，可以按照以下方式处理：

### （一）直接认定为作为犯：回到原点判断不作为

目前按照不纯正不作为犯处理的多数案例，都是片面、机械理解了作为，是把行为看成一个举动、而非一个过程。学者们用支配理论、排他性支配、危险创设说等，解释不作为与作为的等值性、可罚性，不仅是脱离行为谈行为，更有逻辑错误。因为，作为、不作为的可罚性，只能回到原点，根据行为的学说，解释不作为的可罚性，笔者将另文讨论这一问题。这里举几个通说认为是不作为的例子说明，用最简单的自然行为论，把很多不纯正不作为，解释为作为。

案例一：无意销售了危险产品的人不召回产品，是作为犯罪。不召回危险产品，危险产品仍在市场流通或在消费者手中使用、厂商有销售故意，属于作为型的故意犯罪。如果认为“产品销售后发现危险不召回”是不作为，就会得出荒谬结论：杀手开枪的瞬间发现认错人，不把子弹追回（抠出），也是不作为。

案例二：“拒不退出他人住宅”也是作为犯罪。控制身体静止地停留在某地，是积极的作为犯罪。不退出时，“把身体放在他人家里”这一积极行为，才是侵犯法益的行为，才是刑法评价的对象。如果认为“拒不退出”是不作为，会得出荒谬结论：醉酒女误把小叔子当成丈夫，眼神勾引后发生关系，中途发现认错人，要求小叔子离开，小叔子不动但不拔出阴茎，似乎“拒不拔出”是不作为犯罪。但刑法评价的是，妇女不同意后，仍然插在她人阴道的积极行为，属于作为的强奸罪。

案例三：医生开刀后发现患者是仇人，基于杀人故意而离开。医生是利用自己先前行为的间接正犯，产生杀人故意后，医生利用了无犯意的先行行为实现了后面的结果，

是作为犯罪。

案例四：故意砍人重伤后不救助，致使他人当面流血而死，也是作为的杀人罪。如果把流血过程与刀砍、枪击割裂开来，把流血过程的不救助评价为不作为杀人，那么，决水罪就是不作为犯。例如，张某把三峡大坝的电钮按下，开闸泄洪，如果只评价按电钮的积极作为，则按电钮时下游没有任何积水，无具体危险性；进而只能把洪水流一天而不关闸，评价为不作为的决水罪，这显然违背常理。事实上，流血过程和泄洪过程一样，都是先前积极行为的延续，直接评价为作为犯罪即可。

### （二）按照过失犯处罚：不纯正不作为不能构成故意犯

无法解释为作为的不纯正不作为犯案例，应当按照过失犯处理。过失犯与不作为犯的实质，都是不履行某种义务；而且，过失犯注重法益保护、不强调行为性质，因而解释空间很大，可以包容不作为。

首先，把不纯正不作为犯，按照过失犯处理，是中国传统。例如，《唐律·杂律》中有规定："诸见火起，应告不告，应救不救，减失火罪二等。"按照目前通说，应救不救，可能属于不纯正的不作为犯，构成放火罪。但唐律把这种行为按照过失犯处理，处罚更轻。

其次，在英、美、法等国，不纯正不作为犯基本都是按照过失犯罪处理的。在美国刑法中，"如果妈妈没有跳进泳池尽力营救落水的孩子、而是站在旁边坐视孩子被淹死，她将被认定为（最高刑期 5 年的）疏忽杀人（negligent homicide）。"[①]比我国的过失致人死亡罪还轻。

最后，在心理上，不纯正不作为犯可能是故意，但可以被评价为规范上的过失。不作为的可谴责性更低，"我们对那些坐视事情发生者的心理性与社会性反应，不同于造成事情发生的情况，前者的可谴责性更少。"[②]对不作为，应当从心理学上的故意，降格评价为规范学上的过失。刑法中的故意、过失，是规范评价，而不是纯粹的心理联系。换言之，心理学上的故意，可以评价为刑法上的过失，例如，《美国模范刑法典》第 210.3 "非预谋杀人"规定："……（b）本应构成谋杀，但行为人具有相当理由或者不得已的事由而在精神或者情绪的极度混乱下实施杀人行为的。"即把心理学上的预谋，规范地评价为非预谋。

## 八、余论：不要让德日教义学迷住正义的双眼

快播案背后的深层原因，是德日刑法教义学在处理中国案例上的无力。如果快播案发生在德国，按照不纯正不作为犯处理可能是正确的。但是，中国不纯正不作为犯的立法模式与德日有根本差别，传播淫秽物品牟利罪的立法正当性存在重大缺陷。在这些背景之下，一味用德日刑法理论解决中国问题，只会南橘北枳。虽然我对德日刑法理论知之甚少，但基本态度从未改变：好好学习，认真评判，不做教义学的信徒。精美的德日教义学，是一条通向奴役之路。即便有些德日理论可以为中国所用，但一定要有大历史观，经常跳出教义学的围墙，想想过去的坎坷，看看远方的危机。只可惜，一些年轻学子只顾低头走路，匍匐在德日刑法的碑文下，读一段卖一段，朝圣着别人的文字而忘记了自己的名字。

快播审判的，不是网络公司的无节操，而是，刑法理论的无正义。

---

① Cynthia Lee, Angela P. Harris, *Criminal Law: Cases and Materials (*3rd. ed.), West Academic Publishing, 2014, p. 165.

② Andrew Ashworth, *Positive Obligation in Criminal Law*, Hart Publishing, 2015, p. 78.

# Fate of Nontypical Omission in China: Starting with the Qvod

Abstract: Heated debate of Qvod case, a Chinese video player, reveals the problem that the boundary of nontypical omission has not been theoretically set, which may result in an abuse of nontypical omission. Judicial authorities may convict to protect legal interest, regardless of actual behaviors. Legislation model of China is different from what in Germany and Japan. In our general provisions of criminal law, no principles are set for nontypical omission while felonies focus on behavioral risk. Therefore, in our legal system, penalizing nontypical omission violates the principle of legality. Given that in Chinese culture, some felonies are visualized as conduct crimes and lawmakers preset the character of conduct for felonies as well, we should deny that nontypical omission exist in felonies. Moreover, we should judge some nontypical omission as conduct crimes or negligent crimes.

Key Words: Legal Interest Protection; Behavioral Risk; Interpret Crimes in Accordance with Punishment; Legal Fiction; Crime of Spreading Obscene Articles for Profits

联系地址：浙江省杭州市之江路 51 号，浙江大学光华法学院，邮编 310008。联系

# 论轻罪刑事责任消极影响的消除

## ——以醉驾型危险驾驶罪为切入

刘 霜、王文娜

（河南大学 法学院 河南 开封 475001）

【内容摘要】醉驾入刑实现了社会效果和法治效果的统一，同时也带来了一系列的问题，主要表现在：立法层面：犯罪圈逐年扩大，犯罪门槛逐年降低；司法层面：大量司法资源被占用，严重影响司法效率；社会层面：“犯罪标签”导致再犯率大幅度提升，“犯罪株连效应”易伤及无辜。为有效解决以醉驾型危险驾驶罪为代表的轻罪刑事责任的消极后果，刑法总则应当增设轻罪前科消灭制度，以消除犯罪标签引发的消极后果。

【关键词】醉驾 危险驾驶罪 犯罪标签 轻罪 前科消灭

## 一、问题的提出

随着风险社会的到来和我国劳教制度的废除，诸多轻罪入刑，我国刑法规定罪刑结构面临重大变革。轻罪入刑后会引发除了刑事责任外的一系列消极后果，具体体现为：国家工作人员要被开除公职；中共党员要被开除党籍；严重的犯罪标签；前科株连效应等等。由此引发了笔者的深度思考：其一，既然我国罪刑模式已经发生了重大变革，对于重罪刑事责任引发的消极影响，能否也要求轻罪承担同样的消极后果？以危险驾驶罪为例，其法定最高刑仅为拘役，酒驾是其中最轻的法定情形，如果要求醉酒型危险驾驶罪犯罪人承担与故意杀人罪犯罪人一样的刑事责任消极后果，显然不合情理。其二，我国刑法能否专门设置关于轻罪刑事责任的特殊规定，与重罪区别对待，以更好地体现刑罚的教育功能和预防效果？其三，我国犯罪圈日益扩大，与之相对应的刑法退出机制是否也应有所强调？

本文拟从醉酒型危险驾驶罪入手，通过实证调研方式，分析研判该罪的社会效果、法律效果，重点关注该罪引发的消极后果，以期对我国轻罪刑事责任消极后果的消除提出相应的对策建议。

## 二、醉驾型危险驾驶罪的立法沿革

### （一）97 刑法未做规定，对醉驾行为采取行政处罚方式

随着社会经济的快速发展和城市生活节奏的不断加快，汽车等交通工具进入千家万户，成为人民生活的必需品，但随之而来的后果就是，醉酒驾驶造成的交通事故日益增多。我国 1997 年刑法并未规定危险驾驶罪，对于由于醉酒驾驶机动车引发的违法行为，采取行政处罚的方式。《治安管理处罚法》第 15 条规定，对于醉酒的人违反治安管理的，应当给予处罚。具体处以何种处罚，《治安管理处罚法》并未进行明确的规定。2011 年新修订《道路交通安全法》第 91 条对于醉酒驾驶机动车的行为做出了明确规定。由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；5 年内不得

重新取得机动车驾驶证。[①]笔者认为，对于醉酒驾驶机动车的行为如果仅仅采取行政处罚方式，治标不治本，无法从根本上遏制醉驾行为，也不能很好地发挥法律的震慑作用。

### （二）《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪，醉驾行为入刑处拘役

为依法严惩醉酒驾车行为，2009 年 9 月 8 日最高人民法院印发《关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》指出，行为人醉酒驾车发生二次或者二次以上冲撞，具有危害公共安全故意造成重大伤亡的，应以危险方法危害公共安全罪定罪，典型的案例就是孙伟铭案[②]。张伟铭案引起舆论一片哗然，社会各界要求醉驾入刑的呼声不断高涨。对于醉驾行为，最高可以危险方法危害公共安全罪判处死刑，但对于轻微的醉驾行为仍然适用行政处罚的方式进行规制，现有处理方式跨度太大，难以做到罚当其罪，罪刑相适应。

我国刑事立法及时回应民众呼声，2011 年 5 月 1 日正式实施的《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪，“在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：（一）追逐驾驶，情节恶劣的；（二）醉酒驾驶机动车的。”这是立法机关从刑事立法的层面上加大了对醉酒驾驶行为的惩处力度，遏制了大量交通事故的发生，有利于迫使人们养成“开车不喝酒，喝酒不开车”的良好习惯。

为了促进新法的顺利实施，2011 年 9 月，公安部下发《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》（以下简称《公安部指导意见》），规定“要从严掌握立案标准，对经检验驾驶人血液酒精含量达到醉酒驾驶机动车标准的，一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查”。这一指导意见的出台意味着要严惩醉驾行为，只要达到立案标准，一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查。

然而，无论是《刑法修正案（八）》还是《公安部指导意见》都未对醉酒驾驶的相关概念以及量刑情节作出明确规定，导致各地适用标准不一，判处的结果大相径庭。为了解决上述问题，2013 年 12 月 18 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。《意见》规定“在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升以上的，属于醉酒驾驶机动车，依照刑法第 133 条第 1 款的规定，以危险驾驶罪定罪处罚”，同时对“道路、机动车”范围进行规定，明确定罪量刑的情节以及程序问题。《意见》进一步细化了醉驾型危险驾驶罪的法律适用标准，有利于司法实务部门统一适用。

### （三）《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》：醉驾不必一律入刑

自从 2011 年《刑法修正案（八）》将“醉驾行为”纳入刑法以来，对于“醉驾”是否一律入刑，理论界以及实务部门存在“一律入刑”和“不必一律入刑”两种立场。

支持“一律入刑”的学者认为，醉驾没有情节的限制，属于抽象危险犯，只要存在

---

① 饮酒后驾驶机动车的，处暂扣 6 个月机动车驾驶证，并处 1000 元以上 2000 元以下罚款。因饮酒后驾驶机动车被处罚，再次饮酒后驾驶机动车的，处 10 日以下拘留，并处 1000 元以上 2000 元以下罚款，吊销机动车驾驶证。醉酒驾驶机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；5 年内不得重新取得机动车驾驶证。饮酒后驾驶营运机动车的，处 15 日拘留，并处 5000 元罚款，吊销机动车驾驶证，5 年内不得重新取得机动车驾驶证。醉酒驾驶营运机动车的，由公安机关交通管理部门约束至酒醒，吊销机动车驾驶证，依法追究刑事责任；10 年内不得重新取得机动车驾驶证，重新取得机动车驾驶证后，不得驾驶营运机动车。饮酒后或者醉酒驾驶机动车发生重大交通事故，终生不得重新取得机动车驾驶证。

② 孙伟铭，男，四川广安县人。 因其于 2008 年底，无证醉酒驾车，造成四死一重伤的惨案，最终以“构成以危险方法危害公共安全罪”判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。他也是国内首位因无证醉酒驾车肇事而获最高刑罚者，因此引起国内广泛关注。

行为人在道路上醉酒驾驶机动车的行为，就应构成犯罪。[①]“醉驾一律入刑”迎合了民众的需求，在当时持肯定的态度的学者占据了绝大多数。

也有不少学者支持“醉驾不应一律入刑”的观点，例如，赵秉志教授认为，醉驾的情形多种多样，不同情形的醉驾，其社会危害性也各不相同，对醉驾不应一律入罪。[②]2011年5月10日，时任最高人民法院副院长张军在重庆召开的全国法院刑事审判工作座谈会上指出，各地人民法院要正确把握危险驾驶罪的构成要件，应当慎重稳妥地追究醉驾人的刑事责任，不应仅从文意理解《中华人民共和国刑法修正案（八）》的规定，认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的，就一律构成刑事犯罪，要与修改后的《中华人民共和国道路交通安全法》相衔接，对于情节显著轻微，危害不大的，可以不入罪。[③]也就是说，“醉驾不应一律入刑”，应区别对待。张军的上述观点引起理论界和实务界的广泛关注和讨论，这与之前“醉驾一律入刑”的观点形成鲜明的对比。对此公安部和人民检察院发出了与最高人员法院截然相反的声音，对醉驾行为一经查实，一律立案，一律起诉，即坚持“醉驾一律入刑”的立场。

随后针对学者提出的“醉驾是否一律入刑”的争议，2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》终结了这一争议，该《量刑指导意见》第3条规定：“对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚”。这是最高人民法院自“醉驾”入刑以来，首次以司法解释的形式肯定了“醉驾不必一律入刑”。对该意见的出台，有学者认为，《量刑指导意见（二）》为“醉驾”出罪提供了法律依据[④]。该意见的出台终结了“醉驾是否一律入刑”的争论。

## 三、醉驾型危险驾驶罪的实践效果

为了准确地反映“醉驾”入刑的实践效果，笔者登录中国裁判文书网、北大法意平台以及最高人民法院司法数据研究院，输入“醉酒”、“危险驾驶罪”等关键词，时间段2011年5月1日至2017年12月31日。通过具体数据展现自醉驾入刑以来危险驾驶罪的实践效果，以期对我国刑事立法提出参考建议。

### （一）醉驾型危险驾驶罪的实证调研分析报告

1.醉驾型危险驾驶的案发数量

为了准确的反映危险驾驶罪对醉酒的规制效果，笔者登录中国裁判文书网，关键词输入“危险驾驶罪”和“醉酒”，时间段的选取是从2011年5月1日到2017年12月31日止。

据中国裁判文书网的数据显示，2011年至2017年，全国各级法院收受的危险驾驶案的数量分别为942件、6399件、27071件、116434件、84736件、165985件和183786件。[⑤]与此同时，2011年至2017年醉驾型危险驾驶案的数量分别为937件、6315件、

① 转引自杨柳，《醉驾出罪依据论》，载《法商研究》2018年第1期，第51页。
② 赵秉志、袁彬:《‘醉驾入刑’热点问题探讨》，载《刑法论丛》2011年第3卷，第174页。
③ 凤凰网：最高人民法院副院长张军 正确把握危险驾驶罪构成条件，http://news.ifeng.com/gundong/detail_2011_05/10/6298827_0.shtml，2018年5月26日访问。
④ 杨柳:《醉驾出罪依据论》，载《法商研究》，2018年第1期。
⑤ 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=TZC2DPZC&guid=0d381791-35da-9c3db5ef-e92223a17be3&conditions=searchWord+QWJS+++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA，2018年6月1日最后访问。

26687 件、113234 件、78978 件、149853 件和 160637 件。[①]根据以上数据，我们做出了图表 1 和图表 2。

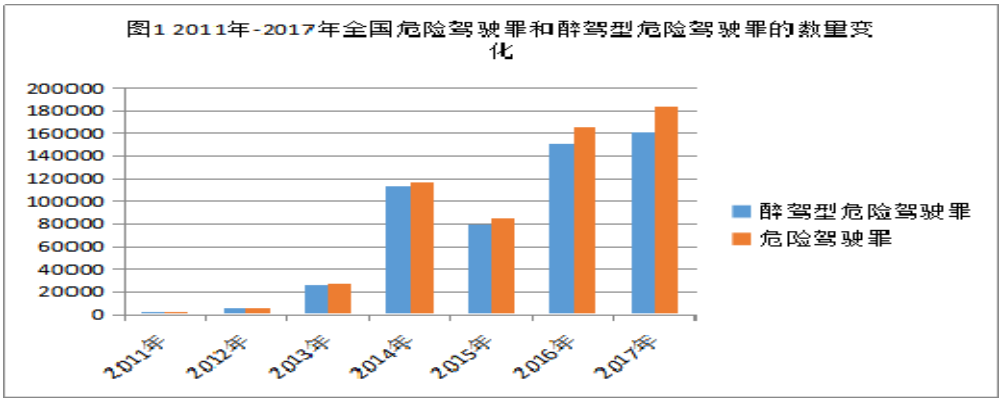
根据上述数据，我们可以得出如下结论：

（1)全国各级法院收受的危险驾驶案的数量逐年上升，从最初的 942 件上升到 2017 年的 183768 件。仅仅 2017 年一年时间，全国法院就受理危险驾驶罪的案件达到 18 万件。数量增长之快令人惊讶。众所周知，危险驾驶罪最高刑才可判拘役 6 个月，一年审理 18 万件是否挤占大量司法资源，数据更具有说服力。

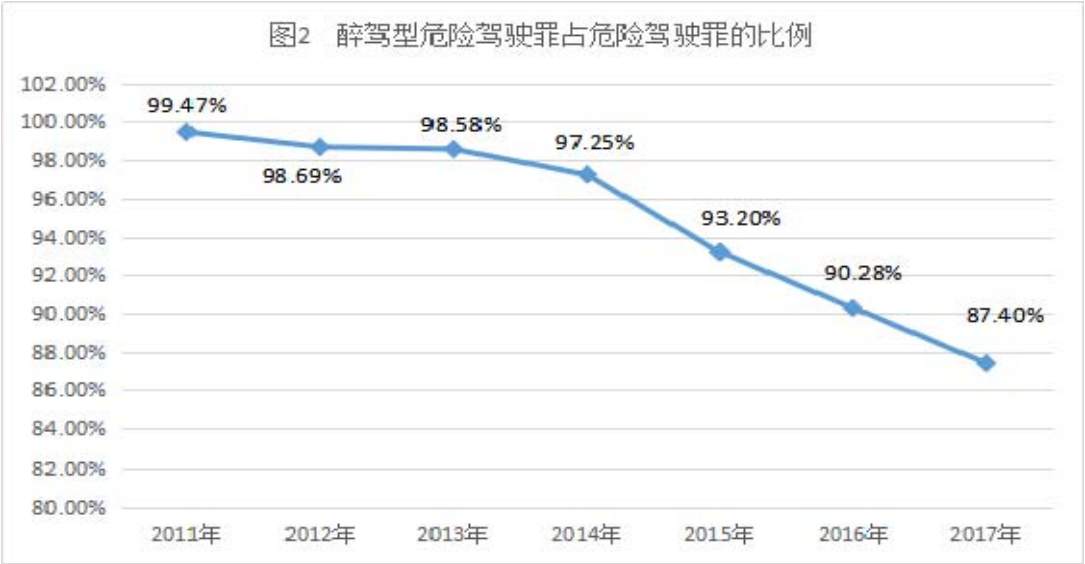
（2）醉驾占危险驾驶罪的绝对多数，八年时间绝大多数占 90%以上。2011 年占 99.47%，2017 年比例有所下降，但是仍然占 87.40%。（详见图表 2）

（3）醉驾占危险驾驶罪的比例在不断下降。从 2011 年的 99.47%下降为 2017 年的 87.40%。下降原因一方面是由于醉驾行为确实减少，还有一个原因就是我国刑事立法修改，补充了两种危险驾驶罪的情形，所占的基数变大，由此醉驾型危险驾驶罪所占比例也相应减少。（详见图表 2）

图表 1 2011 年-2017 年我国危险驾驶罪和醉驾型危险驾驶罪的数量对比图




图表 2 2011 年-2017 年醉驾型危险驾驶罪占危险驾驶罪的比例趋势图

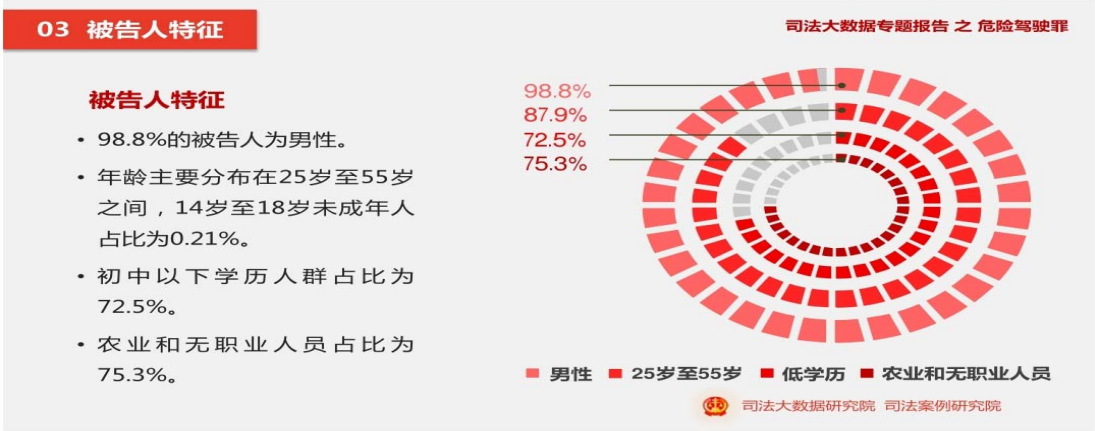



① 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=0acdb635-594b-a30c812d-d152b1706769&conditions=searchWord+QWJS+++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA%20%E9%86%89%E9%85%92，2018 年 6 月 1 日最后访问。

2. 被告人基本特征情况

从图表 3、图表 4 和图表 5 可以看出，目前涉嫌危险驾驶罪的人员基本为男性，占 98.8%，而女性不到 2%；涉嫌人员主要集中在 25 岁至 55 岁之间，这一阶段的为案件高发人群，而 14 岁至 18 岁未成年人只有 0.21%；涉嫌危险驾驶案的人员一般学历不高，其中初中以下学历人群占比为 72.5%，多数是农民和无职业人员，高达 75.3%，而摩托车和轿车发生事故的几率高于其他类型的机动车辆，分别占 47.37%、35.61%。[①]

图表 3 涉嫌醉驾型危险驾驶罪被告人基本情况




图表 4 涉嫌醉驾型危险驾驶罪被告人特征




根据图表 3 和图表 4 的数据，我们可以分析得出如下结论：

（1）涉嫌醉驾的人员大部分为男性。究其原因，男性主要是社会活动的参加者，中国是酒文化传统影响比较大的国家，人际交往过程中，酒是必不可少的。

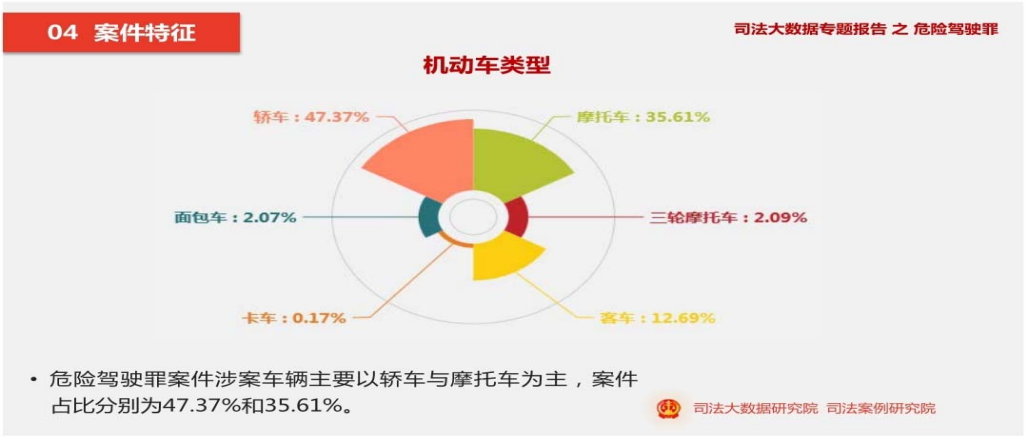
（2）涉嫌人员主要集中在 25 岁至 55 岁之间，这一阶段的为案件高发人群，而 14 岁至 18 岁未成年人只有 0.21%。

（3）涉嫌人员普遍学历较低，初中以下学历的占比率为 72.5%。就职业分布来看，农民和无职业人员占比为 75.3%。高学历人群和有正式职业者相对而言占比较小。

① 最高人民法院网：司法大数据专题报告之危险驾驶罪：http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-63162.html，2018 年 5 月 16 日访问。

（4）涉嫌醉驾的人员的职业分布为农民、无职业人员、务工人员为最多还有私营个体人员、职员以及工人。国家工作人员与学生占比例不高。

图表 5 危险驾驶案机动车类型所占的比例




根据图表 5 的数据，我们可以分析得出如下结论：危险驾驶罪案件涉案机动车类型中，主要以轿车和摩托车为主，其中轿车比例最高，占 47.37%。摩托车比例在其次，占 35.61%。客车占 12.69%。三轮摩托车占 2.09%，卡车仅占 0.17%。

3. 各法院所在省市案件数分布（分别为图表 6、图表 7）

为了准确了解醉驾案件在全国省市的地域分布情况，笔者登录法意科技平台，通过输入“危险驾驶罪”以及“醉酒”关键词，对数据进筛选，符合条件的案件总数为 22322 件。[①]其中浙江省、河南省以及山东省占据前三位。

图表 6 涉嫌醉驾案件地域分布情况[②]

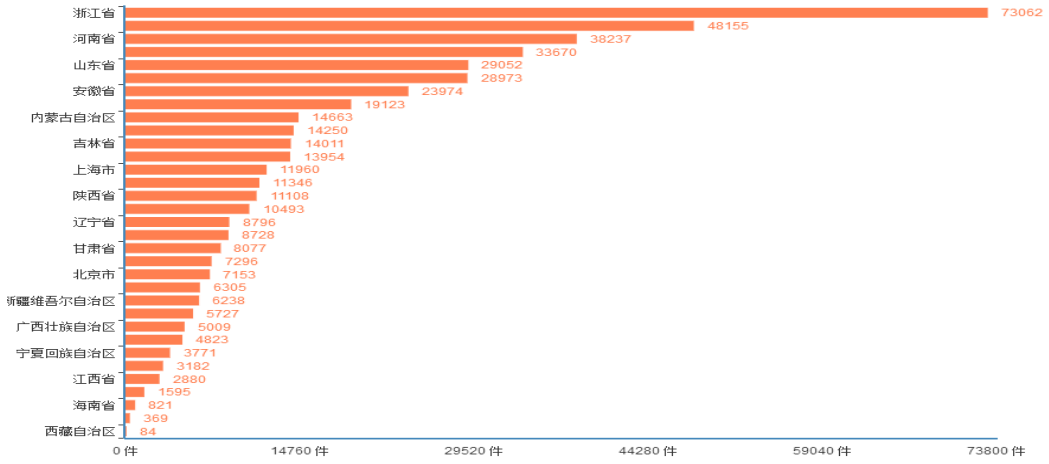
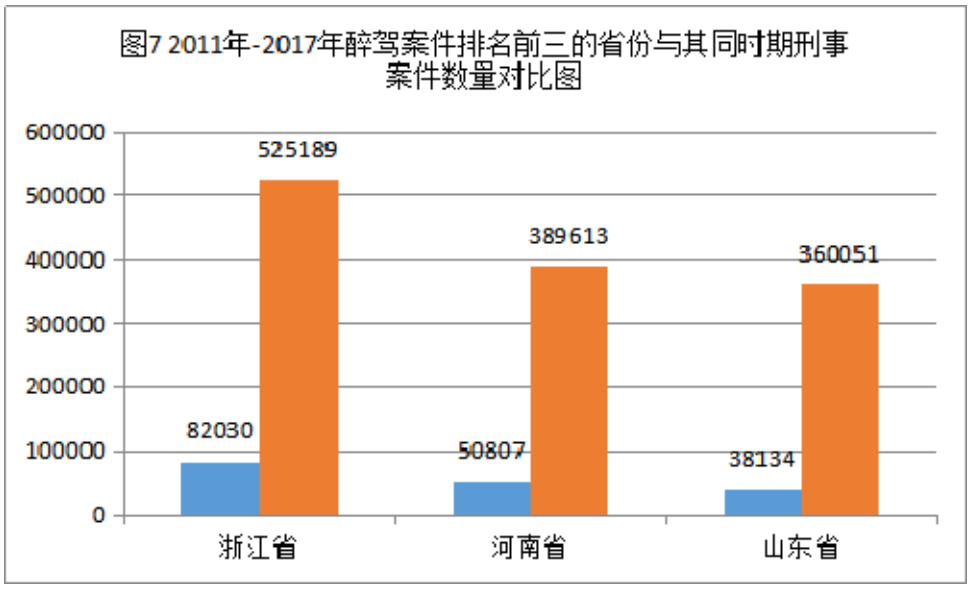



图 7 2011 年-2017 年醉驾案件排名前三的省份与其同时期刑事案件数量对比图

①法意科技平台，http://www.lawyee.com/。

② 法意科技平台数据和中国裁判文书网所取得的数据有不同，该平台做出的解释是：造成缺失样本的原因为法院合并、变更造成不能和标准的法院进行匹配导致提取缺失所致。




根据图表 6 和图表 7 的数据，经过分析得出如下结论：

（1）根据中国裁判文书网的数据显示，2011 年至 2017 年，浙江省、河南省以及山东省醉驾型危险驾驶案的数量分别为 82030 件、50807 件以及 38134 件。[①]同时，2011 年-2017 年浙江省、河南省以及山东省刑事案件的数量分别为 525189 件、389613 件以及 360051 件。[②]

（2）通过图表 7 的数据分析可知，浙江省醉驾型危险驾驶罪占同时期刑事案件的比例为 15.62%，河南省占 13.04%，山东省占 10.59%。排名前三的省份，醉驾型危险驾驶罪的数量占据同时期刑事案件的占比很高，三省的占比均达到了 10%以上。法官大量时间用于审理以危险驾驶罪为代表的轻罪案件，势必会严重挤占刑事案件的司法资源。

### （二）醉驾入刑的积极效果

醉驾入刑，实现了法治效果和社会效果的统一，有效地发挥了刑罚的震慑和威慑作用。具体表现在两个方面：

1. 醉驾入刑有效地遏制了醉酒驾驶的行为

从公安部公布的统计数据来看，醉驾入刑后社会效果非常显著。2011 年 5 月 1 日至 2013 年 5 月 1 日，全国公安机关共查处酒后驾驶 87.1 万起，同比下降 39.3%，其中，醉酒驾驶机动车 12.2 万起，同比下降 42.7%，酒后驾驶和醉酒驾驶行为总量大幅下降。[③]醉驾入刑 5 周年（2011 至 2016），据公安部交管局的数据显示，全国公安机关查处饮

① 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=ac22871f-dd40-837a605e-666fa320902d&conditions=searchWord+QWJS+++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA%20%E9%86%89%E9%85%92&conditions=searchWord++CPRQ++%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20TO%202017-12-31，2018 年 6 月 1 日最后访问。

② 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=JEFRXFMV&guid=5d988e29-04a7-167862c4-18a727860a1e&conditions=searchWord+1+AJLX++%E6%A1%88%E4%BB%B6%E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20TO%202017-12-31，2018 年 6 月 1 日最后访问。

③ 公安部交管局：“醉驾入刑两周年治理成效显著”，http://www.gov.cn/gzdt/2013-05/02/content_2394368.htm，2018 年 5 月 17 日访问。

酒后驾驶机动车与法律实施前 5 年环比下降 34%，其中查处醉酒驾车的案件环比下降了 38%。[①]由此可见，我国刑法规定危险驾驶罪后，在治理醉驾行为以及酒后驾驶机动车违法行为方面效果显著。

2. 醉驾入刑有效降低交通事故发生概率

近几年来，随着社会经济的快速发展，汽车等交通工具日益进入千家万户，汽车的保有量持续呈快速增长的趋势。据公安部统计，截止 2017 年底，全国机动车保有量达 3.10 亿辆，其中汽车 2.17 亿辆，机动车驾驶人达 3.85 亿人。[②]因此，在机动车和驾驶人不断增长的趋势下，案件的数量必然会呈现增长的态势。但是，自从刑法规定醉驾型危险驾驶罪之后，该罪的数量不但没有上升反而呈现下降的趋势，通过图表 2 可知，醉驾型危险驾驶罪占危险驾驶罪的比例每年呈递减的趋势，这表明醉驾入刑取得了良好的社会效果和法律效果，有效遏制了酒驾醉驾违法犯罪多发的势头，同时也降低了不必要的交通事故的发生。

（三）醉驾入刑的消极后果

上述实证研究的结果表明，自从危险驾驶罪纳入刑法以来，醉驾问题得到了有效的遏制，我国市民文明驾驶的习惯有所改善。“喝酒不开车，开车不喝酒”的观念逐渐深入人心，这是无法否认的事实。但任何事物都不可能是尽善尽美的，尤其是一部新法的实施要经得住实践的检验，醉驾型危险驾驶罪在司法运用过程中出现的问题更值得我们深入思考。笔者将从以下几个方面进行深入分析。

1. 以危险驾驶罪为代表的轻微罪案件挤占大量司法资源

笔者拟通过四组数据来说明，通过真实数据，虽然这些数据来源不同，但是都反映同一问题，即危险驾驶罪案件大量挤占司法资源，占用法官过多时间来处理这类轻微案件。

（1） 第一组数据：中国裁判文书网 2011-2017 年危险驾驶罪判决书的数量

笔者登录中国裁判文书网，关键词输入“判决书”，案件类型输入“刑事案件”时间选取 2011 年 5 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日，共检索到判决书数量 3875504 件[③]；关键词输入“判决书”、“危险驾驶罪”，案件类型输入“刑事案件”。同时，为了保证样本的统一性，选取同样的时间段，共检索到判决数量 608508 件[④]，由数据分析可知，危险驾驶罪所占的比例高达 15.70%。

---

① 新浪新闻：“醉驾入刑这些年”，http://news.sina.com.cn/c/2018-01-02/doc-ifyqinzs7919168.shtml，2018 年 5 月 17 日访问。

② 公安部交管局：“2017 年全国机动车和驾驶人保持高位增长”，http://www.mps.gov.cn/n2255040/n4908728/c5977158/content.html，2018 年 5 月 31 日最后访问。

③ 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=09fc7af6-3f31-7e63399f-4638781fe699&conditions=searchWord+1+AJLX++%E6%A1%88%E4%BB%B6%E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20%20TO%20%202017-12-31&conditions=searchWord+QWJS+++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%88%A4%E5%86%B3%E4%B9%A6，2018 年 6 月 1 日最后访问。

④ 中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/list/list/?sorttype=1&number=&guid=09ad35ae-9d69-18e14ca0-4cedd4419b2f&conditions=searchWord+1+AJLX++%E6%A1%88%E4%BB%B6%E7%B1%BB%E5%9E%8B:%E5%88%91%E4%BA%8B%E6%A1%88%E4%BB%B6&conditions=searchWord++CPRQ++%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%97%A5%E6%9C%9F:2011-05-01%20%20%20TO%20%20%202017-12-31&conditions=searchWord+QWJS+++%E5%85%A8%E6%96%87%E6%A3%80%E7%B4%A2:%E5%88%A4%E5%86%B3%E4%B9%A6%20%E5%8D%B1%E9%99%A9%E9%A9%BE%E9%A9%B6%E7%BD%AA，2018 年 6 月 1 日最后访问。

（2）第二组数据是广州市检察机关受理的危险驾驶罪的案件数量

2018 年两会期间，全国人大代表、广东省广州市人大常委会主任陈建华接受记者采访，其提供的数据显示，2011 年 5 月至 2017 年 10 月，广州市检察机关共受理危险驾驶案件 14.5 万件，其中提起公诉的有 14.2 万件，起诉率高达 98.01%。[①]

（3）2011-2013 全国判处危险驾驶罪的被告人数量

据最高人民法院胡云腾大法官在 2014 年中国刑法年会上透露，自 2011 年《刑法修正案(八)》颁布生效以后，截至 2013 年年底，全国每年判处危险驾驶罪的被告人平均高达 10 万人左右。[②]醉驾占危险驾驶罪的比例虽然有所下降，但仍然高达 87%以上（数据可参见图表 2）。

（4）2012-2017 年全国法院审结的危险驾驶罪案件

根据 2018 年最高人民法院的工作报告，过去五年，全国法院审结危险驾驶犯罪 69.4 万件。其中，绝大部分危险驾驶案件是醉驾案件。[③]这只是危险驾驶罪一个罪名的案件数量，如果加上其他轻微犯罪，案件数量所占全部刑事案件的比例可想而知。

通过以上四组数据可知，我国是以重罪为主要核心的刑罚体系，与之相配套的司法系统也是重罪模式。随着社会的发展，在我国轻罪不断增长的前提下，如果对于重罪以及轻罪不分区别的适用统一模式，不仅会导致大量轻微犯罪受到的处罚过于严厉，还会严重浪费大量的司法资源，也就意味着适用于重罪的司法资源会大打折扣，同时也会加剧我国目前法院系统“案多人少”的矛盾。

2.将导致犯罪圈进一步扩大

一般认为，“犯罪圈”是国家通过刑法的制定和修改对需要追究刑事责任的犯罪行为所划定的范围。2013 年我国废除了劳动教养制度，劳教对象分流，大量轻罪进入刑法调整范畴，尤以醉驾型危险驾驶罪为代表。我国刑法入罪门槛降低，犯罪圈进一步扩大。刑法学界针对“犯罪圈”的扩大是否已经超越合理的界限，存在着肯定论和否定论两种不同的观点。

肯定论者认为，我国刑法犯罪圈的扩大，使刑罚宽缓化符合当今我国刑法发展的必然趋势，并不违背刑法的谦抑性理念。[④]还有学者认为，“虽然 1997 年《刑法》通过后，我国的犯罪圈有所扩大，但与英美国家相比，我国仍属于小犯罪圈的行列”。[⑤]否定论者认为，刑法是保护公民的最后一道防卫线，只有穷尽其他手段无法解决时才能发挥刑法的功能。何荣功教授对“过度刑法化”提出批判[⑥]，刘艳红教授认为，“我国今后的刑法调控的范围应该停止扩张，拒绝犯罪化，适当实行犯罪行为的非犯罪化”。[⑦]

大量轻罪入刑，犯罪圈扩大，会对我国现有刑法体系造成冲击，单一重罪模式已经不再适应现有刑法发展的速度。刑法介入早期化、法益保护前置化等问题应当引起刑法学者的重视。笔者认为，只有实现犯罪化和非犯罪化的均衡，对于重罪与轻罪进行区别对待，才能使犯罪圈处于合理的范围之内，从而实现法治地良好运行。

3.“犯罪标签”带来的消极后果

---

① 陈建华代表:《建议将部分醉驾案纳入附条件不起诉范围》，载《检察日报》，2018 年 3 月 17 日第 7 版。

② 姜涛:《比例原则与刑罚积极主义的克制》，载《学术前沿》2016 年第 8 期，第 92 页。

③ 搜狐网：人大代表：醉驾案件挤占大量司法资源 建议符合一定条件案件可不起诉，http://www.sohu.com/a/225294342_313745，2018 年 5 月 31 日最后访问。

④ 卢建平，刘传稿:《法治语境下犯罪化的未来趋势》，载《政治与法律》，2017 年第 4 期。

⑤ 刘强:《我国适当扩大犯罪圈的必要性及思路》，载《青少年犯罪问题》，2014 年第 5 期，第 25 页。

⑥ 何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》，载《中外法学》，2015 年第 2 期。

⑦ 刘艳红:《我国应该停止犯罪化的刑事立法》，载《法学》，2011 年第 11 期。

犯罪标签理论（labeling theory）[①],又称之为社会反应理论，属于犯罪学范畴。该理论认为，犯罪或越轨行为不是行为本身的特质，而是社会对该行为做出标定或反应的结果。[②]

“犯罪标签”是司法机关对“犯罪人”进行定罪处罚后，由于其犯罪行为对其身份的影响而遭受与正常人不公平的待遇。一旦被贴上“犯罪标签”后，不仅使刑满释放人员很难融入社会，甚至会自暴自弃，有可能产生继续犯罪。我国刑法总则中未规定类似于西方国家的前科消灭制度，尤其对于以醉驾型危险驾驶罪为代表轻罪案件的犯罪人以及家属的生活产生很大的影响。

（1）“犯罪标签”对犯罪人的影响

“犯罪标签”在我国立法中主要是通过对“犯罪前科”产生的不利后果呈现出来的，最大的消极后果就是不利于犯罪人重新回归社会。《刑法》第 100 条前科报告制度规定：依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。有前科的人，一般伴有各种资格的限制、甚至资格的停止。具体表现如下：

其一，公职人员如果由于醉驾而受到刑事处罚，会面临双开的严重后果。[③]中共党员还要接受党纪政纪处分。[④]《行政机关公务员处分条例》第 17 条第二款规定，行政机关公务员依法被判处刑罚的，给予开除处分。《事业单位工作人员处分暂行规定》第 22 条规定，“事业单位工作人员被依法判处刑罚的，给予降低岗位等级或者撤职以上处分。其中，被依法判处有期徒刑以上刑罚的，给予开除处分。”“行政机关任命的事业单位工作人员，被依法判处刑罚的，给予开除处分。”

其二，中共党员由于醉驾受到刑事处罚，还要接受党纪政纪处分。[⑤]党员干部触犯刑律的要给予党纪处分。《中国共产党章程》第 38 条第二款规定：“严重触犯刑律的党员必须开除党籍。”《行政机关公务员处分条例》第 33 条第一款规定，“具有以下三种情形之一的，应当开除党籍：因故意犯罪被依法判处刑法规定的主刑（含宣告缓刑）的；被单处或者附加剥夺政治权利的；因过失犯罪，被依法判处三年以上（不含三年）有期徒刑的。”

笔者认为，危险驾驶罪是抽象危险犯。只要行为人在道路上醉酒驾驶机动车，即被认定为危险驾驶罪，并不要求发生危害结果。醉驾犯罪人的人身危险性小，且实践中大部分案件情节比较轻微，因此醉驾型危险驾驶罪是轻罪的典型代表。但如果对于轻罪犯罪人也要承受与重罪犯罪人一样的“犯罪标签”后果，非常不利于犯罪人回归社会，不利于刑罚教育刑功能的实现，而且有可能导致其他人对“犯罪人”避而远之，增加了犯罪人再社会化的难度，极有可能加深犯罪人对社会的仇视心理，不利于保障“犯罪人”的人权。

（2）“犯罪标签”对犯罪人家庭成员的影响

---

① Larry J Siegel：*Criminology*. Thomson Wadsworth, 2009 , p. 214。

② 转引自李明琪，杨磐：《犯罪学标签理论的应然走向》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2012 年第 3 期，第 133 页。

③ 搜狐新闻：“2018 新规：法官、公务员、教师等喝酒开车可直接开除！”
http://www.sohu.com/a/225809377_100132164.2018 年 4 月 21 日访问。

④ 中国纪检监察报：“醉酒驾车被判处刑罚 应如何给予党纪政纪处分”，
http://www.zgjjjcb.cn/content/2016-03/09/content_28356.htm.2018 年 4 月 21 日访问。

⑤ 中国纪检监察报：“醉酒驾车被判处刑罚 应如何给予党纪政纪处分”，
http://www.zgjjjcb.cn/content/2016-03/09/content_28356.htm.2018 年 4 月 21 日访问。

“犯罪标签”对犯罪人家属及其家庭成员可能产生株连效应。前科株连效应是指犯罪人的犯罪记录导致其近亲属和其他家庭成员由于法律法规的规定而受到规范性的株连评价,进而导致特定的权利遭到限制、特定的资格遭到剥夺的情况。[①]笔者认为，犯罪前科是为了预防犯罪人再次犯罪而对其设定的制度，这是社会大众都可以接受和认可的，然而由于某个特定主体的犯罪行为导致其近亲属和其他家庭成员某些资格的限制或者剥夺，是对其他人员的权利资格的剥夺和歧视，不利于刑法人权保障功能的实现。在中国，犯罪前科株连效应普遍的存在，这是我国在构建以醉驾型危险驾驶罪为代表的轻罪制度过程中的障碍。

犯罪前科株连效会严重影响轻罪犯罪人子女的入学、就业等。《公安机关人民警察录用办法》第 6 条规定，“有下列情形的，不得报考人民警察：……(五)直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的;”该规定直接剥夺相关权利人考试的资格。即使有些未被剥夺考试的资格，也会通过限制其他条件进而剥夺其权利。比如，在公务员面试考试中，政审是必不可缺少的环节，要对几代人有无犯罪记录进行审查。如果近亲属有犯罪记录，报考者就会被剥夺资格，从而失去考试乃至就业的机会。此外，在入党、入伍等过程中都要对其家庭成员等进行有无犯罪记录进行政治审查。于志刚教授就认为，政审这种“合法”预防或者控制的背后,其实是在做“有罪推定”,是对未然之罪或者“莫须有”之罪施加资格剥夺、权利限制甚至处罚。[②]笔者认为，这种规定与无罪推定原则是背道而驰的，是对犯罪人子女权利的间接侵犯，同时严重违反了刑法面前人人平等的原则。

犯罪前科株连效应将严重影响犯罪人及其亲属的生活。犯罪前科株连效应不仅仅体现在对于犯罪人工作的影响上，也同样严重影响犯罪人的日常生活。不仅犯罪人本人被排斥，而且其家庭成员也会被社会大众另眼看待。中国古代是“家族”本位，“株连”政策深入人心。俗语称“近朱者赤，近墨者黑”，或是“上梁不正，下梁歪”、“有其父，必有其子”等，强调的就是家庭影响力的作用，认为犯罪分子教育出来的孩子就是“犯罪人”。

笔者认为，犯罪前科株连效应严重忽略了个体独立的行为。犯罪人实施犯罪行为，其人格尊严和某些资格受到否定评价，是出于惩罚的目的，而且也是报应主义刑罚观要求使然。然而，前科株连效应却把犯罪成本延伸至犯罪人的亲属，这与我国宪法提倡的公平原则是不相符合的。一方面，犯罪人亲属对被害人有着自责心理，另一方面，还要承受来自社会大众的非难，严重影响其生活。醉驾型危险驾驶罪是我国法定刑中最轻的一个罪名，我国尚未建立轻罪模式体系，拘役 6 个月却要适用重罪模式的刑罚后果。这不仅对于犯罪人极其严格，同样对于其家属也是不公平的。笔者认为，对于所有的犯罪不加区别的适用重法体系模式，不仅达不预防犯罪的目的，反而有可能激励潜在的“犯罪人”触犯更严重的罪名。

## 四、轻罪刑事责任消极影响的消除

### （一）短期方案：修改刑法分则第 133 条之一

笔者认为，既然危险驾驶罪是轻罪的典型代表，为了不伤筋动骨，可按照我国刑法规定终身监禁的做法，仅对刑法分则单个罪名做出特殊规定。这样有利于维护刑法的稳

① 于志刚:《前科株连效应的刑法学思考》，载《法商研究》，2011 年第 1 期，第 150 页。
② 于志刚:《前科株连效应的刑法学思考》，载《法商研究》，2011 年第 1 期，第 158 页。

定性，也有利于消除轻罪的消极后果。具体方法是在刑法第 133 条之一增加一款，“行为人犯危险驾驶罪的，适用前科消灭制度。”

### （二）长期方案：《刑法》总则中规定轻罪前科消灭制度

轻罪行为人的人身危险性小，犯罪情节轻微，如果没有相应的制度规定在经过一定的法定期间之后将其消灭，将会使受刑罚处罚的人承担过于严苛的负担，并且严重影响他们复归社会，世界上的大部分国家的刑法中都规定了前科消灭制度。因此，笔者认为，在我国轻罪不断扩大的情况下，有必要在刑法中引入前科消灭制度，用以消除我国轻罪入刑的消极影响。

1.我国应当建立轻微刑事犯罪的前科消灭制度

前科消灭制度是指“犯罪人”受到有罪宣告[①]或刑罚执行完毕，在满足一定的法定条件之后，经过法定的程序被注销其有罪宣告或刑罚处罚的犯罪记录，恢复其正常法律身份的制度。前科消灭包括两方面的内容，既包括单纯的被宣告有罪，也包括被判处一定的刑罚处罚。

前科消灭制度作为一项法律制度被大部分国家所吸纳，作为其刑罚体系的一项内容。《日本刑法典》第三十四条之二第 1 款定：监禁以上的刑罚已经执行完毕或者被免除执行的人，经过十年，未被判处罚金以上刑罚的，刑罚宣告丧失效力。罚金以下的刑罚已经执行完毕或者被免除执行的人，经过五年，未被判处罚金以上刑罚的，亦同。第 2 款规定：被宣告免除刑罚的人，在宣告确定后，经过二年，未被罚金以上刑罚的，免除刑罚的宣告丧失效力。[②]所谓，“被判处罚金以上刑罚”，指其刑罚的宣告已经确定的情况。[③]《俄罗斯联邦刑法典》第 86 条规定了在下列情况下前科消灭：（1）被判缓刑的人，考验期届满；（2）被判处比剥夺自由更轻刑种的人，服刑期满后过 1 年；（3）因轻罪或中等严重的犯罪被判处剥夺自由的人，服刑期满后过 3 年；（4）因严重犯罪而被判处剥夺自由的人，服刑期满后过 6 年；（5）因特别严重的犯罪被判处剥夺自由的人，服刑期满后过 8 年。[④]《法国刑法典》虽未规定前科，但其规定了类似于前科消灭法律效果的复权制度。所谓的“复权”，是使根据刑罚宣告丧失的资格或权利恢复给其丧失者，使精神的负担减轻，意图促进社会复归的制度。[⑤]

笔者认为，我国应当建立轻微刑事犯罪的前科消灭制度。我国《刑事诉讼法》第 275 条规定了适用于未成年人犯罪的犯罪记录封存制度，这是我国立法改革中的重大进步，但是犯罪记录封存制度不仅范围过于狭窄，也不能达到“彻底消灭”前科犯罪记录的效果。笔者认为，前科消灭制度应当扩大适用于轻罪。而对于危害行为较大的犯罪行为以及累犯、惯犯等应当被排除在该制度之外。刑法是最为严厉的法律，刑罚的功能在于惩罚犯罪与保障人权，法律在发挥其最大地保障人权的同时，必须兼顾惩罚犯罪的功能。

2.前科消灭制度的适用条件

前科消灭制度的适用条件包括形式要件和是实质要件。形式要件是指前科消灭要经过法定的期间，实质的要件是指“犯罪人”在法定期间内的表现情况。笔者认为，轻罪的前科消灭制度的适用条件是首先设定一定的法定期间，在法定期间，“犯罪人”必须遵守相关的规定，表现良好，没有再犯罪的可能性，没有对所在社区造成重大不良的影

① 这里的“有罪宣告”既包括人民检察院作出的相对不起诉，也包括人民法院作出的免予刑事处罚以及缓刑执行。
② 《日本刑法典》，张明楷译，《法律出版社》2006 年版（第 2 版），第 19 页。
③ 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，《武汉大学出版社》2002 年版，第 954 页。
④ 《俄罗斯联邦刑法典》，黄道秀译，《中国法制出版社》2004 年版，第 38-39 页。
⑤ 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，《武汉大学出版社》2002 年版，第 947 页。

响。法定期间届满，则前科消灭，犯罪记录不得再留存。

构建轻罪前科消灭制度有效地兼顾了惩罚犯罪与保障人权的刑法目的。一方面有助于发挥了刑罚的严厉性，起到了警示作用，为我国建立轻罪制度消除了不利后果；另一方面，对于那些由于“一失足”的“犯罪人”顺利回归社会提供了制度保障，真正实现刑法“犯罪人”大宪章的功能。同时，前科消灭制度的建立契合了宽严相济的刑事政策，既体现了法律“严”的一面，又体现了其“宽”的一面，符合了我国转型时期的法治改革的要求。

# 本土还是移植：期待可能性的中国命运

陈世伟*

【内容摘要】期待可能性是大陆法系犯罪成立理论中的一个重要范畴。它既是入罪的责任要件之一，也是影响刑罚轻重的超法规因素之一。从价值论上来讲，期待可能性的考量是“法律不强人所难”的具体法律设计，能够有效弥补人性的弱点。它的存在无疑使现有大陆法系犯罪理论更具人权保障性。而它的命运及其在司法实践中的强大生命力却又受制于其超法规的“不良出生”，因为如何实现与罪刑法定原则价值之间的契合成为了现实中“剪不断、理还乱”的问题。因此，大陆法系学者中出现了“保留”和“抛弃”两种论点。面对这一颇具争议的、植根于大陆法系犯罪论体系中的重要范畴，我以为，应当立足本土资源，厘清我国现有犯罪构成的基本理论，探寻我国现有犯罪构成理论中的相关人性设计，而不需要全盘照搬。

【关键词】期待可能性； 人性；犯罪构成；情节

## 一、期待可能性理论的由来、人性基础及不同法系中的表达

### （一）期待可能性理论的由来

一般认为，期待可能性是由德国司法实践中确立的一个责任要素，1897 年 3 月 23 日德意志帝国法院第四刑事部所作的“马车绕缰案”的判例，成为期待可能性的理论渊源。该案的案情是：被告人是一马车的驾车人，驾驭一辆双辔马车，其中一匹马有以马尾绕缰并用力压低缰绳的习惯。被告人常向其雇主提出此问题并要求换一匹马，但未得允许。1896 年 7 月 19 日， 当被告人驾车时，该马癖性发作，将尾绕缰用力下压，致使马车失控狂驰，将一行人撞倒并致其骨折。检察官以过失伤害罪对被告人提起公诉，但一审法院宣告被告人无罪，检察官提出上诉，此案移送德意志帝国法院审理。帝国法院驳回了检察宫上诉，其理由是：要认定被告具有过失责任，仅凭其认识到该马有以尾绕缰的习惯并可能导致伤人还不够，还必须以被告基于此认识而向雇主提出拒绝驾驭此马为必要条件。然而，事实上无法期待被告人不顾丢失工作的危险而向雇主拒绝驾驭此马，故被告人不应负过失责任。这一案件中的法官们在认定犯罪过失责任的过程中人为加入了犯罪的“附随情况”，也正是这些情况阻却了行为人的过失责任。历史来看，这一附随情况是以“心理责任论”为基础的过失责任中不具要也不可能具有的要素。正因为如此，“期待可能性”被视为是“规范责任论”得以完善的标志及其核心内容。“在刑事责任中引进期待可能性因素，是规范责任论的‘革命性’的表现”。[①]相较于呆板而且僵化的“心理责任论”，“规范责任论”更强调责任从行为向行为人的理性回归。“心理责任论”构筑的基础是行为。凡是行为人的行为符合法定的构成就应当成立犯罪，因而“责任”就只不过是“心理责任论”内在地考虑行为人与其所致的已经发生的违法结

* 作者简介：陈世伟（1975- ），重庆市人，西南政法大学法学院副教授、硕士生导师， 主要从事刑法基本理论和实践的研究。联系方式：cswdoctor@126.com.

① [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 185 页。

果之间的主观联系而已。对于心理要素之外的其他规范要素，“心理责任论”是无能为力。而“规范责任论”将责任的视野置于行为人本身，强调在故意、过失、责任能力等因素之外，还应当考虑行为人本人在行为时适法能力等“附随情况”。也即，即使行为人具有了责任的故意、过失、责任能力等责任要素，但如果在行为时行为人并不具有适法的可能性，那也不可能产生责任。显而易见，它的进步之处就在于关注了行为人与规范之间的互动关系，将“法不强人所难”的真实意蕴融入了相关的制度设计中。

诚然，人在这个世界中是以一副万能主宰者的形像出现的。既然为主宰，自然界当然不在话下，重要的是求得和确立人类自己的某种秩序（当然，这恐怕只能是最初人类的想法。当人与自然发生冲突的时候，人与自然的关系也应当是秩序的内涵）。一个常识便是，社会秩序的求得在很大程度上是依赖于自己所积淀、缔造以及经营的各种规范。这既从一个角度证实了人的社会性，也是人社会性的产物。换言之，人要保持自己的社会性，在一定程度上就需要这些规范。甚至可以说，人越是想要求得秩序，就离不开这些规范。在各种规范之中，尤以彰显正义且具有普适性的法律成为了现代人类求得秩序的首选与最爱。按照亚里士多德的说法，“法律就是秩序，有好的法律才有好的秩序”。在现代人看来也如此，谁要是侵害和破坏了这种业已建立和行将建立的秩序，谁就应当承担不利后果。为了最大限度地制裁以及尽最大可能防止同类破坏这种秩序，人类想到了刑罚（当然，刑罚是从现代人角度讲的，初民恐怕能想到的就是剥夺人在那个时代最基本的东西如生命、肢体完整性等）。无论从哪个角度讲，刑罚的应有属性都是剥夺性的痛苦。通过这种痛苦，让每个人反省自己从而求得和现行法律指引的秩序的一致性。既然要失去，对于人类来讲，那就要解决一个问题即如何剥夺为宜，因为谁也不愿意平白无故的失去既有的东西。于是，法律还需要告诉我们每一个可能被剥夺的人，什么情况下才应当被剥夺自己既有的东西。对于什么情况下剥夺，人类自己也搞不清楚。这也正是人类在探求责任过程中会经历从客观到主观尔后到主客观的根本原因所在。人类对自己的认识不足导致了初民只会处罚人的客观行为，而对主观关注甚少；而当人类开始借助一个不可怀疑的外物来认识自己时，人类对于客观关注又转变成为了对主观的关注，最后当人类借助现代科学初步认识自己的思维过程时，人类发现关注任何一个方面都有失偏颇，需要的是两方面的平衡（当然，不排除人类在特定情况下为了一时目的而只关注客观方面，但这决不是发展的趋势，比如严格责任就只能说是人类现代意义上责任的例外）。从责任理论的发展来看，“心理责任论”正是现代人类在初步把握自己思维过程后的产物。从某种意义上讲，“心理责任论”产生于古典哲学和现代意义的心理学。这种科学至上的态度使得“心理责任论”在一定时间内取得了刑法学责任理论的支配地位。在刑法理论看来，行为人基于自己的自由意志实施了危害秩序的行为，行为人的自由意志与其导致的结果之间存在内在、主观上的关联，因此有理由将这一结果归罪于行为人。行为人也因此承担由此引起的不利后果。于是，在“心理责任论”看来，自由意志作为前提和在规范中的具体化即故意与过失是行为人承担刑事责任的主观根据。不过，遗憾的是，由于“心理责任论”过分强调从事实发生角度来提示犯罪人的心理过程，而忽视了行为人本人实施行为时心理过程之外的其他情形，因此显得有些僵硬甚至不尽情理。而恰恰是这些行为时心理过程之外的其他或客观或主观的因素将行为人与规范之间联系了起来，使得行为人与规范之间的紧张关系得到了消解，体现了责任的本质内涵即“非难可能性”。于是，“期待可能性”这一责任要素就得以出现。从最终的角度来看，“期待可能性”是人类在自己经验（绝不是逻辑）的基础上窥探出了自己与自己制造出的法规范之间的内在冲突，看到了规范中人性自身弱点和人自身能力的有限性的基础

上，从而试图弥补自身弱点的一种相对合理的法律制度设计。可以说，将“期待可能性”引入到现代意义中的责任中来是一个人性化的设计，也并不存在地域性，因为三大法系的法律中都存在这一共通的要素，只不过采用了不同的言说方式和不同的制度设计而已。

### （二）英美法系国家刑法中的相关设计

英美法系国家从程序法和实体法两个角度来认定犯罪。以美国为例，长期的司法实践就形成了所谓的“双层模式”这一认定犯罪的标准。这一制度设计以功利为导向，以公正为最终的价值追求，灵活地游走于事实与规范之间。从英美法系国家认定犯罪的过程来看，出罪的部分即“辩护理由”就充分体现出了“期待可能性”的价值内涵。从美国的刑法理论来看，行为人构成犯罪的前提是行为人必有实施了有意识的行为和犯意（相当于我国的罪过）。从证明责任来讲，控方的举证责任就在于证明行为人存在有意识的行为和相应的犯意。如果行为人要证明自己无罪就必须证明自己有足够的辩护理由。这些辩护理由有最为常见的正当行为、避险行为、未成年、精神病等理由。这些理由如果成立就可以使行为人不构成犯罪。可以看出，在认定犯罪过程中，辩护理由成为一个极其重要的出罪理由。加之英美法系各国有发达且相对成熟的陪审团制度，因此充分考虑行为人行为时的状况以达到出罪的目的制度设计就显得更加的精巧和完美。可以看出，这些因素也并非成文法一一加以规定，都有可能是超法规因素。我们甚至可以这样说，在判例法为主的英美法系国家，超法规的责任因素恐怕天天都在通过陪审团来加以使用，最终仍然能够充分保障公民的自由和人权。而这一点恰恰是大陆法系那种僵硬的成文法所设计出的犯罪三阶层理论所不能企及的。

## 二、期待可能性的现代命运

三大法系中存在共同的期待可能性的制度设计，都是力图弥补人性的弱点。如前所述，一个简单的事实便是，期待可能性最初是由司法者在司法过程中发现的责任因素。经过后人的发展与提炼，期待可能性才被提高到了立法层面并运用于立法中。至少从期待可能性理论发源地的德国来看，现在意义的期待可能性要素是法规范与超法规的统一。正因为如此，德国部分学者认为，立法中也规定了排除或者减轻犯罪人责任的期待不可能性。而这些期待不可能性对某些制度的理论基础而言是具有极强的解释作用的。比如，德国刑法规定，防卫人由于惶惑、害怕、惊吓而防卫过当的，不负刑事责任。又如，德国刑法分则（很多国家其实都有这样的规定）规定的，对于亲属之间窝藏可以减轻或者免除责任。这些例子在部分德国学者看来都是期待不可能性在立法中的具体体现，也只有借助于期待不可能性才能对这些立法做出合理解释。当然，明确规定于法律中的期待不可能性这一消极要素不会产生多少争议，因为从现代意义的罪刑法定原则的内涵来看，入罪的因素应当由刑法明确规定，出罪的因素似乎不那么严格。但是，现实却是，立法中能够明确规定的期待不可能性这一消极责任因素是少数，而要真正实现期待可能性的内在价值则更多是依赖于超法规的表达。于是，这样就给刑法理论带来一个困惑即超法规的期待可能性的相应要素是否与罪刑法定原则相矛盾，是否赋予了法官太大的自由裁量权，是否是对立法权的僭越。这样的困惑并不困扰着德国这一理论的发源地，继受德国刑法理论较多的日本刑法学界和日本司法界对此的态度不尽相同。总的来讲，日本学者对期待可能性这一理论似乎是宠爱有加，而司法实践却并不那么感兴趣。按照日本学者自己的总结，即使是日本首次运用期待可能性解决责任问题的“第五柏岛

丸事件”[①]，日本最高法院也并非采取积极的来真正认同期待可能性。[②]日本学者川端博也指出，日本学说上也承认期待可能性，虽然对该理论之机能，有不同的理解，然而并无学者否定其理论之本体。下级法院之判例，虽也有承认期待可能性为阻却责任者，但最高法院之判例并无从正面直接予以承认者。[③]日本的司法实践往往更愿意通过违法性等认定犯罪的要件来解释出罪的理由。诚如日本学者平野指出的那样，“期待可能性，大致系与可罚的违法性具有共通性。两者同样地，或多或少具有超法规的性格，同样系标准不一定十分明确。然而，无论两者中之何者，实质违法性上法益考量为了尚有些许测定可能，可谓有一些确定性。因此，前述几件最高法院判决（东芝川岸工场事件、三菱炭矿事件等——笔者注），不一定系否定期待可能性，而且尽可能欲视为违法性或构成要件之问题而解决者，可谓系妥当之方向。”[④]在德日的理论争议中，形成了“肯定”和“否定”两种观点。比如日本学者大谷实就认为，期待可能性的理论，作为判断行为人的意思决定的谴责可能性的基础，是非常合理的。[⑤]但是，德国刑法学者耶赛克却认为，“这种被主观化的不可期待可能性学说，鉴于对刑事司法的稳定性和均衡性的危险，未能被贯彻，而以普通人的动机能力为基础的超法规的免责事由的观点被承认了一段时间。……但该理论现在未被接受。今天，该理论已经变得无足轻重了。……在学术界贯彻了这样一种认识，即刑法在责任领域需要标准，这些标准虽然应当包含对意志形成的评价，但必须被形式化，并从法律上加以规定。不可期待性这一超法规的免责事由，无论是从主观上还是从客观上加以理解，均会削弱刑法的一般预防效果，以至于导致法适用的不平等现象，因为所谓的‘不可期待性’，并不是可适用的标准。”[⑥]

## 三、我国刑法理论研究的应有态度

如果有人认为我国没有与期待可能性相同的人性设计，那应当算作是一种误解。如前所述，期待可能性作为一种法律规定与超法规事由，不仅能够阻却责任，而且能够影响责任的轻重。如果按照这样来理解，我以为，我国刑法中的定罪和量刑情节等首先就应该和期待可能性这一设计具有同样的功能。具体来讲，这里的定罪情节和量刑情节包括了所有法定的情节和酌定情节。其中，定罪情节主要影响定罪（出入罪），而量刑情节则是影响刑罚轻重（责任轻重）。当然，由于我国犯罪构成这一定罪的法律规格与出罪因分属两个层次，因此从整个犯罪论体系来看，我国刑法中与期待可能性具有相同功能的因素散见于犯罪构成各要件以及定罪量刑中的情节。具体来讲，第一，从犯罪构成角度来看，犯罪构成各要件中都考虑到了期待可能性的这一责任要素。我们以为，犯罪构成是以主观要件为核心的各要件的辩证统一体。在这一统一体中，犯罪客体、犯罪主体、主观要件以及客观要件都从不同角度体现出了期待可能性的精神。具体来讲，根据刑法的规定，刑事责任能力的规定、行为的规定以及主观方面的规定都从自己的角度界定了出入罪的标准，在犯罪构成中首先将那些不具有期待可能性的情况排除在外。第

①日本学者一般将“第五柏岛丸事件”视为是日本司法界具体运用期待可能性的典型案例。案情讲述的是一名受雇的船夫在可能超过船最大载客量的情况下请求船主不要开船，但船主却无视被告人的警告让过多的乘客上船，结果人数过多超过了船的最大载客量 5 倍，致使船只沉没，使多数人死伤。这个案件中最高法院撤销了原判的监禁刑而改判为较轻的罚金刑。

② [日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社 2003 年版，第 267 页。

③ [日]川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 253 页。

④ 转引自[日]川端博：《刑法总论二十五讲》，余振华译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 254-255 页。

⑤ [日]大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社 2003 年版，第 268 页。

⑥ [德]耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书·总论》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 602-603 页。

二，从整个犯罪论来看，我国刑法第13条的“但书”、意外事件、正当防卫、紧急避险、胁从犯等规定都体现出了期待可能性设计的内在价值。我国刑法第13条规定的但书首先从立法角度上充分体现了期待可能性的出罪功能。比如，在司法实践当中，如果单位实施了生产、销售假冒伪劣产品犯罪，除了直接主管的责任人员和其他责任人员以外，其他具体负责生产的工人并不构成相应的犯罪，原因就在于这些人的行为情节显然轻微危害不大而不认为是犯罪。显然，运用刑法第13条但书来排除工人行为的犯罪性是考虑到了全部工人在那种情况下不可能冒着丢工作的危险而做出适法行为。这一解释是和期待不可能性的理论基础完全一致的。从另个方面来讲，由于期待可能性并不完全是法定的出入罪或者罪轻罪重事由，而可能是一个超法规的事由，而我国刑法第13条但书的内容却是法定的，因此，从这种意义上讲，我国刑法第13条的但书更具法定性，更契合罪刑法定原则的价值。“意外事件”的规定[①]也从主客观两个方面排除了行为的犯罪性。正当防卫、紧急避险这两大制度基础更是体现了“法不强人所难”的精神，特别是紧急避险更是集中体现出了对于人性弱点的关注。当然，防卫过当、避险过当等减轻或者免除处罚的根据恐怕只能以不能期待或者期待行为人做出适法行为的可能性减小来加以解释，否则同为过失犯罪，为什么在正当防卫和紧急避险过程中就需要得到特殊的对待呢？共同犯罪中的“胁从犯”[②]也是充分考虑了行为的期待不可能性的立法结果。根据刑法的规定，我们一般认为，“胁从犯”是指在意志受到相对胁迫的情况下实施了犯罪行为的行为人，其罪过、责任能力和其他共同犯罪人并没有什么不同，而正是考虑到行为人在那种情形下难以完全做出适法的行为，因此法律视情况不同而给予其责任上的特殊对待。

当然，期待可能性这一制度的价值应当贯穿于整个刑法典和刑法适用过程当中。从大陆法系国家的立法来看，分则中也体现出了对于人性弱点的关注。比如，罗马尼亚刑法典规定，为帮助近亲属而实施包庇、藏匿罪犯、知犯不举、伪证或湮灭证据、代受刑罚、隐匿赃物等行为，不罚或减轻处罚（当然任何权利也有例外，对于藏匿犯叛国、资敌、谋反等罪的亲属者则不能免罚）。《德国刑法典》（1976年）第139条、《意大利刑法典》第307条以及《法国刑法典》（1994年修改）第434-1条和434-6条都规定，故意藏匿图谋或实施叛国、挑动内乱外患等重罪的近亲属不罚。但是，我国刑法分则在这一点上尚存在不足，特别是对于一些亲属间犯罪没有能够在立法上给予充分的关照和特殊对待。比如，对于同样是亲属间的窝藏罪、伪证罪、帮助毁灭证据罪等并没有给予相应的关照。实际上，在这些情形中，我们考虑行为人责任就应当首先考虑能否期待行为人做出适法行为。显然，作为常人，我们很难想象在现在这个时代里绝大数人会很情意做出“大义灭亲”行为。因此，这些情形下行为人实施行为时不具有期待可能性或者期待可性有所减弱，应当给予从轻、减轻或者免除处罚。

我国“两高”的部分司法解释应该说比较好地体现出了对于人性弱点的关注，在解

① 我国刑法这一规定的法理基础还有待进一步讨论。根据我国现有刑法理论，“意外事件”实际上可以从两个角度排除其犯罪性，一个角度是从犯罪构成客观方面的行为中将其犯罪性排除出去，因为这种情况下行为人的行为不是有意识的行为；另一个角度就是可以从不能期待行为人作出适法行为的角度来解释这一行为的非犯罪性。从我国现有刑法的规定来看，从犯罪构成客观方面的行为角度排除其犯罪性似乎更为妥当，因为行为人这种情况下与其所导致的结果之间没有主观上的联系。不过，对于我国刑法理论通说中所讲的意志或者身体受到强制（包括部分、全部强制）不承担或者承担更轻刑事责任的情况似乎又更适宜采用不能期待行为人做出适法行为这一解释方法，因为在这种情况下行为人实际上存在故意或者过失，只是不能期待或者期待其做出适法行为的可能性更小而已。

② 当然，“胁从犯”有没有独立存在的必要是另外一个问题，但我国刑法的这一规定至少体现出了对人性弱点的关注。我们可以这样解释，尽管行为人具有主观罪过、客观行为和相应的责任能力，但在人的意志受到胁迫的情况下，我们不能期待行为人自己的基本利益受到胁迫者的伤害而去做出适法的行为，因为刑法是一个普通人的行为规范和裁判规范，相反，绝不是调整圣人行为的行为规则。

释刑法的过程中考虑到了行为人适法可能性对于行为人责任的影响。如，“涉枪涉暴”案件、亲属相犯案件等适用刑法的解释就是适例。最高人民法院《对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》（2001 年 9 月 17 日）的第一、二条就规定，对于《解释》施行前，行为人因生产、生活所需非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理；对于《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为，构成犯罪的，依照刑法和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物，没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可依法免除或者从轻处罚。这一解释中很好地运用了刑法第 13 条的但书，充分关照了行为人适法可能性，因此很好地解决了刑法的规定与现实的矛盾。最高人民法院研究室的孙军工同志在关于《最高人民法院对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》的理解与适用（《刑事审判参考》(总第 22 辑)，法律出版社）一文中的论述更有力地说明了考虑期待不可能性在司法实践中的生命力。他分析指出，“在有些案件中，行为人非法制造、买卖的枪支、爆炸物均用于日常的生产、生活，尚未造成严重后果，但是，由于《解释》规定的涉枪、涉爆案件定罪量刑标准比较严格，这些案件的被告人可能被判处较重的刑罚。特别是，这些案件多集中在一些偏远的山区乡镇，有的一个几十个人的小村庄，竟有 10 余人参与非法制造、买卖爆炸物品活动。这些案件的涉案当事人居住在贫困的山区，经济落后，生活贫穷，推一的致富途径就是靠开山炸石搞一些小型石料厂。办石料厂就需要开山炸石，而开山炸石就需要炸药。为此，一些行为人为了图便宜省钱，就找当地农民帮助做一些炸药，而～些农民为了增加收入就自行备料（如硝酸氨化肥、玉米面、花生皮等）和工具，在家中加工制造炸药。他们的目的就是赚钱，主观方面并无实施其他严重危害社会治安秩序行为的恶意。如果不讲政策，一律追究刑事责任甚至判处重刑，社会影响显然不佳。当然，从严格依法查处涉枪、涉爆行为的角度考虑，任何非法制造、买卖、持有、私藏枪支、弹药的行为都应被依法追究相应的责任，但是，绝不能不加区别，搞‘一刀切’。为此，根据《通知》第一条的规定，对于行为人在《解释》施行前，因生产需要如开山炸石，生活需要如打猎、防身等，而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物，不论数量多少，只要没有造成严重的社会危害，既包括自己没有使用枪支、弹药、爆炸物实施危害社会的行为，也包括自己非法制造、买卖、运输的枪支、弹药、爆炸物没有被别人用于实施其他违法犯罪活动，经过有关部门的教育，能够积极主动地交出涉案的枪支、弹药、爆炸物品，确有悔改表现的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理。虽然可以不作为犯罪处理，有关机关依然可以依照法律、法规的有关规定，对行为人予以相应的治安处罚。” 另外，最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见（2005 年 6 月 8 日）中第 7 条第 2 款规定，“抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处罚”。第 7 条第 3 款规定，“为个人使用，以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的，一般不以抢劫罪定罪处罚，构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处理。对于未成年人使用或威胁使用轻微暴力强抢少量财物的行为，一般不宜以抢劫罪定罪处罚。其行为符合寻衅滋事罪特征的，可以寻衅滋事罪定罪处罚”。这些规定中都对行为人实施适法行为的可能性予以了适当的照应，无疑使得这些解释更具人性的色彩。

# 论立法视野下的犯罪与违法之二元界分

黄云波*

【内容摘要】法学界对“质的区别说”、“量的区别说”与“质量混合说”这三种理论的使用情况较为混乱，但这几种理论其实只能用于区分犯罪与行政违法行为。在涂尔干的犯罪本质理论中，犯罪是一种触犯了强烈而又明确的集体意识的行为。因此，所有犯罪都包含了立法者对该行为之社会危害性的量的要求。在立法者眼中，犯罪与行政违法行为之间并无本质区别，两者之间仅仅存在对社会危害程度的不同。

【关键词】犯罪的本质；社会危害性；量的区别说；行政违法

## 一、犯罪与行政违法行为的区别之学说概述

关于犯罪与行政违法行为之间究竟存在何种区别，在理论上历来存在三种不同学说，即“质的区别说”、“量的区别说”与“质量混合说”。

### （一）质的区别说

质的区别说认为，犯罪行为与行政违法不是在对社会危害的程度方面存在区别，而是在本质上存在区别。犯罪行为与行政违法之间不可能存在交叉。“犯罪与违反民法和公法的违法行为的区别，不在其数量而在其质量的不同。”①

根据学者们对“质”的不同理解，质的区别说又可以分为“罗马法的观点”、“行政刑法理论”、“文化规范理论”、“社会伦理的价值判断”、“法律所保护的客体”、“法益破坏的种类与方式”等多种不同的观点。②例如，“罗马法的观点”认为，犯罪是一种“自体恶”；而行政违法为“禁止恶”。③“社会伦理的价值判断”的观点认为，犯罪是应当受到社会伦理否定的不法行为；而行政违法在本质上是不受伦理道德否定性评价的。④不过上述学说都是较为早期的理论，晚近也有学者认为，犯罪是指符合刑罚法规所规定的构成要件，为法律所不容许，必须接受国家刑罚制裁的行为。如果行为不符合“违法性”或者“责任”的条件，即使这是一种侵害法益价值的“违法行为”，并可能因此而承担民事或行政处罚的责任，但在本质上也仍然是与犯罪有所区别的。⑤

### （二）量的区别说

量的区别说认为，犯罪行为与行政违法两者的主要区别不是质的差异，而只是存在量的差异。也就是说，两者在行为的方式上并不存在质的区别，而只是在行为的危害程度上有所不同。根据这种学说，行政违法只是一种在社会危害程度上比犯罪更为轻微的损害或者危险行为。或者说，行政违法是在行为方式上欠缺如犯罪行为的高度可责性的不法行为，事实上是一种轻微的犯行。⑥

---

* **作者介绍：**黄云波，1983 年生，湖南邵阳人，天津大学法学院讲师，刑事法律研究中心研究人员，法学博士。

① [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 65 页。

② 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 36-43 页。

③ 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 36 页。

④ 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 40 页。

⑤ 参见苏俊雄：《刑法总论 I 刑法之基础理论、架构及适用原则》自版，1995 年 10 月初版，第 47-49 页。

⑥ 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 35 页。

主张这种观点的学者较多，德国刑法学者贝林（Ernst Beling）、封·希斐（R· von Hippel）、迈耶（H·Mayer）、赵尔（W·Sauer）、波克尔曼（P·Bocklmann）、耶塞克（H·-H·Jescheck），以及萨克斯（W·Sax）等都持这种观点。甚至于联邦宪法法院都曾采用过这种观点。宪法法院认为，秩序违反行为是对法律所保护之法益较为轻微的侵害，对于法益较为严重的侵害即具有刑罚的可罚性。秩序违反行为也并非完全与社会伦理的价值判断问题无关的。宪法法院还进一步认为，当汽车驾驶人血液中酒精浓度含量达到千分之一点三以上时，根据研究结果显示，在这种情况下通常已进入了无法安全驾驶的状态，在这种状态下的驾驶行为对公共安全有着高度的危险性，因而立法者对这种行为处以刑事制裁；而当行为人血液中的酒精浓度含量在千分之零点八以上，没有达到千分之一点三之时，则仅仅将这种行为作为秩序违反行为处理，只是对其处以秩序罚。这种区别对待的结果，是立法者以行为的危险程度高低为基础作价值判断形成的，这与基本法的要求并不相违。①

### （三）质量混合说

质量混合说是质的区别说与量的区别说的一种折衷观点。此说认为，犯罪行为与行政违法的区别不仅体现在行为的量上，而且在行为的质上二者也有区别。犯罪行为不仅在质上要受到较高程度的社会伦理的非难，在量上也具有更高程度的损害性与社会危险性；行政违法在质上具有较低的伦理可责性，或者不具有社会伦理的非价内容，而且在量上并不具有重大的损害性与社会危险性。②

质量混合说是目前德国刑法学界的主流学说。③这种观点认为，犯罪与行政违法在核心领域部分存在着质的差异，但是，两者在交界处的中间地带部分则只存在量的差异。④例如，德国学者罗克辛认为，犯罪与秩序违反行为都损害了法益，因而是不能根据是否存在或者缺乏法益的损害来加以区分的。如果使用违反秩序法这种比较不那么严厉的惩罚，就能够像使用刑罚那样排除扰乱社会的行为，那么立法者就应当适用违反秩序行为和罚款，而不是刑事惩罚和刑罚。在犯罪行为与秩序违反行为之间并不存在一个界限清楚的质量性区别。犯罪与秩序违反行为之间的区别主要是数量性的，而不是质量性的。不过，在违法行为核心领域中的比较严重的犯罪行为，的确是通过内容上的标准来预先确定这种惩罚性的。因此，人们应当在内容的界限上，更好地讨论一种质量和数量相结合的思考方式，而不要仅仅讨论数量性的方式。⑤

在我国台湾地区刑法学界，林山田教授也认为，对于一个不法行为的评价，应当质量兼顾，不然就可能会顾此失彼，难以明确妥善地区分刑事不法与行政不法。质与量的差异理论实乃较为理想而可采行的理论。⑥行政法学者陈慈阳教授认为，行政罚是以维持国家行政为目的，对于违反行政上义务者所科处之制裁，因此不具有伦理或者道德上的非难性；刑事罚则是对于具有反道德与伦理行为之制裁。除非人民的行为已达到对国家、社会与他人权利的重大破坏，以至于不得不采取最强烈制裁手段以维持宪法秩序的安定与和谐，否则国家权力的行使，应尽量在必要的程度之下考量最轻微与不损及其他

① 参见苏俊雄：《刑法总论Ⅰ刑法之基础理论、架构及适用原则》自版，1995 年 10 月初版，第 40 页。
② 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 43 页。
③ 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学 总论（第 1 卷）犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 28 页。
④ 参见陈文贵：《违反行政义务行为之处罚竞合关系研究》，国立台北大学法律系 2012 年博士论文，第 31 页。
⑤ 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学 总论（第 1 卷）犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 27-28 页。
⑥ 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 43-44 页。

基本权的方式。在宪法秩序下，对人民的违法行为国家应依据其程度上及其本质上的差异，而采取不同法规范体系之民事制裁、行政制裁或刑事制裁。这样才能显示出处罚的强弱除其本质上之差异外，在人民破坏宪法秩序所保护之法益与权力程度上之差异，而有不同处罚强度之规定，在此至少亦可看出二者在量上之不同。[①]蔡振荣教授与郑善印教授也认为，“刑事罚以及秩序罚各有其核心部分，不容许立法者任意更改，刑事罚核心部分，是确保公众生活之基本价值，违反之行为，即道德上之非价（Unwert）。亦即，道德上之非难行为，应处予较重之惩罚，例如，抢夺之构成要件不允许立法者仅规定以罚锾作为威吓。而在秩序罚上的罚锾，仅具有抑制（repressive）的功能，并非属非价之判断，两者有质的差异。但在中间地带，所谓灰色地带，则属于量的差异，决定其归属，由立法者裁量，亦即由立法者依现时之政策亦即立法机关的价值秩序决定之。”[②]

## 二、并非多余的话：质量区别理论相关概念之厘清

### （一）质量区别理论相关概念使用之乱象

综观各国法学界关于质量区别理论的相关论述，[③]会发现一个非常奇怪的现象。学者们在对犯罪行为与行政违法行为、犯罪行为与民事违法行为、自然犯与法定犯、刑事犯与行政犯、以及刑事不法与行政不法等各种不同概念的区分标准进行论述时，通常都会谈及“质的区别说”、“量的区别说”与“质量混合说”等几种理论，或者与这几种理论中的具体内容相关。

如中国大陆有学者指出：“国外学者（主要是德国）对行政犯罪与行政违法行为的界分曾提出过区别理论，可归纳为‘质的区别说’、‘量的区别说’及‘质量的区别说’三类。”[④]有学者认为，关于行政犯与刑事犯之间区别的理论主要有质的区别说、量的区别说、质与量的区别说。[⑤]另有学者也认为，“就刑事犯与行政犯区别的理论而言，有‘质的区分说’、‘量的区分说’以及‘质量的区分说’。”[⑥]

我国台湾地区有学者指出，关于刑事不法与行政不法的区别问题，主要有三种学说：即量的差异理论、质的差异理论、质量的差异理论。[⑦]也有学者认为，行政罚为对违反行政上义务之人民的处罚，常因出于一定的行政目的，并依特定行政法律，故称相对当事人为“行政犯”或“法定犯”。刑罚则是因惩罚之对象，系危害社会、道德，违反认了自然争议，故刑事犯又称“自然犯”。至于行政罚与刑罚之不同，学说上有质的不同与量的不同两种说法。[⑧]还有学者指出，行政犯与刑事犯有无区别？区别之标准何在？向为学者所聚讼，争论已久，尚无定论。惟无论此一区别工作如何检举，法律学者仍自各种观点提出区别标准，藉以明晰二者间之差异。时值今日，立法趋势倾向于制定大量之行政刑法，期以达成行政目的，于是产生多量之行政犯，行政犯与刑事犯之区别遂更形重要。就各家主张而论，综而言之有质的差异理论、量的差异理论、质量的差异理论。[⑨]

---

① 参见陈慈阳：《集会游行法相关规定合宪问题之研究》，载《政大法学评论》，1998 年 6 月第 59 期，第 60-61 页。
② 蔡振荣、郑善印：《行政罚法逐条释义》，新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 27 页。
③ 这里所说的质量区别理论是对“质的区别说”、“量的区别说”与“质量混合说”三种理论的统称。
④ 高铭暄、孙晓：《行政犯罪与行政违法行为的界分》，载《人民检察》2008 年第 15 期，第 5-8 页。
⑤ 参见黄明儒：《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》，北京：法律出版社 2004 年，140-158 页。
⑥ 王文华：《行政犯罪与行政违法的界定及立法方式》，载《东方法学》2008 年第 4 期，第 70-78 页。
⑦ 参见林山田：《经济犯罪与经济刑法》（修订三版），三民书局 1981 年版，第 110-121 页。
⑧ 参见陈志华：《行政罚概要》（修订二版），三民书局 2012 年版，第 280 页。
⑨ 吴景芳：《刑事法研究》（第一册），五南图书出版公司 1999 年版，第 5-13 页。

从以上论述中可以发现，各位学者在使用刑事犯、刑事不法、自然犯，行政犯罪、行政刑法、行政违法、行政不法、法定犯、行政犯、行政刑罚、行政罚等概念时，在具体的语境中各概念的意义相差是非常大的。张明楷教授曾经指出：“自然犯与法定犯的区分由来已久。其中，德国主要使用的是刑事犯与行政犯（警察犯）的概念；意大利主要使用的是自然犯与法定犯的概念；日本则将自然犯与刑事犯、法定犯与行政犯基本等同起来。不过这只是用语上的不同，没有实质的区别。”[①]这一论断是否准确？“质的区别说”、“量的区别说”与“质量混合说”等几种学说究竟是用以区分哪两组概念的理论？自然犯与法定犯、刑事犯与行政犯、刑事违法与行政违法各组概念之间是何关系？笔者认为，要准确适用上述质与量的各种学说，就必须对以上问题作出准确回答。

### （二）质量区别理论相关概念误解之澄清

行政不法、行政犯、行政刑法等概念最早源自于德国，与之相对应的分别是Verwaltungsunrecht、Verwaltungsdelikte、Verwaltungsstrafrecht 等三个德语词汇。但是，从这些概念在我国的使用情况来看，似乎在翻译以及理解与使用的过程中存在一些误解。因而，要厘清与质量区别理论相关的这些概念，必须从德国的立法与法学研究中追溯其历史根源。

1810 年《法国刑法典》第 1 条规定：“法律以违警罚所处罚之犯罪，称违警罪。法律以惩治刑所处罚之犯罪，称轻罪。法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪，称重罪。”[②]这一规定开创了重罪、轻罪、违警罪三分法之先河，对后世各国刑法典的制定产生了深远影响。受其影响，1813 年，德国刑法学者冯·费尔巴哈（Von Feuerbach）在其起草的《巴伐利亚刑法典》（Das byerische StGB）中也将违法行为依行为轻重程度区分为违警罪（Polizeiübertretung），轻罪（Vergehen）和重罪（Verbrechen）。不过，《巴伐利亚刑法典》中的三分法与《法国刑法典》之三分法是存在一定区别的。依费尔巴哈教授的原意，重罪、轻罪是相对于违警罪而言的，二者除了在科处的刑罚方面存在差异之外，也还存在内在的区别。[③]后来，在制定 1871 年《德国刑法典》之时，德国法学界产生了关于“刑事不法”（Kriminalunercht）与“警察不法”（Polizeiunrecht）如何区分的学术争议，质量区别理论由此而产生。[④]不过，由于法学界对于这一问题并未达成共识，因此，1871 年《德国刑法典》并没有按照学界的建议将刑事不法与警察不法进行区分，而是仍然承袭了《法国刑法典》与《巴伐利亚刑法典》三分法的立法例，在该法的第 1 条中对重罪、轻罪、违警罪分别进行了规定：“一、重罪，指处死刑、重惩役、或超过五年城堡监禁的行为。二、轻罪，指处五年以下城堡监禁、轻惩役、超过 150 马克罚金或（法律如未规定罚金的一定数额时）任何数额罚金的行为。三、违警罪，指处拘留或 150 马克以下罚金的行为。”[⑤]

此后，德国刑法在重罪与轻罪之外还设置了违警罪的做法，在德国法学界一直存在争议。1902 年德国刑法学者郭特希密特（James Goldschmidt）针对这一争议提出了“行政刑法”（Verwaltungsstrafrecht）这一概念，他主张在传统的刑事刑法（Kriminalstrafrecht）之外另行制定行政刑法，以规范违警罪的问题。郭特希密特的观点虽然受到了一些学者的批评，但是，却得到了冯·李斯特（F. von Liszt）、卡尔

① 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 350 页。
② 萧榕主编：《世界著名法典选编：刑法卷》，中国民主法制出版社 1998 年版，第 307 页。
③ 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 59-60 页。
④ 参见陈文贵：《违反行政义务行为之处罚竞合关系研究》，国立台北大学法律系 2012 年博士论文，第 12 页。
⑤ 萧榕主编：《世界著名法典选编》，中国民主法制出版社 1998 年版，第 338 页。

（W. Kahl），以及葛来斯巴（Gleispach）等学者的支持，他们也认为，违警罪属于秩序违反行为（Ordnungswidrigkeiten），立法者应当将违警罪从刑法中分离出来，制定独立的行政刑法。[①]在行政刑法概念提出来之后，学者艾力克·沃尔夫（Erik Wolf）随之提出了“行政犯”（Verwaltungsdelikte）这一概念，他将刑法典中的违警犯称之为行政犯，并指出，行政犯与违警犯（Polizei übertretungen）或秩序犯（Ordnungswidrigkeiten）同义。[②]

从行政刑法、行政犯概念产生的历史经过来看，学者们之所以提出这两个概念，是因为当时的德国将违警罪与重罪、轻罪一起规定于刑法典之中。学者们认为，违警罪与重罪、轻罪是存在一定的内在区别的，因而不能将违警罪置于刑法之中，而应在刑法之外设置专门的违警法。基于这一主张，郭特希密特才提出来了“行政刑法”这一概念，与之相对的对重罪、轻罪进行规定的刑法则被称之为“刑事刑法”。“德国学者首倡的行政刑法（Verwaltungsstrafrecht），虽用刑法（Strafrecht）之名，但就其实质内涵以及德国的立法演进而论，却是秩序违反法……因此，德、义、法、葡等国学者大多认为至第二次世界大战结束前德国所称的‘行政刑法’迄今已成为‘秩序违反法’（Ordnungswidrigkeitenrecht）。”[③]德国学者耶塞克曾经指出：“刑事刑法与警察刑法或行政刑法的区别，早为 1794 年的普鲁士法所熟悉，但未吸收进 1871 年的《帝国刑法典》。取而代之的是规定了违法行为（旧版本第 360 条~第 370 条），它包含了具有轻微犯罪特征的行为。由于此等轻微违法行为缺少应受处罚性，1911 年以后的所有刑法草案中，均有将违法行为的构成要件从刑法中去除的思想。自 1931 年起，从危机中产生了越来越具有专制国家特征的经济领域的行政刑法。为了将其从刑法中去除，颁布了 1949 年的经济刑法。在其法治国家的和现代的结构中，行政刑法学占有重要的份额。其目的是放弃废除轻微犯罪行为，使之规定于行政法规，同时也是为了减轻法院的负担。”[④]由以上论述可知，德国早期的 Verwaltungsdelikte 一词，是指违反行政法规但列入刑法典内处罚的一种犯罪。但是发展至今，这种犯罪仅相当于当今的社会秩序违反行为，即中国大陆的行政违法行为。与之相对应，Verwaltungsstrafrecht 一词在早期专门用以调整 Verwaltungsdelikte 这类行为的法律。如今由 Verwaltungsdelikte 这一词所翻译过来的“行政刑法”，也已经转变成了秩序违反法，亦即相当于中国大陆的治安管理处罚法。因而，行政刑法学所研究的内容其实是如何将轻微犯罪行为非罪化，使之规定于行政法规之中。行政刑法所规定的内容就是行政违法行为。

与行政犯、行政刑法在德国的原始意义有所不同的是，在我国的刑法学论著当中，不论是大陆刑法学界，还是台湾地区刑法学界，都有较多学者认为，行政犯是指在行政法规中对于违反行政法上义务的行为，由法律规定采取以刑事制裁手段予以规定的犯罪类型。与此相关的刑罚规定则被称之为行政刑法。例如，中国大陆刑法学者张明楷教授曾经指出：“广义的行政刑法，是包括刑法典、单行刑法与行政法律中规定行政犯罪及其刑事责任的法律规范的总称。狭义的行政刑法，仅指行政法律中的刑事责任条款。”[⑤]根据这一界定，不论是广义的还是狭义的行政刑法，都是以追究刑事责任为法律后果的。中国台湾刑法学者吴景芳认为：“广义之行政犯兼及科以行政刑罚之义务违反行为与科

① 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 60-61 页。
② 参见陈文贵：《违反行政义务行为之处罚竞合关系研究》，国立台北大学法律系 2012 年博士论文，第 13 页。
③ 林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 62-63 页。
④ [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 74 页。
⑤ 张明楷：《行政刑法辨析》，载《中国社会科学》1995 年第 3 期。

以秩序罚之义务违反行为，其中科以行政刑罚之义务违反行为，称为狭义之行政犯，科以秩序罚之义务违反行为，则可称为形式上行政犯，或径称之为秩序违反犯。本文探讨主题乃狭义之行政犯……”[①]在这一论述中，狭义的行政犯也是以刑罚为法律后果的，并且论者所研究的正是这种以刑罚为法律后果的行政犯。

其实，行政犯、行政刑法在我国刑法学界之所以会产生以上这样独特的含义，很大程度上其实是源自于翻译过程中的误解。因为，在对德语的法学著作进行翻译的过程中，“若有 Delikt 一词者均翻译为‘……犯’，如（Dauerdlikt）‘继续犯’、（Zustandsdelikt）‘状态犯’等等，足以与刑法用语所描述的犯罪概念混淆，造成对同一‘行政犯’或‘法定犯’用词概念的误解。……实则德语 Delikt 一词，系泛指一切违法行为，包括民事上、刑事上与秩序违反行为，则民事上系指‘侵权行为’但不译为‘民事犯’；在形式上则指犯罪行为，然在违反秩序罚法上应译为‘违法’，例如‘继续违法’、‘状态违法’；Verwaltungsdelikte 一词则应译为‘行政违法’始属恰当，亦避免与刑法用于混淆并造成误解。”[②]很多学者在对德语法学著述进行翻译之时，并“未明倡用名词学者所指的原来含义或概念，亦未考究原名词提出后在德国与战后西德的立法进展，仅从字义自然会联想到好像在刑事刑法（通称为刑法）外，另有一种行政刑法。”[③]

笔者认为，以上两位学者的研究可谓是恰到好处的找到了问题的症结。因为，正如这两位学者所指出，有些学者确实就是如此理解行政犯与行政刑法概念的。例如，有学者认为：“当我们提到‘……犯’时，一般均是指从刑法意义上来阐释的某种犯罪，……因而行政犯作为一种概念，尽管是与刑事犯相对的，但也是一种犯罪概念。其次，我们是将行政犯作为行政刑法的规制对象考察的，而行政刑法既然为一种刑法，自然至少在字面上与规定犯罪及刑罚的刑法相关，刑法的规制对象当然为犯罪，因此我必须从刑法上的犯罪意义的角度加以讨论。”[④]这种观点在我国刑法学界可以说是极具代表性的，也正因如此理解，行政犯、行政刑法在我国刑法学界才会被当作一种独特的犯罪类型和独特的刑法类型予以对待。误解既已产生，德国学者所提出的用以区别行政犯与刑事犯的质与量的区别理论也就顺理成章的进入了中国学者的视野之中。于是乎，随之就产生了一种非常奇怪的论断，一方面认为行政犯是犯罪类型中的一种，应当受到刑事制裁；另一方面却又讨论行政犯与刑事犯之间究竟是存在质的区别，还是量的区别，或者是既有质的区别也有量的区别。但是，既然行政犯与刑事犯都是犯罪类型之中的一种，不论其是规定于何种法律之中，在我国法律体系之中都只能根据《刑法》的规定进行惩罚，二者之间又怎么可能会存在质的区别呢？很显然，将质与量的区别理论用于区分（我国语境下的）行政犯与刑事犯也是一种误解。质与量的区别理论只能用于讨论犯罪与行政违法之间的区别，而不是将其用于讨论两种不同犯罪类型之间的差异。

此外，还有学者将质与量的区别理论用以讨论自然犯（刑事犯）与法定犯（行政犯）之间的差异。笔者认为，这种观点的产生则主要是受到了日本刑法学界的误导。因为，在日本刑法学界，主流观点认为，自然犯即刑事犯，法定犯即行政犯。如野村稔教授认为，“自然犯也叫做刑事犯，是指即使不由刑法法规规定为犯罪，行为本身就会受到社会伦理的非难（本身的恶）。与之相对，法定犯又叫做行政犯，系指根据刑罚法规作为

① 吴景芳：《刑事法研究》（第一册），五南图书出版公司 1999 年版，第 4 页。
② 陈文贵：《违反行政义务行为之处罚竞合关系研究》，国立台北大学法律系 2012 年博士论文，第 24 页。
③ 林山田：《刑事法论丛（二）》，台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 63 页。
④ 黄明儒：《行政犯比较研究——以行政犯的立法与性质为视点》，法律出版社 2004 年，118 页。

犯罪处罚时才受到非难的行为（被禁止的恶）。”[①]大谷实教授认为：“自然犯，不是因为法律规定而是因为其性质违反伦理而被规定为犯罪的情形，也被称为刑事犯。法定犯，是因为被法律所禁止才成为犯罪的情形，在出于行政取缔的目的而被规定为犯罪的意义上，也被称为行政犯。”[②]大塚仁也认为：“虽然广为区别着刑事犯（Kriminaldelikt）和行政犯（Verwaltungsdelikte），但是，不妨与由来于加鲁伐洛的自然犯（delitto natural; délit naturel）、法定犯（delitto legale; délit formel; délit artificiel）的分类作大致相同意义的理解。”[③]虽然在我国刑法学界中也有少数学者支持日本学者的主张，也存在这一误解，但是，更多的学者则认为，法定犯并不等同于行政犯（不论是行政违法意义上的行政犯，还是犯罪意义上的行政犯）。如有学者指出：“自然犯”和“法定犯”的划分不涉及刑事违法和行政违法界限的问题，“法定犯”仍然属于刑事犯罪的范畴。将“行政犯”与“法定犯”等同起来，实际上是明显忽视了两者在内涵上的差异，因为中国内地刑法所规定的“法定犯”，并不属于大陆法系国家原来意义上的“行政犯”。[④]有学者认为：“法定犯与行政犯不应等同，两者在历史渊源、法律渊源、行为性质、内涵外延、刑法总则的适用等方面均存在差异。”[⑤]由此可知，将质与量的区别理论用以讨论自然犯与法定犯之间的差异显然也是不合适的。因为，众所周知，自然犯与法定犯由是加罗法洛所主张的，以是否违背诚实和怜悯这些自然情感为区分标准的两种犯罪类型。既然法定犯与行政犯并不等同，当然不能将质与量的区别理论用于讨论自然犯与法定犯之间的界限。

总之，质与量的区别理论是区分（德国法意义上的）刑事犯与行政犯，即犯罪行为与行政违法行为的理论，而不能将其误用于自然犯与法定犯，以及中国法意义上的刑事犯与行政犯等其他概念之上。[⑥]

## 三、涂尔干的犯罪本质理论

犯罪的本质是什么？对于这一古老的问题，历史上已经有过许多法学家、哲学家、甚至社会学家的深入探讨。当今刑法学界的主流观点认为，犯罪是侵害法益的行为。但是，这一界定是无法将其与行政违法相区分的。因为，所谓法益，即法律所保护的利益。既然是法律所保护的利益，那么，所有违法行为其实都会对法益造成侵害。民事侵权行为会侵害法益，行政违法行为会侵害法益，犯罪行为也会侵害法益。所以，以是否侵害法益对犯罪行为与行政违法进行界分是行不通的。“学习法律，从法律本身来理解法律是很难的，就法律来理解法律，结果是理解不了法律的。”[⑦]因此，“法之理既在法内，更在法外。”[⑧]同理，要理解刑法（犯罪）本身，仅立足于刑法是理解不了的。何况，对犯罪与行政违法进行界分，其实就是要将犯罪与行政违法行为进行对比，从而找出二者之间的区别。这一目的本身就决定了不能仅对犯罪或者刑法本身进行观察，而是应当将犯罪置于更为广阔视域。就此而言，社会学家对犯罪本质的理解或许更有利于我们认识

① [日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 81 页。
② [日]大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 89 页。
③ [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 106 页。
④ 参见赵国强：《澳门刑法研究》，广东省出版集团、广东人民出版社 2009 年版，第 142-143 页。
⑤ 谭兆强：《法定犯理论与实践》，上海人民出版社 2013 年版，第 58-59 页。
⑥ 本文这一部分对行政犯、行政刑法等概念予以厘清之后，在后面的行文之中，笔者将会以行政违法、附属刑法这两个概念指称德国法意义上的行政犯和行政刑法；而对于中国大陆与台湾地区刑法学中所适用的行政犯、行政刑法则保留其原始用语，即在犯罪意义上使用行政犯，在刑法意义上适用行政刑法。
⑦ 陈守一：《法学研究与法学教育论》，北京大学出版社 1996 年版，第 200 页。
⑧ 付子堂：《法之理在法外》，法律出版社 2003 年版，自序第 6 页。

犯罪与行政违法行为之间的区别。

作为社会学领域最具有影响力的三位学者之一，[①]涂尔干关于犯罪与惩罚的论述是影响极为深远的。犯罪与惩罚在涂尔干的理论体系中是处于一个非常独特的地位的，他之所以对犯罪与惩罚进行广泛的讨论，其实主要是为了解决方法论上的危机。他终身致力于解决“社会如何可能”这一问题，他认为要解决这一问题必须从社会团结的实现入手。但是，“社会团结本身是一种整体上的道德现象，我们很难对它进行精确的观察，更不用说测量了。要想真正做到分类和对比，我们就应该撇开那些观察所不及的内在事实，由于内在事实是以外在事实为标志的，所以我们只能借助后者来研究前者。这种看得见的符号就是法律。”[②]“法律完全可以对劳动分工所导致的特殊团结作出表征。”[③]

任何一种法律戒规都可以定义为能够进行制裁的行为规范。根据制裁的轻重程度、在公众心理中所占的地位以及在社会中所起的作用不同，可以将制裁分为两类：一类是有组织的压制性制裁，这类制裁是建立在痛苦之上的，或至少要给犯人带来一定的损失；另一类是纯粹的恢复性制裁，这种制裁的目的在于拨乱反正，即把已经变得混乱不堪的关系重新恢复到正常状态。前者包括刑法，后者则包括民法、商业法、诉讼法、行政法和宪法等。[④]与这两类制裁相对应，社会团结可分为机械团结与有机团结两种类型。与压制性制裁相对应的是机械团结，这种类型的社会团结是由社会成员的相似性、同质性所产生的，它通过强烈的集体意识将同质性的个体结合在一起；与恢复性制裁相对应的是有机团结，这种类型的社会团结建立于社会成员的差异性、异质性和相互依赖的基础之上，细密的社会分工是维系社会团结的基础。

涂尔干认为，刑法是维系机械团结的社会的根本手段。[⑤]“《社会分工论》的论旨正在于指出，刑法及它所强化的共同良知在简单社会的凝聚上扮演着核心的角色——事实上这正是机械（mechanical）连带的基础。”[⑥]犯罪并非单纯的社会“既定”或“自然”范畴，它的内容会随着时间和地点的不同而改变，它们是社会规范和习俗的产物。[⑦]“如果一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识，那么这种行为就是犯罪。”[⑧]也就是说，犯罪是触犯了人们强烈而又普遍的感情，所有形式的犯罪都是与特定集体感情之间的对抗。当然，这种对抗并非来自于犯罪，相反它构成了犯罪。我们不该说一种行为因为是犯罪的才会触犯集体意识，而应该说正因为它触犯了集体意识才是犯罪的。我们不是因为它是犯罪的才去谴责它，而是因为我们谴责了它，它才是犯罪的。[⑨]

涂尔干关于犯罪是对集体意识的触犯这一定义主要是针对机械团结的社会类型而言的，这种社会的凝聚力来自于强烈的集体情感，因而对集体情感的触犯会产生极为强烈的回应方式。但是，当社会发展到有机团结社会这种类型之时，集体意识对于社会凝聚力的作用逐渐减弱，社会的凝聚力主要来自于社会细密的分工。在有机团结的社会中，

---

① 涂尔干、卡尔·马克思、马克斯·韦伯被誉为社会学的三大奠基人，他们所使用的社会学研究方法和所主张的理论对后世的社会学发展产生了深远影响。

② [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 27 页。

③ [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 31 页。

④ 参见[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 32 页。

⑤ 参见焦旭鹏：《刑法在社会中的角色——埃米尔·涂尔干刑法思想的解读与反思》，载《中外法学》2009 年第 6 期，第 915-928 页。

⑥ 大卫·葛兰：《惩罚与现代社会》，刘宗为、黄煜文译，商周出版 2006 年版，第 56 页。

⑦ 参见江溯：《社会团结、集体意识与刑罚——涂尔干刑罚社会学思想研究》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2009 年第 3 期，第 5-10 页。

⑧ [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 43 页。

⑨ 参见[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 43-44 页。

“违背规范的行为已经不再敏感地触及到共同的社会精神，甚至常常都触及不到特殊群体的精神。所以，违法也只能引起极其微弱的反抗情绪。我们所要求的只是所有职能通过一种常规形式共同进行工作，如果规矩被弄乱，把它恢复过来就可以了。”[①]但是，当其他制裁措施难以有效恢复社会团结时，刑法是否需要介入？既然违背规范的行为已经不再敏感地触及共同的社会精神，刑法介入的正当性根据又何在？[②]

涂尔干曾经指出的：“社会中总是存在着两种力量，一种是离心力，一种是向心力，但两者从来都不是同涨同消的；同样，这两种截然相反的力量也不会在我们身上同时发展。”[③]即使是在有机团结的社会，这种离心力也仍然会始终存在。在有机团结的社会中，仅仅依靠恢复性制裁以及职业伦理与公民道德等因素并不足以有效地维护社会团结。此时，就有必要将刑法作为一种补充力量予以使用，通过刑法的强制性力量使被破坏的社会分工或其存在条件得以恢复。所以，“无论是机械团结社会还是有机团结社会，刑法都是作为维系社会团结的最为严厉手段存在的。在机械团结的社会，刑法维系社会团结是经由对集体意识的维护而实现，是维系社会团结的主要手段；在有机团结的社会，刑法维系社会团结则是主要经由对社会分工及其存在条件的维护而实现，并对集体意识、公民道德具有一定的维护作用。在机械团结的社会，刑法是集体意识的集中体现并具有压制性特征；在有机团结的社会，对于严重侵害集体意识、职业伦理或公民道德的行为，刑法能够以一种谦抑性的风格进行介入。”[④]

需要注意的是，涂尔干并不认为所有触犯集体意识的行为都是犯罪。因为他也曾指出，许多集体感情虽然被触犯了，但并没有被确定为犯罪，如乱伦、婚外性行为等。某种行为要成为犯罪，其所触犯的集体感情必须达到一种固定的平均强度。[⑤]只有当这种感情强烈和精确到一定的程度，触犯它的行为才应被算作是犯罪。[⑥]由此，当次要的社会规则被违反时，违反者会受到其他方式的制裁，例如赔偿并恢复原状，以及管制约束；但犯罪是严重的不道德行为，震撼了所有的健康良知，这种行为并非任何次要的社会回应形式足以应对，因而只能动用刑罚。[⑦]

涂尔干关于犯罪与惩罚的理论，其实是就立法者从规范上设置犯罪的主观态度而言的。犯罪是一种集体情感的表达，是立法者从情感上对某种行为最为强烈否定；犯罪是对集体情感最为严重地触犯，是超越了公众容忍极限的行为。[⑧]申言之，就规范设置的过程而言，某种行为如果对集体情感的触犯程度没有达到一定的量，立法者就不会将其设置为犯罪；只有在某种行为对集体情感的触犯达到让公众所无法容忍的程度时，立法者才会从规范上将其设置为犯罪。就此而言，从主观视角来看，立法者将某种行为设置为犯罪，在立法者的意识之中其实存在一个对该行为的反对情绪逐渐积蓄的过程。在民主社会当中，立法者并非某个孤立的个人，而应当是一个人的集合体。立法是一个不同意见相互逐渐妥协，各种利益逐渐平衡的过程。由此也就决定了，在正常情况下，立法

① [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 88 页。
② 参见焦旭鹏：《刑法在社会中的角色——埃米尔·涂尔干刑法思想的解读与反思》，载《中外法学》2009 年第 6 期，第 915-928 页。
③ [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 90 页。
④ 焦旭鹏：《刑法在社会中的角色——埃米尔·涂尔干刑法思想的解读与反思》，载《中外法学》2009 年第 6 期，第 915-928 页。
⑤ 参见[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 40 页。
⑥ 参见[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 40 页。
⑦ 参见大卫·葛兰：《惩罚与现代社会》，刘宗为、黄煜文译，商周出版 2006 年版，第 47-48 页。
⑧ 在民主国家，应当说，立法者与公众是相一致的。因此，在这部分论述中，笔者将对立法者与公众不加区分的使用。

者应当是理性的，立法行为不可能成为立法者非理性情绪的宣泄。立法者在立法过程中的主观态度不可能凭空产生，这种主观意识必然会有其客观对象物。进言之，在规范意义上的犯罪产生过程中，立法者之反对情绪的逐渐积累其实是对客观行为所产生之影响的主观反映。由此可以表明，从客观上来看，这种行为所产生的消极影响其实也存在一个逐渐加强的过程。换成刑法语言就是，某种行为要成为犯罪，其对法益的侵害必须达到一定的程度，或者说，这种行为必须具有一定程度的社会危害性。“犯罪也有不同的种类，但所有这些犯罪类型也并非没有共同之处。社会对罪犯发起的反击就可以证明：不论程度大小，惩罚总是随处可见的。结果的一致性反映出了起因的一致性。单个社会法制所认定的犯罪在本质上总归有相似之处的，同样，不同社会形势所认定和惩戒的所有犯罪也都是有相似之处的。不管我们划定的犯罪行为乍眼看来有什么样的差别，它们最终不能不有一个共同的基础。”[①]就规范意义上的犯罪之产生过程而言，这个共同的基础就是，任何犯罪都必须具有严重的法益侵害性；或者说，任何犯罪的社会危害性都必须达到一定的程度。申言之，所有犯罪都包含了立法者对该行为之社会危害性的量的要求。

## 四、犯罪与行政违法行为之间的差异：量的区别说

### （一）哲学上的质量理论

质（quality）：是一事物区别于它事物的内在规定性。与“量”相对。古希腊亚里士多德认为质是事物的本质，他指出：“现在所称‘是’的事物，其本义是指‘这个’，其别义则指量，又指质。”又认为质决定事物的存在。英国洛克把物体的性质分为两类，即“第一性的质”和“第二性的质”。第一性的质是物体本身所固有的；第二性的质并不是物体本身所固有的。贝克莱则利用洛克第二性的质的观点，进而把第一性的质说成是主观的，以此来论证主观唯心主义。德国黑格尔从客观唯心主义立场对质下了定义：“质是与存在同一的直接的规定性，.....某物之所以是某物，乃由于质，如失掉其质，便会停止其为某物。”辩证唯物主义认为，质是事物的本质属性或内在规定性，是由事物内部矛盾的特殊性决定的。它把该事物、现象和过程同所有其他的东西区别开来，并使这种区别具有明显的确定性和稳定性。同一种质，在不同条件下，在于不同的事物发生联系时，可以表现出不同的属性。现代系统理论认为，事物具有许多质的规定性，只有通过对客体所具有的多质进行系统性的研究，才能得到合理的解释。正确认识事物的质，是人们认识事物的基础。要对质进行具体分析，区别主要的质和次要的质，着重于把握主要的质，也不忽视次要的质。任何事物都是质和量的统一。只有全面地把握事物的质和量的关系，才能正确认识事物。[②]

以上是《哲学大辞典》对“质”的解释，由这一论述可知，不同的哲学家、不同的哲学派别对“质”的认识是不同的。事物具有很多“质”，对于“质”的认识，必须进行具体的分析，必须明确观察者所处的立场。因为，同一种质，在不同条件下，在于不同的事物发生联系时，可以表现出不同的属性。基于此，笔者认为，要回答犯罪行为与违法行为之间究竟是存在质的区别还是量的区别，或者是既有质的区别也有量的区别这一问题，首先必须明确观察者所处的立场。

---

① [法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，生活·读书·新知三联书店 2000 年版，第 33 页。

② 参见金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1983 页。

### （二）量的区别说之理论辨证

笔者认为，从立法者的立场出发，犯罪行为与行政违法行为之间仅仅存在量的区别。也就是说，在上述各种关于犯罪行为与行政违法行为区别的三种理论之中，量的区别说更具合理性。

主张质量混合说的学者认为，犯罪与秩序违反行为之间的区别主要是数量性的，但对于违法行为核心领域中的比较严重的犯罪行为，却是存在着质的区别。[①]但需要注意的是，上述学者所论证的是犯罪与行政违法行为之间的区别。犯罪在这一对比当中是被作为一个整体而对待的，不论是严重的犯罪，还是轻微的犯罪，都从属于“犯罪”这一总的概念之下。在上述论述中，论者一方面认为大部分犯罪与行政违法行为之间是量的区别，另一方面又认为少数犯罪与行政违法行为之间有着质的区别。其实是将犯罪分成了严重犯罪与轻微犯罪两部分，这种论证方式已经违背了形式逻辑中的同一律。如果严重犯罪与行政违法之间存在的是质的区别，但轻微犯罪与行政违法之前存在的却是量的区别，这就意味着论者并未找到犯罪这一观察对象的质。质是一事物区别于它事物的内在规定性，犯罪的质应当能够涵盖所有的犯罪类型。就此而言，犯罪与行政违法行为之间要么是存在质的区别，要么是存在量的区别，不可能有的犯罪类型存在质的区别，有的犯罪类型却仅存在量的区别。因此，认为一部分犯罪与行政违法之间存在质的区别，另一部分犯罪与行政违法之间又是量的区别，这种观点是难以成立的。

主张质量混合说的另一位学者指出，在不法行为的价值判断中，可能会由于量的增加而影响到质的更迭。对于不法行为的价值判断，存在量变导致质变的现象。因而，对于一个不法行为的评价，应当质量兼顾。犯罪与行政违法不但在行为的量上，而且在行为的质上均有所不同。[②]但是，即使是从量变引起质变的角度来看，上述观点也不具有合理性。“质变”是“指事物根本性质的变化，即渐进过程的中断，从一种质态向另一种质态的突变即飞跃。”[③]如果“对于不法行为的价值判断，存在量变导致质变的现象”这一论断成立，那么对已经发生了质变的行为而言，该行为已经变成了性质不同的另一种事物，与仍然处于量变阶段的行为根本不可能是同一种事物。虽然，在《哲学大辞典》关于“质”的解释中已经明确指出：“任何事物都是质和量的统一。”[④]对于两个原本存在质之区别的对象，基于质变是由量变而产生，认为二者之间仍然存在量的差异，这种说法初看起来似乎可以成立。但是，“质变标志着量的渐进过程的中断，是事物质的飞跃。”[⑤]某种事物在由量变引发质变之后成为了另一种事物，二者之间已经不是量的差异了，而是质上的差异。此时再认为二者之间存在量的差异其实没有意义，因为从量上对这两个事物进行对比，并不能将二者予以区分。两事物之间要么存在质的差异，要么存在量的差异，不可能既存在质的差异，又存在量的差异。如果两事物已经存在质的区别，再说二者存在量的区别，其实这种量上的区别根本就不能成其为“区别”。质量混合说试图将质的区别说与量的区别说予以整合，表面上似乎是二者都能兼顾，但事实上，这两种学说在基本立场上是相互排斥的。质的区别说认为，犯罪与行政违法之间并非量的区别，而是质的区别；量的区别说则认为，犯罪与行政违法之间并不存在质的区别，而

① 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学 总论（第 1 卷）犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 27-28 页。

② 参见林山田：《刑事法论丛（二）》，台北：台大法律系、兴丰印刷厂有限公司 1997 年版，第 43-44 页。

③ 金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1984 页。

④ 金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1983 页。

⑤ 金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1984 页。

是存在量的区别。很明显，承认了质的区别说就不可能有量的区别说容身之处，肯定了量的区别说其实就是对质的区别说之否定。将两种截然对立观点予以综合，质量混合说怎么可能具有合理性？

如前所述，在质的区别说内部，基于对犯罪与行政违法行为之“质”的不同认识，又形成了各种不同的观点。“事物具有许多质的规定性”，[①]从这一角度来看，以上各种观点或许都有其合理性。

但需要明确的是，在刑法学上探寻犯罪与行政违法行为之间是否存在质的区别，其目的主要在于指导刑事立法，而并非指导刑事司法。因为，要指导刑事司法，最好的方法不是从质上去对犯罪与行政违法行为进行区别，而是从形式上去寻找具有可操作性的标准。例如，我国台湾学者所主张的，刑法上之犯罪行为与社会秩序维护法（类似于中国大陆的《治安管理处罚法》）上之违反社会秩序行为，在法律要件上的区别有三：第一，行为之法定性不同。刑法需要严格地遵守罪刑法定原则，法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。社会秩序维护法中虽然也有类似的规定，但却存在许多刑法中所没有的概括性规定，用以处罚不服从义务的行为。因此，在行为的法定性方面，社会秩序维护法远不如刑法。第二，行为的违法性不同。在对法益的侵害或威胁方面，违反社会秩序维护法的行为要以未构成犯罪作为限制。即使是不能依刑法予以处罚的行为，依然可以适用社会秩序维护法予以处罚。第三，行为之有责性不同。刑法必须严格遵守责任原则，以处罚故意行为为原则，对于过失行为之处罚，则以有特别规定者为限。社会秩序维护法虽然在一般情况下只处罚故意与过失行为，但为达警察取缔目的，可以不问故意或过失一律处罚。此外，刑法只处罚行为人，但社会秩序维护法还可以对行为人以外之人实施处罚。[②]这三点区别是从刑法与社会秩序维护法的既有规定而总结得来的，虽然不能得出犯罪与行政违法行为有何质的区别，但就司法实践而言，这三点区别无疑是更具有可操作性，更具有现实意义的。

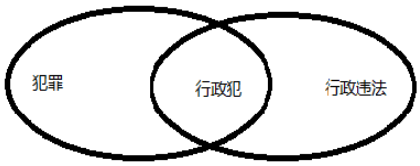
还需注意的是，“辩证唯物主义认为，质是事物的本质属性或内在规定性，是由事物内部矛盾的特殊性决定的。”[③]换言之，质的改变由其内部矛盾决定，而不可能随着人们的主观意志而发生改变。这一特征决定了，规范意义上的犯罪与行政违法行为是不可能存在质的区别的。因为，犯罪与行政违法行为之间还存在着一种动态的互变可能性。“向来属于犯罪之行为，以后转变为违反社会秩序之行为，即除罪化（刑罚之谦抑性）。又过去属于违反社会秩序之行为，后来转换为犯罪之行为，即入罪化，均有可能。”“同系违反社会道德之行为，应规定于刑法之内，受刑罚之科处，抑或应规定于社会秩序维护法之内，受违反社会秩序罚之科处，并无确定之标准，端视立法政策上如何决定。”[④]很显然，认为犯罪与行政违法行为之间存在着质的区别的观点，与立法现实是相矛盾的。因为，如果犯罪与行政违法行为之间确实存在着质的区别，二者就不会随着立法政策的改变而改变。更为确切地说，犯罪与行政违法行为的质是不可能随着立法者的主观意志而发生改变的。现实生活中，犯罪与行政违法行为在事实上会随着立法政策的变化而改变，说明了二者之间存在的并非质的区别。

此外，认为犯罪与行政违法行为之间存在质的区别，是与我国和日本刑法学中的行政犯的理论相矛盾的。前文已述，我国和日本刑法学中的行政犯是指，在行政法规中对

① 金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1983 页。
② 参见蔡墩铭：《刑法精义》（第二版），翰芦图书出版有限公司 2007 年版，第 48-49 页。
③ 金炳华等编：《哲学大辞典》（修订本），上海辞书出版社 2001 年版，第 1983 页。
④ 蔡墩铭：《刑法精义》（第二版），翰芦图书出版有限公司 2007 年版，第 47 页。

于违反行政法上义务的行为，由法律规定采取以刑事制裁手段予以规定的犯罪类型。行政犯的成立以违反行政法上的义务为前提，也就是说，行政犯的犯罪行为本身就是一种行政违法行为。应当说，我国刑法学界与日本刑法学界对于这一认识已经基本达成了共识。进言之，在立法上，犯罪、行政违法、行政犯三者之间的关系是：行政犯处于犯罪与行政违法的重合地带，即行政犯既是犯罪，同时也属于行政违法（如图 1 所示）。①

图1：




如果关于行政犯的这一认识可以成立，犯罪与行政违法行为之间质的区别说就不可能成立。因为，认为行政犯与行政违法之间存在质的区别是存在逻辑错误的。只有当行政犯具有与行政违法相同的质，行政犯才可能属于行政违法，但是，既然行政犯本身也是一种行政违法行为，行政犯与行政违法之间又怎么可能会存在质的区别呢？

在前文的论述中，笔者引入了社会学领域关于犯罪本质的理论。以涂尔干关于刑法与惩罚的理论为基础，笔者指出，犯罪是一种集体情感的表达，是立法者从情感上对某种行为最为强烈否定；犯罪是对集体情感最为严重地触犯，是超越了公众容忍极限的行为。在客观上，犯罪是对社会的消极影响，或者说社会危害性增强到一定程度的行为。任何犯罪的社会危害性都必须达到一定的程度。所有犯罪都包含了立法者对该行为之社会危害性的量的要求。据此可以进一步得出的结论是，犯罪行为、行政违法行为在本质上都是对社会有消极影响的行为，或者说都是具有社会危害性的行为。基于社会防卫的需要，当某种行为对社会危害的程度很弱，即对于一般的社会危害行为而言，公众（立法者、国家）只需选择以道德、纪律或者民事法律等较为温和的手段就足以应对；当某种行为对社会危害的程度达到一定强度，以道德、纪律或者民事法律已经不足以应对，公众就会选择以行政法律手段应对，由于这是较高层次的社会防卫手段，因而行政法律手段常常会具有一定的强制性；当某种行为对社会危害的程度达到极其严重的程度时，行政法律手段的强制性对这种行为而言都已经无能为力时，公众就不得不对其动用和平时期最强的暴力手段——刑罚，通过剥夺行为人基本权利的方式对其进行压制。意大利著名刑法学家，社会防卫论的代表人物格拉马蒂卡认为，“国家应该首先负起使个人得到改善，使反社会的人重新社会化的义务。”② “国家应根据反社会性的指标及其程度查找自身存在的具体问题及其程度。这些反社会性指标及其程度是调整反社会者和国家之间关系的关键。”③在现实生活中，国家（公众、立法者）正是根据这些反社会性的指标选择社会治理的手段。这一点在我国的法律体系中表现得非常明显，“如果我们越过表面上的部门法的界限来观察，可以感触到立法者从社会防卫角度出发的不法行为遏制一体化思维，正如单行法中大量的‘.....构成犯罪的，追究刑事责任’法条所显示的那样，立法者希望通过行政处罚法与刑法的平行立法创造公权力制裁的无缝隙对接。”④

① 参见李晨星：《行政执法与刑事司法衔接机制研究》，武汉大学 2013 年宪法学与行政法学博士论文，第 25 页。
② 马克昌主编：《近代西方刑法学说史》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 476 页。
③ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史》，中国人民公安大学出版社 2008 年版，第 476 页。
④ 王莹：《论行政不法与刑事不法的分野及对我国行政处罚法与刑事立法界限混淆的反思》，载《河北法学》2008 年第 10 期，第 26-33 页。

总之，在立法者眼中，刑法与行政法并无本质区别；犯罪行为与行政违法行为，甚至与其他社会危害行为之间也并无本质区别。这些最终被放置于不同法律规制范围之内的各种行为，在立法者眼中都只存在对社会危害程度的不同；用涂尔干的社会学语言来说就是，这些不同行为其实只是对集体意识的触犯程度不同。因此，“如今，刑罚与行政法二者，只是量的不同已成通说。二者皆为违法行为，而某种行为究竟应科处刑罚或行政罚，往往为立法政策之考虑，而与行为之本质无必然关联。”①

① 陈志华：《行政法概要》（修订二版），三民书局 2012 年版，第 280 页。

# 常识、常理、常情：积极一般预防正当性根据新论

徐　伟

（重庆邮电大学 网络空间安全与信息法学院，重庆 400065）

【内容摘要】积极一般预防将刑罚的正当性根据承载于规范意识的唤醒和规范遵循的实现，无法祛除刑罚威慑基础上的认同因子，忠诚恶法的正义悖反，以及将人作为他人犯罪的工具利用，陷入规范违反之现象描述等同犯罪本质、刑罚目之应然义理的刑罚正当性危机之中。溯源刑法惩罚的正当性，刑法规范发端社会共识，公众意志，是常识、常理、常情的经验凝结；犯罪本质源自全体公民人权和个人基本人权的不得已权衡。鉴于以往积极一般预防停留现象，作用表面的弊病，以及与消极一般预防同意阐释和反面论证的关系，需要重释积极一般预防的概念内涵，匡正积极一般预防刑罚正当性理论预设，确凿刑法适用标准，以此使积极一般预防名实相符。具体而言，积极一般预防应当以刑法规范遵循常识、常理、常情为核心要义，过滤威慑认同的生发；以保障全体公民人权为刑罚正当性理论预设，避免遵循恶法的偏失；以不得已原则为刑法动用的圭臬，消弭人性尊重与工具利用的矛盾。

【关键词】积极一般预防；常识、常理、常情；不得已原则；刑罚正当性；

## 一、问题提出

积极一般预防理论以培育国民对法规范的忠诚信赖为己任，致力刑法的规范认同，强调刑罚的适用是对规范有效性的确认，旨在通过公众对刑法规范的自愿遵循维系社会规范的同一性。积极一般预防倡扬刑法的守法鼓励，贬抑刑罚的威慑功能，力图通过刑法规范的明文宣示和刑罚适用的否定评价，稳定公众对规范有效性的预期，助推法律忠诚意识的生发，在避免刑法规范动摇，消弭刑罚恫吓影响上具有一定的积极作用，而被部分学者和方家青睐，使得这一发轫于德国的刑罚正当性理论开始引入中国[①]。但是，积极一般预防以刑罚的宣示和适用为前提，存在刑法威慑的争议，且在合法性和有效性上争论不休，导致学界针砭不一的态度。

周光权教授认为：“积极一般预防论的主旨是通过指导公众的行为,确立公众对于规范的认同、尊重进而预防犯罪。行为无价值二元论认为犯罪的本质是违反行为规范进而造成法益侵害,刑法的目的就是维护社会基本行为准则的存在并最终保护法益,相应地,对刑罚的目的就不应当定位于通过威慑来阻止现实或者潜在的犯罪人和社会一般人今后不犯罪,而是要凸显规范的意义,引导公众按照行为规范行事,因而主张积极的、规范的一般预防,使犯罪论和刑罚论浑然一体、前后照应。肯定积极的一般预防论有助于准确认定中止犯、过失犯；同时,不会造成重刑化,不会无端限制个人行动自由。”[②]而许玉秀教授则认为：“积极预防不过是消极预防的另一种说法，它不像日常用语里的责骂和鼓励，责骂就是责骂，鼓励就是鼓励，这种正面预防和负面预防都建立在刑罚给犯罪人的痛苦上面，若要把这种痛苦认定为甜蜜，则必须使用‘吃苦当作是吃补’这

① 陈金林.积极一般预防理论研究[M].武汉:武汉大学出版社,2013:3-4.

② 周光权.行为无价值论与积极一般预防[J].南京师范大学学报（社会科学版）,2015(1):38-48.

种逆境哲学加以解释。把负面的事实作正面的描述，无非认为黑暗的背后就是光明，可是黑暗的背后可能还是黑暗，不见得就是光明，这种正面预防的定义不过是骗人的说辞。”[①]事实上，积极一般预防以规范的有效性确证为目标，致力于法律秩序的维护，强调刑罚正当性之形式侧面的考察，无从探究规范内容的正当性来由，陷入以刑罚威慑为基础的规范认同困境，忠诚恶法的现实危机以及以人为工具的功利性预防窘迫之中。追根溯源，本文认为，积极一般预防之所以停留于规范遵循的层面，而未能精进至规范的正当性义理，其根本原因在于积极一般预防预设了刑罚的正当性根基，认为刑法的目的旨在预防犯罪，犯罪的本质意在法益保护，并强调在此基础上的刑法对策推展。以此为据，刑法自应当以规范有效性的确证保护法益，以法律忠诚意识的培养，规范认同的形成预防公众犯罪。然而，这一刑罚正当性的根据并非正确的抉择，倘若其偏离实质正义，应然义理，则执基其上的积极一般预防大厦必然轰然倒塌。鉴于此，本文力图通过剖析刑法规范的内在义理，阐明刑罚处罚的精要，知悉犯罪本质的应然内涵的方式，探析积极一般预防刑罚正当性根据的错误预设，明晰积极一般预防理论的偏颇之处，追问积极一般预防理论的正当性根据的应然选择，进而在重释积极一般预防合理内涵的同时，助益于积极一般预防正性效果的获得。

## 二、积极一般预防正当性根据的偏颇

积极一般预防的刑罚正当性根据包括犯罪本质和刑法目的两个方面。刑法目的是刑法欲求的结果，决定刑罚规制的方向。而犯罪的本质是法律何以将某种行为规定为犯罪的正当性追问，包摄刑法规范的具体内容，需要在深入探究的基础上拷问其预设内容的正当性。

### （一）积极一般预防犯罪本质的偏颇

刑法惩罚的正当性涉及犯罪本质的探究，需要厘清何种行为该当犯罪惩罚。对于犯罪的本质，目前主要有四种观点，权利侵害说，法益侵害说，义务违反说、折中说。这些观点之间各自为阵，且并无统一共识。权利侵害说以权利为对象，认为犯罪的本质是对他人权利的侵害[②]。但是，并不是所有的犯罪都侵害了他人的权利，对于没有被害人或者自己就是被害人的犯罪，权利侵害说显然无能为力。如聚众淫乱罪，容留吸毒罪等，均未对他人权利造成侵害，但却是刑法明令禁止的行为。权利侵害说仅仅反映了犯罪的某一特质，而未能囊括全部，难以在犯罪本质中担当大义。鉴于权利侵害说无法体现实定法规定之犯罪内涵，贝尔鲍姆在权利的基础上提炼财和危险两个概念，认为犯罪是侵害社会所保障的财产或者使他人蒙受危险[③],试图将实定法规定之犯罪尽数收纳其中,即犯罪是侵害由法所保护的生活利益的行为。“法益的拥护是刑法的任务，犯罪应该限定于对法益的加害行为。”[④]这种观点源自于法益保护，也被称为法益侵害说。“法益是法所保护的利益，所有的法益都是生活利益、个人的或者共同生活的利益；产生这种利益的不是秩序，而是生活；但法的保护使生活利益上升为法益。”[⑤]法益侵害说的缺陷在于法益概念本身的抽象性和模糊性，若将法益建构其上必然使犯罪的本质陷入不可知状态。法益并不是一个非常明确的概念，法益概念的机能也不是十分确定的。Binding

① 许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005:47.
② 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:3.
③ 大塚仁.犯罪论的基本问题[M].冯军,译.北京:中国政法大学出版社,1993:4.
④ 山口厚.刑法总论（第二版）[M].付立庆,译.北京:中国人民大学出版社,2011:4.
⑤ 张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社,2007:55.

认为法益包括人、物、行为价值乃至规范的妥当状态。Liszt 认为法益只限于法所保护的人的生活利益(利益)。Binding 展开法益在于丰富其由规范概念延伸的犯罪论,Liszt 则将法益作为刑法正当性的一般根据[7]55。笔者认为，在法益概念不甚清楚之际，将法益保护作为犯罪的本质有失妥当。如强奸罪究竟是对社会善良风俗的法益侵害，还是对被害人身体法益的侵害，恐怕就不是法益概念所能解决的问题。此外，即便法益概念能够确定和统一，法所应当保护的利益也并非刑法独立调整之物，他法调整的行为同样也具法律保护的利益特质，如行政法与刑法均可对非法获取他人财物的行为进行处罚，显然两者的调整范围并非法益侵害可以实现，而需要借助社会危害性的程度考量。囿于法益概念的抽象性和不确定性，人们开始对法益侵害说提出质疑，并认为犯罪的本质与其说是法益侵害倒不如说是义务违反。这种观点强调犯罪是对社会，国家共同体的侵害，是由行为人背负的法律义务、人伦义务所决定的①。但是，民法调整的行为也具备义务违反的特征，如欠债者有如数归还金钱的义务，保管人有妥善保管他人财物的义务等。从这一层面上说，义务违反仅是犯罪本质的某一外部特征，而并非犯罪本质。基于权利侵害说，法益侵害说和义务违反说的各自偏颇，有人提出折中说，认为应在法益侵害说的基础上综合其他学说的优势，以此扬长避短、通力合作②。法益侵害与义务违反的综合说,违反社会伦理秩序的法益侵害说均是折中的结果,但是折中说仅仅是机械的组合,其实质上并未改变此类学说局限现象，作用客观的弊病。

对于犯罪的本质，目前的通说是法益侵害说。积极一般预防也将犯罪的本质预设为法益侵害，认为刑法惩罚的正当性在于法益保护。以此为据，国家需要维护规范的有效性，致力公众法律忠诚意识的培养，保证法律秩序的稳定预期。这种观点必然面临两种困境，一是如果法益侵害是规范之上的应然利益，那么法益究竟应当囊括何种精神？二是如果法益是刑法所保护的利益，那么规范本身的正当性如何解决？应当说将法益视为规范之上的应然存在，是对刑罚正当性的理论溯源。但是，要将法益抽象为规范之上的应然义理，仍然是极其困难的一件事情。“法益使一种威吓变得正当，但是，现在所有可能的东西都能够变成法益。刑法的不法就变得不清楚了，丧失了其规范的(并且也是道德的)轮廓。”③对此，有人认为法益应当限于对公众产生重要影响的利益，即生活利益④。但是，生活利益难道就不是一个广杂繁复，且难以把握的概念吗？德国学者赫费就曾将生活利益概括为三个方面，（1）生命和身体；（2）语言与理性；（3）一种普遍的社会能力和一种特别的政治能力⑤。这三种利益抽象而费解，执基于此必然难以操控。此外，对于刑法缘何要保障生活利益，何以对侵害他人生活利益者强制剥夺基本人权，法益侵害说并没有进行追问，致使规范之上的概念解读仍然停留于理论宣示，难言刑法惩罚的正当性。基于规范之上的法益概念的抽象性和模糊性，积极一般预防认为应当将法益限缩于刑法所保护的利益。以法所保护的利益作为法益的当然内容，则意味着对规范的维护就是对法益的保护。因此，对于违反规范的行为，刑法需要通过否定性评价确证规范的有效性。同时，为了保证规范认同的效果，刑法应当以法律忠诚意识的培养为己任促使公众自愿遵循刑法。但是，如前所述，这种法益侵害的概念是预设于良法的基础之上，倘若出现恶法，则刑罚正当性的根基必然倾覆。由此可见，积极一般预防

① 马克昌.比较刑法原理[M].武汉:武汉大学出版社,2012:84.

② 大谷实.刑法讲义总论（第 4 版）[M].东京:成文堂,1994:101.

③ 哈塞默尔.面对各种新型犯罪的刑法[G]//中国人民大学刑事法律科学研究中心.刑事法学的当代展开.北京:中国检察出版社,2008:60.

④ 西田典之.日本刑法总论（第 2 版）[M].王昭武,刘明祥,译.北京:法律出版社,2013:108.

⑤ 中国法制出版社编.刑法论文选粹[M].北京:中国法制出版社,2004:181.

在法律忠诚，威慑认同以及工具利用上的弊病都是源于犯罪本质是法益侵害的正当性根据。

### （二）积极一般预防刑法目的的偏颇

积极一般预防将预防犯罪作为刑罚正当性的理论预设，认为刑法的目的在于教育和引导公众学习守法善行，贬抑违规恶念，以此从规范认同、法忠诚意识培养和规范有效性确证上实现犯罪预防。这一理论预设必然面临两个刑罚正当性的困境：一是预防犯罪理论本身的正当性，二是预防犯罪理论与报应刑的主从颠倒困境。

首先，积极一般预防执基犯罪预防理论并无正当性。犯罪预防理论认为刑法惩罚的正当性在于预防公众犯罪。此即意味着犯罪人承担刑事责任，并不是因为自身行为对他人造成的损害，而是基于预防公众犯罪的需求。但是，从公平的角度说，犯罪人何以为预防他人犯罪付出代价？事实上，行为人只能就自身的行为承担责任，而不能就他人的行为承当责任，这是责任自负的应然义理。从这个层面上说，倡扬积极一般预防必然陷犯罪人为他人行为承当责任的困境，有违实质公平。如为了培养公众遵守考试纪律的法律忠诚意识，而予以替考罪的入刑规定，就不得不说是犯罪者为预防他人守法行为的“买单”。预防犯罪的核心在于抑制犯罪行为的生发，使犯罪意念自始不再产生。显然，犯罪的概念追溯才是刑罚正当性的核心。然对于何谓犯罪，预防犯罪理论并未深究。一般认为，犯罪预防之犯罪是刑法规范所不许的行为，预防犯罪是防止违反刑法规范所不许之行为发生的过程，是对违规行为的预防。在此种理念的指导下，积极一般预防自然着眼于规范有效性的确证，从规范认同、法律忠诚意识的形成探究刑罚的设立与执行。因此，“刑罚的任务可以说是在于，证实那些被不法行为所质疑的规范，透过刑罚来宣示这些规范是一如既往地有效并且应该被维持，藉此来稳固一般人对于法秩序的信赖，保障对于交互遵守行为规范的期待。”①即“刑罚目的的重心在于通过明确行为时违法、合法的界限，以便在顺应罪刑法定主义要求的同时，通过提示规范来实现一般预防。”②但是，犯罪并非违规行为的实然表现，而是先于刑罚产生之前的概念，如若以规范内容界定犯罪，必然违反逻辑规律，并陷入恶法亦法的境地。就事实发生的顺序而言，“应该是先出现了犯罪——一种用非刑罚手段不可能解决的社会现象之后，人们才可能想到专门针对犯罪行为的处罚措施——刑罚。”③在刑法的设置中，实然的刑罚规定应当与应然的犯罪内涵相契合。然而，刑罚与犯罪在相互印照中却难免有所偏差，倘若实然规定之犯罪偏离应然犯罪之内涵，严格遵循刑法规定就会损及公众利益。因此，以犯罪预防理论为据，而不是从犯罪的正当性由来，推演积极一般预防，并不能解决刑罚正当性的问题。

其次，犯罪预防是报应惩罚的附随效果，颠倒两者的主从关系难以保障刑罚的正当性。积极一般预防将刑法的正当性根据于犯罪预防理论，认为刑法的目的在于预防犯罪，凡刑法的适用能够起到预防潜在犯罪者犯罪之效果，就可谓之正当。这种观点认为，刑法不在于以暴制暴，而在于以恶防恶。已然之害是行为人既已造成的客观危害后果，无论嗣后如何的施加报复，都不可能使害者起死回生，伤者恢复原初，以此给予等量报复并非社会治理的最佳效果。况且，随着社会的文明与进步，血腥与残忍已日趋被人们所厌弃，柔性与教化逐渐被人们青睐，此时，报复显然无法表现为“以牙还牙，以眼还眼”

① 蔡圣伟.刑法问题研究(1)[M].台湾:元照出版公司,2008:81.
② 井田良.讲义刑法学·总论[M].东京:有斐阁,2008:81.
③ 陈忠林.刑法散得集(Ⅱ)[M].重庆:重庆大学出版社,2012:28.

的等量报复，而开始走向非等质的报应转换之中，自由刑与伤害犯罪、财产犯罪的折算已然成为行诸刑法世界的大潮大势。藉此，也产生了摈弃传统刑，转向预防刑的呼声。

那么，刑法究竟应当以报应刑为基础，还是以预防刑为依据呢，这就需要从刑罚的生成过程上予以探究。直观的考量，刑罚有两个效果。一个是刑罚适用对已然犯罪者的惩罚，另一个是对潜在犯罪者的警示。前者以已然之害为据，而后者依附前者而生，是刑法在公之于众和广而适用过程中被潜在犯罪者观察获知后，基于刑罚之苦和犯罪之乐的考量，放弃犯罪动机的效果。既然后者是前者的一个附随，后者替代前者是否有本末倒置，喧宾夺主之嫌，且阙如设立根基。此外，如果后者彻底摒弃前者，则意味着刑罚适用的报应限制藩篱彻底去除，此时，如何把控刑法的界限？对此，理论界并无统一共识，并陷入自说自话的困境。陈兴良教授坚持一体论为基础的刑罚目的二元论，认为“刑罚的目的应是报应与预防的统一, 预防包括一般预防和个别预防, 在这种统一中, 刑罚在总体上应以报应为主要目的, 预防为附属目的, 从而保持刑罚的公正性和功利性。”[①]对此，张明楷教授持反对的意见，他否认报应是刑罚的目的，并认为“刑罚通过制定、适用与执行，对犯罪人本人及其周围的一般人产生影响，从而达到预防犯罪的结果，乃是一种符合社会心态的普通的历史事实。因此，预防犯罪理所当然地应成为我国刑罚的目的。刑罚预防犯罪的目的包含最大限度地减少犯罪和最终消灭犯罪两个层次，而其内容则包括特殊预防与一般预防。”[②]赵秉志教授也力主犯罪预防目的，并认为：“一般预防不过是报应的附产品, 报应的本身就依附着一般预防的要求。”[③]由此可见，究竟是报应惩罚派生犯罪预防，还是犯罪预防派生报应惩罚，直接决定着刑罚正当性根基的预设。笔者认为，回溯刑罚权的产生过程，报应刑应当是预防刑的基础，是惩罚已然犯罪基础上的预防未然犯罪的关照。从刑法是私力救济的替代，契约转让的结果来说，刑法的首要任务是报应，并据以恢复正义，“刑罚乃是对公民不法的回应。”[④]故“将报应作为刑罚目的，体现了刑罚的道义性。”[⑤]与此同时，刑法在实施报应的同时，也可以威慑潜在犯罪者不敢前仆后继，规诫已然犯罪者不要再犯，进而起到犯罪预防的效果。换言之，报应惩罚才是刑罚正当性的由来，预防犯罪仅是报应惩罚的附属之物，不能脱离报应而独立存在，而只能在实现报应惩罚的基础上予以协调考量。因此，积极一般预防以犯罪预防为刑罚正当性根据的基础有失妥当。

在明确预防犯罪与报应惩罚的主从关系后，我们还要进一步考量犯罪预防的内部成分，并厘清其相互关系，以此进一步追溯积极一般预防理论预设的误判之处。预防理论作为一个完整的刑罚目的理论，通常包括一般预防和特殊预防，至于二者的主次关系存在分歧[⑥]。强调特殊预防优位于一般预防的观点认为，刑罚的正当性根据在于防止已经实施犯罪的人再次犯罪。一般预防是附随特殊预防而产生的预防效果，当两者冲突之际应当以特殊预防为主。反对特殊预防优位于一般预防的观点则认为，特殊预防以是否再犯为评价依据，不具有正当性。事实上，犯罪人是否再犯与监狱矫治的机能发挥紧密相联，“在犯罪人处遇没有充分发挥其机能时，贴标签的弊害反而使犯罪人处遇成为再次发生的原因。”[⑦]此种情况下，刑法的设置就会变得苛厉和随性。毕竟长期羁押和永久

① 陈兴良.本体刑法学[M].北京:商务印书馆,2001:637.
② 张明楷.责任刑与预防刑[M].北京:北京大学出版社,2015:3.
③ 赵秉志.刑法基本理论专题研究[M].北京:法律出版社,2005:289.
④ 帕夫利克.人格体·主体·公民:刑罚的合法性研究[M].谭淦,译.北京:中国人民大学出版社,2011:79.
⑤ 陈兴良.刑罚目的新论[J].华东政法大学学报,2001(3):3-9.
⑥ 张绍彦.刑罚实践的发展与完善[M].北京:社会科学文献出版社,2013:2.
⑦ 周光权.社会转型时期职务犯罪预防的新课题[J].政治与法律,2007(5):11-17.

性剥夺生命是一劳永逸去除恶害，抑制再犯的最好方法。基于预防再犯收效甚微的考量，有人认为刑法应当以预防潜在犯罪者为秭归[①]。而一般预防又包括两个侧面，一个是消极的一般预防，另一个是积极的一般预防，且对于何者居于主流并无统一认识。消极一般预防取径刑法惩罚对潜在犯罪者的直接威慑，申彰潜在犯罪者在观察刑罚之苦后的不敢再犯。积极的一般预防则问道刑法的自愿遵循之路，强调公众在刑罚教育和守法善行引导下的主动不犯。主动与被动之间，自然主动的积极一般预防雄踞上风。消极一般预防将潜在犯罪者视为当头棒喝的对象，凸显刑罚的外在威慑功能，而积极一般预防以教育和引导为己任，阐扬公众的内心尊崇。外在与内在之间，内在显然更具优势地位。这也是缘何学界推崇积极一般预防的主要原因。但问题是，惩罚教育和善行导引难道就没有刑罚威慑的因子吗？难道公众内心的自愿遵循就无关犯罪之苦和刑罚之乐的理性考量吗？如果积极一般预防不能完全去除消极一般预防的威慑功能和工具效用，就不可能真正优位于消极一般预防。即便积极一般预防如其概念表述而言，可以去除威慑与工具效用的弊端，其惩罚的正当性也是令人质疑的。刑法以限制自由，剥夺生命为代价，是如此严重的恶，必须出于谨慎考量，限制刑罚权的发动。然而，撇离报应刑的羁绊，刑罚权的发动显然就仅受制于公众遵循刑法一个条件，而这个条件并无先验性，且无法得到确证，必然导致刑法在立法者的主观臆断下恣意扩张。从这个意义上说，积极一般预防的目的确实是高尚的，但“目的的高尚并不能证明手段的正当性。”[②]

综上，积极一般预防理论以犯罪预防为刑罚正当性的理论预设，无法追溯犯罪本身的正当性由来，亦无法阐释犯罪者为预防他人犯罪负责的正当性，陷入遵循规范的困境，难以撇离刑法的威慑功能以及将人作为工具的功利主义效用。同时，积极一般预防之犯罪预防理论又颠倒与报应刑的派生关系，导致刑法的适用陷入无所羁绊的肆意扩张之中，进而上演忠诚恶法的闹剧。

## 三、积极一般预防正当性根据的拨正

鉴于积极一般预防对刑法目的和犯罪本质不当预设所致的偏颇，我们需要深入探究刑法惩罚的内在义理，核心价值，以此消弭积极一般预防停留现象，作用客观的流弊。

### （一）犯罪本质的拨正

犯罪本质追问的是何种行为当为犯罪，何种行为不当犯罪，涉及犯罪定性的原因探求，应当透过现象获知本质。法益侵害仅是犯罪的一种外部表现，并非行为该当刑法惩罚的依据。法益如果以法所保护的利益进行定义，法益侵害就等同于规范违反，而将违反规范的行为纳入犯罪考量，本是规范的执行，无涉犯罪惩罚的正当性来由。而如果将法益定位于规范之上的应然利益，虽然看似探究了规范内容的正当性来由，但是对犯罪人的刑法惩罚本身也意味着一种法益侵害，刑法何以以侵害犯罪人法益的方式保护他人法益？对此，法益侵害显然无力回击。笔者认为，法益概念无论如何的花样翻新，别出心裁，都只能作为犯罪的外部现象存在，而不可能摇身突变，精进为犯罪的本质。因此，积极一般预防将犯罪的本质预设为法益侵害，是将现象等同于本质的误判。但是，欲知本质又必须从现象入手，通过外部特征的蛛丝马迹予以觅迹寻踪。必须强调的是，对于现象的截取不能恣意随性，而应当从本质性特征中予以采撷。权利侵害、义务违反，法益侵害和折中说之所以存在偏颇，就在于仅仅关注到犯罪现象的某一侧面，而未能从犯

① 肖洪.刑罚目的应该是“一般预防”[J].现代法学,2005(3):169-175.
② 陈瑞华.程序正义的理论基础[J].中国法学,2000(3):144-152.

罪的本质特征予以切入。

“刑罚是刑法特有的制裁措施，是区分刑法与其他部门法的唯一的外部标志。”[15]28 民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系，无涉惩罚，而仅具恢复原状和等价有偿的效用；行政法调整行政管理所生之事，以行政处罚为手段；刑罚调整的是国家与个人之间的关系，举涉自由限制、关乎生命剥夺，是诸法中惩罚最为严厉的措施。从刑罚作用的主体和对象，我们可以形象的还原刑罚的作用过程，并从主体与对象的关系层层深入刑法惩罚的核心腹地。换言之，刑罚不仅是刑法特有的制裁措施，更是一种社会关系。

直观的考察刑罚权的运作过程，刑罚是国家与公民个人之间的关系。执掌刑罚权的一端是国家，另一端是因犯罪而受刑罚处罚的公民。这一调整关系与行政法的调整关系几无差别，若局限于此，必然使刑法和行政法难以区分。刑罚权和行政处罚权都是一种国家权力，调整的两端分别是国家和个人。但是，执掌刑罚权的国家与管控行政处罚权的国家又是迥然各异的。执行刑罚的国家是作为整体的国家，需要动用立法、行政、司法，甚至国家武装力量在内的全部强制性力量。非某一部门可以独立完成，而需国家诸多部门的通力合作才有望实现。行政法规范的实现，则仅需行政机关一家之力就可，无需动用国家所有的暴力工具。因此，刑罚执行主体之国家是作为整体的国家而存在的。同时，刑罚以完全剥夺一个公民最基本的权利为内容和限度，如财产的没收，自由的限制，生命的剥夺，只能针对孤立的个人，而不能指向单位。对此，也许有人会质疑单位犯罪本是刑法明确规定之罪，如何刑罚不予调整。深入考察刑罚的内容，我们就不难发现，刑罚的内容是针对基本权利的剥夺，而单位并无自由、生命等权利可资剥夺，因此刑罚只能施加于个人，而不能作用于单位之上。实际上，刑法对单位犯罪的处罚，也是通过追究单位负责人的刑事责任予以实现的。故刑罚调整的社会关系也可进一步认为是整体的国家与孤立的个人之间的关系。国家缘何要动用全部的强力剥夺一个弱小公民最基本的权利，最根本的原因在于个人侵害了国家的基本法律制度，如果不予剥夺公民个人最基本的权利，国家的法律制度将面临倾覆性的危险。此时，国家为了保障基本法律制度的有效运行，国家统治的有序稳定，必须给予破坏基本法律制度之个人重磅之击。精进至此，刑罚应当是国家的法律制度与个人基本权利之间的关系。但是，即便如此深入，刑罚仍然仅是对犯罪外部特征的提炼，而未涉及刑法惩罚的正当性由来。积极一般预防将犯罪的本质归结为法益侵害就源于犯罪对国家基本法律制度破坏这一深层现象的考察。然国家缘何能够对破坏基本法律制度的公民施加强制惩戒呢？这就需要从国家基本法律制度本身的正当性由来予以探寻。自人类进入文明社会以来，所有国家莫不宣称自己是人民的国家，是维护公民权利、自由为宗旨的国家。当“国家尊重与保护人权”日趋成为现代法治基石之际，国家基本法律制度必然以保障公民人权为内容。此时，公民个人对基本法律制度的侵害就可能危及全体公民人权。如诈骗行为，民事之等价有偿的调整并不是一种有效的制裁方式，而需要刑罚的成本附加。毕竟诈骗被发现的概率并非百分百，如若纳入民法调整，诈骗将成为只赚不赔的买卖，公众自然竞相实施，并使诈骗行为滋衍成风。当每个人都实施诈骗行为时，民法所保护的全体公民的财产权必然难以为继。此时，为了保障基本法律制度所维护的全体公民人权只能剥夺公民个人的基本人权。就此而言，刑罚是全体公民人权和个人基本人权之间的关系。但是，每个人的人权都是神圣不可侵犯的，在全体公民人权和个人基本人权发生冲突之际，国家何以厚此薄彼，强行剥夺个人基本人权而保障全体公民人权呢？对此，笔者认为，虽然所有人的人权都是国家应当保护的权利，无法通过否定一方的方式肯定另一方。但是，人权的取舍却是可以通过大小比较进行决断的。国家在面对全体公民人权和个人基本人权两种

都需要保护的人权之时，只能权衡利弊，牺牲犯罪人较小人权，保全全体公民较大人权，是不得已的选择，类似于紧急避险。由此，可以清晰的得出犯罪的本质是对包括犯罪人在内的全体公民人权的侵害。

### （二）刑法目的的纠偏

刑法惩罚的目的不是对未然犯罪的纯粹预防，也不是对已然犯罪的单纯回应。对未然犯罪的预防依附已然犯罪的损害后果，对已然犯罪的回应又需关切未然犯罪的预防效果。既然预防犯罪和报应惩罚相互交织，那么如何准确决断惩罚的限度？笔者认为，预防犯罪和报应惩罚都是一种理论预设，且这一理论预设是刑法惩罚效果的外在表现，而非刑法惩罚的内在根基。意欲探求刑法的目的，就必须挣脱犯罪预防与报应惩罚的理论窠臼，从刑法的外部特征追根溯源刑法当为的内容，惩罚的倾向，进而明晰刑法的目的。

犯罪的外部特征表现为国家与个人之间的关系，整体的国家与孤立的个人之间的关系，国家基本的法律制度与个人基本权利之间的关系，进而获知犯罪的本质是对全体公民人权的侵害。而犯罪与刑罚是刑事法学中最基本的一对范畴，两者相互勾连，彼此界定。犯罪是刑罚处罚的行为，刑罚是处罚犯罪的措施。“离开了惩罚犯罪的刑罚，人们不可能将犯罪与其他危害行为区别开来；离开刑罚惩罚的犯罪，刑罚这个概念根本就不可能产生。”[15]28 换言之，刑罚与犯罪均涵摄刑法惩罚的正当性义理。因此，犯罪的本质作为某种行为规定为犯罪的原因追问，亦是刑罚规制的方向。刑罚的目的由此可以表述为保护包括犯罪人在内的全体公民的人权。

报应惩罚，犯罪预防，都是保障全体公民人权目的的某一侧面，而并非目的本身。报应惩罚是基于已然之害和刑罚之苦的对等考量，看似针对客观实害，关照个人权利，实则不然。报应惩罚建立的基础在于私力救济的无力，如果不予公力惩戒的求助，受害公民的报复情绪无法宣泄，且其他公民也必然面临权利侵害的危险，因此为了应对他人的权利侵害，公众将自己惩戒他人的权利让渡国家，并甘愿冒自己犯罪也同样受处罚的危险。在公意的最高指导下，刑罚定然以保障全体公民人权为己任。同时，报应惩罚仅仅是常识、常理、常情的一种外在反映，并非刑罚规制的目的。随着肉刑的废除，公众的报应惩罚意愿不再表现为物理上的等质报应，而出现惩罚上的转换。如致人轻伤害以上的行为，科予多重的刑罚能够实现报复效果，就需要发微常识、常理、常情，从保障全体公民人权的限度予以考量。此外，犯罪预防也是保障全体公民人权的一种外在表现。对犯罪的惩罚，使犯罪者在体验犯罪之乐的同时也付出惩罚之苦的代价，可能在利弊权衡之下不愿再犯，潜在犯罪者则在观察刑罚之苦后不敢犯罪，是附随刑罚而产生的效果，其惩罚的根基仍然是公众报应惩罚的意愿，是保障全体公民人权基础上的效果附加。这种犯罪预防不能脱离保障全体公民人权的目的存在，而应该在无碍其目的发挥的基础上予以兼顾。我们毋宁忘记的是，犯罪人的基本人权也是刑法应当保护的内容，如若仅为预防他人犯罪，而并非保障全体公民人权所需，强力去除犯罪人的基本人权，必然背离刑法惩罚的初衷。

## 四、积极一般预防正当性根据的重塑

积极一般预防取径规范有效性的确证，强调法律忠诚意识的培养，规范信赖的维系，是基于一般预防积极面的正性定义。但是积极一般预防的积极修饰并未改变一般预防以威慑为手段规诫公众不予犯罪的实质，仍然是将人作为手段加以利用。积极一般预防以确认规范有效性为己任，将忠诚恶法和忠诚善法等量齐观，难以触及规范本身的正当性，

仅是刑罚正当性形式侧面的表现。积极一般预防预设刑罚的目的是预防犯罪，犯罪的本质是法益保护，无从阐释国家剥夺违规者基本人权的正当性，化解预防犯罪与保障人权之间的矛盾关系，仍然是就规范违反和刑法惩罚之犯罪现象的评价。基于积极的一般预防是消极一般预防的同意表达和反面论证，积极的一般预防也并未如概念本身一样发挥犯罪预防的积极作用，反而由于过分强调刑法惩罚的积极作用而偏离刑法惩罚的正当性。因此，就目前的积极一般预防理论作用现象，局限客观而言，并不能被视为刑法惩罚的正当性而大加申彰。但是，就积极一般预防追求刑法惩罚的正性作用，撇离刑法惩罚的消极影响的理念而言，“积极一般预防仍然是一种开放的理念，虽然很多问题不一定包含在积极一般预防理论之中，但这种理论提供了空间，能够让其他内容作为自己的辅助，一起完成刑罚正当性的任务。”[①]有鉴于此，我们可以在重释积极一般预防内容，厘清刑罚正当性根据的基础上予以实践展开，进而使积极一般预防名至实归。

### （一）积极一般预防的基本内容：刑法规范遵循常识、常理、常情

刑法规范是常识、常理、常情的代言，应着力规范内容对常识、常理、常情之遵循路径的找寻。刑法的正当性不是对规范有效性的确证，而是对规范本身正当性由来的探究。事实上，规范不是经有权机关制定与颁布就当属正当，而是因为规范的内容来自大众共识的凝结，公众意志的反映。从现象上来说，公众自愿遵循的是规范，是对法律秩序的维护，但是就实质而言，公众遵循的是自己的内心意愿，而不是规范本身。进言之，如果刑法规范的内容偏离常识、常理、常情，公众通常无自愿尊崇之意，而多有背反之心，需要刑罚的严加苛责才能起到维护法律秩序的效果；反之，如果刑法规范遵循常识、常理、常情，则规行矩步就是坚定内心信仰的过程，公众定然自愿尊崇，无需严刑峻法就足以维护法律秩序。因此，积极一般预防应当以规范的正当性由来，重赋积极一般预防刑法规范遵循常识、常理、常情的内涵，以此消解威慑基础上的认同矛盾，忠诚恶法的正义偏失，将人作为工具利用的功利质疑。申彰以公众意志为基的规范认同，使威慑受制于公众意志，从而使规范认同演化为公众对自身意愿的遵循过程；强调刑法规范对常识、常理、常情的忠实反映，可以使恶法无处逃生，进而避免忠诚恶法的发生；凸显刑法规范以常识、常理、常情为据，能够使刑法对他人的犯罪预防执基于常识、常理、常情之上，避免将人作为工具的功利性困窘。

积极一般预防以刑法规范遵循常识、常理、常情为路径，需要通过立法、司法和执行过程予以保障。首先，立法阶段要广泛收集常识、常理、常情，确保刑法规范的内容忠实反映公众的内心期望、情感倾向。这一过程中，提案的征集，草案的制定与研讨，都可起到获知常识、常理、常情的效果。但是，囿于规范文本的抽象凝练，以及法律术语的晦涩难懂，公众通常难以尽知其意，而存在无法准确，及时表达自己内心意愿的情形，需要在实践中进一步测量刑法规范与常识、常理、常情的契合程度。倘若刑法规范生成后，公众多有异议，且屡屡触犯，则说明刑法规范与常识、常理、常情存在冲突，应在准确获知常识、常理、常情的基础上予以修正。在刑法规范的生成过程，笔者主张以常识、常理、常情为据演化生成邢法规范，反对以维护秩序之名进行制度建构。虽然后者在刑法的适用过程也可能产生公众认同的效果，但是这种效果是建立在长期威慑基础上的习惯性认同，是常识、常理、常情对国家权威的屈从，不能称之为正当。如微博转发五百条定性诽谤罪和醉驾入刑危险驾驶罪的规定就是基于国家一厢情愿的制度设计，这些制度虽然可以起到规范行为，维护秩序的效果，并被人们所遵循，但是这种遵

① 陈金林.刑罚的正当化危机与积极的一般预防[J].法学评论,2014(4):154-163.

循多是惧于刑罚威慑，而不是内心的真正认同。近年来，刑法修正案屡屡适用新罪，拓宽原罪范围，大都是基于制度建构的想法，试图通过刑法规范的明确提示，预防犯罪。但是，人们对行为规则的获得并非全部来源于刑罚的提示，而是来自于自己生活中基本的价值观、道德观、良心观，亦即常识、常理、常情[①]。因此，期望通过法律制度的人为建构实现秩序维护的效果并无正当性可言。其次，刑事司法中，法官应以常识、常理、常情理解和适用刑法规范。刑法规范具有抽象性的特质，在与具体事实的对接中，需要在解释的基础上予以适用。而以何者为据，直接决定着解释的内容。以常识、常理、常情为基，意味着刑法的适用以公众为视角，从公众对法的解释予以切入。获知公众意愿最为有效的方式是从大众生活中的通常之识，惯常之理，恒常之情予以考察。如盗窃游戏币为我所用的行为，究竟是以盗窃罪论处，还是以非法获取计算机信息数据罪予以定性，恐怕予以规范与事实的机械对接难以得出令人信服的结论。此时，在考察常识、常理、常情基础上予以行为定性往往起到事半功倍的认同效果。盗窃游戏币用于网络游戏行为并未造成社会总财富的增加或减少，与传统盗窃直接作用财物有着本质区别，定性盗窃有违常识、常理、常情。盗窃游戏币之行为以非法获取计算机信息系统数据的方式实施，符合非法获取计算机信息系统罪的犯罪构成，但是盗窃游戏币行为乃游戏开发商诱惑所为，且与其安全投入成本有关，况且盗窃的游戏币并未在市场上流通，未损及无辜第三人，纳入非法获取计算机信息系统罪，公众有刑罚过重之感，因此对于此种行为可以通过公众意愿的获知予以无罪化的考量或者刑事和解的应对。最后，刑罚执行阶段，应以常识、常理、常情为据予以刑罚变更的裁量。通常，刑罚在执行过程中会根据罪犯遵守监规，教育改造以及悔改表现予以减刑和假释的刑罚变更。这种刑罚执行的变更针对犯罪人的特殊预防效果，从是否足以抑制再犯予以考量，无从关照常识、常理、常情，导致刑罚的适用偏离大众预期。笔者认为，刑法规范对常识、常理、常情的遵循应当贯穿刑事立法、司法和刑罚执行的全过程，而不当偏于一隅。如果允许刑罚执行变更中的公权臆断，必然使常识、常理、常情处于居无定所的困境。因此，对刑罚执行的变更应当通过听取被害人意愿，人民陪审等形式予以常识、常理、常情的考量，以此确保刑罚的适用与执行与常识、常理、常情的实时趋同。如刑法修正案九对贪污犯罪死缓减为有期徒刑后终身监禁，不得缓刑，假释的规定，就是对公众严惩贪污犯罪意愿的回应。此外，严格刑罚执行制度，限制减刑，缓释的适用可以最大程度保证公众期望之刑如实执行，避免契合公众之刑在实践中大打折扣。

### （二）积极一般预防的正当性根据：保障全体公民人权

刑法的正当性根据举涉刑罚的发展倾向，关乎刑罚的正义价值，是积极一般预防的基石，决定积极一般预防正性效果的实现程度。追根溯源，国家以整体之名强力剥夺一个人弱小公民的基本人权而不失正当，乃是因为公民个人的行为在侵害他人权利的同时也危及到全体公民人权，如果不予刑法规制，全体公民的人权必然惨遭侵害。国家出于保障全体公民人权之考虑强力剥夺犯罪人的基本人权，避免侵害全体公民人权的发生。因此，犯罪的本质不是法益的侵害，而是对包括犯罪人在内的全体公民的人权侵害，刑罚的目的也不是追求预防犯罪的效果，而是保障包括犯罪人在内的全体公民人权。就此而言，积极一般预防的刑罚正当性根据应定位于保障全体公民人权，并化解报应惩罚与犯罪预防之间的正面冲突，消弭特殊预防与一般预防的矛盾罅隙。

其一、报应惩罚与犯罪预防统合于保障全体公民人权

① 王凯石.刑法适用解释[M].北京:中国检察出版社,2008:186.

“刑罚是对公民不法的回应”[19]79，还是基于预防犯罪的考虑，一直是困扰刑罚正当性的难题。报应惩罚以已然犯罪的报复为基，强调以暴制暴，无法关照社会的文明进步和公众的宽容情怀；犯罪预防以未然之罪为据，申彰防微杜渐，难以阐释个人对预防他人犯罪负责的正当性。综合报应惩罚和犯罪预防，凸显优势相加，又无从化解冲突矛盾，在两者不一致时，陷入以何者为基的困境。笔者认为，预设保障全体公民人权的刑罚正当性根基，是一种较为契合现代刑法发展趋势的做法。国家对犯罪人的报应惩罚执基私力救济的无力，是公众出于保障全体公民人权考虑之下的私权让渡，故惩罚与报应是否相称，应当从是否保障全体公民人权的角度予以考虑。而一般预防是报应惩罚之际附随产生的效果，同样应当以报应惩罚为据，进而统合于保障全体公民人权之中。其具体实践应关照以下方面。首先，对全体公民的人权保障以等量报复为上限。“在刑罚的适用上不会无视报应侧面”①。刑法惩罚是私权让渡的结果，是私力救济无力之下寻求等量报复的需求。同时，私权让渡意味着公众自己犯罪也面临刑罚惩罚的风险，必然谨慎私权让渡的范围，其程度只要足以抑制被害就可。因此，对全体公民人权的考量，可以避免刑罚的惩罚超越等量报复的限度。如非法集资，盗窃等行为，脱逸报应的限度予以死刑考量显然超越了公众等量报复的限度，阙如正当性根基，这也是刑法修正案取消此类犯罪死刑规定的原因。此外，对于非等质报应的刑量设置，应当依据保障全体公民人权的需要，予以非等质转换，并作上限限制。如盗窃3000元的行为，公众认为处三年有期徒刑足以保障全体公民人权，则盗窃3000元与三年有期徒刑的非等质报应相对应。对于基准刑，笔者认为应以最高刑为基点做减法，防止刑量的设置脱逸公众保障全体公民人权的限度。其次，报应惩罚和预防犯罪相互冲突时，应以保障全体公民人权为限度。报应惩罚的目的是保障全体公民的人权，犯罪预防是报应惩罚的从属效果，是保障全体公民人权基础上的兼顾。对于某一危害社会的行为，如果报应惩罚是十五年有期徒刑，保障全体公民人权的公众意愿是十二年有期徒刑，预防他人犯罪的刑罚是无期徒刑，则预防他人犯罪的刑罚超越报应惩罚和保障全体公民人权的限度，应当予以舍弃，而予以十二年到十五年的法定刑设置。必须强调的是，一般预防的效果是多种因素作用的结果，完全没有必要通过重刑的威慑予以实现。事实上，公众是否犯罪不仅取决于已然规范与公众意愿的趋同，还取决于刑法惩罚的必定性，及时性和适度性。因此，在一般预防超越保障全体公民人权的限度下，应当通过提高惩罚的必定性，及时性，降解刑罚的威慑作用，以此使刑罚针对已然之罪保障全体公民人权之际，兼顾预防犯罪的效果，进而使报应惩罚和预防犯罪无限趋近于保障全体公民人权的需要。如组织卖淫罪，国家虽然予以严刑峻罚的一般预防规制，但是由于执行过程的大打折扣，组织卖淫的行为仍然肆虐成风，根本无法起到刑罚的正性效果，需要通过提高惩罚的必定性和及时性予以保障。

其二、特殊预防与一般预防调和于保障全体公民人权

特殊预防以犯罪人的改善为己任，致力于再犯预防，“过于专注科学的矫治罪犯而排斥正义的追求”②，多与一般预防冲突，存在适用何者的问题。特殊预防以改造犯罪人主观恶性为宏旨、需要保留回归社会的可能性，“因此死刑和没有减刑、假释可能性的刑罚就没有存在的根基。”③然而，对于罪大恶极行为的一般预防，死刑的严重代价则是规诫他人犯罪的有效措施，同时对于不受常识、常理、常情操控的刑罚变更又会减损公众对刑法规范的遵循，进而使一般预防的效果差强人意。如果刑罚的科予可以从苛

① 雅科布斯.规范·人格体·社会——法哲学前思[M].冯军,译.北京:法律出版社,2001:39.
② 韩友谊.积极的一般预防[J].河北法学,2005(2):41-44.
③ 徐伟.刑罚正性心理效应的影响因素及其实现路径[J].中国刑事法杂志,2015(6):107-118.

厉的数字符号嬗演为轻缓的刑罚代价，难道刑罚惩罚不是对恶行的褒奖吗？人们何以有遵法的积极性？笔者认为，在特殊预防与一般预防的选择适用上，应当以保障全体公民人权予以调和。如果特殊预防的刑罚低于保障全体公民人权的限度，一般预防高于保障全体公民人权的限度，则应当摈弃特殊预防和一般预防，选择保障全体公民人权的标准，同时通过惩罚的必定性、及时性和适度性调适一般预防，以此使一般预防与保障全体公民人权的刑罚限度趋近。对于特殊预防低于保障全体公民人权限度的情形，虽然长期羁押并非预防再犯所需，但是却是实现正义的必要手段，因此应当调和于保障全体公民人权的限度。况且，这种刑罚是犯罪人对自身行为的责任承担，并无不当之处。

其三、一般预防以保障全体公民人权为秭归

一般预防内部的争议在于一般预防消极面与积极面的调和。一般预防的消极面强调刑罚的适用对潜在犯罪者的威慑，认为刑罚的惩戒不是对已然犯罪的报复，而是对未然犯罪的警戒，必然面临严刑峻罚以儆效尤的目的追求。一般预防的积极面注重刑法的宣示和刑罚的适用对公众的教育、引导作用，凸显规范认同和法律忠诚意识的培养，认为公众是意志自由且能够权衡利弊的理性人，难以在赋予刑法高尚目的同时约束刑罚权的扩张。实际上，一般预防的消极面和积极面都是将人作为预防他人犯罪的工具，其不同之处仅在于工具利用的直接性和高级性而已。前者更为低级和直接，将人当作动物驱赶；而后者更为高级和隐匿，将人间接作为工具例示违规行为的错误性。一旦将人作为工具，必然面临功利性的选择，有偏离刑罚正义之虞。在一般预防的消极面作用之下，犯罪人不是基于罚当其罪的正义考量，而是杀鸡儆猴的决策使然。一般预防的积极面也不是自愿遵循刑法的当然流露，而是忠诚法律、规范认同掩映下的刑罚恣意。笔者认为，从保障全体公民人权的限度出发，可以调和刑法一般预防的消极面和积极面，促使刑法正性效果的实现。以保障全体公民人权设置刑罚，可以使刑罚威慑掣肘于常识、常理、常情，避免刑罚权的滥用。刑罚以惩罚为代价，不可能没有威慑的效果，因此积极一般预防并不是规避威慑的作用，而是如何使威慑牢牢管控于公众之手。显然，强调刑法对全体公民人权的保障，可以使刑罚在遵循常识、常理、常情的基础上发挥威慑作用。于此相对，将刑法一般预防的积极面建立在保障全体公民人权的基础上，可以夯实刑罚教育和引导功能的正义基础，避免纯粹意义上的法律忠诚和规范认同，防止强权对常识、常理、常情的绑架和奴化。因此，一般预防消极面和积极面应当以保障全体公民人权为限度，并动态调适两者，以期珠联璧合，通力合作，共同实现刑法惩罚的正性效力。

## 五、结语

发轫于德国 20 世纪 70 年代的积极一般预防理论经学者“摆渡”回国后一直受到学界热捧，但积极一般预防将刑罚的正当性承载于规范意识的唤醒和规范遵循的实现，无法祛除刑罚威慑基础上的认同因子，忠诚恶法的正义悖反，以及将人作为他人犯罪的工具利用，陷入规范违反之现象描述等同犯罪本质、刑罚目之应然义理的刑罚正当性危机之中。追根溯源，积极一般预防将规范遵循作为刑法适用的基础最根本的原因乃是将刑法的正当性根据于刑法的目的是预防犯罪，犯罪的本质是法益保护，强调刑法规范的存续是刑法惩罚的正当性源泉，仍然是居于规范违反层面的现象描述，而未能精进至规范背后的正当性义理，导致积极一般预防之法律忠诚意识的培养，法序信赖，规范有效性确证嬗演为刑法扩张的外衣，使得刑法的适用可以脱逸报应刑的限制，规避威慑刑的诟病，而在维护秩序的主观臆断中恣意驰骋。

回溯刑法生成的过程，刑法乃是常识、常理、常情的代言，大众共识的凝结，是契

合公众需求的刑法遵循[29]。即制定符合常识、常理、常情的刑法规范，公众遵循符合自身意愿的刑法规范。就外在表现而言，公众遵循的是规范文本，就内在实质而言，公众遵循的是自我内心。刑法规范仅是承载常识、常理、常情的载体，其强制效力来自公众的赋予，而不是规范的有效性。不可否认，刑法的正当性不是源于犯罪预防，而是众望所归，是基于全体公民保障自身权利的共识性做法。对于犯罪的本质，也不是法益侵害，而是保障全体公民人权的内生性需求，是全体公民人权和个人基本人权冲突之际的不得已选择。犯罪对基本法律制度的破坏仅是一种现象上的直观反映，违反规范的行为之所以该当刑法惩罚根源于此种行为如果不予刑法规制，全体公民的人权必然惨遭破坏，不得已只能牺牲犯罪人的基本人权保全体公民人权。故犯罪的本质是对全体公民人权的侵害，刑法的目的旨在保障全体公民人权。秩序维护，法序信赖，规范认同都仅仅是保障人权不同侧面的外在表象，如果将表象等同本质和目的，必然陷入刑法扩张的恣意之中。

但是，就积极一般预防追求刑法正性效果，贬抑刑法负性影响的理念而言，积极一般预防仍然有其刑罚正当性的担当，且因其具有开放功能而有重释内涵，匡正刑罚正当性根据，确凿刑法适用标准的必要性。强调以刑法规范遵循常识、常理、常情作为积极一般预防的基本内容，可以过滤威慑性认同的生发；倡扬以保障全体公民人权为己任的刑罚正当性根据，能够避免遵循恶法的正义偏失；申彰刑法适用的不得已权衡，可以消弭人性尊重与工具利用的矛盾。毋庸置疑，积极一般预防只有溯源刑法规范的正当性由来，洞彻规范遵循的内在义理，并在此基础上提炼概念，才有望摆脱“新瓶装旧酒”的宿命，而成为刑法惩罚的正当性衣钵，进而裨益于刑事立法和刑事司法进程。

# 我国刑法理论是否需要违法性认识

罗伟文[①]

【内容摘要】“违法性认识”理论不是我国刑法理论，但和我国刑法理论的原有概念有相似之处，这种相似之处是由“违法性认识”理论所要解决的共同犯罪论问题而决定的。通过比较“违法性认识”理论与我国刑法理论相似概念，了解“违法性认识”理论在犯罪论中的作用和地位。针对我国犯罪构成理论存在循环论证的不足，以及在司法实践当中引发的问题，笔者认为，应尊重在认定犯罪当中思维的特点，合理构建犯罪论体系，解决在犯罪认定方面存在的问题，排除司法恣意，促进依法治国。

## 引言

“违法性认识”理论不是我国刑法理论，“违法性认识”理论来源大陆法系国家刑法理论。讨论“违法性认识”理论，是因为刑法理论都是用来指导和解决实际问题的，这一点没有国界之分。如果我国刑法当中也有类似的问题需要解决，则讨论该理论就是有意义的。研究“违法性认识”理论有几个切入点：一是讨论要围绕我国现行刑事法律。现行刑法 1979 年制订，1997 年大改，后面还经历了 10 个刑法修正案；二是看该理论与我国刑法理论当中有没有概念相似、理论相似的地方，可以加以比较；三是讨论要围绕该理论在刑法当中的地位和作用来展开，以问题为导向，如果没有这种思维，就会陷入问题本身，只见树木，不见森林，最后迷失方向。具体来说，就是在问题的指引下，确立和发挥理论本身应具有的作用，以此作用决定该理论的地位，将解决同一问题的概念和理论视为一个整体，不能孤立地看待和研究一个概念；四是看该理论对我国刑法理论有无可借鉴之处。

“违法性认识”理论之所以值得讨论，笔者认为，最重要的是“违法性认识”与罪过有关，在现代社会，如果行为人没有罪过，而需要让行为人承担刑罚的责任和后果，是极不文明的事情。因为刑罚本身就是一种恶，用刑罚来惩罚犯罪人，属于以恶止恶，刑罚适用的一个基本的前提是行为人要有恶，即行为人主观上有罪过。那么，认定行为人具有罪过，则是刑法理论要解决的问题。如果可以任意将罪过出入于行为人，则是一种霸权，或者是司法的恣意。

## 一、“违法性认识”与我国刑法理论相似概念的比较

1.“违法性”与“形式违法性”、“实质违法性”、“刑事违法性”

大陆法系国家现行的刑法理论在讨论“违法性”的概念时，将这个概念分为“形式违法性”与“实质违法性”。最早提出实质的违法性与形式的违法性区分的是李斯特，“形式违法是指违反国家法规、违反法制的要求或禁止规定的行为”[②]。“违法性”最初是对行为人行为科以刑罚的原因。既然行为人的行为触犯了刑事法律法规，则要对行为人施以刑罚。也就是说，对行为人处以刑罚的原因在于行为人的行为具有违法性。如果

① 重庆大学刑法学博士研究生，广东国鼎律师事务所律师。

② 【德】弗兰茨•冯•李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年版，第 201 页。

只考虑字面的含义，违法性对应形式违法性的定义，是通常的理解。实质的违法性，在李斯特看来，便是法益侵害性[①]。法益侵害性明显不是一个简单的概念，内涵十分丰富。在大陆法系国家，对于实质违法性的内容，有多种观点，一是法益之侵害（或威胁）或生活利益之侵害（或危险）说；二是行为之反常规性（即违反公序良俗）说；三是违反国家法秩序之精神或目的且违背其具体规范要求说；四是违反法律秩序基准之社会伦理规范说；五是违反国家所承认之文化规范说；六是欠缺对于国民文化保护秩序之正当手段说；七是违反规制社会生活之法律目的说；八是对于国家共同体之文化损害较利益侵害更大之一般倾向说；九是与历史现实的国家秩序有密切关系之特定社会产生矛盾说[②]。从实质违法性的内容来看，如果说形式违法性还可以有一个相对具体的明确的参照的话，则实质违法性的内容已经是一个抽象的概念，概念的核心是一国的法律秩序、社会秩序或国家秩序。

“违法性”概念在我国刑法理论中有具体的含义，犯罪是“社会危害性、刑事违法性、罪过性以及应受惩罚性”的行为，违法性就是刑事违法性[③]。刑事违法性就是指具体的行为违反了所有的刑事法律规范，不仅包括刑法总则、刑法分则，也包括在刑事司法实务中使用的所有具有法律效力的刑法规范。这些刑法规范都以书面形式为载体，是法律规定的有权机关在权限范围内公开颁布和实施的涉及行为人定罪和量刑的规范。刑事法律法规从适用的主体不同，可以分为行为规范和裁判规范。行为规范是社会一般公民在采取行为时依照的刑事法律法规。裁判规范是针对违反刑事法律法规的行为，刑事司法裁判者判断行为人行为性质时依照的刑事法律法规。我国刑法理论当中，“违法性”概念类似于大陆法系国家“形式违法性”概念。

基于以上分析，如果单纯讲“违法性”，就是指刑事违法性，这点应无异议。要理解“形式违法性”与“实质违法性”的区分，需要把握几点：第一，无论是形式违法性还是实质违法性，都是一种行为的属性。在法律没有出现之前，不存在违法性的说法。但徒法不足以自行，社会公众知晓法律，是法律得以实施的基本要求。而“违法性”本身就是法律体制或者法治秩序最基本的属性，如果行为人的行为不具有“违法性”，而要以法律来追究行为人的法律责任，这在现代法治社会，几乎是不可想象的事情。进一步说，谈到行为的属性，其实都是行为人或裁判者主观上认识的对象。所以说，谈论违法性，其实就是违法性认识所指向的对象。从这个角度说，单纯谈论“违法性”是没有意义的，讨论“违法性”，本质上就是在讨论“违法性认识”。从这个角度说，可以认为，现代法治社会，如果要追究行为人的法律责任，没有“违法性认识”是不允许的。而与此相对应的是，在现实生活中，尽管不同国家法治水平不同，公众对法律知晓的程度不同，但一个基本常识是，绝大多数公众一般来说不可能知晓法律或刑法才实施各种行为。因此，出现一个依法追究公众行为违法责任时要以“违法性认识”为前提与公众行为前不主动了解和知晓法律或刑法的矛盾。这是法治社会或刑事法治领域需要解决的问题。

第二，即便行为人知道法律的规定，也会发生法律认识错误的问题。法律规则的确定性是相对的。法律规则都具有确定性，没有确定性则难以被重复适用，没有确定性就难以保障法的稳定与安全。但是，法律规则的确定性又是相对的，它的含义及适用范围

① 【日】大冢仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 115 页。
② 余振华：《刑法违法性理论》，元照出版有限公司 2001 年版，第 70-71 页。
③ 【苏】别利亚耶夫、科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社 1978 年版，第 63-68 页。

有一个模糊的边缘地带。不同的法律规则的确定性程度也有一定差别[①]。而谈论违法性认识，就是将行为从行为本身转向行为人主观方面，考察行为人在主观上是否具有违法性的认识，从而决定行为人行为性质的刑法理论。因为如果只有行为，而不对行为人主观方面进行考察，则不能让行为人承担刑事责任，这是现代文明发展以来各国形成的共识。这种认识也是常识、常理、常情的一部分。在发生法律认识错误的情况下，就会出现讨论“实质违法性”的必要性，因为行为人对具体的法律规定不清楚，但一般来说，行为人对法律规定背后的法益都会有一定的认识。对于行为者来说，他对行为的认识，某种程度上也是抽象与具体的统一，就是说，他可能不知道具体触犯了哪一条法律，但他知道这样做是不对的，很可能也知道自己是违法了。

这里面引申一下，刑法条文本身，我们知道，我国是成文法国家，立法者总是滞后于社会的发展，从 10 个刑法修正案就可以看出来。立法者在立法时，法律规定是符合当时的客观实际的。但是，随着时间的推移，当社会发生变化的时候，往往会出现犯罪嫌疑人的行为与法律条文不相匹配的情况，我国是讲究罪刑法定的国家，不允许适用类推制度。当然，我们有“举重以明轻，举轻以明重”的古训。可是遇到具体的问题时，总是不好直接解决的。按照立法技术来说，为了解决这个问题，往往有时会将法律条文制订得稍微抽象一点，以适应社会的发展。抽象的法律虽然可以容纳更多的情形，但是正确适用法律需要执法者有较高的水平。一般来说，条文越抽象，对执法者的水平要求越高。这里就存在一个矛盾。在社会一定条件下，执法者的水平是特定的，不可能都很高，或者说，执法者水平提高是一个渐进的过程。可以说，自由裁量权的合法性就在于此。基于上述的理由，任何条文都是抽象与具体的平衡，是适应立法时的社会的，不会都是抽象，也不会都是具体。所以某种意义上讲，司法者在适用法律时，必须对法律进行解释。讨论这个问题的意义在于，既然司法者在适用法律时都这么困难，存在这么多“障碍”，不可能要求社会当中的人通晓所有刑事法律才去实施行为。行为人在实施行为时，通常是只具备基本的是非观念。

第三，“形式违法性”与“实质违法性”本质上都是“违法性”的表现。也可以说，“形式违法性认识”与“实质违法性认识”本质上都是“违法性认识”的表现。对于不同的行为人来说，对于法律的了解程度可能会有不同，但是，通过考察行为人的“形式违法性认识”与“实质违法性认识”，就可以确定行为人的违法性，从而为追究行为人违法责任找到依据。

2.“违法性认识”与“社会危害性认识”

讨论“违法性认识”的意义在于，如果出现了违反刑事法律法规的行为，行为人本身是否知道？如果不知道，对该行为施以刑罚是否合理？按照“不知法律不免责”的古罗马格言，在作为主观的犯罪成立要件的犯意中，不要求认识到自己行为的违法性[②]。但是，这种观点已经发生了改变。如《意大利刑法典》第 5 条，“不得因不知法律而免除刑事责任。”意大利宪法法院 1988 年 364 号判决宣布为部分违宪。因为，在行为人尽最大努力仍不可能得到对法律真凭实据的正确理解的情况下，行为人不知道法律的具体规定，也可以作为排除犯罪的理由[③]。在大陆法系刑法理论看来，违法性认识即行为主体对其所实施行为具有违法性质的主观认识。作为“行为人对法律保护的价值的态度”和“对行为社会性质的认识”，违法性认识是“行为人承担刑事责任（可谴责性）的唯

① 张文显主编：《法理学（第四版）》，高等教育出版社、北京大学出版社 2011 年版，第 70 页。
② 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社 1999 年版，第 207 页。
③ 陈忠林：《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 121 页。

一根据，在大陆法系国家的刑法理论中已是多数人的共识。”[①]从“违法性认识”的这个定义来看，由于社会的发展，“违法性认识”已经不单纯指“形式违法性认识”，而是更倾向于“实质违法性认识”。

整体而言，“违法性认识”概念在大陆法系国家刑法理论存在以下观点：一是违反前法律规范的认识说，认为只要行为人具有违反前法律规范的意识，就可以认定为具有违法性意识。二是法律不允许的认识说，认为违法性认识是指行为人认识到不被法律所允许，或者是违反了法秩序。三是可罚的违法性认识说，认为违法性认识不仅仅只是限于“违反刑法”的认识，而且以包含具体的可罚性认识的“可罚的刑法违反”的认识为必要[②]。第一和第三种观点是将“违法性认识”看作是“形式违法性认识”，第二种观点将“违法性认识”看作是“实质违法性认识”。

从这几种观点来看，无论“违法性认识”是“形式违法性认识”，还是“实质违法性认识”？在讨论认识问题时，会遇到一个天然的障碍，就是行为人的主观方面的认识是什么？以及这种认识如何被外人所察知？一般认为，基于这种认识上存在的不同，产生了刑法与刑事诉讼法的区别。讨论刑法时，有关犯罪的行为已经查清了，就是说，犯罪人、犯罪行为、犯罪人的主观方面都是清楚的，通俗说，就是什么人、在什么地方、通过什么手段、实施了什么行为，造成了什么危害结果等等，这些是查清的。然后刑法来讨论这个人的罪与责。而刑事诉讼法面对的是如何查清这些事实。这里是有区别的。但是这里存在一个常见的误区，导致刑法理论界与实务界脱节。就是说，刑法理论人为地划分理论与实务的界限，导致认为理论界只需要讨论犯罪事实已经查清的行为构成什么犯罪？而具体如何查清这些事实是实务界的问题。这里存在一个隐晦的混淆，刑事诉讼法当然要解决在刑事诉讼过程中查明犯罪嫌疑人犯罪行为及其主客观事实的任务，但是，不等于说对犯罪嫌疑人主观方面内容的把握和认定不属于刑法理论解决的问题。因为，犯罪嫌疑人主观方面的内容就是罪过的内容，没有罪过，为什么要让犯罪嫌疑人承担刑罚责任。而罪过无疑是刑法理论需要研究的核心问题。

“社会危害性认识”是我国刑法理论特有的概念，刑法第十四条规定，明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。故意犯罪，应当负刑事责任。第十五条规定，应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。按照刑法理论，第十四条是对故意犯罪的规定。第十五条是对过失犯罪的规定。

刑法明确规定行为人主观罪过的内容是行为人‘明知’、‘已经预见’或‘应该预见’到‘自己的行为会发生危害社会的结果’，不讲行为人的主观罪过中包含（或应当包含）对社会危害性的认识，无疑是违背刑法规定的精神的。如果根据行为时具体情况，行为人根本无法认识到自己的行为的社会危害性，那么我们就不能说其行为中包含犯罪构成的主观要件[③]。从内容上讲，“社会危害性认识”概念接近于大陆法系国家“实质违法性认识”的概念。

根据前文所述，“违法性”经过发展出现“形式违法性”与“实质违法性”的演化。“违法性认识”同样存在“形式违法性认识”与“实质违法性认识”。对于一般公众而言，如果说“违法性认识”是指刑法条文，那么，实践当中大多数犯罪嫌疑人在实施犯

① 陈忠林：《刑法散得集》，法律出版社 2003 年版，序言第 4 页。
② 刘明祥：《错误论》，法律出版社 1996 年版，第 142 页以下。
③ 陈忠林：《刑法散得集》，法律出版社 2003 年版，第 258 页。

罪行为时，并没有专门阅读过刑法条文，是否可以认定为不构成刑事犯罪，不用负刑事责任？好像不可以。那么，“实质违法性认识”的出现就是为了解决不知具体刑法条文的行为人主观上具有“违法性认识”的问题，对照我国刑法第十四条、第十五条的规定，这个“违法性认识”就是“可能危害社会的结果”。对比而言，大陆法系国家“实质违法性认识”的概念类似于我国刑法当中“社会危害性认识”。

## 二、“违法性认识”与犯罪故意的关系

1.“违法性认识”是否是故意的构成要素

关于“违法性认识”是否是故意的构成要素，大陆法系刑法理论有几种观点：第一种观点是违法性认识不要说。责任故意的成立不要求行为人有“违法性认识”，也不需要具备“违法性认识的可能性”。理由在于：一是因为国民应该知道所有的犯罪都是违法的，所以违法性的意识不是故意的要件。二是凡有责任能力的人，只要认识了犯罪事实，通常就具有违法性意识。三是法律是他律性的规范，受其适用的人不必知道该规范的含义。四是把违法性意识作为故意的要件，这等于是公认无罪，国家自动放弃其生存权。五是“不知法有害”、“不知法律不赦”，是法律格言[①]。违法性认识不要说是传统观点，也是不知法律不赦在刑法当中的贯彻。但是，刑事规范不仅是裁判规范，还是行为规范，如果不强调行为人在行为时的违法性，仅仅依据客观事实来惩罚行为人，则彻底陷入客观归罪的境地。不利于发挥刑法在教育引导行为人向善的功能。在司法实践中要正确适用刑法也基本是不可能的事情，因为这种刑法明显是恶法，违背了基本的人性和社会常识，不会得到社会公众的认可。只要认识了犯罪事实，通常就具有违法性意识的推定，也很多场合下也是不适用的。

第二种观点是违法性认识可能说。主张作为故意的要件，违法性认识并不必要，但要求具有违法性认识的可能性。违法性认识可能说又分为两种见解：第一种见解认为，在缺乏违法性的意识上行为人存在过失时（违法性的过失、法律的过失），与故意同样对待。第二种见解站在人格责任论的立场上认为，即使行为人不具有违法性意识，只要按照至此的人格形成承认其存在违法性意识的可能性，就可以从中看出行为人直接的反规范的人格态度，可以承认故意[②]。违法性认识可能说探讨的主要是行为人是否可能认识到行为的违法性，这种可能性与行为人的人格更多是讨论行为人的主体能力，而不是讨论行为人的罪过。

第三种观点是准故意说。故意的成立原则上以认识违法性为必要，但在发生违法性认识的错误即不具有违法意识而又有过失的场合，则应作为一种“违法的过失”与故意同样对待。该学说从故意的成立以认识违法性的必要这种严格故意说的立场出发来展开自己的理论。他们认为，违法性的错误本来是阻却故意的，是属于过失的范畴，但是它又不同于事实的过失。事实的过失是对事实本身没有认识，而违法性认识的过失则是对事实有认识，只是未认识其违法性[③]。对于过失来说，一般区分为有认识的过失和无认识的过失，对于前者，则过失的成立需要有违法性认识；对于后者，过失的成立也需要有违法性认识的可能性，而谈到违法性认识的可能性，则又涉及到行为人的主体能力问题。

第四种观点是自然犯、法定犯区别说。在自然犯中不需具有违法性认识，而在法定

① 刘明祥：《错误论》，中国法律出版社、日本成文堂 1996 年版，第 105-106 页。
② 【日】大冢仁：《刑法概说（总论）（第三版）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 391 页。
③ 刘明祥：《错误论》，中国法律出版社、日本成文堂 1996 年联合出版，第 116-117 页。

犯中必须具有违法性认识。这种观点，按照大冢仁的说法，是站在采取犯罪征表说的近代学派的立场上所提倡的见解，即认为，在自然犯、刑事犯中，如果存在犯罪事实的表象，就当然表明行为人的反社会性格[①]。自然犯与法定犯的区别，恰好对应违法性认识当中形式违法性认识与实质违法性认识的区分，根据前文所述，“实质违法性认识”的出现就是为了解决不知具体刑法条文的行为人主观上具有“违法性认识”的问题，从本质上讲，形式违法性认识与实质违法性认识是相同的，就违法性认识来说，不管是形式违法性认识，还是实质违法性认识，都是违法性认识的不同方面，不能强调其中之一，而否定之二。两者是互为表里，互相制约的关系。也可以说是你中有我，我中有你的关系。一般认为，法定犯需要具有专门的刑事法律知识，但本质来说，专门的刑事法律知识与一般的刑事法律知识并没有不同，对于行为人来说，如果要说行为人对专门刑事法律知识是否有认识的可能性，其实还是在讨论行为人的主体能力问题。

第五种观点是折中说。行为人不知道自己的行为违法，一般都不能作为排除犯罪的理由。因此，在一般情况下，行为人对违法性的认识，不是故意成立的必须内容。但是，一是行为人认为自己行为属于刑法中的正当行为（如认为自己的行为属于正当防卫），在一般情况下具有排除犯罪故意的效力。二是在行为人尽最大努力仍不可能得到对法律规定的正确理解的情况下，行为人不知道法律的具体规定，也可以作为排除犯罪的理由。三是尽管对违法性的认识不是故意的内容，但如果行为人既不知道自己的行为违法，也不知道自己的行为具有社会危害的话，也应该排除犯罪的存在[②]。折中说相对复杂，这里面还有一些问题，比如说，故意是犯罪的充分条件还是必要条件？行为人不知道法律的具体规定，更多是行为人的主体能力？

我国刑法理论学界对“违法性认识”是否是犯罪故意构成要素有几种观点：　　第一种观点是违法性认识必要说。违法性认识是犯罪故意的构成要素。犯罪故意的认识内容区分为事实的认识与法律的认识。前者指对构成事实的认识。后者指违法性的认识。两者对犯罪故意的成立缺一不可。我国学者认为，违法性认识必要说是客观主义的刑法理论从道义的责任说的立场出发提出来的[③]。

第二种观点是违法性认识不要说。主张违法性认识并非是犯罪故意的构成要素，行为人只要具有构成要件事实的认识，就足以成立故意并具有可归责性。自古罗马以来就有“不知法不赦”的格言，因此违法性认识不要说是有其历史渊源的。当然，形成与建立在道义责任论基础之上的违法性认识必要说对立的是建立在社会责任论基础之上的违法性认识不要说。对此，我国学者指出：违法性认识不要说是主观主义的刑法理论从社会的责任论的立场出发提出来的[④]。

第三种观点是折中说。在一般情况下，违法性意识不是故意的认识内容，但在特殊或个别情况下，缺乏违法性意识就不能认定为故意。我国刑法学界的通说认为，认为行为的违法性一般来说并不是犯罪故意的内容，但是在这个问题上，也不能绝对化，不能排除个别例外的情况。根据行为人的具体情况，如果行为人确实不知道有这种法律，而认为自己的行为是合法的，那就不应认为具有犯罪故意[⑤]。

行文至此，有必要对违法性认识与故意的关系进行小结，要理解上述观点，要先做

① 【日】大冢仁：《刑法概说（总论）》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 391 页。
② 【意】杜里奥•帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译，中国人民大学出版社 2004 年版，第 187-188 页。
③ 马克昌主编：《犯罪通论》（根据 1997 年刑法修订），武汉大学出版社 1999 年第 3 版，第 334 页。
④ 马克昌主编：《犯罪通论》（根据 1997 年刑法修订），武汉大学出版社 1999 年修订第 3 版，第 334 页。
⑤ 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民公安大学出版社 1989 年版，第 127 页。

如下理论上的准备：一是违法性认识包括形式违法性认识与实质违法性认识。二是形式违法性认识与实质违法性认识都是故意成立的因素。三是不知法不赦，并不是说故意的成立可以没有违法性认识，而是将违法性认识作为行为人必须具备的推定，这种推定在理论上是为了解决一般条件大部分社会公众不知道具体刑事法律而要追究行为人刑事责任而出现的。四是形式违法性认识与实质违法性认识的现实区别。在于形式违法性认识更多指向对刑事法律规定的认识，而实质违法性认识更多是对行为性质的认知，即行为是否正当的认知，属于抽象的价值判断问题。由此可见，对于故意来说，违法性认识是故意的因素，而违法性认识可能性更多涉及行为人主体能力问题。

2.如何看待“违法性认识”与“社会危害性认识”的关系

关于“违法性认识”与“社会危害性认识”的关系，我国刑法学界有几种观点：第一种观点是相同说。我国刑法规定的社会危害性认识，就是刑法理论上的违法性认识，因而从刑法规定直接推导出我国刑法将违法性认识规定为犯罪故意要素之结论。我国学者指出：社会危害性认识与违法性认识是有机联系在一起的，具有相互依存的关系。社会危害性认识是违法性认识的实质内容，违法性认识又是社会危害性认识的法律形式[①]。

第二种观点是要违法性认识而不要社会危害性认识的相异说。社会危害性不是法律的规范要素，以此作为犯罪故意的认识内容，要么无法确定某些显而易见的犯罪故意的成立而放纵犯罪；要么无视行为人对社会危害性欠缺认识这一客观事实，而追究行为人故意犯罪的刑事责任，既冤枉了无辜，又使得犯罪故意的认定标准形同虚设。所以，社会危害性不是、也不可能是犯罪故意的认识内容。那么，犯罪故意的认识内容是什么呢？这一认识要素，应当是也只能是违法性认识[②]。

第三种观点是要社会危害性认识而不要违法性认识的相异说。认定犯罪故意，应该从社会危害意识出发，不应从违法意识出发，违法意识是社会危害意识的表现形式，不能把二者分割为两个因素。如果要求犯罪故意不仅具有社会危害意识，而且具有违法意识，缺乏法律根据，实践中也不合适。只要行为人具有社会危害意识，即使其没有违法意识，也成立犯罪故意[③]。

根照我国刑法第十四条、第十五条的规定，在故意和过失中，这个“违法性认识”就是“可能危害社会的结果”。认识到行为具有“可能危害社会的结果”是故意或过失成立的因素。就违法性认识来说，如果是谈论到实质违法性认识，则对实质违法性认识的理解与社会危害性认识大体是相同的。而如果认为社会危害性不是法律的规范要素的说法也不正确，因为如前文所述，实质违法性认识与形式违法性认识都是违法性认识的组成部分，具有实质违法性认识，某种程度上也具有形式违法性认识。

3.如何看待我国刑法犯罪故意要求行为人认识到形式的违法性认识还是实质的违法性认识？

关于我国刑法犯罪故意要求行为人认识到形式的违法性认识还是实质的违法性认识，学界有多种观点：第一种观点是肯定说。要成立犯罪的故意，行为人不仅应认识行为的社会危害性，同时也应包括认识行为的（形式）违法性[④]。

第二种观点是严格的否定说。（形式）违法性认识和实质违法性（社会危害性）认

① 刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 1996 年版，第 201 页。
② 田宏杰：《违法性认识研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 44 页。
③ 姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社 1992 年版，第 145 页。
④ 刘艳红、万桂荣：《论犯罪故意中的违法性认识》，载《刑事法学》2004 年第 1 期。

识都与故意的成立与否无关，只有犯罪构成事实才应成为故意唯一的明知内容[①]。这种观点明显与刑法的规定不符合。

第三种观点是柔和的否定说。根据《刑法》第 14 条，成立犯罪故意必须具有对行为社会危害性的认识，而违法性的认识一般不是犯罪故意的必备内容，但在特殊的情况下，如果缺乏违法性认识，也不能成立犯罪故意。如原来并非法律所禁止的行为，一旦通过特别法律法规规定为犯罪，而行为人因不知道这种法律的存在从而实施该行为的，就不能讲他是故意违反刑法，并且此时往往同时缺乏对行为及结果的社会危害性的认识，这种情况下就不应该认为行为人具有犯罪故意[②]。这种观点将懂得法律理解为违法性认识，实际上是将违法性认识界定为形式违法性认识，但是没有把握实质违法性认识与形式违法性认识的关系。

第四种观点是择一说之一。将形式违法性认识作为故意成立的要素是为可取。“社会危害性”是一种事实特征，是“危害社会”的客观事实和社会对这种事实的特殊属性所作出的概括和评价的统一。社会危害性已非单纯的客观存在，而是现实的行为事实和社会对这一事实所作的价值判断的统一。而犯罪故意的认识内容是行为人对自己行为的有关情况的主观认识，而不是社会对其行为所作的价值判断。因而被看作价值判断的社会危害性不应当是犯罪故意的认识内容，其需要具备的只能是认识到形式违法性[③]。这种观点与刑法的规定明显不符合。

第五种观点是择一说之二。认定犯罪故意只要求行为人认识到其行为是为法律所禁止的就足矣，这时追究行为人故意犯罪责任的主观基础已经具备，再要求行为人具有社会危害性认识完全是不必要的“画蛇添足”之举[④]。这种观点无视在实践当中绝大多数公众不会先研究法律再从事具体行为的事实，如果以认识到其行为是为法律所禁止，则可能会放纵许多犯罪。

第六种观点是择一说之三。作为犯罪故意认识内容的只能是实质违法性-社会危害性，社会危害性是形式违法性的实质内容，形式违法性是社会危害性在法律上的表现形式固然不错，但二者是不同层次的问题。其中社会危害性是第一层次上的问题，它是一种直观的东西，体现的是最基本的是非善恶的内容；形式违法性是第二层次也即是一个形而上的问题，它解决的是在众多具有社会危害性的行为中，哪些行为才能在法律上规定为犯罪，即社会危害性的规范性问题。普通人对社会危害性一般有所认识，而对形式违法性并不十分清楚，因而不能认为只有行为人认识到形式违法性才成立犯罪故意。如若这样，就会给犯罪者逃避惩罚提供借口，从而导致刑法的实施困难和刑法目的的难以实现[⑤]。这种观点具有很大的合理性。

第七种观点是择一说之四。形式违法性认识和实质违法性认识应当并重，都是犯罪故意的认识要素。行为人只要认识到其中之一，抑或是对二者都有认识就成立犯罪故意[⑥]。这种观点也具有很大的合理性。

综合上述观点中有益的成分，如前所述，违法性本质上就是违法性认识，违法性认识包括形式违法性认识与实质违法性认识两个层面的内容，违法性认识是故意的构成因素。按照我国刑法的规定，在故意和过失中，这个“违法性认识”就是“可能危害社会

① 李心鉴：《刑法中违法性错误与故意的关系》，载《政治与法律》1990 年第 5 期。
② 高铭暄、马克昌：《刑法学》，中国法制出版社 1999 年版，第 205 页。
③ 田宏杰：《违法性认识研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 36-37 页。
④ 单明、史卫忠：《论行为犯主观方面的特征》，载《刑事法学》2001 年第 5 期。
⑤ 刘艳红、万桂荣：《论犯罪故意中的违法性认识》，载《刑事法学》2004 年第 1 期。
⑥ 童伟华、李希慧：《违法性认识在故意犯罪成立中的地位》，载《刑事法学》2004 年第 1 期。

的结果”。在理论上讲，不能认为我国刑法只是规定实质违法性认识，实际上，实质违法性认识如观点六所述，体现的是最基本的是非善恶的内容，立法机关通过立法，将这部分内容上升为法律，使其具有法律的载体，体现规范性外在特点。而从社会发展角度看，尽管不同国家公众知悉法律的程度不同，但不断进步的社会，也必然提供足够的方法和手段让更多社会公众了解和知悉刑事法律的内容。

## 三、我国刑法犯罪论是否需要借鉴“违法性认识”理论

了解了上述违法性认识的概念，只是第一步，任何刑法理论上的概念，都离不开固有的体系，只有明确了概念在体系中的作用，才可以讨论概念的地位和重要性。因此，必然考察违法性认识理论在犯罪论体系当中的作用和地位，才能更好了解我国刑法犯罪论是否需要借鉴“违法性认识”理论。

1.“违法性认识”在犯罪论当中的作用和地位

大陆法系国家刑法理论认为，以德日等国刑法为代表的大陆法系三元递进式犯罪成立模式将行为作为一个整体，从对这个整体的不同意义的把握上来划分犯罪成立的条件并以此为标准来对生活中具体的行为进行评价，依次认定实际发生的客观事实符合作为犯罪的典型事实的构成要件且客观上违反法秩序，最后是根据行为人的具体状况从其责任能力出发，确认行为实施者具有值得刑罚处罚的主观可谴责性或可非难性。“是否符合构成要件的评价，这是法律的、抽象的评价”;“违法性的评价，这是对行为本身的具体评价，但也是将行为大体上与行为人分享开来而后的评价，所以也可以说是社会的、并且仍是抽象的评价”;“道义责任的评价，这是把行为作为‘行为人的行为’的最具体的评价”[①]。这里揭示出一个基本的视角，对于行为人来说，所谓故意和过失是行为人主观方面，是已经存在的客观事实；而对于评价者或者刑法犯罪论来说，犯罪论需要对行为人的行为进行评价，就“违法性”来说，所前文所述，“违法性”的判定等同于“违法性认识”的判定，而“违法性认识”是故意成立的因素。而基于刑法犯罪论的任务来说，认定犯罪是犯罪论的任务，而犯罪行为本质上是带有价值判断的，一个行为是否构成犯罪？对于犯罪，从社会性质讲，对全体公民人权的侵害。从行为结构讲，表现为行为人的主观罪过。从行为人意志来源讲，是行为人对法律保护利益蔑视的态度。因此，犯罪必然是包括立法者意志在内的，代表全体公民人权的具有价值判断的认定。

虽然西方学者对违法性认识在罪过中的地位是责任成立的要素还是责任故意要素各执已见，但大陆法系刑法都承认，作为犯罪成立要件的主观责任或罪过应当是心理事实与规范评价的统一，作为心理事实（或称心理状态）的故意、过失是中性的、无色的，只有在依据法规范应加以非难、谴责的心理事实存在时才能认定责任，这种依据法规范对心理事实的非难、谴责就是价值评价，而对主观罪过（主要指责任故意）中认识因素的价值评价正是通过有无违法性认识的判断完成的[②]。虽然通说认为，作为犯罪成立要件的主观责任或罪过应当是心理事实与规范评价的统一，但是，具体行为的认定和具体行为抽象性质的认定，在我们的思维过程中分属两个不同的阶段。以大陆法系刑法理论“构成要件的违法性”这个概念为例，判断具体的符合构成要件的行为是否“违法”。这里的“符合构成要件的行为”是具体的，“违法性”是抽象的，可以说是一个具体和抽象相结合的概念。但是，即使这个概念，也改变不了这个概念中的具体行为和抽象性

① 【日】小野清一郎:《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 21-22 页。
② 唐稷尧:《本源、价值与借鉴——评期待可能性理论》，载《四川师范大学学报》2004 年第 6 期。

质应该分开判断的事实[①]。大陆法系三阶层的犯罪论体系，客观上符合了作为犯罪论来说应该遵循的思维过程的特点。从逻辑上讲，这种分层是必要的，不同的层次功能是不一样的，作为构成要件符合性来说，解决的是行为人犯罪行为的客观事实，客观事实本身不带价值判断，这是犯罪论体系当中非常重要的结点。具体而论，对行为人而言，行为人主观上存在对行为性质判断的内容，这种判断在犯罪论来说是客观事实；对评价者来说，对这种存在于行为主观方面对行为性质判断的客观事实加以评价，是带有价值判断的认定。

我国有学者经过研究认为，对于“违法性认识”在大陆法系国家犯罪论体系当中的作用，有三种见解：一是将故意作为构成要件要素之一，即在故意的构成要素中讨论违法性认识。日本学者团藤重光、佐伯千仞、吉川经夫等人就持这一见解。如佐伯教授就认为故意的构成要素有二：可罚的违法事实的认识、违法的认识。他认为，故意不仅要有可罚的违法事实的认识，而且实现这样的事实的自己的行为为法上不被允许的意识也是必要的。他未把违法的认识作为过失的构成要素。二是将违法性认识作为故意与过失的共同责任要素，在故意、过失之外单独加以论述。日本学者大谷实就持此见解。他在作为责任要素的故意与过失之外，独立论述了违法性意识的可能性。他认为，违法性意识的可能性是故意与过失共同的责任要素。违法性意识的可能性以违法性的意识为出发点。三是将违法性认识作为责任或者说作为责任条件之一，在责任论中加以独立论述。德国的耶赛克、日本的西原春夫等人就持这一见解[②]。对于见解一，如果将构成要件符合性视为没有价值判断介入的客观事实，见解一不妥，因为“违法性认识”是对行为性质的判断，如果将“违法性认识”置于构成要件符合性阶段，必须明确这种“违法性认识”是不带价值判断的、存在于行为人主观方面的对行为性质的判断，这种判断是客观事实。对于见解二，如前文所述，“违法性认识的可能性”是涉及主体能力的问题。对于见解三，符合大陆法系犯罪构成三阶层理论的要求，能够反映认定犯罪不同思维过程的特点，是可行的。

我国刑法学界对于“违法性认识”在犯罪论当中的作用和地位有以下几种观点：第一种观点，坚持大陆法系的法谚“不知法不赦”的原则，认为违法性认识不是犯罪故意的构成要素，行为人不能以不知道法律的规定免责。并且认为，在我国，只要行为人认识到了社会危害性，就反映了行为人所具有的主观恶性，没有必要再要求行为人必须具备违法性认识。况且我国法盲众多，以违法性认识为犯罪故意的构成要素，会将这些法盲排除在故意犯罪之外，不符合我国的司法实际[③]。如前所述，在现代法治国家，如果行为人的行为不具备基本的违法性，是不可想象的事情。实际上，违法性认识不要说，也是承认认定犯罪需要具有违法性认识，只是这种违法性认识不需要查明，大多数时候是适用推定来解决的。

第二种观点，认识行为的违法性一般来说不是犯罪故意的内容，仅只要求行为人具有社会危害性的认识足以构成犯罪故意，但不能绝对化。根据行为人的具体情况，如果某种行为一向不为刑法所禁止，后来在某个特殊时期或某种特定情况下为刑法所禁止，而行为人确实不知道法律已禁止而仍实施该行为的，就不能说他是故意违反刑法，也就欠缺社会危害性的认识，就无法认定行为人具有犯罪的故意[④]。这种观点基本上也是赞

① 陈忠林主编：《违法性认识》，北京大学出版社 2006 年版，第 31 页。
② 马克昌：《比较刑法原则（外国刑法学总论）》，武汉大学出版社 2002 年版，第 474 页及以下。
③ 樊凤林：《犯罪构成论》，法律出版社 1987 年版，第 122 页。
④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学（上编）》，中国法制出版社 1999 年版，第 205 页。

成违法性认识是故意的内容，但大多数时候是适用推定直接认定，所以不需要再认定。对于观点中所列情形，是讨论违法性认识可能性的问题。

第三种观点，违法性认识是犯罪故意中的构成要素，如果行为人欠缺违法性认识，将阻却犯罪故意的成立[①]。这种观点明确违法性认识在认定犯罪故意当中的作用，是值得肯定的。

第四种观点，违法性认识和社会危害性认识二者只要具备其一，就可以认定犯罪故意的成立。这样将解决不具有社会危害性的认识，但具有违法性的认识的信仰犯的问题[②]。如前所述，违法性认识当中的实质违法性认识，在内容上大体与社会危害性认识相同。观点中所列的信仰犯的问题，其实上是没有理清，违法性认识包括形式违法性认识与实质违法性认识，换句话说，如果认定有实质违法性认识，则形式违法性认识亦在其中。

2.“违法性认识”理论对完善我国刑法犯罪构成理论的意义

《刑法》第二章第一节“犯罪和刑事责任”共有 9 个条款，第 13 条是犯罪概念，第 14 条是故意犯罪，第 15 条是过失犯罪，第 16 条是不可抗力和意外事件，第 17 条是刑事责任年龄，第 18 条是特殊人员的刑事责任能力，第 19 条是又聋又哑的人或盲人犯罪的刑事责任，第 20 条是正当防卫，第 21 条是紧急避险。我国刑法犯罪构成理论基本上是由这 9 个条款支撑的。我国刑法理论认为，犯罪构成是我国刑法所规定的，决定某一具体行为的社会危害性及其程度，而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和[③]。从上述条文结构上讲，第 16 条、第 17 条、第 18 条、第 19 条涉及到犯罪主体要件，第 14 条、第 15 条涉及到犯罪的主观要件，第 13 条涉及到犯罪客体要件和犯罪的客观要件。第 20 条、第 21 条是排除社会危害性的规定。因此，可以说，涉及到犯罪主观要件的规定就是第 14 条、第 15 条，一般讲犯罪主观要件就是罪过。

我国刑法犯罪构成理论最大的不足，就是存在循环论证的问题，所谓循环论证，本质上是有罪推定在刑法理论上的表现，就是说，理论工作者以有罪推定为前提，在理论上论证行为人为何有罪。而不是以无罪推定为前提，在理论上论证行为人为何有罪。如果进一步说，犯罪构成的四要件，犯罪主体要件、犯罪客体要件、犯罪的主观要件、犯罪的客观要件，四要件在犯罪构成体系当中的地位不是平行的，而是有层次的，犯罪的主观要件决定其他要件。明确这一点的意义在于，只有把握了犯罪的主观要件，才有可能论证行为人为何构成犯罪。在我国刑法犯罪构成要件体系当中，由于没有突出犯罪的主观要件的地位，从而抹杀了犯罪的主观要件在认定犯罪成立的重要作用。通常情况下，犯罪的客观要件只要一被呈现，则犯罪主观要件往往成为犯罪客观要件的附属品，在犯罪构成理论上表现为一个先验的逻辑前提。

先验的逻辑前提，就是如果行为不能通过刑法理论的指导来判断，那么，犯罪事实是如何先验的存在的？不能假定存在了犯罪事实，再讨论这些事实构成什么犯罪。从这个意义上讲，英美法系犯罪论是很有道理的，就是说，发现了一个类似犯罪的行为，这时行为人可以对自己的行为进行辩护，通过辩护，排除了各种不是犯罪的事由，则这个行为是构成犯罪的。大陆法系的犯罪论通过三个阶层的设置，形成了不同层次，从而在实际上突出了犯罪主观要件的地位。而我国犯罪构成要件理论不可能解决这个问题，理论上存在一个先验的入罪假定，然后再来讨论为什么构成犯罪，这是没有意义的。

---

① 陈兴良：《陈兴良刑法学教科书》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 83 页。

② 童伟华、李希慧：《违法性认识在故意犯罪成立中的地位》，载《石油大学学报》2003 年第 5 期。

③ 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1982 年版，第 97 页。

用我们国家的《刑法》来说，《刑法》第 14 条规定，故意是当事人认识到行为具有社会危害性，但这仍然是一个先验的假定。因为一个行为人是否认识到行为具有社会危害性，仍然只能通过排除的方法来认识。如果说，犯罪人罪过当中存在违法性认识已经是世界各国刑法学界的共识，不管此违法性认识是对法律的违反，或者是对行为性质具有社会危害性的认识，都只能是一个需要验证的结论，这种验证的过程不能人为取消或推定，必须由《刑法》予以规定，否则，在司法实践中就会形成有罪推定的局面。这也是刑法理论导致的刑法适用当中产生的最大的问题。事实上，近年来，被社会热炒的所有具有影响力的刑事案件当中都不同程度存在这个问题，那就是有罪推定的问题。在我刑事司法实践中，类似违法性认识这类问题基本上成为一种推定。如果说，违法性认识在 99%的案件中不需要查明，那么，剩下的 1%的案件如果出问题，对于这此案件的被告人来说，这种错误就是 100%的，我们的法治社会是否能够承担这 1%错误案件引发的社会不公的问题。而大家可以看到，几乎所有的冤案都是通过舆论关注引起上层重视进而平反，通过司法体制本身平反困难重重。司法实践当中要贯彻无罪推定，只从司法实践当中着手是不够，迫切需要从刑法犯罪论方面上予以完善。

笔者在省级法院从事过刑事审判工作，从司法实践角度看，绝大多数的刑事裁判文书不注重说理，就是说，在刑事裁判文书当中都没有对行为人犯罪主观要件的论证，比如说，在故意犯罪当中，为什么行为人存在主观故意，裁判文书当中没有说理，往往在裁判文书当中看到的是“……犯罪人某某主观上具有犯罪的故意，实施了犯罪行为，因此，构成了犯罪……”，这是典型的循环论证。尽管最高人民法院一再重申和强调刑事裁判文书当中要注重说理，但在刑事司法实践当中，说理无法得到有效推广，一个重要原因在于，我国犯罪构成的理论是有罪推定的结构，因此，刑事司法人员解决的都是如何入罪的问题，而不是如何出罪的问题。在逻辑上，如果是以无罪推定为前提，则应该先考虑出罪的情形，如果没有出罪的情形，才能构成犯罪，而不是相反。

对于犯罪论的构建，虽然要从罪过着手，但恰恰不是将重心放在故意和过失上面，而将重心能够排除故意和过失的主观方面，在大陆法系国家当中，这部分理论体现在“违法性认识”和“期待可能性”方面，如果解决了“违法性认识”和“期待可能性”，则可以顺利认定故意和过失，而不是一上来就认定故意和过失。在故意和过失的理论中，本身实际并不存在一种可以界定故意和过失的认定，这种认定必须是从反面来分析的。否则，就会陷入先有先验有罪假定的前提，然后得出有罪结果的循环概念。本质上讲，我国的犯罪构成理论就是这种循环论证的概念和理论。因为有罪，所以有罪。而不是因为排除了无罪的情形，所以认定为有罪。在刑法理论界来说，理论工作者渴望找到一种理论来直接论证犯罪嫌疑人有罪，但这种理论是不存在的，除非坚持有罪推定的前提。如果坚持无罪推定，必然是排除了犯罪嫌疑人无罪的情形后，才能够认定犯罪嫌疑人构成犯罪。可以说，研究无罪的情形，就是为了认定有罪的情形。否则，《刑法》13 条就没有存在的必要，而正是因为该条款排除了不是犯罪的情形，才使 14、15 条罪过的条款有价值和意义。这里不单单是刑事诉讼法要解决的东西，刑法理论也要介入其中。事实上，本身刑法理论就与心理学、社会学等学科有内在的关联，不可能闭门造车，只由刑法理论本身就能决定一个人是否构成犯罪。在刑法理论的发展过程中，必然是吸收了相关学科的知识和内容，然后不断完善刑法理论自身。甚至法律学科本身也不是能够自给自足的理论，也要从社会相关学科当中吸收营养，发展法律。否则，法律不可能适应社会发展的需要。

如果将这种理论上的有罪假定置入犯罪故意当中，就会发生违法性认识产生形式违

法性与实质违法性的问题。因为这种实质和形式的“统一性”只是在理论上存在，实践当中无法把握，理论上必然会为找到这种实质违法性而产生诸多理论。与此相对应的是，实践当中存在的刑法适用以及自由裁量权的问题。要避免司法的恣意，必须从犯罪论着手，形成认定犯罪的思维过程。

## 四、研究“违法性认识”理论在刑法理论研究方法论上的意义

习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告提出，全面依法治国是国家治理的一场深刻革命，必须坚持厉行法治，推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。成立中央全面依法治国领导小组，加强对法治中国建设的统一领导。笔者认为，在法治体系当中，刑法具有举足轻重的地位，刑法用最严厉的手段，保障社会秩序的正常运作，使得其他领域的法律能够得到正确实施。刑法因此也是保障法，保障全体公民的基本人权。而在刑法当中，犯罪论又具有举足轻重的地位，什么是犯罪，如何认定犯罪，关系整个社会秩序的建立和维护。

我国平面耦合式的犯罪构成体系，在司法应用中的一个方法论上的特点就是事实判断和价值判断同步进行，在一个平面体系内循环。这里存在着一个刑法理论研究方法论的问题，都对刑罚本身恶有共识，也对犯罪行为的恶有共识，那么，问题关键就是找到恶，而不是单纯讨论恶。正是因为刑罚是最严厉的法律制裁手段，因此，刑罚本身是社会当中一种大恶，适用刑罚必须慎之又慎，而防止司法恣意，恰恰是和平年代法治社会当中最重要的任务之一。

行为人实施了行为，如果要认定为犯罪，必须找到行为人身上的恶，这种恶从行为人意志来源讲，是行为人对法律保护利益蔑视的态度。无论是故意和过失，在罪过当中的作用，都在于揭示和反映出行为人主观上的恶性。但是，刑法的科学性在于，要尊重思维上特点，具体行为的认定和具体行为抽象性质的认定，在我们的思维过程中分属两个不同的阶段。正是基于这种认识，才会产生刑法的犯罪论。也可以说，预防刑事司法的恣意，必须从犯罪论着手。构建从理论上到实践中可行的犯罪论以及犯罪的认定。

违法性认识无疑是罪过的内容，违法性认识的产生也是解决认定行为人主观恶性的概念。而从逻辑上讲，认定行为人的主观恶性，可靠而又可行的路径是排除法，按照我国《刑法》第二章第一节“犯罪和刑事责任”9 个条款，根本不可能完成这项任务。在思维层面来说，这 9 个条款更多是支持有罪推定。并不是从罪过着手，通过排除各种情形，来认定行为人存在罪过，进而构成犯罪。

借鉴大陆法系国家“违法性认识”理论，更重要的一点在于借鉴这些国家当中犯罪论的研究方法，对于刑法理论而言，方法的研究和借鉴的重要性远远大于对这些国家刑法理论的直接照搬，因为这些方法背后，是不分国界的，只要存在人类社会的地方，对社会秩序的维护，对人性和人权尊重和保护，没有国界之分，也没有本质上的区别。

# 刑法方法论专题（刑事实务）

# 金融刑法的安全观

刘邦明、林 都

【内容摘要】金融行为已经成为有组织犯罪的一个重要来源。入罪需严格把握应受刑罚惩罚性这一犯罪行为本质特征，并遵循“二次违法性”原理和“以刑定罪”的思路。随着经济全球化深入发展，信息国际化水平显著提升，国内外金融市场联系日益紧密，金融领域风险层出不穷。由此引发的金融犯罪也表现出新的特点：涉众风险型融资诈骗犯罪、互联网跨区域、跨国界犯罪突出，金融犯罪朝着高科技型、高智能化发展。而我国金融刑法在金融犯罪规制方面也暴露出诸多问题：立法上犯罪圈的扩张、重刑化明显，司法上对打击金融犯罪保持高压态势力度不减，一般金融违法被纳入刑法调整的案件时有发生，风险刑法理论愈演愈烈。刑法在整个法律体系中的启动应当最为谨慎，金融刑法的价值取向应围绕经济自由与经济秩序的平衡展开，金融违法行为的入罪与出罪要遵循金融秩序与金融创新的平衡。同时维护金融安全，需要社会协同，国际合作，技术创新与人才保障。

【关键词】金融刑法； 网络犯罪;金融安全

## 一、引言

近年来，公安部部署在全国公安机关中开展打击新型网络传销专项行动。其中以“虚拟货币”“微商”“金融互助”“网络商城”“旅游互助”“爱心慈善”等为幌子的新型网络传销犯罪呈现出蔓延势头，公安机关坚持源头精准打击，取缔非法网站，对涉众型网络经济犯罪始终保持严打高压态势。[①]黑龙江、江苏、湖南、广东、广西等地先后破获了以“克拉币”、“霹克币”为标识的“虚拟货币”犯罪案件近 20 起，其中多数案件涉案金额超过亿元。[②]河北、贵州、福建等地先后侦破“云梦生活”“福建沃客”“心未来”等重大的“网络商城”犯罪案件。据新华社报道，日前在全国公安厅局长会议上，公安部部长赵克志进一步强调，要按照中央经济工作会议总体部署，聚焦服务发展、防控风险，深入开展打击非法集资、网络传销等涉众型经济犯罪专项行动，严防经济金融风险向社会稳定领域传导。

金融犯罪是指在金融市场交易中，资金运作违反了金融管理法律法规，危害国家有关银行、货币、信贷、保险、外汇、证券期货等金融管理制度并受到刑事法律非难的行为。金融市场越发达、资金运作就越复杂，那么金融犯罪率就会越高、危害越严重。金融刑法是现代金融市场的产物，是指“刑法典、单行金融刑事法律、附属金融刑事法律中所规定的金融犯罪、相关刑事责任以及处罚的法律规范的总称”。[③]综合我国当下

作者简介：刘邦明，刑法学博士，西南政法大学教师，最高人民法院应用法学研究基地成员；林都，重庆千顾律师事务所律师助理。

① 参见公安部：《全国公安机关专项打击新型网络传销犯罪成效显著》，http://www.mps.gov.cn/n2253534/n2253535/n2253536/c5576529/content.html，2018 年 3 月 15 日访问。

② 参见公安部：《“公安改革两年间”：防范打击涉众型经济犯罪工作不断深入》，http://www.mps.gov.cn/n2255079/n4876594/n4974590/n4974593/c5636111/content.html，2018 年 3 月 15 日访问。

③ 李永升，刘建.金融刑法学教程[M].北京：法律出版社，2014.

金融领域所产生的违法犯罪新特点，本文站在金融风险防范的刑法视角，围绕金融刑法构筑现代金融市场安全的理念，以问题为导向，以金融刑法的价值取向为依托，从金融刑事立法、刑事司法、金融政策与刑事政策、犯罪防控与治理等多个方面展开，探讨金融刑法安全观的问题。

## 二、金融犯罪新挑战

### （一）互联网金融犯罪高发，涉案金额普遍较大

1.互联网金融犯罪的客观表现

互联网金融犯罪是指行为人利用计算机信息网络、计算机软件或者其他网络工具、电子技术所实施的违反金融刑事法律的行为。我们在生活中，较为常见的有以下三种。一是利用木马病毒软件、黑客技术等方式非法侵入金融信息系统，通过窃取银行密钥、证券信息、第三方支付验证密码等，以达到篡改用户个人账户并盗取资金的目的。二是利用网络钓鱼实施诈骗犯罪。大数据背景下，当不法分子窃取到个人有关的通讯信息后，可以通过设立伪基站向周边用户发送带有木马病毒的短信，也可以微信添加好友后发送带有恶意信息的诱导性链接。当用户点击此类链接就会自动转入不法分子预设的信息轨道或者跳转至“支付宝”等涉及金钱交易的页面，从而导致个人账户信息被截取而遭受财产损失。三是利用 P2P 网贷平台和第三方支付，设置虚假的债权债务关系等实施“洗钱”犯罪。同时，P2P 作为一种线下筹款线上化的互联网金融平台，若该平台开始公然向公众吸纳资金，欲建立庞大的资金库，那么其行为可能构成非法集资。再者是通过 P2P 平台发布虚假标的物，并以高额回报为诱饵向公众公开宣传。而其实际上所筹资金会被不法分子“卷走”，造成资金链条断裂和投资者亏损，其中可能会涉嫌集资诈骗类犯罪。

2.互联网金融犯罪的安全状况

随着互联网金融的迅猛发展，越来越多的网民开始信任并接触网络投资理财，而大量 P2P 网贷平台、基金理财网站的监管缺位，金融理财诈骗案件频频发生。根据最新 360 手机卫士发布的《2017 年第三季度中国手机安全状况报告》，该季度猎网平台共收到网络诈骗举报 6172 起，涉案总金额高达 9102.4 万元，人均损失 14748 元。其中金融理财类诈骗是受到举报数量最多的类型，共 1111 例，占比 18%；其次是虚假兼职、虚假购物、虚拟商品交易等。从网络诈骗资金交易的途径看，64.3%的人通过银行转账、手机充值、第三方支付等主动给不法分子转账，其次是钓鱼网站支付，占比 31.1%。[①]盘点 2017 年涉案金额大的网络金融犯罪，具有代表性的如“e 租宝”案，从 2014 年开始运作到 2015 年末“跑路”，用了一年多的时间，累计交易发生额高达 700 多亿元人民币，实际非法集资 500 多亿元，涉案其中的达 90 余万人；上海中晋“庞氏骗局”案，至案发时，未兑现金额达 52 亿元，涉及投资者 1.28 万余名。此外在 2013 年，博时基金经理马乐涉嫌老鼠仓获利 1800 万元，股票成交金额高达 10.5 亿元，成为我国资本市场前所未有的第一老鼠仓大案。[②]此类利用互联网非法集资型、诈骗型犯罪，涉案金额普遍较大，一旦被曝出，对金融稳定，社会秩序均会产生极不利的影响。根据第十三届全国人大一次会议中最高人民法院作的工作报告显示，这几年，我国法院审结互联网金融案件 15.2 万件，依法严惩非法集资、内幕交易等金融犯罪，如山东法院审结徐翔等人操纵证券市

① 数据来源：《2017 年第三季度中国手机安全状况报告》第五章。

② 老鼠仓（Rat Trading）是一种无良经纪对客户不忠的“食价”做法。具体指庄家在用公有资金拉升股价之前，先用自己个人（机构负责人、操盘手及其亲属、关系户）的资金在低位建仓，待用公有资金拉升到高位后个人仓位率先卖出获利。

场案等。

**（二）犯罪方式不断翻新，表现形式抽象，取证难度增大**

1.互联网技术成为主要手段

近年来，犯罪分子为了达到非法获利之目的，可通过电子计算机技术对网络私人信息进行截取、对个人金融数据进行篡改，甚至可以通过模拟电子印章等进行证件伪造。随着作案手段的不断升级，经济类犯罪已经从传统的冒用、盗用信用卡等，发展到了利用“虚拟货币”交易、p2p 众筹非法集资、网站钓鱼等，其诈骗方式不断“更新换代”，对社会影响较大的如“e 租宝”、“昆明泛亚”[①]、“善心汇”[②]、“五行币”[③]等利用互联网实施的重大非法集资类、传销类犯罪案件。互联网技术被不法分子所运用，金融犯罪变得更加抽象，更具有隐蔽性和迷惑性。在此类“高技术”型犯罪方式中，犯罪分子通过编制带有木马病毒的程序或利用系统漏洞来破解用户密码、口令，实现了利用互联网上的某个缺口而达到侵入另外的一台主机或者移动终端的目的，整个犯罪过程可以在无形之中瞬间完成，犯罪手段的隐蔽与抽象前所未有。诚然，新型高智能化下的犯罪，其危害结果也带有一定抽象性。比如传统的实体现金交易逐步演变为电子货币的支付结算，微信钱包、支付宝以及百度钱包等新兴交易方式随处可见。当资金的计算、流通、交换被虚拟化，物理意义上的有形货币已经不复存在，经济类犯罪所造成的财产损失也仅留下一串串的符号。

2. 金融犯罪取证工作面临新挑战

正是基于犯罪技术手段“扑朔迷离”，金融犯罪取证工作成为难题。一是因为此类犯罪常常通过服务器、虚拟机等对被害人的终端数据进行添加、删除、修改，或者远程植入木马程序、勒索病毒等导致被侵害的网络终端金融数据信息被盗取，交易操作瘫痪，而这种行为及技术非常人所能企及。目前以勒索病毒为特征的金融犯罪形势严峻，根据 360 互联网安全中心发布的《2017 勒索软件威胁形势分析报告》显示，2017 年 1 月到 11 月，360 互联网安全中心共截获电脑端新增勒索软件变种 183 种，新增控制域名 238 个。全国至少有 472.5 多万台用户电脑遭到了勒索软件攻击，平均每天约有 1.4 万台国内电脑遭到勒索软件攻击。[④]二是犯罪分子在犯罪既遂后，常常通过对计算机系统的掌握，对系统底层程序或数据进行破坏或者删除，移除一切可能会对其自身身份进行辨认或追踪的电子数据。同时犯罪分子还可以通过伪造登入人的身份信息、登入地址等，给人以他人作案之假象，再或者利用海外服务器接入，以增强犯罪的隐蔽性。为了进一步隔离犯罪的“一线”，某些犯罪集团的首要分子一般不直接接触一手资金往来，而是利用虚假身份来指挥下级行动，在幕后控制整个犯罪过程，一旦罪行暴露他们也可以安全转移。由此，对于我们的侦查人员，高科技型的犯罪注重电子证据的获取与维护，其取证难度较传统犯罪而言要大得多。

---

① 泛亚有色金属交易所 2011 年于云南成立，是全球最大的稀有金属交易所。此前据媒体爆料，“泛亚交易所资金链断裂，涉及全国 20 个省份，22 万投资者，总金额达 400 亿元。”后经大量调查取证，昆明公安机关基本查明该公司涉嫌非法集资的犯罪事实。

② 善心汇是一个传销组织。2017 年 7 月，按照公安部统一部署，全国各地公安机关依法对广东深圳市善心汇文化传播有限公司法定代表人张天明等人涉嫌组织、领导传销活动等犯罪问题进行查处。

③ “五行币”是一种体积比普通的一元钱硬币仅大一圈儿的硬币，价格为 5000 元一个。其运营主体是一家名为“云数贸联盟”的没有注册地址的网站。2013 年 9 月，国家工商总局和公安部公布了十大传销典型案例，其中就包括云数贸联盟传销案。

④ 参见 360 互联网安全中心：《2017 勒索软件威胁形势分析报告》。

### （三）跨区域、跨国界金融犯罪突出

当前金融活动的国际化为跨界金融犯罪的滋生提供了土壤，涉及多个地区、多个单位，跨省作案、境内外勾结作案的金融犯罪屡见不鲜，且案发后为逃避刑事责任追究向境外逃匿也是犯罪嫌疑人惯用的手段。经济全球化一方面对各国生产、投资、贸易起到了杠杆作用，促进商品经济流通与国际收支平衡。另一方面也为金融犯罪的产生提供了温床，比如常见的国际贸易信用证诈骗、贷款诈骗、外汇犯罪、带有恐怖活动性质的融资犯罪活动等。资本具有跨市场、跨国境逐利的天性，国家间金融政策调整对我国金融犯罪有一定冲击。2016 年的外汇犯罪突增，就与美国进入加息通道、国内进入转型调整期密切相关。

在全球范围内网络技术愈加发达的今天，国际间的资金流动更加频繁，国际通讯更为便捷，利用网络技术来实施跨境金融犯罪的案件频发。2017 年末，北京市第二中级人民法院依法对张某某、林某某等 85 人特大跨境电信诈骗案作出一审判决。据判决书载明，被告人先后在印度尼西亚、肯尼亚参加针对中国大陆居民进行电信诈骗的犯罪集团，利用电信网络技术手段对中国大陆居民进行语音群呼，虚构被害人因个人信息泄露而涉嫌犯罪等虚假事实，以需要接受司法机关调查、财产保全等名义，骗取被害人的银行账户和密码，诱使被害人向指定的所谓“安全”银行账户转账，或者要求被害人同意由他人远程操控其电子银行账户等，最终总计 185 名被害人被骗，诈骗金额达 2900 余万元。[①]

### （四）涉众风险型经济犯罪增多，组织性明显

1.金融投资领域涉众型犯罪明显

涉众风险型经济犯罪是指在金融投资领域，不法分子为了谋取钱财，以高额投资回报为诱饵，以不特定的社会公众为侵害对象所实施的侵害公民财产权，危害社会稳定并应受到刑罚处罚的行为。该类经济犯罪的罪名主要涉及到非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、擅自发行股票、证券罪以及传销犯罪等。由安恒信息和中科院计算技术研究所、中国电子信息产业发展研究院联合编撰的《2017 年度网络空间安全报告》指出，在金融犯罪这一块，涉及人数较多的传销犯罪从 2015 年之后到 2016 年缓慢上升，而到了 2016 年和 2017 年则是直线上升，在最近一两年涉众网络经济犯罪这一块尤其突出，犯罪分子充分利用了网络给他们的便利性。

涉众风险型经济犯罪由于具有极大的诱惑性，不法分子常常会承诺给投资者高于银行几倍、十几倍甚至更高的收益率，而投资人往往也想靠高额利息来快速“发家致富”，导致近年来此类案件高发。2016 年，江苏省镇江市检察院曾做过此种经济犯罪的调研，分析指出该类犯罪存在下列特点。一是案件涉及领域多，社会波及面大。在涉案主体上，涵盖了社会各个阶层，既有金融从业人员，也有其他行业的人员；有企业高管，也有普通员工；有自然人犯罪，也有私营企业、贷款公司等单位犯罪。二是社会危害严重，犯罪后果呈延伸和扩大趋势。由于被害人人数具有不确定性，几十人到上百人不等，其中包括一定数量的老年人、失业人员等社会弱势群体。[②]这类人员通常经济状况较差，更易被高收益的投资所诱导，其往往会动用全部“家底”参与非法集资等活动，而当投资泡沫破灭，就有可能会引发群体性事件，如上访、闹事，甚至出现聚众围攻、打砸抢等过激行为，严重影响人民生活安定与社会稳定。

---

① 参见法治日报：《北京市二中院依法公开宣判从肯尼亚押解回国人员特大跨境电信诈骗案》，http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20170725/Articel08006GN.htm，2018 年 3 月 16 日访问。

② 周绪平，邱勇，游若望.涉众型金融犯罪亟待防范与化解[N].检察日报，2016-3-20（3）.

2．犯罪组织系统化程度增强

该类涉众型经济犯罪组织性明显，预谋性强且潜伏期较长，其组织程度的严密性与实施的犯罪复杂性密切关联。在诸多金融犯罪中，犯罪人员具有高学历、高职务，熟悉金融活动的运作方式以及各个环节的特点，对金融机构的管理或者业务人员的心理也颇有研究。其一，具有书面的或者“约定俗成”的操作规范或“公司章程”、会员协议等，来指导内部人员的工作分配和活动开展。其二，内部具有严格的等级制度，比如金字塔型的职位和利益分配格局，自上而下层层瓜分资金，而金字塔最底端则是新加入的会员。金字塔底部越庞大，意味着受害者数量越多，犯罪分子获利越多，对社会群众造成的危害越大。其三，部分集团犯罪组织分工明确。犯罪集团一般由老板、业务员、网站技术人员、会计、客服人员、取款人员等组成，各司其职相互配合。处于幕后的老板提供资金给业务员；业务员负责发展下线，招募、培训新成员；技术人员负责信息收集与修改，网站端口的构建和维护，资金的安全转移等；当犯罪得逞后，由取款人员异地取款，通过第三方支付交给管理层，然后幕后老板先收取赃款并分赃，最后考虑分配余下的收入给其他人员。

### （五）“地下黑色金融”形势严峻

“地下金融”是指未被现行法律法规所明确规定的金融运作方式，具有隐蔽性甚至欺骗性，游离于法律的边缘，对经济发展是一把“双刃剑”。黑色金融属于地下金融的一种，指金融活动从根本上违反现行法律规定，对市场经济发展具有破坏作用的行为。[①]与黑色金融相区别的还有“灰色金融”的概念，[②]二者均属于地下金融的组成部分。近年来，由于经济下行压力、国家实行紧缩性的金融政策、各国有商业银行紧缩银根政策等影响，地下黑色金融呈现出增长的势头，尤其是在沿海一带较为明显。黑色金融有不同的表现形式，在民间借贷中，如消费性高利贷、高利转贷以及地下钱庄诈骗活动等。在外汇市场上，如诈骗性炒汇、套汇、逃汇等；在证券市场，表现为以虚假发行证券而非法集资等。地下黑色金融不仅本身就是违法性质的金钱交易，而且由此引发的其他犯罪或者不稳定因素也给社会治理带来挑战，比如暴力讨债、非法拘禁等。2017 年曝出的山东聊城“于欢案”正是由黑色金融引发暴力犯罪的典型案例。司法机关在处理地下黑色金融犯罪中，最为典型的当属非法集资类案件。综合已经公布的案例和刑事判决来看，司法实践中适用最多的罪名是“非法吸收公众存款罪”、“集资诈骗罪”以及“非法经营罪”。由此可见，地下黑色金融的出现与发展，给我国的金融安全带来极大风险，极易引发绑架、非法拘禁、故意伤害等多种刑事犯罪，扰乱正常的社会治安秩序。

## 三、资本市场管控不严与金融刑法的缺陷

### （一）金融市场监管不足

1.线上金融产品安全系数不高

金融机构或者一些民间金融企业在推出新的理财产品时，往往把重点放在了产品的操作便捷、收益回报率上面，重视产品创新却忽视了金融产品投入使用后的风险控制和信息披露等要求。尤其是在人们热衷于互联网理财的今天，投资人将钱投入到某承诺还本付息的融资平台后，对投资款项的去向、用途、风险程度的信息知之甚少，平台资金与投资人的资金出现混同的现象时有发生。这样一来，对网络技术和金融投资领域比较了解的不法分子就有可能通过客户资金的暗箱运作，巧设投资项目、修改交易流程和资

① 廖天虎.地下金融风险的刑法控制[M].北京：中国政法大学出版社，2016.

② “灰色金融”指现行制度和法规并没有规定，但却实际上适应和有助于市场经济发展要求的金融活动。

金去向等，转移、侵占投资人的财产。当此类违法行为被暴露出时，巨大的资金漏洞已经无法弥补，投资人的资金无法挽回，极易引发群体性事件和金融秩序的混乱。近年来互联网犯罪和涉众型经济犯罪高发与金融产品中网络平台交易监管不力有很大关系，较为典型的当属近期曝出的吴小晖集资诈骗案。2018 年 3 月 28 日，上海市第一中级人民法院一审公开开庭审理了安邦财产保险集团股份有限公司原董事长、总经理吴小晖涉嫌集资诈骗罪、职务侵占罪一案。被告人吴小晖以安邦财险为融资平台，超过保监会批复规模非法发售投资型保险产品金额达到七千二百余亿元（同类型犯罪中涉案金额历史最高）。同时安邦财险以自身名义销售投资型保险后，根据吴小晖的要求将超募保费部分划转至吴小晖实际控制的产业公司名下，躲避保监会等监管部门的审查，实现了吴小晖个人或通过其个人实际控制的产业公司非法占有巨额保费资金的目的，并实际造成了 652 亿元的资金缺口。本案审判后，舆论一片哗然，由于政府及时出面接管该公司，才避免了损失的进一步扩大，稳定了投资者中间的不安定因素。

本案中，安邦财险是合法成立的金融机构，但是由于对其投资性保险产品的监管不严，投资者的资金在监管盲区被肆意转移占有，导致了史上金额最大的一起集资诈骗案件，具有极其严重的社会危害性，给金融市场监管敲响了警钟。

笔者认为，金融产品交易中应该推广第三方代为保管投资者所投资金的举措。这里的第三方可以是国有银行等安全系数高的金融机构，由其来监管资金的使用和流向，给投资者和金融产品之间设置一道风险隔离墙。一方面可以确保金融产品运营资金和投资资金不会混同，提升投资者投资热情。另一方面可以在安全的环境下为金融创新保驾护航，这也是对发行金融产品企业的一种隐形保护。

2. 市场准入审查不严和金融法规不完备

当下是经济创新与经济自由化急速发展的时代，市面上存在着众多的金融投资咨询公司、资产管理公司以及信息服务公司等，这些企业往往工商注册手续简便，而注册后又不像保险、证券、银行等有较为完备的监管，致使这些公司开展非法活动初期未能被及早发现。当资金链断裂后，产生资金缺口，引发群众不满。公安机关往往迫于舆论和维稳压力以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名追究这类公司及其相关负责人的刑事责任，以安抚被害人的情绪。这些公司之间不乏有为了从事金融犯罪而成立的“皮包”公司，在金融机构“合法”外衣的掩护下通过互联网从事有组织性的经济犯罪。金融刑法对于确实涉嫌犯罪的违法金融行为和金融机构，该取缔的应该依法取缔，对于正确使用互联网为金融创新创造活力的企业，应该严控刑事司法扩张，保护其健康成长。金融监管当中，对于非正式金融企业的市场准入监管，应该在注册资本、高级管理人员从业资质、业务模式、风险控制和资金管理等方面设置行业准入门槛，[①]以净化金融市场的生态。

针对前文我们提及的金融产品交易过程的监管不严问题，从立法的角度讲是金融法律法规不能跟上金融创新和金融产品演化的步伐。立法上对于一些新推出的理财产品，其运作规则、交易流程、信息披露、法律责任等应当予以明细。实践中，对于某些金融产品的概念如何科学的界定目前还没有一个定论，金融产品客户终端信息披露的内容和要求还没有具体的法律规定，对于金融新市场、新业务的管控不能较好预防由此衍生出的新型犯罪，如近期银行业新推出的电子承兑汇票业务被不法分子所利用，证券业发生非法经营股指期货、利用高频程序化交易操纵期货市场等。同时除了银行、证券、保险

① 参考：《2016 年上海金融检察白皮书》。

等正规金融机构之外，其他非正式性的市场主体销售的理财产品也存在监管的真空区。这些规则的缺失往往让社会公众在琳琅满目的理财产品前无法辨别真伪及合法性，最终导致投资者的上当受骗。

3.信息披露不合格

金融犯罪滋生的一种助动力就是金融投资理财平台的信息披露存在缺陷。信息披露主要集中在这几个方面，一是筹措资金总额剩余以及流向的动态披露；二是投资项目具体信息以及项目风险评估信息的披露；三是融资方平台经营状态以及坏账率等情况的披露。如今以 P2P 为代表的互联网金融发展迅猛，对于投资者而言，信息及时、准确、真实、完整的披露是其投资参考的重要依据。但从一些案件中发现，融资平台披露信息存在诸多不足，比如披露虚假信息、有缺陷的信息以及延期的信息等。众多投资者对金融产品运营端资金去向、平台的项目逾期率、项目利润回报等重要信息了解不实，不利于投资资金的安全与收益的取得，极易为企业终端资金运营人实施挪用、隐匿募集资金等非法行为提供可乘之机。因此，融资方平台应当及时准确完整地披露信息，以供投资者作出合适的投资选择，只有这样才能保持金融融资市场的健康持久发展。

4.金融从业人员法治意识不强

内外勾结型犯罪成为近些年金融犯罪行为的突出表征，一方面是由于犯罪分子贪婪之本性所驱使，另一方面是对金融从业人员的法治教育不够，其违法成本较低。实践中常见的犯罪类型有利用内幕信息交易犯罪、市场操纵犯罪、保险诈骗犯罪等。近年来公司的并购重组是内幕交易犯罪的高发区。据不完全统计，在公安机关接收或者自侦的内幕交易案件中，并购重组占到了将近一半。犯罪分子通过直接或间接参与一些并购重组的环节，利用保密信息实施非法交易。此外还有保险诈骗罪（指车险理赔）中的审核员、定损员以及车辆维修人员相勾结，开具虚假维修发票、事故发生后扭曲缘由、隐瞒部分对理赔关键的环节等，骗取保险公司的理赔金额并予以瓜分。

金融机构从业人员一般基于侥幸心理或者金钱至上的态度与外部人员实施共同犯罪。这些内部人员对金融交易规则谙熟于心，对金融违法犯罪的社会危害性不以为然，更有甚者把实施金融违法行为，内部交易的熟练操作当作自己的一项本领。究其原因，一是司法打击力度不够。金融部门对其内部人员的违法犯罪行为大多采用“大事化小，小事化了”的态度，发现员工违规后通过调换岗位、写检查等来替代移送司法机关处理。二是金融犯罪作为法定犯，犯罪危害性通过肉眼不容易察觉，同时跟一定时期的金融政策和刑事政策关系紧密。金融业内部人员实施违法犯罪行为时，其罪责感较低，抱有极大的侥幸心理。结合现代信息技术的高速发展，不法的金融业务员通过系统漏洞实施相关犯罪、窃取内幕信息等显得更为隐蔽。正是基于此种内部风控不严的情形，我们在实践中，一是要发挥金融系统的监察、内审、稽核等为主的监督检查体系的作用，重点对银行信贷、保险退保、车险定损等易发生犯罪的岗位或环节加强检查力度。积极开展内部涉及金融风险操控人员的法治教育活动、职业规则，提高从业者的守法意识和诚信理念。

5.投资人风险意识薄弱

实践中，金融产品的购买者往往只看重投入回报的比例，忽视了理财产品的操作风险与项目风险。而这些理财产品往往以高额的收益率为诱饵，打着有正规授权或许可经营的牌子，吸引大批社会公众争相投资。由于金融理财具有专业性，金融术语、交易规则、回报周期等对于一般投资者而言具有模糊性，而销售金融产品的业内人员常花言巧语，迎合投资者短期内追逐较高利润的逐利心理，一步步将其带入风险交易的圈子。虽

然目前法律已经为一些高风险的金融产品，如期货、新三板、私募基金、私募债券等，设置了“合格投资人”的门槛，目的在于避免不具有相应风险认知水平和承受能力的投资人遭受损失。但是从近年的多起案件中可以发现，很多投资人在并不了解相关投资规则的情况下，盲目相信犯罪分子的诱惑宣传而身陷资金回笼泥潭。以近期的吴小晖集资诈骗案为例，吴小晖操纵安邦集团修改项目投资利润、调整资金流动数据和经营数据，对外披露虚假信息，持续向社会公众进行虚假宣传，涉嫌集资诈骗 600 多亿元，给广大投资者造成极大的影响，给金融秩序输入了极大的不稳定因素。

为了提升投资人的风险意识，和谐投资方与融资方的信息不对称的关系。一是应强化金融投资平台的信息披露义务，金融从业人员应积极履行风险告知义务。二是设立一定的投资门槛，尤其是对于地下金融犯罪多发的今天，严控投资人资金向地下投资渠道渗透，排查非正规的金融企业。推进法治宣传教育，抵制高回报等“一夜暴富”的错误思想。

**（二）现有金融刑法规制的缺陷**

1.金融刑法圈界线模糊

法律实务中，司法机关在认定某行为是否构成金融犯罪时往往会严格依照刑法条文的字面规定来判断该行为是否符合该类金融犯罪的客观构成要件要素和主观构成要素，进而结合具体的犯罪金额和相应情节综合考量是否达到入罪标准，总体而言此种判断方式能够达到准确认定金融犯罪的目的。[①]但是，在我国金融犯罪“立法宜细不宜粗”的理念下，我国在该类犯罪立法中也有一些条文规定得比较模糊，给法律适用造成困难。尤其是一些引证罪状和空白罪状，经常导致适用上的障碍。比如我国《刑法》第 180 条第三款的规定“内幕信息、知情人员的范围，依照法律、行政法规的规定确定”。但是，对于《证券法》第 75 条所给出的内幕信息的法定概念，理论界却有不同的解读，包括二特征说、三特征说等。由于《证券法》对该概念缺乏准确性的说明，导致内幕信息界定范围过宽。同时，内幕信息也不是一个静态的过程，它是从信息萌芽、发展、开始形成并对证券、期货的交易价格造成持续影响直至最后公开的一个动态过程。如何规范且准确的认定内幕信息形成与公开的时间节点，如何把握内幕信息的价格敏感期的范围，给司法工作者带来极大的困难。

从这里可以发现，我国在金融刑事立法模式以及立法技术上显的不够成熟，出于打击金融犯罪的形势需要，内幕信息的认定过于宽泛势必造成利用内部信息类金融犯罪的扩张。有学者认为，这是“半统制半市场化”的经济体制背景下压制型法的突出表现。在司法实践中，有时出现了一些对金融犯罪客体没有明显危害性的金融违法行为，如何结合社会危害性和危害程度,来评价该行为是构成犯罪还是一般行政违法行为会出现模糊和争议,在积极预防的理念下，可能就会滑向犯罪的一边。

2.“立法滞后”与金融刑法扩张的矛盾

“立法滞后”指金融犯罪的认定应该以金融违法行为为前置条件，这是金融刑法谦抑性的必然要求。刘宪权教授认为，“立法滞后”是我国金融犯罪法律层面的一大原因，“相关刑事立法滞后，使得金融犯罪的规制始终落后于金融犯罪的发展变化，一些已严重危害国家金融秩序的犯罪，因为无法可依而畅通无阻、嚣张蔓延”。[②]笔者认为此种观点值得商榷。首先金融犯罪是一种典型的法定犯，法无明文规定不为罪，在刑法还尚未将某种行为纳入立罪考量，又何来犯罪之说。其次，不能仅仅根据社会危害性来认定某

① 李一凡.金融犯罪认定与处理中的若干疑难问题研究[J].中国检察官.2011（3）.

② 参见刘宪权：《金融犯罪刑法学原理》，上海人民出版社 2017 年版，第 35 页。

行为是否构成犯罪，犯罪的本质是应受刑罚惩罚性。在行政法规还没将其纳入行政违法的范围，提前以刑法介入有违刑罚的初衷。这里所言的金融犯罪的入罪应该同时包含行政违法性与刑事违法性的双重违法属性，也就是说只有在相关金融法律法规中对某行为作否定性评价并配置了相应的行政处罚和刑事处罚指引适用规定时，该行为方可进入刑法的视野。金融刑法保护的法益应该以金融法规保护的法益为限，立法者对此的态度也是以二次违法性的“双违反”，来起到兼顾金融创新与金融秩序利益平衡的效果。

金融刑法的扩张是指，在立法层面将一些不应受刑罚惩罚性的金融违法行为纳入金融犯罪圈，在司法层面上积极地采用类推解释和兜底性刑法条款以对金融违法行为实施严厉打击。前文刘教授的观点似乎与金融刑法之扩张相近。在实践中，有时出于打击经济犯罪的严峻形势以及我国金融刑法“家长主义”压制型法的特性，在传统国家本位主义理念下片面强调维护国家金融垄断地位和国家金融管理权，把金融刑法维护金融秩序稳定与安全放在利益追求的首位，把维护投资人利益的价值追求滞后。一旦行为人在客观上造成了重大的经济损失,而经济损失又是经济犯罪、行政犯罪等案件定罪量刑的核心指标，就算刑法没有明确的内涵之规定，行为人也可能会落入刑法规制的犯罪圈，采用兜底性条款对其进行归责。此类立法极度表明了在金融市场活跃的今天，金融刑法更倾向于“风险刑法”的理念，由此引发的就是刑法扩张的危机和对刑法谦抑性的挑战。比如我国 1997 年《刑法》先规定了证券犯罪，而之后颁布的《证券法》才就证券犯罪作出具体规定，由于二者内容上存在出入，在后来的《刑法修正案》中又对证券犯罪做了进一步修正;《关于执行<中华人民共和国刑法>确定罪名的补充规定（三)》修改了刑法第 187 条用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪，删除了“以牟利为目的”的主观要件，删除了资金用途的限制性规定等，实则扩大了刑事打击范围。

另一方面，刑事司法解释扩张了部分行政法规的原意，导致处罚面扩大、入罪门槛降低。比如内幕交易、泄露内幕信息罪中犯罪主体的界定，在非法获取内幕信息人员的范围界定上存在争议。根据 2012 年两高《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，在援引《证券法》、《期货交易管理条例》的基础上，首次将具有特殊身份的人纳入“非法获取内幕信息人员”的范畴，这类人群包括内幕信息知情人员的近亲属或者其他与其关系密切的人员、内幕信息敏感期内与内幕信息知情人员联络、接触的人员。这一解释实质上放弃了对行为人是否采取窃取、欺骗等非法行为手段的考量，而是将证明重心放在了特定人的特定身份或人物关系上。虽然针对该主体规定了“有正当理由或者正当信息来源的”除外条件，但是这一法律解释技术也并没改变内幕交易、泄露内幕信息犯罪主体范围扩大的事实。[①]刑法司法解释扩张了前置性行政法律法规所列举规定的行为对象的范畴,通过能动性的解释,将某类人群纳入刑罚规制范围,相当于在创制行政法律法规,突破了司法解释权力的该有的界限。长期以来,我国在司法实践中似乎形成了强大的思维定势，主要涉案行为对社会危害较大,就应当寻找近似的刑法条文对其进行归责。由于构成要件刑法解释具有天然的延展性与包容性,这种思维模式极易导致司法解释过度介入,产生刑法不当干预非刑事领域的种种司法怪像。[②]

这里，我们需要把预防性立法与金融刑法的扩张相区别。所谓预防性立法是指立足本国金融发展的现状，回应金融市场未来的风险控制，以金融前置法为经验补充，在充分调研分析新型金融犯罪发展趋势的前提下，将部分值得刑罚处罚的金融违法犯罪行为

① 蒋苏淮.金融刑法立罪研究[M].北京：中国人民公安大学出版社，2016.

② 周剑云、谢杰.金融刑法——问题、争议与分析[M].上海：上海人民出版社，2016.

纳入立罪范畴。预防性立法以金融法律法规作为探路石，这是与金融刑法扩张的显著区别。预防性立法是顺势而为，对于抑制新型金融犯罪起到打早打小的效果，将金融犯罪控制在萌芽阶段。而金融刑法的扩张是刑法的过度介入，是在面对金融犯罪时出于打击的实效和维稳等要求，人为的将犯罪圈扩大，并延伸刑事司法打击面。

3.重刑化倾向与量刑不协调

从目前金融犯罪刑罚的配置上来看，其刑罚趋重。虽然《刑法修正案（九）》彻底废除了金融犯罪领域的死刑规定，但是如果仔细对比针对金融犯罪的历次刑法修正案，不难发现其并没有朝着轻刑化的方向发展，相反还通过增加量刑幅度加重了个别金融犯罪的处罚力度。这固然是当前维护金融管理秩序的形势所需，但从中也可窥见，我国金融犯罪的刑事立法理念并未完全摆脱重刑化的传统倾向。比如证券期货犯罪，多数国家针对此类犯罪规定了以罚金刑为主，即便有自由刑，也控制在七年以下。但是，我国刑法对于内幕交易、泄露内幕信息罪、操纵证券期货市场罪等金融犯罪较高的规定了 10 年以下有期徒刑，对于伪造国家有价证券罪甚至有无期徒刑的规定。这可能是结合我国具体国情、金融政策以及刑事政策的合理规定，但是不可否认，量刑缓和主义是未来金融犯罪刑罚处置的方向。

此外，刘宪权教授对金融犯罪法定性的配置也提出了 3 点主要的看法。一是刑法与金融法律法规中对有关金融违法、犯罪行为罚金刑与行政罚款数额的规定不协调。比如，《刑法》第 182 条对操纵证券期货市场罪规定处以罚金，但《证券法》第 203 条对此种行为在行政处罚上具体规定了罚款的比例。二是，自然人与单位在罚金刑的规定上不协调。在单位犯罪中对单位判处罚金，并没有规定具体的数额标准或者比例。但是针对自然人罚金刑刑法一般做了比较具体的规定，比如“并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金”等。三是，《刑法修正案（八）》设立了“禁止令”的刑罚执行方式，《刑法修正案（九）》在第 37 条之一加入了禁业规定，但是禁止令这种执行方式目前适用范围小，效果有限，仅针对判处管制、宣告缓刑的犯罪人。[①]

## 四、金融刑法的立法、司法完善

### （一）把握入罪边界

今天，我们强调金融风险防控与金融创新，如何有效的发挥金融刑法作为“最后保障法”的作用来维护金融安全，同时又不会过度压抑金融创新，是金融刑法入罪问题研究的题中之意。金融市场在本质上而言就是一个风险市场，各类金融投资相互交融，而近些年兴起的“风险刑法”的立法理念受到立法者的青睐。所谓的“风险刑法”就是在当前风险社会的背景下，以维护社会秩序为核心，在金融市场中以维护金融稳定与安全为本位，主张通过刑法的手段积极预防新的金融风险的产生。在这样的思想指引下，我国金融犯罪圈无疑呈现出扩张的趋势，从历次刑法修正案来看，对金融犯罪的立法和修正工作是其重要内容。通过罪名的增加，金融犯罪构成要件的扩张——主体扩张、对象扩张、降低入罪门槛等，以及立案追诉标准扩张，尤其是在近年来出于打击网络金融犯罪、涉众金融犯罪、集资诈骗等的迫切需要，金融刑法修改频繁、实质性的刑法扩张解释急速的扩大了金融犯罪圈，金融犯罪的入罪界线与行政违法的边界有时变得模糊，为执法机关提供了自由裁量的更大空间，金融风险行为入罪化令人堪忧。

“风险刑法”理论应该引起我们的高度警惕。我们启动刑法对金融违法行为进行规制必须坚持两个前提。一是，其他的金融法律法规确认了某种金融行为的违法性并且启

① 刘宪权.金融犯罪刑法学原理[M].上海：上海人民出版社，2017.

动行政处罚不足以对该种行为予以制裁。二是如果面对前述的这种金融违法行为时还不启动金融刑法进行刑事归责，那么就会破坏整个法律体系的整体价值建构。上述两个前提是刑法谦抑性的本质要求，在经济转型升级、调速换挡时期的形势下，各类参与市场竞争的主体都在充分地激发创造性，尤其是在国家“大众创业，万众创新”的政策引领下，金融刑法更应该坚持谦抑性原则，严控金融入罪的低门槛化。金融市场的健康发展归根结底需要较为自由的市场环境，金融刑法的核心价值应该从金融安全向金融自由过度，这是市场在经济建设中起决定性作用的要求，也是经济全球化、贸易自由化的应有之义。

金融行为入罪需遵循“二次违法性”原理和“以刑定罪”的思路[①]，需要严格把握应受刑罚惩罚性之理论基础。有学者指出，应受刑法惩罚性是犯罪成立的本质特征，因为达到应受刑罚惩罚性的刑法标准，也就意味着犯罪行为在定性上具有严重社会危害性的特点。[②]对金融违法行为的评价以应受刑罚处罚性为入罪规制的首要前提，这也是罪刑相适应原则的必然要求，也是预防金融刑法中兜底性条款被过度使用的应有之义。任何法律未规定为非法的行为就是自由的行为，任何不值得刑法处罚的行为就不是犯罪行为。公民让渡自己的权利给政府、给公权力部门，是为了更好的为在金融市场中行使权利创造更为自由的环境。

**（二）增强政策与刑事立法的协调**

依靠政策来打击刑事犯罪在我国有一段历史，从新中国成立到 1979《刑法》颁布之前，国家打击刑事犯罪这一块出现了刑事法典缺位，由刑事政策代替法律的现象突出。时至今日，尽管对于政策取代法律的错误认识得到了普遍纠正，但是不可否认金融政策与刑事政策对我国金融治理的重要指示性作用。某学者指出：“当一定阶段的金融政策发生变化，某一金融犯罪就可能失去其不法的内涵而不构成犯罪。反之，某行为可能就因此而构成犯罪。”对于这种观点笔者不太赞同。政策虽然对刑事追诉有重要的影响，但是最终如何定罪量刑必须以事实为依据，以法律为准绳，政策的变动并不能对个案的犯罪构成产生直接性的扭转。

刑事政策在当前时期具有明显的功利主义倾向。比如中央政法委、公安部等部门在 2018 年春节前印发《关于集中打击整治农村赌博违法犯罪的通知》，要求各地各有关部门在春节前后集中开展打击整治农村赌博违法犯罪行为的专项行动。[③]虽然在一段时间内农村赌博风气得到了很大程度的扭转，地下钱庄集资诈骗、抬会诈骗、六合彩等黑色金融在短期内受到压制。但是，在实用主义与效率目的统治下的刑事政策却不能解决规制对象背后的问题，比如农村赌博之风盛行在很大程度上源于农村公共娱乐设施的落后以及农民受教育程度普遍偏低等。功利主义思想与“风险刑法”理论之下产生的金融政策和刑事政策对金融刑事立法有直接的推动作用，而这种作用可谓是“带有风险的立罪试探”，比如当下对金融犯罪打击之势的迅猛推进，尤其是 2017 年年末公安部出台意见，部署进一步加强打击金融犯罪工作，确保始终保持对金融犯罪的严打高压态势。笔者认为，对待新型的金融风险与金融犯罪高发形势，应该把金融政策推向最前沿，根据金融政策的实施效果反馈再来考虑是否需要出台打击金融犯罪的刑事政策，而刑事政策到刑

① 以刑定罪指：司法者在常识常理常情的基础上判断是否需要启动刑罚，然后结合经验和罪刑法定原则，决定同犯罪人犯罪的客观事实和主观恶性大致相当的刑罚轻重程度，最后选择与其应受刑罚惩罚性程度相当的符合罪状的法律条文。其逻辑过程是：应受刑罚惩罚性—犯罪事实—公正选择罪名—适用刑罚。

②刘邦明.罪刑相适应原则及其应用[M].北京：法律出版社，2017.

③参见公安部：《关于集中打击整治农村赌博违法犯罪的通知》，http://www.mps.gov.cn/n2254314/n2254457/n2254466/c6023713/content.html，2018 年 3 月 17 日访问。

事立法改进的过程更应当结合立法必要性、“立法至后性”来综合考量。其运作模式应该是：金融风险产生—金融政策制定—金融法律法规改进—刑事政策出台—金融刑法修正。虽然通过刑法可以最有效的保障“政令畅通”，增强政策稳定性，但是刑法有其自身的独立性，有其谦抑性之本质，刑罚的发动更不应忽视人权保障、不应忽视金融创新。我们当前的一个误区就是打算通过刑事政策和刑事立法来推动或者保证金融政策有效施行，把政策的有关要求积极的刑法化。有学者提出了刑事政策装移到刑事立法应满足三个条件：一是只有与定罪量刑相关的刑事政策才有可能被刑法化；二是只有被实践证明行之有效的刑事政策才能刑法化，三是只有长期、稳定的刑事政策才能被刑法化。[①]

### （三）完善刑法与金融法律法规相衔接

我们知道，刑法的启动具有至后性，其行为必须先违反了金融法律法规，并造成严重后果的情况下才能动用刑法。如何推动二者的有机衔接，笔者认为应修改部分刑法条款，使其与金融法律法规相适应。但是这里的修改应立足于“限缩”的基本原则，也就是说金融刑法不能在犯罪主体、犯罪对象、犯罪客观要件等上扩张金融法律法规对相关金融违法的覆盖范围，对于金融法律法规有规定的，金融刑法可以规定；对于金融法律法规已经删除的，金融刑法应该坚决将其从犯罪条款或者司法解释中剔除；对于金融法律法规没有规定的疑似违法的行为，金融刑法也坚决不得干预。刘宪权教授认为，刑法有关金融犯罪的规定与相关金融法律中“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定在种类上并不完全吻合。例如《证券法》第十一章“法律责任”中，详细规定了各种各样的证券违规以及犯罪行为，并在第 231 条中规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但是在刑法中并没有与此一一对应的有关金融犯罪的规定。[②]刘教授的题中之义是应该完善刑法的罪名设置使其与对应的金融法律法规的规定相一致。笔者并不认同此观点。金融法律法规中关于追究刑事责任的规定仅仅表明了立法者严厉打击金融违法行为的一种宣示性的态度，具体应不应该入罪以及如何量刑是由刑事法律最终确认的。而刑法有其自身的独立性和谦抑性，刑法扮演的是法律保障法的角色，是法律体系不被破坏的最后一道防线。金融刑法与金融法律法规之间虽有极其密切的联系与相互作用的效果，但是金融刑法并非金融法律的附庸。金融法律法规中追究刑事责任的条款可以视为金融立罪的必要条件，但绝不是充分条件，这是刑事立法者持谨慎态度的应然要求。

综上，针对金融法律与金融刑法中“有先无后”的批评实则是对刑法与金融法律规定相衔接问题的误解。做好二者的衔接工作，一方面应遵循入罪克制，出罪及时的原则，始终秉承谦抑性刑法的要义，在不扩张的前提下修改金融刑法与金融法不一致的规定，以保证入罪时有前置法可依。另一方面，为做到准确适用刑罚，金融法律法规中关于追究刑事责任的规定应该做到具体明确的指向某个刑法条文，与之对应，金融刑法在罪状设置上可以直接援引金融法对应的规定吗，这样可以为司法者在裁量中准确的对金融犯罪定罪量刑。

### （四）加强区域、国际立法与司法协作

第一，加强跨区域的司法协作。前文已经阐明，当前的金融犯罪国际化趋势明显，金融风险向全球蔓延。国内金融犯罪中跨省作案、流窜作案的涉众型案件与日增长，跨

---

① 钱小平.中国经济犯罪刑事立法政策之审视与重构—以风险社会为背景的考察[J].政治与法律，2011（1）.

② 例如《证券法》第 190 条对证券公司承销或者代理买卖未经核准擅自公开发行的证券的行为规定了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”。但在刑法中难以找到相应的条文予以适用。相近的条文有非法经营罪和擅自发股票、公司、企业证券罪，但二者经过分析后也均不适用。

区域协同作战成为打击金融犯罪的必然要求。首先根据互联网金融犯罪受害人所在地、服务器地点较为集中的特点，建立几个特点国家间的联合执法的刑事司法制度，加强犯罪高发地的司法协作。[①]其次，推进金融犯罪情报互通制度建设，及时发布协查请求，有效的运用互联网以及外交手段寻求国际组织的协助。最后加强同国际刑警组织的合作，努力打击跨国假币犯罪和金融诈骗犯罪，如开展“猎狐行动”等。通过有效开展高层对话常态化协商机制，努力构建各国执法机关、银行金融机构、互联网服务提供商和电信运营商之间的联盟伙伴关系，促进信息快速共享，制定共同预防战略。

第二，完善国际立法的沟通与协调，推进冲突法适用的缓和化。各国政府间开展打击跨国犯罪的对话沟通时，应围绕金融犯罪的共同特点，犯罪发展形势，综合考虑国家利益，努力推动国际间立法衔接，在金融犯罪案件的地域管辖、定罪量刑标准、跨域取证、判决承认与执行等方面开展广泛的交流合作，共同维护全球金融安全稳定。

**（五）推进新型网络犯罪侦查**

第一，加快技术改革，研发高科技侦查工具。网络金融犯罪的行为人对网络技术的运用日益深入，白领犯罪突出。我们的侦查人员打击金融犯罪需要硬件条件的支持。比如一些抗干扰性强的通讯设备、网络痕迹检查与复原工具、智能化的电子证据分析仪器等。同时，侦查机关应推进大数据研究与预警平台的建设，利用互联网、大数据、云计算等技术手段延伸监测触角，提升对风险隐患的洞察和感知能力。根据最新的国内技术侦查手段的研究成果，由安恒信息安全研究院推出的“风险型经济犯罪互联网监测研判平台”是该领域的一大突破。该平台能够对涉众风险型网络金融犯罪行为建模，然后以大数据、机器学习为技术支撑，可以对风险型、涉众风险型网络经济犯罪实现“全息感知”，并且对行为人违法犯罪模式、涉案特点，危害领域范围等进行自动化研判，为控制金融风险、打击金融犯罪提供了动态的技术支持。[②]

第二，组建高素质的金融犯罪侦查专门队伍。这支队伍应该具备渊博的知识文化和灵敏的思维品质，对金融犯罪侦查的经验丰富。此类专门型人才应精通计算机信息技术，具备较为深厚的证券、期货、货币等金融知识，并能熟练的运用各种网络技术追踪犯罪分子的操作轨迹，如利用伪基站的登入记录、访问日志，反追犯罪分子的行踪，以取得电子证据等。

第三，构建侦查机关与金融行业、金融企业的常态化沟通平台。互联网金融具有高科技、专业性强等特点。我们的侦查机关如果可以及时掌握互联网金融最新动态、资金异常情况等，就能为防控和打击网络金融犯罪提供预警并及时开展追踪调查，针对不同的风险等级进行警示教育、立案查处等分级处理。另一方面我国互联网金融立法还不够健全、对金融监管难免有疏漏，金融企业缺乏保护屏障。积极开展与企业的沟通，不仅可以帮助企业解决安全问题，也可以为侦查机关提供及时的情报信息，共同推进互联网金融犯罪的防控工作。

**（六）地下金融的刑法干预**

在经济转型升级的今天，一种金融现象出现在我们的视野：沿海经济越发达的地区，地下金融交易越平凡，所引发的金融风险或者金融犯罪数量也越多。对于地下金融的防范与规制，笔者认为在刑法层面应该坚持两条原则：一是在遵循宪法以及金融相关法的前提下，严格罪名的筛选和量刑情节的设置，严格控制“超前立法”；二是遵循司法的

① 蓝之瀚，曹凤.大数据时代互联网金融犯罪特点及防控体系构建[J].江苏警官学院学报，2017（6）.

② 参见光明网：《涉网风险型经济犯罪篇》，http://topics.gmw.cn/2018-01/18/content_27378655.htm，2018 年 3 月 17 日访问.

限缩性原则，将具有相当严重危害经济秩序的行为才纳入立案追诉的范畴，对于游离于金融犯罪边缘的“踩线案”应尽可能的通过金融监管、行政处罚予以纠正。地下金融是当前经济发展与金融制度不协调而产生的固有矛盾，比如对于一些中小企业的资金筹措而言，向商业银行贷款，资质审查上很多企业会出现问题。即使企业各项制度完备，由于其规模小，发展前景不明朗，再加上银行近年来银根紧缩的影响，其为避免呆账、坏账的风险，所发放贷款的金额也非常少。在这种形势下，部分中小企业为求生存，不得已通过地下金融融资来“过冬”。金融风险是当下金融市场的常态存在，刑法干预应当具有适当性和必要性，适当性强调刑法干预必须是基于维护公共利益和社会秩序的需要，而必要性原则强调国家刑罚权的发动限于迫不得已需要第二次法的干预，凡是能用民商事法律和行政法律法规解决的金融违法行为就不应考虑刑法。金融刑法对待地下金融犯罪“入罪要严，出罪要宽”应该成为共识。

# 浅谈常识常理常情与少年司法暨未成年人检察的渊源及实践

谢树红[①]

【内容摘要】常识、常理、常情（三常）理论是由陈忠林老师结合法治建设的经验和现代法治理念的要求而提出和创建的法学基本理论。其作为人民大众所普遍认同的基本道理，是一个社会最基本的是非观、价值观和善恶观，是现代法治不可或缺的政治基础，是实现现代法治价值的根本保证，其蕴含着人民大众对公平正义的不懈追求，是人民意志的反映，与少年司法暨未成年人检察实务具有相通之处。因此，我们应当将常识、常理、常情等现代法治理念与思维方式自觉运用到少年司法暨未成年人检察实务之中，共同为迷途青少年点亮法律的灯塔，共同为建设美丽强大且具有新时代中国特色的社会主义国家、为实现社会和谐稳定与国家长治久安提供强有力司法保障而不懈探索追求！

【关键词】渊源与内涵　体现与运用　衔接与思考

## 一、常识常理常情与少年司法暨未成年人检察的渊源与内涵

### （一）常识常理常情的渊源与内涵

常识、常理、常情（三常）理论是由陈忠林老师结合法治建设的经验和现代法治理念的要求而首先提出和创建的法学基本理论。是指为一个社会的普通民众长期认同，并且至今没有被证明是错误的基本的经验、基本的道理以及为该社会民众普遍认同与遵守的是非标准、行为准则。陈老师长期从事法学基本理论、刑法基本理论与实践的教学与研究工作，其作为国务院特殊津贴专家，中国刑法学研究会副会长、中国青少年犯罪学会副会长、西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心专家、第十届和第十一届全国人大代表、国务院学位委员会法学学科评议组成员、国家社科基金法学组专家、最高人民法院案例指导专家委员会专家，并担任过原西南政法大学法学院院长、重庆大学法学院院长等职务。陈忠林老师爱生如子，桃李满天下。在工作中勤勉敬业，不断将自己的研究成果转化为各种建议和立法议案，比如向全国人大常委会和最高人民法院提交《关于最高人民法院依法收回死刑核准权的建议》、《关于将我国参加的国际条约中规定的犯罪转化为国内法》等多项建议和议案，均被最高人民法院和全国人大相关机构正式采纳或批准为正式立法议案，其中《关于最高人民法院依法收回死刑核准权的建议》被采纳并施行后，仅贵州省人民检察院的公诉部门，就由原来的一个部门迅速增加到四个部门，有效精准地打击了违法犯罪，极大地预防了冤假错案的发生，切实维护了宪法赋予公民的基本权利。陈忠林老师提出和创建的常识、常理、常情等现代法学基本理论，有力指导了我国的相关司法实践。

在我国法学基本理论界，陈忠林老师以人性的特殊性为基础，对现代法治的前提和基础、以及自由、人权、法治等进行了全新解读，提出现代法治是“常识、常理、常情（三常）之治”、是“人性之治”，“良心之治”的法治观和法学教育观。其中对于

① 作者谢树红，女，贵州省人民检察院未检处副处长（入额三级高级检察官），贵州省法律人才库专家，通讯地址：贵州省贵阳市云岩区普陀路虎门巷华谊苑 23-7，邮编：550001，联系电话 18885095309 或 0851 86697617，电子邮箱 328472319@qq.com。

常识、常理、常情（三常）理论，陈忠林老师特别强调：“现代法治，归根结底应该是人性之治、良心之治，绝不应归结为机械的规则之治”；“我们实行法治，绝不能显失公平、绝不能违背常理、绝不能不顾人情”；“我们的法律是人民的法律，绝不应该对其做出根本背离老百姓所共同认可的常识、常理、常情的解释”；“我们人民法院定罪量刑的过程，应该是一个和人民群众，包括刑事被告人，将心比心、以心换心的过程”；“我们的司法人员只能为了维护法律所保护的价值而维护法律的权威，而绝不能仅仅为了维护法律的权威而维护法律的权威”； 并强调“良心”或“社会公认的常识、常理、常情”是现代法治运行的灵魂……。

通过跟随老师的学习，笔者认识到，常识、常理、常情作为社会民众所普遍认同的基本道理，是一个社会最基本的是非观、价值观和善恶观，是现代法治不可或缺的政治基础，是实现现代法治价值的根本保证，是实现法治功能的重要前提，并且与少年司法暨未成年人检察实务具有相通之处。在我国，人民是国家的主人，现代法治只能以广大人民群众满意与否、拥护与否作为衡量法律是否体现人民意志的根本标准。因此，常识、常理、常情作为一个社会的民众长期所普遍认同并分享的正确基本经验、道理和感情，它是人民意志的反映，是现代法治的基础。公平与正义是法律永恒的价值追求，常识、常理、常情作为社会民众最朴素的价值观，它蕴含着民众对公平正义的不懈追求，也是实现法治价值的基本保证。法的基本功能就是定分止争和解决社会矛盾纠纷，这就需要将常识、常理、常情等现代法治理念与思维正确运用到少年司法暨未成年人检察实务之中，积极化解社会矛盾与冲突，确保司法裁判与广大民众认知认同的和谐统一，真正有效地实现法治的功能。

### （二）国际少年司法暨我国未成年人检察的渊源与内涵

自 1986 年我国的第一个少年起诉组在上海市长宁区检察院成立以来，我国的未成年人检察工作（简称“未检”）已经走过了 30 余年的不平凡发展历程。30 余年来，我国未成年人检察工作从无到有、从小到大，逐步发展成为检察事业中的一大特色亮点工作。时光荏苒，我国未成年人检察工作围绕中心，服务大局，忠实履职，走过了筚路蓝缕、以启山林的昨天，迎来了探索创新、厚积薄发的今天，开启了蹄急步稳、坚定前行的明天。

成立之初，我国的未成年人检察主要职能是通过依法妥善办理好相关刑事案件，贯彻落实对未成年人的教育感化挽救方针、宽严相济刑事政策和教育为主、惩罚为辅、双向保护等原则，认真履行捕、诉、监、防一体化职能和法律监督职责，具体开展涉及未成年人犯罪案件的审查批捕、审查起诉、提起公诉，开展并落实社会调查、合适成年人到场、心理疏导、附条件不起诉、犯罪记录封存等我国刑法和刑诉法及其司法解释、相关指导文件关于未成年人的特殊制度和特别程序，依法惩治侵害未成年人犯罪、保护救助未成年人被害人、教育感化挽救涉罪涉案未成年人、预防青少年违法犯罪。

此外，由于联合国自 1945 年 10 月 24 日宣告成立以来，高度重视并积极致力于青少年的权益保护、犯罪预防和教育挽救工作，通过诸如：于 1959 年 11 月 20 日通过的《儿童权利宣言》、1985 年 12 月 10 日通过《联合国少年司法最低限度标准规则》（也称《北京规则》，这是国际上第一个有关青少年犯罪的指导性文件，它集中了各国青少年立法的成功经验，对促进会员国建立健全少年司法制度、开展青少年法律工作和保护青少年权益做出重要贡献，产生深远影响）、1989 年 11 月 20 日通过《儿童权利公约》、1990 年 12 月 14 日通过《保护被剥夺自由少年规则》、1990 年 12 月 14 日通过《预防少年犯

罪准则》（也称《利雅得准则》）等一系列相关国际公约[①]。中国作为联合国的创始国和联合国安理会五大常任理事国之一，也是这些国际公约的签署国，积极履行义务并建立与国家承诺一致的少年司法制度。这些国际公约和少年司法制度为促进我国青少年权益保护、犯罪预防和教育挽救事业的发展作出了有益的贡献。

随着时间的推移和社会发展的客观需要，我国未成年人检察的职能不断发展壮大，已从单纯的刑事领域不断向涉及未成年人的刑事执行监督、民行诉讼监督、行政执法监督、公益诉讼等业务领域探索发展。

## 二、常识常理常情在少年司法暨未成年人检察中的具体体现与运用

我国的法律是体现人民心声、维护人民利益的法律，而常识、常理、常情作为社会民众所普遍认同的基本道理，两者之间具有价值目标的一致性。同时青少年是人民大众中的一员，由于其年龄尚幼，身体、智力发育的相对不成熟，在实践中被作为特殊群体看待，对其权利保护和犯罪预防也被提上了议事日程，引起了社会的广泛关注，为此中国刑诉法研究会少年司法专业委员会、西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心、暨南大学少年及家事法研究中心、中国预防青少年犯罪研究会、上海市未成年人法研究会等机构也应运而生，强化了少年司法暨未成年人检察实践与青少年法学理论的深度融合，推动了常识、常理、常情等现代法治思维与理念在少年司法暨未成年人检察中的实践和运用！

典型案（事）例一：将常识、常理、常情等现代法治思维与理念认真贯彻落实到司法实务之中，于 2017 年 6 月推动贵州省首家“少年司法一体化”工作模式暨少年司法研究基地在该省黔西南州晴隆县创建。此项工作的开启，推动实现了当地公安、检察、法院、司法成立专门机构，在侦查、捕诉、审判、矫正、帮教、预防等涉及未成年人案件的司法诉讼环节，指定专人立案侦查、专人批捕起诉、专人审理裁判、专人社区矫正、专人跟踪帮教等工作。凝聚对未成年人的司法保护合力，从理论和实务上夯实少年司法工作的基础，加强当地未成年人检察及少年司法的专业化、规范化和社会化建设，有利于贯彻落实对涉罪未成年人的教育、感化、挽救方针，加大预防未成年人犯罪工作力度，保障未成年人的合法权益，提高办理未成年人案件的质效。

未成年人司法保护水平是衡量一个国家或地区法治进步和司法文明程度的重要标志。为提高贵州省未成年人检察及少年司法的专业化、规范化和社会化建设水平，推动常识、常理、常情等现代法治思维与理念和司法实务的深度融合与发展，在贵州省检察院未检处的具体指导下，晴隆县检察院积极作为，勇于担当，开拓创新，主动向当地党委、政法委请示汇报，得到大力支持，相关领导作出专门批示，据此，由晴隆县委政法委牵头，县检察院联合，县政法各家群策群力，齐心协力，统筹成立了县检察院未成年人检察“欲飞”工作室、县检察院派驻公安局未成年人检察官工作室、县公安局未成年人刑事案件侦查中队、县法院少年审判法庭、县司法局未成年人社区矫正办公室等“少年司法一体化”专门机构，共同会签或单独建立《未成年人与成年人犯罪案件分案处理机制》、《派驻未成年人检察官工作室工作办法》、《未成年人犯罪嫌疑人、被告人羁押室管理机制》、《办理未成年人刑事案件工作机制》、《未成年人刑事案件专人快办机制》、《未成年人犯罪记录封存暂行办法》、《少年审判工作机制》、《未成年人犯罪矫正工作机制》等“少年司法一体化”工作机制，晴隆县看守所还为涉罪未成年人配置了专门的监室，明确涉罪未成年人与成年人分别关押（教育、管理），避免涉罪未成年人与成年人的交

① www.baike.com

叉感染，实现了专门机构专人负责、快速高效办理未成年人案件、积极有效帮教未成年人的少年司法一条龙模式。贵州省、黔西南州、晴隆县政法委、公安、检察、法院、司法、人大、教育、团委、妇联、关工委及西南政法大学、暨南大学等单位相关负责人参加活动。省委政法委相关负责人宣布贵州省首家“少年司法一体化”工作模式正式启动。此项探索创新工作得到西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心、暨南大学少年及家事法研究中心的肯定和认可，在此特别感谢陈忠林老师、袁林老师等的大力支持，将贵州省检察系统未检部门和黔西南州晴隆县作为其少年司法研究基地，分别授予牌匾，将在工作流程、办案机制、社会联动及经验提炼等方面开展深入交流合作，共同促进常识、常理、常情等现代法治思维与理念与未成年人检察及少年司法工作的融合与健康良性发展。此项工作得到州委、政府主要领导的批示肯定和社会各界好评，还被最高检网站、《贵州改革情况交流》（2017 年第 174 期）等刊载，并被贵州省委相关职能部门上报中央改革办。

典型案（事）例二：积极运用常识、常理、常情等现代法治思维与理念，创新机制，妥善处置重大群体性事件中的涉案未成年人，为国家法律的修改完善提供现实样本。例如：２００８年，面对 104 名未成年人参与震惊全国的瓮安“6.28”事件这一情况，贵州省检察院按照中央、省委统一决策部署，及时指导黔南州院、瓮安县院创造性地开展工作，参与拟定《“6·28”事件涉案未成年人轻罪犯罪记录消除办法》，依照宽严相济刑事政策，对符合条件的涉案未成年人实行轻罪犯罪记录消除制度，给其改过自新的机会，升学、参军、就业不受影响，及时挽救帮教，让失足少年“无痕回归”，取得良好效果。其中 75 人考上各类院校，部分人员自主创业，后来成为州人大代表、政法干警、人民教师、企业家等等，他们热心社会公益，积极奉献爱心，瓮安实现浴火重生，“从大乱到大治”。2010 年省院参与制定《贵州省未成年人违法和轻罪记录消除暂行办法》，将瓮安县未成年人犯罪记录消除工作经验在全省推广试行，成为我省巩固和加强违法犯罪青少年帮教成果和社会管理创新的重要举措。在此基础上，2011 年我国《刑法修正案八》第 65 条规定免除未成年人前科报告义务；2012 年修改后的刑诉法将未成年人犯罪记录封存以法律条文的形式予以明确。“瓮安经验”是贵州检察机关参与未成年人保护的一项探索性实践，成功推动了我国刑法和刑诉法的修改，为完善我国少年司法制度作出了贡献，对未成年人权益保护事业产生了深远历史影响。也为我省依法成功处置 2015 年发生的 40 余名未成年人参与黎平肇兴“6.27”事件提供了现实可行的参考样本，取得良好的社会、政治、法律三个效果，这其中不乏常识、常理、常情等现代法治思维与理念对少年司法暨未成年人检察实务的指导与运用。

典型案（事）例三：在常识、常理、常情等现代法治思维与理念的指导和影响下，贵州省检察机关开展特赦未成年人专项工作效果显著。2015 年， 为庆祝中国人民抗日战争暨世界反法西斯战争胜利 70 周年，经全国人大常委会作出决定，国家主席习近平签署特赦令而特赦的四类人员中，未成年人占比超过 90%。贵州省检察机关未成年人检察部门立足于本职，围绕中心，服务大局，主动作为，勇于担当，积极开展特赦未成年人专项工作，在特赦前开展法治宣教，在特赦中进行检察监督，在特赦后通过搭建社会化支持体系，持续开展跟踪帮教，确保该省符合条件的服刑未成年人依法得到特赦，释放后能够平稳过渡，顺利回归家庭并融入社会，积极预防和减少其重新犯罪，为促进当地社会和谐稳定以及平安贵州、法治中国建设提供了有力的司法保障。

特赦是国家依法对特定罪犯免除或者减轻刑罚的制度，也是一项国际通行的人道主义制度。开展特赦工作，有利于弘扬中华文明盛世赦罪、慎刑恤囚、明刑弼教优良传

统，牢固树立我国开放、民主、文明、法治的大国形象。青少年是国家和民族的未来，对他们的宽恕、帮扶、教育、挽救程度犹能体现出一个国家和民族的宽度、厚度、强度和大度。据此，贵州省检察院未检处正确决策、精心部署，增强做好特赦未成年人专项工作的责任感和使命感；主动作为、全面履职，确保未成年人特赦工作顺利圆满完成；统筹各方力量、强化协作配合，推动形成我省帮教特赦未成年人工作的社会化支持体系。

其中，省检察院联合团省委维权中心将 12355 青少年维权热线和 12309 黔检青少年法治帮教热线向广大特赦未成年人公布，各地也发布自己的维权热线。省“预青”专项组、团省委、省检察院、省综治办邀请省未管所的多名心理辅导专家，对特赦未成年人开展了专门的心理疏导矫治工作，促进其形成健全的心理人格。贵阳市南明区、云岩区、观山湖区、安顺市普定县等多个检察院按照一人一档的原则，建立特赦未成年人档案，将每次实地走访了解到的未成年人家庭环境、成长经历、曾经犯罪、教育改造以及回归社会后的住所、工作、学习及家庭生活等情况整理汇总，形成记录存入档案，为后续跟踪帮教工作夯实基础。观山湖区检察院与当地司法局等单位联合，以涉案未成年人心理辅导室为平台，搭建起心理辅导新机制，共同对该辖区的特赦未成年人犯罪原因、性格特征、认罪悔罪、人身危险性等情况综合研判，形成评估意见，为矫治和帮扶工作提供有效参考。南明区检察院一方面在对外相关宣传报道中严守纪律，另一方面还针对特赦中发现的犯罪记录封存方面问题，及时汇报并与当地司法局共商对策，大胆探索让特赦未成年人“去标签化”新机制。石阡县检察院未检干警在党组成员、副检察长杨小川的带领下，联合公安、司法部门深入各乡镇，对特赦未成年人专项工作开展情况进行全面深入了解。针对检查情况和发现的问题，及时向司法所、派出所反馈，并以书面形式向县司法局发出《检察建议》，建议加强对特赦未成年人的日常管理和教育矫正，规范监管档案，做好观护救助。并多次邀请关工委、妇联等单位到特赦青少年家中，对他们进行关怀看望，一起谈论感恩的话题，憧憬今后的新生活，帮助他们重树生活信心，切实感受到来自社会各界的关怀。通过定期走访自主创业的特赦人员徐某经营的“从头再来”理发店，了解他现在生活状况和创业过程中遇到的难题。对其回报社会，免费为老年人、残疾人理发的承诺给予赞赏，尽力为他的理发店介绍顾客，还邀请他一同进学校做法律宣传讲座。还与县司法局社区矫正干警一起实地走访，深入乡镇，到该县九名特赦未成年人家中与他们及其监护人沟通交流。对于生活确有困难的特赦对象，通过资助米油棉被类生活物资、发放困难救助金、帮助解决学习就业困难等方式进行帮扶，以实际行动确实解决了特赦对象的后顾之忧，使其能更好地融入社会生活。特赦未成年人杨某感慨道，自己灰暗的心绪得到了春风般抚慰，自己一定告别过去，脚踏实地好好学习生活，不再辜负亲人的期望。盘县检察院深入乡村、实地走访探望特赦未成年人。走访过程中，干警详细了解了特赦未成人目前的学习、工作情况及今后打算，为其送上新春祝福和慰问品。同时，耐心细致解答了家长在法律方面的疑惑，建议家长应尽到监管义务，多关心爱护特赦未成人，帮助其走上新的人生道路。黔西县、七星关区检察院分别在走访时了解到，一是特赦未成年人曾某某曾是在校学生，表现良好，成绩优异，但因一时虚荣心作祟，起了贪念，实施抢劫，现特赦回家。黔西县院在开展特赦专项工作中得知，其渴望读书心切，遂与当地教育主管部门联系，帮助其重返校园。二是特赦未成年人程某因犯罪中止学业，现也希望能够学有所成后自食其力，七星关区院积极奔走、协调联系，成功让程某到市职业技术学校学习。近期回访得知，陈某表现良好，在学校组织的实习当中，获得实习单位和学校的一致好评。贵州省检察院未检处协调联系省政协、省人社厅、省“预青”办、省律师协会、民建贵阳南明一支部等单位，深入黔南州平塘县对曾

经犯罪被特赦的二名未成年人进行创业扶助，支持他们各上万元的创业帮扶资金，同时，贵州省检察院向其发布 12309 黔检青少年法治帮教热线；黔南州律协未保委无偿为其提供法律援助；省人社厅、省政协、黔南州检察院、平塘县检察院等结合各自职能对其进行扶持；随行的民建贵阳南明一支部所属相关科技集团公司、贸易公司、餐饮公司，除了为其提供资金支持外，还提供科技扶持、网络销售平台、购买其产品等扶助，解决其后顾之忧。众志成城，齐心助力我省特赦未成年人这一特殊群体正常回归社会。帮扶人员首先与二未成年人开展座谈，并深入实地调研被扶助未成年人黄某某创办的养殖基地情况。在座谈会上，被扶助的二名未成年人介绍自己曾经的涉法经历和转变情况，表示在真心悔过后，萌发创办养殖企业实体，为家乡建设，为精准脱贫干实事做贡献，以此回报国家和各界的宽容和挽救，并对检察机关的帮助表达了衷心的感谢。帮扶的相关单位表示，要以此次活动为契机，对二人的创业项目予以持续跟踪关注，在养殖技术、经营管理、市场营销等方面提供支持，积极帮助二人的创业项目顺利发展，同时对二人提出三点希望：一是要学会本领，要放下昨天的包袱，轻装拥抱当下，努力学习好养殖技能，练就生存发展的看家本领；二是要强大自己，要学会经营，学会管理，不断促进创业项目的发展壮大；三是要感恩社会，要把社会各界关注的爱心继续传递下去，带领更多乡亲脱贫致富，反哺社会。在参观黄某某创办的养殖专业合作社时，帮扶人员一行深入圈舍实地查看，与养殖人员和管理人员交流，了解养殖规模、经营模式、市场前景以及存在的困难问题等，提出针对性的帮助意见，并与合作社建立长期的帮助扶助机制，持续关注项目的推进发展。据了解，该合作社由于经营理念和效果出色，还吸引了当地外出务工人员返乡就业，解决不少留守儿童问题，社会效果良好。最高人民检察院未检办多次将贵州省特赦专项工作经验做法转发全国学习推广。

## 三、常识常理常情有效衔接和运用于少年司法暨未成年人检察的思考

一是学习培训。思想是行动的先导，通过对从事少年司法暨未成年人检察业务人员的学习培训，让其从思想意识方面牢固树立起常识、常理、常情等现代法治思维与理念，才能够在司法理论和实务中，真正实现加强和坚持良心和常识、常理、常情（三常）理论等现代法治思维和理念对法治建设的指导作用，才能有效实现“依法治国”和“以德治国”这两种根本治国方略的有机统一。

二是自觉践行。无论是常识、常理、常情等现代法治思维与理念的理论研究人员，还是从事少年司法暨未成年人检察业务人员，都应当将常识、常理、常情等现代法治思维与理念牢记于心，付诸于行，在理论研究和司法实践过程中都要自觉向人民大众所认同的道理靠拢，努力做到理与民相同、心与民相通，努力实现情为民所系，权为民所用，利为民所谋。

三是探索创新。创新是引领发展的第一动力。党的十九大报告 50 余次提到创新，可见创新位列新发展理念之首，居于国家发展全局的核心地位。加快建设创新型国家，标志着创新驱动作为一项基本国策，在新时代中国特色社会主义事业的发展进程中，将日益发挥更加显著的战略支撑作用。因此，无论是常识、常理、常情等现代法治思维与理念的理论研究者，还是从事少年司法暨未成年人检察业务的司法实务工作人员，都应当牢固树立强烈的发展创新意识，通过不断丰富、完善和发展常识、常理、常情等现代法治思维与理念的内涵，积极开展常识、常理、常情等现代法治思维与理念和少年司法暨未成年人检察业务之间的不断实践、深入融合与探索创新，使其更好地指导少年司法暨未成年人检察业务，共同为迷途青少年点亮法律的灯塔，共同为建设美丽强大且具有

新时代中国特色的社会主义国家、为实现社会和谐稳定与国家长治久安提供强有力司法保障而不懈探索追求。从而推动加快建设创新型国家的进程，为国家的持续发展注入新动力，最终推动实现我国近代著名思想家、政治家、教育家梁启超先生在其经典著作《少年中国说》中所描述的：少年智则国智，少年富则国富，少年强则国强，少年独立则国独立，少年自由则国自由，少年进步则国进步，少年胜于欧洲，则国胜于欧洲，少年雄于地球，则国雄于地球.....！

## 参考文献


1、张鸿巍著：《少年司法通论》，人民出版社，2016 年第 1 版，第 332-459 页。

2、邹开红、岳慧青主编：《检察机关未成年人刑事案件办案一书通》，中国检察出版社，2016 年第 1 版，第 241 页。

3、张军主编、胡云腾副主编：《刑事诉讼法适用解答》，人民法院出版社，2012 年第 1 版，第 391-408 页。

4、麦锐编辑：《中华人民共和国刑事诉讼法（注释本）》，法律出版社，2014 年第 5 版，第 159、307-311、428 页。

5、最高人民检察院：《未成年人刑事检察工作指引（试行）》，高检发未检字[2017]1 号，第 4-9 页。

6、最高人民检察院法律政策研究室编：《检察工作文件选》，2013 年 1、2 期合刊，第 138-145 页。

# 酌定情节概念及关联概念新解

## ——基于人格行为论的考察

肖　敏、陈荣飞*

（西南政法大学法学院 重庆 401120）

【内容摘要】 概念是理论研究的始点，酌定情节在我国刑法理论界是一个歧见纷呈的概念。欲科学阐释酌定情节的概念，须得界定其前置概念及关联概念，而后依循人类对客观事物之认识规律，由表及里的把握其本质。与其他事物一样，酌定情节的本质具有层次性，刑法学科特定的研究任务和研究视角为揭示酌定情节本质划定界域。

【关键词】刑法中的情节　酌定情节　法定情节

概念是一切理论研究的逻辑始点，在未明了研究对象概念的情况下所进行的一切研究，除了徒然制造理论混乱之外，对于相关研究并无任何助益。对酌定情节展开研究也当然不例外。酌定情节一词并非我国刑法规范明定之名词术语，而系我国刑法理论界对属量刑环节中的法定情节以外的其他情节依据学理方法概括提炼出来的名词俗语。对于法定情节，在我国刑法学界及刑事立法和司法实务界素来极为重视，对其研究也较为深入。就方法论而言，界定清楚法定情节之内涵和外延，判定某情节属法定情节抑或酌定情节已非难事，但要把握纷繁复杂的酌定情节之本质，进而厘定其本身的意涵却亦非易事，更兼法定情节也非我国刑法规范明定之术语，故有关酌定情节之定义在我国刑法理论界存在很大的争议，正如我国有学者所言：“对于酌定量刑情节的概念、性质、分类和范围等基础性问题，学者们则是争论激烈，概念模糊，尚未形成统一认识”。[①]笔者以为，欲合理界定酌定情节概念，得先明晰关联概念之意涵。

## 一、刑法中情节的概念批判与本质揭示

### （一）情节的一般定义

“情节”在汉语言系统中是一个意涵极为丰富的语词，该语词由“情”与“节”组合而成，根据《新华字典》的解释，“情”是指“状况”，“节”是指“事项”，[②]两意项结合为“事项的状况”。而根据《现代汉语词典》的解释，情节是指“事情的变化和经过”，[③]《辞海》的释义则为 “叙事性文艺作品中具有内在因果联系的人物活动及其形成的事件的进展过程。由一组以上能显示人物行动、人物和人物、人物和环境之间的错综复杂关系的具体事件和矛盾冲突所构成，是塑造人物性格的主要手段。它以现实生活

*肖敏，女，湖南邵阳人，法学博士，西南政法大学法学院副教授，硕士生导师，主要从事刑法学研究。电子邮箱：cdminxiao@163.com。陈荣飞，男，汉族，江西遂川人，西南政法大学法学院副教授，法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员，主要从事刑法学研究。通讯地址：重庆市渝北区回兴镇宝圣路西南政法大学法学院 邮编：401120。。

① 赵秉志、彭新林编著：《量刑情节与量刑方法专题整理》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 58 页。

② 中国社会科学院语言研究所编：《新华字典》，商务印书馆 2000 年版，第 409、236 页。

③ 中国社会科学院语言研究所编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2005 年版，第 1116 页。

中的矛盾冲突为根据，经作家、艺术家的集中、概括并加以组织、结构而成，事件的因果关系亦更加突出。一般包括开端、发展、高潮、结局等部分。有的作品还有序幕和尾声。”[①]虽然以上有关情节的释义详略不一，但藉此不难把握情节的本质，它是事物在发生、发展和变化过程中，能够反映事物性质的相关情状。

### （二）刑法中情节概念的歧见及述评

概念的领域意虽受制于其一般涵义，但因不同学科领域在研究对象和研究任务上的迥异，同一概念又有不同的意涵。考察我国的刑事立法，“情节”一词可谓我国刑事法律中出现频率最高的领域义术语，据笔者统计，我国 1979 年刑法中“情节”一词出现 72 次，而截至 2011 年 5 月 1 日刑法修正案（八）生效止，我国现行刑法典中“情节”一词出现则达到 371 次，若算上附属刑法、立法和司法解释等，情节的出现频次更可谓数不胜数。情节在我国刑事法规范中的频仍现身及其对刑事司法实践的巨大作用也引起了我国刑事法学者和实务工作者们的广泛关注。何谓刑法中的情节，学界可谓众口纷纭，莫衷一是，主要见解集纳如下：

（1）情节，指的是事物存在与变化的情状与环节。犯罪作为一种社会现象其情节即是指犯罪存在与变化的情状与环节。[②]

（2）刑法中的情节，是指刑法规定或者认可的体现行为人主观恶性或者行为的社会危害程度，影响定罪量刑的主客观情况。[③]

（3）情节作为一个刑法术语，是指刑法规定或认可的表明行为是否具有社会危害性和行为人是否具有人身危险性，以及社会危害和人身危险程度轻重的主客观事实情况。[④]

（4）刑法中的情节是指犯罪构成共同要件以外的，与犯罪人或者其侵害行为密切相关的，影响行为社会危害性和行为人人身危险性程度，并进而影响定罪与量刑的各种具体事实情况。[⑤]

（5）刑法中的情节，是指犯罪构成共同要件以外的，体现行为的社会危害性和行为人的反社会属性程度，并影响定罪量刑和行刑的各种主客观事实情况。[⑥]

（6）所谓情节，是指案件的具体情况，犯罪者的动机、手段、过程、结果等，[⑦]或认为所谓情节，是犯罪情节的简称，是指犯罪过程中的各种事实情况。[⑧]

（7）刑法意义上的情节，是指依据刑事法律和刑事政策，被认为体现行为社会危害性和行为人人身危险性，影响定罪量刑的各种主客观事实情况。[⑨]

（8）我国刑法中的情节，是指刑法规定的或者基于刑事政策的考虑对定罪、量刑或者行刑产生影响并反映行为的社会危害性和行为人的人身危险性及其程度的各种主客观事实。[⑩]

---

① 辞海编辑委员会编：《辞海》，上海辞书出版社 2000 年版，第 2813 页。
② 高铭暄主编：《刑法学原理》（第三卷），中国人民大学出版社 1994 年版，第 244 页。
③ 胡云腾：《论我国刑法中的情节》，西南政法学院 1986 年硕士学位论文，第 7 页。
④ 赵廷光：《论我国刑法中的情节》，《中南政法学院学报》1994 年第 5 期。
⑤ 王晨：《定罪情节探析》，《中国法学》1992 年第 2 期。
⑥ 胡学相：《量刑的基本理论研究》，武汉大学出版社 1999 年版，第 164 页。
⑦ 冯世名：《关于量刑问题》，《政法研究》1957 年第 4 期。
⑧ 姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社 1994 年版，第 122 页。
⑨ 朱宗雄：《论情节对定罪的意义》，《法学评论》1994 年第 5 期。
⑩ 李翔：《情节犯研究》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 9 页。

（9）犯罪情节是指反映行为社会危害性程度从而影响刑罚轻重有无的事实。[①]

笔者以为，欲准确把握情节之本质，首先得明确其称谓，通过上述情节的诸种定义，不难发现，学界对刑法中的情节之称谓稍显混乱，如第一、第六、第九种见解将刑法中的情节称为“犯罪情节”，多数一般都称为“刑法中的情节”。笔者认同后一见解，原因在于，若称为犯罪情节，那么在“犯罪情节”这一语词中，“情节”为中心词，“犯罪”系其定语对情节进行限定，故犯罪情节当以犯罪成立为前提，但显然刑法中的情节并不仅限于入罪情节及量刑情节，还包括出罪情节，如刑法第 13 条之但书规定之情节便属出罪情节，并且从其定义表述（“影响刑罚……有无……”）中也可以看出当包含出罪情节，故将其称为犯罪情节并不准确。其次涉及的问题是，刑法中的情节是否包括行刑情节？从以上各定义来看，多数认为只限于影响“定罪和量刑”的情节，而不包含行刑情节。对此，笔者的见解是刑法中的情节应当包含行刑情节，理由是，刑法是规定认定犯罪成立条件和适用刑罚标准的法律规范总和，虽然刑罚执行主要由刑事执行法调整，而刑事执行法也不属于实体刑法范畴，但是不容否认的是，刑罚的执行仍然还是属于适用刑罚之内容，且从我国刑法典的规定来看，其中也确实规定了减刑、假释、缓刑等制度适用所依据的相关情节。[②]可见，刑法中的情节当包含影响行刑的情节。

在确定刑法中的情节的名称及外延之后，据此审视上述有关刑法中的情节概念，第一种定义虽立足于情节的一般含义，但因并未准确把握刑法中情节的外延，使得其情节概念仅涵盖入罪情节及量刑情节，而将出罪情节及行刑情节排除在情节的概念之外，由此导致称谓上的偏差。此外，刑法中情节的第二、第四、第六、第七、第九种定义也同样存在概念不周延之缺陷，未能涵盖刑法中的所有情节或者导致称谓与定义不相符。由此给情节所下定义也势必欠缺准确性，因为这样至少不能反映情节的内在联系或其共性。至于刑法中情节的第三、第五、第八种定义是否合理，笔者将在澄清以下问题后予以评析。

### （三）刑法中情节的本质特征

概念的任务在于揭示事物的本质，而事物的本质具有多元性及多层次性之特征，我们知道，不同学科面临着不同的问题因而各有特定的研究任务，就特定学科领域中的概念本质而言，研究者所揭示的本质以能够合理解释该学科领域的相关问题为已足，而无需永无止境地揭示下去，否则势必溢出该学科领域的范畴。面对事物多元及多层次的本质，把握其中某一层次的本质是我们把握其他层次本质的突破口，[③]而众所共知，事物在现象层面的本质也即其本质特征最易为我们所把握，因为现象是“事物在发展、变化中所表现的外部的形态和联系”，[④]故其能够为人们的感性认识所直接把握。因为欲界定的是刑法中的情节概念，故首先得弄清刑法的概念及研究任务，在刑法学界，通行的见解是刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，[⑤]但笔者认为该定义只揭示了刑法的共性而并未反映其特性，依据该定义并不能将作为实体法的刑法与刑事程序法、刑事执行法等区别开来，故并未揭示刑法的本质，有关刑法的科学定义，笔者赞同将刑法定义为

① 廖瑜：《论犯罪情节》，西南政法大学 2009 年博士学位论文，第 29 页。

② 当然，这并不代表笔者认同刑法典中的规定都是刑法规范（刑法典中有不少规范不属于刑法规范，如第 48 条第 2 款、第 79 条、第 82 条等等），意在强调刑罚执行中某些问题仍然还是属于适用刑罚之内容。

③ 参见陈荣飞、肖敏：《犯罪本质新界说》，《刑法论丛》2011 年第 2 期。

④ 中国社会科学院语言研究所编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2005 年版，第 1480 页。

⑤ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 9 页。

“规定犯罪成立条件与适用刑罚标准的法律规范的总和。”[①]据此可知，刑法以研究犯罪和刑罚为己任，目的在于合理追究罪犯的刑事责任进而实现刑事正义。刑事责任实现的动态过程表现为定罪、量刑和行刑三大环节。在揭示刑法的特性之后，那么刑法中的情节的本质特征（即其在现象层面的共性与特性）就不难把握了。

首先，依据前述情节的一般定义也即其语义学定义可知，情节系一种事实，由于人的行为具有特殊性，它是主客观的统一体，故围绕犯罪行为所涉及的情节，当包含主观和客观两方面的事实。

其次，由于刑事责任的实现存在定罪、量刑和行刑三大环节，据此可知刑法中的情节的共性主要表现在其功能上，即对定罪、量刑或行刑发生作用或产生影响，刑法中的情节无一例外地不对这三大环节发生作用，而但凡对刑事责任实现环节不产生作用的其他一切事实必定不是刑法中的情节。此为刑法中情节的共性。

最后，已如前述，事物的本质除了反应其共性外，还必须进一步审视该共性是否为该事物区别与其他一切事物的特性。因此最后需要解决的问题就是，对定罪、量刑或行刑产生影响的各种主观事实是否必为刑法中的情节？事实显然并非如此，因为在刑法中，犯罪构成要件也决定着行为的罪与非罪、此罪与彼罪甚至罪轻与罪重，但在理论上，情节并不包含犯罪构成要件，更非与犯罪构成要件属同一概念，对此，意大利刑法学家帕多瓦尼曾指出：“不应该或不可能成为犯罪的构成要件，是犯罪情节的典型特征”，[②]此外，《德国刑法典》第 46 条有关量刑的基本原则的规定中明确指出：“属于法定犯罪构成事实的，可不考虑。”《意大利刑法典》第 61 条（普通加重情节）和第 62 条（普通减轻情节）条文中也都明确有“下列情节，当不属于犯罪构成要件”之规定，故在界定刑法中的情节时必须将它们排除在外。[③]

综上所析，刑法中的情节的可定义为犯罪构成要件以外的对定罪、量刑或行刑产生影响的各种主客观事实。该定义因反映了情节的共性及特性，故揭示了刑法中情节在现象层面的本质。当然，事物本质具有多元性、多层次性，多元是基于不同层次观察所表现出来的多元，上述定义揭示的是刑法情节在现象层面的本质，据此还可以进一步揭示其更深层次的本质，即揭示决定情节本质特征背后的本质。笔者以为欲揭示情节更深层次的本质所要解答的问题是，刑法中的情节何以能够影响定罪、量刑或行刑？换言之，即是揭示决定本质特征背后之原因，而又有涉及对犯罪行为的内在结构乃至作为刑法理论根基的行为概念的科学理解。

## 二、刑法中的行为概念：人格行为论之提倡

启蒙运动以来，随着社会契约说、天赋人权论以及法律道德相分离的主张之倡扬，形成了近代的行为中心主义的刑法。[④]“行为，系一切犯罪的共通基础”，[⑤]“在事实上，刑法评价行为人的行为，系兼就行为人的主观犯意与客观的行为表现。”[⑥]即使曾有学者倡导过行为人刑法，但将自由法治国家原理作为基础的刑法秩序一直以来朝着行为刑

① 陈忠林主编：《刑法学》（上），法律出版社 2006 年版，第 2 页。
② [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 268 页。
③ 不过就此还需要特别注意的是，由于犯罪构成要件是由系列要素构成，而要素之下又存在系列事实，如若其中的某些事实（如情节犯中的某些特定情节、数额犯的数额、主体未成年或年满 75 周岁、反映罪过程度的事实，等等）具有独立评价的意义，则可以成为刑法中的情节。
④ 蔡枢衡：《刑法学》，中国民主法制出版社 2011 年再版，第 140 页。
⑤ 陈朴生：《刑法专题研究》，三民书局 1988 年版，第 94 页。
⑥ 林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社 2012 年版，第 6 页。

法的方向发展着。[①]“犯罪是行为，这是现代刑法中犯罪的本质”，[②]整个刑法体系均可谓围绕着行为而展开。德国哲学家黑格尔率先对刑法中的行为概念进行了探讨，他在其名著《法哲学原理》一书中指出，“意志作为主观的或道德的意志表现于外时，就是行为”,“我的行为以其内部为我所规定而是我的故意或我的意图者为限，才算是我的行为。凡是我的主观意志中所不存在的东西，我不承认其表示是我的东西，我只望在我的行为中重新看到我的主观意识”。[③]此后，刑法理论界就何谓刑法中的行为概念展开了长期讨论，迄今形成了形形色色的行为理论，较具影响力的主要有：因果行为论、目的行为论、社会行为论和人格行为论等。刑法中的行为概念之所以歧见纷呈、阋讼经久不衰，由来于刑法学科面临着系列特殊问题，笔者认为，其中的核心问题有二：一是如何合理解释刑法中的某些特殊行为如不作为行为、过失行为等的行为性，二是由于刑事责任的实现系围绕犯罪行为而展开，其中在量刑环节，对犯罪分子决定刑罚所依据的事实、性质、情节以及对社会的危害程度无一例外不受犯罪行为的限制，即均为犯罪的事实、犯罪的性质、犯罪的情节以及犯罪对社会的危害程度。但综观世界主要国家的刑事立法，往往将犯罪分子的某些罪前罪后表现，如自首、坦白、立功、累犯等等，作为量刑情节（有些也是行刑情节）加以考量，那么犯罪分子的这些罪前罪后表现何以能够为犯罪行为所包容呢？这也是刑法中的行为概念必须解决的问题。不过，过往的刑法行为理论多将注意力集焦于前一问题，而对后一同样重要的刑法基本问题有所忽视，笔者以为，科学的行为概念必须能同时合理地诠解上述两个基本问题，甚或可言，以上两个问题也是检验刑法行为概念科学与否的核心性标准，堪称试金石。

以第一个问题去检验现有各行为学说的优劣得失之析论可谓不计其数，对某些行为学说之缺陷几乎达成了共识，如因果行为论由于强调行为的有体性，故难以解释不作为的行为性，目的行为论由于强调行为的目的性，故难以解释过失行为的行为性，社会行为论如若仅强调社会性，则无从解释同样具有社会意义的意外事件和不可抗力何以不是行为，若强调社会性的同时注重行为的有意性，则无从解释疏忽大意过失行为的行为性。依据第二个问题去审视上述各行为学说，除人格行为论外，上述任何一种行为理论均无法解释犯罪人罪前罪后的表现何以能够纳入犯罪行为之范畴，据此可知，人格行为论是破解上述两核心性论题的一把钥匙。

人格行为论由日本学者团藤重光首倡，并为其弟子大塚仁等人所继承和发扬，此外，德国刑法学者阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）也持相似的观点。在人格行为论者看来，刑法上所考虑的行为必须是行为人人格的主体化。[④]行为就是在人格和环境的相互作用中由行为人的主体性态度所实施的。[⑤]人格行为论在责任观上体现为人格责任论，在人格责任体系中，存在犯罪行为和人格形成两大序列的责任，其中，行为责任是第一位的，人格形成责任居次。这样，无论是不作为和过失行为的行为性问题，还是犯罪行为何以能够包容行为人的罪前罪后表现的问题，答案均自在其中，因为它们都体现了行为人的人格态度或是行为人人格的发现或客观化，可见，人格行为论在上述核心性论题的诠释上表现出了其他任何行为学说所未有理论张力和超强解释力。不过令人遗憾的是，在人格行为论的论证体系中，虽然强调现实化行为的优位性，但对于“现实化的行

① [韩]金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社 2008 年版，第 83 页。
② [日]泷川幸辰:《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社 2005 年版，第 20 页。
③ [德]黑格尔:《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 114 页。
④ 转引自赵秉志主编:《外国刑法原理》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 84 页。
⑤ [日]大塚仁:《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 100 页。

为是什么”的问题实际却并未投入理论期许的应有关注，反倒一味地强调行为人的人格形成过程，给人的印象是定罪的重心并非现实化的行为而系行为人的人格形成过程，因此，优位的现实化行为在其论证体系中实际并未获得相称的理论地位。由此难免不招致理论界诟责，如有学者指出，过分地强调行为人的人格形成过程，在理论和实践中都可能导致将定罪的重心从行为转向行为人人格的形成过程，并且最终将行为人的生活方式作为定罪依据的危险。[①]故对于人格行为论中的相关问题还有必要作进一步的澄清。

有关现实化的行为概念，笔者赞同此般论证思路及论证结论：人的活动（行为）是人的存在和表现形式，而劳动乃人类的特有活动，也是人类最基本的存在和表现形式，劳动的构成要素包含：劳动者（或劳动主体）要素、目的性要素、劳动对象要素和劳动资料（或工具）要素，由此归纳出行为的诸要素，同时结合现代心理学的研究成果，现代心理学研究表明，意志集中地体现出人的心理活动的自觉能动性，是内部意识向外部动作转化的决定性因素，也是人的行为与动物行为相区别的根本性标志，[②]故其在行为要件中居于核心地位。藉此抽象出现实化的行为概念，行为当是主体控制或者应该控制的客观条件作用于特定对象的存在状态的过程。该行为理论能够合理地诠解现实化层面所有类型行为的行为性。[③]不过，如前所述，事物的本质虽然具有多元性和多层次的特点，但因不同的学科面临着不同的问题，就特定学科领域中的概念本质而言，研究者所揭示的本质以能够合理诠解该学科领域内的相关问题为已足。犯罪与刑罚系刑法学中的两大最基本范畴，故刑法中的行为概念除了能合理地解释现实化层面中的各种类型的犯罪行为外，还必须兼顾刑罚论中的相关问题，由此决定了在刑法行为本质的认识上还必须作深层掘进。

由于行为的意志要素在行为诸要素中居核心地位，而意志要素在犯罪构成中属主观要件的内容，故犯罪的主观要件（即罪过）也当在犯罪构成中居核心地位。罪过也即主观恶性，乃主体对刑法所保护价值的敌视、蔑视或漠视态度。行为系主观客观化的过程，犯罪行为则是犯罪主体主观罪过的客观化，或者说是主观罪过外化为客观危害的过程。至于主体何以会产生主观罪过也即行为更深一层次的本质问题，刑事实证学派的开拓者们的研究为我们指明了方向，实证学派的著名代表人物加罗法洛曾谓：“在罪犯中存在着某种使他们区别于普通人的心理异常。”[④]而刑事实证学派的另一代表人物德国刑法学家李斯特则进一步指出，罪责（即罪过，笔者注）判断包容了行为人的所有个性；在特征中揭开的危险性，作为缺乏动机过程的基础和解释，甚至成为罪责要素。呈现在我们面前的，是从反映行为人个性的有责行为的意义中推导出罪责概念的实质内涵；它存在于可从已实施的行为（反社会行为）中看出行为人的反社会思想之中。只有将行为人危险性考虑进去的罪责观能在普通犯罪行为学说与普通犯罪人学说之间架起一座桥梁，并能解释，为何社会对习惯犯的犯罪行为作出的刑法反应要比对偶犯的犯罪行为更为严厉。[⑤]可见，罪犯的心理异常乃个人品质之征表或由罪犯人身危险性（或人格缺陷）所致。据此，在犯罪行为更深一层次的本质上，笔者赞成人格行为论，即认同主体的主观

① 陈忠林：《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 90～91 页。

② 曹日昌：《普通心理学》，人民教育出版社 2003 年版，第 403 页。

③ 该行为理论最先由我国刑法学者陈忠林教授提出，笔者所以认同的原因在于，该行为理论能够从根本上解答“不作为行为较之于作为行为、过失行为较之于故意行为何以会多出一义务要件的问题”，进而合理地诠解不作为行为和过失行为的行为性。具体阐证过程参见陈荣飞：《不纯正不作为犯的基本问题研究》，法律出版社 2010 年版，第 31～56 页。

④ [意]加罗法洛：《犯罪学》中国大百科全书出版社 1996 年版，第 11 页。

⑤ [德]李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 261～262 页。

罪过是罪犯人格缺陷（或称为人身危险性、社会危险性）的征表。何谓人格，我国台湾心理学家杨国枢先生有如下广为学界接受的定义：人格是个体与其环境交互作用的过程中所形成的一种独特的身心组织，而此一变动缓慢的组织使个体适应环境时，在需要、动机、兴趣、态度、价值观念、气质、性向、外形及生理等诸方面，各有其不同于其他之处。[①]罪犯人格就是罪犯独特的身心组织适应社会环境时，在需要、动机、兴趣、态度、价值观等方面偏离常人的反社会倾向，正是这种反常的人格诱发反常的行为。由于人格也为人所共有及特有，故人格行为论准确地揭示了行为在这一层次的本质。由此便不难解释罪犯的罪前罪后表现何以能够为犯罪行为所包容了，因为罪犯人格是一个综合性的判断，需多方考量，这样，在认定犯罪时，为准确把握罪犯的人格，就不得不“瞻前顾后”。这种驻足于现实化的行为兼顾行为前后主体情状的做法，并不意味着定罪量刑所依据的是行为以外的事实，只是为了全面审度主体的人格进而准确把握行为的内容，最终实现定罪量刑的合理化。至于决定主体人格形成的再深一层次的本质则已全然溢出刑事实体法学的研究范畴而进入到犯罪学、犯罪心理学或社会学等学科的研究视野，再说在行为的本质上揭示到人格层次已能完满诠解刑法中的所有相关基本问题了，故驻足于刑法场域，对行为的本质无需再永无止境地揭示下去。

## 三、刑法中的情节定义及特定类型

### （一）刑法中的情节定义

依据以上对行为不同层次本质的揭示可知，犯罪行为的发生机制或内在结构是：

人身危险性（或人格缺陷、社会危险性）=$^{表征}$=》主观恶性（主观罪过）=$^{外化}$=》客观危害（含危险）。

我们知道，在行为的该结构体系中，任一层次结构的变化均会影响到作为整体的行为的社会危害性大小及有无，进而影响刑事责任的轻重有无，这也是刑法中情节的功能性特征。综上所述，立足于刑法学场域，就不难给刑法中的情节下一个全面的定义了，刑法中的情节当是指犯罪构成要件以外的反映行为的客观危害、行为人的主观恶性或人身危险性，对定罪、量刑或行刑产生影响的各种主客观事实。据此审视上述刑法中情节的第三、第五、第八种定义合理与否便不在话下了，这三种定义由于并未准确把握行为的内在结构，且还将本属于客观危害、主观恶性和人身危险性上位概念的社会危害性混同于与它们处同一层级的概念，故均不具合理性。

### （二）刑法中情节的类型

以情节在刑事责任实现过程中的不同功能为标准，可以将刑法中的情节分为定罪情节、量刑情节和行刑情节，以下将分别界定各自意涵。

### （三）定罪情节

所谓定罪情节，是指犯罪构成要件以外的，对行为的罪与非罪或者此罪与彼罪发生影响的各种主客观事实。依据情节对罪之有无以及成罪后对罪质的不同影响又可以将定罪情节分为出罪情节、入罪情节和转化情节。

1. 出罪情节

所谓出罪情节是指犯罪构成要件以外的，使行为除罪化的各种主客观事实。出罪情节的特征是行为如若不具备该情节即构成犯罪，而一旦具备该情节则不构成犯罪。此种

① 陈中庚、张雨新：《人格心理学》，辽宁人民出版社 1986 年版，第 48～49 页。

情节往往是当行为除却该情节时，其社会危害性恰处于罪与非罪边缘，而情节本身具有消减社会危害性之功能。出罪情节依据刑法规定以及来自刑法理论和司法实务经验，又有以下类型：

（1）我国刑法第 13 条“但书”规定之情节，简称但书情节。我国刑法第 13 条“但书”规定：“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”其中的情节表明，如若不考虑情节所致的行为的不大社会危害性，那么该行为就构成犯罪，换言之，行为此时已符合犯罪构成的形式要件，而但书情节因显著影响行为的实质危害，故不成立犯罪。不过需要注意的是，但书情节往往并非指某一个具体的情节，而是经多方综合评价的结果。

（2）刑法分则个罪中的出罪情节。刑法分则中具体罪的出罪情节是指依据刑法分则规范、司法解释之规定或者刑法理论之归纳总结的使行为除罪化的情节。这种情节从某种意义上可以说也是但书在个罪中的具体运用，此种类型的情节在数量上为数不少，主要存在两类：①刑法分则规范规定的出罪情节，如刑法 383 条第 2 款第（四）项规定的“个人贪污数额不满五千元，……；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”又如如刑法第 395 第 2 款规定的“国家工作人员在境外的存款，应当依照国家规定申报。数额较大、隐瞒不报的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”再如我国刑法第 449 条有关“特殊缓刑”的规定：“在战时，对被判处三年以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可以撤销原判刑罚，不以犯罪论处。”②依据司法解释明确规定的出罪情节。如最高人民法院于 2005 年 12 月 12 日发布的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性行为，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。”此外，该解释第七条、第九条也有出罪情节的规定。③刑法理论中归纳总结的个罪的某些出罪情节。如我国刑法理论通说见解认为以下情形一般不以重婚罪处理：对于有配偶的妇女被拐卖后重婚的；因遭受自然灾害、生活难以维持，被迫外流谋生而重婚的；婚后一直受虐待，被迫外逃而重婚的；因反抗包办买卖婚姻而外逃，在包办婚姻关系解除前而重婚的；因配偶长期外出，生死下落不明，家庭生活发生严重困难而重婚的。

2.入罪情节

入罪情节是指犯罪构成要件以外的，对行为成立犯罪发生影响的各种主客观事实。此种类型的情节大致可以分为几类：①在罪状中表述为“情节严重”、“情节恶劣”或者“情节较轻”等，其中的某些特定情节，此种类型的情节为数甚多，如刑法第 246 条第 1 款规定：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”有如刑法第 261 条规定：“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”再如刑法第 233 条规定：“过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”如此等等。不过需要注意的是，并非罪状表述为“情节严重”、“情节恶劣”或者“情节较轻”之情节一概为入罪情节，只有在适用最轻档次的法定刑的情形中存在此等描述且仅限于对罪与非罪具有决定性的情节，换言之，如果是在非最轻档次的法定刑的适用情形中或者虽属最轻档次法定刑适用情形但对罪与非罪不发生影响的情节均不属于入罪情节，此种类型的情节乃后文将论及的量刑情节。②在数额犯中的犯罪成立所必须达到的“数额”情节，数额犯在我国刑法分则也为数众多，③在特定类型的结果犯中的“结果”情节，如刑法第 331 条规定：“从事实验、保藏、携带、运输传染病菌

种、毒种的人员，违反国务院卫生行政部门的有关规定，造成传染病菌种、毒种扩散，后果严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；……。”其中决定行为罪与非罪的后果便属此类情节，还有如过失犯罪和间接故意犯罪中犯罪结果笔者认为亦属此类情节。[①]

3.转化情节

所谓转化情节是指能够使行为的犯罪性质发生变化的情节。从其概念可知，此种类型的情节并不影响行为的罪与非罪，而是对行为成立此罪或彼罪发生影响，或者说，当行为不具有该类情节时成立此罪，而一旦具有该类情节时则行为的性质将随即发生变化，即转化为性质迥异的他罪。转化情节可以分为两类：①刑法明文规定和司法解释中规定的转化情节，如刑法第 247 条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言……致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”此外刑法第 238 条第 2 款、第 248 条第 1 款、第 292 条第 2 款、第 333 条第 2 款等也规定有类似的转化情节。再如最高人民法院于 2002 年 11 月 4 日发布的《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定：“实施抗税行为致人重伤、死亡，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，分别依照刑法第二百三十四条第二款、第二百三十二条的规定定罪处罚。”可见，这种类型的转化情节一般为“致人重伤、死亡”或者“致人伤残、死亡”。还有如刑法第 241 条第 5 款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”②刑法理论上的转化情节，此种类型的转化情节虽未规定在刑法分则或司法解释中，但依据刑法理论之通说认为是转化情节的情节。如刑法理论一般认为，如若非法吸收公众存款或挪用公款后有“携款潜逃”情节的，将分别定集资诈骗罪和贪污罪；再如强迫交易、妨害公务或者强迫劳动等过程中如果行为人使用暴力致人重伤或者死亡，一般也认为转化为故意杀人罪或者故意伤害罪。

### （二）量刑情节

量刑情节又称为刑罚裁量情节，是指定罪情节以外的，法官在刑罚裁量环节应当考量的，据以决定刑罚轻重或者免于刑罚处罚的各种主客观事实。不同于定罪环节影响行为之罪与非罪或者此罪与彼罪的定罪情节，量刑情节影响的是对罪犯处刑的轻重或者免于刑罚处罚。不过，由于量刑情节属刑法中的情节之一种类型，故其他情节一样，是行为的客观危害、主观恶性或者行为人人身危险性的反映，如预备犯和未遂犯是反映犯罪行为的客观危害较之于既遂犯通常较小的量刑情节；杀人碎尸、杀害孕妇、勾结军警人员进行武装叛乱暴乱、持枪抢劫等则是反映行为社会危害性较大的量刑情节；积极追求危害社会结果发生的心理是反映行为人主观恶性较大的量刑情节，而放任危害社会结果发生的心理，在主观恶性上则相对较小；自首、坦白、积极赔偿被害人损失等是反映行为人人身危险性较小的量刑情节，而累犯、前科劣迹等则是反映行为人人身危险性较大的量刑情节。当然不少情节往往并不仅仅反映犯罪行为某一层次的本质，而是可能同时反映犯罪行为某些层次的本质，如中止犯、罪犯积极赔偿、从犯和胁从犯等就属此类量刑情节。

量刑情节依据其功能，可区分为从重处罚情节、从轻处罚情节、减轻处罚情节以及免除刑罚处罚情节，依据刑法第 62 条之规定：“犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚。”第 63 条规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；本法规定有数个量刑幅度的，

① 因为笔者认为，从广义上说，犯罪结果完全能够为犯罪情节所包容，即认为犯罪情节属犯罪情节之一种类型。

应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。”以及第 37 条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以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，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”据此可知，从重处罚情节是指导致某具体犯罪行为在与其相对应的具体法定刑内适用较重刑罚的情节；从轻处罚情节是指导致某具体犯罪行为在与其相对应的具体法定刑内适用较轻刑罚的情节；减轻处罚情节则是指导致某具体犯罪行为（当除却该情节时）在与其相对应的具体法定刑之下适用较轻刑罚的情节；免除刑罚处罚情节是指导致对犯罪行为免予刑罚处罚的情节。

依据量刑情节存在的不同时域，可以将其分为罪前情节、罪中情节和罪后情节，所谓罪前情节是指先于犯罪行为而存在的反映罪犯人身危险性进而影响量刑的情节，如犯罪人的一贯表现、有无前科劣迹等；罪中情节是指定罪情节以外反映犯罪行为的客观危害或者罪犯主观恶性或人身危险性进而影响量刑的情节，如犯罪的动机、犯罪的目的、侵犯客体、防卫过当和避险过当等；罪后情节则是指犯罪行为结束后反映罪犯主观恶性或人身危险性进而影响量刑的情节，如自首、坦白、立功、毁灭罪证等。

此外，依据情节与刑法规范之间的不同关系，可以将量刑情节区分为法定情节和酌定情节，有关二者的概念笔者将在后文予以详细界定。

### （三）行刑情节

所谓行刑情节是指对罪犯判处刑罚后，导致刑罚减轻或者附条件地予以提前释放的情节。对于行刑情节需要注意的是，由于它是出现在判处刑罚之后罪犯的表现，故与定罪情节和量刑情节略有区别，它往往只反映罪犯的人身危险性而对犯罪行为的客观危害及罪犯的主观恶性不发生影响，且考察各类行刑情节，可以发现，除了在假释考验期内违反刑法第 86 条第 3 款规定外，其他多数均为罪犯的积极表现，即反映罪犯人身危险性相对较轻的情节，如有悔改表现、认真遵守监规、接受教育改造、立功等等，故在功能上多为有利于罪犯的情节，换言之，除了违反刑法第 86 条第 3 款之规定不利于罪犯外，其他即便反映行为人人身危险性的主客观事实也不会引起宣告刑的加重。

## 四、酌定情节概念新界说

### （一）酌定情节的定义

法定情节与酌定情节是量刑情节之下的相互对举的一对概念，其中任一概念的界定必须以明确对方之意涵为前提。故欲界定酌定情节的意涵，就不能脱离法定情节的概念。有关法定情节和酌定情节的概念及区分标准，学界主要存在如下见解：

（1）认为法定情节与酌定情节之划分是以量刑情节之量刑功能是否具有法律规定为标准。法定情节是指刑法规定的应当或可以从轻、减轻、免除处罚的情节和从重、加重处罚的情节；酌定情节，又称裁判情节，是指法定情节以外的由审判人员灵活掌握的影响对犯罪人处刑轻重的情节。[①]

（2）认为法定情节与酌定情节之划分是以刑法对量刑情节是否作了明文具体的规定为标准。法定量刑情节是指法律明文具体规定的，量刑时必须考虑的各种情节；酌定情节是指我国刑法认可的，从审判实践经验中总结出来的，对行为的社会危害性和行为人的人身危险性程度具有影响的，在量刑时灵活掌握、酌情适用的各种事实情况。[②]

---

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第三卷），中国人民大学出版社 1994 年版，第 247～248 页。

② 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 2002 年版，第 331、358 页。

（3）认为依据法律是否明文规定为标准将量刑情节划分为法定情节和酌定情节带有很强的人为性，很不具科学性，酌定情节与法定情节并不完全对立，一个情节既可以是法定情节同时也可以是酌定情节。并指出，法律明文规定的量刑情节固然是法定情节，但酌定情节并不等于无法律明文规定，即不排除法定性，它是体现具体犯罪的特性和犯罪人特性的事实，也就是案件个性的事实。[①]

笔者以为，欲合理界定法定情节和酌定情节的概念，必须明晰如下问题：

（1）概念必须揭示事物的本质，如前所述，构成事物本质之内涵系为该事物所普遍享有而又不为其他事物享有、决定其存在和发展的内在根据，即必须反映该事物内部之共性及与他事物相比较的特性。

（2）情节的内容及其功能是否具有法定性与司法实务对情节的适用是否具有实定法依据是两个迥然有别的问题。法定情节的适用具有实定法依据，这一点在刑法学界不曾有任何疑议，另据我国刑法第61条规定的“犯罪的情节”，理论见解一致认为，它与刑法学上的“量刑情节”属同一概念，泛指能够说明犯罪行为的社会危害性程度，又不属于犯罪构成要件事实的一切情节，[②]一切情节显然涵括了法定情节与酌定情节，此外，刑法第63条第3款还规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚”，对于此处的“案件的特殊情况”，无论研究者对酌定情节持何种见解，就是指（或者至少应包含）酌定情节，因此，从刑法规范中发掘出来的酌定情节对其适用理所当然的具有规范依据。那么，在刑法规范之外是否存在酌定情节或者说是否存在对其适用没有规范依据的酌定情节呢？答案是否定的，因为依据我国刑法第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”该条规定通常被刑法理论界归纳为“以案件事实为依据，以刑法规定为准绳”之一般量刑原则，可见，法官对影响量刑的任何案件事实的运用均必须有刑法规范依据，否则便违背了量刑的一般原则。因此，无论是对酌定情节抑或是法定情节的适用均有规范依据，这也是法定情节与酌定情节的共性之一。不过，就酌定情节而言，只能从刑法上述有关情节的规定中推导出其中应当包含酌定情节之结论，对于酌定情节具体类型及量刑功能在刑法规范的现有规定中均无从知晓，其具体类型及量刑功能诚如通说之论见，只能于刑事审判实践中采摭并藉由理论归纳总结，但法定情节却非如此，笔者认为，这正是酌定情节与法定情节之本质区别所在。

（3）酌定情节之酌情是指酌情是否适用还是酌情如何适用？酌情是否适用意味着司法者在量刑时对于酌定情节可以予以考量也可将其弃置脑后不予考虑，而酌情如何适用则是司法者在对酌定情节必须考量的前提下如何具体适用的问题。对此，有论者认为，酌定情节之酌定性既包括斟酌决定是否适用这一情节，也包括斟酌决定如何适用这一情节两方面。[③]笔者认为，此种见解值得商榷，因为经由前文分析可知，酌定情节作为量刑情节之一种类型，与法定情节一样反映犯罪行为的客观危害、罪犯的主观恶性或者其人身危险性，既然法定情节要求法官在量刑时必须予以考量，那么酌定情节当然也应毫不例外，否则，对其忽视必将导致与无视法定情节同样的后果，因此，欲实现量刑上的

① 房清侠：《酌定情节非法定化的反思》，《河北法学》2001 年第 4 期。不过颇令人费解的是，论者在其另一篇文章中却又指称，酌定情节是“法定情节以外的，由审判机关具体掌握酌情适用的情节。”参见房清侠：《酌定情节的学理研究》，《法学家》2001 年第 5 期。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上编），中国法制出版社 1999 年版，第 467 页。

③ 蒋明：《量刑情节研究》，中国方正出版社 2004 年版，第 131 页。

公正合理必须对其予以充分地考量，否则，若作前种界定必定难以实现量刑上公正合理，酌定情节也势必沦为法官恣意裁量刑罚的“护身符”。

（4）法定情节与酌定情节是对量刑情节分类的结果，基于逻辑分类学的基本原理，同一分类标准下的各子项之间应当保持相互独立，不能存在重合、交叉或者包容的关系，酌定情节与法定情节因系同一范畴内的一对矛盾体，故一方外延的扩张必然挤压另一方的存在界域，即二者在量上是一种互为消长的反比关系。

明确以上问题，据此审视上述有关法定情节和酌定情节的概念可知，上述第一种观点所采取的是从刑法明文规定的量刑功能视角对法定情节概念进行界定，而对酌定情节则采取除外描述的形式进行界定，那么该概念是否揭示了各自的本质呢？笔者认为，此种见解并未解释二者本质，原因是刑法第63条第2款之规定，如前所述，该款规定的“案件的特殊情况”就是指（或者至少包含）酌定情节，但刑法明确却规定了“可以在法定刑以下判处刑罚”之量刑功能，故依据此种见解并不能区分法定情节与酌定情节。第二种见解将法定情节界定为“法律明文具体规定的，量刑时必须考虑的各种情节”，其中的“明文具体规定”应达到何等程度？语焉不详，而对酌定情节界定虽然较为详细，但显然，“刑法认可”、“反映行为的社会危害性及行为人的人身危险性”、“从审判实践经验中总结而来”只揭示了酌定情节的共性，但该共性却并非为酌定情节之特性，法定情节事实也完全具备上述特征。并且“灵活掌握、酌情适用”并未明确解答“酌情是否适用还是酌情如何适用”之问题。故也未揭示法定情节和酌定情节的本质。而第三种观点由于否定酌定情节与法定情节是对举关系的一对概念，从论者“法律明文规定的量刑情节固然是法定情节”、“但酌定情节也不排除法定性”以及“酌定情节是案件个性的事实”之表述来看，论者认为，法定情节与酌定情节并非量刑情节之下的逻辑分类，前者是刑法的抽象规定，而后者则是前者在个案中的具体表现。那么，对法定情节与酌定情节的关系作此种理解是否合理呢？笔者认为，此种见解不具合理性，虽然，不可否认，在司法实践中法官对法定情节的适用也同样存在自由裁量的空间，但相对于法官对酌定情节的适用而言，这种自由裁量的空间要狭小很多，因此，主张法定情节也是酌定情节（或者相反）、有意模糊酌定情节与法定情节间原本应有的界限之认识，不仅有悖于规范事实，且回避了酌定情节的固有缺陷，根本无助于刑法理论对酌定情节作深入细致地探究，在刑事立法实践中也势必形成立法惰性，无助于推促立法机构在将来的立法中对酌定情节的适用进行有效限制。

经由上述评析可知，法定情节和酌定情节共同之处在于，因都属于刑法中的情节类型，故都反映犯罪行为客观危害、罪犯主观恶性或者人身危险性，对它们的适用都存在刑法规范依据，都是法官在刑罚裁量时必须考量的事实；二者的不同之处在于，刑法对法定情节的类型和量刑功能均作了详细的规定，而对于酌定情节的具体类型及相对应的量刑功能，刑法规范并未作出明文规定，这是二者的本质区别所在。由于刑法规范未明文规定酌定情节的具体类型及其相应量刑功能，那么它们源自何处？理论和实务如何据以把握？对此，笔者认同通行之论见，即认为它们源于审判实践、经理论加以提炼。据此，就不难给法定情节和酌定情节下定义了，所谓法定情节是指定罪情节和行刑情节以外的，刑法规范对其具体类型及相应的量刑功能均作出明文规定的情节，而所谓酌定情节则是指定罪情节和行刑情节以外的，源于审判实践并为刑法所认可但未明确规定其具体类型及相应的量刑功能，法官在量刑时应当酌情适用的情节。

### （二）酌定情节的特征

通过上述对酌定情节概念的界定可知，与法定情节相比，酌定情节具有如下特征：

1、刑法未作明文规定

刑法对酌定情节未作明文规定是指刑法规范对酌定情节的具体类型及其相应的量刑功能未作明文规定，这是酌定情节与法定情节最显著的区别。这里还需强调的是，刑法对酌定情节的类型和量刑功能未作规定，并不意味着刑法对酌定情节完全没有规定，如若完全未作规定，受罪刑法定原则之约束，那么司法实践对其适用就缺乏规范依据而不具合法性，这显然有悖于事实。因此，不能将刑法是否明文规定了酌定情节的具体类型及其相应的量刑功能的问题混同于司法实践对酌定情节适用是否具有刑法规范依据问题，将这两个问题混同将导致或是彻底否定酌定情节的存在合法性，或是否定法定情节与酌定情节之间原本应有的界分，进而导致理论研究上的混错。刑法规范无论对法定情节还是酌定情节都作出了规定，只是在规定上的详略程度不同而已。至于刑法规范何以未对酌定情节的具体类型及其相应的量刑功能作出明文规定的问题，笔者认为，主要是囿于理论认识、立法技术或其他方面的原因，有关这一问题，笔者将在后文作详加论述。

2、来源于审判实践

所谓酌定情节来源于审判实践是指这种情节在刑事审判实践中已经出现，但刑法规范对其具体类型及其相应的量刑功能未予明确规定。这里需要明确的是，酌定情节来源于审判实践，并不意味着酌定情节原本并不存在，是审判实践创设了这种情节类型，而是指酌定情节作为一种客观事物先于审判实践而存在于相关具体案件中，只是随着理论研究水平及司法实务认识能力的提升，这种类型的情节逐渐被人们认识和把握。我国有研究者指出，在定罪以后，法官的刑事自由裁量权主要表现在运用量刑情节来具体确定行为人的刑罚。而包含酌定量刑情节在内的所有量刑情节都是客观存在的，是不依赖于法官主观认知状况的。据此认为酌定情节并非来源于审判实践。[①]笔者认为，酌定情节来源于审判实践是从其原初意义上来说的，换言之，就人类社会特定阶段存在的酌定情节而言，它们的最初来源是审判实践，但这并不意味着，法官面对任何一个具体案件均会发现新的酌定情节。可见，在认识来源上酌定情节最初源于审判实践，与具体案件中存在的酌定情节不依赖于法官的主观认知状况，二者并不存在矛盾。

3、法官在量刑时必须予以考量

酌定情节概念中“酌情适用”不是酌情是否适用的问题，而是法官在量刑时必须适用，个中缘由在于，如前所述，酌定情节作为刑法中的情节之一种类型，与其他类型的情节一样，反映了犯罪行为的客观危害、罪犯的主观恶性或其人身危险性，故欲实现量刑公正，对酌定情节必须予以全面审视，否则量刑结果必然有失公允。酌定情节之酌情适用是由于刑法规范未对其类型和量刑功能未予明确规定，法官在适用时，到底是应该从重、从轻、减轻或是免除处罚，以及从重、从轻、减轻处罚的幅度等，只能由法官酌情裁量。由此可见，法官对酌定情节适用的自由裁量空间上远大于对法定情节的适用，因此，如何迫使法官必须充分考量酌定情节并有效限制法官在酌定情节适用上的裁量空间，防止司法腐败，最终实现量刑上的公正合理，便是研究酌定情节亟待解决的核心性问题。

---

① 王利宾：《酌定量刑情节规范适用研究》，上海社会科学院出版社 2010 年版，第 11 页。

# 刑事案件事实认定的常识、常理、常情化

马荣春*

（扬州大学法学院 江苏扬州 225127）

【内容提要】刑事案件事实认定是刑法司法活动的一项极其重要而又复杂的内容。刑事案件事实认定的常识、常理、常情化，是刑事案件事实认定符合经验法则的直接体现。运用常识、常理、常情可以对刑事案件的客观事实包括关键情节或重要情节和因果关系进行认定，也可以对刑事案件的主观事实包括罪过形式、犯罪倾向和犯罪动机等进行认定。刑事案件事实认定之所以应该常识、常理、常情化，是因为常识、常理、常情本来就是人们日常生活的行为规则或指引，故刑事案件事实认定的常识、常理、常情化能够在一种方法论和价值论中确保刑事案件事实认定以及以之为基础的刑事裁判的正当性。

【关键词】刑事案件事实认定；常识常理常情；经验法则；正当性

## 一、问题的提出

“以事实为根据，以法律为准绳”，是我们应该始终坚持的一项基本司法原则，更是我们的刑法司法应该始终坚持的一项基本司法原则，因为刑法司法毕竟直接事关公民的自由乃至生命等重大法益，即刑法司法应恪守谦抑性。在该项司法原则中，“以事实为根据”是前提和基础，其重要性无需赘言，特别是对于刑法司法来说。但一个极其重要的问题是，在刑法司法中，当个案事实部分已知而部分未知时，理案者是否武断地将其定性为所谓“事实不清”？于是，摆在我们面前的，便是如何解决刑事个案“基本事实清楚”问题。在笔者看来，刑事个案的“基本事实清楚”可以分为两种情形，即“直接清楚”和“间接清楚”：所谓“直接清楚”，是指个案的基本事实有相应的证据包括犯罪嫌疑人供述和证人证言等在内的证据予以直接支撑的一种“事实清楚”；而“间接清楚”，是指在已知事实的基础上通过经验法则的推断而获得的一种“事实清楚”。由“间接清楚”，我们已经想到了“经验法则”问题。那么，在刑事个案的司法实践中，能够将“经验法则”予以具体落实的将是什么呢？那就是常识、常理、常情。于是，本文便形成了一个论题即刑事案件事实认定的常识、常理、常情化。自从发生了“彭宇案”，司法的情理化问题越来越得到民事司法的实践领域和学术领域的关注，而在刑事司法领域，司法的情理化问题尚未引起一种自觉的问题意识。那么，就让刑事案件事实认定的常识、常理、常情化成为刑事司法情理化问题意识普遍觉醒或自觉的一个开端。于是，这里首先要交代的是：所谓常识，是一般人所拥有的知识，即普遍的社会生活知识；所谓常理，是一般人所明晓的事理，即普遍的社会生活道理；所谓常情，是一般人所怀有的情感，即普遍的社会生活感情。

马荣春（1968—），江苏东海人，扬州大学法学院教授　法学博士后。

## 二、刑事案件客观事实认定的常识、常理、常情化

### （一）刑事案件关键事实与重要情节认定的常识、常理、常情化

首先是刑事案件关键事实认定的常识、常理、常情化。在刑事案件客观事实的认定中，常理、常理、常情可以被用来认定刑事案件的某些关键事实。这里有一例：王某与被害人李某系楼上楼下邻居。双方因为安装空调产生噪音问题发生纠纷，后又多次发生争吵。2010 年 8 月 3 日中午 12 时许，王某在上楼过程中看到其妻与楼上住户李某及其父母在自家门口争吵拉扯，便随即参与争吵，后王某与李某父子在王家门前楼梯处抓打，而王妻与李母在上一个楼梯平台处也互相抓扯。期间，王某自感不敌李某父子，遂进家门拿出擀面杖击打对方，李某被打后即头上脚下躺在楼梯上手脚抽搐，双方遂停手。经法医鉴定，李某头部左侧顶硬膜外血肿，构成轻伤。案发后，王某只承认用棍子夯打李某的膀子，而其头部的伤是李父拽李某致其倒下摔在楼梯上所造成。但李某父子及李母均指认王某用棍子夯打李某的头部造成受伤。王妻及证人胡某均称看到时李某已倒向楼梯。检察人员在审查该案时曾一度在李某头部的伤是否王某所为这个问题上举棋不定，因为虽然有作为被害人的李某及其父亲的指认，但二人之间系因父子而存在利害关系。而当时李母正在与人撕打，证人胡某拉都拉不开，故其看到王某用棍子夯打其子头部的证言难以采信。唯一的证人即胡某又没有看到王某是否用棍子夯打李某的头部。因此，李某的陈述就变成了孤证。但是，如果仅因犯罪嫌疑人不作其是否夯打被害人头部的供述就“打退堂鼓”，则检察人员又于心不甘。于是，检察人员大胆推理：从双方所处的位置来看，王某和李某父子面对面站在楼梯口，面积不过二三平方，王某若用擀面杖夯打李某的头部，其棍子所落部位应该是李某的头顶左侧，除非王某是左撇子才能落在李某的头顶右侧。而李某的受伤部位正好是头顶左侧；从双方的身高来看，加害人和受害人个头相当，夯打头顶不存在技术难度；从李某倒地的姿势和地方来看，李某是从楼梯口倒在了台阶上，故不论是楼梯的扶手还是楼梯的台阶边缘磕碰李某的头部，则受伤部位均应是头部四周，除非李某是头向下垂直摔在台阶的边角才能形成头顶受伤，但事实上从楼梯口到台阶的高度根本不可能达到垂直摔下的要求。因此，王某供述李某头顶之伤系李父拽拉摔倒在台阶上所致这一说法不能成立。以上推理验证了被害人陈述的真实性，公诉机关予以采信，便将该案提起公诉。庭上，诉辩双方就李某头顶轻伤是否系王某所为这一关键事实展开了激烈的辩论，而一、二审法院最终支持了公诉机关对这一关键事实的推理认定。对于该案来说，被害人李某头顶所受到的轻伤是否王某所为，是该案中王某行为是否成立故意伤害罪的关键事实。公诉人员和审判人员抓住双方发生冲突所在楼梯这一特殊地点的面积和构造，结合人体动作的左右习惯，顺乎常识地肯定了被害人李某头顶所受到的轻伤乃王某所为。对本案，虽然没有犯罪嫌疑人的供认，但公诉人的指控之所以使得对犯罪嫌疑人及其辩护人的辩护显得苍白乏力，并顺当地得到一、二审法官的认同，乃是因为符合其对关键事实的指控较为符合常识。可见，是否符合常识、常理、常情可以甄别刑事个案的关键事实。

再就是刑事案件作案手段等重要情节认定的常识、常理、常情化。在刑事案件客观事实的认定中，常理、常理、常情还可以被用来认定包括刑事案件的作案手段等重要情节。按照现行刑法典第 267 条第 2 款规定，携带凶器抢夺的，以抢劫罪定罪处罚。由此，携带凶器可以视为抢夺犯罪的一种犯罪手段，而这一犯罪手段可以直接带来犯罪性质的“升级”。那么，携带凶器这一犯罪手段何以得到认定？学者在讨论携带凶器抢夺这一问题时指出，携带某种物品是否属于携带凶器抢夺，应予综合的因素包括：首先，

应根据社会一般观念来判断该物品所具有的对生命、身体的危险感的程度。当不具有持有资格的人持有枪支时，一般人会产生很强的危险感。但是，并非具有杀伤机能的物品都是凶器，物品的外观也是需要考虑的因素。领带可能勒死人，但系着领带抢夺的，不属于携带凶器抢夺。这是因为一般人不会因为领带而产生危险感；再就是，应考虑物品被携带的可能性大小，即在通常情况下， 一般人外出或在马路上通行时是否会携带这种物品。换言之，根据一般人的观念，在当时的情况下，行为人携带凶器是否具有合理性。一般人在马路上行走时，不会携带菜刀、杀猪刀、铁棒、铁锤、斧头、锋利的石块等。因此，携带这些物品抢夺的，理当认定为携带凶器抢夺[①]。在这里，常识、常理、常情也得到了无声的运用，因为社会观念或一般人的观念就是以常识、常理、常情为实际体现。

常识、常理、常理代表着一般人的认知能力和认知水平，能够使得一般人对常见现象或一般现象作出性质判断，同时常识、常理、常情又是一般人的日常生活行为规则或行为指引，这就是为何常识、常理、常情可以在刑事个案中被用作关键事实或重要情节认定的根本原因所在。

### （二）刑事案件因果关系认定的常识、常理、常情化

因果关系问题是刑法理论中一个极其重要，也极其复杂的问题，但常识、常理、常情也可在刑法中的因果关系认定中发挥其作用。到目前为止，对于如何认定因果关系，刑法学界已经形成了“条件说”、“原因说”、“相当因果关系说”、“合法则的条件说”、“重要说”和“客观的归责理论”[②]。对于因果关系的认定，有学者选取了以“合法则的因果关系”为主，以“条件关系与危险的现实化”为辅这一立场。在这一立场看来，认定因果关系，意味着将结果归责于某个实行行为。实行行为本身是具有造成法益侵害结果危险的行为，故因果关系的发展过程实际上就是危险的现实化过程。因此，在实行行为合法则地造成了结果的场合，因果关系容易认定或肯定，如开枪打死人、毒药毒死人等。但是，由于人的认识能力的有限性，故司法工作人员不可能认识到所有的因果法则。于是，在难以根据合法则的因果关系来判断具体案件时，便可以运用条件关系的公式，再进一步判断结果是否实行行为的危险的现实化。学者所说的难以根据合法则的因果关系来判断具体案件，是指有其他因素介入的情形，而这些情形包括“介入被害人行为的情形”[③]。

对于“介入被害人行为的情形”，学者作了如下展开：（1）甲对乙的住宅放火，乙为了抢救婴儿而进入住宅内被烧死，应肯定放火行为与死亡之间存在因果关系。在这样的场合，被害人的行为属于“不得不”或“几乎必然”；（2）数个被告人追杀被害人，被害人无路可逃跳入水库溺死，或者逃入高速公路被车轧死，应当肯定被告人行为与被害人死亡之间存在因果关系。在这样的场合，虽然介入了被害人的“异常行为”，但由于被害人属于心理恐惧或精神高度紧张，故其介入行为仍然具有“通常性”；（3）在深水池与浅水池没有明显区分的游泳池中，教练员没有履行职责，不会游泳的练习者进入深水池溺死，则教练员的失责行为与练习者的死亡之间存在因果关系。在这样的场合，被害人的异常行为属于被告人的“管辖范围之内”；（4）非法行医的被告人让身患肺炎的被害人到药店购买感冒药治疗疾病，导致被害人得不到正常治疗而死亡，应当认定非

① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 867 页。
② 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 175—180 页。
③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 181—186 页。

法行医行为与被害人死亡之间存在因果关系，因为在这样的场合，被害人的异常行为是在被告人处于“优势地位”的指示之下所实施的。但如果在寒冷的冬天，甲为了取乐将100元钱扔入湖中，乙为了得到100元钱而跳入湖中溺死，甲的行为与乙的死亡之间便不存在因果关系，因为在这样的场合，被害人的异常行为并非是在被告人处于“优势地位”的指示下所实施；（5）被害人在旅途中被人打伤，为了尽快回原居住地导致治疗不及时而死亡，则加害人的行为与被害人的死亡之间存在因果关系。在这样的场合，所介入的被害人的行为仅对结果起轻微的作用；（6）甲杀乙，乙仅受轻伤，但乙因迷信鬼神而以香灰涂抹伤口，导致毒菌侵入体内而身亡，则甲的杀害行为与乙的死亡之间不存在因果关系。在这样的场合，死亡的结果并非甲的杀害行为的危险的现实化。再如生气的妻子在寒冷的夜晚不让丈夫进屋，丈夫原本可以找到安全场所，但为了表示悔意而一直在门外站着，结果被冻死，则妻子的行为与丈夫的死亡之间不存在因果关系。在这样的场合，冻死的结果显然不是妻子不让丈夫进屋的危险的现实化。总之，如果所介入的被害人的异常行为对结果起决定性作用，则被告人的行为与死亡结果之间便不存在因果关系，即不能将死亡结果归责于被告人[①]。在笔者看来，在前述所谓“介入被害人行为的情形”的不同场合中，常识、常理、常情对因果关系的认定起到了无声的作用：在第一种场合中，当介入的被害人行为系出自“不得不”或“几乎必然”，则所介入的被害人的行为是符合常识、常理、常情的。就论者所举的例子而言，虽然进入燃烧的房屋对进入者有生命危险，但哪有见死不救之理，特别是当被救者与施救者之间存在着亲情关系乃至骨肉至亲关系而施救者根本就不能被期待“袖手旁观”？在第二种场合中，如学者所举的例子，当被害人被数人追杀而无路可逃时才逃入水库或高速公路，则属于“情急行为”，也能够得到常识、常理、常情的解释。具言之，被害人在无路可逃时不选择逃入水库或高速公路，则被杀死的可能性要大于逃入水库溺死或逃入高速公路被轧死的可能性。那么，在学者所举的场景中，被害人的行为选择是符合常识、常理、常情的选择。在第三种场合中，教练员的职责所在维系着“救人于危难”之常识、常理、常情，而其怠于职守的行为便是背离常识、常理、常情的行为。所谓被告人即教练员的“管辖范围”，同时就是常识、常理、常情所及范围。在第四种场合中，非法行医者让身患肺炎的患者购买服用感冒药是不符合医学常识的，而乙为了区区100元钱竟跳入寒冷的湖水中是背离季节常识和“命比什么都值钱”这一常理和常情的。在第五种场合中，被害人返回原居住地的行为符合一个人途中受到伤害后对旅途危险的恐惧和对原居住地安全感的皈依那种常识、常理、常情。在第六种场合中，受害人乙以香灰涂抹伤口以图救治不符合医学常识，而丈夫竟在一种“孩童般的天真”之中用生命危险来表达对妻子的悔意，显然也是不符合常识、常理、常情的。那么，在笔者看来，在前述诸种场合中，所介入的被害人行为是否符合常识、常理、常情能够直接说明着加害行为与某种结果之间是否存在因果关系：如果所介入的被害人行为符合常识、常理、常情，则加害行为与某种结果之间便存在因果关系，即所介入的被害人行为因符合常识、常理、常情而未能阻断加害行为与某种结果之间的因果关系；如果所介入的被害人行为不符合常识、常理、常情，则加害行为与某种结果之间便不存在因果关系，即所介入的被害人行为因不符合常识、常理、常情而能够阻断加害行为与某种结果之间的因果关系。之所以如此，是因为当所介入的被害人行为符合着常识、常理、常情，则所介入的被害人行为对某种结果的发生便不具有原因力，即某种结果发生的原因力全部或只在加害行为；而当所介入的被害人

① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第185—186页。

行为不符合常识、常理、常情，则所介入的被害人行为至少是某种结果发生的原因力的一部分。那么，所介入的被害人行为是否符合常识、常理、常情决定着加害行为与某种结果之间的因果关系是否被阻断，究竟为何？道理其实很简单：当所介入的被害人行为符合着常识、常理、常情，则所介入的被害人行为可以一并看成是加害行为的一种“当然结果”。而此时，加害行为的因果进程是“顺当”或“流畅”的；相反，则所介入的被害人行为便不能一并看成是加害行为的一种“当然结果”，而可以看成是“半路杀出”的另一个原因。而正是此另一个原因的“半路杀出”，加害行为的因果流程被“中途截流”。

这里，本文再就被害人返回已经被烧着的屋子这一情形作出稍显深入的例证：行为人在放火烧着被害人屋子后，被害人从屋子逃出后又返回身窜进屋子“救钱”，结果被害人被烧死。在司法实践中，出于罪责刑相适应原则的考虑，我们就要来解答行为人的放火行为与被害人死亡之间是否具有刑法因果关系，答案似乎应是否定：命比钱“更值钱”或“什么都没有命值钱”。在前例中，我们可运用常识、常理、常情来考量刑法因果关系的认定。具言之，既然命比钱“更值钱” 或“什么都没有命值钱”，则被害人返回屋子“救钱”的行为不符合常识、常理、常情，故行为人的放火行为与被害人身亡之间难以形成刑法因果关系。在前例的场合，若行为人返回屋子“救人”，且“救亲人”，则被害人返回屋子“救钱”的行为便符合常识、常理、常情，故行为人的放火行为与被害人身亡之间能够形成刑法因果关系。易言之，司法实践若将前例中被害人返回屋子“救钱”而被烧死这种情形认定为成立刑法因果关系，则不符合常识、常理、常情，或曰将之认定为不成立刑法因果关系，便符合常识、常理、常情；而对于行为人返回屋子“救（亲）人”这种情形，司法实践将之认定为成立刑法因果关系，则符合常识、常理、常情，或曰将之认定为不成立刑法因果关系，便不符合常识、常理、常情。需要顺便交代的是，在前例中，如果刑法因果关系不能成立，则类似于被害人为“救钱而舍命”的“介入因素”（“介入被害人行为”），只能被视为构成了最终危害结果的一个“外在条件”，即其与最终危害结果之间所形成的只是一般的“条件关系”。实际上，对于前例，我们本可用社会相当性理论来解答刑法因果关系是否成立的问题，但常识、常理、常情能够弥补其空洞而将社会相当性理论对具体问题的解答落到实处。而对前例的刑法因果关系是否成立的解答只有符合常识、常理、常情，其所对应的司法认定才具有普遍的可接受性，即才有公信力可言。

从对以上诸种场合的因果关系的常识、常理、常情化说明中，我们可发现，相当因果关系说、合法则的条件说与客观归责理论，是各有千秋且可相互结合的刑法学因果关系学说。易言之，之所以相当因果关系说、合法则的条件说与客观归责理论虽各有千秋但又可相互结合，乃是因为可将常识、常理、常情作为一条方法论和价值论“红线”或共同精髓。而学者所提出的以“合法则的因果关系”为主，以“条件关系与危险的现实化”为辅的刑法学因果关系立场，在笔者看来，是对相当因果关系说、合法则的条件说与客观归责理论的一种不言自明的“融合”。那么，笔者在此仅仅要指出的是，此三者为何且如何融合：“合法则性”当然说明着“相当性”，而“合法则性”和“相当性”又当然说明着行为人“制造”了不被允许的危险，且此危险是在“符合构成要件的结果中”被实现[①]。而前述“说明”又都可以看成是常识、常理、常情的一种“发声”。有人指出，相当因果关系的理解关键在于对“相当”的阐释，是指法官在裁判案件时应依循社会生

① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 177—178 页。

活的共同准则、公平正义观念、善良风俗和人之常情，而唯有遵循社会一般见解认为有发生该项结果的可能，方能认定因果关系存在[①]。在本文看来，所谓“社会生活的共同准则”蕴含着常识、常理、常情，而所谓“善良风俗”也蕴含着常理、常情。因此，相当因果关系的“相当性”的标准即常识、常理、常情标准。而若采用常识、常理、常情标准才，则可使得相当因果关系的判定具有一种“清晰性”和“可接受性”。至于学者指出，相当因果关系的“相当性”不仅需要从社会经验法则上考察，而且从构成要件上考察[②]。学者虽然提出了相当因果关系的“相当性”的“二次考察”，但其还是肯定了在相当因果关系的“相当性”判断中“社会经验法则”的地位。当“社会经验法则”也蕴含着常识、常理、常情，则常识、常理、常情标准在相当因果关系的判断中，即在相当因果关系的“相当性”的把握中，便获得了一种不可忽视的地位。进一步地，由于刑法因果关系问题是危害行为和危害结果之间的关联性即引起与被引起的问题，且危害行为与危害结果本身以及二者之间的关联性都带有价值性和规范性，从而都具有教义学性，故常识、常理、常情对刑法因果关系的说明就是赋予刑法因果关系问题的教义学诠释力。而无论是因果关系的“合法则性”，还是其“相当性”，最终都是常识、常理、常情符合性。因此，常识、常理、常情在刑法学的因果关系的认定中应该受到重视，即应将其作为刑法学的因果关系认定中的一种分析工具。

在刑事案件客观事实的认定中，特别是在刑事案件客观事实的推定式认定中，常识、常理、常情对于客观事实的是非曲直确实能够发挥一种分析工具的作用，其根本原因在于：刑事个案的行为本身都是一种有意识的行为，而常识、常理、常情正代表着一种生活意识并以“经验法则”的形态来支配着人们的行为，从而制造着行为事实即个案事实。

## 三、刑事案件主观事实认定的常理、常理、常情化

当刑事个案行为人不承认其在行为时的某种主观认识活动，则需进行刑事个案主观事实的认定。那么，常识、常理、常情能够作为刑事个案主观事实认定的一种分析工具，则这又逻辑地形成了刑事案件主观事实认定的常识、常理、常情化问题。

### （一）罪过形式认定的常识、常理、常情化

故意和过失是罪过的两种基本形式，且故意包括直接故意与间接故意，而过失又包括过于自信的过失与疏忽大意的过失。那么，作为心理事实的罪过形式认定的常识、常理、常情化，便主要指的是故意和过失认定的常识、常理、常情化。常识、常理、常情在故意和过失的认定中能够发挥相当重要的作用，但在司法实践中，常识、常理、常情首先可以用来认定行为人有无罪过。例如：张某、李某、王某、黄某系同一小区相处较熟的居民。某一深夜，张某用自行车带着李某驶入小区。事发时，王某与黄某正在一拐角处闲侃。当听到张、李二人的说话声，王某便产生了捉弄他们的想法。于是黑暗中，王某在大喝“鬼啊”的同时又将黄某猛地推向张、李二人，结果李某从车上摔下，致后脑颅骨严重受损而亡。本案中，王某的罪过问题如何解答呢？有人提出，王某明知其“恶作剧”会引起致人坠地身亡等危害结果，而他还是放任了危害结果的发生，故其罪过形式是间接故意；有人提出，王某能够预见其“恶作剧”会引起诸如本案的危害结果，而他还是轻信诸如此类的结果能够避免，故其罪过形式是过于自信的过失；有人提出，王

① 潘庸鲁、沈燕：《轻微暴力致人死亡案件定性问题研究》，载《江苏警官学院学报》2012 年 3 期，第 23 页。
② 陈兴良：《刑法因果关系研究》，载《现代法学》1999 年第 5 期，第 85 页。

某能够或应该预见其“恶作剧”会引起诸如本案的危害结果，但其只顾“恶作剧”而没有预见，故其罪过形式是疏忽大意的过失；甚至有人提出，王某的“恶作剧”只是出于“恶作剧”，应视为刑法上的意外事件而作民事案件处理[①]。那么，对本案中王某的罪过问题到底怎么定夺呢？首先，立于一般人的常识，如果在本案的特定情境之下认定王某没有罪过，显然与王某行为的心理事实不相符合，亦即常识在本案中将说明王某无罪过难以成立，而用通俗的话说便是“王某的玩笑开得太大了”。这里，常识能够发挥其说明行为人是否有罪过的作用。以王某存在罪过为前提，则王某是存在何种罪过形式呢？显然，在本案中，“人不犯我，我不犯人”的常理与常情既否定着直接故意的罪过，也否定着间接故意的罪过。那么，进一步的问题是，王某是心存何种形式的过失呢？如果立于“恶作剧”的“好玩”远远不能换来生命攸关的结果，即“命比什么都值钱”这一常理与常情，则宜认定王某心存疏忽大意的过失罪过，亦即这一常理与常情否定着王某对其行为的危害结果的“轻信”不会发生这种心理。由前分析可见，继常识，常理、常情能够发挥区分行为人心存何种罪过形式的作用。

又如：某甲因养殖的鱼经常遭人偷盗而很气愤。于是，某甲便在鱼塘周围拉上电线以图给偷鱼者颜色看看。但不料若干小孩玩耍到此，一小孩触电身亡。对本案中某甲的罪过，有人提出，被告人在电能电死人的认识即常识之下出于“气愤”和“给其颜色看看”而拉线电死了人，故其导致他人死亡的罪过是直接故意；有人提出，被告人为了鱼而不致于追求他人的死亡，但由于电能电死人是常识，故其导致他人死亡的罪过是间接故意；有人提出，由于财物的价值毕竟不能和生命的价值相比，故“给其颜色看看”只能说明被告人想让他人受到一定伤害，而他人死亡的结果是其在电能电死人的常识之下“轻信”能够避免，故其导致他人死亡的罪过是过于自信的过失。还有人提出，由于被告人报复偷鱼者心切而导致其对其他人触电应该预见而没有预见，故其对导致他人死亡的罪过是疏忽大意的过失。那么，究竟如何解答本案中行为人的罪过问题呢？在笔者看来，如果单纯从电能电死人这一常识看问题，则认定行为人具有导致他人死亡的故意也未尝不可。但鱼被偷的财产损失与一个人的性命丧失毕竟有着“天壤之别”，即“生命诚可贵”，故立于“得饶人处且饶人”的常理与常情，则显然难以认定行为人有着导致他人死亡的直接故意。进一步地，如果立于“人不犯我，我不犯人”的常理与常情，则认定被告人对玩童的死亡结果存有放任即间接故意的罪过显然也是与其行为时的心理事实不相符合的。而若将电能电死人这一常识和“人不犯我，我不犯人”的常理与常情结合起来，则应认定行为人对导致顽童死亡存有疏忽大意的过失。但如果是偷鱼者被电死，则将电能电死人这一常识和“人不犯我，我不犯人”的常理与常情结合起来的结论，似乎应是行为人存有过于自信的过失，因为偷鱼者的再次到来已在行为人的预见之内，发生死亡结果的可能性也在预见之内。由前述分析，我们再次看到了常识、常理、常情在刑事个案中所发挥的区分罪过形式的重要作用。

### （二）特殊罪过内容认定的常识、常理、常情化

作为罪过的内容，除了故意和过失这两种基本的罪过形式，还有“倾向犯”的“倾向”和“动机犯”的“动机”等特殊内容。因此，刑事案件主观事实认定的常识、常理、常情化还包含着“倾向犯”的“倾向认定”的常识、常理、常情化和“动机犯”的“动机认定”的常识、常理、常情化等特殊内容。首先，常识、常理、常情在认定“倾向犯”的“倾向”上能够发挥重要的作用。如学者指出，一个商店售货员把一个在商店里的 12

① 对本案的分歧是形成于笔者在给研究生讲授“刑法学专题课”之中。

岁小姑娘摁在膝下，拍打其穿有短裤的臀部，只有这些事实很难认定行为人具有猥亵的主观倾向，如要完成认定，必须要补充其他证据。但如果行为人脱下女孩的短裤拍打其裸露的臀部，则完全可以认定行为人猥亵倾向的存在[①]。因此，为了克服主观超过因素的认定局限，必须强化事实认定的理论意义。当然，事实认定的理论意义并不局限主观超过因素的判断，只不过其对主观超过因素的认定而言尤其重要。在笔者看来，在对前述事例中行为人的主观方面或行为心理认定中，常识、常理、常情在起着一种无声的判断标准的作用。行为人将小姑娘摁在膝下而拍打其穿有短裤的臀部，可以被常识、常理、常情接受为是对小女孩的一种常见的且健康的喜爱；而若将小姑娘摁在膝下，在脱其短裤后而拍打其臀部，则常识、常理、常情便要将其评价为一种猥亵，除非是监护人因小姑娘淘气而出于家法为之。由于猥亵罪在刑法理论上被视为所谓“倾向犯”，故前述例子说明了常识、常理、常情能够被用来认定“倾向犯”的“犯罪倾向”。那么，如果立于常识、常理、常情而对个案中的行为人难以肯定其有某种不良倾向，则其行为便自然难以成立相应的“倾向犯”。由于符合常识、常理、常情的行为可被视为一种健康的行为，而背离常识、常理、常情的行为时常流露一种不健康乃至邪恶的倾向，故常识、常理、常情在刑事个案中可被用作考察行为人是否存有某种“犯罪倾向”的一种标准。

再就是，常识、常理、常情能够在认定“动机犯”的“犯罪动机”上发挥重要的作用。有学者在讨论徇私枉法罪的责任形式时指出，只要排除了因法律水平不高、事实掌握不全而过失造成错判，便可认定为“徇私枉法、徇情枉法”[②]。在讨论徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪的责任形式时，学者又指出，只要排除了因法律水平不高、事实掌握不全而过失造成本罪结果，便可认定为“徇私”[③]。在讨论徇私舞弊不移交刑事案件罪的责任形式时，学者仍旧指出，只要排除了因法律水平不高、事实掌握不全而过失不移交，便可认定为“徇私”[④]。在笔者看来，所谓法律水平高与不高，实质上意味着行为人是否具有一种法律常识。当行为人具有某种法律常识，则其枉法行为便可相对地被认定为具有“徇私”或“殉情”动机，而若其不具有某种法律常识，则其枉法行为被认定为具有“徇私”或“殉情”动机的难度便相应地要大。或者这样说，对同一个行为人的枉法行为而言，其具有某种法律常识较其不具有某种法律常识至少能够容易被认定为具有“徇私”或“殉情”动机。由于常识、常理、常情是人们日常生活行为的一种“自然规则”或“自然指引”，故符合常识、常理、常情的行为通常是“自然而为”，故在刑事个案中得不到常识、常理、常情印证的行为便通常内存某种驱使个案行为的特别动机。

总之，无论是在故意或过失的罪过形式认定上，还是在“犯罪倾向”或“犯罪动机”这些特殊的罪过内容的认定上，常识、常理、常情能够检验出“阴晴圆缺”。

### （三）规范的构成要件要素认识认定的常识、常理、常情化

形式案件的主观事实，除了故意与过失这两类罪过形式，除了“犯罪倾向”和“犯罪动机”等特殊内容，还包括规范的构成要件要素认识这一内容，故刑事案件主观事实认定的常识、常理、常情化便逻辑地包含着规范的构成要件要素认识认定的常识、常理、常情化。

在构成要件要素的分类中，规范的构成要件要素与记叙的构成要件要素相对应，

①〔英〕J·C 史密斯、B·霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，第 526 页。
② 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 1102—1103 页。
③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 1108 页。
④ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 1109 页。

是以“淫秽”、“猥亵”等概念为直接表达。规范的构成要件要素与记叙的构成要件要素的本质区别在于，前者是“不能进行感觉的理解，只能进行精神的理解的要素”[①]，而后者只“要求一种感性的认识”[②]。尽管学者们对规范的构成要件要素类型作出了不同的归纳，但有学者指出，规范的构成要件要素可分为三大类：第一类是法律的评价要素，即需要根据法律、法规进行评价的要素；第二类是经验法则的评价要素，即需要根据经验法则进行评价的要素；第三类是社会的评价要素，即需要根据一般人的价值观念进行评价的要素[③]。

那么，如何认定个案行为人是否具有规范的构成要件要素认识，进而认定其是否具有相应的犯罪故意呢？学者在讨论规范的构成要件要素的认识问题时指出，就符合规范的构成要件要素的事实的认识而言，行为人在认识到单纯的事实的同时，却不一定能够认识到行为的社会意义，故不一定认识到行为的实质违法性，如行为人认识到自己在贩卖某种书画（单纯事实的认识），却不一定认识到自己贩卖的是淫秽物品（社会意义的认识），故不一定认识到行为的法益侵害性。在前述情况下，如果仅要求行为人具有单纯事实的认识，就成立故意犯罪，显然不适合。因此，故意的成立要求行为人认识到自己行为的社会意义。但是，如果要求行为人认识到刑法上的规范性概念（如淫秽物品概念），也会不当缩小刑法的处罚范围。那么，要成立具有规范的构成要件要素的故意犯罪，就必须要求行为人对行为的社会意义有所认识，但又不能要求行为人像法学家或法官那样理解规范的要素，或不能要求行为人在规范的构成要件要素面前具有法学家或法官那样的理解能力。于是，外国学者提出了“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论[④]。在学者看来，这一理论针对的主要是社会的评价要素。进而，学者指出，就法律的评价要素而言，只要行为人认识到作为评价基础的事实，一般就能够认定行为人认识到了规范的要素，如只要行为人认识到警察持逮捕证逮捕嫌疑人，就可以认定行为人认识到了警察在“依法”执行职务。就经验法则的评价要素而言，只要行为人认识到了作为判断基础或者判断资料的事实，原则上就应当认定行为人认识到了符合规范的构成要件要素的事实，如只要行为人认识到自己所破坏的是正在使用中的公共汽车的关键部位（如刹车等），就可以肯定其认识到了自己的行为会“危害公共安全”，从而可以认定其有犯破坏交通工具罪的故意。问题在于社会的评价要素。按照“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论，当一般人将刑法上的淫秽物品理解为不能公开的黄色物品时，只要行为人认识到自己所贩卖的是黄色物品，则行为人便具有贩卖淫秽物品犯罪的故意。那也就是说，这里所说的“行为人所属的外行人领域的平行评价”实为“一般人评价”，亦即这里所说的“行为人所属的外行人”实为“一般人”。但在这种场合下，法官必须穿梭于立法的语言与民众的语言之间，即穿梭于“理念化”与“一般化”即“通俗化”之间，如当一般人使用“毛片”来表述淫秽光盘时，则只要行为人认识到自己所贩卖是“毛片”，便可以肯定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽光盘，从而具有淫秽物品犯罪的故意。学者对“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论的运用是予以肯定的，如当行为人不明知刑法第 237 条的“猥亵”的规范意义，但认识到自己所实施的是“占妇女便宜”的行为时，则也能认定行为人具有猥亵妇女的故意。但是，当行为人不认为其贩卖的是淫秽物品，也不认为其贩卖的是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有

①〔日〕平野龙一：《刑法总论Ⅰ》，有斐阁 1972 年版，第 168 页。
② 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 124 页。
③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 124 页。
④ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 240 页。

科学价值的艺术作品，但认识到一般人可能将其贩卖的物品评价为淫秽物品，且客观上贩卖的确实是淫秽物品时，便难以用“外行人领域的平行评价”理论进行归责。在这种情况下，由于规范的构成要件要素（社会的评价要素）需要根据一般人的价值观念或社会意义进行精神的理解，故应根据行为人在实施其行为时所认识到的一般人的评价结论来判断行为人是否具有故意。换言之，即使行为人自认为其贩卖的不是淫秽物品，也不是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作品，但只要行为人认识到了一般人会认为其贩卖的为淫秽物品，且事实上也是淫秽物品时，便可以认定行为人认识到了自己贩卖的是淫秽物品，进而成立淫秽物品的故意犯罪，或曰具有淫秽物品犯罪的故意[①]。

在笔者看来，无论是就法律的评价要素来认定规范的构成要件要素认识，还是就经验法则的评价要素来认定规范的构成要件要素认识，还是就社会的评价要素来认定规范的构成要件要素认识，都离不开常识、常理、常情的运用，或曰都要体现常识、常理、常情。就法律的评价要素来认定规范的构成要件要素认识而言，如警察持逮捕证逮捕嫌疑人，行为人作出警察是在“依法”职务的认识是一般人的常识，故据此可认定行为人具有妨害公务罪等犯罪的故意；就经验法则的评价要素来认定规范的构成要件要素认识而言，之所以说行为人只要对自己破坏正在使用中的公共汽车的关键部位（如刹车等）有认识，便意味其对“危害公共安全”有认识，从而具有破坏工具罪的犯罪故意，乃是因为正在使用中的公共汽车的关键部位事关“公共安全”是一般人的常识，正如“经验法则”这个词汇所直接说明的那样；就社会的评价要素来认定规范的构成要件要素认识而言，之所以只要行为人对自己所贩卖的是黄色物品有认识，便意味着其对淫秽物品有认识，或曰只要行为人对自己贩卖的是“毛片”有认识，便意味其对淫秽光盘即淫秽物品有认识，从而具有淫秽物品犯罪的故意，乃是因为“黄色物品”或“毛片”在一般人的常识中已经形成了与“淫秽物品”的观念性对应。至于“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论的例外，即如行为人不认为其贩卖的是淫秽物品，也不认为其贩卖的是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作品，但认识到一般人可能将其贩卖的物品评价为淫秽物品，且客观上贩卖的确实是淫秽物品，则仍然是立于一般人的常识来认定行为人的犯罪故意（至少是间接故意）。 而在这个时候，当行为人已经认识到在一般人的常识中可能将其贩卖的物品视为黄色物品或淫秽物品，便可推定行为人也有了一般人将其贩卖的物品视为黄色物品或淫秽物品的常识，此曰“知你所知便（可）知我所知”。

其实，所谓法律的评价因素，其最终是来源于社会生活中的常识、常理、常情，或曰法律的评价因素不过是社会生活中的常识、常理、常情的法律化而已；而所谓经验法则，其实就是常识、常理、常情法则；至于社会的评价要素所指向的一般人的价值观念，更是以常识、常理、常情为直接表达。因此，常识、常理、常情可以“全面地”渗透在规范的构成要件要素认识的认定之中。对于一般的民众而言，常识、常理、常情是一种是非善恶的判断标准，同时或从而也是一种价值判断标准，故在刑事个案中，当规范的构成要件要素在常识、常理、常情的词汇中被有所认识，则规范的构成要件要素认识不仅存在着，而且更加“朴实”同时更加“真实”地存在着，因为在这个时候，常识、常理、常情已经将规范的构成要件要素由专业词汇和专家语言演绎成了通俗词汇和大众化语言。

① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 239—241 页。

在刑事案件主观事实的认定中，特别是在行为人不予明白承认或避重就轻而刑事案件主观事实需要予以推定式认定中，常识、常理、常情对于主观事实的是非曲直确实也能够发挥一种分析工具的作用，其根本原因同样在于：刑事个案的行为本身都是一种有意识的行为，而常识、常理、常情正代表着一种生活意识并以“经验法则”的形态来支配着人们的行为，从而制造着行为事实即个案事实。于是，常识、常理、常情能够将已经形成的行为事实“反射”到行为人行为时的内心世界而“扫描”其主观内容，包括是故意还是过失以及何种故意和何种过失，包括“犯罪倾向”与“犯罪动机”是否存在，还包括规范的构成要件要素认识是否发生过。

## 四、刑事案件事实认定常识、常理、常情化的提升

### （一）刑事案件事实认定常识、常理、常情化的方法论根据

俗话说：“常识是两点之间最短的直线”，而“常识很少会把我们引入歧途。”[①]如果把刑事案件的证据事实与案件事实或已知事实与待证的未知事实分别看成是“两点”，则常识，连同常理和常情为何会有俗话所说的那种作用，进而成为刑事案件事实认定的一种分析工具呢？对此问题的追问便牵扯出刑事案件事实认定的常识、常理、常情化的方法论根据问题。

有学者指出，把常识这样的词汇引入到司法裁判或者法律领域，对于习惯了把司法活动作为精英理性、专业思维的人们而言，似乎不可理喻，但其仍倾向于把司法活动视为精英理性和专业思维的活动。然而，这并不意味着法官的精英理性和专业思维就是排斥常识的。这两者之间不但不排斥，反而是同构关系，因为：首先，法律是常识的结晶和升华，而不是抛弃了常识的闭门造车。法律越远离常识，越不具有可操作性，从而距离人们的日常交往行为也越远。法律与常识的关系决定了司法活动不外乎对常识的运用；其次，纠纷是因生活常识的交往行为而引起。纠纷本身因为日常交往行为而引起，故纠纷的解决自然需要在日常生活的常识或规定性中寻求解决的方案。常识或许已经被升华为法律，或许尚未被升华为法律。业已被升华为法律时，司法活动是对法定的常识的适用；尚未被升华为法律时，司法活动则是对日常交往事实之常识的发现、提取和适用；再次，司法是对法律这一常识的运用。事实推理是司法活动适用常识的前提，而常识裁判是司法应对事实推理的一般结果；复次，虽然法律方法对普通人而言，已然逃离常识的范畴，但它总是针对着案件事实，从而针对着人们交往行为的常识问题而运用。因此，尽管它不属于常识，但并不远离常识。反之，它必须为发现、提升和运用常识准备条件；最后，司法的结果最终归结为生活的常识。司法裁判的最终结果意在将被扰乱了的社会关系恢复到合乎常识的日常状态或正常状态。在这个意义上，司法的守成性不仅是对作为常识的法律的守成，而且是对法律背后的作为常识的人们交往行为规定性的守成[②]。由此可见，刑事案件事实认定的常识、常理、常情化之所以能够成为刑事案件事实认定的一种方法，其根据在于常识、常理、常情是包括法官在内的人们的日常行为的规则或指引，是人们生活行为事实自然形成的一种“沟渠”。而顺此“沟渠”或曰“顺藤摸瓜”，我们包括法官便能够判断在某种行为场合已经发生的事实全部。有学者指出：“事实认定是法官根据间接证据推理认定某一待证事实，从而获得内心确信”，但“通常，证明实体法上权利根据的要件事实是依据直接证据来证明，法官根据当事人提出的

①〔美〕伯顿·史蒂文森主编：《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 79 页。

② 谢晖：《事实推理与常识裁判——简单道义案件的一种裁判技巧和立场》载《法学》2012 年第 9 期，第 24—25 页。

事实判断权利产生、变更以及消灭。如果当事人所提供的直接证据出现难以证明的情形，法官可能会根据间接证据，通过运用思维法则、经验法则、自然法则以及证明标准对某一待证事实获得内心确信。因此，在司法实践中，事实认定是一种不可避免的现象。它是法官根据思维法则、经验法则、自然法则以及证明标准来认定间接事实，从而获得内心确信。”[①]学者虽然是立于民事诉讼来考察事实认定问题，但其所欲表达的道理同样适用于刑事诉讼即刑事案件中的事实认定。特别是对于需要进行推定的刑事案件事实认定，笔者所要指出或强调的是，在这样的场合，包括常识、常理、常情在内的思维法则、经验法则和自然法则相当于大前提，已知的部分案件事实相当于小前提，而有待认定的未知案件事实则相当于结论。而同样在此场合中，既然待证事实被称之为“间接事实”，则已知事实便可称之为“直接事实”。而在由“直接事实”到“间接事实”的过程中，“直接事实”即已知的部分案件事实便起着一种具有特殊意义的“证据事实”的作用。《最高人民法院关于民事诉讼若干证据的规定》第 9 条规定：“根据已知事实和日常生活经验法则能认定出的另一事实，当事人无需举证。”若将该条规定的道理联系到刑事诉讼中来，则在刑事案件事实认定的常识、常理、常情化的场合，之所以无需再举出其他犯罪证据，乃是因为已知事实中已经蕴含着待证事实，只不过待证事实需要运用常识、常理、常情将其从已知事实即“直接事实”中化解出来或予以“发酵”而已。

刑事案件事实认定的常识、常理、常情化的方法论根据，不仅意味着常识、常理、常情化是刑事案件事实认定的一种方法，还意味着将复杂问题简单化。那么，笔者要作的强调是，能够较好解决我们在实践中所遇到的许多难题的包括刑事案件的事实认定，往往不是那些争吵不休的玄奥理论，而是“下里巴人”般的朴素知识与观念，而常识、常理、常情就是这样的知识与观念。有感于有人说过“真正的大家是把复杂问题简单化”[②]，则杰出的法官应该具有运用常识、常理、常情来认定刑事案件事实，从而将刑事案件事实认定问题简单化的能力。

### （二）刑事案件事实认定的常识、常理、常情化的价值论根据

刑事案件事实认定的常识、常理、常情化不仅能够从方法论上得到证成，而且能够从价值论上得到证成。刑事案件事实认定的常识、常理、常情化勾连着法官断案的内心确信，而此确信包含着对裁判正当性的确信。有学者指出，内心确信是法官基于在审判活动中出现的一切资料和状况，对赖以作出裁判的案件事实内心形成的确定不疑的认知和信念。而法官的内心确信是从已知的判断出发探求未知判断的结果，是一种具有逻辑性质的认识过程。法官的内心确信的意义在于：法官的内心确信架起了案件证据和案件事实之间的桥梁，离开了法官的内心确信，案件事实将一直躺在材料堆里，永远难见天日。但是，内心确信除应当遵循认识论的逻辑法则外，还由于确信的形成要结合各种不同的证据综合进行，故经验法则也应当起到指导作用。经验法则即日常生活中的常理，是根据已知事实来推导未知事实时能够作为前提的任何一般的知识、经验、常识等。它是人们从个别经验的积累中抽象、归纳出来的一般知识或常识。法官亦是常人，不是全知全能的上帝，他不必具有超凡脱俗的智慧，他的灵感与聪明来自于对常理的认识与遵循，并在那里形成他的威望。正因为如此，我们才能够理解，为什么只有那些对人情世故深刻理解的人，那些有相当丰富的社会经验的人，才能成为优秀的司法者。要求法官的内心确信合于常理，实际上即是要求他的判断能够经得起普通人所具有的常识的评

① 熊德中：《事实认定的实务探讨——从彭宇案到许云鹤案》，载《法治论丛》2012 年第 4 期，第 141 页。
② 徐则臣：《一堂哲学课》，载《世界博览》2011 年第 3 期，第 89 页。

价，它一方面构成了对法官心证的限制，另一方面也使法官的判断获得了正当性[①]。显然，学者是立于从证据事实到案件事实来把握包括常识、常理、常情在内的经验法则的“指导作用”的。易言之，包括常识、常理、常情在内的经验法则可以保障从证据事实到案件事实的认定的妥当性，而此妥当性正是法官裁判正当性的基础。在肯定学者的前述认识之余，笔者要指出的是，在从已知的即部分的案件事实到未知的即同样是部分的案件事实过程中，包括常识、常理、常情在内的经验法则同样能够发挥学者所说的“指导作用”，甚至更加需要发挥这种“指导作用”，而前述在楼梯口发生的伤害案即印证了这种“指导作用”。因为正如卡多佐指出：“即使法官是自由的时候，他也仍然不是完全自由。他不得随意创新。他不是一位随意漫游，追逐他自己的美善理想的游侠。他应从一些经过考验并受到尊重的原则中汲取他的启示。他不得屈从于容易激动的情感，屈从于含混不清且未加规制的仁爱之心，……他应当服从社会生活中对秩序的基本需要。”[②]那么，在笔者看来，常识、常理、常情便是一种“经过考验并受到尊重的原则”，从而是一种“社会生活中的秩序”，进而常识、常理、常情这种“原则”和“秩序”即可限制法官在刑事案件事实认定中的“随意漫游”而不得“随意创新”。前述限制是常识、常理、常情在刑事案件事实认定中的“指导作用”的另一种说明。那么，在常识、常理、常情的“指导”与“限制”之下，刑事案件事实认定以及以之为基础的裁判便能够具有普遍的可接受性与正当性。有学者指出：“司法之所以产生作用，相当部分依赖于人们的知识或理性崇拜。因为普通的人们都相信只有理性与经验的完美结合才能实现真正的公正。”[③]那么，当常识、常理、常情是社会生活的一种“理性”，则人们对运用常识、常理、常情对刑事案件所作的事实认定以及以之为基础的裁判便能够产生“公正感”。培根曾说：“人们喜欢带着极端的偏见在不着边际的自由中使自己得到满足，这就是他们的思想本质。”[④]那么，常识、常理、常情便能够限制法官的偏见，从而能够保障运用常识、常理、常情所进行的刑事案件事实认定以及以之为基础的判决的公正性。而公正性便是刑事案件事实认定的常识、常理、常情化的价值论所在。

西塞罗在其《论责任》中说：“让我们记住，公正的原则必须贯彻到社会的最底层。”[⑤]在笔者看来，如果刑事判决的公正性要得到占多数的社会最底层即社会一般人的认同，则首先是刑事判决的事实认定本身必须经得起常识、常理、常情的检验而后才有公正性可言，因为常识、常理、常情所来自的群体即常识、常理、常情的话语群体便包含着或主要地是“社会的最底层”。“社会最底层”既蕴含着方法论，也蕴含着价值论。那么，形成并升华于“社会最底层”的常识、常理、常情当然也同时蕴含着方法论和价值论。

## 最后的强调

有学者指出：“无罪推定根本不是一项真正意义上的推定。它是一种方法，用来向陪审团有力地强调控诉方有义务排除合理怀疑地证明犯罪的每一个要素。”[⑥]在笔者看来，刑事案件事实认定的常识、常理、常情化也可以看成是一种“方法”，即认定刑事案件事实的“方法”。但正如前文论述所已说明的那样，刑事案件事实认定的常识、常理、常情化，意味着刑事案件的事实认定的一种对应，即刑事案件的无罪事实认定即犯

① 戴涛：《论内心确信》载《东海法苑》2012 年第 1 期，第 22—26 页。
② 〔美〕卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印宿馆 1998 年版，第 88 页。
③ 李学尧：《法治与艺术：论职业法律家显贵的理由》，载《法学》2001 年第 1 期。
④〔美〕伯顿·史蒂文森主编：《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 563 页。
⑤〔美〕伯顿·史蒂文森主编：《世界明言博引词典》，周文标等编译，辽宁人民出版社 1990 年版，第 220 页。
⑥ 毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版，第 304 页。

罪事实不存在的认定和有罪认定即犯罪事实存在的认定。当运用常识、常理、常情对刑事案件的事实认定得出一个肯定的结论时，便发生着刑事案件的有罪事实认定。此时，所排除的是来自控诉方的合理怀疑；反之，便发生着刑事案件的无罪事实认定。此时，所排除的是来自犯罪嫌疑人一方的合理怀疑。那么，刑事案件事实认定的常识、常理、常情化可否有着刑法观的某种勾连？有学者指出："刑法学似乎越来越脱离公众的生活常识，越来越成为公众看不懂的东西。"[①]而"脱离常识必然会带来的一个问题是：在刑法学中内耗严重，共识越来越少。"[②]因此，在"我们的生活当中，哪些常识性的东西，或者哪些生活经验上特别值得重视的东西，是刑法学研究时需要仔细考虑的。"[③]于是，刑事案件事实认定的常识、常理、常情化，权且被看成是常识刑法观甚或共识刑法观的一种具体运用或体现吧。

① 周光权：《论常识主义刑法观》载《法制与社会发展》2011 年第 1 期，第 82 页。
② 周光权：《论常识主义刑法观》载《法制与社会发展》2011 年第 1 期，第 85 页。
③ 周光权：《论常识主义刑法观》载《法制与社会发展》2011 年第 1 期，第 85 页。

# 金融诈骗罪“非法占有目的”的持续性评价研究

陈自强[①] 王雅琦[②]

【内容摘要】在诈骗类犯罪中，金融诈骗类犯罪属于目前发案率比较高的犯罪之一。而这类犯罪的主观要件都是要求具有“非法占有的目的”。但在司法实践中如何认定“以非法占有为目的”却成了长期困扰司法人员的难题。尤其是面对当今社会越来越复杂的犯罪手段，仅仅靠司法解释所列出的几种认定“非法占有目的”的情况是远不能解决问题的。因此在实践中办案部门通常会给予犯罪嫌疑人一定的“缓冲期”，对其采取非羁押性强制措施甚至解除强制措施，如果行为人归还了资金，则撤销案件或不起诉。

因此本文针对办案机关的做法提出对行为人“非法占有目的”进行持续性评价的观点，并且分析了持续性评价功能的存在依据与合理性以及运用该功能的限制条件，从理论的角度为办案部门针对有些罪名设置“缓冲期”的做法寻找法理与现实依据，为实践中认定“非法占有目的”寻找合理合法的路径。

【关键词】金融诈骗罪、非法占有目的、缓冲期、持续性评价、事后行为

## 一、金融诈骗罪的特征

我国《刑法分则》在破坏社会主义市场经济秩序罪一章规定了数个金融诈骗类犯罪，并可以归纳为“以非法占有为目的，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法攫取公私财财物的行为”。但是金融诈骗类犯罪与普通诈骗罪相比仍有其专属特征。

### （一）侵犯的客体具有更大的社会危害性

金融诈骗类犯罪之所以被放在破坏社会主义市场经济秩序这一章，而普通诈骗罪却放在侵犯财产罪这一章，这是因为金融诈骗犯罪不是传统意义上的诈骗犯罪，它侵犯的客体不是单一客体，而是复杂客体，不仅侵犯财产所有权关系，还侵犯了国家金融管理秩序，破坏了国家市场经济秩序，具有更大的社会危害性。这也是为什么刑法将其从普通诈骗罪中分离出来，除了要分解诈骗罪这个口袋罪之外，更主要的原因是为了维护金融管理秩序。

### （二）“以非法占有为目的”在司法实践中更难认定

在金融诈骗类犯罪中，尤其是集资诈骗罪、贷款诈骗罪等，由于市场瞬息万变，各种投机行为本身带有很多的不确定因素，会出现行为人虽然意图归还，但由于其过高估计自身的能力和过低估计市场的风险，最终导致其不能归还资金；或者假如行为人将集资款用于赌博、贩毒、走私等违法犯罪的目的是赚取“利润”后将集资款归还给出资人（虽然该“利润”本身具有非法性，且行为人赚取该“利润”的行为可能构成其他犯罪），以上种种情况都使金融诈骗罪的犯罪行为具有“周期长”的特点，尤其是行为人在主观上是否具有彻底的排除意思，即行为人是否打算“赚了就还”在短时间内是无法查明的，

① 陈自强，法学博士、西南石油大学法学院副教授、硕士研究生导师。
② 王雅琦，西南石油大学法学院 2017 级法律硕士研究生。

需要一定的时间才能呈现。所以相较于其他犯罪而言，金融诈骗罪“非法占有”的主观目的更难认定。

### （三）涉案金额大，受害人数多，且年龄偏大

诈骗类犯罪尤其是金融诈骗犯罪，犯罪金额动辄几百万、几千万甚至上亿，造成的损失惊人，潜藏巨大的金融风险，而且涉及面广，受骗人数多，少则数十人，多则成百上千人。遍及离退休老人、下岗职工、农民、个体工商户、公务员、企事业单位职工和其他社会无业人员等社会各个阶层。且受害人年龄普遍偏大，多以中老人为主。这部分人手中有些闲散资金，但又苦于找不到致富门路，很容易受到犯罪嫌疑人的欺骗和诱惑，有的甚至将所有积蓄都用来投资。同时，受害人之间多多少少都存着同事、朋友、亲属等不同的关系层面，容易形成由点到线、由线到面的辐射网。而且有的受害人既是被害人又是帮凶，不但自己投资，还劝亲朋好友等去投资，自己从中获利。由此一来，如果处理不当，就极易引起群体性事件。

从横向来看，金融诈骗罪是仅次于盗窃罪的多发案件；从纵向来看，其在数量上每年都呈递增趋势，是重大案件中唯一的只增不减的案件。这些都导致司法机关在处理这一类犯罪时一定要考虑到社会效益，尤其是受害者的利益，从而才能化解群体性事件，解决争端。

### （四）金融诈骗罪具有极强的隐蔽性

金融诈骗罪具有极强的隐蔽性。首先是由于金融诈骗罪的法定特征，犯罪有法定犯和自然犯之分。所谓自然犯，一般是指违反社会公德的犯罪行为，例如强奸、抢劫、杀人等，这些犯罪无需法律特别规定，其行为本身就具有极强的反社会性，即使不懂法律的普通公民也知道是犯罪。而法定犯，则是仅仅由于法律的专门规定才被视为是犯罪。金融诈骗罪的反社会性是通过法律的规定才确定下来的，而且会随着时代的不同而发生变化，一般公民往往并不知道行为人实施的行为是否合法，这就使受害人的判断变得更为困难。

其次，金融诈骗罪的犯罪主体往往受过良好的教育，甚至具有丰富的金融、法律、财税等方面的专门知识，具有长期从事经济活动的经验。这使得他们在犯罪前往往会经过深思熟虑，精心策划，且手段狡猾，从而给侦查活动带来不少困难，因此许多金融诈骗案件具有较长的潜伏期，迟迟得不到揭露。

最后，金融诈骗人往往为自己的诈骗行为披上合法的外衣，如以单位、集体的名义，打着改革的旗号，行金融诈骗之实，而且那些在诈骗中得到好处的当事人通常不愿意诉诸法律解决问题。这些都给金融诈骗的侦查活动设置了重重阻碍。

## 二、金融诈骗罪在司法实践中的认定困境及原因分析

### （一）面临的困境

在现实的经济活动中，行为人利用欺骗方式从对方当事人获取财物、利益的现象时有发生。其中，有的属于诈骗犯罪，需要对当事人追究责任，有的则属于民事欺诈行为，应以经济纠纷加以处理。因此涉及此罪与彼罪，罪与非罪，是诈骗犯罪还是民事纠纷尤其是民事欺诈纠纷，这些都是非常重要的原则问题，也是一个长期困扰司法、颇为棘手的老大难问题。近年来，我国刑法学界就如何区分诈骗犯罪与民事欺诈行为以及诈骗罪与其他罪名，进行了广泛的讨论。尽管表述各有不同，但无不将行为人主观上是否具有

非法占有他人财物的目的作为区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

因此该罪在司法实践中面临的困境主要是，在刑法理论和实践中均认为，金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。然而，非法占有目的是人主观上的心理活动，除了本人供述以外（但有时候即使具有“非法占有目的”，行为人也会辩称没有，所以依靠供述来直接认定行为人具有非法占有目的是十分局限的），其他方法无法直接证明。大量案例表明，金融诈骗犯罪的行为人越来越呈现出智能化、职业化、反侦查化等特点，而且犯罪手段也随着经济社会的发展不断翻新，越发增加了司法实践中证明、认定的难度。因此认定行为人非法占有目的的困难，导致了此类案件的改判率，发回重审率长期居高难下。

### （二）造成困境的原因

1、“非法占有目的”的内涵难界定

是否具有非法占有的目的，是区分罪与非罪，此罪与彼罪的关键构成要件，但是国内外对于“非法占有目的”尚无准确界定。在大陆法系如日本就存在三种观点，第一种是以大谷实教授为代表的既要具有排除意思，又要有利用意思[①]；第二种是以团藤重光为代表的行为人只需具有排除意思[②]；第三种是以前田雅英教授为代表的行为人只需具有利用意思[③]；而在英美法系国家，虽然没有使用“以非法占有为目的”，但也有类似规定，例如英国刑法明确规定诈骗罪和盗窃罪的成立要件之一是“永久性剥夺权利的意图”[④]，即使行为人主观上不具有使他人永久性地丧失财产从而将他人的财产据为己有的意图，但如果因为他而行为人的财产收到了不可逆的严重损害，同样可以认定行为人“永久剥夺他人财产的故意”是存在的。

在我国，对于认定“非法占有目的”存在“非法占有说、非法占用说、非法获利说”等等，在已经存在如此多争议的前提下，以集资诈骗罪为例 2010 年 12 月 13 日最高人民法院出台了《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对何种行为可以认定为具有非法占有目的作出了一系列规定，但随着“2010 年解释”所呈现出的扩大化趋势，各地在审判实践的过程中，已经呈现出“非法占有目的”在认定中被弱化和认定结果不统一的趋势。首先，这些司法解释本身就具有浓重的客观归责色彩，导致在司法实践中有些地方仅凭行为人未及时返还资金或不能偿还就推定行为人具有非法占有目的，而不认真分析其未能归还欠款的原因；其次，弱化“非法占有目的”标准，对占有的理解与民法相混淆[⑤]；最后，推定标准在实践中不断被人为地降低且不规范适用，导致认定结果不一。由此可见，“非法占有目的”概念本身的模糊性再加上司法解释落入客观归责的窠臼，导致认定“非法占有目的”更为困难。

2、行为人的主观心理状态难证明

金融诈骗罪的犯罪构成中行为人采取虚构事实或隐瞒真相等欺骗手段是客观方面，是有迹可循的，也是可以通过证据予以证实的。侦查机关通过收集证据可以证实行为人采取了欺骗手段，这个不存在认定难的问题。而与客观方面相对的“以非法占有为目的”

①[日］大谷实：《刑法讲义各论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 189 页。

②林钰雄：《新刑法总则》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 142 页。

③［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版社 1998 年版，第 161 页。转引自张明楷：《论财产罪的非法占有目的》，《刑事法学》2006 年第 2 期。

④［英］斯密斯、霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年版，第 603 页。

⑤侯婉颖：“集资诈骗罪中非法占有目的的司法偏执”，载《法学》2012 年第 3 期。

是主观方面，是一种看不见摸不着的心理状态，无法通过直接的证据加以证实，而且对于行为人非法占有目的的认定也不能仅凭口供，还要结合案件的其他证据加以综合认定。

但是在司法实践中，行为人的供述是认定非法占有目的的重要证据，通过供述可以证明其犯罪时的主观心态，进而得知其犯罪时的目的和故意。因此主动供认为案件指引方向是最理想的状态，但绝大多数情况下行为人不会主动供认其非法占有的目的，尤其在集资诈骗案件等金融诈骗案件中体现的更加明显，这些案件涉案金额较大，有时动辄上亿的资金，行为人会各种辩解为自己开脱罪名，最主要的一点就是否认自己具有非法占有目的，而办案人员不可能直接进入行为人的大脑去进行探寻，更不可能对行为人当时的心理状态进行情景再现。他们对行为人主观目的的认定是一种事后认定，需要运用证据进行证明，而用事后收集到的证据证实行为人犯罪时的主观心理状态是一项非常艰难的任务。

3、证据标准适用困难

我国刑事诉讼的证明标准是：案件事实清楚、证据确实充分。它包含三点：（1）定罪量刑的事实都有证据证明；（2）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（3）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑，因此对于“非法占有目的”的证明也应达到这一标准，而我们知道证明“非法占有目的”的直接证据——行为人的供述往往是很难取得的，他们大多会否认自己的非法占有目的从而逃避刑罚，因此在直接证据难以取得或没有直接证据的情况下，就需要通过间接证据加以证实，最高人民法院《关于使用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百零五条对间接证据的使用作出了规定，其中第四项根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性；第五项运用证据进行的推理符合逻辑和经验[①]。而这些都需要赋予法官自由裁量权，发挥其主观能动性，由此可见法官对金融诈骗罪中非法占有目的的认定有很大的发挥空间。但在司法实践中很少有法官据此对非法占有目的作出认定，因为在现有的评价机制和司法环境下要承担很大的裁判风险，甚至更严重的后果。但在有些案件中，比如普通诈骗罪，法官就可以按照常识、常理、常情对非法占有目的作出认定，因为这是对现实生活经验的总结提炼，所形成的经验法则更加通俗易懂，容易被普通大众接受，只要借助这些就可以对行为人是否具有非法占有目的作出符合标准的判断。但是在金融诈骗罪如集资诈骗罪中，这样的经验法则显然无法发挥作用，因为集资诈骗的非法占有目的具有特殊性。最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对集资诈骗罪的“以非法占有为目的”的认定进行了列举式的规定，该规定对于认定非法占有目的起到了导向的作用，但也很容易出现在处理案件时机械套用的情况，法官的自由裁量权没有充分发挥，即未通过客观主观化和主观客观化的认识过程，也就难以准确判断非法占有目的的存在。

4、司法工作者素质良莠不齐

普通诈骗罪也好，金融诈骗罪也罢，对“非法占有目的”的认定离不开法官的自由裁量和司法工作人员的内心确信。案件的审理是裁判者首先对客观证据的审查，之后将形成的案件事实转化为内心确认，最后再依据法律条文，获得裁判的结果，这是一个从客观到主观再到客观的过程，主客观相互作用，在这之中必不可少的就是裁判者的主观认识，因而对裁判者的素养要求非常高。

①陈猛：《诈骗类犯罪中以非法占有为目的的司法认定探析》，山东大学硕士论文（2017）。

但在司法实践中，司法工作者非专业人员占比还比较高，而且科班出身的人大多年龄较轻，生活及工作经验不丰富，且大多集中在基层，面临着青黄不接的窘境。现在犯罪形式越来越凸显科技化、网络化，尤其是金融诈骗罪的手段随着网络技术的发达也在不断发生变化，这就要求司法工作人员紧跟时代，对各方面都有涉猎，才不至于在以后可能更为复杂的金融诈骗案件中显得力不从心。

## 三、司法实践中解决困境的措施及其正当性

在司法实践中对于确实无法断定行为人是否具有“非法占有目的”的案件，办案机关为了在安抚受害人情绪，保护受害人利益的同时不漏掉真正的犯罪嫌疑人，一般会对嫌疑人采取非羁押性强制措施，以便日后嫌疑人恢复经营或者筹措到资金后返还受害人，如果嫌疑人能够在合理期限内归还资金，妥善化解矛盾，则一般会撤销案件、不起诉或者不以金融诈骗罪论处。那么这样的做法可以用何种法律术语概括？是否具有正当性呢？

我们知道刑法处罚的是人的行为，而不是思想，同时由于刑罚的严厉性和不可逆性，在对行为人的行为是否构成犯罪进行评价时一定要谨慎、全面和准确，一般来说是始于着手，终于终了。但是在国外，刑法还会评价犯罪终了后的行为，例如俄罗斯刑法典规定：初次实施轻罪的人，如果在犯罪之后自首，协助揭发犯罪，赔偿所造成的损失或以其他方式弥补犯罪所造成的损害，可以免除刑事责任[①]；德国刑法典规定：行为后的态度，尤其是行为人为了补救损害所作的努力应当成为法院定罪量刑时的考虑[②]。将这些规定与我国司法实践中办案人员的做法进行类比，有异曲同工之处，既然有对可以影响定罪量刑的犯罪终了后的行为进行评价的规定，那么我们的办案人员在实践中给予尚不能确定是否构成犯罪的嫌疑人“缓冲期”，将案发前和案发后的行为作为一个整体来观察和考量的做法，也可以说是一种持续性的评价。

## 四、对金融诈骗罪进行持续性评价的依据

如前所述，在不能确定嫌疑人是否具有“非法占有目的”，影响到定罪量刑的时候，将嫌疑人案发前和案发后的行为看做一个整体，如果其在案发后能归还资金，取得受害人原谅，化解矛盾，则不起诉或者不以相应金融诈骗罪处理的做法就是对金融诈骗罪的构成要件之一——非法占有目的，进行的持续性评价。那么这样的做法在是否有理论依据呢？

### （一）司法解释体现出持续性评价的精神

司法解释对认定非法占有目的规定中关于审理金融诈骗案件座谈会纪要有 6 种，审理非法集资案件的解释有 7 种，可见司法机关对认定非法占有目的的规定越来越详细。其中有两个是针对金融诈骗案件的，还有一个专门针对集资诈骗案件，《2010 非法集资解释》规定了可以认定具有“非法占有目的”的八种情形：（一）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（二）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（三）携带集资款逃匿的；（四）将集资款用于违法犯罪活动的；（五）抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；（六）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；（七）拒不交代资金去向，

①黄道秀等译：《俄罗斯刑法典》，中国法制出版社 1996 年版，第 36 页。
②徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》（2002 年修订），中国方正出版社 2004 年版，第 17 页。

逃避返还资金的；（八）其他可以认定非法占有目的的情形。

第一条“集资后不用于生产经营活动”；第二条“肆意挥霍集资款”；第五条“抽逃、转移资金”等规定体现出司法机关要求办案人员不仅要关注行为人造成的结果，更要关注行为人造成该结果的行为，如此才能更准确地认定行为人是否具有“非法占有目的”。

（二）金融市场的不稳定性与金融行业的风险性

首先，金融市场不同于公民社会，公民社会需要维持一种绝对的稳定，这样公民的生活才能有安全感。但在我国市场经济这个大前提下，金融市场本身就是变化莫测，风险与机遇并存的，尤其是需要筹集资金进行投资的人，很可能会遭受收益损失甚至本金损失的风险，如股票可能会被套牢，债券可能不能按期还本付息，房地产可能会下跌等，这些都并非行为人可预见的；其次，金融行业具有指标性、垄断性、高风险性、效益依赖性和高负债经营性的特点，这就使得身处其中的每一个人都无法避免的在获得利益的同时也要承担巨大的风险。

如果不对案发后嫌疑人积极返还资金，化解矛盾的行为进行持续性评价，一旦立案并对行为人采取羁押措施，将会使那些本来就没有非法占有目的，且正在为归还资金而积极采取措施的人变得有心无力，出资人的损失也无法挽回，这可能会激起更大的社会矛盾，无法为金融市场源源不断的注入活力。

### （三）我国《刑法》及相关法律法规中已有类似规定

我国《刑法》及相关法律法规中，已经存在不少对犯罪终了后行为人实施的具有刑法评价意义的行为进行持续性评价的规定。如 1984 年《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》规定：“强奸后又通奸的”，一般不宜以强奸罪论处。但是张明楷教授在他的著作中认为对于“强奸后又通奸”的行为不可一概而论，尤其是对于先强奸后通奸，不能以之后女子多次自愿与男子发生性关系为理由来否认第一次未告发的行为不构成强奸罪，他认为这是该司法解释不合理的地方[①]；《刑法》第 241 条规定：收买被拐卖妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任；最高人民法院 2002 年 12 月 4 日《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确规定：偷税数额在 5 万元以下，纳税人或者扣缴义务人在公安机关立案侦查以前已经足额补缴应纳税款和滞纳金，犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚。

虽然这些行为都是行为人在犯罪终了后实施的，但法律依然为其规定了出罪情节，那么举重以明轻，对于尚不能确定是否构成金融诈骗罪的嫌疑人而言，我认为也可以对其之后的行为进行持续性评价，从而达到出罪目的。

### （四）节约司法资源

刑法资源如同其他社会资源一样，都不是取之不尽用之不竭的，它是由特定的历史时期，国家所能够投入的人力、物力和财力资源所决定的。欧美国家曾经出现过非犯罪化思潮，其目的就是在司法资源有限的情况下，司法力量无法应付堆积如山的案件，于是将有关道德犯罪及无被害人犯罪纷纷予以非犯罪化，以节省有限的刑事司法资源。

而在我国，刑法分则对犯罪构成的规定具有量的限制，刑事立法上已经基本上将国际社会所称的微罪与部分轻罪排除在犯罪之外，实行了非犯罪化。西方国家的非犯罪化，主要表现为对无被害人犯罪、自己是被害人的犯罪等单纯违反伦理的行为的非犯罪化，

① 张明楷：《刑法学》（第五版），法律出版社 2016 年版。

而我国现行刑法则已将单纯违反伦理的行为排除在犯罪之外（如我国刑法并没有规定通奸、乱伦等犯罪）[①]。但社会是不断发展和变化的，犯罪也具有相对性，不同时期、不同环境会造就不同的价值标准，也会不断地将一些行为排除在犯罪之外。

英国经济学家舒马赫说："如果一种活动打上不经济的烙印，那么它的存在权利就不仅受到质疑，而且遭到有力的否定了。"[②] 同样，运用刑法遏制犯罪的行为如果打上不经济的烙印，那么这种方法的正当性、合理性也会受到质疑。刑法并非一本万利，运用刑法遏制犯罪的行为需要耗费大量的社会资源。而社会资源的稀缺性决定了社会在一定时期内可供支配的资源总量是固定的，刑法领域所占的资源过多必然会对社会其他领域所占资源产生排挤效应，影响社会其他领域正常活动的开展。因此，是否动用刑法必须考虑经济问题，即使动用也必须考虑投入和产出的比例关系问题[③]。对于金融诈骗罪而言，随着社会的发展刑法的打击面越来越大，当适用刑法并不能有效地达到维护社会稳定，保护人民的目的时，因为行为人之后实施的归还资金的行为，说明其人身危险性较低，而将其个别地剔除于犯罪圈之外，予以出罪，从一定程度上节约了刑事司法资源。

（五）行为人归还资金具有恢复财产损失进而抵消社会危害性的功能

财产犯罪的危害结果是使受害人的财产遭受损失，财产损失具有特殊性，其是可以通过赔偿、补缴等得以恢复或者弥补的。逃税罪和恶意透支犯罪有关事后行为出罪功能的规定就属此类。就逃税罪而言，其侵犯的是国家的税收管理制度，给国家造成税款的损失，事后补缴税款、缴纳滞纳金的行为，可以抵消前犯罪造成的社会危害；补缴税款、缴纳滞纳金的行为也是对国家的税收管理制度的一种事后的维护，也能使其社会危害性发生变化。综合考量犯罪行为和事后行为，社会危害性发生了质变，减小到不应受刑罚处罚的程度，因而立法者对符合此要件的嫌疑人进行非罪处理。

金融诈骗罪也是如此，更何况在尚不能确定是否构成犯罪时，行为人归还资金，恢复出资人财产损失的行为更具有评价意义，这说明行为人可能一开始就没有非法占有目的，或者就算行为人只是想得到宽大处理，但他的社会危害性也的确发生了质变。如果从出资人的角度考虑，因为出资人人数众多，年龄偏大，且经济水平一般，他们更关注的并不是刑法秩序是否得到了维护，犯罪分子是否受到应有的惩罚，而是自己的损失能否挽回。所以综合以上两点考虑，对行为人归还资金的行为进行评价能在很大程度上维护社会稳定和谐。

### （六）贯彻"无罪推定"精神

虽然我国《刑法》没有明确规定"无罪推定"原则，但《刑事诉讼法》第十二条规定："未经人民法院判决，对任何人都不得确定有罪。"这在一定程度上吸收了无罪推定的精神。因此对于金融诈骗罪而言，如果尚不能确定行为人是否具有非法占有目的，无法定罪的，根据"疑罪从无"、"罪刑法定"等原则，行为人在法院生效判决以前都是无罪的，他实施的所有具有刑法意义的行为都应该被纳入评价的范围。所以在"缓冲期"内对行为人归还资金的行为进行评价是有法理依据和法律意义的。

## 五、运用持续性评价功能的限制

在我国的刑事法律中，事后行为的出罪功能不仅规定的数量非常有限，适用条件也

① 郑丽萍："犯罪化和非犯罪化并趋——中国刑法现代化的应然趋势"，载《中国刑法学杂志》2011 年第 11 期。
② [英]舒马赫著：《小的是美好的》，虞鸿钧、郑关林译，商务印书馆 1984 年版，第 23 页。
③ 郑丽萍："犯罪化和非犯罪化并趋——中国刑法现代化的应然趋势》"，载《中国刑法学杂志》2011 年第 11 期。

非常严格，可以看出刑事法律对事后行为的出罪功能适用的慎重。因为法律具有稳定性，不能朝令夕改，尤其是刑法作为最严厉的法律，更应当具有一定的稳定性，以保证其权威性。如果某个行为具备了社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性，那它就完全具备了犯罪成立的条件，理应依照法律定罪量刑，这是常态。但由于事后行为的实施，使得前犯罪的社会危险性发生了质变，减小到不应受刑法惩罚的程度，因而将该种行为排除到犯罪圈以外，这是例外。这就决定了必须对事后行为的出罪功能做出限制，对行为的持续性评价功能也应是如此。上文已经总结了可以对金融诈骗罪进行持续性评价的依据，再加上相关法律法规对现有几种罪名的出罪规定，有必要从几个方面对持续性评价功能作出限制。

### （一）必须是行为人容易确定的犯罪

不管是已经有出罪规定的逃税罪、恶意透支罪，还是当前我们正在讨论的金融诈骗罪，它们都具有行为人容易确定的特点。例如，就金融诈骗罪而言，行为人为了获得出资人的信任，进而获取资金，肯定会和出资人有接触，甚至会直接进行磋商等等，因此相较于盗窃罪、抢劫罪等行为人不愿意暴露自己的犯罪，侦查机关更容易确定金融诈骗罪的嫌疑人，这种情况使得对嫌疑人之后的行为进行评价成为可能。如果对盗窃罪等行为人不容易确定的犯罪也进行此种评价的话，不仅会过分延长案件的侦查期限，更难抓获真正的犯罪嫌疑人，还会扰乱社会秩序。

### （二）不能给受害人造成更大的伤害

根据 1992 年 12 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行<全国人民代表大会常务委员会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定>的若干问题的解释》，“（三）被买妇女与收买人已成婚，并愿意留在当地共同生活的，对收买人可以视为‘按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地’，不追究刑事责任。”的规定，可以发现法律之所以给予某些犯罪的某种事后行为以出罪功能，是因为行为人之后的行为并没有给受害人造成更大的伤害，在这种情况下若追究刑事责任不仅会给受害人造成二次伤害，而且还会给其他人或者社会造成伤害。例如，被买妇女自愿与收买人成婚并留在当地生活的，若追究刑事责任，可能会对被害妇女造成二次伤害；一律地追究逃税罪的刑事责任，可能会给社会经济的发展带来不良影响；对恶意透支犯罪的打击过严，可能会因打击面过宽，造成社会的不稳定。所以，只能对不给受害人造成更大伤害的行为进行持续性评价，而一般的具有积极意义的事后行为，只能作为从宽量刑的情节，例如盗窃之后的退赃行为。

### （三）进行评价的犯罪必须是法定犯

法定犯，亦称人定犯，是意大利犯罪学家加罗法洛最早提出的一种相对于自然犯罪的犯罪类型，是指由于特定法律的规定始被认为是危害社会的犯罪行为[①]。由于法定犯均以违反一定的经济法规或行政法规为前提，认定这类犯罪涉及到各种专门业务，需要熟悉相关的法规，因而认定这类犯罪比认定自然犯难度更大，使得司法实践面对的诸多案件远非自然犯那般简明。而且在我国发展和完善社会主义市场经济条件过程中，大量出现的经济犯罪都表现为法定犯。自然犯则是指在侵害或者威胁法益的同时明显违反伦

① [意]加罗法洛著：《犯罪学》，耿伟等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 29-50 页。

理道德的传统型犯罪[①]，如杀人、放火等，一般公民即使不知法也知道这是犯罪。

张明楷教授在《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》一文中概括了区分自然犯与法定犯的八种标准，并写到“在外国的刑事立法体例上，自然犯被规定在刑法典中，法定犯则被规定在附属刑法（行政法、经济法等法律）或者特别刑法中。这是因为刑法典是规范基本生活秩序的法律，直接关系到国民基本生活的安定，属于司法法；司法法最重要的指导原理是法的安定性。行政刑法、经济刑法是为了实现行政规制、经济管理目的而借用刑罚手段的法律，其指导原理主要是合目的性”。[②]

据此可以看出，自然犯对社会的危害性更大，而且这种危害性不会随着社会的发展而发生改变。而法定犯的社会危害性具有较大的变易性，通过持续性考察行为人之后的行为，再对其作出出罪或入罪规定，有助于让更多徘徊在犯罪边缘的人回归社会。

### （四）不适用于致人死亡或重伤的犯罪

我国现有的关于事后行为的出罪功能所涉及的犯罪有收买被拐卖妇女、儿童罪、逃税罪、信用卡诈骗罪等，这些犯罪的危害结果具有涉财或者涉及人身自由等具有可以补偿或者抵消的特征。但是对于造成人员死亡的犯罪不能进行持续性评价，因为生命是无价的，无法用任何东西进行衡量，而且对于每个人只有一次，一旦失去不可能再获得；致人伤害的一般能够通过治疗等恢复，但是根据我国相关规定致人重伤的，其伤害程度非常严重，一般不能恢复到之前的状态，也具有不可补偿或者抵消性，因此对于致人重伤的行为也不宜用评价功能来出罪。

### （五）不适用于造成严重社会影响的犯罪

我国《刑法分则》在许多章节都规定了危害国家和社会安全的犯罪，这些犯罪的共同点就是会造成严重的社会影响，且范围广、程度深。即使行为人之后实施的积极行为能够在一定程度上削减之前行为对社会造成的危害，但其性质决定了这种削减的程度相较于造成的危害而言是十分微小的。如放火、决水等危害社会安全造成社会恐慌的犯罪、武装叛乱、暴乱等对国家安全造成严重威胁的犯罪。这些犯罪一旦成立，其社会危害性非常严重，而且没有大程度地抵消可言，因此为了社会稳定、国家的安全，对此类犯罪也不能采用持续性评价功能。

## 六、金融诈骗罪“非法占有目的”的认定途径探析

为“持续性评价功能”寻找法理依据最终还是为了解决如何认定行为人的“非法占有目的”，在给予“缓冲期”的前提下，需要办案人员更准确界定行为人的主观目的，这样“缓冲期”的设置才有意义。本文试图从实体和程序两方面提出几点建议。

### （一）合理适用推定，构建反向证明思维

非法占有是深藏于内心的主观目的，难以直接加以认定，因此运用推定来证明金融诈骗罪的非法占有目的是一条有效且必要的解决认定难的途径，也成为我国和域外司法实务界的共同选择。用推定来认定金融诈骗罪“非法占有目的”的依据在于，根据心理学的基础理论，人的内心活动会通过语言、肢体动作、行为等方式加以反映，推定的过程是对案件证据证实的基础事实根据相关的法律规则或客观事物之间联系的规律得出

① [意]加罗法洛著：《犯罪学》，耿伟等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 29-50 页。

② 张明楷：《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》，载《法商研究》2013 年第 4 期，第 46-58 页。

的一个结论事实，而这个结论事实可以反映行为人主观的心理状态[①]。

但根据目前的一些相关司法解释来看，实践中认定非法占有目的都是采用正推的方法，而且司法解释本身也是一个正推的过程，但是这种方法的弊端在于正推以具有盖然性的结论为依据进行推论，就此推出的案件事实可能被某种相反的 特例推翻，未必就是真正的客观事实。所以正推本身就会导致结果可能无法达到 “排除合理怀疑”的证明标准。因此我们可以考虑正推与反推相结合的方法。以集资诈骗案件为例，司法解释用正推方式列举了七条认定“非法占有目的”的判断标准，但却没有考虑集资诈骗领域涉及到的商业运作规律的特点，这类案件大多会牵涉到作为市场主体的企业，而企业的发展又是复杂多变的。行为人在集资后为了获利会将集资款分别利用，大多在没有及时还款后案发，但行为人没有归还集资款是有多种可能，可能是因为企业还未实现盈利或者可能因为遇到了意外的不可控的经营风险等等，而且金融市场风云变幻，企业发展也不可能总是一帆风顺，尤其是在全球化的今天，企业面临的风险无处不在。而如果赋予被告人反推的权利，允许其提出反驳意见，只要被告人提出的反驳意见足以引起合理怀疑，司法人员就要对基础事实重新考察，看是否可能存在其他情况，并对反证进行认真考量，这样就能在很大程度上避免错误认定行为人的非法占有目的。

### （二）把握刑民界限，正确界定“非法占有”

第一，要明确这里“非法占有”中的“非法”是刑法意义上的非法，而不是民法意义上的。在刑法中，金融诈骗罪保护的法益是财产或者财产性利益，“非法”目的就应根据刑法保护的法益理解，只要是侵害了金融诈骗犯罪所保护的法益的，就可以认定行为人的占有具有非法性。虽然在民法中，也有关于财产权益的保护，在财产受到非法侵害后，对于财产的保护包括返还财产、恢复原状或者赔偿损失，但这些对非法侵害财产的保护方法与刑法的保护方法在惩罚的力度上是不能比的，因此刑法上对非法的程度要求是高于民法的。

第二，占有是民法里的概念，是对物的支配和事实上的控制。民法上的占有侧重于意思上的控制状态，是对物的所有权中的占有权能的支配与控制，也就是物只有在行为人处时才能被行为人控制，一旦脱离了行为人，不在行为人手中时，行为人就无权进行处置。而刑法上的占有可以理解为民法上的所有权能，即包括对物的占有、使用、收益和处分等权能。尤其是在民法里可以被认定为“占有的”情形，在经济活动的领域里有可能是“占用”，如行为人可能并不想取得既得物，而是想利用既得物获得更大的利益，在这种情况下如果依然用处理一般诈骗罪的思维去处理金融诈骗罪，很容易导致认定错误。

### （三）设定合适的“缓冲期”时限

“缓冲期”的设置是为了对行为进行持续评价从而认定“非法占有目的”，那么也应当给“缓冲期”设置一个合理的期限，最终达到避免办案人员的擅意专断，保障出资人的权益的目的，维护司法权威的目的。

首先，“缓冲期”的时限需要依据刑事诉讼中侦查、审查起诉和审判阶段的时限来作出规定，侦查阶段大概是 8 个月，审查起诉大概是 3.5 个月，审判阶段大概是 6 个月，因此“缓冲期”的时限不应当超过这些期间，但也不能过短，否则达不到预期效果。有法律人士建议“缓冲期”时限在侦查阶段不宜超过 6 个月，审查起诉阶段不宜超过 1.5

① 黄子耘：《论金融诈骗罪中以非法占有为目的的认定》，华中科技大学博士论文（2015）。

个月，审判阶段不宜超过 4 个月。其次，如果在这期间行为人表现出具有非法占有目的，例如转移财产或者携款潜逃等等，那么应当立即终止“缓冲期”，采取羁押性强制措施，进入正常的刑事诉讼程序。但有时候即使行为人在“缓冲期”内归还了资金，也不能简单认为行为人不具有非法占有目的，还需要仔细考察在此期间有没有能证明行为人具有非法占有目的的其他证据，如果有，那么即使归还了资金也应当给予其定罪处罚。

七、结语

近年来，随着经济的持续发展与转型，私人投资理财业务的兴起，广告业的发展等多种因素的介入，陆续出现了“万里大造林”案、“吴英”案、“海天公司”案等一些非法集资的案件，而且日益开放的金融市场也会导致今后的金融诈骗案件越来越多，犯罪手段越来越复杂。这给办案机关认定行为人的“非法占有目的”提出了更高的要求和更大的挑战，而本文提出的持续性评价功能给认定“非法占有目的”提供了解决思路，但仍然有很多不足与不成熟之处，还需要从多方面做更深入细致的研究。

# 玩忽职守罪中的“职责”界分

贾　健、彭　辉

（西南政法大学法学院 重庆；河南省荥阳市检察院 郑州）

【内容摘要】：玩忽职守罪的职责认定具有重要意义。当前的认定标准过于笼统，违反了罪刑法定主义原则之明确性要求。法定职责规范中的原则性规定不能作为职责的来源；下位法所规定的职责只能是对上位法所创设之职责的补充和细化，不能与之相抵触；惯例性职责必须成文化，且不得超出同行人员的预测可能性与履行能力的范围；职责必须是工作规范，而非职业操守、形象规范与单位内部事务性的规定；不能依职务、岗位和签字来定职责。

【关键词】玩忽职守罪；职责渊源；明确化

## 一、玩忽职守罪“职责”认定的意义与现状

### （一）本罪“职责”认定的意义

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的犯罪行为。当前对于玩忽职守罪的研究大多限于其主体、因果关系以及与主观罪责的样态问题，而较少关注本罪的职责范围，但实际上，对于上述三个问题的界定，离不开对职责问题的认定。具体而言，本罪主体的界定从表面上看是对身份要件的讨论，但从实质上看，则关切的是身份背后的职责之有无和具体的内容。而对于本罪职责的界定，直接关系到对本罪行为及其与结果间的因果关系的认定，2012 年 11 月 15 日最高人民检察院发布的《关于印发第二批指导性案例的通知》（检例第 8 号·杨某玩忽职守、徇私枉法、受贿案）中指出，如果负有监管职责的国家机关工作人员没有认真履行其监管职责，从而未能有效防止危害结果发生，那么，这些对危害结果具有“原因力”的渎职行为，应认定为与危害结果之间具有刑法意义上的因果关系。简言之，玩忽职守罪的客观渎职行为必须是在职责范围内的行为，超出职责的范围，则不能认定是本罪刑法意义上的行为。最后，就本罪的主观罪责而言，职责的存在是行为人主观上所应当明知的内容之一。

### （二）本罪“职责”认定的现状

虽然玩忽职守罪的“职责”认定问题关系重大，但当前学界对此关注不多，2012 年 12 月 7 日最高人民法院和最高人民检察院联合发布的《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》等司法解释中也未涉及，当前刑法学界一般将玩忽职守罪中的“职责”等同与滥用职权罪中之“职权”，并进而将其范围理解为“不仅包括法定

作者简介：贾健（1983- ），男，安徽芜湖人，西南政法大学法学院副教授，硕士生导师，法学博士，重庆大学博士后，从事刑法学研究。联系地址：重庆市渝北区宝圣大道 301 号西南政法大学法学院贾健收，邮编 401120；联系电话：15111889001.

彭辉（1983-）男，河南信阳人，河南省荥阳市人民检察院政研室主任，检察官，联系地址：河南省荥阳市索河西路 009 号荥阳市检察院彭辉收，邮编 450100；联系电话：18039573777.

的职务权限，而且包括根据惯例、基于国情等形成的职务权限。”[①]即认为包括法定的职责和基于惯例、国情所形成的职责。还有学者将这里的职责分为法律明文规定的与法律制度上作综合的、实质的观察所得出的职责。[②]本文认为，这种对职责的认定，虽然能够最广泛地囊括国家公职人员的玩忽职守行为，使处罚范围最大化，但其弊端也很明显，具体论述如下。

## 二、违反明确性原则：玩忽职守罪“职责”认定中的问题

所谓刑法的明确性原则，又称为“因不明确而无效”原则，即在刑法典中对于罪名的罪状和法定刑要做出明确的规定，而不能做出模糊和概括性的规定，否则会导致法官判决的随意性，进而可能侵犯到犯罪嫌疑人的人权，且有损社会大众对于刑法的可预测性，造成社会行为的萎缩。总之，刑法的明确性已经成为现代罪刑法定主义的一个实质性的派生原则，而被广泛认可。

在玩忽职守罪中，不得不说，何谓客观构成要件中的“职责”是不清晰的，如果说，刑法第三百九十八条至四百一十九条所规定的特殊渎职罪名的客观构成要件，所使用的是相对明确的空白罪状描述方式——指明了主体所必须履行之职责所处的特定行业领域及承载形式，例如，刑法第四百零五条“徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪”中规定：“税务机关的工作人员违反法律、行政法规的规定，在办理发售发票、抵扣税款、出口退税的工作中……”——的话，那么，玩忽职守罪中的“职责”，就既无特定职业领域的规定，也无职责的规范表现形式的规定。这使得对于职责的界定权完全交由法官自由裁量，实际上，如果如上述学界的观点，本罪职责的范围包括法定的职务权限和根据惯例、国情所形成的职务权限的话，可能存在以下问题，第一，法定职责的范围确定依据何在？我国刑法第九十六条规定，“违反国家规定”是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。如果说，将法定职责中的“法定”“理解为“国家规定”，那么地方性法规、规章（包括部门规章和地方性规章）中规定的职责，能否归入法定的职责范围？如果是，其依据和限度又是什么？第二，在职责的法定范围内，除了工作职责外，还存在原则性的职责规定、行业形象规范与职业操守等，这些所谓概括性的职责是否能够作为玩忽职守罪的职责内容？第三，根据惯例、国情所形成的职务权限以及各机关内部根据职位传统所形成的职务权限能否得以承认？如果承认，那这类职责在什么范围之内才能存在？其要受何种限制？

上述问题如果不解决，而不加甄别地一概对“职责”予以肯认的话，势必会使玩忽职守罪沦为一个新的口袋罪，实际上，这一趋势已经在刑事立法和司法中显现出来了。一方面，只要公职人员的渎职行为，不能该当刑法第九章渎职类犯罪的特殊罪名的，刑事立法和司法解释似乎都倾向于将其一并归入刑法第三百九十七条滥用职权罪与玩忽职守罪的处罚范围，据初步统计，自 1997 年新刑法颁布以来，前后出台的以下单行刑法和司法解释即是适例：

---

① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 1093 页。

② 周光权著：《刑法各论讲义》，清华大学出版社 2003 年版，第 549 页。周光权教授亦是将职责与职权做了同一理解，所以在玩忽职守罪的论述中，没有专门论述“职责”的概念。与这一界定方法类似的是，有学者明确指出，职责可以分为两种：一是限定性职责，即法律、法规明文规定的国家机关工作人员的职责。二是概括性职责，是指没有被法律、法规明文规定，但是根据我国宪法及其他有关法律、法规的精神，特定国家机关工作人员应当履行的职责。参见胡禄明著：《玩忽职守罪客观方面应注意把握两个方面》，载“中国法院网”，http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/09/id/1102422.shtml，上网时间：2016.5.31.

| | 发布机关 | 发布时间 | 规范名称 | 涉及条款 |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 第九届全国人民代表大会常务委员第六次会议 | 1998 年 12 月 29 日 | 《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》 | 第六条：海关、外汇管理部门的工作人员严重不负责任，造成大量外汇被骗购或者逃汇，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第三百九十七条的规定定罪处罚。 |
| 2 | 最高人民法院、最高人民检察院 | 2003 年 9 月 4 日 | 《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 | 第四条：对非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品行为负有查处职责的国家机关工作人员，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，依照刑法第三百九十七条的规定，以滥用职权罪或者玩忽职守罪追究刑事责任。 |
| 3 | 最高人民法院、最高人民检察院、公安部 | 2003 年 11 月 12 日 | 《关于严格执行刑事诉讼法，切实纠防超期羁押的通知》 | 对造成犯罪嫌疑人、被告人超期羁押，情节严重的，对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照刑法第三百九十条的规定，以玩忽职守罪或者滥用职权罪追究刑事责任。 |
| 4 | 最高人民法院、最高人民检察院 | 2007 年 1 月 15 日 | 《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 | 第七条：国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，实施下列行为之一，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照刑法第三百九十七条的规定，以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。 |
| 5 | 最高人民法院、最高人民检察院 | 2007 年 2 月 28 日 | 《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 | 第九条：国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，危害矿山生产安全，具有下列情形之一，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照刑法第三百九十七条的规定定罪处罚。 |
| 6 | 最高人民法院、最高人民检察院 | 2007 年 5 月 11 日 | 《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 | 第三条第二款规定：国家机关工作人员疏于审查或者审查不严，致使盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车被办理登记手续，数量达到五辆以上或者价值总额达到五十万元以上的，依照刑法第三百九十七条第一款的规定，以玩忽职守罪定罪，处三年以下有期徒刑或者拘役。 |
| 7 | 最高人民检察院 | 2007 年 5 月 16 日 | 《关于对林业主管部门工作人员在发放林木采伐许可证之外滥用职权玩忽职守致使森林遭受严重破坏的行为适用法律问题的批复》 | 林业主管部门工作人员违法发放林木采伐许可证，致使森林遭受严重破坏的，依照刑法第四百零七条的规定，以违法发放林木采伐许可证罪追究刑事责任；以其他方式滥用职权或者玩忽职守，致使森林遭受严重破坏的，依照刑法第三百九十七条的规定，以滥用职权罪或者玩忽职守罪追究刑事责任。 |

另一方面，正如有学者指出的，一个罪名之所以成为口袋罪，源自于两个方面：一是条文规定的模糊性，二是司法实践的曲解。[①]在当前玩忽职守罪的司法实践当中，有些判决以概括性、原则性的职责规定为定罪依据，进而模糊了工作职责与日常生活的责任心的界限，导致处罚范围的不合理扩大。例如下述案例：

刘某系某县交警中队长。2011 年 1 月 30 日晚，在该县境内国道上一辆大货车将外地流浪汉徐某撞伤。刘某接警后赶赴现场进行勘查、清理，维持秩序，恢复交通；在肇事司机没有预付医疗费的情况下，将肇事车辆予以暂扣，并通知 120 将伤者徐某送往县人民医院住院治疗。徐某在医院住院治疗 5 天，停药观察 1 天，伤口愈合良好，行动自如，经医院决定出院。由于徐某系外地流浪汉，医院按照惯例派了两名护工将徐某送往县民政局，在未与民政局相关人员衔接好的情况下，护工将徐某独自一人留在民政局院内即离去，后徐某下落不明。徐某住院期间，刘某因工作繁忙，忘记了这件事。后徐某被发现死于街头，经尸检，其系天气寒冷且能量摄入不足至衰竭死亡，排除暴力性损伤致死。

① 孙万怀：“以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪”，载《现代法学》2010 年第 5 期。

对于本案中刘某行为的定性，有意见认为，虽然刘某将徐某送往医院，但是其并没有完成其全部的职责，刘某作为一名交通警察，按照《人民警察法》对人民警察的职责做出的规定，刘某其职责不仅仅在于将肇事车辆扣押，并将徐老汉送往医院，还应该履行好其后续职责，在知悉徐某是智力缺乏的流浪汉后，应及时安排好徐老汉的去向，而刘某却因为疏忽大意而忘记了履行其应当履行的工作职责，造成徐老汉受冻致死的严重后果，其不作为构成玩忽职守罪。[①]

实际上，根据公安部《道路交通事故处理工作规范》第二十七条规定："交通警察到达现场后发现有受伤人员的，应当立即组织施救。急救、医疗人员到达现场的，交通警察应当积极协助急救、医疗人员抢救受伤人员。……。"按照该条规定，刘某已经履行了其应尽的工作职责。上述观点其实是将刘某应尽的职责范围认定为是包括《中华人民共和国人民警察法》第二条[②]和第二十一条[③]所规定的所谓"概括性职责"。但显然，无论是第二条还是第二十一条的规定，都是一种职业的原则性或操守性的规定，具有高度的模糊性和涵括性，不能作为玩忽职守罪的处罚前提的职责范围。否则一是违背了罪刑法定原则所要求的明确性；二则势必不当扩大交警执法人员的刑事职业风险，加重其执业负担，且反而模糊了该职业群体应尽的核心工作职责。综上，本文认为，应该对玩忽职守罪的职责范围作出明确限定，以防止该罪成为渎职类犯罪的新的口袋罪。

## 三、玩忽职守罪"职责"范围的明确化

第一，上位法地方性法规、自治条例和单行条例、地方规章所创设的"职责"只能在宪法、法律、行政法规所规定的"职责"范围内进行补充、细化。基于我国当前在税务征收领域、房屋征收拆迁领域、农林牧渔业等专项资金补偿领域，地方性规范文件广泛存在的现状，一概否认地方性法规、自治条例、单行条例和地方性规章创设"职责"的权限，是不现实的，但根据《立法法》第七十二条、第七十三条、第七十四条和第七十五条的规定，这些规范性文件只能在上位法，即宪法、法律、行政法规所规定的职责范围内进行补充和细化，而不得与上位法所规定的职责相抵触。否则，不能作为玩忽职守罪的职责来源。

第二，法定职责必须明确，具有可执行性，原则性的职务条款不得作为职责的范围。即使上述法律规范可以作为玩忽职守罪的职责渊源，但并不是说，其记载的所有有关职务的条款均可以作为职责的来源，如果其规定的是原则性的职务条款，则不能作为职责的渊源范围。以《人民警察法》第 2 条为例：人民警察的任务是维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动。该条规定由于缺乏可操作性，无法具体执行，因此不能作为警察构成玩忽职守罪的职责来源。

第三，按照国情、职业惯例、国家机关惯例、内部决定和命令所确定的职责，必须在该国家机关内部有明文的规定，是在法定的职责范围内的补充和细化，且不能超越该职业一般同行人员的预测可能性。根据《公务员法》第 18 条规定"各机关依照确定的职能、规格、编制限额、职数以及结构比例，设置本机关公务员的具体职位，并确定各

① 王健运：《没有履行概括性职责也构成玩忽职守罪》，载"中国法院网"，网址为：http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/02/id/1211097.shtml，上网时间：2016.6.1.

② 《人民警察法》第二条规定：人民警察的任务是维护国家安全，维护社会治安秩序，保护公民的人身安全、人身自由和合法财产，保护公共财产，预防、制止和惩治违法犯罪活动。

③ 《人民警察法》第二十一条规定：人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助；对公民提出解决纠纷的要求，应当给予帮助；对公民的报警案件，应当及时查处。

职位的工作职责和任职资格条件”。由此，国家机关有权将国情、职业惯例、国家机关惯例、单位内部决定和命令所形成的“非成文”性职责设置为本单位内部各机关工作人员的工作职责，但其受限于以下三个条件，一是必须予以“成文化”，即使是依照惯例、口头决定、命令形成的职责，要想将其变为玩忽职守罪的职责来源，就必须予以成文化，否则即违反了罪刑法定原则的排斥习惯法要求。二是不能超越或与法定的职责范围向抵触，而只能是在其范围之内的补充、细化和落实。三是不能超越该职业内部一般人员的预测可能性，且该职责的完成必须在该职业内部一般人看来具有可行性，否则可能会因不具备违法性认识的可能性和期待可能性而阻却玩忽职守罪的成立。

第四，必须是工作规范，而非职业操守、形象规范与单位内部事务性的规定。根据对职责的日常理解，可以分为工作规范（包括程序性工作规范）、形象规范和相关职业操守。玩忽职守罪的成罪前提性“职责”，其规定的必须是相关国家机关工作人员所必须遵循的工作规范，包括行为规范和程序规范，而不能是职业操守与形象规范，原因在于，职业操守和形象规范是一种道德性的宏观规定，其是对该职业群体的个人素质的制约，而不涉及工作职责，就玩忽职守罪所保护的法益——国民对公职人员职务行为的正当性之信赖而言，个人素质的好坏并不关涉职务行为本身的正当性及对其的信赖。同理，国家机关内部制定的纯粹日常事务性规定亦不应作为玩忽职守罪的“职责”渊源。

第五，不能依职务、岗位和签字定职责。在当前司法实务中，往往依职务、岗位和是否签字作为认定职责的标准，但在实际工作中，行为人处于某职务地位，但并不代表其就具备了相应的职责，而由于公务的程序性要求，一项工作可能需要经过若干岗位人员签字，另外，不同岗位的人员也经常进行抽调，如果行为人临时在彼岗位执行任务，对于在原岗位相关事项中出现的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的情形，则不应负刑事责任。总之，单纯形式地以职务、岗位和签字来定职责，则违背了刑法中的责任主义原则。

# 辩护律师为何很少取证

陈 恋[①]

【内容摘要】近来年，党中央把保障人权作为司法体制改革的重要内容，在刑事诉讼中就体现为犯罪嫌疑人、被告人的权利保障。《刑事诉讼法》已经基本解决了我国辩护律师阅卷难和会见难的问题，但是辩护律师的调查取证难仍然没有得到改善。刑辩律师的权利保障不力直接影响了犯罪嫌疑人、被告人的权利保障。目前，辩护律师存在诸多取证障碍，严重影响了公平正义与人权保障的实现。通过分析辩护律师的取证障碍，不仅能够在实体和程序上保障被告人、犯罪嫌疑人权利，也是我国司法改革的强烈要求，也顺应了世界人权保障的潮流。

【关键词】刑事诉讼；调查取证制度；庭审实质化；调查令制度

## 引言

辩护权的行使状况是反映特定国家刑事诉讼文明程度的重要标示。著名刑辩律师德肖微茨曾说：“一个国家是否有真正的自由，试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不齿之徒辩护的态度。”[②]刑事诉讼中引入辩护制度，辩护律师的辩护行为与检察机关的控诉行为形成犄角之势，在一定程度上能够制约控诉方因作为强大的国家机器，掌握的司法资源而导致的犯罪嫌疑人、被告人的合法权利得不到保障，防止控诉方利用自身优势地位控制庭审结果。辩护权的行使通常主要包括律师辩护和自行辩护。由于专业知识以及法律许可等原因，各国均以律师辩护为主。[③]在强大的国家机器面前，辩护律师的调查、收集证据的能力明显处于弱势，因此法律必须制定相应的制度以平衡这种不平等的关系，也从侧面制衡代表国家公权力的检察机关。

在美国辩护律师行使调查取证权是一种基本常态，许多大案、要案都是通过辩护律师积极取证从而导致案件走向不同，最著名的就数辛普森杀妻案。刑事辩护律师的调查取证权作为被告人的一项基本诉讼权利，在推崇人权保障的国际社会得到广泛关注。我国 2012 年《刑事诉讼法》的修改以及中央政法委出台的《关于切实防止冤假错案的指导意见》均强调要切实保障律师会见、阅卷、调查取证等辩护权利。目前司法实务中，律师会见以及阅卷问题已经基本解决，但是刑辩律师的调查取证权仍然处于模糊状态。我国现行《刑事诉讼法》等相关法律关于刑辩律师调查取证的规定仍然有粗陋之处，对于刑事案件中律师调查取证的具体方式、程序以及救济途径等皆缺乏明确的规定。本文选择辩护律师为何很少取证为研究对象，旨在为我国目前司法体制改革背景下，实现控辩平等，保障人权提出一些建设性意见。

① 陈恋、女、重庆坤源衡泰律师事务所专职律师、通信地址：重庆市两江新区金开大道 99 号升伟晶石公元 5 栋 2 楼、联系电话：18883897458，邮箱：245654430@qq.com。

② 艾伦·德肖微次：《最好的辩护》，法律出版社 1994 年版第 52 页。

③ 樊崇义主编：《刑事审前程序改革与展望》，中国人民公安大学出版社 2005 年版第 4 页。

## 一、辩护律师很少取证

打击犯罪一直是公检法三机关的重要工作目标，虽然近年来人权保障的思想成为世界潮流，我国也将人权保障写入《刑事诉讼法》，但是要立刻转变公检法三机关的办案方式仍然是一个漫长的过程。在目前司法体制之下，控辩双方权利悬殊，辩护律师在调查取证时就显得小心翼翼，如履薄冰。为了了解当前司法体制下，辩护律师调查取证的基本情况以及现实存在的问题，笔者分别对 H 省 T 市检察院[①]、C 市 K 律师事务所[②]、S 省 Z 市中级人民法院[③]以及 S 省 G 市两级法院以及 S 省 G 市律师协会[④]进行调研，并通过与相关法官、检察官以及辩护律师进行交流、座谈，对我国辩护律师调查取证的具体适用有了一个基本了解。

### （一）律师尽可能用被告人家属取证替代自己取证

在刑事案件中，律师调查取证最基本也是最符合法律逻辑的流程应该是辩护律师通过会见犯罪嫌疑人、被告人，与被告人家属进行沟通以及通过阅卷，发现了证据线索，然后由辩护律师对该证据进行调取。但在司法实践中，辩护律师调取的物证、书证大多由被告人家属提供以及需要证人提供证言也是由被告人家属事先联系证人。律师取证依赖于被告人家属这是一个普遍现象。

第一，辩护律师提交的相关物证、书证，实际上是由被告人家属转交给辩护律师的。辩护律师可能不知道某些物证、书证的存在也无法获取，而被告人家属十分清楚证据的存在情况并积极调取，将这些证据转交给辩护律师。除此之外，辩护律师如果需要被告人单位以及社区出具证明，也需要被告人家属去衔接。

第二，辩护律师收集证人证言需要被告人家属的帮助。辩护律师基于其执业风险的考虑不会贸然向证人进行取证。司法实践中，一般都是被告人家属与证人先行沟通，辩护律师再对其进行询问并制作询问笔录。[⑤]

辩护律师自身取证能力不足以及缺乏取证积极性，而被告人家属积极取证，辩护律师在这个过程中其实仅仅只是做了一个材料转交行为。除此之外，辩护律师调查取证的风险会因为证人证言的易变性而增加，这导致辩护律师不会贸然与证人接触也不会直接向其取证并制作调查笔录，而是由被告人家属事先与证人进行沟通，由此来降低辩护律师的取证风险。

### （二）律师尽可能用实物类证据替代人证

辩护律师行使调查取证权，理应对物证、书证以及证人证言进行调取。全面收集证据才能尽可能的利用证据保障被告人的合法权益，才能更好的查清案件事实。但在司法实践中，辩护律师很少调查收集证人证言，而是尽可能收集实物类证据。即使案件需要调取证人证言，辩护律师在制作调查笔录时会采取录音录像的方式记录整个调查过程，有些更为谨慎的辩护律师会找到公证机构对于证人证言收集的行为进行公证，更有甚者辩护律师不充当调查者的身份，而是直接由证人提供手写材料。但对于性质、内容不易

① H 省 T 市检察院为北方的基层人民检察院，通过对该检察院的案例进行研究分析得出的结论具有一定的代表性。
② C 市 K 律师事务所在 C 市创收排前十，该律所是一综合型大所，具有一定的代表性。
③ S 省 Z 市中级人民法院作为西部城市的中级人民法院，处理的一二审刑事案件数量有一定的代表性。
④ 为了了解辩护律师在实践中如何行使调查取证权，笔者对 S 省 G 市两级法院法官（34 人次）以及 S 省 G 市律师协会的律师（36 人次）发放了调查问卷和进行了现场访谈记录等。
⑤ 此外，刑事申诉阶段律师需要收集被害人证言也是由罪犯家属事先与其联系。

改变的物证、书证，辩护律师显然没有如此谨小慎微。S 省 Z 市中级人民法院在 2015 年共审理的 23 件一审刑事案件，其中有 13 件案件辩护律师提交了书证、物证。

导致辩护律师取证偏向性的原因是辩护律师获取的证言如果与侦检机关获取的证言相悖，检察机关极有可能再向该证人取证，证人可能翻供。此时，辩护律师可能就涉嫌引诱证人作出虚假陈述，辩护律师成了证人证言改变的直接受害者。基于此，辩护律师更愿意收集稳定的、难以改变的物证、书证，而且这些证据可以通过被告人家属获得，减轻了辩护律师的职业风险。

### （三）律师尽可通用申请调查取证替代自行取证

辩护律师在自行取证无法实现取证目的的情况下才行使申请调查取证权，申请调查取证权是一种救济性权利，自行取证与申请取证相互补充，两种取证方式都具有不可替代的作用。辩护律师一般在两种情况下向法检申请调查取证：第一，辩护律师向调查对象自行收集证据被拒绝时；第二，辩护律师因客观原因不能自行取证时。辩护律师要行使调查取证权理应根据案件具体情况采取调查取证方式，自行调查取证作为最基本的取证方式应该是辩护律师最常用的取证手段。例如美国，辩护律师刑事辩护权最主要的方式就是积极自行调查取证，只有在自行取证不能的情况下才行使申请调查取证权。而我国正好相反。

司法实践中，辩护律师在刑事案件中主动积极的行使调查取证权的情形较少。笔者向两个律师事务所发放了共计 30 份调查问卷[①]，调查对象均为办理过刑事案件的律师[②]，通过问卷调查的方式，笔者得到了一些关于律师在刑事诉讼阶段的主动调查取证情况。具体如下表：

| 类别 | C 市 K 律师事务所 | C 市 D 律师事务所 |
|---|---|---|
| 问卷数量 | 15 | 15 |
| 律师主动调查取证数量 | 1 | 0 |
| 律师主动调查取证占比例 | 6.7% | 0 |

从上表可知，30 位办理过刑事案件的律师主动自行调查取证情形的只有一例[③]。从刑事案件中律师的角度出发，律师不愿意主动地、积极地行使调查取证权。究其原因在于：第一，辩护律师基于自身的条件限制，无法获取某些关键性证据。在司法实践中，控辩双方在收集证据的能力方面存在严重的不平等，辩护律师对于证明某些影响案件量刑的法定、酌定减轻情节的证据难以收集，比如在贪污贿赂案件中，对犯罪嫌疑人、被告人自首的证明中，犯罪嫌疑人、被告人如何到案的证据十分重要，但辩护律师无法获取这些证据。第二，辩护律师调查取证能力不强。辩护律师的强项是审查侦查机关收集的材料，根据案卷材料对犯罪嫌疑人涉嫌的犯罪行为进行法律分析，并通过对案件材料的分析找出本案定罪量刑的关键性证据。在具体调查取证过程中，辩护律师由于自身能

① 调查问卷内容有：在办理刑事案件中的取证情况、刑事诉讼阶段是否主动取证、申请法检调取证据的情况等。
② 目前，由于刑事辩护率较低，很多律师基本不办理刑事案件，因一个律所办理刑事案件的律师有限，故笔者在 C 市 K 律师事务所律师之外选取了 C 市 D 律师事务所律师作为问卷调查对象，希望比较全面的了解辩护律师取证情况。
③ 笔者与唯一一位自行调查取证过的律师进行交流，发现该律师调取的证据是涉案犯罪嫌疑人作为被告人的一份民事判决书。

力限制，从事调查取证活动却显得有些力不从心，无法熟练的进行取证，即使调查取证也显得小心翼翼。

第一，与自行调查取证相比，刑事案件律师基于种种限制，更愿意申请法院、检察院调查取证。在办案中，对“需要获取的辩护证据”，接受问卷的律师中，有 72%的律师选择“申请法院、检察院代为调取”，只有 28%的律师表示采取“自行调取”的方式。如果申请职权机关代为调查取证，有 83%的律师表示“更希望向法院提出申请”。[①]为何我国辩护律师取证依赖于向法院、检察院申请？究其原因无外乎以下两点：第一，取证风险与成本，特别是证人证言的易变性，增加了辩护律师的取证风险；第二，在法庭质证环节，由法院、检察院调取证据的合法性容易被采信。但是辩护律师自身不积极调查取证，而把希望寄托在法院、检察院，过于依赖法院、检察院的调查取证在一定程度上已经交出了辩护的主动权。一旦法院、检察院拒绝律师的调查取证申请，律师在庭审过程中就只能被动接受控方的指证，无法与控方形成对抗，进行激烈辩论，不利于庭审实质化的实现。

第二，从申请对象看，辩护律师倾向于向法院申请调查取证。2003 年至 2006 年海淀区人民检察院办理的自侦案件总共为 141 件 167 人，其中聘请律师的案件为 79 件 90 人，在这 79 件有律师参与的案件中，没有一位律师行使申请调查取证权。[②]由于上述数据已是十年前的统计数据，笔者为了解 2012 年《刑事诉讼法》修改后辩护律师申请取证情况，对 2015 年 H 省 T 市基层检察院[③]与 S 省 Z 市中级人民法院[④]进行调研得知，辩护律师向检察机关申请调查取证的情形几乎没有，而向法院申请取证的情形虽然不多，但仍然存在。为何刑事案件律师不愿向检察机关申请调查取证，究其原因笔者认为有以下两点。第一，在司法实践中，辩护律师与检察机关在法庭上是竞争对手，检察机关的角色定位决定检察官提起公诉的目的就是惩罚被告人。检察机关帮助辩护律师收集、调取证明被告人无罪、罪轻的辩护证据与其对抗角色冲突。十八大明确了我国以审判为中心的诉讼制度的改革趋势，要实现以审判为中心的庭审模式，必须要求加强控辩双方的对抗。因此，在这种改革背景下，辩护律师申请检察机关调取、收集证据更加艰难。故，在审前阶段申请检察机关调查收集有利于辩方的证据，无异于“与虎谋皮”。第二，在刑事诉讼中，检察机关与辩护律师的对立性角色定位使得辩护律师对于检察机关调查取证的中立性产生怀疑。向对立的控方申请调查取证的合理性也值得质疑—检察机关不能既是运动员又是裁判员。特别是在职务犯罪案件中，相关关键证人其实为控方证人，要获得控方证人的证言不仅难度十分大，而且向控方证人取证，极易引起检察机关的不满，因此对于此类案件，辩护律师不会选择向检察院申请取证。

第三，虽然与检察机关相比，法院处于一个相对中立的位置，但是法院基于种种考虑也很少同意辩护律师申请调查取证。笔者通过整理从 S 省 G 市律师协会（36 人次）的律师反馈回来的调查问卷发现，当辩护律师申请法院调查取证，启动庭外调查程序时，只有 9%会得到全部支持，部分取证内容被支持的情况占 58%。法院基于种种考虑不愿意支持辩护律师申请调查取证，这在司法实践中，容易给辩护律师以法检不支持其申请调查取证而该证据对案件定罪量刑有重大影响为理由，制造庭审突袭，导致法官无法掌

① 韩旭：“新<刑事诉讼法>实施以来律师辩护难实证研究-以 S 省为例的分析”，载法学论坛 2015 年第 3 期。

② 石少侠，徐鹤喃主编：《律师辩护制度研究——以审前程序中的律师作用为视角》，中国检察出版社 2007 年版第 112 页。

③ 该检察院在 2015 年没有收到一份调查取证申请书，申请率为 0。

④ S 省 Z 市中级人民法院在 2015 年共审理的 23 件一审刑事案件进行整理，发现有两例案件的辩护律师申请法院调查取证，申请率为（2/23）8.6%。

控庭审，降低诉讼效率。

由于辩护律师申请法院调查取证得到同意并积极调取的几率不高[①]，可能有利于被告人的证据无法进入质证环节，不仅不利于查清案件事实，也容易影响法检对社会大众的公信力以及降低被告人对判决结果的接受程度。

## 二、辩护律师取证的障碍

没有调查取证权的辩护仅仅是形式上的辩护，不能真正达到有效辩护。[②]辩护律师的调查取证权对于犯罪嫌疑人、被告人而言是一项可以保障自身合法权益，与控诉方制衡的权利。犯罪嫌疑人、被告人或许已经被关押或者能力有限、法律意识比较薄弱，辩护律师作为专业人员，合理运用法律赋予的调查取证权，保障犯罪嫌疑人、被告人合法权益这是法治国家的题中之义，也是维护社会公平正义的有效手段。调查取证制度对保障犯罪嫌疑人、被告人基本辩护权具有重大意义。[③]

强化辩护律师的取证能力，保障律师的执业权利，实现控辩平等、激烈对抗，有助于庭审实质化的实现。庭审实质化是目前我国的司法改革重点，庭审实质化的核心是法庭调查实质化，法庭调查的中心是法官对证据证明力与证据能力的审查以及控辩双方激烈的对抗。但司法实践中，法庭调查往往无法达到实质化的效果。要实现庭审实质化，形成控辩双方的激烈对抗的局面，必须要求辩护律师积极调查取证。但是目前辩护律师调查取证面临着重重障碍。

### （一）文化障碍：取证对象不愿配合律师调查取证

《中华人民共和国律师法》第 35 条第 2 款[④]与《刑事诉讼法》第 37 条[⑤]明确规定了辩护律师有权向证人调查取证。然而，司法实践中，与公权力机关相比，辩护律师的调查取证存在先天劣势。

一方面，我国公民在某种程度上对于公权力机关存在一种畏惧心理，因此证人更容易接受并配合公权力机关的取证行为。另一方面，我国法律对于证人是否作证没有强制性规定，加之证人作证可能使自己涉及刑事犯罪（我国刑法关于伪证罪的规定）。基于这些考虑，证人抱着多一事不如少一事的心态，可能不愿意接受律师的调查取证。在这种情况下，公权力机关在向证人取证时就享有先天优势，辩护律师向证人取证的权利名存实亡。

### （二）措施障碍：律师向单位调查取证时对方可以拒绝

辩护律师因为案件需要向某些单位调取相应物证、书证时，单位经常以负责人不在或者公司内部规定予以拒绝。笔者在实习期间与办理刑事案件的律师一起像某些机关单位进行调查取证，几乎普遍遭到拒绝。例如辩护律师向一些公安机关、工商行政机关、房地产管理部门等国家机构进行的调查取证活动时，这些单位负责人几乎都以需要法院

---

① 在美国，如果律师申请调取证据遇到了困难，申请法院调取又遭到了拒绝，在这种情况下，可以作为无效辩护，由上级法院撤销原判、发回重审。然而在中国，无效辩护理念只存在于相关法学家的学术论文或者发表言论之中，真正的司法实践中并不存在无效辩护。

② 邱志红：《现代律师的生成与境遇》，社会科学文献出版社 2012 年版第 223 页。

③ 徐家力：《理想照进现实：在律师道路上前行》，上海交通大学出版社 2013 年版第 63 页。

④ 《中华人民共和国律师法》第 35 条第 2 款：律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

⑤ 《刑事诉讼法》第 37 条：辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。

向其调取为由不配合辩护律师的取证行为。除国家机构之外，一些非政府职能部门如银行、电信、邮局、医院、物业等也经常拒绝刑事案件律师的取证行为。虽然在向有关单位和个人进行调查时，也有被调查者积极配合律师调查的情况，但律师界普遍认为，这种情况纯属侥幸，律师的调查取证并没有制度性保障。[①]造成这些单位如此对待的原因就是我国法律并没有规定单位不配合律师调查取证应当受到处罚，部分单位才会以单位内部规定为由拒绝辩护律师的取证。

海关总署关于贯彻执行《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》的通知中明确规定，当办理刑事案件的律师向海关等行政部门提出复制、查阅被追诉人涉案犯罪情况的材料的请求时，海关应当依法说明并予以婉拒。海关总署这一明文规定，致使某些走私案件的辩护律师求救无门，无法获取最真实以及最能了解案件事实的材料，致使辩护律师无法为被告人制定最有效的辩护策略，庭审过程中无法主动积极出击，只能被动接受检察机关的指控，直接降低了辩护效果。

### （三）制度障碍：辩护律师侦查阶段取证权没有确认

《刑事诉讼法》第 40 条规定：辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应当及时告知公安机关、人民检察院。[②]从该条文来看，在侦查机关，辩护律师对仅仅只对上述三类证据享有调查取证权。关于此规定是否能得到实际适用，笔者与律所 5 位辩护律师进行交流。其中 4 位刑辩律师表示，这一条文对于辩护律师在侦查阶段是否拥有调查取证权没有实质意义。原因是：第一，这三类证据的认定机关为公安和检察院，如果辩护律师调查的结果不属于这三类证据，这可能给辩护律师带来执业风险——违法取证。基于风险考虑，辩护律师不会调取；第二，这三类证据在实践中存在较少，而且这三类证据，是公安机关首先要调查的，辩护律师是否享有这一权利意义不大。

（四）心理障碍：辩护律师取证行为存在伪造证据罪的风险

由于《刑法》306 条规定了辩护人伪造证据罪，而在司法实践中，辩护人因取证行为而被追诉的案件频发，使辩护人调查取证的风险暴露于大众视野之中。时至今日，据我国律师协会对于辩护律师涉嫌伪证罪的案例进行分析统计，全国已经不止 200 多名律师因《刑法》第 306 条被刑事追究。[③]辩护律师的执业风险直接影响了律师调查取证的积极性。如果辩护律师找到控方证人，并向其调取证言，而此证言对案件走向起关键性作用，那么检察机关势必会再向该证人取证，如果此时证人证言发生改变，辩护律师的执业风险可能就会被现实化。辩护律师基于对《刑法》第 306 条的畏惧，导致辩护律师不愿意积极取证。

我国对抗制诉讼模式尚未建立，与辩护律师相比，检察机关拥有强大的公诉权力。刑事案件的胜诉率作为检察机关的一项重要考核机制，使得公诉员将获得胜诉作为自己追求较好职业前途的有效途径。因此，对于公诉员而言，刑事辩护律师的存在以及其进行的刑事辩护活动，阻碍了其实现职业抱负。此外，检察机关的公诉活动缺乏司法审查等外部制约，一些案件是否提起公诉可由检察官自行决定。因此，如果辩护律师的辩护活动破坏了检察官对于案件的预期，检察机关可以推进对辩护律师的报复性起诉。[④]马

① 廉颖婷：“律师调查取证难寻求制度突破”，载法制日报 2007 年 6 月 2 日。
② 《刑事诉讼法》第 40 条。
③ 田文昌，陈瑞华著：《刑事辩护的中国经验—田文昌、陈瑞华对话录》，北京大学出版社 2012 年版第 134 页。
④ 报复性起诉是指在刑事公诉案件中,检察机关出于报复的动机,对被告人、辩护人、举报人提起公诉。本文特指检察机关对刑事案件律师的报复性起诉。

克东律师因代理黑社会性质案件并成功帮助被告人脱罪，此后检察机关以“诈骗罪”对该律师提起公诉。很多人也认为马克东是因为其经常代理有争议的“黑社会性质”案件的辩护工作而受到“打击报复”。①

由此可知，除伪证罪外，公诉机关还可能以诈骗罪、泄露国家秘密罪②、偷税罪等各种罪名对辩护律师提起公诉。因此，辩护律师认为即使自己完全按照法律规定调查取证，如果影响了检察机关的考核业绩，检察机关仍会以其他罪名对其提起公诉。基于此，辩护律师认为最保险的辩护方式：第一，认真阅读从检察机关处获得的案卷材料，并从中找出矛盾之处；第二，申请法院调查取证。

## 三、消除辩护律师取证障碍的建议

调查取证是其刑事案件中律师开展工作的重要方式，律师工作的终极目标在于最大限度地保障当事人的合法权益，实现司法公正，要实现这一目标，刑事案件律师必须积极调查取证。法律虽然明确规定了刑事案件律师的调查取证权，然而，法律的生命在于适用，律师调查取证在实践操作中仍然出现种种困难。为了完善刑事案件中律师调查取证制度，使刑事案件律师能够充分运用这一权利实现司法公正的诉求，笔者认为制度完善还应当从以下几方面努力。

### （一）合理限制《刑法》306 条的适用

《刑法》306 条的制定是在特定的环境中产生的，有其存在的必要性。不可否认，辩护律师队伍中确实存在触犯了《刑法》第 306 条，理应被追诉的情况，因此，《刑法》第 306 条并不是一些学者所说的“悬在辩护律师头上的达摩克利斯之剑”。学者刘桂明曾撰文言：“即使没有该条款的规定，在实践中仍然会存在各种对辩护律师调查取证工作的不利因素，这不能完全归责于该条款的存在。我们需要检讨的问题是，不仅仅是实体与程序的问题，而是理念与文化的问题。”③在司法实践中，《刑法》306 条规定却出现了与立法初衷相背离的情形。《刑法》306 条将“引诱证人改变证言”作为犯罪构成要件，造成了侦检机关对此犯罪构成要件进行了过于宽泛的理解。扩大化的使用该罪名本身就损害了这一法律条文的公正性。因此，应当规范相关机关适用该条文。这一条文必须是在严格审查以及符合必要条件的情况下才能适用。

第一，适用《刑法》306 条应有前置条件。《刑事诉讼法》第 42 条以及《刑法》第 306 条都对辩护律师在取证过程中违反法律规定，做出了惩罚性规定。上述规定的制定初衷是为了规范辩护律师的取证行为，维护司法环境的纯洁性以及探寻案件事实真相。《刑事诉讼法》第 42 条第 1 款的规定只是律师的职业伦理规范，并不是入罪条件。行政违法与刑事犯罪在行为表现上具有同一性，在社会危害性方面两者相互衔接，相比而言，前者危害性较轻。要确定律师是否触犯《刑法》306 条的规定，必须满足以下几个前置性条件，才能确定辩护律师涉嫌犯罪。第一，必须情节严重；第二，造成了严重后果；第三，社会影响巨大。如果涉案律师的行为没有造成以上任何一种情形，这只是一个违法职业伦理的行为，那么他的行为完全可以由行政法调整，如果适用刑法，不仅扩大了打击面，也混淆了违反职业伦理与刑事犯罪的界限。

---

① 倪方六：“刑事辩护律师马克东涉嫌诈骗受审”，载凤凰周刊 2007 年第 27 期。

② 信息来源 http://www.110.com/panli/panli_59792.html（最后浏览于 2016 年 3 月 6 日）。

③ 参见刘桂明：“<刑法>306 条究竟是不是问题？”，http://blog.sina.com.cn/s/blog_4a47cd2001017utb.html，最后访问日期：2018 年 3 月 23 日。

第二，严格审查证人证言变化的原因。根据《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第 78 条第 2 款、第 3 款的规定可知，法律已经认可了证人证言可能改变这一事实。证言前后矛盾，如果能说明理由，应当采信其后陈述的证言。证人证言发生变化的可能性十分大，辩护律师可能会因为证言的易变性给自己招致不必要的刑事责任而降低调查取证的积极性。在司法实践中，侦检机关往往以证人改变证言为由，向辩护律师发难。因此，为了保障律师的调查取证权以及避免应证言的改变而使律师陷入违法犯罪的地步，法律必须规定，发生证人证言改变时，必须审查证言改变的情形，不能一味的认为是辩护律师做出了不法行为。因此，笔者认为证言的不稳定性、易变性要求法院必须严格审查证言变化的原因。

第三，明确律师涉嫌犯罪的追诉程序。刑事案件中律师行使调查取证权，如果取证方式不合法可能涉及刑事犯罪。由于执业律师涉嫌犯罪是在执业活动中，这就决定了其行为可能是一般违法行为，严重者可能触犯刑法。针对辩护律师在执业过程中的违法行为，应当谨慎对待，一般的违法行为适用行政法调整即可，只有严重违反刑法规定的行为才应当被追诉。基于我国《刑法》的相关规定，笔者希望在程序上规范律师涉嫌犯罪的程序，以保障律师权益。

首先，应当确立立案通报制度。律师的身份定位以及律师行业的发展要求法律对于律师的惩戒管理应当有不同的规定。在确定律师是否涉嫌犯罪之前，公安机关、检察机关应当会同司法行政机关以及律师协会进行听证审查，对于决定对律师立案侦查的案件应当向涉案律师所属的律师协会予以通报。

其次，在律师涉嫌妨害作证、侵犯商业秘密、诈骗等犯罪时，应当严格按照《刑事诉讼法》的规定执行，即由公安机关进行侦查，检察机关不能因此类案件对律师的追诉。而且在涉及到律师妨害作证时，因律师与侦检机关天生存在一种对立性，可以考虑由上一级侦检机关办理此案件。

再次，对于检察机关的报复性起诉应当进行程序性制裁。司法实践中，检察机关报复性起诉仍然存在，这一现象严重破坏了刑事案件律师的执业环境。报复性起诉违反了程序正义,应当对其进行程序性制裁。[①]法院在审理检察机关对刑事案件律师的起诉案件时，应当严格审查，一旦认为构成报复性起诉，就应当在审前撤销起诉，案件不再进入庭审程序。并且，对因报复性起诉被撤销起诉的案件，还应当受到一事不再理的限制，不能重复提起公诉。[②]对于被认定为报复性起诉的案件，相应的检察机关应当作出说明，必要时应给予惩戒。

### （二）提升取证能力以防范执业风险

刑事案件中，辩护律师因执业行为遭受刑事追诉的一个重要原因是自身法律素养欠缺。实践中，少数辩护律师的自律性较差，往往经受不住金钱、享乐的诱惑，在取证过程中置法律和职业道德于不顾，热衷于拉关系、走后门，甚至以身试法，或非法取证，或引诱当事人翻供，或威胁证人，或拉拢腐蚀司法人员等等。[③]刑事案件中一些律师自身法律素养低下以及漠视法律职业道德的行为不仅扰乱了刑事诉讼秩序，也给自己招致了巨大的执业风险。

刑事案件中律师针对错综复杂的刑事案件，在需要调查取证时，必须掌握正确的取

① 陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社 2005 年版第 66 页。
② 谢小剑：“刑事诉讼中的报复性起诉”,载环球法律评论 2008 年第 98 页。
③ 田晋宁、隆艳：“浅析律师调查取证的风险和防范”，http://www.law-star.com/cac/40012067.htm.

证方法，运用取证技巧，在取证过程中不仅能获得需要的证据也能合理降低自己的职业风险。这就需要刑事辩护律师加强自身法律素养以及熟悉法律知识，在法律允许的范围内行使自己的调查取证权。此外，国家应当颁布政策以及做好法律宣传，通过各种途径提高刑事案件律师的政治、经济以及社会地位。律师与检察官、法官都是法律职业者，加强三方的交流，提高刑事案件律师的影响力。司法部应当定期提供专门针对律师取证的培训，提高刑事律师的执业技能。李庄案发后，司法部于 2010 年发出了关于李庄违法违纪案件的通报，要求执业律师在工作中应当提高自己的职业修养，用自己的行动去维护律师这一职业荣誉，用法律以及社会道德约束自己的行为。同时律师应当努力钻研业务，不断提高执业水平。刑事案件中，律师提高执业水平，加强风险防范意思，正确刑事调查取证权，不仅降低了律师自身风险，也有利于营造一个良好的司法环境。

### （三）明确申请取证程序以及法院、检察院的职责

现目前，我国私人侦探是不合法的存在，专门接受委托进行调查的正规机构也不存在，在律师调查取证无法实现的情况下，法检接受辩护律师的申请，启动庭外调查取证程序，具有不可替代性。这是职权主义国家法院以及检察院的职责。在辩护律师通过自身努力无法调取证据的情况下，向法检提交调查取证申请，法检利用其强大的公权力作为后盾，能够调查取证，查清案件事实，维护被告人合法权益以及司法公正。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于依法保障律师执业权利的规定》第 16 条[①]规定了当侦查机关、检察机关未提交犯罪嫌疑人、被告人无罪或罪轻的证据时，辩护律师向法院、检察院申请调取时法检的职责。这一规定对于保障辩护律师调查取证权有积极的引导作用，也在全国范围内定下了一个重视辩护律师调查取证权利的基调。为了响应两高三部的这一规定，全国各地纷纷出台了关于律师权利保障相关规定，例如浙江省杭州市检察院还联合市司法局出台了《律师参与审查逮捕诉讼活动的工作意见》，该意见第 9 条规定了辩护律师提出的新证据材料或者证据线索，检察机关应及时要求侦查机关依法核实和收集。最高人民法院以及各地司法机关出台的关于保障律师执业权利的规定，都显示出了刑事案件中律师调查取证权应当得到重视，并从细节、程序上保障了刑事案件律师能够充分行使自己这一权利。

在这基础之上，笔者认为还应当对于法院、检察院可以拒绝取证调取的理由作出列举式的规定，这样在一定程度上可以限制法检在律师取证申请上的自由裁量权，防止法检简单地以十分模糊的理由拒绝辩护律师的调查取证申请。

法律还应当细化到在法检依据法律的规定作出拒绝申请的决定后，辩护律师认为法检的拒绝理由不成立时，拥有复议和申诉的权利。具体可以做出这样的规定：辩护律师申请法检调查取证一般是直接向承办公诉人或者承办法官申请，在遭到拒绝之后，辩护律师可以向该承办公诉人或者承办法官提出复议申请；如果辩护律师对于复议决定仍然有异议，辩护律师还可以向该检察院的同级人民法院或者法院的上一级法院提出申诉。这些程序性规定，一方面可以制约法检在是否同意辩护律师取证申请时的自由裁量权；另一方面也能保障辩护律师充分行使申请调查取证权，辩护律师以及被告人对于最后的判决结果也更容易接受。

---

① 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于依法保障律师执业权利的规定》第 16 条：辩护律师书面申请调取公安机关、人民检察院在侦查、审查起诉期间收集但未提交的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料的，人民检察院、人民法院应当依法及时审查。经审查，认为辩护律师申请调取的证据材料已收集并且与案件事实有联系的，应当及时调取。相关证据材料提交后，人民检察院、人民法院应当及时通知辩护律师查阅、摘抄、复制。经审查决定不予调取的，应当书面说明理由。

### （四）刑事案件中引入调查令制度

调查令制度的实质是辩护律师在自行取证无法实现的情况下，可以向法院申请发布调查令，人民法院经过严格审查认为可以发布调查令之后，向申请律师发布调查令，辩护可以持法院的调查令向相关个人和单位调查取证。调查令制度并不是一项新制度，《美国联邦刑事诉讼法规则》第 17 条就规定了即使美国辩护律师拥有较大的调查取证权，但有些情况下仍然无法自行获取证据，这时辩护律师可以通过请求书记官签发传票，辩护律师持书记官签发的传票向相关个人或单位进行调查取证。联邦及各州法律也规定了辩护律师有权申请法院命令相关人员将其所掌握的证据提交，但是接受命令者如果认为该命令不当或者不合理，也可以请求法院撤销或者修改该命令，如果接受命令者不遵守命令将会受到法庭的处罚。[①]这里的命令实质上就是法院签发的调查令。上海市于 2000 年首先在民事诉讼中实行了调查令制度，北京等地也相继试行了该制度，并取得较好的社会反映。最高人民法院也一度承认了调查令制度的合理性和正当性，并建议全国各级法院继续对这一委托调查制度进行探索和试行。[②]由于我国《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》明文禁止检察院、法院向律师签发准许调查决定书。因此，在刑事案件中调查令制度没有得到试行。但是在 2016 年 1 月 12 日最高人民法院发布了保障律师诉讼权利 10 条规定。在发布会上，最高法院透露，正在研究“律师调查令”制度。这一消息使调查令制度适用于刑事案件有了得以实现的可能。

笔者在前文已经论述了辩护律师调查取证的种种困境，律师在向相关单位以及个人进行调查取证时，遭到其拒绝是时有的事。此时，由于法律没有规定取证对象拥有强制取证能力，律师对于被调查对象的拒绝无能为力。在此情况下，辩护律师转而向法院、检察院申请调查取证，但是调查取证申请得到支持的几率低下，这些现状导致刑事案件律师无法有效行使调查取证权，降低了刑事案件中律师行使调查取证权的积极性。在辩护律师向法院、检察院申请调查取证时，一方面，在刑事诉讼中检察机关行使的是控诉职能，通常都不会对配合和支持其对立方的取证申请；另一方面，基层法院每年案件过多，对于每一件案件承办法官为了降低诉讼成本，加快诉讼效率，对于刑事案件律师的取证申请也基本持一种消极应付态度。因此，在刑事诉讼中引入调查令制度有助于改善辩护律师调查取证的窘境。

在刑事案件中，调查令制度可以借鉴民事诉讼中关于调查令制度的规定，即由人民法院为辩护律师签发司法命令，以要求被调查的单位或个人履行法定诉讼调查义务的作法。[③]辩护律师的调查取证行为没有强制性，而由法院签署的调查令在一定程度上可以弥补律师调查取证的局限性。从法院角度出发，在审查律师申请法院签署调查令的申请理由之后，认为可以签署调查令，辩护律师持调查令进行调查，对于法院而言，不仅节约了启动庭外调查取证的诉讼成本，而且也避免了因法院庭外调查获取的证据可能受到辩护律师认为取证不公的质疑。辩护律师持调查令向调查对象进行取证，调查对象基于对法院司法权威的忌惮，一般会同意接受并配合律师调查取证。调查令制度引入刑事诉讼对于辩护律师以及法院而言是一个双赢的局面。“调查令”制度要得到具体实施应当在以下三个方面进行规定。

第一，明确刑事侦查阶段律师可以向法院申请调查令。刑事诉讼中收集证据、固定

① 王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社 2005 年版第 390 页。

② 最高人民法院 2006 年 3 月 13 日发布的《最高人民法院关于认真贯彻律师法依法保障律师在诉讼中执业权利的通知》表明“人民法院可以在民事诉讼中积极探索和试行证据调查令做法，并认真研究相关问题，总结经验”。

③ 周冬雪：“论刑事诉讼辩护律师的调查取证权”，载政法精英 2014 年第 14 期。

证据的最佳时机就是侦查阶段。此阶段，辩护律师调查取证权利有限，而侦查机关可以利用其特权秘密取证，辩护律师在取证能力上明显处于下风。在此阶段规定辩护律师可以向法院申请签发调查令，可以在一定程度上弥补审前阶段辩护律师取证无力以及取证范围有限的困境。

第二，明确法院签发调查令的情形。刑事案件中律师向法院申请签署调查令，法院必须在严格审查之后认为符合条件才能向律师签发调查令，律师持调查令进行调查取证，不仅节约了司法资源，而且有利于查清案件事实。

第三，明确调查对象拒绝调查的惩罚措施。辩护律师手中的调查令虽然是法院签发的，但是并不具有强制执行力。英美法系和大陆法系中都规定了强制提供证据的相关法规，对于那些拒绝提供证据的公民，会有相应的强制措施。[①]因此，法律应当规定当律师持调查令取证时，相关单位以及个人的配合义务，同时也应当制定不履行调查令应当受到的惩罚。

司法改革应当从我国国情出发，为了解决当前律师调查取证的现状，建立调查令制度有利于解决律师调查取证过程中的一些问题。

## 结　　语

如前所述，辩护律师调查取证机制的作用不容小觑，它对保障司法公正、实现庭审实质化等方面都起到了重要作用。国际上人权保障的声音高涨，我国顺应时代潮流，目前正在推进司法体制改革，刑事案件中必须完善律师调查取证制度，使这一制度规定具有现实性和可行性。

在刑事案件中，律师调查取证确实存在种种困难，要解决当前律师调查取证困难的问题，必须从源头出发，找到困难的原因，针对我国的具体国情以及司法实践，找出一条合理的能够得到具体执行的道路，为律师行使调查取证权提供一个制度基础。对于在刑事案件中律师申请取证过程中的法院、检察院的权利与职责应当予以明确规定，不能在法律制度层面上限制了辩护律师获取证据的权利。“律师是法律职业共同体的重要一员，是人民法院的同盟军，是实现公正审判、有效防范冤假错案的无可替代的重要力量。”[②]要保证辩护律师有效行使辩护权，平衡控辩双方的力量就必须要保证刑事案件律师的调查取证权得以有效实施。在制度架构的完善的基础之上，公检法三机关的职责予以明确规定，律师也应当提高办案质量，提高自身的取证能力。刑事案件中律师调查取证制度的完善，不仅是保障犯罪嫌疑人、被告人人权的基本要求，也是我国法治建设的必经之路。

① 王永杰：“辩护律师的调查取证权”，2014 年华东政法大学硕士论文。

② 沈德咏：“我们应当如何防范冤假错案”，载人民法院报 2013 年 5 月 6 日。

# 反思与新探：刑事责任年龄的起点界限

童春荣

（西南政法大学法学院，重庆 401120）

【内容摘要】刑事责任年龄起点界限纷争缘起于低龄未成年人犯罪的严峻形势，纠葛于未达刑龄者错行矫治无力的策略应对，迷茫于未成年人生理年龄与心理年龄的同步前移，在降低刑事责任年龄与维持刑龄规定的抉择上聚讼不已，陷入刑法规制与儿童保护、惩罚威慑与教育感化、强制惩戒与预防矫治的抵牾之境。刑事责任年龄起点界限关乎刑法的限缩与扩张，举涉低龄未成年人的特殊保护，需要溯源刑法规范的正当性来由，载荷公众情感意愿，从全体公民人权与低龄未成年人基本人权的不得已权衡予以考量。当前，制定恰予连缀、风险分级的未成年人错行矫治措施；建立主体明确、期限确凿的未成年人错行矫治程序；充足未成年人错行矫治的政府投入，人才供给，能够避免基本法律制度的崩溃，亦能防止维持刑龄后的恶行褒奖，是众望所归之上的刑龄坚守。

【关键词】刑事责任年龄；未成年人；不得已原则；人权；矫治；

## 一、问题的提出

近年来，未成年人恶性犯罪呈持续升温之势，校园欺凌显暴戾滋彰之态，四川资阳初中女生扒衣羞辱的飞扬跋扈，[①]湖南邵东中小学生恶性弑师的残暴行径，[②]重庆女童殴打摔死一岁幼童的冷漠无情，[③]在猛烈撞击公众视觉神经，挑战大众容忍底限的同时，也引发刑事责任起点年龄的激烈争讨。这些案件中，涉案人员均是未成年人，且未达法定的刑事责任年龄，而无法被追究刑事责任，只能责令家长严加管教或政府强制收容。与此同时，我国又并未建立起有效的少年司法制度，致使未达刑事责任年龄者放任自流。[④]不可否认，当前家庭教化的缺乏监督，收容教养的资源匮乏、工读教育的形同虚设，以及劳动教养的明文废除，极大降低不予追责未成年人的嗣后矫正，并助长其继续施恶的错误信念，进而上演“温水煮蛙”的犯罪怪圈和“喂肥再宰”的刑罚模式，[⑤]亟待予

**基金项目：**本文系国家社科青年项目“刑法渊源中的立法科学化基本问题研究”（项目号：16CFX025）的阶段性研究成果，2015 年度国家法治与法学理论研究项目“未成年社区服刑人员评估工具设计与矫正措施创新”（项目编号：15SFB5020）的阶段性研究成果。

**作者简介：**童春荣，女，汉族，四川峨眉人，西南政法大学博士后流动站研究人员，研究方向：刑法学基本理论，联系电话：18983429451。

E-mail：tongchunrong123@163.com

**致谢：**感谢重庆大学陈忠林教授，西南政法大学梅传强教授对我论文的悉心指导，然文责自负。

①张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 14 页。

② 参见新浪网：http://news.sina.com.cn/c/nd/2015-10-23/doc-ifxizwti6962918.shtml，湖南 3 名学生弑师事件：因偷零食被发现怕报警，最后访问时间 2016 年 9 月 30 日。

③张晶：《校园暴力法眼观》，载《法学家茶座》2015 年第 3 期，第 27 页。

④研究发现我国违法未成年人制裁矫治机制之实际效果并不理想：能够被认为受到了有效制裁矫治的违法未成年人比例仅占 7%。参见王志远：《违法未成年人制裁矫治机制的失效及其应对》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 4 期，第 104 页。

⑤未达刑龄者不予刑法规制使实施错行的未成年人无法认识到自身行为的危害性，导致错行随年岁增长嬗演为犯罪，其过程类似温水煮青蛙。同时，刑法对未达刑事责任年龄者不予刑法规制，并在其达到刑事责任年龄再行追究责任

以严加规制，有效应对。然由于故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、抢劫、强奸等法定的八种犯罪的刑事责任年龄受限于14周岁的规定，其他犯罪囿于16周岁的禁锢，而无法将刑法的触角延伸至此种年龄之下的校园暴力，低龄犯罪。[①]面对严峻的低龄未成年人犯罪形势，刑法应当降低刑事责任年龄予以严加惩戒，还是维持现有规定抑或适当提高刑事责任年龄以求宽容保护，学界与业界并无定论。

强调刑事责任年龄与社会情势相通，身心发展相适，从实时降低未成年人刑事责任起点年龄的角度予以灵动修改，恰致调整，虽从形式上契合刑事责任年龄征表行为人辨识能力与控制能力的特质。[②]但是，身体的发育并非心智的成熟，仅从物理上的成长变化考量行为人的辨识能力与控制能力仍然缺乏科学依据，且陷刑法于变动不居的游离状态，有悖刑事责任年龄便利操作和预防犯罪的初衷，[③]灵活性有余而稳定性不足。申彰固守刑事责任年龄既有规定，倡扬恤幼传统，力图从刑法的稳定性消减刑法的残酷性弊病，以期减少未成年人低龄入狱的风险，虽有利于增加刑法预期，强化未成年人保护。[④]然则，僵化不变的刑事责任年龄又无法与犯罪低龄化的趋势形成因应之势，极易使未成年人在脱逸刑法惩罚和缺失社区矫正的情况下形成褒奖犯罪的负性风气。稳定性与灵活性之间作何抉择？

刑事责任年龄是行为人对自身犯罪行为应负刑事责任必须达到的年龄，[⑤]旨在厘清罪与非罪的界限，清晰刑法的调整视域，确凿刑法的入刑标准，避免刑罚科予的主观臆断和恣意而为。降低刑事责任年龄，扩大未成人入罪范围，从理论上说能够防止未成年人低龄犯罪的多发态势，改善社会秩序的混沌局面。但是，以牺牲儿童权利的秩序维护难以迎合刑罚的轻缓化发展趋势，亦无法阐释降低刑龄之于国际公约宗旨的悖离。反之，维持刑事责任年龄现有规定，坚守儿童保护的年龄底限，遵循刑法界限的限缩定位，又无法有效抑制当前未成年人犯罪低龄化，恶性化的趋势，在面对未成年人故意规避刑事责任年龄的问题上陷入望洋兴叹、心余力绌之境。扩张与限缩之间作何决断？

刑事责任年龄是决断行为人当否承担刑事责任的前提条件，其年龄的高低征表刑罚惩戒的发展倾向，揭橥刑事政策的当前要义，涵摄公众容忍的最低限度，具有界定刑法边界的功能。降低刑事责任年龄旨在严密刑事法网，扩张刑法视域，并给予低龄未成人犯罪予以重磅之击，是基于睚眦必报的威慑刑理念。[⑥]然未成年人犯罪多起因于青春期的叛逆，不良言行的蛊惑，若对低龄未成年人不加歧视的予以刑罚惩戒，则无法关照其

---

的做法与养猪宰杀的过程极为相似，这一过程既无助于未达刑龄者的特殊保护，也不利于受害人的利益恢复，对社会的负面影响较大。参见：《13 岁男孩强暴女孩获释后再杀女孩母亲》，载《江南时报》2006 年 3 月 26 日。

①低龄犯罪是指 14 周岁以下的儿童实施的犯罪行为，由于此种行为未达刑法规定的绝对刑事责任年龄，而被彻底排除在刑罚的规制范围之外。 参见李振林：《未成年人犯罪低龄化问题之应对》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 13 页；林清红：《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 28 页。

②张远煌、衣家奇：《中国未成年人犯罪的犯罪学研究》，北京师范大学 2012 年版，第 41-44 页；储殷：《当代中国“校园暴力”的法律缺位与应对》载《中国青年研究》2016 年第 1 期，第 25 页；郝艳兵：“风险社会下的刑法价值观念及其立法实践”，载《中国刑事法杂志》２０００９年第 7 期，第 22 页；孙国祥：《保护与惩罚:未成年人犯罪刑事政策之选择》，载《江苏行政学院学报》2005 年第 3 期，第 106 页。

③庄乾龙:《未成年人犯罪特别程序之定位》，载《青少年犯罪问题》2014 年第3 期，第77-78页？

④参见姚建龙：《长大成人——少年司法制度的建构》，中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 142 页；赵秉志、袁斌：《我国未成年人犯罪刑事立法的发展与完善》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 3 期，第 10-17 页；张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 21-22 页；林清红：《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》，载《青少年犯罪研究》2016 年第 1 期，第 28-34 页。

⑤李鹏、龙潭、黄亚烨：《低龄未成年人危害社会行为的预防与矫治》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 43 页。

⑥孙万怀：《罪刑关系法定化困境与人道主义补足》，载《政法论坛》2012 年第 1 期，第 101 页。

特殊性，有违实质公平。主张维持或者提高刑事责任年龄，强调未成年人犯罪是错不是恶，应通过宽恕原谅之目的，予以无罪化的教育改良。[①]维持或提高刑事责任年龄的观点力倡错行纠正的重要性，凸显未成年人犯罪的宽恕福利，在避免低龄未成年人犯罪标签，防止交叉感染上卓具成效。[②]但维持或提高刑事责任年龄的做法又有宽纵未成年人犯罪的弊病，难以起到威慑未成年人犯罪之目的。严惩与宽宥何去何从？

笔者认为，刑事责任年龄的降低与维持抑或提高涉及刑法作用的维度，适用的空间，当属刑法界限的问题，应当从刑法惩罚的正当性予以探究。但当前关于降低或维持刑事责任年龄的论断通常偏于一隅，仅仅是对当否刑法惩罚之行为某一客观外在镜像的直观判断，难以深入刑法惩罚的核心腹地，探究刑法惩罚的内在义理，致使刑事责任年龄的论争脱离刑法惩罚的本真。降低刑事责任年龄的观点取径低龄未成年人犯罪的严峻形势，多发态势，强调降低刑龄的刑罚威慑，无从获悉严刑的正当性，在惩罚与宽恕之间进退维谷，举步维艰；维持或提高刑事责任年龄的观点切入最大化儿童福利，申彰儿童权利的优先地位，又无法确凿优先保护的限度，刑龄起点的界限，[③]在罪与非罪之间游离彷徨，左右飘摇。为统一刑事责任年龄纷争，明晰刑事责任年龄的起点界限，笔者试图从刑事责任年龄的纠纷缘起，争议焦点，发微刑法惩罚的正当性，以此通过刑法边界的适正性裁量回溯刑事责任年龄的起点界限，并使其开合有度，措置裕如。

## 二、刑事责任年龄起点界限的纠纷缘起

随着儿童生理发育的提前，智识水平的提高，坚守 79 刑法绝对刑事责任起点年龄之 14 周岁的规定日益受到质疑。与此同时，低龄犯罪的频发，校园暴力的肆掠，又引发人们对刑法强制惩戒的青睐。少年司法制度的不甚完善，未成年人错行矫治的日趋乏力，助推人们对刑罚的依仗，进而引爆降低刑事责任年龄的纷争。

### （一）危机四伏：未成年人犯罪的低龄化趋势与恶性化征兆

伴随网络不良文化的泛滥成灾，影视暴力的肆意充斥，未成年人犯罪的低龄化和恶性化趋势日渐明显，且呈愈演愈烈之势，招致刑事责任年龄刑罚惩戒的必要性探讨。坚持降低刑事责任起点年龄者认为，低龄未成年犯罪者作案手段残忍，方式老练，具备一定的反侦查能力，是处心积虑所为，而非一时冲动所致，其非法侵害他人财产和人身权利的罪过展露无疑，社会危害性和人身危险性与已达刑事责任年龄者相当，甚者部分案件中低龄未成年人对被害人的冷漠以及作案后的淡定，远超已达刑事责任年龄者。[④]此种情况下，固守 14 周岁绝对无刑事责任年龄不仅不利于推动法治化进程，且会糜害未成年人身心，应当通过降低刑事责任年龄的方式予以刑法规制。如湖南邵东三少年劫杀女教师案中，作案者采用棍棒殴打的残忍方式劫杀一名留校女教师，并合力擦干血迹，藏尸床底，其老道的作案方式曾让侦破人员一度误认为是成年人所为。然而侦破结果却令人大跌眼镜，作案者最小的年龄仅有 11 岁，最大的也只有 13 岁。[⑤]作案后，三人并

①张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 19 页。

②周军、高维俭：《未成年人刑事检察制度研究》，中国检察出版社 2014 年版，第 50 页。

③对于维持抑或提高刑事责任年龄的具体界限，目前并无统一共识，维护既有刑龄起点规定有之，提高刑年龄起点至 16 岁，18 岁亦有之。参见刘凌梅：《我国未成年人犯罪刑事责任立法之展望———以<国内法与国际法下的未成年人刑事责任决议>为视角》，载《青少年犯罪问题》2007 年第 1 期，第 37 页；林清红：《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 34 页。

④ 张苏军:《宽严相济刑事司法政策与刑罚执行方式改革研究》，中国检察出版社 2011 年版，第 382 页。

⑤ 参见北方时空：湖南邵东三少年杀死老师藏尸床底 最小孩子年仅 11 岁

未选择恐惧逃逸，而是到网吧上网娱乐，其镇定自若恐成年人所不能及。此类低龄未成年人犯罪中，作案者对生命没有敬畏之心，对刑法没有尊崇之情，倘若予以宽恕原谅的无罪化处理，难以起到遏制再犯的效果。此外，被害者的权利也是刑法应当保护的内容，在未成年被害者和施害者之间，需要利益平衡，而不是一味的偏袒、保护低龄未成年施害者。低龄未成年人犯罪多发于校园暴力和校园欺凌，其受害者以未成年学生居多。如南安两初中女生暴力掌掴小学生，永泰初三男生遭围殴切脾，“七姐妹”找人性侵同学拍下视频网上流传，六名初中女生围殴同学 45 分钟自拍视频，[①] 这些案件中被害人均是未成年人，他们面对同学的淫威无力反抗，又无从获得公力救济的支持，只能在隐忍煎熬中艰难度日。在未成年人犯罪的报道中，未成年被害人的无助，恐惧尤为引人关注和同情。[②]故为防止校园暴力的恣意横行，需要降低刑事责任年龄予以严加规制，防止未成年人犯罪的频发趋势。此外，坚持降低刑事责任年龄观点还将低龄未成年人刑事案件的多发归咎于刑罚的威慑力不足，认为刑事责任年龄的设置实质性的阻碍了刑罚威慑功能的发挥，应当通过降低刑事责任年龄的方式予以纠正。[③]实践中，人们发现未成年人犯罪者对自身行为是否承担刑事责任是心知肚明的，其有意实施刑法不许之行为，旨在嘲讽刑法的无力，感受做坏孩子的快乐。对此，如若刑法予以宽纵，则必然丧失其权威。事实上，一些未成年人在实施刑法不许行为时，已经形成“14 岁前杀人放火都没事”的错误信念，并在此错误信念下实施危害社会的行为。[④]从这个层面上说，即便是为了捍卫刑法尊严，刑法也应当通过降低刑事责任年龄予以主动出击。

反对降低刑事责任年龄的观点则认为，刑事责任年龄的维持并非未成年人犯罪的低龄化趋势与恶性化征兆的罪魁祸首，未成年人犯罪的低龄化与恶性化是多种因素作用的结果，应当追根溯源并予以对症下药，而不能将刑法作为包治百病的灵丹妙药。[⑤]未成年犯罪者通常是网络游戏和影视暴力的受害者，其有害行为皆因诱惑和模仿所为，行为的过程不足以表明其有自主决断和是非管控的能力。上述案例中，行为人杀师后藏匿尸体，擦拭血迹并非作案后的镇定，而是效仿网络游戏和影视传媒中的作案情节使然，是长期侵蚀网络暴力的麻痹结果。游戏中总是打打杀杀，因此打死，杀伤，乃稀疏平常之事，故而作案过程表现出我们难以理解的镇静。作案后选择上网而不是逃亡的做法也并非淡定，而是网络成瘾的直接表现。对他们而言，杀人，抢劫的终极目的就是上网，或许在网络世界和现实世界的迷幻中，他们并不认为被杀者是一个逝去的鲜活生命，而是网络游戏中的一个虚幻人物。故将一个对网络没有抵抗能力，且迷恋其中的未成年人解读为十恶不赦的恶魔并予以降低刑事责任年龄的入刑规制是有失偏颇的。其次，随着人权观念的广为散播，刑法的轻缓化已然成为国际化的趋势。因此，无论未成年人犯罪形势如何的不容乐观，都不应当通过降低刑事责任年龄的方式予以刑法规制。事实上，虽然各国规定的刑事责任年龄起点不同，但实际上都在通过法律逐渐提高刑事责任年龄起点。[⑥]再次，不予降低刑事责任年龄并非意味着对被害人权利的漠视。在未成年被害人

---

http://www.northtimes.com/bfsk/shehui/20151020/83279.html

①参见凤凰山东：校园暴力何时休？ http://sd.ifeng.com/a/20160229/4318110_0.shtml，2016 年 10 月 9 日最后一次访问。

②王牧：《犯罪学论丛（第二版）》，中国检察出版社 2004 年版，第 58-59 页。

③姚建龙：《中国少年司法研究综述》，中国检察出版社 2009 年版，第 154 页。

④张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 16 页。

⑤郭开元：《青少年犯罪预防的理论和实务研究》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 2 页。

⑥朱胜群:《少年事件处理法新论》，台湾三民书局 1976 年版，第 57 页。

和受害人之间，并没有权利大小之分，但有轻重之别。刑罚的科予是对未成年人的自由、财产等基本权利剥夺，且这一剥夺过程中必然伴随有犯罪标签和交叉感染的弊病，不仅有损未成年人的身心健康，且会在其复归社会上增加多重障碍。此外，“交叉感染极易促成未成人的次级越轨，最终使之成为累犯，被害人、社会和公众将要被迫付出更为惨重的代价。”[①]从这个层面上说，降低刑事责任年龄看似保护被害未成年人的权利，实则并未化解被害人和加害人的根本矛盾，有可能使被害人受到二次伤害。而被害未成年人的权利虽然也是公民的最基本权利，应当得到保护，但是这一保护并不以刑法为必须和必要，完全可以通过其他的柔性矫正方式予以实现。同时，随着社会的文明与进步，人们更具宽恕和原谅的意愿，因此等量报复并非必须和必要，恢复受损社会关系才是当事人的意愿所归。不可否认，一次强制惩罚带来的危害远比一次真诚的歉意和自愿的谅解要严重的多。从这一意义上说，被害人权利和加害人权利的权衡，不能仅仅基于外观实害的考量，而应当从未成年人保护的路径予以解答。此外，降低刑事责任年龄可以威慑低龄犯罪，抑制恶性犯罪频发的观点也不能成立。如果以未成年人知晓刑事责任年龄入刑起点，而出于嘲讽刑法无力，规避刑法惩罚之目的，实施犯罪行为，进而重创刑法权威。那么在降低刑龄后，低于刑龄的未成年人难道就不能观察到此种变化，而予以规避刑龄的犯罪吗？显然，降低刑事责任年龄是治标不治本的做法，其刑龄的降低看似为维护刑法权威而殚精竭虑，实则毫无助益。我们毋宁忘记的是，“刑罚的目的不是要摧残和折磨一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行。.....刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”[②]换言之，对未达刑事责任年龄的犯罪者，我们应该基于保护和教育的目的，而不当予以强制惩戒的威慑。最后，未成年人犯罪是社会教化失职的结果，国家、社会和家庭都应当承担责任，而不当通过降低刑龄让未成年人对社会失职承担全职。柏拉图曾言，每个人都有善恶两性，善性凸显则恶性隐匿，恶性凸显则善性隐匿。[③]如何让善性雄踞上风，恶性退居二线，则需要通过社会教化予以形塑。未成年人，特别是十四周岁以下的儿童，正处于生长发育期，其人生观、价值观、善恶观尚未成型，极易在不良诱惑下实施刑法不许之行为。这种危害行为并不是一种犯罪，而是一种错行，是教化过程中，国家、社会和家庭疏于监管所致。“儿童第一步走向邪恶，大抵是由于他那善良的本性被人引入歧途的缘故”。[④]**青少年的成长不仅仅是父母、家庭的责任，更是整个社会的责任。我国一贯坚持对青少年犯罪教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则，也是立足于社会对青少年发展具有不可推卸的责任这一立场**。[⑤]当发生严重危害社会的行为时，国家、社会和家庭就应当主动承担责任并予以教化纠正，以引领低龄未成年人走向正途。上述湖南邵东三少年劫杀案中，三名未成年人均是留守儿童，其中两名父母长期在外打工，另一名父母双双是服刑人员，家庭教育严重缺失，与此同时，学校教育和社会关爱又没有及时予以跟进，致使其在缺乏监管的情况下实施恶性犯罪。[⑥]从这个层面上说，刑事责任起点年龄的规

①张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 19 页。

②贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译：中国法制出版社 2005 年版，第 52 页。

③[古希腊]柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆 1986 年版，第 121 页。

④叔弓：《欧陆情味》，辽宁大学出版社 2003 年版，第 310 页。

⑤林清红：《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》，载《犯罪问题研究》2016 年第 1 期，第 28 页。

⑥ 参见网易：湖南三名劫杀教师学生均未成年系留守少年，http://edu.163.com/15/1021/08/B6EG21UK00294M9N.html，2016 年 10 月 9 日最后一次访问

定应是一种儿童福利，旨在确保儿童权利的最大化，应秉持宜教不宜罚的理念。这也是缘何《**联合国少年司法最低限度的标准规则**》（简称北京规则）强调刑事责任年龄的规定不宜太低的主要原因。[①]

### （二）进退维谷：刑罚问责与预防矫治的两难抉择

降低刑事责任年龄的纷争不仅与未成年人犯罪的低龄化趋势和恶性化后果有关，亦与未成年错行矫治措施无力有涉，在降低刑事责任年龄和保护未成年人利益问题上相持不下。

针对未达刑事责任年龄之违法未成年人的错行矫治，目前主要有三种方式，分别是责令家长或监护人严加管教，政府强制收容，工读教育。但有研究表明，这些未成年人犯罪预防矫治的效果都不太理想，实践中能够被认为受到了有效制裁矫治的违法未成年人比例仅占7%。[②]因此，期望借助未成年人错行矫治措施使未达刑龄者改过自新，并不能起到立竿见影的效果。对未达刑事责任年龄者的错行矫治，司法实践中，一般是通过责令家长和监护人加以管教的方式予以实现，但是这一方式却着实令人堪忧。我国刑法第17条明确规定，因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或监护人加以管教。责令家长监管由于操作简便，且未脱离家庭环境，可以避免不良标签和交叉感染而被广为适用。但是，责令家长严加监管的弊病也是明显的，未成人的失足行为归根结底是家庭监管无力的结果。因此，责令家长监管实质上是一种责任推诿，并不能起到预期的矫正效果，且难以使低龄未成年人深刻认识到自身行为的错误性，反倒会认为刑法也无可奈何，从而助长其继续犯罪的气焰。除过责令家长监管外，刑法还规定政府收容教养的矫治措施，但是这一措施的适用并无明确的启动条件，导致收容教养的适用受到诸多限制。依据《刑法》第十七条的规定，政府收容教养在满足不满十六周岁不予刑事处罚的前提条件下，还要认为是必要的场合，而何谓必要并无具体标准，使得收容教养的适用悬于空中。加之，收容教养场所的限缩，收容教养的适用率较低，劳动与教育相结合的矫正措施较难适用于未达刑事责任年龄者。收容教养的场所主要是少管所和劳教所，而劳动教养制度在2013年予以废除，故收容教养的重任就落于少管所一家之上。显然，少管所在应对未成年人犯罪尚且自顾不暇之际，不可能有过多的富余资源用于矫正未达刑事责任年龄者的违法行为。即便少数的未达刑龄者纳入少管所矫正，少管所的矫正效果也是令人质疑的。按照《关于将政府收容教养的犯罪少年移至劳动教养场所收容教养的通知》规定，收容教养人员要与少年犯分别关押，由劳教所负责管理，但从当前的实际情况看，仍有部分收容教养人员与少年犯关押在一起，可能导致交叉感染。[③]故即便收容教养能够明确适用标准并予以落实，也是有害未成年人身心发展的。此外，收容教养的时间较短，一般是一到三年，合并执行不超过四年，不足以矫治一些实施故意杀人、故意伤害行为之未达刑龄者的主观恶性。对于收容教养的资源匮乏以及矫正弊端，工读教育似乎可以有效弥补。工读教育通过劳动与读书相结合的方式予以错行矫治，其专业的授课老师，矫治人员可以有效补强家庭教育，避免家庭教育的失力。同时，工读学校并非少年犯的改造场所，能够有效避免少年犯的不良影响。对于工读教育，《预防未成

①张智辉：《国际刑法问题研究》，中国方正出版社 2002 年版，第 251 页。

②参见王志远、崔胜实：《违法未成年人制裁矫治机制的失效及其应对》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 4 期，第 104 页。

③刘艳红：《江苏省预防未成年人犯罪的立法重点分析——以江苏省 N 市未成年人犯罪状况调研为基础》，载《青少年犯罪问题》2015 年第 4 期，第 9 页。

年人犯罪法》予以了明确规定，对于未达刑事责任年龄的未成年人实施犯罪行为，可以送工读学校进行矫治和接受教育。但工读教育并非强制性的，其实施需要由其父母或者其他监护人，或者原所在学校提出申请，经教育行政部门批准。实践中，未成年人的父母通常基于不良标签和昂贵学费的考量而较少送入工读学校矫治，导致这一针对失足青年的专业学校资源的闲置。工读教育是一种矫治性的教育，虽然有诸多的优势，但是其矫正的功能又必然给未成年人贴上不良青年的标签。因此，对于一些轻微的未成年失足行为，家长通常会因为担忧不良标签的影响而选择自我教育。对于严重的失足行为，家长或监护人虽然希望通过工读学校矫治未成年人，但是工读学校昂贵的学费又往往让人望而却步。如湖南邵阳工读学校，其官网上六个月学费的明码标价就高达20800元，[①]如此昂贵的学费恐怕不是留守儿童家长可以承担的。这也是缘何工读学校数量锐减，且蜕变为纠正各种瘾癖青年的原因。由此可见，实践中，工读教育、收容教养在未成年人错行矫治中较少适用，而责令管教却得到了大加申彰。但责令管教多数是重责令、轻管教，“仅就责令管教做出要求，较少有监督检查落实。”[②]换言之，在低龄未成年人校园暴力和恶性犯罪频发之际，《刑法》和《预防未成年人犯罪法》规定的矫治措施却处于空转状态。[③]未成年人的特色矫治项目寥寥无几，[④]专业的矫治队伍尚在构建之中。[⑤]

面对未成年人错行矫治措施的败北而归，人们开始钟情于刑法强制惩戒的迷人魅力，并意图通过降低刑事责任年龄使低龄未成年人进入刑法的视域。这种观点认为，未成年人错行矫治措施长期以来的纠错无力，以及矫治后再犯的屡见不鲜，极大的损害了低龄未成年人的身心健康，并威胁到整个社会的稳定秩序，有必要通过刑罚的科予给予低龄未成年人强制惩戒教育。[⑥]如李某某，15 岁时因与人斗殴被劳动教养 1 年，16 岁解除劳动教养后，实施强奸行为，被判 10 年有期徒刑。司法实践中，为数不少的劳动教养、工读教育以及收容教养的未成年人在矫治失败后继续犯罪，最终导致严重犯罪的发生，并以收押入监和死刑极刑而告终。因此，未成年人错行矫治措施看似对失足未成年人极具宽容保护，实则是宽纵后的贻害，其结果极有可能将低龄未成人从少年司法制度的保护者变为刑罚的受害者。同时，降低刑事责任年龄的观点认为，对未成年人的教育矫治应当以刑法为后盾，充分发挥刑法惩罚例证违规行为错误性，肯定守法行为正确性的积极作用，进而通过刑法惩罚教育公众遵循刑法。[⑦]刑法惩罚使未成年人为自己的罪错行为付出代价，从而清晰获知自身行为的有害性，是刑罚剧痛惩戒下的教育。不可否认，赏罚分明，才能严明律法，亦能实现行为导引的作用。倘若犯罪是一种褒奖而不是惩罚，则未成年人守法的积极性必然大大锐减。从这个意义上说，只有以惩罚为后盾，未成年人的矫治教育才能可能有所成效。

反对降低刑事责任年龄的观点则认为，未成年人错行矫治措施的无效并非刑法强力

①参见湖南邵阳工读学校官网： http://www.sygdxx.cn/uppic/html/main/index.html， 2016 年 10 月 3 日最后一次访问。
②王志远、杜延玺：《我国违法未成年人刑事政策检讨—“教育”与“惩罚”之间的良性协调》，载《理论探索》2016 年第 2 期，第 37 页。
③张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 16 页。
④蔡文霞：《未成年犯罪人社区矫正问题研究—以<社区矫正实施办法>为参照》，载《预防青少年犯罪研究》2012 年第 12 期，第 45 页。
⑤舒洪水：《未成年犯罪人之社区矫正》，载《青少年犯罪问题》2012年第4期，第93页。
⑥张伟：《降刑以治罪》，载《江淮法治》2014 年第 2 期，第 27 页。
⑦王志远、杜延玺：《我国违法未成年人刑事政策检讨—“教育”与“惩罚”之间的良性协调》，载《理论探索》2016 年第 2 期，第 37 页。

介入的依据，保护未成年人，纠正错行才是社会的终极目标。[①]事实上，除惩罚之外我们还可通过改进和完善未成年人错行矫治措施予以应对，完全没有必要动辄适用刑罚。刑罚是一种以恶制恶的制裁方式，其犯罪标签可使犯罪者在出狱求职中四处碰壁，惨遭歧视，隔离羁押足使犯罪者在狱后生活中茫然无措，无所适从，进而在交叉感染之下重新走向犯罪。从这个意义上说，刑法对未成年人犯罪规制的有效性仅仅是一种迷惑众人的障眼法，这种迷惑在于低龄入刑后未成年人在羁押期间不能实施危害社会的行为，其特殊预防立见成效。但是，这种社会危害并未从根本上祛除，而是在出狱之后才予以显现交叉感染的暴戾之气，因此强调刑法强制惩戒的威慑作用优位于未成年人错行矫治措施是有失公允的。如引发社会热议的 2013 年大兴摔童案的犯罪人韩磊就是刑罚矫治无力的一个例证。韩磊 14 岁因偷窃被行政拘留，18 岁因殴打他人再度拘留，22 岁因盗窃被判无期，入狱 17 年后减刑出狱，40 岁因与人争执摔死幼童而获死刑。[②]在韩磊成长经历中，刑法试图通过监禁之苦抑制其犯罪之恶，然而事与愿违，监狱不仅没有改造好韩磊，还引发了更大的恶性犯罪，最终不得不通过死刑的方式一劳永逸的去除恶害。由此可见，通过降低刑事责任年龄的方式规制未成年人犯罪并不是抑制了未成年人犯罪的频发趋势，而是将这一趋势延缓于成年之后，其结果不仅不利于未成年人的保护，且给社会秩序的稳定增加多重风险。此外，刑法的惩罚也不可能对低龄未成年人起到教育作用。14 周岁以下的未成年人年龄过低，尚不能权衡利弊，斟酌得失，难以从刑法的惩罚中汲取教训。此时，科予刑罚，就如同父母拍打哭闹的婴儿，并不会让婴儿停止哭闹，而只会助长其哭闹的情绪，因此刑罚在年龄太小的未成年人身上无法实现其应有的目的和功能。[③]由此度之，降低刑事责任起点年龄并不能解决低龄未成年人犯罪问题。“理论研究和社会现实均已证实，严打并不适合未成年人犯罪，对未成年人犯罪关键是要加强早期预防和矫治。”[④]基于上述考虑，在降低刑事责任年龄和改进未成年错行矫治措施的选择上，应优先适用改进未成年错行矫治措施。即便改进措施的效果不甚明显，也应通过统合社会力量，改善社会环境予以应对，而不当肆意降低刑事责任年龄予以刑法威慑。

### （三）跋前踬后：心理成熟与生理成熟的优位博弈

在未成年人犯罪低龄化和恶性化趋势大肆蔓延之时，未成年人错行矫治措施无功折返之际，未成年人生理成熟年龄的提高又助推了刑事责任年龄起点界限的纷争。

刑事责任年龄的起点界限反映未成年人的辨认能力和控制能力，是行为人具备刑事责任能力的客观征表，为证明行为人具备辨识能力和控制能力服务。[⑤] 人的辨认能力和控制能力，是随年岁增长而逐渐趋于成熟的。随着经济的快速发展，营养结构的日趋改善，儿童的生理成熟年龄有了明显提前。加之，网络媒介的肆意传播，未成年人早已谙熟成人世界的法则，其辨认能力和控制能力较以往有了较大提高，12-13岁未成年人通常已理解刑罚的性质、功能和后果。[⑥]因此，应当根据未成年人生理成熟年龄的提前推断心理成熟年龄的同步位移，并予以降低刑事责任年龄的应对。但是，对于降低的具体

①戴相英、方剑良、胡忠南：《未成年人犯罪与矫正研究》，浙江大学出版社 2012 年版，第 278 页。

②参见韩磊百度百科：http://baike.baidu.com/link?url=Q03f4ki4OGUTh1iMh5vM52RT_--21dld-EJTLVVI2WKaXoDK7P8e8GLC9axETuUnkKQCTpeD4Rr0so2_k73hKASFfE1keRnpgavn6zhHpTG，2016 年 10 月 4 日最后一次访问。

③林清红：《未成年人刑事责任年龄起点不宜降低》，载《犯罪问题研究》2016年第1期，第31页。

④张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题只制度构建与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 18 页。

⑤参见黄明儒：《刑法总则典型疑难问题适用与指导》，中国法制出版社 2011 年版，第 150-151 页。

⑥吴培娥：《我国未成年人刑事责任年龄的探讨》，载《湖北警官学院学报》2012 第 7 期，第 67-68 页。

数额学界与业界并无一致见解，存在降低至何种界限的难题。张远煌教授通过调查发现，现阶段年满13周岁的个体已完全具备实施严重危害社会行为的行动能力，且居于未成年人初次犯罪的高峰点，由此认为，规范层面的未成年人犯罪的起点年龄应降低为13周岁，事实层面的起点年龄应为10周岁。[①]取径刑事责任年龄与民事责任年龄趋同的观点认为，随着未成年人心理成熟年龄的提高，刑事责任的起点年龄应框定在10-12岁之间，这一年龄起点不仅与未成年人大脑认知的提升期相当，也可与民事责任年龄10岁起点相契合。[②]同时，这一刑事责任年龄也与发达国家的刑事责任年龄颇为一致，如英国刑事责任年龄的起点就是10岁。[③]依托行为人辨认能力和控制能力决断刑事责任年龄的观点则认为，个体的心智发展是循序渐进的，呈现个体差异性，应当予以弹性设定，即在取消刑事责任年龄的基础上引入情节判断[④]。

值得注意的是，刑事责任年龄是一种估测，是关乎有无刑事责任能力的推定。这种推定，“尽管并不符合人格发展的渐进性（对特定事实的认识能力和控制能力，绝不是刚满14岁的第二天就一下子形成的）；但是，这样的推定却为维护法律的确定性和法律面前人人平等所必须。”[⑤]从这个角度上说，为确保刑事责任年龄的确定是基于行为个体认识能力和控制能力的真实反映，必须实时测量未成年人的心理成熟年龄，并予以动态修正。然而，我国对刑事责任起点年龄的规定至79刑法制定以来一直静默不变，已然不符合未成年人生理和心理发展水平，[⑥]有依据生理成熟年龄予以实时降低的必要。

反对降低刑事责任年龄的观点则认为，生理的成熟未必是心理的成熟，一个人只有在心智成熟，且对自身行为具有准确认识，并能施加有效控制的情况下，才能被认为具备承担刑事责任能力。[⑦]刑事责任年龄是行为人主观罪过的判定基础，是综合考量行为人心理认知和心理控制状态的依据。其生理成熟年龄仅是判定行为人心理成熟的基础，而并非决定条件。换言之，在刑事责任年龄的判定基础上，心理成熟年龄是第一位的，生理成熟年龄是第二位的，故以生理成熟年龄作为心理成熟年龄的判定基础并不具有科学性。而对于心理的成熟年龄，无论是基于生物学和心理学的方法，都是复杂多变的，[⑧]需要综合地理气候条件，儿童发育状况，教育发展水平以及外界环境变化等因素予以判定。当前，物质生活的极大丰富虽然降低了儿童的生理成熟年龄，但是心理年龄却并未跟进。从教育发展的水平来说，14 周岁以下的儿童尚处于系统教育的形塑期，并不具备明辨是非，甄别善恶的能力。“人的责任能力并非与生俱来，而是随着身心发展、通过接受教育和参加社会实践逐渐增长，这是一个很长的过程。”[⑨]14 周岁以下的儿童尚处于义务教育阶段，德化教育和智力教育均未完成，对犯罪行为的有害性缺乏正确认知，不当纳入刑法规制范畴。从外在环境来说，网络文化、影视传媒并未促进儿童认知能力的提高。相反，由于未成年人欠缺辨别是非和区分善恶的能力，对网络亚文化和影视亚文化缺乏免疫能力，极易在不良言论的蛊惑和不端行为的影响下实施危害社会的行为。由此度之，以生理成熟年龄的提前臆断心理成熟年龄的提前并不妥当。反对降低刑事责

①参见张远煌、衣家奇：《中国未成年人犯罪的犯罪学研究》，北京师范大学出版社 2012 年版，第 41-44 页。
②胡卫：《治理校园欺凌重在健全法律体系》，载《中国教育报》2016 年 5 月 24 日，第 9 版。
③何勤华、夏菲：《西方刑法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 399-400 页。
④张拓：最低刑事责任年龄弹性化之提倡，载《青少年犯罪问题》2017 年第 2 期，第 58 页。
⑤[意]杜·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 194 页。
⑥张远煌、衣家奇：《中国未成年人犯罪的犯罪学研究》，北京师范大学出版社 2012 年版，第 43 页。
⑦参见赵俊：《少年刑事责任比较研究》，载《法学评论》2010 年第 3 期，第 114 页。
⑧[日]大塚仁：《刑法概说（总论）（第三版）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 472 页。
⑨张明楷：《刑法学（第四版）》，法律出版社 2011 年版，第 289 页。

任年龄的观点从教育发展的水平和外在环境的影响揭示未成年人心理年龄滞后生理年龄的现状，从而予以降低刑事责任年龄者以有力回击。[①]但是，心理滞后生理年龄的时间并无具体数据考量，无法为刑事责任年龄的设定提供具体标准，导致刑事责任起点年龄的设置陷入人云亦云的境地。如主张维持刑法稳定和提高刑法可预期性的观点认为，将 14 周岁作为刑事责任年龄起点经历了近百年的论争和演变，已然深入民心和契合国情，且适合“少年宜教不宜罚”的司法理念，应当将绝对刑事责任年龄的起点维持在 14 周岁。[②]而主张心理年龄同一性的观点则认为，对犯罪行为的认识能力和控制能力并不因为危害结果的严重程度而呈现截然不同的状态，故对十四周岁的人犯法定的八种犯罪应当处罚的规定，是一种恶意补足年龄的做法，[③]有予以坚决摒弃的必要，并将绝对无刑事责任年龄提高到 16 周岁甚至 18 周岁。[④]

## 三、刑事责任年龄起点界限的正当性追溯

未成年人刑事责任年龄起点界限关涉刑法的扩张与限缩，当属刑法边界的问题，应当从刑法惩罚的正当性予以决断。然而，以往有关刑事责任年龄起点界限的争议，要么停留于未成年人犯罪的低龄化趋势和恶性化后果，要么局限于未成年人特殊保护的价值考量，在抑制犯罪和保护儿童、惩罚威慑和教育感化、强制惩戒与预防矫治之间左右徘徊，而未能追问刑事责任年龄起点界限设置的正当性，致使刑事责任年龄的纷争在降低与维持之间争论不休，难以洞彻刑事责任起点年龄设置源自刑法惩罚之正当性考量的内在乾坤。有鉴于此，我们需要在探究刑法惩罚正当性的基础上，获悉刑法边界的判定圭臬和检验标准，以此回溯刑事责任年龄的起点界限。

### （一）刑事责任年龄起点界限之正当性误判

刑事责任年龄起点界限的纷争缘起于未成年人犯罪的严峻形势，纠葛于纠错矫治措施无力后的策略应对，关注于未成年人生理年龄与心理年龄的同步前移，在抑制客观危害和价值坚守的抉择上聚讼不已。

降低刑事责任年龄的观点立足于刑法强制惩戒的后盾功能，强调刑法规制对抑制未成年人犯罪的低龄化趋势，恶性化后果以及频发化态势的刑法威慑作用，明示刑法是其他犯罪预防措施无力后的主动出击，凸显生理年龄与刑事责任年龄的一一对应，是基于风险防范之下的刑法应对，在有效控制未成年人犯罪问题上具有立杆见影的效果。但是，降低刑事责任年龄过于侧重客观实害的考量，而忽视低龄未成年人的特殊保护，不能阐释牺牲低龄未成年人利益应对社会风险的正当性。事实上，低龄未成年人犯罪手段的残忍性，致害后果的严重性仅仅是一种客观危害，而客观危害是否可归责于行为人才是刑法当否惩罚的依据，故以低龄未成年人犯罪情势的严峻性直接作为刑法介入的依据阙如正当性根基。低龄未成年人犯罪是多种因素作用的结果，家庭教育的缺失，社会监管的无力以及网络文化的毒害都具有不可推卸的作用。低龄未成年犯罪者既是施害者，也是

①高维俭：《少年司法制度新探》，中国人民公安大学出版社 2011 年版，第 281 页。

②张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 19 页。

③恶意补足年龄起源于英美法系：即对于未达到刑事责任年龄的少年犯，如果有证据证明他们的危害行为是出于恶意，就可视为达到刑事责任年龄，可以追究刑事责任。参见[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A．琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版，第 83 页。

④张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 23 页。

受害者。倘若降低刑龄由施害未成年人承担刑责，虽然能够抑制未成年犯罪的频发趋势，但却有推卸社会责任之嫌。强调刑法是一种教育，旨在惩罚之苦后的改过自新，然对尚不能明白惩罚意义的低龄未成年人，意图挥舞刑法的大棒进行教育惩戒，不仅不能起到规诫作用，还可能使低龄未成年人在交叉感染之下再次犯罪。此外，降低刑事责任年龄也并非真正意义上有效控制未成年人犯罪频发趋势，而是通过监狱羁押使再次犯罪推延至成年之后，难言犯罪预防的有效性。

维持或提高刑事责任年龄的观点取径未成年人保护，申彰刑法感化、教育、挽救的立法宏旨，阐扬刑法轻缓化的发展趋势，着力未成年人最大化利益的获得，是价值层面的立法取向，在承担社会失职，防止监狱交叉感染，保护低龄未成年人利益上具有一定成效。但是，维持或提高刑事责任年龄的观点旨在未成年人的特殊保护，难以解释低龄未成年人人权何以优位于被害人人权？诚然，未成年人是祖国的希望，民族的未来，担负国运恒昌的历史重任，应当予以教化改良，错行纠正。问题是，对于纠错矫治无力的低龄未成年人，过分保护难道不是对受害人的熟视无睹吗？同时，纠错矫治无力可能纵容低龄未成年人犯罪，导致更为恶劣犯罪行为的发生，并在已达刑事责任年龄时予以定罪入刑。两相对照，显然再犯入刑的刑量将高于初犯的入刑，其结果不仅不利于低龄未成年人保护，反陷低龄未成年人于愈加不利的境地。此外，维持和提高刑事责任年龄的观点也不能阐释保护低龄未成年人利益而牺牲稳定社会秩序的正当性，陷入纯粹的价值考量误区。

综上，降低刑事责任年龄的观点着力客观实害的考量，高危风险的防范，旨在通过刑法的及时出场，一劳永逸的祛除恶害，无法洞彻客观危害可归责于行为人的原因根据，在未成年人特殊保护问题上陷入窘境。坚守未成年人保护底限，强调从价值考量维持和提高刑龄起点界限，力倡刑法对低龄未成年人的宽容美德，又无从改善纠错矫治措施失力后的秩序混沌，面临低龄未成年人犯罪的多发困境。笔者认为，无论是基于低龄未成年人所致的客观危害还是保护未成年人利益的价值坚守，都仅仅是该当刑法惩罚之行为在现实世界多维镜像中的某一侧面，不能直接作为入刑的依据。如刑法惩罚的行为包摄造成客观危害后果的行为，然造成客观危害后果的行为不一定由刑法调整，如紧急避险，正当防卫。同样，刑法以保障人权为内容，但并非意味着刑法不能剥夺他人人权。由此可见，以往刑事责任年龄起点界限之所以纷争四起，最根本的原因在于局限刑法惩罚行为的外在特征，而未能深入探究低龄未成年人该当刑法惩罚的内在义理，致使刑事责任年龄的起点界限陷入特征决断的纷扰之中。

### （二）刑事责任年龄起点界限之正当性溯源

降低刑事责任年龄使低龄未成年人进入刑法的视域，必然扩张刑法的界限；维持刑事责任年龄旨在保持刑法的既有调控范围，使刑法之力不能施加于低龄未成年人；提高刑事责任年龄意在保护未成年人利益，定然限缩刑法的界限。由此可见，刑事责任年龄的纷争实际上也就是刑法边界的纷争，需要在探究刑法本质的基础上，获悉刑法惩罚的正当性。

而欲探究刑法的本质，必先从外部特征予以切入，须知现象是获知本质的不二真理。但是，这种外部特征并非恣意选择，而应当是剔除共性特征之后独立于其他部门法的本质区别。否则，如果仅仅从刑法的一般特征予以探寻，就不可能将刑法与其他法区分开来，进而混淆刑法与他法的界限。如客观危害并非刑法独立于他法的特征，而是刑法与他法的共有之物。如民法、环境法调整的行为也是具有客观危害的行为，因此试图从客

观危害甄别刑法与他法的界限并不具有可行性。事实上，刑法与他法的调整对象的区别并不是社会危害的外在特征的不同，而是社会危害程度的不同，而程度显然不能够从外在特征予以直观的获取。从这个层面上说，以往刑事责任起点年龄的纷争取径客观危害外在特征的做法并不能准确获知刑法与他法的界限。此外，对未成年人人权的保护并非刑法的宏旨，而是众法调整的夙愿。况且，刑法对未成年人的保护是基于宪法人权保障之人人平等基础上的内容提炼，并不能将其作为刑法与他法独立的特征而予以考量。

刑法是一种惩罚法，脱胎于私权，是私力救济无力后的无奈之举。就本源意义上而言，我们“每一个人对每一件事情都具有权力，并有权做他认为对保全自己有必要的任何事情。”[①]但是，随着社会的进步的和文明的开化，人们逐渐丧失血腥报复的能力，而多有公力救济的愿望。当每个人都意图寻求公力庇护，并平等的让渡私权时，就形成公意。[②]此时，国家可以在公意授权之下强制剥夺一个侵犯他人权利者的财产、自由，甚或生命。

不可否认，刑法既是一种惩罚法也是一种“后盾法”和“保障法”，惩罚的目的旨在后盾保护，私权保障，其制裁措施——刑罚，是刑法与其他部门法的唯一外在区别。探寻刑法的本质必须以刑罚为切入点，从刑罚调整的社会关系予以把握。

直观的看，刑罚是国家对个人实施的强制惩戒，其一端是掌握刑罚生杀予夺大权的国家，另一端是任何一个因为犯罪而应当受到刑法处罚的弱小公民，调整的是国家与公民之间的关系。但是，如果将刑法调整的社会关系定位于此，并不足以将行政法和刑法有效区别开来。因为，行政法亦是通过国家行政机关对公民个人施加的惩罚，调整的亦是国家与个人之间的关系，两者并无不同。实则不然，刑法中，国家对弱小公民的刑罚科予并非国家某一公权力机关的职责担当，而需要举国家整体之力才能予以实现。在刑事立法阶段，刑法的制定需要依靠立法委员会的起草，人大会议的决议才能实现。在刑事司法阶段，刑法的有效实施需要依仗侦察机关的案件调查，检察机关的审查起诉，审判机关的开庭审理，执行机关的刑罚矫正才有望实现。这些机关调集了国家全部的强制力量，是作为整体的国家对弱小个人实施的惩戒。而行政法调整的社会关系中的一端仅是行政机关，是国家众多职能部门中的一员，其制定，实施和处罚并不需要国家其它职能部门的通力合作和协同配合，因此代表的仅仅是部分的国家与个人之间的关系。刑法调整之另一端的个人与行政处罚之个人亦大相径庭。刑罚的内容是人身，财产，政治权利，甚者生命的限制与剥夺，均是自然人最基本的权利，通常只能由个人来承担，即便刑法规定有单位犯罪，有关人身权利的刑罚也不能施加其上，而只能通过惩罚单位负责人的方式予以实现，因此刑法惩罚的另一端是孤立的个人。行政处罚则不受此限制，可以将触角延伸至法人和单位。就此而言，刑法调整的是整体的国家与孤立的个人之间的关系。那么，国家有何理由动用自己全部的暴力强制剥夺一个公民最基本的权利。追根溯源，刑法剥夺一个公民最基本的人权乃是因为公民的行为威胁到国家基本法律制度的有效运行，如果刑法不予重磅出击，严加规制，国家的基本法律制度将难以为继。此时，国家出于维护社会秩序，保障国家基本法律制度有效运行之职责担当，对施害公民予以刑罚惩戒。如诈骗，如果不用刑法规制，而予以民法调整，诈骗将成为只赚不赔的买卖。基于诈骗行为的隐匿性，信息欺骗性，诈骗被发现的几率较低，倘若弃刑而用民，诈骗发现后也仅仅是赔偿损失和恢复原状，并无额外的成本附加。此时，基于趋利秉性，必然诈骗成风，倘若每个人都实施诈骗行为，则民法保护的财产权制度将无法运行。故刑

①[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复译，商务印书馆 1987 年版，第 241-242 页。
②[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 20 页。

法必须剥夺破坏国家基本法律制度之行为人的基本人权。刑法调整的社会关系也可进一步表述为国家的法律制度与公民个人基本人权之间的关系。

但是，人权是神圣不可侵犯的，任何人都不得恣意侵害。《世界人权宣言》开宗明义，“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。他们赋有理性和良心，并应以兄弟关系的精神相对待。” “人人有权享有生命、自由和人身安全”。随着人权公约的广泛缔结，人权观念得到大加申彰和极力渲染，几乎没有一个国家不宣称自己是人民的国家，是以保障公民基本人权为宏旨的，并将国家尊重与保障人权明确载于宪法。但是，刑法调整的是整体的国家与孤立的个人之间的关系意味着国家在宣扬人权保障的同时，也可以通过刑罚的残酷手段强制剥夺一个弱小公民的基本人权，从而陷国家于自相矛盾，函矢相攻的境地。然事实并非如此，国家的法律制度执基公民财产、身体等基本权利的调整，是保护公民人权的制度规定。同时，国家的法律制度以全体公民为适用对象，其内容必然涵摄对全体公民人权的保护。倘若其不能有效运行，则全体公民人权必然遭受侵害。此时，为了保障全体公民人权，只能牺牲犯罪人的基本人权，是人权之间的权衡，而不是对国家权威的捍卫。对此，也许有人会质疑，人权并无大小之分，尊卑之别，每个人的基本人权都是应当不加歧视的得到保护和尊重的普遍权利。[①]笔者认为，事实并非如此，“人权在时间上是一个日趋演进，不断丰富，逐渐发展的概念，是历史观念和历史实践的具体展开”，[②]予以大小权衡并无疑议。同时，基本法律制度是公众意愿的凝结，应当予以公众认同的考量。在当下，肯定全体公民人权高于公民个人基本人权已然是种社会共识。换言之，刑法调整的是全体公民人权和个人基本人权之间的关系，刑法的本质是对全体公民人权的保护。

从刑罚调整的社会关系，我们可以清晰的获知，刑法惩罚的正当性源于对全体公民人权的保护，是国家在全体公民人权和个人基本人权的冲突之际，不得已牺牲公民个人基本人权，保全全体公民人权的做法。从这个层面上说，某种行为当否刑法调整，首要考虑的是该行为是否危及到全体公民人权，如果不予刑法调整，全体公民的人权必然惨遭侵害，则必须适用刑法。就此而言，不论行为所致后果如何严重，倘若并未危及全体公民人权，就不当纳入刑法调整，如紧急避险和正当防卫。反之，即便没有造成实质性的危害后果，也可能因为危及全体公民人权而予以刑法规制，如未遂犯。刑法的边界划分以刑法惩罚的正当性为基，也应秉持不得已原则，从全体公民人权和公民个人基本人权的不得已抉择中予以判定，这一过程既包摄刑法不到不得已不能用的当然内涵，亦涵盖刑法到了不得已必须用的实质意蕴。刑法是社会管控的最后防线，不到紧迫必要的状态不能轻易适用 ，“社会只有在迫不得已的情况下，才能规定并运用刑法（罚）；刑事制裁只能作为迫不得已的极端手段”。[③]不可否认，刑法是最为严厉的国家制裁，只有更为缓和的国家手段（像民事制裁、公法上的禁令、运用违反秩序或其他社会政策性措施）无力维护和平和自由的时候，才允许刑法的介入。[④] 如果其他制裁措施尚能展现生机和活力，刑法则没有介入的必要。刑法只能是没有合理替代措施后的无奈之举。[⑤]必须强调的是，刑法并非一味的谦抑退避，而应当坚守不得已的限度。事实上，“刑罚超过必要限度就是对犯罪人的残酷，刑罚达不到必要限度则是对未受保护的公众的残酷，也是

①夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 169-170 页。
②杨春福：《人权法学（第二版）》，科学出版社 2010 年版，第 21 页。
③陈忠林：《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 7-8 页。
④[德]克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 70 页。
⑤[美]哈伯特· L·帕克：《刑事制裁的界限》，法律出版社 2008 年版，第 293-294 页。

对已遭受的痛苦的浪费。”[①]

刑事责任起点年龄的纷争以降低和维持抑或提高刑事责任年龄为焦点，涉及刑法边界问题，应当以刑法惩罚的正当性为基，从刑法适用的不得已予以考量。然而，以往刑事责任年龄的纷争过于关注客观危害的考量，未成年人特殊保护的价值坚守，而忽视刑法惩罚之正当性探求，导致刑事责任起点年龄的设定在众多外部特征中偏于一隅。显然，造成客观之害的行为并不必然危及全体公民人权，对低龄未成年人的特殊保护也未必悖反保护全体公民人权的初衷，故局限刑法惩罚的某一外部特征，而不是深入实质，是不可能获知刑法惩罚的正当性，亦不可能以此为据准确决断刑事责任起点年龄。

### （三）刑事责任年龄起点界限之标准探寻

刑事责任起点年龄的设定需要执基刑法惩罚的正当性，从全体公民人权和个人基本人权的权衡中予以不得已考量。刑事责任年龄的起点界限既是一个刑事责任年龄的确定问题，亦是一个刑法边界的研判过程，应当在回溯刑法边界之理论标准和实践标准的基础予以准确抉择。

1.刑事责任年龄起点界限的理论标准

从理论上说，只要是有害全体公民人权的行为都应当纳入刑法调整，刑事责任年龄的起点界限亦不例外。刑法以剥夺公民基本人权为内容，是如此严重的恶，对社会并无积极促进意义而言，必须予以严加考量，谨慎适用。[②]刑法居于后盾之法和保障之法的地位，是他法无力的最后手段，其不得已的强制惩戒旨在维护基本法律制度的有效运转，确保全体公民人权免受他人侵害，必然涉及基本法律制度的有效性考量，以及相应法律制度的倾覆性判断。

其一，现有的法律不能有效调整，是评判刑法当否介入的前提条件。国家的基本法律制度通过将社会生活中一致认同的团体规则，行为习惯予以法定化，确保稳定社会秩序的获得，其趣意在于通过法律制度的规定，补强公民个人权利的保护，且使每个人的权利都具有法律平等保护的地位，是基于保障全体公民人权的宏旨。倘若现有的法律制度不能有效调整，那么就意味着依仗法律制度保护的全体公民人权难以实现，此时，刑法始有介入的可能。

其二、如果不用刑法调整，相应的法律制度是否必然崩溃，是决定刑法介入的充要条件。现有的法律制度不能有效调整，仅是全体公民人权可能遭受侵害的预警，是否确定无疑的受到侵害，还要考虑与此相应的法律制度是否必然崩溃。倘若现有的法律不仅无能为力，且面临紧迫必要的倾覆危险，则不予刑法规制，全体公民人权必然遭遭侵害，需要予以刑法的主动出击。反之，刑法的力不从心并不会导致相应法律制度的崩溃，不予刑法调整，也无害全体公民人权，则不当予以刑法规制。国家的法律制度通常是人们长期生活经验的总结，具有行为导引的功能，其趣意在于将共识习惯，常情做法、经验法则固定于法条之中，以寻求纠纷解决的公力救济途径，避免纠纷成本的增加。回溯法律制度的生成，在法律救济之外，公民还有道德约束和私力救济两种方式可资选择。因此，现有的法律制度无效，并不一定意味着相应法律制度的崩溃，其他救济措施的隐退。如微小数额的盗窃，民法制度的无力会将坚守正义的责任回归至道德约束，此时人们对小偷小摸的厌弃和不耻就会替代民法制度而发生作用。就此而言，法律制度调整无力之际，我们应当首先回溯道德和私力救济，检视民间法则的调控作用是否完全缺失。此外，

①[美]戈尔丁：《法律哲学》，三联书店 1987 年版，第 151 页。

②[日]西原村夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，上海三联书店 1991 年版，第 2-3 页。

即便现有的法律制度无力，且不予刑法调整，相应的法律制度必然崩溃，我们也应当在考查改进和完善相应法律制度能否化解自身倾覆困境的基础上予以适用。倘若予以相应法律制度的改进和完善能够在较短时间内化解崩溃危机，则国家应当出于保全全体公民人权和个人基本人权的双向考虑，而予以改进和完善。倘若穷尽现有资源仍然不能实现完善和改进相应法律制度的效果，则只能不得已牺牲公民个人的基本人权。必须强调的是，全体公民人权和公民个人基本人权都是国家应当保护的权利，牺牲公民个人基本人权只能是不得已的无奈之选，故当改进和完善相应法律制度的条件成就之时，国家应当倾力予以改进和完善，并取缔刑法的规制，回溯刑法的界限。以往刑事责任年龄起点界限的纷争之所以难以达成共识，就在于未成年人纠错矫治措施败北而归之际，未能检视改进与完善此种措施的可行性，导致刑法的适用陷入强力助推和无力而治的两级。

2、刑事责任年龄起点界限的实践标准

刑事责任年龄的起点界限关乎刑法作用的空间，惩罚的范围，涉及未成年人基本人权的强加限制与残忍剥夺，容不得丝毫马虎和偏差。虽然理论的推演殚精竭虑于全体公民人权的保护，但却可能由于无法关照实践生活的多变样态，而出现刑法界限的过或不及。有鉴于此，我们必须将理论判断回归至实践检验，并予以动态纠偏，以此确保刑事责任年龄的起点界限与保障全体公民人权实时趋同。

其一、适用其他法律调整，是对危害行为的鼓励或者奖励时，必须适用刑法。国家的法律制度既是一种行为规范，也是一种裁判规范，行为规范旨在通过规则的明确化，导引人们做出无害他人的行为，裁判规范意在为司法裁量提供圭臬，通过公正惩罚规诫公众不要做出违反法律规则的行为。显然，裁判规范的功能是服务于行为规范的功能，其最终目的是引导人们做出适法行为。因此，如果适用其他法律制度不能起到贬抑恶行的目的，而是对恶行的变相褒奖和实质鼓励时，其他法律制度的适用就嬗演为导引恶行的行为规范。此时，人们在其他法律制度的实质肯定之下，通常会出于趋利秉性的考量而竞相实施恶行。倘若每个人都实施某种恶行，则此种恶行必然肆掠成风，那么其他法律制度保障之下的全体公民人权定然不复存在。故从行为正负两性的导引作用，可以直观的测量刑事责任年龄的起点界限是否偏离刑法保障全体公民人权的初衷。

其二，刑法的处罚不当让社会感到普遍同情。刑法的界限既不能太过宽纵，也不能过于严苛，而应当在保障全体公民人权的基础上宽严相当，不偏不倚。事实上，悖离保障全体公民人权的刑法宽容，不仅会纵容恶行，也会使施害者成为受害者，进而陷法律制度于形同虚设的境地。相反，刑法的严苛又会束缚人们的自由，并有随时触碰刑法底限的风险，致使刑法沦为强权镇压的工具。我们毋宁忘记的是，刑法以保障全体公民人权为己任，只能施加于侵害全体公民人权的恶行，而不能罪及无辜。刑法脱胎于私权，是公众求助公权对自身权利的保护。因此，对于是否侵害全体公民人权，应当以公众为视角，从公众的认可态度予以考量。不可否认，刑法的样态应当是社会意识形态的忠实反映，公众认为什么样的行为具有应当受到刑法非难可能性的问题，是显示该社会的道德态度的晴雨表。[①]换言之，刑法的规制范畴应当与大众情感相符，民众预期契合。如果刑事责任年龄的起点设置收到的不是民众的首肯，而是对犯罪者的同情，那么刑法的规制一定偏离了公众保障自身人权的初衷，并有畸重情形。此外，在刑事责任起点年龄的设置上，我们应当侧重对已生育子女者的情感考量。这部分人已为人父母，自己的子女既有可能成为受害者，亦有可能成为未来犯罪的风险制造者，相较未生育子女者更能

①张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 1 页。

进行谨慎考量，其情感意愿更接近公众保障全体公民人权的需求。由此可见，通过公众情感考察，可以直观的测量刑法界限的适正性，并在偏离保障全体公民人权不得已限度之时，予以动态调整。

## 四、刑事责任年龄起点界限的实践应对

刑事责任年龄的起点界限决定刑法的限缩与扩张，乃刑法边界的确定问题，应当执基刑法惩罚的正当性，载荷公众意愿，从全体公民人权和个人基本人权的不得已抉择中予以实践应对。

### （一）刑事责任年龄起点界限的界分核心：保障全体公民人权

溯源刑法惩罚的正当性，无论降低还是维持亦或提高刑事责任年龄，都应当基于对全体公民人权的保护，舍此别无其他。事实上，刑事责任年龄的起点界限既不是对未成年人犯罪严峻形势的威慑应对，也不是基于未成年人的特殊保护，而是出于未成年人行为是否危及全体公民人权的考虑。对于当下未成年人纠错矫治的乏力，刑法也不是当仁不让强制惩戒的首要之选，而是不得已的后位抉择。在刑法主动出击和宽纵低龄未成年人错行问题上，并非简单的客观危害和价值坚守的考量就足以决断刑事责任年龄的起点界限，而唯有对危害背后的两种人权大小进行权衡尚可获知。倘若未成年人纠错矫治的乏力并不必然导致相应法律制度的崩溃，亦或通过改进未成年人纠错矫治措施就可避免相应法律制度的倾覆，则不当纳入刑法规制。反之，如果穷尽法律规定和改进措施均无法避免相应法律制度的崩溃，则应当及时纳入刑法规制范畴。同理，在对待生理年龄前移的问题上，亦应当从保障全体公民人权的视角予以公允探寻，而不当局限于未成年人生理年龄的物理变化，唯此，刑事责任年龄的起点界限设定才不失为正当。

### （二）刑事责任年龄起点界限的界分结论：维持入刑年龄规定

对于刑事责任年龄起点界限的具体设定：当否降低刑事责任年龄的焦点纷争，笔者并不急于做一个非此即彼的解答，而试图以刑法惩罚的正当性为基予以全景式展示，以期逐层推展、递次呈现刑事责任年龄在依循刑法边界标准过程中的逻辑演绎和动态测量，进而在考量何种刑事责任年龄害及全体公民人权，且必须予以刑法不得已应对的基础上准确界分刑事责任年龄的起点界限。

当否降低刑事责任起点年龄，必须首要判断如果不予追究未达刑事责任年龄者的刑事责任，是否会使现有的法律制度不能有效调整。当前，未成年人低龄化犯罪呈现高危发展态势，对现有法律制度的有效调整形成直接威胁。中国预防青少年犯罪研究会的统计数据表明，在未成年人犯罪中，14 岁至 16 岁年龄段所占比重逐年提升，至 2013 年已突破 50%。[①]虽然这一数据是已达刑事责任年龄者的犯罪数量，但是从未成年人犯罪发展的趋势和犯罪年龄段的分布，我们可以合理预估，未达刑事责任年龄而不予追责的行为亦不在少数。近年频频爆出的儿童杀人案，伤害案、抢劫案足以证明恶性行为的实施年龄已提至 14 岁之前。与此同时，我国的少年司法制度又处于规制无效的境地。少管所混合羁押的交叉感染，工读学校的学费拒斥，家庭监管的缺乏约束使低龄未成年人纠错矫治措施流于形式。更为致命的是，少年司法制度的无力使低龄未成年犯罪者在脱逸刑法监管之后，无法得到有效的预防矫治，导致喂肥再宰的悲剧上演。加之，未成年

① 参见张寒玉、王英：《应对未成年人犯罪低龄化问题之制度建构与完善》，载《青少年犯罪问题》2016 年第 1 期，第 16 页。

人生理发育的提前，成人知识的网络获知，又助推了低龄未成年人犯罪的恶性化趋势和频发化后果。基于上述考量，有人认为，未达法定刑事责任年龄者的恶性行为已经使现有的保障公民基本权利的民法制度不能有效运转，刑法应当及时出场，以免低龄未成年人的恶性行为在缺乏监督之下愈演愈烈。①

对于低龄未成年人犯罪，现有法律制度不能有效运转的论断笔者持肯定态度，但是对于予以刑法规制的观点，笔者认为还是太过草率。就当前低龄未成年人犯罪的严峻形势和矫治现状而言，刑法囿于刑事责任年龄的明确规定不能予以调整，而民法之等价赔偿、恢复原状，又不足以抚慰杀人、伤害等恶性行为对被害人的心灵创伤。因此，其他法律制度实质上处于无效运转的状态，但前已述及，其他法律制度是否有效调整仅仅是适用刑法的前提条件，而非充要条件，是否介入刑法，还需进一步考量，如果不用刑法调整，相应的法律制度是否必然崩溃。如果必然崩溃，刑法必须介入，刑龄自然应当予以降低。反之，相应法律制度并无崩溃的风险，则刑法应当退居幕后成为守夜人，刑龄亦没有调低的必要。

现有的法律制度不能有效调整，仅仅意味着法律的成本附加无法作用于低龄未成年人，其实施有害行为不会受制于法律制度的明文规定，从而使法律制度成为束之高阁的无用摆设。但是，在法律调整之外，还有道德习惯和经验法则，法律制度仅仅是道德习惯和经验法则某一方面的规则化，因此当现有的法律制度不能有效调整的时候，我们应当回溯道德谴责和民间规则的作用，评价道德约束和私力救济能否避免相应法律制度的崩溃。我国作为礼仪之邦，向来注重道德教化，强调与人为善，并将德化教育贯穿义务教育的始终。道德教育着力道德情感的熏陶，道德意志的锤炼，道德品质的形塑，道德习惯的培养，是一个人形成正确的是非观、善恶观和价值观必不可少的历经过程，非一朝一夕可以完成，而需要经年累月的培养。显然，对于一个尚未完成九年制义务教育的未成年人，道德的教化不足以改变其恶行，如果不予有效规制，相应的法律制度有崩溃的可能。此外，民间规则的约束也较难作用于低龄未成年人。民间规则通常在熟悉社会生活法则的基础上实现，规则的自愿接受者一般能够根据生活经验权衡利弊，比较得失，进而做出遵循民间规则的行为。如熟人之间的无故伤害行为，人们一般会基于不害人的民间规则，以及未来声誉，关系维持的考量而较少实施。对于低龄未成年人，民间规则的约束力显然苍白无力。低龄未成年人长期处于家长监护之下，不可能体验人生百态；未成年人由家庭供给，不可能权衡利弊，在行为时通常不会考虑民间规则适用，而仅凭一时率性而为，这也是缘何校园欺凌在中小学和职业技术学校多发，而在成人群体中较少发生的原因。从这个层面上说，道德教化和民间规则并不能在法律调整低龄未成年人恶性行为无效后，短期内实现避免相应法律制度崩溃的结果。

在道德教化和民间规则无力之际，我们还可借助柔性的未成年人错行矫治措施予以规制。然而，目前我国虽建立了少年司法制度，但显然不甚完善，在针对未成年人错行矫治问题上存在诸多弊病，难以实质性改变相应法律制度崩溃的命运。少管所的强制收容可以使低龄未成年人在强制羁押期间不能继续危害社会，但是混合羁押的交叉感染又可能使低龄未成年人成为未来麻烦的更大制造者。工读教育以错行纠正为宏旨予以专业化的心理教育和道德教化，能够弥补家庭教育的无力和社会教化的失职，但昂贵的学费又使其适用几无空间。家庭教育以回归社会为宗旨在亲情感化上极富优势，然在缺乏外界监督的情况下赋予家庭教化失职者再行教化职责显然收效甚微。同时，未成年人错行

①姚建龙：《中国少年司法研究综述》，中国检察出版社 2009 年版，第 154 页。

矫治措施之间又属于分散状态，而无法恰予连缀，整合一体，致使少管教养、工读教育、责令管教的选择陷入恣意和散漫之中，难言有效性。

在道德教化无力和未成年人错行矫治措施均无功折返之际，相应法律制度的崩溃似乎在所难免，刑法也仿佛有降低刑龄规定的必要。对此，笔者认为还应当进一步考量改进和完善甚或新设未成年错行矫治措施对避免相应法律制度崩溃的可行性。基于刑法适用的紧迫性和必要性，刑法不应局限于现有未成年人错行矫治规定和既有效果，而应当从改进和完善甚或新设未成年人错行矫治措施的角度予以进一步考量。刑法是全体公民人权和公民个人基本人权发生冲突之际，不得已所做的选择，其调整的两种人权都是国家应当保护的对象，国家不当厚此薄彼，另眼相待。当全体公民的人权面临侵害威胁，且除过剥夺公民个人基本人权之外别无他法，国家予以刑法规制始具正当性。因此，刑法的介入必须遵循不得已的限度要求，在确属紧迫和必须的情况下才能予以适用。而紧迫和必须的条件显然不仅包括穷尽现有的未成年人错行矫治措施，亦涵盖改进和完善亦或新设未成年人错行矫治措施。值得注意的是，这种改进措施的考量并非完全脱离改进的现实可行性，而是在可行性和及时性的基础上予以关照。倘若改进措施既不具有实现的可行性，也不具短期实施的现实性，则应当降低刑龄予以刑法规制，并在改进措施的可行性和及时性具备之时再行调高刑事责任年龄。前已述及，我国的少年司法制度已经建立，未能发挥应有效果主要归咎于制度之间的合理衔接，强弱惩罚的阶梯设立，矫正监管的责任确立，以及政府财力的持续投入。对于这些既已存在的未成年人错行矫治措施，完全可以通过改进方式予以优势整合。从有效性来说，改进未成年人错行矫治措施可以扬长避短，有效防止未成年人低龄化犯罪的趋势。增加资源投入，杜绝混合羁押，可以使收容教养于少管所之未成年人在感受隔离羁押之苦和接受德化教育之悔后改过自新，同时收容教养的严厉惩罚也可使潜在施害未成年人望而却步。强制工读教育，免费入学模式，可使危害不甚严重的低龄未成年人获得专业的矫治教育，避免社会矫治的放任自流。家庭教育为主，社区矫正为辅的责令管教，则能够集结社会和家庭的矫治优势。从这个意义上说，改进未成年人错行矫治措施对于防止法律制度无效后的制度崩溃还是极具成效的，有予以大加申彰的必要。从及时性上说，工读学校，少管所均已存在，招募人马，扩建场地在短期内有望完成。即便从即时适用的角度来说，工读学校和少管所不能即刻发挥作用，我们还可以借助社区矫治予以过渡，并在条件成就之时予以转化。《社区矫正实施办法》自 2012 年公布以来，实施 6 年有余，已逐渐趋于成熟。该办法致力于统合公检法专业力量，吸纳社区矫治志愿者，对于弥补未成年人德化教育不足问题大有裨益，可以拓展其空间，将其适用于低龄未成年人。由此可见，改进和完善未成年人错行矫治措施对于防止相应法律制度的崩溃具有及时性和有效性，应当予以适用之。从刑法界限之理论标准的推演适用，我们可以合乎逻辑的得出，当前尚未达致降低刑事责任起点年龄的不得已限度，不宜降低。

但是，这种论断仅是一种理论上的推演，是否危及全体公民人权还要予以实践检验。对于刑事责任年龄起点界限的设定最为直接的检验方式，是从行为引导的善恶性质予以测量。如果不予刑法规制是对低龄未成年人恶性行为的褒奖，必然使未达刑事责任年龄者趋之若鹜，从而变相鼓励此等年龄者实施恶性行为，此时刑法界限过于限缩，应当通过降低刑龄的方式予以界限纠偏。反之，则予以维持。通过改进未成年人错行矫治措施的方式不予降低刑龄，虽然没有增加刑法惩罚的苛厉性，看似无法起到威慑效果。实则不然，按危害程度分级矫治的方式可以使低龄未成年人的矫治措施以危害程度的不同呈现严厉强弱的变化，从而实现威慑潜在低龄未成年人越轨行为的目的。对于极端恶性的

行为施加少年管教的矫治，对于危害程度一般不予少管教育不致继续危害社会的行为予以工读教育，对于危害程度轻微的行为予以家庭管教。如此，在危害分级的情况下予以强弱不同的错行矫治，必然使矫治痛苦与错行程度相当，不予降低刑龄并不会起到褒奖恶行的效果。此外，考虑到中国矜老恤幼的传统，给予低龄未成年人错行矫治后的无罪化宽宥，亦与国情民愿相符。事实上，目前降低刑事责任起点年龄的呼声日甚，并非基于低龄未成年人的残酷恶行，亦非生理成熟年龄的提前，而是基于未成年人错行矫治措施无力后的纵容忧虑。倘若改进未成年人错行矫治措施能够抑制低龄未成年人犯罪的频发趋势，公众自然极力赞成和广为尊崇。

反向考量，刑法的处罚也不当让社会感到普遍同情。从惩治恶行，抚慰受害人的角度来说，不以年龄为限的刑法规制确实能够起到以儆效尤的效果，并被部分人所接纳和认同，特别是在生理年龄前移的情况下其表现更甚。但是，这种接纳和认同是建立在未成年人错行矫治无力以及刑法惩戒有效的基础上，是公众朴素报应情感的直观体现。然而，监狱矫正的强制羁押并不能彻底矫正低龄未成年人的暴戾习气，反倒会使其在缺乏免疫的情况下相互学习犯罪手段，进而在交叉感染之下再次犯罪。加之，犯罪标签的不利影响又为低龄未成年人复归社会增加多重障碍，使夹缝求生的低龄未成年人产生社会抛弃之感，进而再次犯罪。大兴摔婴案中的韩磊无疑就是一个监狱矫治失败的例证，韩磊在获刑 17 年出狱后再犯故意杀人，最终以一颗枪子结束生命，其人生轨迹既让人疾首蹙额、深恶痛绝，又使人扼腕叹息、心生同情。就此而言，在监狱矫治弊病丛生的情况下，将花季少年收监入刑，并闻听花落的声音，必然让人心碎怜悯。故从公众的情感检验，降低刑事责任年龄的做法也是不可取的。

综上，从刑法边界的判定标准层层深入，逐加推展，可以合乎逻辑的得出刑事责任年龄的起点界限不当降低的结论，且这一结论能够经受公众的情感检验，是基于全体公民人权和个人基本人权之间的不得已权衡。但是，不予降低刑事责任年龄，是意味着维持刑事责任年龄还是提高刑事责任年龄呢？笔者认为，从刑法规制的不得已，刑事责任年龄的起点界限应当予以维持，而不当进行提高。这是因为现有的法律制度本已无法应对低龄未成年人犯罪的严峻态势，恶劣行径，而需要改进未成年人错行矫治措施予以针对性的补强，其趣旨在于防止相应法律制度的崩溃。倘若在维持刑龄之后予以提高的加码，则改进的未成年人错行矫治措施就不足以起到防止相应法律制度崩溃的限度。提高刑事责任起点年龄只有在刑法界限过于限缩，且对未成年人的人权剥夺超过了保护全体公民人权的限度之时，才能予以提高。显然，在当下低龄未成年人犯罪的严峻形势之下，尚不具备提高的条件，而只能在改进未成年人纠错矫治措施的基础上予以维持。不过，未来随着未成年人错行矫治措施的日臻完善，矫治效果的逐步提升，刑事责任的起点年龄也会朝着提高的趋势发展，这也是刑罚轻缓化发展的题中应有之义。

### （三）刑事责任年龄起点界限的正当性保障：未成年人错行矫治措施的跟进

维持刑事责任年龄起点界限的前提基础是改进未成年人错行矫治措施，避免低龄未成年人不予承担刑事责任后害及全体公民人权。因此，如何改进未成年人错行矫治措施就成为维持刑事责任年龄起点界限的关键。同时，为充分发挥少年司法制度在矫治未成年人错行上的积极作用，确保未成年人成为刑事责任制度的主要受益者，[①]需要建立一种恰予连缀，整合一体的少年司法制度。这种制度旨在明确各种未成年人错行矫治措施的适用标准，并据以进行矫治。

① [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 176 页。

其一、制定衔接顺畅、强弱适当的未成年人错行矫治适用标准。这一标准可以单独制定，亦可在《预防未成年人犯罪法》中予以明确。适用标准中需要明确未达刑龄者恶性行为的风险等级，并根据风险等级予以强弱不同的惩罚。少管所有强制羁押，限制自由的功能，能够防止低龄未成年人在少管矫治中继续危害他人，可适用于严重的暴力行为，如故意杀人，故意伤害等，且比照已达刑事责任年龄者可能被判处 10 年以上有期徒刑的暴力行为。工读教育限制人身自由的强度次于少管所，可适用于具有一定人身危险性，不予工读教育可能继续危害他人，且比照已达刑事责任年龄者可能被判处 3 年以上 10 年以下有期徒刑的暴力行为和 10 年以上的非暴力行为。责令管教是赋予父母和监护人矫治责任的措施，监管期间被矫治者不脱离家庭和学校，并无自由的限制，是错行矫治程度最弱的措施，应适用比照已达刑事责任年龄者可能判处 3 年以下有期徒刑，且不予工读教育和少管教养不至继续危害社会的行为。

其二、明确未成年人错行矫治期限。基于矫治效果的考量，以及矫治措施信息传递之于潜在低龄未成年恶性行为实施者的威慑作用，矫治措施的适用期限应当明确。鉴于低龄未成年人可塑性较强的特点，以及轻惩低龄未成年人的理念，低龄未成年人错行矫治的时间应不等同于相同情形下监狱羁押的时间，而应予以减半考量。即少管教育的期限应调整为 5～10 年，工读教育的时间为 1～5 年。责令监管是赋予父母和监护人予以家庭教育的矫治责任，存在监管不力和期限不明的弊病。对此，可明确规定社区矫正和责令管教的同时适用，以此借力社区矫正力量对家庭监管的教育补强和效果监督，且此期限宜规定为 1～3 年。

其三、确凿未成年人错行矫治措施的科予主体。建立以人民法院为科予主体的未成年人错行矫治制度。未成年人错行矫治措施既是一种福利，也是一种惩罚，福利是基于国家资源的专项投入，是未成年人的特殊权利，惩罚是源于强制教育对自由的束缚，是错行之后的惩罚代价。从这个层面上说，未成年人错行矫治措施的科予必须与其行为的恶劣程度相当，才能确保矫治惩罚的适正性，矫治资源利用的有效性。那么，谁有权利决定低龄未成年人错行矫治的种类和期限呢？笔者认为，从未成年人错行矫治措施包摄惩罚成分的角度出发，应当由人民法院予以担当，即人民法院在认真审理案件事实的情况下，比照应达刑事责任者实施相同行为可能判决的刑期，判断未成年人恶行的风险等级，并决定其适用的矫治措施类型和期限。同时，人民法院作为专业审判机关可以确保在获知案情真相的情况下，公允判定未成年人错行矫治措施的类型和期限，其决定过程既是对未达刑龄者的非难，亦是对恶行的公正裁量，较公安机关恣意决定少管教养、工读教育还是责令管教而言，更具司法公信力。值得注意的是，人民法院对未达刑事责任年龄者适用矫治措施的决定并非刑事判决，无任何犯罪标签，且由专门的少年法庭做出。少年法庭在审理未达刑龄者恶性行为时，应采用圆桌会议的方式作出，尽量避免法庭肃穆对未成年人身心发展的不利影响。在未成年人错行矫治措施的执行过程中，倘若未成年人积极改过，可以由矫治机关提请人民法院做出减少矫治期限和变更矫治措施类型的申请，法院应当根据法律规定做出相应的决定。对于具体情节，国家应在《预防未成年人犯罪法》中予以明确规定。

其四、附期限的未成年人错行矫治措施。未成年人错行矫治总体上来说倡扬感化、挽救的方针，是一种纠错教育，即便涵摄束缚自由的惩罚因子也仅是为提高纠错效果而服务，其威慑功能明显弱于刑罚，这也是缘何公众对杀人少年仅送工读质疑不断的原因。笔者认为，为防止低龄未成年人继续犯罪，威慑潜在未达刑事责任者前仆后继，应当对科予错行矫治措施的未成年人附一定的考验期限。如果未成年人在考验期内再次犯罪，

且已达刑事责任年龄，则应当撤销未成年人错行矫治措施，而改判与错行矫治措施时间相当的刑罚，并与后行为之应当科予的刑罚进行并罚。此种做法是基于恶意补足年龄的考虑。未达刑龄者在错行矫治过程中本应去除恶性，悔过自新，重新复归社会。然而，未达刑龄者在接受错行矫治过程中不仅不能幡然悔悟，还在已达刑龄后继续施恶，足以证明该未成人主观恶性较大，应通过恶意补足年龄，追究前案罪行。如考验期内再犯新罪时，未成年人仍未达到刑事责任年龄，此时不能进行刑事判决，但可以根据行为的恶劣程度改变未成年人错行矫治措施的期限和方式，如责令管教可变更为工读教育，工读教育可升格为少管收容，已处少管收容则进行期限提高。对于未成年人错行矫治措施附条件不处罚的期限，应当与已达刑事年龄者实施相同罪行可能判处的刑期相当。如对于故意杀人可能判处十二年有期徒刑的行为，决定收容教育的期限是六年，附条件不处罚的期限是十二年。考虑到对未成年人的特殊保护，追究前案的条件应定位于已达刑事责任年龄可能判处三年以上有期徒刑以上的刑罚。

其五、充足未成年人错行矫治投入

未成年人错行矫治措施旨在阻止未达刑龄者再次危害社会，规诫他人不要重蹈覆辙。然而，以往的未成年人错行矫治措施总是存在这样那样的弊病，要么沾染恶习，要么止步不前，其错行矫治的效果差强人意。笔者认为，以往未成年人错行矫治措施之所以流弊丛生，最根本的原因在于资源匮乏，有限的少管所和工读教育难以接纳不断增长的恶行未成年，导致责令管教的广为适用，即便接受少管收养，囿于资源的匮乏，也难以做到隔离羁押，交叉感染自然在所难免。同时，未成年人错行矫治机构的人力资源也处于匮乏状态，难以做到有针对性的特殊教育。笔者认为，问题少年通常都有其各自的恶习，错误的人生观和价值观， 需要社会投入更多的特殊关爱，更强的正性影响，因此招募大量道德高尚、富有爱心的矫治人员将有助于化解这个矛盾。对于资源匮乏问题，则可以通过改造废弃劳教所的方式予以适用，不过不能沿用劳教的模式，而应当重新招聘专业的矫治人员予以改头换面的变革。此外，增加投入，新设少管所和工读学校，取缔工读学校高额收费的现状，转由政府投入的义务教育模式。不可否认，低龄未成年人犯罪是社会教化失职的结果，国家应主动承担责任，增加错行矫治的成本投入，进而弥补社会的教化失职。必须强调的是，全体公民人权和低龄未成年人的基本人权都是国家应当保护的权利，在增加未成年人错行矫治投入可以有效防止低龄未成年人犯罪之时，国家不能仅从成本考量，选择刑罚而拒斥投入。须知，人权是高于经济利益的，个人基本人权更是如此。

## 五、结语：刑事责任年龄起点界限的正义回归

伴随影视传媒的暴力充斥，网络文化的不良影响，未成年人犯罪呈现愈演愈烈之势。低龄未成人侵财盗窃、聚众斗殴、校园欺凌的猖獗，暴力伤害、故意杀人、恶性强奸的频发，在极大威胁公众秩序，人民安危的同时，也拷问刑法规制的底限，需要溯源刑法的边界，从刑法惩罚的正当性予以考量。对此，人大代表，法律权威和业界精英基于不同视角给予了仁者见仁，智者见智的建言。他们或取径刑法强制惩戒的威慑功能，申彰降低刑龄应对低龄未成年人犯罪高危风险的宏旨；或依托国际公约，凸显儿童最大化利益抗衡刑法规制的夙愿；或问道未成年人生理年龄与心理年龄的同步变化，强调降低刑龄对未成年人犯罪的积极应对；或执著刑法轻缓化趋势，强调刑法宽容是行诸大潮大势的安身立命之法。这些建言从该当刑法惩罚的某一侧面予以切入，窥一斑而未见全貌，难以洞彻刑法惩罚的正当性。基于低龄未成年人犯罪严峻形势之客观危害的考量，不能

阐释牺牲低龄未成年人基本人权维护秩序稳定的正当性；阐扬低龄未成年人特殊权利保护，无法化解人人平等和低龄未成年人权利优先的矛盾；借助生理年龄的早熟推断心理年龄的前移，无力平抑网络不良毒害与成人规则提早获知之间的纷争；力倡刑法宽容美德，又无从缓解纵容恶害和保障人权之间的紧张关系。

事实上，何种年龄该当刑法惩罚并非基于客观危害的恶劣程度，亦非价值操守的高尚品评，而是洞彻刑法本质之上的正义应对。从刑法与他法的唯一区分——刑罚，我们可以合乎逻辑的推演出，刑法调整的是全体公民人权和个人基本人权之间的关系，明晰国家对两种人权都应履行的保护职责，洞彻刑法对犯罪人基本人权的剥夺源于保护全体公民人权的不得已选择。刑事责任起点年龄的设置关乎刑法的扩张与限缩，举涉未成年人基本人权的剥夺，应当从保障全体公民人权的不得已抉择中予以应对。即从现有的法律不能有效调整，以及不予刑法调整相应的法律制度是否崩溃予以理论研判，同时辅以实践的情感验证，从适用其他法律，是否是对行为的鼓励和褒奖，以及刑法的处罚不当让社会感到普遍同情进行正反双向的动态检测。当前，严峻的未成年人犯罪形势虽然使现有的法律制度不能有效调整，且借助道德力量、穷尽未成年人错行矫治措施仍然无法避免相应法律制度的崩溃，似有降低刑龄的必要。但是，基于刑法保障全体公民人权之不得已抉择的合理内涵，穷尽未成年人错行矫治措施应包摄改进、完善以及新设的情形，只要这种改进、完善以及新设是及时和必要的，对防止相应法律制度的崩溃是有效的，就应当在改进、完善和新设的基础上维持刑事责任年龄。在成本考量和人权保障之间，人权保障应无可指摘的优位于成本考量。

不可否认，制定衔接顺畅、强弱适当的未成年人错行矫治措施；建立主体明确、期限确凿的未成年人错行矫治程序；充足未成年人错行矫治措施的政府投入，人才供给能够避免相应法律制度的崩溃，亦能防止维持刑龄后的恶行褒奖，应当在此基础上坚守刑事责任年龄的起点界限。毋庸置疑，低龄未成年人犯罪的客观危害和价值坚守并非决定刑法介入的圭臬，而唯有保障全体公民人权才是刑法惩罚的终极目标。刑事责任年龄的起点界限只有秉持保障全体公民人权之理念，遵循刑法介入的不得已限度，才能契合民心，回归正义。

# 有组织犯罪专题

# 黑社会性质组织犯罪的司法审判与法理检讨

## ——基于立法论、解释论与法教义学立场

四川大学法学院 魏 东*

【内容摘要】黑社会性质组织和黑社会组织是法定性概念，而我国有关司法解释性文本规定的“恶势力”、“恶势力犯罪集团”与“黑恶势力”属于政策性概念，因此刑法解释论上需要适当关注法定性概念与政策性概念之间的关联关系和政策性功能。黑社会性质组织是我国有组织犯罪中最具备“黑社会”（组织性质）的较完备形态，最接近于国外的黑社会（组织），可以说它既是黑社会（即基本具备黑社会的“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”三个核心特征），又不是典型的黑社会（不完全具备黑社会的其他附随性特征），因此刑法解释论上需要对三个核心特征进行严格解释适用，而对其附随性特征（即经济特征）可以进行适当宽松解释适用。对涉黑犯罪的具体定罪量刑，要特别注意对涉黑的组织者、领导者、参加者以及包庇、纵容者的“明知”与责任限定进行刑法教义学审查，确保涉黑犯罪个案的司法公正性。

【关键词】黑社会性质组织 法定性概念 政策性概念 核心特征 刑法解释论

### 绪言：问题意识及其法理抽象化

我国“涉黑犯罪”的主要罪名是指我国《刑法》第294条所规定的组织、领导、参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织罪、包庇、纵容黑社会性质组织罪等三个。从近20余年司法审判和理论研究情况看，我国“涉黑犯罪”的解释适用出现了一些争议问题，这些问题主要集中在黑社会性质组织四个特征和涉黑犯罪行为人主观明知的具体认定上，可以说至今没有完全解决。尤其是当前我国在全国范围内开展的“扫黑除恶”专项斗争中，这些“涉黑犯罪”的争议问题更加集中地凸现出来，迫切需要“针对实践中遇到的新情况、新问题”，“贯彻落实《中共中央、国务院关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》精神，统一执法思想，提高执法效能，依法、准确、有力惩处黑恶势力犯罪”，严格“坚持依法办案、坚持法定标准、坚持以审判为中心，加强法律监督，强化程序意识和证据意识，正确把握‘打早打小’与‘打准打实’的关系，贯彻落实宽严相济刑事政策，切实做到宽严有据，罚当其罪，实现政治效果、法律效果和社会效果的统一”，因而十分有必要对这些争议问题进行深刻的法理检讨。

找准问题是解决问题的重要前提。如前所述，涉黑犯罪的争议问题表面上看主要集中在黑社会性质组织四个特征和行为人主观明知的具体认定上，但是这些争议问题的实质是什么，根源是什么？应当说目前理论界对此问题的观察和思考还不是很到位，还远未达成应有的理论共识，从而也在一定程度上加剧了司法实践中出现混乱状况的难以避免性。笔者认为，涉黑犯罪司法认定上出现的这些争议问题在实质上均属于刑法解释性争议范畴，在根源上是由于我国涉黑犯罪的立法规定和司法解释性文本规定存在一些特殊性所决定的。这些特殊性可能表现在以下三方面：其一，我国刑法规定了“黑社会性质组织”“境外黑社会组织”等法定概念，但是刑法并没有明确而严格界定这些法定概念的具体内涵，而司法解释性文本规定中又出现了“恶势力”“恶势力犯罪集团”“黑恶

势力”等非严格法定的政策性概念，形成了法定性概念与政策性概念并存局面，又在一定程度上强化了相关法定概念的解释性争议性；其二，关于黑社会性质组织的法定特征尽管明文规定为四个特征，即组织特征、经济特征、行为特征、非法控制社会性特征（危害性特征），但是四个特征之间的功能定位和逻辑关系均缺乏应有的关注和充分的研究，其在法条中的排序也明显具有随意性，这些特殊性在相当程度上决定了司法认定上不可避免地出现解释性争议；其三，关于黑社会性质组织的认定程序缺乏明确规定和规范指引，部分理论研究成果并没有引起立法者重视，立法上借鉴吸纳国外“扫黑”经验并不充分，也成为司法适用中出现解释性争议的一个不可忽视的因素。笔者认为，围绕着我国涉黑犯罪立法规定和司法解释性文本规定的上列三方面特殊性，展开深入细致的立法论检讨和解释论分析，可以获得某种较为适当的解决方案，为当前我国全国范围内轰轰烈烈开展的“扫黑除恶”专项斗争提供理论支撑和裁判指引。

## 一、涉黑犯罪的解释性争议特点与宏观解决方案

如前所述，我国涉黑犯罪的解释性争议特点，从形成原因上看，主要是由我国涉黑犯罪的立法规定和“准”立法规定（即司法解释性文本规定）的特点所决定，我国立法上出现了“黑社会性质组织”“境外黑社会组织”等法定概念（刑法概念）与“恶势力”“恶势力犯罪集团”“黑恶势力”等非严格法定的政策性概念并存局面，出现了黑社会性质组织四个特征简单列举而没有明确其内在逻辑关系和认定程序的立法缺位状况，从而立法现状影响甚至在相当程度上决定司法面貌，直接导致我国涉黑犯罪的司法实践中出现解释性争议。应当说这些观察均是基于较为宏观的立法论立场所展开的。那么，这种刑事立法论检讨的价值和意义是什么？笔者认为，对黑社会性质组织犯罪的刑事立法论检讨主要有以下两方面的重大价值：其一，刑法解释论价值（司法论价值）。这是立法论检讨的最重要、最现实的价值，因为，刑法解释是对刑事立法的解释，其解释对象是刑事立法（文本），因此刑法解释论必须以刑法立法论为基础和前提，只有把刑法立法原理搞清楚了，才可能合理解释刑法和公正司法；否则，刑事司法和刑事立法就可能脱节，就可能形成立法与司法“两张皮”的现象，这样的刑事司法难说是公正合理的。其二，立法完善论价值（立法论价值）。这是立法论检讨的最深刻、最长远的价值。因为，“良法之治”是我们最根本的法治理想，也是最深刻、最长远的法治建设目标，而“良法之治”的基础和前提是要有较为完备的立法（文本），一部漏洞百出的、甚至十分落后的立法（文本）是难以实现“良法之治”的，这里的因果关系是明确的。而立法论的基本任务，就是分析现行立法的利弊得失，获得完善立法的良方，完善立法并使之成为“良法”。以上两方面的立法论价值，我们在研究时可以有所侧重。就本文立场而言，应当说主要是侧重于挖掘和发挥其刑法解释论价值（司法论价值），为我们当前在办理涉黑案件中依法司法、公正司法提供更为充分的立法论依据；其次才是其立法完善论价值，顺带提出涉黑犯罪的立法完善建议。

### （一）法定性概念与政策性概念的关系论检讨

我国刑法明确“规定”了“黑社会性质组织”“黑社会组织”法定概念（概念法定化），但是问题意识在于：我国刑法并没有明确界定“黑社会性质组织”“黑社会组织”的法定内涵（内涵界定缺位）；我国刑法明确规定了“黑社会性质组织”的法定特征为四个特征，即组织特征、经济特征、行为特征、非法控制社会性特征/危害性特征（特征法定化），但是并没有明确规定“黑社会组织”的法定特征（法定特征缺位），也没有明确

规定“黑社会性质组织”与“黑社会组织”之间的逻辑关系（组织逻辑关系缺位）；我国刑法在明确列举规定“黑社会性质组织”的四个法定特征时，并没有明确规定四个特征之间的逻辑关系（特征逻辑关系缺位）。这些问题意识可以简化为：“黑社会性质组织”“黑社会组织”的法定内涵缺位与组织逻辑关系缺位、黑社会组织的法定特征缺位、黑社会性质组织的特征逻辑关系缺位。

由于“黑社会性质组织”存在法定内涵缺位问题，理论上对“黑社会性质组织”是否需要进行概念界定，以及如果需要概念界定的话应该如何界定还存在认识论上的分歧。对此，理论界有以下两种立场：一是在 2011 年《刑法修正案（八）》颁行之前，学术界比较一致的做法是结合刑法条文规定给出了概念，如高铭暄、马克昌主编《刑法学（第二版）》指出；“所谓黑社会性质组织，根据我国《刑法》第 294 条的规定，是指以暴力、威胁或者以其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的犯罪组织。”二是在 2011 年《刑法修正案（八）》通过之后，学术界比较多地做法是不给出概念（而只给出四个特征），如高铭暄、马克昌主编《刑法学（第八版）》、张明楷《刑法学（第五版）（下）》就没有“黑社会性质组织”的概念界定而只有其四个特征的列举。仅有少数学者结合刑法修正内容给出了“黑社会性质组织”概念，如刘艳红主编《刑法学（第二版）（下）》指出，“所谓黑社会性质组织，根据《刑法》第 294 条的规定，是指以暴力、威胁或者以其他手段有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的犯罪组织。”因此可以说，学术界在《刑法修正案（八）》颁行之前对“黑社会性质组”进行概念界定是比较通行的做法，其概念界定是比较一致的，即其主要做法是结合《刑法修正案（八）》之前《刑法》第 294 条的规定对黑社会性质组织的概念进行界定。而在《刑法修正案（八）》颁行之后，我国较多学者此后不再研究、不再界定黑社会性质组织的概念。那么，理论上还有无必要再研究、再界定黑社会性质组织的概念呢？笔者对此持肯定的观点，认为学术界有责任研究确立比较完备、合理的“黑社会性质组织”的概念。笔者认为，结合我国《刑法》第 294 条的规定以及相关司法解释性规定，可以将“黑社会性质组织”的概念界定如下：所谓黑社会性质组织，即初步具备黑社会基本性质的犯罪组织，是指已经形成较大规模、较稳定、有明确组织者和领导者且骨干成员基本固定，具有一定经济实力，有组织地多次进行违法犯罪活动，在一定区域或者行业内形成非法控制或者重大影响的犯罪组织。这一概念界定，基本反映了我国《刑法》第 294 条和有关司法解释性规定的基本内容，在这个意义上讲，这是一个比较接近法定的概念；同时，这一概念界定也揭示了我国黑社会性质组织与国外黑社会（组织）的关联关系，因而是比较合理的。

但是，值得注意的是：黑社会性质组织的这一概念界定客观上并非是刑法明确规定的概念，而是基于刑法规定的黑社会性质组织“四个特征”（法定特征）所作的归纳抽象，实际上我们对黑社会性质组织的认识论还存在三个方面的模糊性。其一，我们还无法准确理解黑社会性质组织的重要内涵，亦即我们对“黑社会性质组织”本身的概念界定可能还存在一些模糊认识；其二，我国刑法规定中也出现了“黑社会（组织）”这一法定概念，但是刑法上同样也没有明确规定“黑社会”的确切内涵，那么，“黑社会性质组织”与“黑社会（组织）”之间是一个什么样的关系，我们可能还是有一些模糊认识；其三，司法解释性规定中还出现了“恶势力”、“恶势力犯罪集团”与“黑恶势力”等政策性概念，那么，黑社会性质组织与这些政策性概念之间是一种什么样的关系，应当说，我们也可能存在一些模糊认识。这样三方面的模糊认识，需要我们进一步审查关

系论：即黑社会性质组织的名与实之间的关系问题。

而关于黑社会性质组织的名与实之间的关系论，首先需要具体审查的问题是黑社会（组织）的概念界定，只有界定清楚了黑社会（组织）的概念之后，才可能为讨论黑社会性质组织与黑社会（组织）之间的关系论问题提供一个参照标准。

关于“黑社会（组织）” 的概念界定问题，我国《刑法》第 294 条出现了“境外的黑社会组织”的概念，但是没有明确规定“黑社会（组织）”的具体内容。必须注意的是：我国学者对“境外的黑社会组织”的概念界定，通常只给出了一个形式主义的概念，即认为所谓“境外的黑社会组织”，是指被境外国家或者地区有关权威机关确定为黑社会的组织，包括外国的黑社会组织以及我国香港、澳门、台湾地区的黑社会组织。但是，问题很明显，这里实际上只界定了“境外的”黑社会（组织），而没有界定“黑社会组织”这一关键概念，所以并没有从根本上解决概念界定问题。因此，有必要具体讨论“黑社会（组织）”的概念界定问题。关于“黑社会（组织）”的概念界定，根据笔者的学术观察，理论界对“黑社会（组织）”的概念界定和特征描述大致有以下内容：所谓黑社会组织，是指以从事违法犯罪活动为基本手段、非法控制一定区域或行业并与主流社会相对抗，从而具有自己独特的文化传统和管理制度的较为稳定成熟的犯罪组织。黑社会的基本特征，大致可以概括为以下几方面：（1）非法控制社会性（这是其首要的、最本质的特征）；（2）稳定成熟的犯罪组织性；（3）地域性及地缘感；（4）不择手段获取经济利益或者政治利益；（5）严苛“黑色法制”、科层制和鲜明的犯罪亚文化。符合这一概念界定和基本特征的境外黑社会组织，典型的适例有意大利“黑手党”，日本“山口组”，美国“山本社”（即日本山口组美国分社），美国“三 K 党”（克尤 克拉克斯 克兰（Ku Klux Klan），缩写为 KKK），我国台湾“竹联帮”、四海帮、天道盟（并称为台湾三大黑帮），我国香港“三合会”等。这些境外较为有名的黑社会（组织），有助于我们对照我国规定的黑社会性质组织，增强对相关法理的理解和阐释。

在基本界定清楚黑社会性质组织与黑社会的概念之后，才具备讨论黑社会性质组织与黑社会之间的关系。黑社会性质组织是我国有组织犯罪中最具备“黑社会”（组织性质）的最完备形态（有的称为“最高形态”），最接近于国外的黑社会（组织）；它既是黑社会（即基本具备黑社会的“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”三个核心特征），又不是典型的黑社会（不完全具备黑社会的其他特征）。因此，二者的关系判断是：一是同质性，二者都属于“黑社会性质的”犯罪组织，尤其是在“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”三个特征上二者具备完全的一致性；二是差异性，黑社会（组织）是完全具备“黑社会性质的”犯罪组织，黑社会性质组织是基本具备“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”三个核心特征、但是不完全具备其他特征（如经济特征）的犯罪组织，因此黑社会是比黑社会性质组织更为完备的“黑社会性质的”犯罪组织。由此还可以得出结论：其一，黑社会（组织）在我国也可以解释为“黑社会性质组织”。因此，我国刑法所规定的部分涉黑犯罪并不存在处罚漏洞，如，我国公民在境内组织、领导、参加黑社会（组织）的行为，完全可以直接解释为“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”（而不能说无法定罪）；再如，我国的国家机关工作人员包庇、纵容黑社会（组织）的行为，完全可以直接解释为“包庇、纵容黑社会性质组织罪”。笔者认为，这是正确认识黑社会性质组织与黑社会（组织）关系的一个最重要的价值。其二，这种关系判断所具有的另一个重要价值在于，有利于我们在司法实践中正确认识和认定我国的黑社会性质组织，既要依法认定，又要防止扩大化地错误认定。一方面，我们应当把“黑社会

性质组织”作为具有中国特色的黑社会（组织）来看待、来对待和处置，以借鉴吸纳国外“扫黑”的斗争经验和法治成果，比如，要处罚组织、领导、参加黑社会组织的行为，要对黑社会（组织）实行特别的司法处遇制度、涉黑资产特别没收制度、严厉打击保护伞。另一方面，我们要在适当注意“中国特色”的前提下，把黑社会性质组织作为黑社会来认定，需要借鉴吸纳国外认定黑社会的实践经验和理论成果，人数众多并形成地下社会并且有能力同主流社会相对抗，存续时间长甚至有较为悠久的历史，有相当的经济实力、行动能力、内部控制能力、非法控制社会能力等，可以说这些特征基本上被借鉴吸纳为我国法律规定的黑社会性质组织的法定特征（四个特征）。对于那些不具备这些显著特征、尤其是不具备“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”特征的犯罪组织，则依法不能作为黑社会论处，而只能依法作为一般的“有组织犯罪组织”予以刑法惩治。

如果说黑社会性质组织和黑社会组织是法定性概念，那么，我国有关司法解释性文本规定的“恶势力”、“恶势力犯罪集团”与“黑恶势力”就属于政策性概念。大致可以说，“恶势力”与“恶势力团伙”、“恶势力违法犯罪团伙”属于同一概念，具有相同含义。所谓“恶势力”，又称为“恶势力团伙”、“恶势力违法犯罪团伙”，是指三人以上经常纠集在一起并且纠集者相对固定，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。也就是说，“恶势力”（以及“恶势力”团伙、“恶势力”违法犯罪团伙），泛指违法犯罪势力、团伙，其可能构成犯罪，也可能只构成违法，因而可以广义地称为“恶势力”、“恶势力团伙”、“恶势力违法犯罪团伙”；如果其构成犯罪，则依照共同犯罪原理甚至犯罪集团原理（若构成犯罪集团）进行定性处理，适当从严处理，但是不得作为“黑社会性质组织”犯罪论处。

“恶势力犯罪集团”是“犯罪集团”中的一种具体类型，但是尚不构成“黑社会性质组织”。所谓“恶势力犯罪集团”，是指符合犯罪集团法定条件的恶势力犯罪组织，有3名以上的组织成员，有明显的首要分子，重要成员较为固定，组织成员经常纠集在一起，共同故意实施3次以上恶势力惯常实施的犯罪活动或者其他犯罪活动。所谓犯罪集团，其概念和处罚原则由我国《刑法》第26条作出了明确规定，即“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团”；“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯”；“对于组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚”。 可见，“恶势力犯罪集团”是“犯罪集团”中的一种特殊类型，对“恶势力犯罪集团”的处罚应当适当从严处理（相对于一般的犯罪集团而言）、但是又不同于“黑社会性质组织”犯罪。

“黑恶势力”的含义具有模糊性。根据我们对2018年《指导意见》相关规定的观察，可以发现“黑恶势力”是一个含义较为模糊的概念，其含义有以下几种可能：一是平义的含义与平义的理解，特指“黑社会性质组织”和已经构成犯罪的“恶势力”；二是最广义的含义与最广义的理解，是指“黑社性质组织”（黑）和作为违法犯罪组织的“恶势力”的总称；三是最狭义的含义与最狭义的理解，特指“黑社会性质组织”，因为其已经“黑”了，那么“黑恶势力”就是指“黑社会性质组织”。从法理上讲，可能持有平义的理解较为合理，因为从2018年《指导意见》毫无例外地规定了“黑恶势力”犯罪的定罪处罚问题，这些规定都表明“黑恶势力”特指“黑社会性质组织”和已经构成犯罪的“恶势力”。

通过上列分析，“黑社会性质组织”与相关政策性概念之间的关系可以界定如下：（1）

黑社会性质组织与“恶势力”“恶势力犯罪集团”的关系。由于“恶势力”是尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织，其首先不是“黑社会性质组织”，但是其既可能是一般违法组织形态（即“恶势力”违法组织），也可能是“恶势力”犯罪组织（即“恶势力”犯罪集团，是介于一般的犯罪集团与黑社会性质组织之间的有组织犯罪组织的中间状态）；尽管“恶势力”“恶势力犯罪集团”具有逐步发展为“非法控制社会性”的明显趋势，但是其尚不具备黑社会（组织）所要求的“非法控制社会性”这一最本质特征。因此，在司法实践中，即使我们认定有一个组织是“恶势力”“恶势力犯罪集团”，但是依法都不得将“恶势力”直接认定为“黑社会性质组织”。换言之，“恶势力”“恶势力犯罪集团”是不能等同于“黑社会性质组织”的，是不能将其认定为黑社会性质组织的；但是，依法应当严格处理“恶势力”“恶势力犯罪集团”，尤其是对“恶势力犯罪集团”必须按照犯罪集团的法律规定依法予以严格惩治（但是不能按照黑社会性质组织来定罪处罚），因为他们有发展成为“黑社会性质组织”的较为明显的趋向。所谓“有黑扫黑、无黑除恶、无恶治乱”，后面两句话就是指“恶势力”“恶势力犯罪集团”，也就是说后面两句话本身就表明“恶势力”“恶势力犯罪集团”不是黑社会性质组织（即不属于“有黑扫黑”的范畴），这也是值得注意的。（2）黑社会性质组织与“黑恶势力”的关系。由于“黑恶势力”的含义具有模糊性，既可以是“黑”势力（即黑社会性质组织），也可以是“恶”势力（即包括“恶势力”违法组织与“恶势力”犯罪组织）。因此，黑社会性质组织与“黑恶势力”之间的关系是：“黑社会性质组织”是一个严格的法定概念，“黑恶势力”是一个非法定概念（但是其属于司法解释性文本规定的特殊概念），黑社会性质组织的范围小于“黑恶势力”的范围；相应地，“黑恶势力”可以包括“黑社会性质组织”、非黑社会性质组织的其他“恶势力”违法组织、“恶势力”犯罪组织（即“恶势力”犯罪集团）等三种情形，从而“黑社会性质组织”只是“黑恶势力”中一种情形。

### （二）法定性概念与政策性概念的刑事政策论检讨

作为法定性概念的黑社会性质组织和黑社会组织，与作为政策性概念的“恶势力”、“恶势力犯罪集团”与“黑恶势力”，理论上需要进行刑事政策论检讨。具体内容包括以下三个方面：

1、黑社会性质组织的称谓问题

关于“黑社会性质组织”的称谓问题，我国学术界存在一些认识上的分歧。多数学者认为，黑社会性质组织这一称谓是中国的首创，具有重要的历史意义、鲜明的中国特色和重大的现实意义。黑社会性质组织的存在根据主要表现在：一是黑社会性质组织与典型的黑社会组织相似但又有区别。二是黑社会性质组织与一般的犯罪集团相区别。三是明确界定并打击黑社会性质组织，可以将打击黑社会组织的时间提前推进到黑社会组织的发展初期，有利于阻止黑社会组织的最终形成。但是，也有少数学者认为，黑社会性质组织这种称谓既不科学也无必要，因而主张应取消“黑社会性组织”这种称谓。其理由在于：其一，“黑社会性质组织”这种称谓存在名不符实的问题。在我国现阶段基本上还不存在典型的黑社会组织的历史条件下，刑法所规定的所谓“黑社会性质组织”的称谓就名不符实，其打黑政策依据不足（因为打黑中执行特别政策措施）。其二，“黑社会性质组织”这种称谓存在逻辑悖论的问题。因为“黑社会性质”应当是指其组织“在本质上”（因为“性质”属于“质的规定性”方面）就是黑社会，应当将“黑社会性质组织”与“黑社会（组织）”在同等意思看待和理解，但是我国主流看法却将二者区别看待和理解，存在逻辑悖论。其三，“黑社会性质组织”这种称谓存在刑事政策正当性

问题。比如，将“黑社会性质组织”直接当做“黑社会（组织）”进行刑事处遇和行政处置，将构成其他具体犯罪的人全部进行重复评价以及将不构成其他具体犯罪的人直接“抹黑”，以及在具体认定“黑社会性质组织”时存在较多模糊性和较为突出的刑事政策正当性问题。其四，“黑社会性质组织”这种称谓也不利于学术交流和国际刑事合作。因为在学术上，某种理论必须经得起逻辑推敲和法理论证，不应该容留太多模棱两可、似是而非的东西在里面，尤其是在强调刑事法治理性的当下，对“打黑”中所存在的刑法问题、人权保障问题必须严肃对待。在国际刑事合作上，打击有组织犯罪以及其他有关国际公约、其他国家的国内刑法规定，客观上都需要我国规范刑法用语、明确刑法规定，以消除不必要的法律障碍。而笔者认为，“少数学者”的看法可能过于极端，其主张取消“黑社会性质组织”这种称谓，而直接采纳“黑社会（组织）”这一称谓，可能有所欠当。因此，笔者主张，应当正视我国刑法所明确规定的“黑社会性质组织”这一法定概念，应当保留我国“黑社会性质组织”这一法定概念和称谓。同时，承认“黑社会性质组织”与“黑社会组织”之间在本质上的一致性，亦即，“黑社会性质组织”在本质上就是具有中国特色的、非典型的“黑社会组织”，可以从四个特征进行如下描述：一是具备黑社会（组织）的三个核心特征/最本质特征，即在“较为稳定成熟的组织性”（组织特征）、“多次进行违法犯罪活动性”（行为特征）、“非法控制社会性”（危害性特征）上基本具备黑社会（组织）的特征，这三个核心特征必须进行较为严格的限定，而且不可或缺；二是在具备黑社会（组织）核心特征的基础上，初步具备了黑社会（组织）的经济特征，这里“初步具备”表明并非完全、完整地具备，在认定时可以有所宽松、缓和。总之一句话：黑社会性质组织必须在“稳定成熟的组织性”“多次进行违法犯罪活动性”“非法控制社会性”特征上基本具备黑社会（组织）一样的特征，但是在其他特征如经济特征可以是并非完全、完整地具备。

2、程序论问题：黑社会性质组织的身份确认程序（与国外扫黑比较）

从比较法学立场观察，黑社会（组织）的身份确认程序主要有两种做法：一种做法是“审判前”的独立确认程序，具体包括“审判前司法确认”和“审判前行政确认”两种；另一种做法是“审判时”依附型确认程序（仅限于司法确认）。

我国对黑社会性质组织的（组织）身份确认程序，通常仅限于案发后司法审判过程中（审判时）予以“依附型司法确认”（审判时依附型司法确认程序），是一种“行为后”的依附型司法确认，而不是“行为前”的独立确认。这个问题上，境外立法上较为通行的做法是实行“审判前”的独立确认程序，包括“审判前独立的司法确认程序”和“审判前独立的行政确认程序”，如前所述境外较为有名的黑社会（组织），如意大利“黑手党”，日本“山口组”，美国“山本社”（即日本山口组美国分社），美国“三 K 党”（缩写为 KKK），我国台湾“竹联帮”、四海帮、天道盟（并称为台湾三大黑帮），我国香港“三合会”等黑社会（组织），都是“审判前”的独立确认程序，由国家权威部门予以认定、公布。在黑社会（组织）确认公布之后，任何人自称或者声称是其成员，或者以其成员身份出现，或者保管其帐簿、旗帜、徽章等，都属于黑社会犯罪。可见，这种黑社会确认程序是很有意义的，特别是黑社会经过确认公布之后，自然可以孤立黑社会、警醒全社会。

相比较而言，我国实行的这种涉黑组织身份的“审判时依附型司法确认程序”存在一定的司法疑难问题：

其一，对于行为人（尤其是“参加”行为人）而言，存在一定程度上的“不教而诛”性质。部分涉黑案件中，行为人（被告人）声称自己主观上并不明知其参加的犯罪组织

是涉黑组织，在刑法理论上就涉及主观认识上的犯罪对象认识错误问题（或者犯罪事实认识错误问题）、违法性认识错误问题（或者法律性质认识错误问题），而且严格按照我国犯罪故意规定、犯罪故意理论、认识错误理论以及违法性认识理论来分析，依法、依理是可以影响定罪处罚的。换言之，行为人（被告人）的犯罪事实辩护、法律定性辩护是具有相当的法理依据的，应当予以重视，需要我们在审理涉黑具体个案中慎重对待这种辩护理由并予以妥当处理，后面我将专门谈一谈这个问题。

其二，我国应当借鉴吸纳国外扫黑的理论成果和法治经验，尽快研究制定涉黑组织身份的审判前确认程序（或者行为前确认程序），为依法扫黑除恶、有效扫黑除恶打下坚实基础。为此，我国理论界早就呼吁尽快研究制定涉黑组织身份的审判前独立确认程序（或者行为前独立确认程序），主张在认定黑社会性质组织的犯罪时,首先应建构一种黑社会性质组织的确认程序，确认以后予以公布，而不能象目前所做的那样，在具体个案中认定犯罪的同时才确认黑社会性质组织。这种理论见解值得重视和认真对待。

3、政策论问题：黑社会性质组织“打早打小”与“打准打实”的关系论

首先，是“打早打小”与“打准打实”的关系问题。刑事政策上“打早打小”存在一定的法治底线、法治风险问题，所以必须进一步限定为“打准打实”。即是说，在刑事政策上贯彻“打早打小”精神，可能存在将并非真正的黑社会性质的犯罪组织直接当做“黑社会（组织）”进行刑事处遇和行政处置的正当性危机。因为一旦将某种组织认定为“黑社会（组织）”，其组织体的全部资产将面临特殊的处置措施，其组织内人员的人身自由和刑罚处罚将面临“重复评价”（参加行为和其他犯罪行为的重复评价），这种特别的刑事处遇和财产处置即使对于“真正的”黑社会组织具有合理性，但是对于“非真正的”黑社会组织（如我国的黑社会性质组织）而言就可能存在法治底线问题和正当性危机。

其次，是“重复评价”与“过度评价”问题。理论上认为，黑社会性质组织犯罪存在立法与司法上的重复评价和过度评价问题。关于重复评价问题。我国有学者指出，若可以把刑法上的禁止重复评价原则理解为“对同一事实的同一属性或侧面进行定性处罚上的二次或二次以上的法律评价”的话，则黑社会性质组织犯罪在定性和处罚上均存在三种类型“重复评价”（即“三次重复评价”）问题：（1）一是数罪并罚型重复评价，表现为行为人实施的所有具体犯罪都需要与组织、领导、参加黑社会性质组织罪并罚；（2）二是酌定从重型重复评价，表现为在数罪并罚等处罚基础上还要对其酌定从重处罚；（3）三是实质累加型重复性评价，表现为在前述处罚基础上还要适用诸多贯彻从重处罚精神的处罚制度。涉黑犯罪存在“三次重复评价”问题，既源于重刑主义观念下对刑事政策的片面理解和适用，也缘于立法技术问题造就黑社会性质组织犯罪相关规定的冲突。有效解决以上问题之对策，在立法上需基于罪责刑相适应原则对刑法相关规定进行系统性改造，在司法上要避免做出罪责刑不相适应的定罪处罚。“重复评价”问题的学术检讨是值得司法审判中予以重视的，不但要求我们在具体处置“真正的”黑社会性质组织时要适当谨慎地考虑“三次重复评价”问题的客观存在，而且尤其要求我们扫黑除恶斗争中要特别注意“打准打实”、切实防止将一般的有组织犯罪予以违法“抹黑”并予以过度评价。

关于过度评价问题。将其他一般的有组织犯罪予以违法“抹黑”就不但存在重复评价问题，而且存在过度评价问题甚至滥施刑罚问题。当被评价为“黑社会性质组织”的人员实施了其他具体犯罪时，该被“抹黑”人员就面临着增加适用一个“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”（对此问题有的学者同时认为“本罪具有重复评价的性质”）；

当被评价为“黑社会性质组织”的人员没有实施其他任何犯罪时，该被“抹黑”人员仍然面临着因为被“抹黑”而额外承担“参加黑社会性质组织罪”这一罪名及其刑事责任，从而存在过度评价的疑问，严重危及司法公正和法治底线。可见，切实防止违法“抹黑”，也是扫黑除恶“打准打实”的基本要求，二者的基本精神是完全一致的。

4、立法论完善问题

我国刑法理论界提出了涉黑犯罪立法上的罪名完善问题，认为这方面问题表现在：（1）刑法规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪，但对组织、领导、参加“黑社会组织”的行为反而没有明确规定；与此相对应，刑法规定了包庇、纵容黑社会性质组织罪，但没有明确规定包庇、纵容“黑社会组织”；（2）对于一些应当予以犯罪化的黑社会组织犯罪行为，如参加境外黑社会组织的行为、包庇与纵容境外黑社会组织人员入境发展成员或者从事其他违法犯罪活动的行为等，现行刑法并没有作出明确的规定。

对于这些问题，理论界认为有两种解决方案。一种方案是通过立法完善加以解决。学术界已经提出增加设置以下一些新罪名的立法建议：（1）组织、领导、参加黑社会组织罪。其中的“黑社会组织”，既包括中国境内的黑社会组织，也包括境外的黑社会组织。（2）包庇、纵容黑社会组织罪。其中的“黑社会组织”，当然包括境内的与境外的黑社会组织。（3）参加境外黑社会组织罪。（4）入境从事黑社会活动罪（意指境外黑社会组织入境从事除发展组织以外的其他活动）。这些立法建议应当说值得重视。另一方案是通过刑法解释加以解决。即：将在我国境内组织、领导、参加、包庇、纵容“黑社会（组织）”的行为直接“解释为”涉黑犯罪，分别将其定罪为组织、领导、参加黑社会性质组织罪、包庇、纵容黑社会性质组织罪等涉黑罪名。

笔者过去就比较赞同立法完善建议，但是，我现在不能绝对地支持这种立法建议，而是主张一种比较折中的立场。具体而言有两点：其一，从长远看，还是应当尽快完善刑法立法，将在我国境内组织、领导、参加、包庇、纵容“黑社会（组织）”的行为予以明确的犯罪化，以实现较为彻底的“良法之治”。其二，从近期司法和相对合理主义立场看，应当充分运用刑法解释论方法，将在我国境内组织、领导、参加、包庇、纵容“黑社会（组织）”的行为直接“解释为”涉黑犯罪，分别将其定罪为组织、领导、参加黑社会性质组织罪、包庇、纵容黑社会性质组织罪等涉黑罪名，理由在于黑社会（组织）完全可以解释为“黑社会性质组织”，基本上不存在刑法解释论问题。

## 二、黑社会性质组织四个特征的刑法解释学检讨

黑社会性质组织法定特征是四个特征，即组织特征、经济特征、行为特征、非法控制社会性特征（又叫危害性特征），其解释适用表面上没有太多问题，而实际上在理论上和司法实务中均在不少争议问题，需要仔细斟酌和谨慎认定。

因此，在具体阐释四个特征的具体内容之前，有必要特别检讨四个特征之间的关系原理与解释原理。对此，理论界已有一些研究成果，大致可以 2011 年《刑法修正案（八）》为一个分水岭。（1）在 2011 年《刑法修正案（八）》颁行之前，刑法学界专门讨论过“黑社会性质组织”的基本特征与最本质特征问题。其一，基本特征问题。黑社会性质组织的基本特征是“四个特征”的理论共识已经基本形成，但是对“四个特征”的具体内容还是存在较大争议的，其中最为突出的争议是“保护伞”是否是必要特征的问题，当然这个问题现在已经没有争议了，即“保护伞”仅仅是选择性内容而非必要特征。其二，核心特征或者最本质特征问题。对此问题理论界争议较大，笔者归纳其主要看法有四种，一是认为其最本质特征是高度严密的组织性，二是认为其最本质特征是巨大的犯罪能量

性，三是认为其最本质特征是通过各种手段非法获取经济利益性，四是认为其核心特征或者最本质特征是非法控制社会性，其中绝大多数学者认为“非法控制社会性”是黑社会（组织）与其他组织严密的犯罪组织之间的根本区分点。如阮方民教授在中国刑法学研究会 2002 年年会上指出，黑社会性质组织的重要特征具有两个层次性：其初级阶段的行为目的是经济性的，即非法地牟取经济利益，而其高级阶段的行为目的是政治性的，即非法获取对社会的全面控制；其行为方式也伴随着其行为目的的层次性而表现出阶段性的特点，在其初级阶段，为实现最大化的非法经济利益而往往毫无顾忌地采取各种暴力、胁迫以及其他直接与主流社会相冲突和对抗的行为方式，而在其高级阶段，为实现对社会的非法全面控制而对行为的方式力图应变，尽可能以非强制手段寻求与主流社会系统的“共存”并逐渐控制主流社会系统，因此，黑社会性质组织更多地实施走私、贩毒、贩运军火、组织非法移民、伪造货币、传播淫秽物品等现代型的违法犯罪活动，而且表现得更加内在化和隐蔽化。（2）在 2011 年《刑法修正案（八）》颁行之后，随着国家刑法立法的逐步修订完善和理论研究的深化，理论界逐步形成更为明确具体的共识，黑社会性质组织具有组织特征、经济特征、行为特征、非法控制社会性特征等四个特征，这四个特征是一个相互联系的有机整体。但是，理论界和实务界对于“四个特征”的具体解释适用、相互关系问题仍然存在一些模糊性和争议性，仍然需要深入研究。因此，2018 年《指导意见》指出，“由于实践中许多黑社会性质组织并非这‘四个特征’都很明显，在具体认定时，应根据立法本意，认真审查、分析黑社会性质组织‘四个特征’相互间的内在联系，准确评价涉案犯罪组织所造成的社会危害，做到不枉不纵。”

那么，这四个特征的关系原理与解释原理是什么？我认为还需要进一步思考和研究。我这里简单地提出一种观点供大家参考，其具体研究和法理论证有待今后进一步展开。我的看法是，黑社会性质组织四个特征的关系原理与解释原理可以归纳为三句话：其一，宏观上观察四个特征，是根本性特征与附随性特征的关系。即组织特征、行为特征和非法控制社会性特征是三个根本特征，“组织特征”限定其存在方式是强有力的较为稳固的犯罪组织性，行为特征限定其非法控制社会性特征所内含的行为方式及其非法性，“非法控制社会性特征”限定其存在目标就是非法控制社会性；经济特征仅仅是附随性特征，即经济特征仅仅是诠释其组织特征必须就有一定的经济基础。其二，微观上进一步观察三个根本特征，则组织特征、行为特征与非法控制社会性特征之间是存在方式、行为方式与行动目标之间的关系。其三，刑法解释论上，根本特征必须严格解释，即组织特征、行为特征与非法控制社会性特征必须严格解释适用；附随性特征可以宽松解释，即经济特征可以宽松解释适用。

根据我对四个特征之间的关系原理与解释原理，下面我依次探讨四个特征的解释适用问题谈一些具体看法，供大家参考。

### （一）核心特征：黑社会性质组织的组织特征、行为特征和非法控制社会性特征的严格解释

如前所述，黑社会性质组织的核心特征是组织特征、行为特征和非法控制社会性特征，在刑法解释论必须是严格解释。

1、黑社会性质组织的组织特征

我国《刑法》第 294 条规定黑社会性质组织的组织特征是“形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”。

笔者认为，黑社会性质组织的组织特征必须严格解释适用，对其审查认定时应注意

进行以下三方面底线标准的实质审查和形式审查（双重审查规则）：一是“形成较稳定的犯罪组织”，达到一定存续时间底线标准；二是组织成员“人数较多”，达到一定的犯罪组织规模底线标准；三是“有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”，骨干成员必须达到一定数量底线标准。

（1）“形成较稳定的犯罪组织”，达到一定存续时间底线标准

对“形成较稳定的犯罪组织”进行实质审查和形式审查（双重审查规则）的具体要求是：在实质上必须是“形成较稳定的犯罪组织”，并且在形式上还必须达到一定存续时间底线标准，必须同时具备上列实质和形式才能认定为“形成较稳定的犯罪组织”。因此，有以下两方面问题需要具体研究：

其一，在实质上必须是“形成较稳定的犯罪组织”

在实质上，“形成较稳定的犯罪组织”是指较长时间内有相当规模人数和骨干成员的情况下（这是其显性特征，后面专门论述），有制度化的纪律约束机制和社会团结机制的犯罪组织，这是其在实质上所必须具备的隐形特征、文化制度性特征、社会学特征。因此，在审查黑社会性质组织作为一种“较稳定的”犯罪组织的组织特征时，必须透过现象看本质（实质）：组织程度较严密，组织“对内”控制程度较严格而残酷，形成了以暴力意识以及帮派思想为核心的鲜明的犯罪亚文化和群体凝聚力，而不能被一些表面现象所迷惑而作出错误判断。

黑社会性质组织作为一种接近最高级别的犯罪组织（理论上黑社会组织是最高级别的犯罪组织），可以从社会团结理论、社会组织理论（次级群体理论）进行理论观察和诠释。（1）“社会团结理论”由法国社会学家涂尔干首次提出，将社会团结的类型划分为来源于个人之间相似性的机械团结(mechanical solidarity)与来源于社会劳动分工的有机团结(organic solidarity)两种基本类型，在机械团结社会中，个人无须中介直接系属于社会，社会在某种程度上由所有群体成员的共同感情和共同信仰来体现，“所有社会成员的共同观念和共同倾向在数量和强度上都超过了成员自身的观念和倾向”，“集体人格完全吸纳了个人人格”；在有机团结的社会中，个人通过构成社会的各个部分依赖于社会，与个体发生连带关系的社会是由一些特别而又不同的职能通过相互间的确定关系结合成的组织体、系统，从而“每个人都拥有自己的行动范围，都能够自臻其境，都有自己的人格”。应当说，合法社会和黑社会（性质组织）都可以从“社会团结理论”中获得理论解释力。黑社会（性质组织）作为“形成较稳定的犯罪组织”，可能主要体现为有机团结同时兼有机械团结的社会团结特征。（2）社会组织理论认为，社会组织是次级群体的表现形式，而次级群体（又叫间接群体或者次属群体）指的是其成员为了某种特定的目标集合在一起，通过明确的规章制度结成正规关系的社会群体，其区别于作为以感情为基础结成亲密关系的社会群体的初级群体（又叫直接群体或者首属群体）。社会组织理论中的次级群体理论认为，社会群体的结构模式中包含有规范、地位、角色、权威及成员间的关系等要素，其中次级群体的群体凝聚力（又叫群体内聚力）主要是成员对规范的遵从并将群体的目标自觉地看成是自己的目标，通过分析“社网图”、“轮型”和“Y 型”等集中式沟通网络可以确定核心人物（又叫中心人物）和群体凝聚力的形成机理。根据社会组织理论中的次级群体理论，黑社会性质组织作为一种高层次的、“较稳定的”犯罪组织，其组织严密性、“对内”控制性和强大的群体凝聚力是其实质内核。

黑社会性质组织不同于普通犯罪集团的一个重要特点就是其具有更成熟的组织性和更加稳定的组织结构（组织程度最高），有其组织体内部的系统结构与“法律”。黑社会

较稳定成熟的犯罪组织性最鲜明最突出地表现在其具有细致严密的科层结构和严酷苛刻的“黑色法制”，这一点在后面进行详细阐述。如果说“非法控制社会性”是黑社会性质组织的“对外”核心特征——即主要指的是黑社会性质组织“对外”社会面的控制，那么可以说，黑社会性质组织“对内”组织面进行严格而残酷的控制就是其“对内”核心特征，黑社会对外与对内都是以非法极端方法进行控制。其控制手段可以简单地概括为两方面：一是严苛的“黑色法制”（包括对内对外）；二是科层制（仅仅对内而言）。所谓黑社会性质组织的“黑色法制”，具体体现为其所谓的行为习惯、“帮规”、“家法”、“规章制度”等，其内容主要是规定内部结构、行为方式和组织纪律等，例如，明确规定组织的宗旨、目标、纪律以及奖惩措施等内容；同时也可能涉及对外行动、对外部人员的处世方式等内容。黑社会所谓的“科层制”，是指作为一种“政治上层建筑”，其内部建立起了层次分明、等级有序并且自成一体的管理架构：在纵向上，整个组织系统有如金字塔，其底部为绝对被支配的基本成员，而顶部则是最高权威和绝对领导者，中间层次为中层领导者，上下等级森严不可逾越，下级服从上级，上级拥有对下级的绝对权力；在横向上，黑社会内部组织分工严密，职能机构较为齐全，有权力机构和执行机构，严格实行分工负责、各司其职、各负其责，能够保证黑社会组织生存及其活动有效运转。

黑社会性质组织结构具有更大的规模、更高的犯罪效率、更大的影响范围和更强的反追诉能力，它往往以企业、公司、宗教、团体、帮会等等名义出现。在其内部，有至高无上的头目，上下等级森严，还有严格的“家法”，作为组织运行的规范。并且，黑社会组织还形成共同的犯罪亚文化习俗。而普通犯罪集团虽有较强的组织性和相当的稳固性，但其内部不一定有制度规范，更谈不上形成共同的犯罪亚文化习俗。所谓犯罪亚文化，是指全体犯罪人（包括个人和团体）在日常生活与犯罪活动中逐渐形成的与主流文化相对立的价值观念、行为方式以及其他文化现象的总和。有学者认为，在我国，犯罪亚文化主要有两个方面：其一是中国传统的以游民文化为中心、以近代中国帮会文化为典型代表的犯罪亚文化。游民文化又称“江湖文化”，是指中国传统上由武侠、艺人、术士、强盗、绿林以及帮会、秘密教派等所谓游民或者江湖人物在其日常活动过程中所产生的犯罪亚文化。在中国传统文化观念上，“江湖人物”就是游民，而“江湖”则是游民生活奋斗的空间，并且往往含有“与主流社会相对立、相抗衡的地下社会或隐形社会”之意。近代中国帮会组织发展演变过程中形成了独具特色的帮会文化，帮会内部具有严密的等级制度、严格的入会手续、繁琐的帮规和严酷的惩罚制度，帮会团体构成分为首领、骨干、一般成员和协从人员，组织结构模拟传统的封建家族制度，将旧式忠义孝悌伦理道德观念、宗法等级观念融入其中。其二是以暴力和色情为中心的当代犯罪亚文化。暴力和色情是西方文化中最腐朽的部分，它主要通过电视电影和报刊杂志等大众媒体传播扩散。正如英国怀特豪夫人所说“充斥于大众传媒的也会充斥于人间”，暴力色情无疑会诱发、煽动人的淫秽和暴力的潜能。因此，大致可以说，犯罪亚文化的核心是暴力意识和帮派思想。黑社会组织之所以能够存在，是因为犯罪人从两种犯罪亚文化中意识到只有组织起来并且拥有暴力，才能形成一种与主流社会相抗衡的独立力量，并且只有凭借力量才能获得财富、权力和名誉，迅速提高自己的社会地位。正是这种意识，促使单个的犯罪人组成黑社会组织。因此可以说，暴力意识和帮派思想是黑社会组织存在和发展的决定性精神力量。此外，这种犯罪亚文化还包括其独特的文化生活习俗，如沉溺于吃喝嫖赌和追求变态刺激的生活观念，以及经常性地使用“黑话”、“隐语”等黑社会化的独特语言文化等。犯罪亚文化具有鲜明的反社会性和同化联结性特征。其反社会性造就了这样一种文化鼓动，即教唆犯罪亚群体对抗和否定社会主流文化所肯定的社

会共同价值和规则，实施越轨行为甚至犯罪行为。另一方面，其同化联结性对犯罪亚群体极具凝聚力和感召力，极容易导致形成各种犯罪组织并进而促使其团结巩固。显然，犯罪亚文化的这些特质，是黑社会性质组织得以存在和延续的重要保障。

因此，2015 年《座谈会纪要》强调对黑社会性质组织“组织纪律、活动规约”进行实质审查，即规定“对于黑社会性质组织的组织纪律、活动规约，应当结合制定、形成相关纪律、规约的目的与意图来进行审查判断。凡是为了增强实施违法犯罪活动的组织性、隐蔽性而制定或者自发形成，并用以明确组织内部人员管理、职责分工、行为规范、利益分配、行动准则等事项的成文或不成文的规定、约定，均可认定为黑社会性质组织的组织纪律、活动规约”；2009 年《座谈会纪要》强调在具体审查时要注意防止“人员频繁更替、组织结构松散”的假象，即规定“当前，一些黑社会性质组织为了增强隐蔽性，往往采取各种手段制造‘人员频繁更替、组织结构松散’的假象。因此，在办案时，要特别注意审查组织者、领导者，以及对组织运行、活动起着突出作用的积极参加者等骨干成员是否基本固定、联系是否紧密，不要被其组织形式的表象所左右”。这些司法解释性规定从正反两面阐释了黑社会性质组织所具有的制度化纪律约束机制和社会团结机制的实质特征，为司法办案机关对“形成较稳定的犯罪组织”进行实质审查判断提供了规范标准，值得高度重视。

其二，在形式上必须达到一定存续时间底线标准

关于黑社会性质组织在形式上是否必须达到了一定存续时间底线标准的问题，可以细化讨论三个具体问题：一是黑社会性质组织是否有存续时间长度的限制？二是存续时间底线标准是多长？三是组织形成时间/成立时间的起点如何确定？

问题一：黑社会性质组织是否有存续时间长度的限制？

对此问题，理论上有三种见解：一种观点是“不必要说”，认为，组织存续时间底线标准不应限定，因为其仅仅是观察黑社会性质组织稳定性的参考性因素而不是决定性因素，其不便于法律适用的灵活性，其不符合“打早打小”的司法刑事政策；另一种观点是“必要说”，认为组织存续时间底线标准必须明确限定，因为黑社会性质组织的主要特征之一就是比其他犯罪集团更具有稳定性，这种稳定性应当体现为存续时间的长期性，“打早打小”政策执行也必须以准确认定和正确执法为前提；第三种是观点是“折中说”，如李勤法官（博士）在原则赞同“必要说”的基础上，进一步主张某种“必要说+准许例外说”的立场。李勤法官认为，组织“存续期限应成为关注黑社会性质组织的着力点”，指出：其一，黑社会性质组织的稳定性不但从更加严密的组织性予以体现，还体现在犯罪组织存续的长期性上，某一犯罪组织存续时间越短就越不可能被判定为黑社会性质组织；其二，黑社会性质组织持续时间为日本、德国、美国等国外立法所强调，如日本法律强调涉黑组织暴力性犯罪的长久持续性，德国强调长期运用武力干预社会、经济、政治秩序，美国刑法也规定黑社会组织具有存续时间的长期性特征；其三，非法控制社会性难以在较短的存续时间内形成；其四，法律不对涉黑组织的存续时间予以最低限度的设定，可能混淆其与其他一般犯罪组织的界限；其五，以 6 个月作为判断黑社会性质组织最低存续时间较为适宜，但是“为防止标准的机械化和绝对化”也有必要设定例外情况的认定规则，“即设定为案涉犯罪组织的存续时间在 6 个月以下的，人民法院对此类犯罪组织进行涉黑性判定时，除非此类犯罪组织的其他涉黑性特征特别突出，否则一般不宜将此类犯罪组织认定为黑社会性质组织”。

笔者认为“必要说”是妥当的，即有必要明确限定黑社会性质组织的存续时间底线标准。如 2015 年《座谈会纪要》规定“存在、发展时间明显过短、犯罪活动尚不突出

的，一般不应认定为黑社会性质组织”，再如 2018 年《指导意见》规定“组织形成后，在一定时期内持续存在，应当认定为‘形成较稳定的犯罪组织’”，这些规定都是很合理的，应当认为其坚持了“必要说”的基本立场。同时，笔者认为应当摒弃“必要说+准许例外说”立场，这样有利于限定黑社会性质组织的形式标准，有利于在全国范围内确立统一的“扫黑除恶”司法认定标准和法治底线，有利于实现具体个案的司法公正。毕竟不能说黑社会性质组织认定得越多越好，只有在坚持“必要说”的立场下严格限定黑社会性质组织数量才有利于突出打击重点，并且对于那些尚未达到存续时间底线标准的“恶势力”组织仍然可以作为共同犯罪甚至犯罪集团予以依法打击，而不至于放纵犯罪。

问题二：黑社会性质组织的存续时间底线标准是多长？

据观察，目前理论界和司法实务部门比较认可黑社会性质组织的存续时间底线标准是 6 个月（即“6 个月标准说”）。理论上有学者主张，犯罪组织要被认定为黑社会性质组织一般持续时间应在 6 个月或者 1 年以上。司法实务部门比较认同黑社会性质组织的存续时间底线标准为 6 个月，如浙江省、四川省等省级司法机关出台的指导性文件均规定黑社会性质组织存续时间一般应在 6 个月以上；再如李勤法官根据其所收集的能够从刑事判决书内容分析出黑社会性质组织存续时间的案例 87 件中，黑社会性质组织的持续时间在 6 个月以上的案件数占比高达 97.7%；还有学者针对浙江省黑社会性质组织犯罪案件涉黑人员 139 名的分析结论，也是参加黑社会性质组织时间超过 6 个月的人数占比高达 96.4%。

显然，尽管可以说我国司法实践中绝大多数判例坚持了黑社会性质组织的存续时间底线标准“6 个月标准说”，但是仍有接近 3%至 5%的司法判例没有坚持“6 个月标准说”，而将组织存续时间尚未达到 6 个月的犯罪组织认定为黑社会性质组织，这是值得反思和警惕的现象。另一方面，2018 年《指导意见》第 6 条规定“黑社会性质组织一般在短时间内难以形成，而且成员人数较多，但鉴于‘恶势力’团伙和犯罪集团向黑社会性质组织发展是一个渐进的过程，没有明显的性质转变的节点，故对黑社会性质组织存在时间、成员人数问题不宜作出‘一刀切’的规定”，其中所明确提出的“对黑社会性质组织存在时间、成员人数问题不宜作出‘一刀切’的规定”值得研究，其出发点是好的，但是其可能带来的法律效果和社会效果有待进一步观察，尤其是其客观上不可避免地会导致出现某种程度上的个案随意司法和司法混乱，需要理论上和行动上未雨绸缪，早做研究并尽快解决。

因此，笔者认为可以将黑社会性质组织的存续时间底线标准限定为 6 个月。按照前述“必要说”的立场，应在明确要求限定黑社会性质组织的存续时间底线标准的前提下，严格执行组织存续时间达到 6 个月这一存续时间底线标准，方能成立黑社会性质组织；对于没有达到存续时间底线标准 6 个月的，依法不认定为黑社会性质组织（但可以依法认定为犯罪集团），不留余地。

问题三：组织形成时间/成立时间的起点如何确定？

这个问题应当说我国已有司法解释性文本做出了较为明确的规定，如 2018 年《指导意见》第 6 条规定“黑社会性质组织未举行成立仪式或者进行类似活动的，成立时间可以按照足以反映其初步形成非法影响的标志性事件的发生时间认定。没有标志性事件的，可以按照本意见中黑社会性质组织违法犯罪活动认定范围的规定，将组织者、领导者与其他组织成员首次共同实施该组织犯罪活动的时间认定为该组织的形成时间。该组织者、领导者因未到案或因死亡等法定情形未被起诉的，不影响认定”；再如 2015 年《座谈会纪要》规定“黑社会性质组织存续时间的起点，可以根据涉案犯罪组织举行成

立仪式或者进行类似活动的时间来认定。没有前述活动的，可以根据足以反映其初步形成核心利益或强势地位的重大事件发生时间进行审查判断。没有明显标志性事件的，也可以根据涉案犯罪组织为维护、扩大组织势力、实力、影响、经济基础或按照组织惯例、纪律、活动规约而首次实施有组织的犯罪活动的时间进行审查判断。存在、发展时间明显过短、犯罪活动尚不突出的，一般不应认定为黑社会性质组织”。

理论观察可以发现，上列规定实质上采用了“三标准说”，这是比较合理的。一是以组织举行成立仪式的时间为组织形成时间/成立时间的起点标准，即“黑社会性质组织举行成立仪式或者进行类似活动的，以成立仪式举行之日确定其组织形成时间”；二是以组织发生标志性事件的时间为组织形成时间/成立时间的起点标准，即“黑社会性质组织未举行成立仪式或者进行类似活动的，成立时间可以按照足以反映其初步形成非法影响的标志性事件的发生时间认定”；三是以组织首次共同实施该组织犯罪活动的时间为组织形成时间/成立时间的起点标准，即“没有标志性事件的，可以按照本意见中黑社会性质组织违法犯罪活动认定范围的规定，将组织者、领导者与其他组织成员首次共同实施该组织犯罪活动的时间认定为该组织的形成时间”。需要特别强调的是，在运用“三标准说”确定组织形成时间/成立时间的起点时必须注意进行实质审查判断，即：对“组织举行成立仪式的时间”进行实质审查，应当将作为次级群体的社会组织为达成团结社会所举行的成立仪式——无论在形式上简单还是复杂、“正式”还是非“正式”，甚至可能仅在聚会上说了诸如“我们大伙儿在一起干”“我们组织今天就算成立了”之类的三言两语——之日，认定为“组织举行成立仪式的时间”；对“组织发生标志性事件的时间”进行实质审查，应当将作为次级群体的社会组织确定某种特定标识、特定“黑话”、特定行动方式或者举行某种聚会与宣示活动之日，认定为“组织发生标志性事件的时间”；对“组织首次共同实施该组织犯罪活动的时间”进行实质审查，应当将作为次级群体的社会组织所组织实施的首次犯罪活动——无论在形式上是组织成员中一个人实施还是数人实施，无论是已经司法审判定罪处罚还是未经司法审判定罪处罚（如有的犯罪可能已过追诉时效而未经司法审判定罪处罚）——之日，认定为“组织首次共同实施该组织犯罪活动的时间”。按照“三标准说”，如果上列三个标准所规定的要素均存在时，则以最早的标准要素发生时间作为组织形成时间/成立时间的起点。

但是理论上还是有人对此“三标准说”提出了质疑，认为 2015 年《座谈会纪要》对黑社会性质组织形成时间的界定标准存在一定的逻辑矛盾，确有需完善之处，应以初步形成核心利益或强势地位重大事件的发生时间为核心标准（单一标准说）。对此应当如何认识？笔者认为，质疑者观点（单一标准说）实质上是只主张以组织发生标志性事件的时间为标准，而遗漏了另外两个时间标准（组织举行成立仪式的时间、组织首次共同实施该组织犯罪活动的时间），从而不利于客观、全面地认定组织形成时间/成立时间的起点，有所不当。因此，笔者认为应当坚持“三标准说”，即以组织举行成立仪式的时间、以组织发生标志性事件的时间或者以组织首次共同实施该组织犯罪活动的时间为组织形成时间/成立时间的起点标准，客观、全面地认定组织形成时间/成立时间的起点。

（2）组织成员“人数较多”，达到一定的犯罪组织规模底线标准

这里主要是对组织成员“人数较多”进行形式审查，同时也需要对“组织成员”进行实质审查，因而仍然必须坚持形式和实质的双重审查规则。这里有两个具体问题需要特别讨论：一是“人数较多”的下限应当是多少？二是“组织成员”人数的实质审查。

其一，“人数较多”的下限应当是多少？

对此问题，理论界和实务中主要有三种观点：一是“三人说”，认为黑社会性质组织

是典型的有组织犯罪，属于犯罪集团的一种，因此黑社会性质组织人数规模的下限是3人。二是“十人说”，认为黑社会性质组织是有组织犯罪的高级形式，应当与一般犯罪集团有所区别，仅仅有3人的犯罪集团是难以在某一区域或者某一行业对不特定公众铸成非法控制，因此应当将黑社会性质组织的人数规模下限设定为10人以上。三是无下限说，认为黑社会性质组织的发展与形成须经历相当长的时间才得以最终形成，其很可能经历犯罪团伙、恶势力团伙逐步发展演变而最终铸成，不能确定组织在最终形成时人数规模的具体节点，因此，很难对其确定一个明确的人数规模下限，而应当结合其他涉黑特征综合评定与把控。

应当说，2015年《座谈会纪要》大体立场采用了“十人说”，但是其中有留有尾巴，指出“‘四个特征’中其他构成要素均已具备，仅在成员人数、经济实力规模方面未达到本纪要提出的一般性要求，但已较为接近，且在非法控制特征（危害性特征）方面同时具有2009年《座谈会纪要》相关规定中的多种情形，其中至少有一种情形已明显超出认定标准的，也可以认定为黑社会性质组织”。此外，某些省级法院也自作主张地将人数规模下限规定为十人以下，如《湖北指导意见》即规定对涉黑组织人数规模下限标准规定为5人以上；从重庆市、四川省、贵州省、云南省等地的判决情况看，将组织成员（包括尚未归案的组织成员）仅为不足10人（但均在5人以上）的案件认定为黑社会性质组织的判决在黑社会性质组织犯罪案件总数的比例高达5.3%，并且李勤院长也认为“应当允许未达10人以上人数规模的犯罪组织存有被认定为黑社会性质组织的例外情形，其条件即为人数较为接近10人，且其他涉黑性质的特征突出明显”。这是值得警惕的见解和做法！国外黑社会组织的人数规模通常都很大，少则数十人，多则上千上万人，而我国司法解释性文件规定的黑社会性质组织的人数规模仅规定为10人，已经接近突破刑事政策底线了，而实务中仍然存在不少突破10人底线的判例，实在令人堪忧。实事求是讲，在刑事政策上贯彻“打早打小”精神，稍有不慎即可能存在将并非真正的黑社会（即我国的“黑社会性质组织”）直接当做“黑社会（组织）”进行刑事处遇和行政处置的正当性危机，因为一旦将某种组织认定为“黑社会（组织）”，其组织体的全部资产将面临特殊的处置措施，其组织内人员的人身自由和刑罚处罚将面临“重复评价”（即参加行为和其他犯罪行为的重复评价），这种特别的刑事处遇和财产处置措施即使对于“真正的”黑社会组织具有合理性，但是对于“非真正的”黑社会组织（如我国的黑社会性质组织）而言就可能存在法治底线问题和正当性危机，必须特别慎重。

那么，黑社会性质组织的成员人数规模下限到底确定为多少更合理？这是一个需要运用刑法社科法学方法进行“科学”审查的重要问题。社会学原理认为，“一般而言，群体成员不超过12人，他们之间有可能保持极其密切的相互关系。如果成员继续增多，不仅使成员间非常深入的了解发生困难，还会导致群体成员出现各种复杂的联合，群体内派别也就由此发生。对大群体种数量庞大的潜在关系，不能用通常的方法来处理。大群体不可能依赖于自发的或随意的协约，它需要有具体的、明确的任务分工和责任规定。规模巨大意味着具有正式的组织、权力层、管理人员以及广泛的次级群体关系。”依据这一原理，笔者认为，为进一步明确刑事法治底线、统一规范司法审判并确保司法公正，同时也为更加突出打击重点，我国黑社会性质组织“人数较多”这一犯罪组织规模底线标准应当适当提高，将这个犯罪组织成员人数规模的底线标准确定为12人以上（即“十二人说”）。只有在犯罪组织成员人数达到或者超过12人以上的，才可以结合其他法定特征依法确认为黑社会性质组织；否则，一律不得认定为黑社会性质组织，而只能依法认定为一般的犯罪集团或者一般的共同犯罪形式。

不过，基于一种务实的学术立场，鉴于我国 2015 年《座谈会纪要》明确规定“黑社会性质组织应当具有一定规模，人数较多，组织成员一般在 10 人以上”，笔者认为可以适当考虑我国有关司法解释性文本规定和“扫黑除恶”的实际情况，目前仍然执行“十人说”并且不再突破十人底线，在此基础上逐步研究制定新的、更加科学合理的司法解释性文本并采用“十二人说”，尽快实现将黑社会性质组织的组织人数规模底线标准规定为十二人以上，以有效限定黑社会性质组织的认定范围，切实组做到“扫黑除恶”专项斗争“打准打实”的刑事政策目标。

其二，“组织成员”人数的实质审查

组织成员既包括组织者、领导者、骨干成员、积极参加者、一般参加者，这些组织成员通常构成了组织、领导、参加黑社会性质组织罪；还包括被裹挟参加组织的未成年人或者其他因为情节轻微而尚未作为犯罪论处的参加人员，以及其他因为尚未归案而未被处理但是确有确实、充分的证据证实其属于组织成员的人员，因此必须强调对“组织成员”及其人数的实质审查。

依据上述实质审查规则来看，2018 年《指导意见》规定“黑社会性质组织成员既包括已有充分证据证明但尚未到案的组织成员，也包括虽有参加黑社会性质组织但因尚未达到刑事责任年龄或因其他法定情形而未被起诉，或者根据具体情节不作为犯罪处理的组织成员”，以及 2015 年《座谈会纪要》规定黑社会性质组织成员“既包括已有充分证据证明但尚未归案的组织成员，也包括虽有参加黑社会性质组织的行为但因尚未达到刑事责任年龄或因其他法定情形而未被起诉，或者根据具体情节不作为犯罪处理的组织成员”， 这两个司法解释性规定的基本内容是正确的、合理的，这里不再赘述。

（3）“有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”，骨干成员必须达到一定数量底线标准

这里仍然应注意对“有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”进行实质审查和形式审查（双重审查规则）：总体上看，组织者、领导者、骨干成员“必须有”一个明确的数量底线标准（形式审查），而不能认为这个标准仅仅是“可以有”，因为“这个可以有”的反对解释结论是“这个可以没有”，并且应当对组织者、领导者、骨干成员的组织身份进行实事求是的审查（实质审查）。在此前提下，有四个具体问题值得研究：一是组织者、领导者的数量底线标准是多少（形式审查），组织者、领导者的具体认定有何实质标准（实质审查）？二是骨干成员的数量底线标准是多少（形式审查），骨干成员的具体认定有何实质标准（实质审查）？三是对于组织者、领导者、骨干成员“基本固定”的具体审查中如何处理好形式审查和实质审查的关系？四是与骨干成员判断相关联，积极参加者与一般参加者的界限如何划分？

其一，组织者、领导者的数量底线标准是多少（形式审查），组织者、领导者的具体认定有何实质标准（实质审查）？

组织者、领导者“必须有”一个以上，因此其数量底线标准不必作更多讨论。这里的问题意识在于：如何认定组织者、领导者的组织身份？对此问题，2018 年《指导意见》、2000 年《解释》和两个《座谈会纪要》应当说有比较明确的规定。2018 年《指导意见》第 4 条规定：“发起、创建黑社会性质组织，或者对黑社会性质组织进行合并、分立、重组的行为，应当认定为‘组织黑社会性质组织’；实际对整个组织的发展、运行、活动进行决策、指挥、协调、管理的行为，应当认定为‘领导黑社会性质组织’。黑社会性质组织的组织者、领导者，既包括通过一定形式产生的有明确职务、称谓的组织者、领导者，也包括在黑社会性质组织中被公认的事实上的组织者、领导者。”根据上列规

定可以认为，所谓组织者、领导者，是指针对黑社会性质组织实施发起、筹划、创建、召集、合并、分立、扩大、重组等组织行为的人员（即组织者），或者实施决策、指挥、协调、控制管理等领导行为的人员（即领导者）。

理论上，我国有学者对组织者、领导者具体列举了以下七类人员：第一类是犯罪组织的创建者或扩大者；第二类为犯罪组织的组织纪律、活动规约的发起人或者制定人；第三类为涉黑组织成立和运转的资金筹措人或者出资人；第四类是对涉黑犯罪组织的日常运行活动具有直接或间接的管理、决定权的人员；第五类为具体违法犯罪活动的组织、策划、指挥人；第六类是对涉黑组织犯罪利益具有分配和掌控能力的人员；第七类为案发后涉黑组织成员公认的涉黑组织的核心人员。笔者认为这个归纳基本上是合理的，但是，其一，其对第一类组织行为人的范围归纳可能不周全而有所遗漏，需要在实质审查的基础上进一步作出更加周全的归纳；其二，其最后一类强调“案发后涉黑组织成员公认的涉黑组织的核心人员”也可能有所不当，这可能涉及证据是否确实充分的疑问（即证据法疑问），因为在实体法上“案发后涉黑组织成员公认的核心人员”也可能仅仅是骨干或者积极参加者，但是其是否能够认定为组织者、领导者仍然需要进行实质审查，即审查其实质上是否是组织者和领导者（而不仅仅是骨干或者积极参加者）。

因此笔者认为，从实质审查的立场看，黑社会性质组织的组织者、领导者具体包括以下两类人员：一是组织者，即黑社会性质组织的发起人、筹划人、创建人、召集人、合并人、分立人、扩大人、重组人；二是领导者，即在黑社会性质组织犯罪活动中的决策人、指挥人、协调人、控制管理人。

其二，骨干成员的数量底线标准是多少（形式审查），骨干成员的具体认定有何实质标准（实质审查）？

骨干数量底线必须有所规定，有学者提出必须“骨干成员应有 3 名以上”，骨干成员相对稳定而可以有所变动更替（但是不能少于 3 名）的观点，笔者认为这种观点基本上是合理的，但是略显过于机械和苛刻。因此，笔者认为，可以采取骨干成员、领导者、组织者总和人数 3 人以上（包含 3 人在内）的数额底线标准，把骨干人员的人数标准他那个领导者和组织者联系起来一起加以考虑，并将其总和人数 3 人以上作为最低底线标准是比较合理的。尽管 2018 年《指导意见》、2000 年《解释》和两个《座谈会纪要》均没有明确规定“骨干成员应有 3 名以上”，但是从黑社会性质组织的组织特征是“形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”的基本精神来判断，大致可以推导出“骨干成员应有 3 名以上”这一结论。

进一步的问题意识在于：如何确定骨干成员与积极参加者（以及参加者）之间的界限？对此问题，学术界有以下研讨：（1）完全等同说。即认为骨干成员等同于积极参加者，积极参加者即为骨干成员，二者之间并无本质区别，对二者应当进行相同的定罪量刑。（2）部分等同说。即认为涉黑组织的骨干成员是听命于组织者、领导者安排指示，接受其布置的任务，直接代领、指挥一般参加者进行违法犯罪活动的积极参加者，因此骨干成员在犯罪组织中发挥着承上启下的重要功能，其是积极参加者中的一种类型，在骨干成员之外还存在其他积极参加者。

应当说，2015 年《座谈会纪要》采用了部分等同说，其中规定“黑社会性质组织应有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定，并有比较明确的层级和职责分工，一般有三种类型的组织成员，即：组织者、领导者与积极参加者、一般参加者（也即‘其他参加者’）。骨干成员，是指直接听命于组织者、领导者，并多次指挥或积极参与实施有组织的违法犯罪活动或者其他长时间在犯罪组织中起重要作用的犯罪分子，属于积极参

加者的一部分”。笔者在基本赞成部分等同说的基础上，认为还应注意准确界定骨干成员与其他积极参加者之间的界限，按照笔者对司法解释性规定的理解，笔者认为应当将“部分等同说”进一步具体化为“起积极协助组织和领导职能作用的积极参加者说”，即应当认为：骨干成员，是指直接听命于组织者、领导者，起积极协助组织和领导职能作用，并多次指挥或积极参与实施有组织的违法犯罪活动或者其他长时间在犯罪组织中起重要作用的犯罪分子。

因此可以认为，骨干成员区别于其他积极参加者的关键在于三点：一是骨干成员直接听命于组织者、领导者，而其他积极参加者通常并不直接听命于组织者、领导者；二是骨干成员起积极协助组织和领导职能作用，而其他积极参加者无论是否偶然直接听命于组织者、领导者，但是通常不是起积极协助组织和领导职能作用；三是骨干成员通常是多次指挥或积极参与实施有组织的违法犯罪活动或者其他长时间在犯罪组织中起重要作用的犯罪分子，而其他积极参加者只要有积极参加违法犯罪活动即可。

其三，对于组织者、领导者、骨干成员“基本固定”的具体审查中如何处理好形式审查和实质审查的关系？

对于组织者、领导者、骨干成员“基本固定”的具体审查中，首先应当进行形式审查，黑社会性质组织中的组织者、领导者是明确的并且有一名以上是长期固定不变的，骨干成员是明确的并且有三名以上是长期固定不变的，这些组织者、领导者、骨干成员必须是可以点名道姓并且长期地实实在在存在于此的。其次，还应注意进行实质审查，黑社会性质组织在发展过程中的某个具体时间段里或者时间点上组织者、领导者、骨干成员因为生老病死或者其他特殊原因而偶有变化，或者是组织者、领导者、骨干成员为规避打击而人为地制造“人员频繁更替、组织结构松散”的假象，而出现某个具体时间段里或者时间点上组织者、领导者、骨干成员偶有变化，但是对黑社会性质组织的长期存在过程进行综合判断和实质审查仍然可以得出其组织者、领导者、骨干成员“基本固定”的结论的，则仍然应实事求是地认定“有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”。

正是基于以上原理，笔者认为 2009 年《座谈会纪要》规定“当前，一些黑社会性质组织为了增强隐蔽性，往往采取各种手段制造‘人员频繁更替、组织结构松散’的假象。因此，在办案时，要特别注意审查组织者、领导者，以及对组织运行、活动起着突出作用的积极参加者等骨干成员是否基本固定、联系是否紧密，不要被其组织形式的表象所左右”，这里强调对组织者、领导者、骨干成员“基本固定”进行实质审查，并且提示要注意防止“人员频繁更替、组织结构松散”的假象就十分有必要。

其四，与骨干成员判断相关联，积极参加者与一般参加者的界限如何划分？

所谓参加，是指针对黑社会性质的组织进行加入组织确认、接受组织管理、参加组织活动等行为。根据这个概念界定，参加者的类型有两种划分：（1）从参加行为的具体方式看，可以区分为三种情况：一是进行加入组织确认；二是接受组织管理；三是参加组织活动。（2）从参加行为的具体作用看，可以区分为两种：一是起主要作用的参加，即积极参加；二是其次要和辅助作用的参加，即一般参加。

这里需要研究积极参加与一般参加的区分问题。理论界对于积极参加者与一般参加者的界限划分，主要有四种观点：一是行为说，认为凡是参加黑社会性质组织并参与其具体违法犯罪行为的，即可认定为积极参加行为；二是主观说，认为凡是主观上积极主动地加入涉黑组织的行为，即为积极参加行为；三是结合说，认为在判定行为人是否属于黑社会性质组织的积极参加者，要从主观和客观两方面综合考虑，即客观上要考察是

否参加黑社会性质组织并参加该组织具体违法犯罪活动，主观上考查行为人在加入黑社会性质组织时是否积极主动，凡主观客观要件均具备的即为积极参加者；四是作用说，认为判断是否属于涉黑组织的积极参加者，主要从行为人在该组织中所发挥的作用大小为标准进行判断，对组织作用大的为积极参加者。

笔者认为第四种观点（作用说）较为可取，因为其符合共同犯罪原理中的主从犯原理，对于那些在有组织犯罪中起主要作用的人依法认定为积极参加者（主犯），对起次要或者辅助作用的人依法认定为一般参加者（从犯）。从这个以上说，可以认为作用说也是主从犯说。

需要指出的是，在认定一般参加者的时候，还要注意司法解释性规定中的“排除性规定”，即：2018 年《指导意见》第 5 条规定“知道或者应当知道是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织，仍加入并接受其领导和管理的行为，应当认定为‘参加黑社会性质组织’。没有加入黑社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与黑社会性质组织违法犯罪活动的，不应认定为‘参加黑社会性质组织’。参加黑社会性质组织并具有以下情形之一的，一般应当认定为‘积极参加黑社会性质组织’：多次积极参与黑社会性质组织的违法犯罪活动，或者积极参与较严重的黑社会性质组织的犯罪活动且作用突出，以及其他在组织中起重要作用的情形，如具体主管黑社会性质组织的财务、人员管理等事项”；2015 年《座谈会纪要》规定“对于参加黑社会性质组织，没有实施其他违法犯罪活动，或者受蒙蔽、威胁参加黑社会性质组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理。对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动的，也可以不作为犯罪处理。以下人员不属于黑社会性质组织的成员：1.主观上没有加入社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与或者仅参与少量黑社会性质组织的违法犯罪活动的人员；2.因临时被纠集、雇佣或受蒙蔽为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持、服务的人员；3.为维护或扩大自身利益而临时雇佣、收买、利用黑社会性质组织实施违法犯罪活动的人员。上述人员构成其他犯罪的，按照具体犯罪处理。对于被起诉的组织成员主要为未成年人的案件，定性时应当结合“四个特征”审慎把握”；最高法 2000 年《解释》第 3 条第 2 款规定“对于参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，或者受蒙蔽、胁迫参加黑社会性质的组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理”。

上列规定中，我们认为其中的“排除性规定”值得重视，尤其是其中涉及行为人主观认识内容的规定弥足珍贵。从法理上讲，行为人主观上认识的内容，是“构成要件事实”和“规范的构成要件要素”。我国有学者指出，明知是对构成要件要素的事实性认识，这是构成要件的故意规制机能所决定的，并且对于不同构成要件类型的犯罪，其明知的内容是有所不同的。就黑社会性质组织的参加者而言，行为人主观上必须认识到组织、领导、参加黑社会性质组织罪“规范的构成要件要素”，其中当然包括应当认识到作为组织、领导、参加黑社会性质组织罪的犯罪对象的“黑社会性质组织”及其四个特征整体的基本内容，而不能是仅仅对“四个特征”中部分特征有所认识而对部分特征根本就没有认识；若行为人主观上对“黑社会性质组织”及其四个特征整体的基本内容没有认识则依法不能定“涉黑”犯罪（如参加黑社会性质组织罪），否则就可能沦为“客观归罪”和“以结果定罪”的非法状态。这里仅限于指出“参加者”主观认识内容问题及其重要意义（此外还有主观认识程度问题，即这里的主观认识可以是明确知道也可以是“应当知道”），因为本文主旨仅限于黑社会性质组织“组织特征”之审查认定，并不针对行为人主观认识问题展开深入研讨，所有有关行为人主观认识问题有待另文专述。

2、黑社会性质组织的行为特征

我国《刑法》第 294 条规定黑社会性质组织的行为特征是“以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众”。

笔者认为，黑社会性质组织的行为特征应当严格解释适用，对其审查认定时应注意进行以下几个方面内容的实质审查和形式审查（双重审查规则）：一是“以暴力、威胁或者其他手段”的解释适用；二是“有组织地多次进行违法犯罪活动”的解释适用。

（1）“以暴力、威胁或者其他手段”的解释适用

对“以暴力、威胁或者其他手段”的含义，理论界存在一定争议。主要有两种见解：其一，暴力必备说，认为“主动性的暴力行为是黑社会性质组织的必备行为方式，仅采取非暴力性质的威胁或者其他手段，难以形成黑社会性质组织”；其二，暴力、威胁或者其他手段三手段择取其一说，认为“暴力手段不是黑社会性质组织行为方式的必要手段，其行为方式不影响黑社会性质组织的成立”，或者主张坚持“暴力性手段为原则，非暴力性手段为例外”的处理原则，未实施暴力性犯罪的犯罪组织在一定条件下有被认定为黑社会性质组织的空间和余地。

笔者认为，对“以暴力、威胁或者其他手段”的解释适用应当该换思路，应当坚持“以暴力性威胁为底线的三手段包容说”，即最低限度必须有一次以上违法犯罪是暴力性威胁手段（其中当然可以包括暴力犯罪），而其他两次以上违法犯罪可以是“以暴力、威胁或者其他手段”三种手段均可以包容在内。理由在于：其一，如果某种犯罪组织一次暴力威胁性犯罪（以及暴力性犯罪）都没有，客观上难以形成非法控制社会性的黑社会性质组织，依法不应认定为黑社会性质组织，因此必须坚持以暴力性威胁为底线；其二，尽管从“以暴力、威胁或者其他手段”的文义解释看，表面上“三手段择取其一说”好像符合法条文义，但是这种文义解释结论在法理上和刑事政策上并不具有合理性和可行性，因而应当对其文义解释结论进行适当限缩，运用语用解释、实质解释方法，这种限缩解释之后的语用解释结论必然是“以暴力性威胁为底线的三手段包容说”；其三，2018 年《指导意见》规定“黑社会性质组织实施的违法犯罪活动包括非暴力性的违法犯罪活动，但暴力或以暴力相威胁始终是黑社会性质组织实施违法犯罪活动的基本手段，并随时可能付诸实施。暴力、威胁色彩虽不明显，但实际是以组织的势力、影响和犯罪能力为依托，以暴力、威胁的现实可能性为基础，足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全或者影响正常生产、工作、生活的手段，属于《刑法》第 294 条第五款第（三）项中的‘其他手段’，包括但不限于所谓的‘谈判’‘协商’‘调节’以及滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段”，其实质上采用了“以暴力性威胁为底线的三手段包容说”；其四，在司法实践中，还找不到仅仅实施了非暴力违法犯罪但是尚未实施暴力性违法犯罪的黑社会性质组织的任何一起判例，并且湖南长沙唐某某等人涉黑案的审判结果也能够印证“以暴力性威胁为底线的三手段包容说”。

【判例】湖南长沙唐某某等人涉黑案

唐某某等人成立的赌博公司主要采取租赁场地后对外发包赌场，并为他人开设赌场提供外围保护的方式，收取外围保护费。该犯罪组织提供外围保护的方式主要为：一是向有关人员行贿，防止相关职能部门主动查处。二是通过非法渠道打听公安机关查处赌场的行动计划，临时转移或者停开赌场以逃避打击。三是通过外围保安人员望风、及时通知赌场内人员疏散以逃避查处等方式为赌场提供外围保护。赌博公司进行的外围保护期间，涉及的三次暴力犯罪行为与开设赌场的关系不大。

检察机关指控：赌博公司的上述行为，属于黑社会性质组织行为方式中的“其他手段”，指控唐某某等人的赌博公司系黑社会性质组织。

审判机关认定：该犯罪组织在为赌场实施外围保护的过程中，没有明显的暴力行为，通过政治势力提供保护，及时获取政府部门查处消息以逃避打击的方式，不符合黑社会性质组织的行为特征相关标准。

唐某某等人涉黑案的审判结果，应当说是坚持了“以暴力性威胁为底线的三手段包容说”的基本立场，由于唐某某等人组成的犯罪组织尚没有任何一次暴力性威胁违法犯罪，依法不认定其构成黑社会性质组织，这种判决结果是依法、公正的，值得充分肯定。

此外，对“其他手段”的解释，应当限定为非暴力性、非暴力威胁性的其他手段，否则就存在逻辑悖论。“软暴力”问题，如2018年《指导意见》规定“黑恶势力为谋取不法利益或形成非法影响，有组织地采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段侵犯入身权利、财产权利，破坏经济秩序、社会秩序”的违法犯罪行为，一般都认为其属于利用软暴力实施的违法犯罪，这种看法基本上是成立的，因为其暴力威胁性特点不明显；但是，严格分析的话，其中部分情形客观上是以暴力或者暴力性威胁为基础、为背景的，其实质仍然带有暴力威胁性。因此，有的学者将“其他手段”解释为其他暴力性威胁手段、以暴力手段为支撑的长期性滋扰、以暴力性手段为强大后盾的非暴力型行为的解释结论也是不严谨、不符合逻辑的，因为这种解释结论或者造成同语反复或者过度限缩了语义范围，反而不利于依法认定黑社会性质组织。

（2）“有组织地多次进行违法犯罪活动”的解释适用

对“有组织地多次进行违法犯罪活动”的含义，主要有以下两个方面问题需要研究：其一，“有组织地”（多次进行违法犯罪活动）的含义；其二，“（有组织地）多次进行违法犯罪活动”的含义。对于这些内容，有的问题在理论界存在一定争议，需要检讨。

其一，“有组织地”（多次进行违法犯罪活动）是指哪些情形？

2018年《指导意见》规定“有组织地”（多次进行违法犯罪活动）的内容是：“为确立、维护、扩大组织的势力、影响、利益或者按照纪律规约、组织惯例多次实施违法犯罪活动，侵犯不特定多人的人身权利、民主权利、财产权利，破坏经济秩序、社会秩序，应当认定为‘有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众’。符合以下情形之一的，应当认定为是黑社会性质组织实施的违法犯罪活动：（1）为该组织争夺势力范围、打击竞争对手、形成强势地位、谋取经济利益、树立非法权威、扩大非法影响、寻求非法保护、增强犯罪能力等实施的；（2）按照该组织的纪律规约、组织惯例实施的；（3）组织者、领导者直接组织、策划、指挥、参与实施的；（4）由组织成员以组织名义实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；（5）多名组织成员为逞强争霸、插手纠纷、报复他人、替人行凶、非法敛财而共同实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；（6）其他应当认定为黑社会性质组织实施的。”

2009年《座谈会纪要》规定“有组织地”（多次进行违法犯罪活动）的内容是：“‘黑社会性质组织实施的违法犯罪活动’主要包括以下情形：由组织者、领导者直接组织、策划、指挥、参与实施的违法犯罪活动；由组织成员以组织名义实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的违法犯罪活动；多名组织成员为逞强争霸、插手纠纷、报复他人、替人行凶、非法敛财而共同实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的违法犯罪活动；组织成员为组织争夺势力范围、排除竞争对手、确立强势地位、谋取经济利益、维护非法权威或者按照组织的纪律、惯例、共同遵守的约定而实施的违法犯罪活动；由黑社会性质组织实施的其他违法犯罪活动。”

其二，“（有组织地）多次进行违法犯罪活动”是否可以仅有“违法”而无需有“犯罪”？

这里的“多次”是指“三次以上”（包括三次），应当说争议不大。这里的问题意识在于：“（有组织地多次）进行违法犯罪活动”是否可以仅有“违法”而无需有“犯罪”？

这个问题在2018年《指导意见》中没有专门规定，但是2009年《座谈会纪要》规定“黑社会性质组织实施犯罪活动过程中，往往伴随着大量的违法活动，对此均应作为黑社会性质组织的违法犯罪事实予以认定。但如果仅实施了违法活动，而没有实施犯罪活动的，则不能认定为黑社会性质组织”。在理论界，这个问题在解释适用上存在一些争议。

有的学者认为，仅有违法行为的犯罪组织也可以被认定为黑社会性质组织，主张“多次宜理解为3起以上的违法犯罪行为，即可以是3次以上的违法行为或者犯罪行为”，并且此前湖北省、陕西省等地省级司法机关发布的内部性指导文件也规定了违法犯罪活动不少于3次，但不需要每次活动均构成犯罪即可以判定为黑社会性质组织的内容。

而有的学者认为，必须有一次以上犯罪行为的犯罪组织才可以被认定为黑社会性质组织，从司法实践的统计数据看，迄今为止还未发现一例仅实施违法行为即被判定为黑社会性质组织的案例。

我认为，“多次进行违法犯罪活动”的解释适用，必须采取“一次以上犯罪的多次违法犯罪说”，即必须有一次以上犯罪行为的犯罪组织才可以被认定为黑社会性质组织。其最为重要的理由在于：黑社会性质组织是有组织犯罪犯罪（犯罪集团）中的最高级别犯罪组织，必须具备犯罪集团的全部特征，一次犯罪活动都没有的组织连犯罪集团都不构成，更谈何构成黑社会性质组织呢，可以说这是一个常识性问题、不容争议的问题。因此，在2018年《指导意见》没有明确规定的情况下，应当适用2009年《座谈会议纪要》的规定。

3、黑社会性质组织的非法控制社会性特征

我国《刑法》第294条规定黑社会性质组织的非法控制社会性特征是“通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序”。

笔者认为，黑社会性质组织的非法控制社会性特征必须严格解释适用，对其审查认定时应注意进行以下几方面底线标准的实质审查和形式审查（双重审查规则）：一是非法控制社会的方式方法特定性，只能是“通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容”；二是非法控制社会的实体内容特定性，只能是“称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序”。

（1）非法控制社会的方式方法特定性，只能是“通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容”

这方面的内容现在已有明确的法律规定和司法解释性规定，“通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容”二者择一即可，换句话讲就是“保护伞”特征（即“利用国家工作人员的包庇或者纵容”）并非必备要素，在这一点上是不存在争议的。

但是值得注意的问题是：“利用国家工作人员的包庇或者纵容”在刑法解释论上是应当有所限制的，即只能是利用国家工作人员对有关犯罪组织及其成员的违法犯罪活动的包庇或者纵容。换言之，“包庇或者纵容”的对象内容只能是违法犯罪活动，而不能

作出过度的扩大解释，不能将一些合法经营行为、正常的民事行为也纳入对象内容。

（2）非法控制社会的实体内容特定性，只能是“称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序”

这方面内容的解释适用还存在一些争议，尤其是其中“在一定区域或者行业内”“形成非法控制或者重大影响”两句话需要仔细探讨。

其一，“在一定区域或者行业内”必须进行形式和实质的双重审查

在一定区域或者行业内，其中“一定行业内”比较好理解，如建筑行业、采矿行业、运输行业、渔业市场、赌博以及色情行业等，争议问题较少；但是，“一定区域”的解释适用可能存在一些争议性问题。为此，2018 年《指导意见》指出，“鉴于黑社会性质组织非法控制和影响的‘一定区域’的大小具有相对性，不能简单地要求‘一定区域’必须达到某一特定的空间范围，而应当根据具体案情，并结合黑社会性质组织对经济、社会生活秩序的危害程度加以综合分析判断。”这一规定是很合理的，强调“一定区域”的实在性与相对性，如农村的村镇、集市或者农贸市场，城市的居民生活小区、购物城或者某些特定片区，城郊结合部的特定片区，以及特定行政区域等实实在在的一定区域空间，同时承认一定区域空间在客观上具有其大小相对性和合理性，均可以解释为“一定区域”。

但是，理论上对“一定区域”的解释适用必须注意防止两种较为极端的观点：

一是“乡镇一级以上说”。有论者认为，“一定区域”至少应在乡镇一级以上，其给出的理由是：将黑社会性质组织的非法控制的“一定区域”限定在乡镇以上，主要基于乡镇以上的行政区域才能保证一定的区域面积、人口数量与流量、经济规模，才能保障真正黑社会性质组织得以生存与发展；“一定区域”应当与一定的行政管理区划范围相匹配。《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第一条规定：“省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。”据上述规定可知，我国行政区划标准的最低行政级别为乡镇一级，黑社会性质组织非法控制的“一定区域”也应达到行政区划的最低行政级别，即应当至少应在乡镇一级达到一定的影响力和控制度。

笔者认为，“乡镇一级以上说”这种看法并不妥当，其突出的问题是过于机械、过于限缩了区域范围并且缺乏可操作性。（1）过于机械、过于限缩了区域范围。农村地区乡镇一级以下还有村社一级群众性自治组织，其地域范围大小不一、人口密集程度差异较大，村社及其群众性自治组织在社会学上恰恰是一个“小社会”，是一个重要的地域概念和社会组织单元，具备形成黑社会性质组织的空间条件，应该解释为“一定区域”。除了农村以外，还有城区的“一定区域”也在社会学上是一个“小社会”，但是城区的“一定区域”也无法被包括在“乡镇一级以上”，因此城区的“一定区域”实质上也具备形成黑社会性质组织的空间条件，应该解释为“一定区域”。（2）缺乏可操作性。按照“乡镇一级以上说”，对于那些仅限于乡镇内部的部分村社区域内而并非完整的乡镇一级以上行政区域，以及那些仅在数个乡镇之间的部分村社区域内，是否可以解释为“一定区域”就存在疑问，不但其实体上的合理性存疑，而且取证、举证、实务认定等方面均缺乏可操作性。

二是“单位内部与单位间区域说”。有的同志认为，“一定区域”包括单位内部区域、单位间区域，均可以认定为黑社会性质组织的“一定区域”。有些涉黑案中的公诉人可能就坚持了“单位内部与单位间区域说”，这时尤其需要人民法院把好依法司法、公正司法的最终关口。例如，韦某甲等人涉黑案，在重庆市南川区韦某甲犯参加黑社会性质

组织罪、敲诈勒索罪一案中，人民法院认为，被告人韦某甲受邀约而参加的违法犯罪活动，均是围绕邀约人王某甲、韦某乙所非法开设的小煤窑的经济利益，不符合非法控制特征所要求的在一定区域的相应要求。又如：邓某茂等人涉黑案，广东省茂名市邓某茂等人组织、领导、参加黑社会性质组织罪一案中，人民法院认为，“邓某茂等人的犯罪行为侵犯的范围只是针对到胜利水泥公司运输水泥的司机和胜利水泥公司的职工，影响范围较小，不符合上述法律规定中的‘一定区域’的范畴。”

笔者认为，如果说“乡镇一级以上说”过于限缩了“一定区域”的适用范围，那么“单位内部与单位间区域说”就过分扩大了“一定区域”的适用范围，因而也是不妥当的。上列“韦某甲等人涉黑案”，公诉人将王某甲、韦某乙、韦某甲三人的小煤窑解释为“一定区域”明显不当，这个区域范围太具体、太小，对象和人员数目十分有限，依法不应认定为黑社会性质组织的“一定区域”这一要素。当然，王某甲、韦某乙、韦某甲三人的小煤窑是否可以解释为“在一定行业内”是值得讨论的，但是应当说针对两个自然的小煤窑而言同样很难解释为“在一定行业内”。“邓某茂等人涉黑案”也存在类似问题，一个公司内部也是不宜解释为“一定区域”的。

其二，“形成非法控制或者重大影响”的解释适用

2018 年《指导意见》对此规定了八种情形（其中最后一种情形是兜底性规定）：“通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者不依法履行职责，放纵黑社会性质组织进行违法犯罪活动的行为，称霸一方，并具有以下情形之一的，可认定为‘在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序’：（1）致使在一定区域内生活或者在一定行业内从事生产、经营的多名群众，合法权利遭受犯罪或严重违法活动侵害后，不敢通过正当途径举报、控告的；（2）对一定行业的生产、经营形成垄断，或者对涉及一定行业的准入、经营、竞争等经济活动形成重要影响的；（3）插手民间纠纷、经济纠纷，在相关区域或者行业内造成严重影响的；（4）干扰、破坏他人正常生产、经营、生活，并在相关区域或者行业内造成严重影响的；（5）干扰、破坏公司、企业、事业单位以及社会团体的正常生产、经营、工作秩序，在相关区域、行业内造成严重影响，或者致使其不能正常生产、经营、工作的；（6）多次干扰、破坏党和国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序，或者致使上述单位、组织的职能不能正常行使的；（7）利用组织的势力、影响，帮助组织成员或他人获取政治地位，或者在党政机关、基层群众自治组织中担任一定职务的；（8）其他形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序的情形。”

我认为，“形成非法控制或者重大影响”的解释适用应当注意以下几个方面的问题：

一是“形成非法控制或者重大影响”的实质解释。“形成非法控制或者重大影响”，是指在实质上在一定区域或者行业内形成了非法控制或者重大影响，如 2018 年《指导意见》规定的“对一定行业的生产、经营形成垄断，或者对涉及一定行业的准入、经营、竞争等经济活动形成重要影响的”“干扰、破坏公司、企业、事业单位以及社会团体的正常生产、经营、工作秩序，在相关区域、行业内造成严重影响，或者致使其不能正常生产、经营、工作的”“多次干扰、破坏党和国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序，或者致使上述单位、组织的职能不能正常行使的”等，这些规定都是从实质审查立场进行的规定和判断，我这里不作一一列举。

其中，“重大影响”的解释适用问题需要进行重点讨论。李勤指出，“非法控制”强调黑社会性质组织在某一区域或行业中对人、财、物形成的一定支配力和控制力，而“重大影响”更注重黑社会性质组织对某一区域或行业的群众因摄于对黑社会性质组

织的恐惧所形成的心理强制；重大影响一般会在某一区域或行业内形成社会影响，但是有社会影响的案件不一定对某一区域或行业的群众形成心理强制的重大影响，其不应等同于某一或一系列恶性案件所产生的社会影响；例如，某一惊天盗窃案，可能因为盗窃金额巨大引起强大的社会轰动效应，但是不会对某一区域或行业内的群众形成恐惧的心理强制。李勤院长这里指出不能简单地将“重大影响”等同于重大恶性案件所具有的“重大社会影响”，是十分精当的！

我认为，“重大影响”在这里确实有特殊含义，其是与“形成非法控制”相对应、相关联的一个概念，换言之，“重大影响”是指有利于形成非法控制甚至已经促进形成了非法控制的重大社会影响，也就是李勤院长所说的“更注重黑社会性质组织对某一区域或行业的群众因摄于对黑社会性质组织的恐惧所形成的心理强制”的重大影响，而不是一般性的重大社会影响。因此，人民法院在审判涉黑案件时，对其中“形成非法控制或者重大影响”进行审理裁判时，如果认定其形成“重大影响”，应当重点审理和裁判其是否是有利于形成非法控制甚至已经促进形成了非法控制的重大社会影响，而不能简单地认定“重大社会影响”。

二是兜底性规定“其他形成非法控制或者重大影响”的实质解释。

学术界对这个兜底性规定研究并不多，目前有论者讨论过“打击同为黑恶势力的竞争对手”、群众举报无门或者举报无能的问题。

关于“打击同为黑恶势力的竞争对手”的问题。（1）一种观点认为，我国法律条文要求受黑社会性质组织欺压、残害的对象为“群众”，不包括同为黑恶势力的犯罪分子，因此，某一犯罪组织对同为黑恶势力的打击行为不属于法律条文界定的欺压、残害对象，不应当属于黑社会性质组织的非法控制特征的表现形式之一；在审判实践中，如孙某某等 18 人组织、领导、参加黑社会性质组织罪一案，辩护人提出的辩护意见是，孙某某等人与其他同样在当地从事违法犯罪行为的团伙因为收债纠纷而斗殴，砍伤对方成员多人，受害对象非法律所设定的群众，故不符合犯罪组织涉黑性关于非法控制特征之规定，其所在犯罪组织不具有涉黑性质。（2）另一种观点认为，对同为黑恶势力予以打击，一定程度上容易导致在一定区域或者行业内形成非法垄断，特别是对经营类行业的正常经济秩序造成冲击和影响，也应属于涉黑犯罪非法控制的范畴；犯罪组织打击同为黑恶势力的竞争对手，有利于扫除自身发展扩张的内部障碍，增强在某一区域或行业的支配力和影响力，特别是在毒品、色情、赌博等竞争激烈的非法行业内，更易出现黑恶势力之间相互厮杀、火拼的情形，这必然有利于获胜方提升其在该行业的控制力和影响力，因此应当将“打击同为黑恶势力的竞争对手”解释为非法控制的表现形式之一。

关于多名群众举报无门或者举报无能的问题。有论者指出，我国 2018 年《指导意见》和 2009 年《座谈会纪要》均只规定了多名群众不敢举报、控告的情形可以解释为“形成非法控制或者重大影响”，但是没有规定“多名群众举报无门或者举报无能”的情形，并认为黑社会性质组织的非法控制的形成不仅可以通过实施违法犯罪予以实现，还可以通过腐蚀地方官员的方式获取非法保护而逐渐形成，使得部分被害人向有关部门举报无门、举报不能，其所在犯罪组织的非法控制得以形成并强化，因此应当将“多名群众举报无门或者举报无能”解释为非法控制的表现形式之一。

笔者认为，将“打击同为黑恶势力的竞争对手”、多名群众举报无门或者举报无能，解释为兜底性规定“其他形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序的情形”，完全符合刑法解释论原理，值得司法审判时予以重视。

### （二）附随性特征：黑社会性质组织的经济特征的宽松解释

黑社会性质组织的附随性特征，即黑社会性质组织的经济特征，在刑法解释论上可以进行宽松解释。我国《刑法》第294条规定黑社会性质组织的经济特征是“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动”。这一法律规定分别规定了三个方面的内容：一是经济利益的获取手段（即获取途径）、经济实力（即经济规模）、支持功能（即用途方向）。理论界的研讨大致也是围绕着这三个方面来展开的，2000年《司法解释》、2009年《座谈会纪要》、2015年《座谈会纪要》、2018年《指导意见》也基本上是围绕着这三个方面进行了规定；其中理论上存在一定争议的问题是经济实力（即经济规模）问题。

笔者认为，黑社会性质组织的经济特征可以宽松解释适用，对其审查认定时应注意进行以下两个方面内容：

1、经济利益的获取手段、支持功能

经济利益的获取手段（即获取途径），包括通过合法的与非法的手段，也就是说既可以是从事毒品交易、赌博、色情业、走私犯罪以及敲诈勒索、抢劫等违法犯罪活动，也可以是从事表面上合法的工商业活动、筹集资金和接受捐赠，无所限制；经济利益的支持功能（即用途方向），是用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展。这个方面，理论界和实务界均不存在太大争议，按照经济特征的宽松解释原理也不应该存在太大争议。如：

2009年《座谈会纪要》规定：黑社会性质组织的敛财方式也具有多样性。实践中，黑社会性质组织不仅会通过实施赌博、敲诈、贩毒等违法犯罪活动攫取经济利益，而且还往往会通过开办公司、企业等方式“以商养黑”、“以黑护商”。因此，无论其财产是通过非法手段聚敛，还是通过合法的方式获取，只要将其中部分或全部用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展即可。

“用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展”，一般是指购买作案工具、提供作案经费，为受伤、死亡的组织成员提供医疗费、丧葬费，为组织成员及其家属提供工资、奖励、福利、生活费用，为组织寻求非法保护以及其他与实施有组织的违法犯罪活动有关的费用支出等。

2015年《座谈会纪要》规定：“一定的经济实力”，是指黑社会性质组织在形成、发展过程中获取的，足以支持该组织运行、发展以及实施违法犯罪活动的经济利益。包括：1.有组织地通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛的资产；2.有组织地通过合法的生产、经营活动获取的资产；3.组织成员以及其他单位、个人资助黑社会性质组织的资产。通过上述方式获取的经济利益，即使是由部分组织成员个人掌控，也应计入黑社会性质组织的“经济实力”。

是否将所获经济利益全部或部分用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展，是认定经济特征的重要依据。无论获利后的分配与使用形式如何变化，只要在客观上能够起到豢养组织成员、维护组织稳定、壮大组织势力的作用即可认定。

2018年《指导意见》规定：在组织的形成、发展过程中通过以下方式获取经济利益的，应当认定为“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益”：（1）有组织地通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛；（2）有组织地以投资、控股、参股、合伙等方式通过合法的生产、经营活动获取；（3）由组织成员提供或通过其他单位、组织、个人资助取得。

组织成员主动将个人或者家庭资产中的一部分用以支持该组织活动，其个人或者家庭资产可全部计入“一定的经济实力”。

2、经济实力（即经济规模）

这个方面，过去在理论界和实务界存有一些争议，但在 2018 年《指导意见》出台以后，实务界对这个问题应当说就不应该再出现争议。

2015 年《座谈会纪要》规定（应注意对“具有一定的经济实力，以支持该组织的活动”进行实质审查）：“一定的经济实力”，是指黑社会性质组织在形成、发展过程中获取的，足以支持该组织运行、发展以及实施违法犯罪活动的经济利益。

各高级人民法院可以根据本地区的实际情况，对黑社会性质组织所应具有的“经济实力”在 20-50 万元幅度内，自行划定一般掌握的最低数额标准。

2018 年《指导意见》已经对经济实力（即经济规模）作出的明确规定是：通过上述方式获得一定数量的经济利益，应当认定为“具有一定的经济实力”，同时也包括调动一定规模的经济资源用以支持该组织活动的能力。通过上述方式获取的经济利益，即使是由部分组织成员个人掌控，也应计入黑社会性质组织的“经济实力”。组织成员主动将个人或者家庭资产中的一部分用以支持该组织活动，其个人或者家庭资产可全部计入“一定的经济实力”，但数额明显较小或仅提供动产、不动产使用权的除外。

由于不同地区的经济发展水平、不同行业的利润空间均存在很大差异，加之黑社会性质组织存在、发展的时间也各有不同，在办案时不能一般性地要求黑社会性质组织所具有的经济实力必须达到特定规模或特定数额。

我认为，按照经济特征的宽松解释适用原理，现在司法实践中应当执行 2018 年《指导意见》的规定，即不再执行此前 2015 年《座谈会纪要》设定的经济实力“在 20-50 万元幅度内”这个最低数额标准；在此前提下，司法实践中还是应注意 2018 年《指导意见》的“除外”规定，即规定“组织成员主动将个人或者家庭资产中的一部分用以支持该组织活动，其个人或者家庭资产可全部计入‘一定的经济实力’，但数额明显较小或仅提供动产、不动产使用权的除外”。

## 三、涉黑犯罪中“明知”与责任限定的刑法教义学检讨

涉黑犯罪中行为人主观“明知”问题，理论界主要针对作为犯罪对象的“黑社会性质组织”是否需要行为人“明知”出现了一些学术争议：（1）明知不要说。认为涉黑犯罪不需要行为人明确认识知晓其犯罪对象是黑社会性质组织，只要参加者知道该组织从事违法犯罪活动，欺压残害群众，依然自愿加入即可。（2）明知必要说。认为黑社会犯罪需要行为人明确认识知晓其犯罪对象是黑社会性质组织，行为人明确认识知晓属于黑社会性质组织依然予以加入的行为。应当说，国内绝大多数学者是支持“明知必要说”的，只是对“明知”的内容可能存在一些争议。

现代刑法原理毫无例外地坚持“责任主义”“罪刑法定主义”，毫无例外地反对“结果主义”“客观归罪”“结果主义”“罪刑擅断主义”，这是一个基本常识，是罪刑法定原则和依法治国的最低底线，是刑法教义学的基本立场，当然也是我们讨论涉黑犯罪中“明知”问题的出发点和基本原则，按理说不应当出现理论争议！张明楷教授不但认为“没有责任就没有刑罚”（消极的责任主义）是现代刑法的一个基本原理，而且是宪法原则，刑事立法上不应存在违反责任主义的规定，刑法理论不得作出违反责任主义的解释；陈忠林教授指出，责任条件是“以对犯罪行为的故意和过失为内容”，这些论述都是责任主义刑法观的基本表达。“明知”是故意犯罪中必备的主观要素，我国《刑法》第 14 条

规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。故意犯罪，应当负刑事责任。”可见，根据责任主义刑法原理和我国《刑法》第 14 条规定，涉黑犯罪作为故意犯，其以“明知”故犯为前提。从责任刑法的基本法理上讲，行为人主观上认识的内容，是“构成要件事实”和“规范的构成要件要素”。陈兴良教授指出，明知是对构成要件要素的事实性认识，这是构成要件的故意规制机能所决定的。并且，对于不同构成要件类型的犯罪，其明知的内容是有所不同的。 因此笔者认为，在“扫黑除恶”这个问题上，我国极个别学者和部分实务人员可能在一定程度上忽略了“责任主义”和“罪刑法定原则”刑法原理的基本立场，其提出的“明知不要说”观点在基本立场上并不妥当。我们在“扫黑除恶”司法实践中应当坚持“明知必要说”，在此前提下也要正确认识“明知”的内容与程度问题。

### （一）“明知”的内容

“明知”的内容，必须是黑社会性质组织的“规范的构成要件要素”整体，即包括“黑社会性质组织”及其四个特征整体的基本内容（四个特征全部认识说），而不能是仅仅对“四个特征”中部分特征有所认识（部分特征认识说）而对部分特征根本就没有认识。因此，若行为人主观上对“黑社会性质组织”及其四个特征整体的基本内容没有认识则依法不能定“涉黑”犯罪，否则就可能沦为“客观归罪”和“以结果定罪”的非法状态。

但是，我国有关司法解释规定可能采用了“部分特征认识说”，对此需要进行适当的学术检讨。如 2009 年《座谈会纪要》规定：“关于黑社会性质组织成员的主观明知问题。在认定黑社会性质组织的成员时，并不要求其主观上认为自己参加的是黑社会性质组织，只要其知道或者应当知道该组织具有一定规模，且是以实施违法犯罪为主要活动的，即可认定。”再如 2018 年《指导意见》规定：“知道或者应当知道是以实施违法犯罪为基本活动内容的组织，仍加入并接受其领导和管理的行为，应当认定为‘参加黑社会性质组织’。没有加入黑社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与黑社会性质组织违法犯罪活动的，不应认定为‘参加黑社会性质组织’。”可见，按照 2009 年《座谈会议纪要》的规定（部分特征认识说），行为人只需要认识“该组织具有一定规模，且是以实施违法犯罪为主要活动的”，而不要求行为人全面认识“组织特征”“行为特征”“经济特征”“危害性特征”，甚至明确规定“并不要求其主观上认为自己参加的是黑社会性质组织”，就可以认定行为人具有参加黑社会性质组织的主观故意。这种规定公然违反“明知”的法律规定和“规范的构成要件要素”刑法原理，应当说是不合法、不合理的、也是十分危险的。

也许有人会问：要求行为人全面认识“四个特征”是不是太困难了？其实，这个“困难”可以放在认识程度中来解决，而不应放在认识内容中来“忽悠”，因为这是责任刑法（责任主义）的基本要求，也是刑法理性的基本底线（反对客观归罪），此其一。其二，这个“困难”对于组织者、领导者通常都不存在，主要是针对“参加者”而言的，也就是说主要是防止司法实践中将太多的普通百姓（参加者）“忽悠”成为涉黑人员，将无辜者“抹黑”是最为可怕的司法效果，2010 年前后重庆打黑就有这个教训。因为，许多打工者、农民工很难找到就业机会，思想认识也很不到位，如果法律和司法解释明确规定“并不要求其主观上认为自己参加的是黑社会性质组织”（四个特征），就可以无往而不胜地将打工者稀里糊涂地“抹黑”，难说不是悲剧，也根本不符合司法公正和“三个效果”统一的基本要求。所以，我是坚决主张行为人主观上需要认识的内容必须是黑

社会性质组织“四个特征”的全面认识（四特征全面认识说），否则不能认定为“参加”“积极参加”黑社会性质组织。

也许有人还会问：要求行为人全面认识“四个特征”是不是举证责任太重了？公诉人和法官一般都有这个疑问，那么如何看待这个举证责任问题呢？我的回答是：兹事体大，必须举证，而且必须“证据确实、充分”“事实清楚”，否则不能“抹黑”！

对举证难问题，笔者认为可以话分两头说：其一，举证困难有相对性，即对“参加”黑社会性质组织的举证可能存在较多困难，但是对于“组织、领导”黑社会性质组织的举证并不困难（如果客观上是“本来黑”的话），这样的话就有一个很好的效果，就是“组织、领导”者仍然难逃涉黑的应然命运，而“参加”者较多的人脱黑，或者说参加者被抹黑的可能性大大减少，何乐而不为呢！其二，正如下面我要论述的问题是通过适当确定“明知的程度”来部分解决这个问题。

### （二）“明知”的程度

“明知”的程度，又叫认识程度，是指行为人主观上对于犯罪构成中的客观违法性要素的认识程度，理论上有确定明知与不确定明知（即可能明知、推定明知、应当知道），对于可能明知采用推定但准许反正原则。可见，“明知”的程度，理论上通常认为其包括“明知”（即明确知道）和“应当知道”（即推定明知）两种情况。因此，行为人对黑社会性质组织的“明知”的程度，正如2009年《座谈会纪要》规定“*只要其知道或者应当知道*”、2018年《指导意见》规定“*知道或者应当知道*”即为已足，这种规定本身是正确的。

那么，如何认识这里的“应当知道”？有人对此可能存在误解，认为根据刑法第15条过失犯罪的规定只能将“应当知道”但是没有认识到的情形解释为“过失”，这是不能成立的。事实上，这里的“应当知道”是指“知道”（明知）的一种，是“推定知道”、“推定故意”的意思（准许反证）。陈兴良教授指出，明知是行为人的一种主观心理状态，对明知如何认定，目前在我国司法解释中，往往把明知解释为知道或者应当知道。我国还有学者指出，“应当认识到”（应当知道），同时具有行为人在“法律上有义务认识到”、“主观上有能力认识到”和“客观上有可能认识到”三个方面的含义，如果缺少其中任何一个方面的内容，不论是行为人没有义务认识到，还是没有能力认识到，或者客观上没有可能认识到，“违法性认识”这个因素就不可能存在，相应的犯罪故意也就不可能成立。由此可知，2009年《座谈会纪要》规定“*只要其知道或者应当知道该组织*”系黑社会性质组织（四个特征）即为已足，这种规定本身是合理的。

### （三）涉黑犯罪“明知”与责任限定的基本结论

涉黑犯罪作为故意犯，其主观上只能是故意，在认识因素“明知”的判断上，行为人主观上必须对作为本罪“规范的构成要件要素”之一的“黑社会性质组织”及其四个特征具有认识，包括知道或者应当知道；如果行为人主观上对此没有认识，则依法不能认定为具有犯本罪的主观故意，尤其是“参加”行为人必须如此严格要求。我国2009年和2015年《座谈会纪要》、2018年《指导意见》的相关规定有得有失，其对于认识内容的规定采用“部分特征认识说”有所欠当（因为其规定的认识内容没有覆盖“四个特征”全部内容），但是其中关于认识程度（明知的程度）的规定是合理的。作为涉黑犯罪的组织者、领导者，其在主观上对黑社会性质组织的“明知”一般不存在疑问，对其采用“组织体全部责任规则+行为时责任规则”定罪量刑，符合责任刑法的基本原理。但是，作为涉黑犯罪的参加者——具体包括“积极参加的”的人和“其他参加的”人—

一则需要在案子被认定为黑社会性质组织犯罪时，适当谨慎地采用“四特征全部认识说”进行主观故意中“明知”的内容和程度的规范审查，谨慎确定其是否涉黑和定罪，对其采用“参加部分责任规则+行为时责任规则”定罪量刑，谨慎注意责任刑法的基本要求。我国 2009 年和 2015 年《座谈会纪要》、2018 年《指导意见》规定了若干情形下“不属于黑社会性质组织的成员”，其内容是妥当的，应当依法贯彻执行。

包庇、纵容黑社会性质组织罪“明知”与责任限定的基本原理与组织、领导、参加黑社会性质组织罪的相关原理在实质上是一样的，但是也有一定特殊性，有必要专门讨论。同参加者一样，包庇、纵容者在案子被认定为黑社会性质组织犯罪时，需要适当谨慎地采用“四特征全部认识说”对其主观故意中“明知”的内容和程度进行审查，谨慎确定其是否明知其包庇、纵容的对象是黑社会性质组织，对其采用“包庇纵容行为责任规则+行为时规则”定罪量刑。其中“包庇纵容行为责任”应当具体审查其包庇纵容行为的对象是整个黑社会性质组织、组织者、领导者、参加者还是具体的若干犯罪行为，“行为时责任”应当具体审查其行为时所应承担的责任以及跨时犯责任（跨时犯的主要犯罪时间），谨慎认定量刑情节是一般情节还是“情节严重”，谨慎注意责任刑法的基本要求。

但是，理论界对于包庇、纵容行为人主观上是否需要对其包庇、纵容对象黑社会性质组织“明知”的问题，出现了三种观点：（1）明知涉黑组织说。其认为，需明知为黑社会性质组织。如国家机关工作人员在从事包庇、纵容涉黑组织及其实施的违法犯罪活动时，仅在明知状态下方能构成此类型犯罪。（2）明知犯罪组织说。其认为，此罪不要求国家机关工作人员明知其包庇、纵容对象为黑社会性质组织，只需要其认识到所包庇、纵容对象为一定规模的犯罪组织或犯罪组织的成员即可，2009 年《座谈会纪要》即持有类似观点。（3）明知涉黑组织可能性说。其认为，应当融合借鉴两种观点的合理性，即此罪要求行为人在从事包庇、纵容黑社会性质组织时可以非明知，但是应当知晓其具有涉黑的可能性。应当说，“明知涉黑组织可能性说”，在实质立场上是与“明知涉黑组织说”是一致的，其特点是进一步限定了“明知”（涉黑组织）的程度包括“推定明知”。

笔者认为必须坚持“明知涉黑组织说”，即行为人主观上对“黑社会性质组织”及其四个特征必须具有认识，包括知道或者应当知道。而“明知犯罪组织说”过于降低了包庇、纵容行为人主观上“明知”的要求，混淆了一般犯罪组织的包庇、纵容行为人与涉黑组织的包庇、纵容行为人的主观认识之间的界限，既违反了法律的明确规定也违反了罪责原理，显失妥当。如张明楷教授认为，“本罪的责任形式为故意，即明知是黑社会性质的组织、黑社会性质的组织所进行的违法犯罪活动，而故意予以包庇、纵容，但不要求像司法工作人员那样确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织。换言之，只要行为人认识到对方可能是黑社会性质的组织即可”，其基本立场就是“明知涉黑组织说”。

基于“明知涉黑组织说”，在具体审查包庇、纵容黑社会性质组织罪主观“明知”时还有两个特殊问题值得注意：（1）行为人作为国家工作人员在主观上起先不知包庇、纵容的对象是黑社会性质组织，后来在明知对象是黑社会性质组织时仍然继续予以包庇、纵容的行为，如何定性处理？对此，理论界也有两种观点：一种观点认为，基于前后两种心态的不同应当对两种行为予以数罪并罚的犯罪评价，应以一般包庇类犯罪与包庇、纵容黑社会性质组织罪实行数罪并罚。另一种观点认为，基于前后两种心态变化对同一黑社会性质组织进行包庇、纵容的行为属于一个连续行为，应考虑择一重罪处断，即以应以包庇、纵容黑性质组织罪一罪论处。对此，笔者认为第二种观点更为适当，其更符

合一个连续行为的处断规则。（2）行为人作为国家工作人员在主观认识上错误地以为其所包庇、纵容的对象为黑社会性质组织，但实际上并非如此，如何定性处理？对此，理论界也有两种观点：一种观点认为，应当以包庇、纵容黑社会性质组织罪（未遂）定罪处罚；另一种观点认为应当以普通包庇罪、窝藏罪或者其他渎职犯罪定罪处罚更为合理。对此，笔者认为第一种观点更恰当，因为包庇、纵容黑社会性质组织罪是一种违法性更严重、责任性更大的特殊犯罪，按照概括的故意理论，对此情形应按照普通包庇罪、窝藏罪或者其他渎职犯罪定性处罚。

结语：“扫黑除恶”必须处理好讲政治与讲法治的关系

当前我国在全国范围内开展“扫黑除恶”专项斗争，按照我国最高“法检公司”的要求（即 2018 年《指导意见》），要认真“贯彻落实《中共中央、国务院关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》精神，统一执法思想，提高执法效能，依法、准确、有力惩处黑恶势力犯罪，严厉打击‘村霸’、宗族恶势力、‘保护伞’以及‘软暴力’等犯罪”，要严格“坚持依法办案、坚持法定标准、坚持以审判为中心，加强法律监督，强化程序意识和证据意识，正确把握‘打早打小’与‘打准打实’的关系，贯彻落实宽严相济刑事政策，切实做到宽严有据，罚当其罪，实现政治效果、法律效果和社会效果的统一”。对此，我认为可以浓缩概括为一句话就是：“扫黑除恶”必须处理好讲政治与讲法治的关系。

讲政治中包括了讲法治，讲法治中也包括了讲政治，甚至可以说讲法治是依法治国大局中最大的政治。因此，我们司法机关要从依法治国政治立场的高度重视“扫黑除恶”，有所作为，依法作为，切实实现政治效果、法律效果和社会效果的统一。

# 雇佣黑社会性质组织行为的分析与探讨

李仲民

【内容摘要】对于雇佣黑社会性质组织的行为，其实并没有脱离刑法总则、分则的规定，无需另设一个新的罪名进行规制。在司法实践中，要对雇佣黑社会性质组织的行为进行定性应当坚持主客观相统一的原则并遵循如下思路：首先，应当分析雇佣者雇佣黑社会性质组织是否基于犯罪目的，若是，则一般情况下按照共同犯罪处理，以被雇佣者实际实施的行为定罪，若存在教唆未遂、实行过限等情形，则按照相关理论进行分析。若雇佣者雇佣黑社会性质组织并不是基于犯罪的目的，那么一般情形下雇佣者不构成犯罪、不承担刑事责任，除非符合“雇佣者基于非犯罪目的雇佣黑社会性质组织，被雇佣的黑社会性质组织成员实行了犯罪行为，且此种犯罪在雇佣者的容许范围内甚至是雇佣者后来临时起意加入犯罪进程”的情形。对于雇佣黑社会性质组织行为中的实行过限的情形，在认定实行过限的本质之时应当采用“单独犯罪形态”说，而在认定未过限行为人的责任时则应采取修正的“知情说”的立场。

【关键词】雇佣黑社会性质组织；私力救济；实行过限；司法适用

自 1997 年刑法典增设黑社会性质组织犯罪以来，我国刑法对于黑社会性质组织犯罪一直采取“严厉打击”的态度，2015 年的《北海纪要》也明确提出对待黑社会性质组织犯罪，要坚持“打早打小”与“打准打实”相结合的方针，将黑社会性质组织犯罪消灭于雏形或者萌芽状态。直至今日，我国已经惩治了一批黑社会性质组织的犯罪分子，遏制了黑社会性质组织犯罪的嚣张气焰，对于黑社会性质组织犯罪的打击已经获得一定的成效。但是笔者认为，一方面，随着社会的发展尤其是科学技术的迅猛发展，黑社会性质组织犯罪的“隐蔽性”不断增强，犯罪方式逐渐多元化给司法机关的定罪量刑带来了新的挑战，对于黑社会性质组织犯罪的研究不能停滞；另一方面，对于雇佣黑社会组织的行为，无论是学界还是实务界的研究都略显不足，而在司法实践中，无论是基于合法目的还是非法需求，雇佣黑社会性质组织的行为已屡见不鲜，对雇佣者行为的正确认定至关重要。因此，笔者拟通过深掘雇佣黑社会性质组织行为产生的原因，将当下司法实践中常见的雇佣黑社会性质组织的行为进行分类与定罪分析并针对雇佣黑社会性质组织行为中的“实行过限”的情形进行探讨，以期能够对雇佣黑社会性质组织的行为进行较为科学的分类与梳理，为司法实践中解决相关行为的定罪问题建言献策。

## 一、雇佣黑社会性质组织行为的原因分析

雇佣黑社会性质组织行为的出现，其背后有着深刻的社会背景，一方面，部分行为人因想要满足自己的非法甚至犯罪需求，求助于黑社会性质组织，正是由于这种非法供求市场的出现，导致了雇佣黑社会性质组织行为的屡禁不止。[]另一方面，我们也应当看到，部分行为人并非基于非法需求而雇佣黑社会性质组织，公力救济的不足、合法目的下的方式越界等原因皆有可能导致这种雇用行为的出现，具体而言，笔者认为雇佣黑社会性质组织行为的原因主要有以下三点：

### （一）非法供求市场的出现

黑社会性质组织犯罪作为我国刑法中国规定的有组织犯罪的重要组成部分，其与恐怖组织犯罪不同的是，侵害的法益主要是社会正常的管理秩序，这也从反向表明，在正常的社会秩序、市场秩序之下，黑社会性质组织是缺乏生存空间的。而当下，我国正处于经济高速发展的社会转型期，各种社会矛盾凸显并被激化，在利益的驱动下，许多人铤而走险，利用非法甚至犯罪的手段或许相关利益，其中雇佣黑社会性质组织便是一个典型的表现。可以说，在非法利益的驱动下，加之黑社会性质组织的四大特征带来的其可以帮助雇主快速、有效、大量的获取非法利益的“优势”的共同作用下，这种非法供求市场逐渐形成。这种非法供求市场的出现，是雇佣黑社会性质组织行为出现的直接原因之一，在这个市场中，雇佣者通过黑社会性质组织的“威慑性”甚至暴力手段获取非法利益，而黑社会性质组织也从中扩大了自身的影响并获取了一定的经济利益，如此循环，使得雇佣黑社会性质组织的行为有了经济基础，难以有效剔除。

### （二）公力救济的效力不足

诚然，有许多雇佣黑社会性质组织的行为其出发点是为了牟取不正当的利益，但是我们不能否认的是，在有些情形下，行为人雇佣黑社会性质组织是由于公力救济的效力不足，导致自身权利得不到救济或者得不到及时救济，才不得已而“出此下策”，正如徐昕老师所说：“相较于公力救济，私力救济具有成本低、程序简便、功能多元等优势更易被公众选择。”[]笔者在此并不是为这种雇佣行为做辩护，而是认为我们应当看到，基于公力救济涉及范围小、程序复杂、可利用资源不足、成本较高等缺陷，其在当下社会很难确保所有公民的合法权益得到充分而及时的救济，此时，采用私力救济的方式，虽有时在法理之外，却在情理之中。再者，在报复思想与功利思想的影响下，被侵害者想要救济、回复自己的权利是一种几近必然的反映，然后在趋利避害的功利思想鼓动下，相较于效力不足的公力救济，简便而快捷的私力救济成为了更佳的选择，而其中以雇佣黑社会性质组织为代表的非法手段更使其权利得到效率与效力最大化的恢复。

### （三）习惯驱使下的方法错位

我国自古以来便有“厌讼”的传统，长期以来，人们在遭遇纠纷时往往不愿意寻找公力救济，而是习惯性的依靠“私了”的方式。在这种习惯的驱使下，人们解决纠纷或是进行磋商、或是寻找有权威的人士进行调解、也有可能依靠一些诸如雇佣黑社会性质组织的非法手段。因此，笔者认为，导致雇佣黑社会性质组织行为出现的原因还在于习惯驱使下的方法错位，当然，这种错位的出现还与公民的违法性认识能力息息相关。许多雇佣者，尤其是基于非犯罪目的实施的雇用行为，往往只知道这种方法“不对”，但具体的违法性则无法清晰认识，这也一定程度上导致了雇佣者的错误决断。有学者指出：“受‘不知法律不免罪’的传统原则影响, 无论是刑法规定还是刑事司法, 各国对违法性认识不可避免性的把握仍十分严苛, 几成一种罕见的例外。”[]也体现了违法性认识在刑事司法中的重要性，当然违法性认识能力与刑事责任的承担虽然关系密切，但也不能以其认识能力低下就一味强调刑事责任的免除，具体问题具体分析是我们应当坚持的。

## 二、雇佣黑社会性质组织行为的分类解析

笔者认为，对于雇佣黑社会性质组织的行为，可以根据其目的的合法性分为两大类进行探讨，其中，一大类是非犯罪目的下的雇佣黑社会性质组织行为，是指行为人雇佣黑社会性质组织仅仅为了实施一些合法的行为或者违法但不构成犯罪的行为的情形，包括雇佣黑社会性质组织进行合法债务的索取、正常的看场子行为等，另一大类则是犯罪

目的下的雇佣黑社会性质组织行为，是指行为人雇佣黑社会性质组织本身就是为了实施一些犯罪活动，包括情节严重构成犯罪的索取非法债务、打击、威胁、恐吓竞争对手等情形，对于这两类行为应当采取不同的态度与方式进行刑法上的规制。

### （一）非犯罪目的下的雇佣黑社会性质组织行为解析

所谓非犯罪目的下的雇佣黑社会性质组织行为，顾名思义，是指其雇佣黑社会性质组织的目的是社会危害性较低的、不违反现行刑法规定的非犯罪目的，包括雇佣黑社会性质组织索取合法债务、雇佣黑社会性质组织参与维权事件以及一般的看场行为等情形。在这种情形下，具体情况又可以分成三类：

其一，雇佣者基于非犯罪目的雇佣黑社会性质组织，且被雇佣的黑社会性质组织人员所采取的行为方式合法或者仅仅是违法但未构成犯罪，笔者认为此种情形下，雇佣者自然不构成犯罪，自也不存在承担刑事责任的问题；

其二，雇佣者基于非法罪目的雇佣黑社会性质组织，但被雇佣的黑社会性质组织成员实行了犯罪行为，但此种犯罪行为不在雇佣者的容许范围内或者雇佣者已经明确指出不得采取犯罪方式的情形。在这种情形下，首先，雇佣者与被雇佣者不构成共同犯罪，因其与被雇佣者之间不存在共同的犯罪目的，没有意思联络。根据我国刑法通说，我国刑法在总则第二章第三节用的名称是“共同犯罪”，并且第 25 条明确规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这一规定表明，二人以上只要是基于共同故意，实施了侵害刑法所保护的利益（法益）的行为，就构成共同犯罪，成为共同犯罪人。[]因此，根据通说理论，这种情形是不构成共同犯罪的。再者，笔者认为，这种情形下，雇佣者也不单独成立犯罪，因其没有犯罪的目的，也未曾实施犯罪行为，且与被雇佣者之间没有共同犯罪的关系。

其三，雇佣者基于非犯罪目的雇佣黑社会性质组织，被雇佣的黑社会性质组织成员实行了犯罪行为，且此种犯罪在雇佣者的容许范围内甚至是雇佣者后来临时起意加入犯罪进程的情形。在这种情形下，雇佣者与被雇佣者之间应当成立共同犯罪，且一般以被雇佣者具体实施的犯罪行为定罪量刑，如当黑社会性质组织成员实行暴力收取非法债务且此种犯罪行为被雇佣者所容许或者雇佣者后来加入，则他们构成抢劫罪的共犯。至于雇佣者在共同犯罪中的地位，则应根据具体的案情亦即雇佣者在犯罪中所起的作用及其大小来认定。当然还有可能出现实行过限的情况，笔者会在下文详细阐述。

### （二）犯罪目的下的雇佣黑社会性质组织行为解析

犯罪目的下的雇佣黑社会性质组织行为，是指其雇佣黑社会性质组织是基于具有严重社会危害性的、违反刑法规定的犯罪的目的。在这种情形下，对于雇佣者的刑事责任认定应当基于以下情况考虑：

首先，若雇佣者与被雇佣者基于相同的犯罪目的实行了此目的支配下的犯罪实行行为，则双方应以被雇佣者实行的具体犯罪为罪名成立共同犯罪。

其次，若雇佣者意图实行 A 罪，被雇佣者没有实施 A 罪的实行行为，却实施了 B 罪的实行行为，在此种状态下，被雇佣者构成 B 罪，而雇佣者则对 B 罪不承担刑事责任，这点毋庸置疑。但雇佣者是否成立 A 罪，笔者认为应当厘清具体案件中的雇佣行为是否包括教唆的行为，若是包含了教唆的行为，笔者赞同周光权教授的理解，应当做如下处理：“刑法第 29 条第 2 款规定的被教唆的人 “没有犯被教唆的罪”，仅指教唆犯教唆他人犯罪，被教唆人已经着手实行犯罪，但“没有达到既遂状态”的情形；对于教唆犯教唆他人犯罪，被教唆人仅有预备行为但“没有着手犯被教唆的罪”的情形，即便要处罚

教唆犯，也应该适用（他人）预备罪的法理，引用刑法第 22 条第 2 款的规定进行处罚，与教唆未遂和共犯从属性原理无关，更不需要对教唆预备犯适用刑法第 29 条第 2 款；至于刘明祥教授所说的教唆信息完全没有传递给被教唆人、被教唆人明确拒绝教唆、被教唆人虽接受教唆但尚未开始实施预备行为等三种情形，教唆行为对法益缺乏抽象危险，教唆者不但不能成立教唆未遂，而且连教唆预备犯都不成立，其不属于刑罚处罚的对象。”[]当然，如果雇佣者只是单纯的实施雇佣行为不存在教唆的情形，则一般不当做犯罪处理。

最后，若雇佣者意图实行 A 罪，被雇佣者既实施了 A 罪，也实施了 B 罪，即所谓的“实行过限”的情形，下文将会着重探讨，此处不再赘述。

## 三、雇佣黑社会性质组织行为中的实行过限问题

对于雇佣黑社会性质组织行为的分类及认定问题，笔者已经在前文中进行了初步的论述，但在具体的司法实践中，还有一类特殊的疑难问题需要探讨，亦即前文已经提到的实行过限问题。所谓实行过限，是指实行犯超过了共同犯罪人事先预谋或者临时协议范围而实施的犯罪行为。[]实行过限是司法实践中常见的一种情形，由于对实行过限甚至共同犯罪学界一直有争议，所以笔者在此会对有关实行过限的本质与实行过限犯罪中未过限一方的责任认定的学说进行梳理然后提出自己的观点。

### （一）实行过限的本质争议

对于实行过限的本质，学界曾展开了激烈的讨论，有学者主张“意思联络不一致说”，认为“无论是共犯的错误还是共犯的偏离，其实都是对共同犯罪人主观认识的一种叙述，实行过限的实质是共同犯罪人之间的意思联络不一致的问题”。[]有学者主张“单独犯罪形态说”，认为“实行过限，是实行犯实施了超出共同犯罪故意这一限度之外的行为，具有一种新质，因而它不再属于共同犯罪的范畴，而是一种独特的单独犯罪形态。”[]还有的学者主张“共犯成立及其责任否定说”，认为实行过限问题与共犯刑事责任范围密切相关，其实质是从缺乏共同故意角度来否定共犯的成立及责任。[]笔者赞同“单独犯罪形态说”，首先，“意思联络不一致说”将认定实行过限的情形扩大化，因为一方面，意思联络不一致不仅包括实行过限的情形，也包括诸多认识错误的情形，而后者归于实行过限显然是不合适的。另一方面，也存在着这样的情形，行为人已经达成了一致的意思联络，但由于一方的原因实行了过限的行为，这种情形归咎于意思联络的不一致也值得商榷；其次，对于“共犯成立及其责任否定说”，其核心观点是行为人缺乏共同的故意而不构成共同犯罪，这也是值得商榷的，在实行过限的情形下，并不是总是缺乏共同的故意。而且，这种观点揭示的是研究实行过限的目的，将其与实行过限的本质相混淆是不恰当的。[]而“单独犯罪形态说”则正确揭示了实行过限的本质，当一方行为人行使了超出原本意思联络的犯罪行为之时，按照刑法理论通说的观点所说，成立共同犯罪需要相同的犯罪故意。那么，此种犯罪的结果就不应归责于未过限的一方，换句话说，在实行过限的情形之下，过限一方成立了一种新的、不属于原先共同犯罪范畴的单独犯罪心态。

### （二）实行过限中未过限一方责任认定

而对于实行过限中未过限一方行为的认定，结合到雇佣黑社会性质组织的行为中，当作为被雇佣方的黑社会性质组织实行的犯罪行为超出了与雇佣者的意思联络之时，应当如何认定，在学界也存在着传统的“知情说”与修正的“知情说”之间的争议。传统

的“知情说”认为：即“不知情者无罪过不罚”“知情者等同于间接故意当罚”。对此，意大利学者曾有过具体的论述：“在判定实行过限的时候，应该考察共犯对于某一临时起意的实行过限行为是否知情，如果共犯对此不知情，就谈不上对该行为具有主观上的罪过，就不应该对此承担刑事责任，该行为就是实行过限；如果共犯对此知情，就表明共犯对该实行过限行为持“容忍”心态，尽管没有亲自动手或者积极参与，选择袖手旁观或者离开，也应该对此承担刑事责任，该行为就不是实行过限。”[]而修正的“知情说”则认为：在共犯不知情的情况下，应该引入预见原则，合理分析不知情共犯在事情预见条件下的过限责任；在共犯知情不阻的情况下，应该从不作为犯罪的视角，引入不作为犯 理论来判断共犯的过限责任。[] 此处，笔者赞成修正的“知情说”的观点，一方面若仅以知情为标准不考虑其预见能力，在未过限行为人不知情的情形下一律认为不承担刑事责任，这与刑法总则关于过失犯罪的规定相背离；另一方面，在未过限行为人知情不阻的情形下，引入不作为犯罪理论可以限缩未过限行为人成立犯罪的范围，从而使定罪量刑的结论更加科学、合理。具体到雇佣黑社会性质组织的行为中，倘若被雇佣者有着实行过限的行为，那么在雇佣者不知情的情况下，若雇佣者有预见能力且符合过失犯罪的成立条件的话，应以相应的过失犯罪处理，若不符合过失犯罪的成立条件则不应当承担刑事责任。有学者提出：“危害结果发生的可能性越高，行为人就越有认识或者预见的可能，就越容易认定行为人主观上是故意。”[]笔者认为这种观点有一定的合理性，但预见与明知之间应当存在本质的区别，若以预见可能性高就认定其主观上为故意，亦即以高预见可能性来认定明知，这个结论是不合理的，也违背了我国刑法关于故意犯罪与过失犯罪的规定。在雇佣者知情的情形下，由于其先前行为导致其对过限行为有阻止的义务，倘若能阻止而不阻止，则符合了不作为犯罪成立的条件，并以相关罪名进行定罪量刑。

## 四、结语

对于雇佣黑社会性质组织的行为，其实并没有脱离刑法总则、分则的规定，无需另设一个新的罪名进行规制。笔者认为，在司法实践中，要对雇佣黑社会性质组织的行为进行定性应当坚持主客观相统一的原则并遵循如下思路：首先，应当分析雇佣者雇佣黑社会性质组织是否基于犯罪目的，若是，则一般情况下按照共同犯罪处理，以被雇佣者实际实施的行为定罪，若存在教唆未遂、实行过限等情形，则按照上文所述的相关方法进行处理。若雇佣者雇佣黑社会性质组织并不是基于犯罪的目的，那么一般情形下雇佣者不构成犯罪、不承担刑事责任，除非符合“雇佣者基于非犯罪目的雇佣黑社会性质组织，被雇佣的黑社会性质组织成员实行了犯罪行为，且此种犯罪在雇佣者的容许范围内甚至是雇佣者后来临时起意加入犯罪进程”的情形。对于雇佣黑社会性质组织行为中的实行过限的情形，在认定实行过限的本质之时应当采用“单独犯罪形态”说，而在认定未过限行为人的责任时则应采取修正的“知情说”的立场。黑社会（性质）组织犯罪，作为国际社会公认的有组织犯罪最高形态，与贩毒、恐怖主义活动一并，被联合国大会宣布为“全球性的瘟疫”、“世界三大犯罪灾难”。[]对于雇佣黑社会性质组织的活动，我们应当严厉打击，但一味强调动用刑法进行规制是不可取的，也有违背罪刑法定原则以及刑法的谦抑性之嫌。在司法实践中，处理此类案件应当结合刑法总则与分则的规定，恪守“以事实为依据，以法律为准绳”的原则，对每一具体案件中行为人的行为进行分析，构成犯罪的以犯罪处理，不构成犯罪的则以行政处罚等方式处理。

# 对包庇、纵容黑社会性质组织罪中“明知”的理解

肖 洪

（重庆大学，法学院，重庆 400044）

【内容摘要】国家机关工作人员包庇、纵容黑社会性质组织犯罪,不仅严重危害社会治安,损害国家机关形象,而且也是黑社会性质组织犯罪日益猖獗的重要因素。包庇、纵容黑社会性质组织罪的设立，对于惩治和防范黑社会性质组织犯罪具有重要意义。然而在认定包庇、纵容黑社会性质组织罪时，对如何理解包庇、纵容黑社会性质组织犯罪中的“明知”的问题形成很大的争议。为了准确适用本罪，预防打击犯罪，极有必要对本罪的故意中的“明知”问题进行进一步探讨。

【关键词】:包庇、纵容、黑社会性质组织

黑社会性质的组织犯罪是我国近年来日益猖獗的犯罪现象,其原因是多方面的。其中,一些国家机关工作人员在黑社会性质组织的政治渗透、拉拢腐蚀下,成为黑社会性质组织的政治靠山和保护伞,对黑社会性质组织及其进行的违法犯罪活动予以包庇、纵容,是一个相当重要的原因。重庆自 2008 年开展“打黑除恶”专项斗争以来，发现司法工作人员包庇、纵容黑社会性质犯罪的非常多。这主要是因为黑社会性质组织在萌芽、发展的初期，作为一个“黑”的社会的存在，就必然与“白”的社会相对，就必然与“白”社会代表——国家、政府相对抗。但由于其初期经济实力、控制能力都比较弱，没有国家机关工作人员的包庇和纵容，尤其没有作为打击黑社会性质犯罪的主力军的司法工作人员的包庇、纵容，一般很难发展强大。因此，收买司法工作人员就成为黑社会性质组织初期的必然选择。为此,出于惩治和防范黑社会性质组织犯罪法网方面的考虑，刑法典在设立组织、领导、参加黑社会性质组织罪和入境发展黑社会组织成员罪的同时,于刑法典第 294 条第 4 款设立了包庇、纵容黑社会性质组织罪。正确适用这一罪名,对于严厉惩治黑社会性质组织的犯罪有着重要的意义，因为只有打击掉黑社会性质组织背后的“保护伞”，才能真正对黑社会性质组织的犯罪予以打击。否则，没有惩治黑社会性质组织背后的“保护伞”，黑社会性质组织及时短时间被打击了，必然会死灰复燃。在惩治包庇、纵容黑社会性质组织罪时，犯罪嫌疑人最多的辩护理由是：“我不知道对方是一个黑社会性质组织”、“我不明知我包庇的是一个黑社会性质组织”等。这样的理由比比皆是、随处可见。因为根据本罪是故意犯罪，故意犯罪是以犯罪行为人要“明知”为基本前提，因此，犯罪嫌疑人“不明知”的辩解振振有词、辩护人的辩护意见铿锵有力，这样的话，对这些犯罪嫌疑人就不能以包庇、纵容黑社会性质组织罪论处。那么，这个罪名几乎处于立法虚置状态，根本在司法实践中就无法适用。对此，本文重点探讨包庇、纵容黑社会性质组织罪中对“明知”的理解，试图找到一条解决包庇、纵容黑社会性质组织罪的新的思路。

**作者简介**：肖洪（1975—），男，四川宜宾人，重庆大学法学院副教授。

## 一、山重水复疑无路——对本罪“明知”的学术争鸣

包庇、纵容黑社会性质组织罪的犯罪行为人在主观上只能出自故意,不可能出自过失,对此是毋庸置疑的。但是,在犯罪行为人包庇、纵容的主观故意中,是否必须包含“明知包庇、纵容的对象是黑社会性质的组织”这一认识因素呢?理论界对此有几种不同的看法。

第一种观点,大多数学者认为本罪故意的成立,必须以行为人主观上明确认识到其所包庇、纵容的是黑社会性质的组织或黑社会性质组织的违法犯罪活动为不可缺少的条件,“本罪的主观方面只能是故意,即行为人明知对方是黑社会性质的组织而予以包庇,或明知是黑社会性质组织进行的违法犯罪活动而予以纵容”[1],若行为人“不明知是黑社会性质的组织及其活动而实施包庇、纵容行为的,不成立本罪”。[2]

第二种观点认为,本罪的主观构成要件是故意,“但不要求行为人像司法工作人员那样确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”。[3]这种观点的潜台词就是,本罪的行为人如果是非司法工作人员,就只要认识到对方是一个组织就行了,不需要确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织,但是,如果犯罪行为人是一个司法工作人员,如公安、检察或者审判人员,在包庇、纵容该组织的犯罪行为时就需要确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织。

第三种观点认为,对本罪的“明知要做宽泛的理解”,只要行为人在实施包庇、纵容时明知其所包庇、纵容的是一个犯罪组织或犯罪组织所实施的违法犯罪活动,一旦该犯罪组织日后被认定为黑社会性质组织的,即可成立本罪。[4]

面对这些不同的观点,在司法实践中会带来不同的认识与处理结果。

按照第一种观点的结论,在司法实践中可能很难有包庇、纵容黑社会性质组织罪的成立,这个罪名真的就可能成为立法虚置。

在司法实践中,正如前面所述,犯罪嫌疑人最多的辩护理由是:“我不知道对方是一个黑社会性质组织”、“我不明知我包庇的是一个黑社会性质组织”等。这样的理由比比皆是、随处可见。当然,我们可以找到其他证据来证明犯罪嫌疑人是“明知”对方是黑社会性质组织,但是,黑社会性质组织从萌芽状态的“恶势力”发展壮大为“黑社会性质组织”过程中,许多为其提供包庇、纵容的“保护伞”的国家机关工作人员很可能确实不知道对方能够发展壮大到一个黑社会性质组织的程度,只知道对方在从事一些违法犯罪的行为,但出于经济利益的考虑或者其他的考虑而为其提供“保护伞”。但这些最初为“恶势力”或者一些非法组织能够成长壮大为黑社会性质组织,其“保护伞”的作用甚大,甚至可以说,没有“保护伞”,就不可能有黑社会性质组织的存在。从司法实践来看,一般来说,最初当“恶势力”或者非法组织欺压普通民众时,普通民众不可能坐以待毙,而是会向相关部门控告或者申诉,正是由于这些相关部门的某些人是“保护伞”,包庇、纵容这些组织违法犯罪行为的发生,对普通民众的受害诉求置之不理甚至予以打击,才导致这些组织发展、壮大为黑社会性质组织。因此,如果强求其必须“明知”对方是黑社会性质组织才能够成立本罪的话,那么,只能对这些“保护伞”无罪释放。这样的结论是民众无论如何都无法接受的,因为民众对“保护伞”的反感比对黑社

参考文献:
[1] 高铭暄、马克昌.中国刑法解释[M].中国社会科学出版社.2006.2047.
[2] 梁华仁,裴广川. 新刑法通论[M]. 红旗出版社, 1997. 319.
[3] 张明楷.刑法学（第三版）[M].法律出版社，2007.772.
[4] 刘宪权，吴允峰.黑社会性质组织犯罪司法认定中若干疑难问题探讨（下）[J].犯罪研究.2002（2）.

会性质组织的反感更甚。因此，对“保护伞”包庇、纵容黑社会性质组织的行为予以严惩既是还民众以公平，也是法律正义的彰显。

按照第二种观点的结论，对普通的国家机关工作人员而言，由于“不要求行为人像司法工作人员那样确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”，因而这些国家机关工作人员可以成立包庇、纵容黑社会性质组织罪。但是，对于司法工作人员而言，由于要求“确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”，正如上述理由，很多司法工作人员在对方还处于萌芽状态、还是“恶势力”或者从事一些违法犯罪的非法组织时，对其行为人予以包庇或者纵容，才导致最终这些非法组织发展壮大为黑社会性质组织的，对于这些包庇、纵容者，同样应该严惩。即使有些组织已经发展壮大为黑社会性质组织，但司法工作人员在还没有对其进行立案侦查时，很多司法工作人员同样可能不知道对方是黑社会性质组织，只是知道对方在从事一些违法犯罪活动，出于各种原因的考虑而对其违法犯罪行为予以包庇、纵容，如民事法官对黑社会性质组织利用强迫交易获取的利益予以保护等包庇、纵容行为等，此时如果要求“确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”，同样会导致对这些司法工作人员的放纵。

第三种观点的结论有一定道理，因为其主张行为人在实施行为时仅仅意识到其所包庇、纵容的是一个犯罪组织或者犯罪组织所实施的违法犯罪活动，一旦该犯罪组织日后被认定为黑社会性质组织的，即可成立本罪。但是，如果完全不考虑行为人在实施包庇、纵容当时对其包庇、纵容对象很可能是一个黑社会性质组织的认识，而以司法机关事后对犯罪组织性质的认识和判断作为代替行为人本人在行为当时对所包庇、纵容的对象的认识和判断，就是对“明知”的放弃，这似乎是一种客观归罪的方式，违背了主客观相统一原则。[5]

## 二、柳暗花明又一村——对本罪“明知”的认识

笔者认为,本罪故意的成立,并不以任何犯罪行为人（包括司法工作人员或者非司法工作人员）主观上必须明确认识到对方是黑社会性质的组织为条件。只要行为人明知对方是经常性的从事违法犯罪活动或者从事严重犯罪活动的组织，仍然对该组织及其成员予以包庇，或者纵容其实施违法犯罪活动，就具备了成立本罪故意所必需的认识因素。主要理由如下:

第一，根据罪刑法定原则，只有当法律有明文规定的情形下,才能认为某种犯罪必须以行为人“明知”某种特定的对象或者“明知”自身的状态等作为其主观方面不可或缺的认识因素。我国刑法中,第 144 条对于销售有毒有害食品罪,明文规定行为人在主观上必须“明知掺有有毒有害的非食品原料的食品”。刑法第 360 条对于传播性病罪,明文规定行为人在主观上必须“明知自己患有梅毒、淋病等性病”。刑法第 311 条对于拒不提供间谍证据罪,明文规定行为人在主观上必须“明知他人有间谍犯罪行为”等等。对于这些犯罪，只有明确规定其主观方面的明知的内容才能准确地揭示行为人的主观恶性以及行为的社会危害性，才能准确的区分到罪与非罪、此罪与彼罪的界限。刑法第 310 条对于包庇罪,明文规定行为人在主观上对于其犯罪对象必须“明知是犯罪的人”。但是在刑法第 294 条第四款对包庇、纵容黑社会性质组织罪规定中,却并未作出行为人必须“明知”其犯罪对象是黑社会性质组织、黑社会性质组织的违法犯罪活动的规定，并且在最高人民法院的司法解释中也未作出这样的规定。因此,根据罪刑法定原则的要求应当认为,本罪故意的认识因素,仅就对于对象的认识而言,只须具备了普通包庇罪所要求

的“明知是犯罪的人”即为满足。而认为必须以行为人主观上明确认识到其所包庇、纵容的是黑社会性质的组织或黑社会性质组织的违法犯罪活动为不可缺少的条件的观点,是没有法律依据的。

第二，如果要求“确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”才能成立本罪的话，但是，在司法实践中，判断某一组织是否为“黑社会性质组织”，比较复杂困难，会导致很多包庇、纵容黑社会性质组织罪无法处理。因为，“黑社会性质组织”是一个复杂法律概念,是一种高级的共同犯罪的组织形式。有着比普通犯罪集团更为严格的法律特征。在司法实践中，针对黑社会性质组织罪是否成立众说纷纭，争执不下。虽然我国学术界根据全国人大常委会《关于刑法第二百九十四条第一款的解释》所作的立法解释的规定,认定要构成黑社会性质组织罪要包括四个要素：组织特征、经济特征、行为特征、危害性特征。但什么情况下成立“组织特征”，人数要求具备多少才能符合黑社会性质组织罪的要求，是否 3 人以上就可以算作符合组织特征等问题困扰着司法实践。[①]尤其是“危害性特征”的理解，什么程度才能达到“非法控制或者有重大影响”？[②]这些问题都让理论学界和司法实践争执不下。[③]既然连学术界和司法工作人员在事实清楚的前提下可能对是否构成黑社会性质组织罪都有一些不同的看法的话，作为包庇、纵容者在一般不完全清楚[④]被包庇、纵容者的全部犯罪违法事实的情况下，就更不可能认识到自己包庇、纵容的这个组织就已经是黑社会性质组织。更何况，是否成立黑社会性质组织罪的最终认定是要依靠法院的判决，因此，在法院的判决之前，是否成立黑社会性质组织罪都是一个问号。因此，此时就要求包庇、纵容者要明知自己包庇、纵容的是一个黑社会性质组织是不现实的。正是由于黑社会性质组织在认定上的严格性,使得实施包庇、纵容行为的国家机关工作人员,在通常情形下也很难根据上述四个特征来“明知”其包庇、纵容的对象是黑社会性质组织或黑社会性质组织的违法犯罪活动。

第三，要求主观上以明确认识到其所包庇、纵容的是黑社会性质的组织或黑社会性质组织的违法犯罪活动为不可缺少的条件,将给司法认定造成困难，为犯罪分子规避法律提供理由。如上所述，“黑社会性质组织”是一个复杂法律概念，如果把明知“黑社会性质组织”作为主观上的必备要件的话无疑会给司法人员带来沉重的压力。在所包庇、纵容的是黑社会性质的组织的犯罪中，犯罪分子往往以不知道对方是黑社会性质组织为由来替自己开脱。一旦主观上的认识因素规定为明知是黑社会性质的组织，那么司法工

---

① 黑社会性质组织要多少人才能构成？重庆以往的司法实践中有某种观点说要 10 人以上才能符合组织特征，才能作为认定黑社会性质组织的“组织标准”。但笔者认为不能单单以人数的多少作为标准。即使只有 5、6 人，只要符合黑社会性质组织的其他标准，也可以认定为黑社会性质组织。当然，作为一个组织，最起码还是要达到刑法所要求的犯罪集团的要求，即“多人”以上。

② 对黑社会性质组织所要求的非法控制或者重大影响的理解问题。笔者赞同重庆大学法学院陈忠林教授主张的控制区域应当以“乡、镇”控制的区域为起码标准。因为黑社会性质组织罪作为与“白”相对抗的“社会”的存在，而“白”政府的控制的最基层政府组织就是“乡、镇”，因此，如果黑社会性质的犯罪控制的区域连基层政府组织的区域都无法控制，那就谈不上与“白”相对抗的“社会”的存在了。

③ 笔者认为，我们在认定黑社会性质组织罪上一定要慎重！我们不能将任何“恶势力”也理解为黑社会性质的犯罪，因为黑社会性质组织罪是一个非常严重的犯罪，即使没有其他严重的犯罪行为，光构成组织、领导黑社会性质组织罪都要判处 7 年以上有期徒刑，积极参加人员要判处 3-7 年有期徒刑。这是一个非常严重的刑罚处罚。试想想，一般情节的抢劫、强奸都才判处 3-10 年的有期徒刑。那要多么严重的行为才能被判处 7 年或者 3 年以上的有期徒刑啊！因此，根据罪刑相适应原则，对认定黑社会性质组织罪当然要慎重！《刑法修正案八》就是为了避免将黑社会性质组织罪作为一个大框，什么都往里面装的情形，就将寻衅滋事、敲诈勒索、非法拘禁、强迫交易等行为提高法定刑，告诫我们，当仅仅是“恶势力”时，用这些罪名足以。

④ 因为包庇纵容者一般不可能知晓黑社会性质组织的全部违法犯罪事实，更不可能参与这些违法犯罪事实，否则其本身就是组织、领导、参加黑社会性质组织罪的共同犯罪的问题了。

作人员就必须用证据证明，犯罪分子对于所包庇、纵容的是黑社会性质的组织是明知的。把主观的想法用客观证据来证明无疑是一个很大的难题，会给司法认定造成不必要的麻烦。

## 三、不得不说的话——对“明知”的准确理解

在这里，需要说明的是，这里的“明知”不能理解为“知道或者应当知道”。虽然刑法学界很多学者都这样来理解“明知”的，我国相关司法解释也是这样来理解“明知”的，例如 2002 年最高人民法院、最高人民检察院、海关总署在《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中第五条明确规定：“走私主观故意中的‘明知’是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。” 基于这种一致的态度，在最高人民法院、最高人民检察院、公安部于 2009 年 7 月联合发布的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》中就明确规定：“包庇、纵容黑社会性质组织罪主观要件的认定中，主观方面要求必须是出于故意，过失不能构成本罪。会议认为，只要行为人知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织，仍对该组织及其成员予以包庇，或者纵容其实施违法犯罪活动，即可认定本罪。”

但是，笔者认为，这种规定或者理解是不符合刑法规定的，因为，“应当知道”这是对过失犯罪的要求，而本罪是一个明显的故意犯罪。按照刑法第 17 条的规定，故意犯罪的认识因素是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，“会”包含一定或者可能。因此，这里的明知就应该理解为是知道“一定是或者可能是”黑社会性质组织。[①]同时也要注意的是，犯罪故意中的“可能是”只能理解为是“较大可能”或者可能性的概率相对比较高的“可能”。[②]因此，“明知”是黑社会性质组织就只能理解为明知对方“一定是或者可能是”黑社会性质组织为认识因素的。

要求行为人认识到包庇、纵容的对象有较高概率是黑社会性质组织，这不是凭空设想的，要有法律根据，否则就会扩大打击面，违反刑法的补充性。判断对方是否是较高概率是黑社会性质组织，首先，行为人至少要认识到包庇、纵容的是有一个组织的存在。如果认识到对方仅仅是一个人或者几个人的共同犯罪，或者仅仅是为了获取利益实施的不正当竞争行为，而对其提供方便，当然就不能说认识到对方可能是一个黑社会性质组织，也就无法认定为包庇、纵容黑社会性质组织罪了。其次，行为人要认识到对方是在实施违法犯罪行为，要么是在经常性的实施违法犯罪行为，要么是在实施社会危害比较严重的犯罪行为，这样才能说行为人是认识到对方 “很可能”是黑社会性质组织。如果只认识到对方仅仅实施一次较轻的违法犯罪行为，并不知道该组织还在实施其他的违法犯罪行为或者其他的严重的犯罪行为，此时，就不能说行为人“很可能”认识到对方是黑社会性质组织，此时就不能以包庇、纵容黑社会性质组织罪论处。这样才符合主客观相统一原则。

## 四、余论

① 实际上，我国也有司法解释将“明知”做这样的理解。如原来还存在嫖宿幼女罪的时候，2001 年 6 月最高人民检察院在《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》中规定：“行为人明知被害人是或者可能是不满 14 周岁幼女而嫖宿的，适用刑法第三百六十条第二款的规定，以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”至于为什么后来的司法解释都突破了这个规定对“明知”的理解，笔者不得而知。

② 这就是故意犯罪与过于自信的过失的区别。过于自信的过失刑法法条规定的是“已经预见”，这说明其认识到自己的行为会发生犯罪的社会危害性的可能性比较小，相反，故意犯罪是“可能”，说明其认识到自己的行为会发生犯罪的社会危害性的可能性比较大。

包庇、纵容黑社会性质组织的行为对社会的危害极大，这些行为不仅助长一个小小的非法组织能够发展壮大为黑社会性质组织，使国家、社会和民众深受其害；也使民众对国家机关工作人员完全丧失信心、失去信任。因为正是由于这些国家机关工作人员为了包庇、纵容黑社会性质组织，会残忍地打击、报复受到黑社会性质组织侵害的民众，使民众“上告无门”，失去了基本救济的渠道，只能“默默无语两眼泪”。尤其是司法工作人员充当黑社会性质组织的“保护伞”时，那危害更甚。正如哲学家培根指出，10次犯罪只是污染了一段水流，一次不公正的判决却污染了河水的源头。司法工作人员为了包庇、纵容黑社会性质组织而采用司法途径打压受害民众，将使民众对社会公正完全失去信心，直接威胁到整个社会的诚信基础。因此，对包庇、纵容黑社会性质组织罪的惩处非常必要。正是由于惩处的必要性和重要性，对于包庇、纵容黑社会性质组织罪中故意犯罪的“明知”的理解就不能机械地理解为“必须以行为人主观上明确认识到其所包庇、纵容的是黑社会性质的组织或黑社会性质组织的违法犯罪活动为不可缺少的条件”，也不能理解为司法工作人员要“确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织”，否则很难对这些包庇、纵容者予以打击。只有理解为行为人知道对方一定是或者可能是黑社会性质组织，即意识到对方是经常性的从事违法犯罪活动或者从事严重犯罪活动的组织，仍然对该组织予以包庇、纵容，就可以成立本罪。只有做这样的理解，既可以严厉打击这种危害极大的犯罪，有可以有效地保障人权[①]，不随意扩大打击面，真正实现罪刑法定原则和罪刑相适应原则。

① 刑法所要保障的人权是全体公民的基本人权，其中包括了被害人、犯罪人和一般的公民的基本人权。因此，就不仅仅是保护犯罪人的人权，同时对被害人和其他一般的公民的人权也要进行保护。当然，我们现阶段是对犯罪人人权的保障做的是不够，但是，也不能就一味地强调对犯罪人人权的保障而忽视被害人和社会一般的公民的人权的保障。参加肖洪.论刑法的调整对象[M].中国检察出版社.2008.39.

# 涉黑犯罪中一般参加者的司法认定

## ——基于常识立场

陈小彪*、李　璐**

【内容摘要】黑社会性质犯罪是最严重的犯罪之一，也是当前司法打击重心，但黑社会组织参与成员之层级性特点决定着司法打击应轻重有别，宽严有度，严打首恶与积极参加者，对一般参加者应基于常识立场，秉持“入罪谨慎，量刑轻缓”之司法态度，采取“抓大放小”之司法策略，力求精准打击，有效分化、瓦解黑社会势力，最大限度地减少刑罚适用带来的后遗症，减少社会的对立面，从而达到最佳的法律效果和社会效果。

【关键词】黑社会性质犯罪 组织成员 一般参加者 刑事政策

有组织犯罪具有极其严重的社会危害性，尤其是当前较为突出的黑社会性质组织犯罪，其已成为世界性的社会毒瘤。2018 年初，中共中央、国务院发布了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》，依据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》及有关规定，近日，两高两部发布关于依法严厉打击黑恶势力违法犯罪的通告。黑恶势力的成因复杂，其破坏作用无处不在。打击黑恶势力深得民心，也是人民幸福获得感的重要组成。然而，刑法的进步意味着刑罚逐步做到非感情用事、做到冷静和理性化。刑事立法在刑罚的适用上将黑社会性质组织成员划分为三个层级，即组织、领导者，积极参加者和一般参加者。此种层级的划分，不仅有利于对黑社会性质组织基本架构和发展脉络在司法实践中的把握，而且便于对黑社会性质组织犯罪中各行为人的刑事责任做出准确认定、公正裁量刑罚。

“一般参加者，从逻辑上讲，是指组织者、领导者和积极参加者以外的黑社会性质组织成员。”“‘其他参加的’，即指一般参加者，是指在黑社会性质的组织中，除组织、领导和积极参加者外，其他参加该组织的成员。”我们认为，所谓涉黑犯罪一般参加者，是指除组织、领导者和积极参加者以外，其他接受黑社会性质组织的领导和管理的该组织成员。相对于积极参加者而言，从组织结构来分析，涉黑犯罪一般参加者相对处于底层；从具体作用上看，其较积极参加者在具体的违法犯罪活动中所起的作用要小，往往实施次要的实行行为或帮助行为。

在涉黑犯罪中，组织成员身份判断的复杂性主要源于黑社会性质组织犯罪本身的复杂性。较之组织、领导者与积极参加者而言，如何认定一般参加者更能彰显刑法的司法面相，因为对一般参加者的司法把握直接决定着在涉黑犯罪中刑罚圈的划定。在黑社会性质组织的内部有其自身的领导层次体系，对于涉黑犯罪个案事实的分析，要根据具体的案件事实而不是程式化的标准来进行。由于涉黑犯罪一般参加者这一群体自身存在着诸多的特殊性：其在组织中的数量可观、规模庞大；处于组织的底层，对组织的影响力较小；主观恶性、社会危害性与人身危险性较小，反社会性不强，易于教育、感化和挽救。因此，对其进行定罪、量刑尤其需要谨慎。因此，是否所有参加黑社会性质组织的行为人均应构成犯罪？对于涉黑犯罪一般参加者适用刑法应当持有怎样的基本立场？

这一基本立场在定罪和量刑环节如何能够做到切实有效的贯彻？针对这一特殊群体，应当怎样“对症下药”地选择行之有效的刑事政策？针对涉黑犯罪，应当建立何种治理机制才能实现标本兼治的防控效果？这些均是值得我们深入探讨和仔细研究的问题。为了在法治的轨道上有效打击涉黑犯罪，严格贯彻落实宽严相济的刑事政策，力求精准打击，有效分化、瓦解黑社会势力，最大限度地减少刑罚适用带来的后遗症，减少社会的对立面，从而达到最佳的法律效果和社会效果。

## 一、黑社会性质犯罪中一般参加者的司法现状

### （一）司法概括

笔者从“北大法宝”中抽取了经中部某省各级法院审理的 41 个案例（案件为上一轮打黑行动中的司法案例）进行了统计分析。

1．涉案人员的数量

在这些案例中，以参加黑社会性质组织罪定罪量刑的被告人共计 210 人。其中，以积极参加者定罪量刑的有 62 人（约占总数的 30%），以一般参加者定罪量刑的有 148 人（约占总数的 70%）。（图 1）

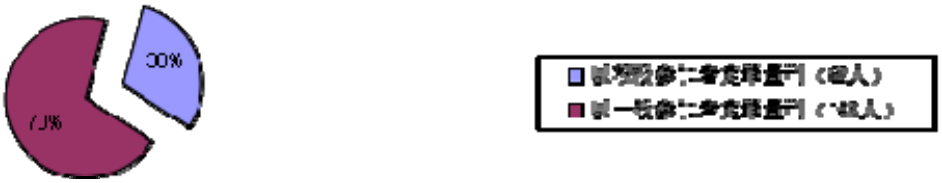



图 1

2．个案的定罪量刑

在这些案例中，检察院指控被告人为一般参加者，法院最终认定其为积极参加者的有 3 人；检察院指控被告人为积极参加者，法院最终认定其为一般参加者的有 16 人；检察院指控被告人构成参加黑社会性质组织犯罪，法院最终认定其不构成该罪的有 6 人。（图 2、表 1）

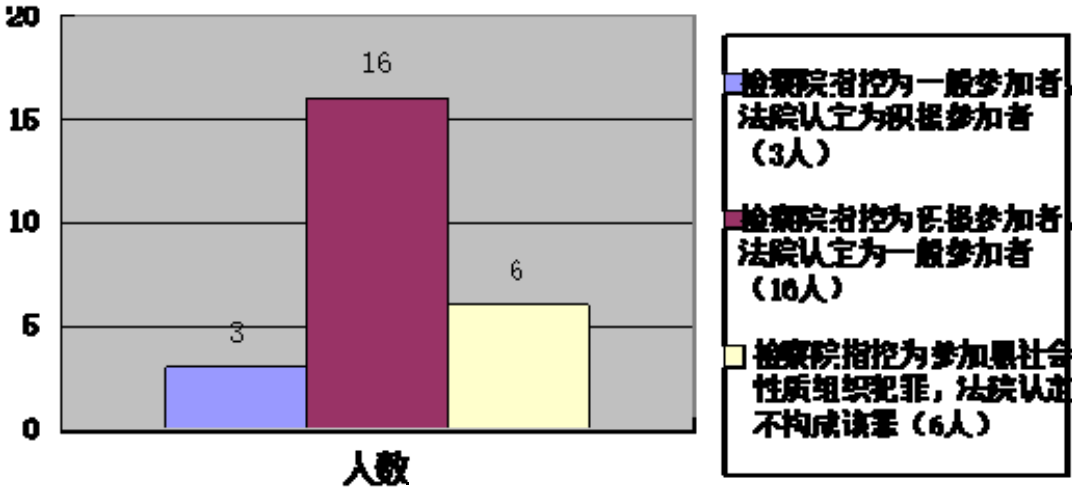



图 2

| 情形 | 案例名称 | 依据 |
|---|---|---|
| 检察院指控为一般参加者，法院认定为积极参加者（1个） | 李富宾组织、领导黑社会性质组织案（3人） | 未具体说明理由 |
| 检察院指控为积极参加者，法院认定为一般参加者（7个） | 孔海昌等8人组织、领导、参加黑社会案（4人） | 未具体说明理由 |
| | 李小晗等组织、领导、参加黑社会性质组织、寻衅滋事、强迫交易、故意伤害、敲诈勒索、赌博案（3人） | 行为人在组织中的地位和作用 |
| | 郭旭东组织领导黑社会性质组织案（2人） | 行为人在组织中的地位和作用 |
| | 魏胜利等组织、领导、参加黑社会性质组织、寻衅滋事、故意伤害案（2人） | 行为人具体实施犯罪行为的次数 |
| | 郭超峰组织、领导参加黑社会性质组织案（1人） | 行为人具体实施犯罪行为的次数 |
| | 何潮阳组织、领导黑社会性质组织案（2人） | 未具体说明理由 |
| | 张如义组织、领导黑社会性质组织案（2人） | 行为人在组织中的地位和作用 |
| 检察院指控为参加黑社会性质组织罪，法院认定不构成该罪（3个） | 王书堂等组织、领导黑社会性质组织案（3人） | 事实不清、证据不足 |
| | 李小晗等组织、领导、参加黑社会性质组织、寻衅滋事、强迫交易、故意伤害、敲诈勒索、赌博案（2人） | 在组织萌芽期加入且时间短、仅参与了一两次犯罪活动即退出，具有临时性、偶然性 |
| | 弓秋玉组织、领导黑社会性质组织案（1人） | 不具有黑社会性质组织成员身份 |

表 1

3．具体刑罚的适用

在以一般参加者定罪量刑的被告人中：免予刑事处罚的为 2 人，约占总数的 1%；被判处一年以下有期徒刑的为 103 人，约占总数的 70%；被判处有期徒刑超过一年但在两年以下的为 40 人，约占总数的 27%；被判处有期徒刑超过两年但在三年以下的为 3 人，约占总数的 2%。此外，被判处有期徒刑并处罚金的为 12 人。在这些案例中，没有管制刑和拘役刑的适用，也没有对被告人宣告缓刑的情形。（图 3）

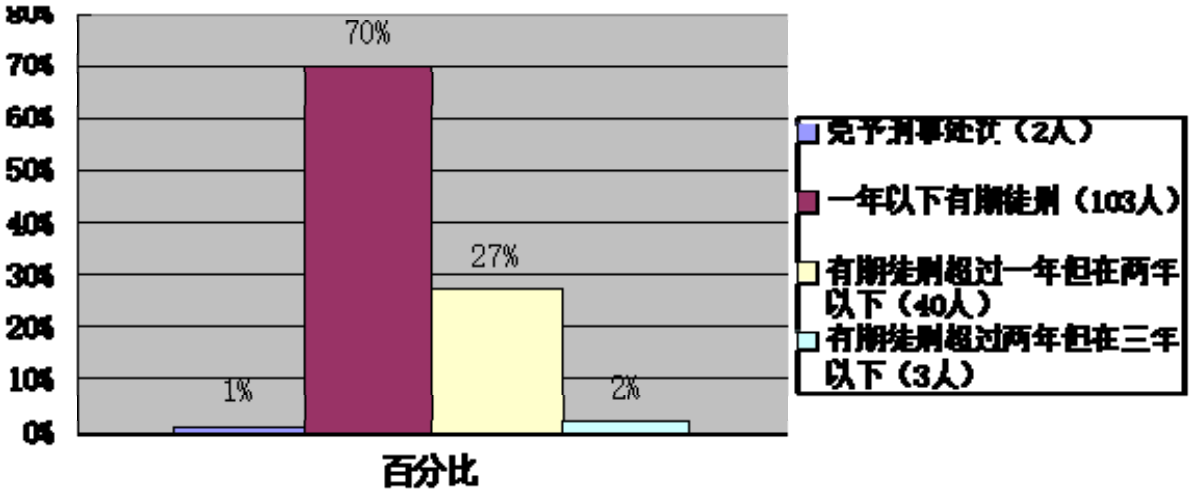



图 3

4．具体犯罪的类型

在以一般参加者定罪量刑的 148 名被告人中：没有构成其他犯罪，单独以参加黑社会性质组织罪定罪量刑的有 7 人；其余的 141 人，伴随着参加黑社会性质组织，同时实施了其他具体的犯罪行为。这些具体的犯罪行为依次为：寻衅滋事（85 人）、敲诈勒索（31 人）、故意伤害（27 人）、强迫交易（17 人）、非法拘禁（14 人）、聚众斗殴（13 人）、故意毁坏财物（10 人）、赌博（9 人）、开设赌场（8 人）、破坏生产经营（8 人）、诈骗（3 人）、抢劫、容留他人吸毒、聚众扰乱社会秩序各 2 人，非法侵入住宅、掩饰隐瞒犯罪所得、聚众扰乱交通秩序、介绍卖淫各 1 人。（图 4）

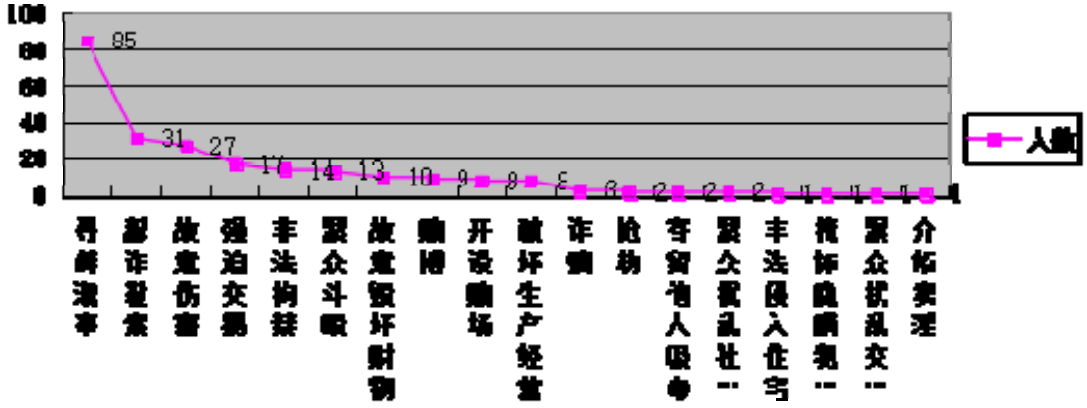



图 4

## （二）司法特点

通过以上直观、立体的案例数据统计，以及对具体案件判决的了解，我们更加深刻地认识到——涉黑犯罪一般参加者这一群体应当被给予特殊的关注：

1．涉案人员的数量及自身特征使其不容小觑

在涉案人员的数量上，涉黑犯罪一般参加者占据了相当大的比例。由于黑社会性质组织本身的复杂性和规模性，决定了涉黑犯罪一般参加者是一群不容小觑的群体。这一群体具有诸多的特点：数量可观、规模庞大；文化层次较低、多为社会闲散人员；以青壮年为主，青少年较少；处于黑社会性质组织的底层，对组织的影响力较小。

2．个案成员定罪量刑的界分标准仍有待明确

在个案的定罪量刑上，有必要将非黑社会性质组织成员与涉黑犯罪一般参加者、积极参加者进行明确的界分。这是因为，对于前两者的区分涉及定罪的准确，对于后两者的区分则关乎量刑的适当。然而，我国《刑法》以及相关司法解释都没有对其进行详细规定，这不利于在司法实践中的具体操作。

3．短期监禁刑的较多适用往往弊端大于收益

在具体的刑罚适用上，适用刑罚种类单一。法院较多适用的是一年以下有期徒刑。没有管制刑和拘役刑的适用，也没有对被告人宣告缓刑的情形。对于此类涉黑不深者适用监禁刑，所带来的弊端往往会大于收益。这是因为，一定时期与社会隔绝的监狱生活，会使其难以重新融入社会。

4．滋扰型或者轻微暴力型犯罪为其主要类型

在具体的犯罪类型上，涉黑犯罪一般参加者实施的多是滋扰型的犯罪，或者是轻微的暴力犯罪，很少实施严重的暴力犯罪。且其在具体的犯罪活动中，往往处于从属性地位，起到的是次要或者辅助性作用。这表明其社会危害性与人身危险性较小，反社会性不强，易于被教育、感化和挽救。

## 二、涉黑犯罪一般参加者生成的理性思考

黑社会性质组织犯罪是一种高级别的集团犯罪，其所带来的社会危害性之大毋庸置疑，因此，世界各国都对其采取了严厉打击的态度。立法者的预设是——这些行为和组织存在的本身就对整个社会秩序和每个社会成员构成了极大的威胁，因而将其作为犯罪处理，给予了刑法上的否定性评价。然而，犯罪的发生既不是犯罪人个人主观恶性的单纯发泄，也不是某几个消极因素的简单相加，而是各种社会消极因素与行为人个人选择相结合的结果。对于涉黑犯罪参加者这一特殊群体，我们不应一味地进行从严打击，而是应当理性地看待这一群体的存在，深层次地挖掘诱使其产生和发展的社会、经济、政治和文化原因。

（一）涉黑犯罪一般参加者产生于经济发展的不平衡

马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中，深刻地揭露了犯罪的本质。他们指出：“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争，和法一样，也不是随心所欲地产生的，相反地，犯罪和现行的统治都产生于相同的条件。同样也就是那些把法和法律看作是某种独立存在的一般意志的统治的幻想家才会把犯罪看成是单纯对法和法律的破坏。”个人之所以要反抗社会，很大程度上是因为社会上广泛存在着不平等的现象，由此造成了一些人的心理失衡。我国经济社会发展正处于转型期，这种社会发展中的不平衡，在经济领域中，突出表现为以下两个方面。

农民进城、居民待业、工人失业导致了经济地位上的不平等，即起点上的不平等。改革开放以来随着生产力的持续快速发展，我国农村出现了大量剩余劳动力，大量农村人口涌入城市。然而，由于大部分农民工的文化素质普遍较低，缺乏适应社会化大生产的必要能力和专业知识，在激烈的社会竞争中经常遭遇各种挫折。农村进城务工人员所面对的有限的谋生机会、恶劣的生存条件，与城市居民相对稳定的工作、富裕的生活形成了鲜明对比。这种强烈的反差，往往使其心理上处于烦躁不安的失衡状态，这样一来，他们难免会从心底里产生不满和敌意。曾经扎根于乡土生活中的农民早已习惯了其温情脉脉的人际关系，而城市生活中的淡漠人情，则往往会使其情感寄托缺少皈依。于是，他们会极力去寻求在血缘、地缘上的寄托和保护。在我国经济转轨的过程中，由于产业结构的优化升级、科学技术的不断进步、企业资产的改良重组等多种原因，除了农村的

剩余劳动力以外，我国城市也出现了大量剩余劳动力。初高中文化程度的青壮年人群，构成了这批无业大军的主体。他们没有固定的收入来源，处于城镇社会的底层。当其衣食无着，陷入绝境之时，往往会将造成其困境的成因归咎于社会，故而，极易产生仇视社会的倾向。古人云：仓廪实而知礼节，衣食足而知荣辱。对于失业人口而言，在丧失生活来源而又无所事事之时，道德的约束远远没有现实的可得来得实际，因此，他们中的不少人很可能会为了维持生计，不顾道德、法律的约束，去实施犯罪行为。由于当前城市失业人口的数量较大、处境相同，也为一些人纠合成黑社会性质组织进行违法犯罪活动提供了条件。

城乡差距、城市差别、地区差异造成了最终收入差别的悬殊，即结果上的不平等。自我国实行改革开放以来，经济体制的改革相应地带动了收入分配体制的变革，居民之间的收入分配状况发生了巨的变化，收入差距在迅速地扩大。在农村，近年来，由于党和政府扶贫减负政策的有效贯彻落实，农民收入得到了明显的增加。然而，尽管这几年农民收入增长的速度较快，但仍然低于城市居民收入的增长速度 ，城乡居民收入增长的相对差距和绝对差距仍在扩大。在城市，由于下岗、失业问题不断增加，使得城市的失业群体有所扩张，城市居民之间的收入差距加速拉大，城市中形成了一个相对贫困的群体。待业青年得不到及时的就业；工厂、企业的破产、停工导致在岗职工的失业；退休员工的生活保障不能及时到位等等，导致了大量贫困家庭的出现，进而形成了贫困阶层。此外，我国自 20 世纪 70 年代末开始实行的市场经济，加速了区域之间经济发展状况的不平衡。在市场经济的冲击下，贫困地区与发达地区的发展差异呈现扩张趋势。近年来，城镇居民收入的地区差距在进一步拉大，东部地区城镇居民收入水平以及增涨速度显著高于我国中西部地区。收入差距的不断拉大，势必造成社会资源分配的不公，引起人民群众的不满，促使贫富两极分化的加剧，继而引发严重的政治、经济恶果。

起点上与结果上的不平等相互作用，最终导致了社会的分层。在逐步形成的新的社会层级结构中，既产生了垄断着社会稀缺资源较大份额的优势群体，也产生了拥有着社会较少资源的社会弱势群体。身处农村的农民、进城务工的民工、城市的低收入者、企业的下岗工人、无业者以及“两劳”释放人员等，是这一群体的主要成员。在经济上，他们的物质生活常常处于贫困或相对贫困状态。这是因为其受教育水平普遍偏低，因而谋生手段匮乏，所得收入较低，失业率却较高。故而，其总是处于市场竞争中的劣势地位，经济生活长期不能得到有效的保障。在政治上，由于制度设计的缺陷或者个人能力的有限，其政治利益诉求往往不能得到有效表达，其自身合法权益难以通过正当途径得到有效捍卫。由于不能运用合法手段或者途径获得社会的稀缺资源，他们想要改变恶劣生存处境的努力一再归于失败，所以，这一群体成员的生存状况恶劣，被剥夺感强烈，容易消极悲观、愤世嫉俗，并且对于其自身的社会现状怀有强烈的不满。他们在价值取向上，往往信奉金钱至上的价值观念，摒弃伦理道德与法律秩序；其在行为方式上，往往极易被煽动和利用，具有明显的从众心理。一旦受到犯罪亚文化的浸染，或者一旦被涉黑犯罪分子所引诱，就很容易走上违法犯罪的道路。

### （二）涉黑犯罪一般参加者起源于社会亚文化的浸染

所谓亚文化，是指那些相对于主流文化而言，跟主流文化在观念认识、价值认定、行为方式上有较大差异，对人类社会的发展不起主导和决定作用的文化，亚文化也被称为副文化。亚文化是少数社会成员所共同享有的、具有独特性的、与社会的主流文化有着较大差异的共同信仰、价值认定以及行为方式。其虽然在很大程度上与主流文化相悖，

但是也有不少的价值理念，散布于各种主流文化之间。譬如，我国古代封建社会对于侠义文化的崇尚和向往，对于宗族制度的默认和服从等等。这就为涉黑犯罪的存在与发展提供了温床。“忠义”思想是我国古代传统的道德伦理观念，从《三国演义》中“桃园三结义”所歌颂的东汉末年刘备、张飞、关羽之间的兄弟情谊，到《水浒传》中所弘扬的北宋末年梁山好汉官逼民反、劫富济贫、除暴安民的侠义精神，再到被传为佳话的南宋抗金名将岳飞精忠报国的爱国品格等等，不难看出侠义精神历来被广大民众所崇尚。而基于我国乡土社会特色而产生的宗族制度，则加强了族群内部成员之间血缘与地缘的密切联系。迄今为止，在某些落后地区，族长在其族群之内仍享有绝对的权威，宗族权利能够代替基层政权。其能够任意处置同族之中的各类事务，甚至能够动用私刑，即使国家权力也难以介入。此种侠义文化和宗族文化出现在黑社会性质组织建立的初期显然具有极大地迷惑性，有时候甚至表现出是正义的。正是由于其自身所具备的局限性和模糊性，使其在演变和发展的过程中极易被逐步改造为帮会文化。

帮会文化铸就了组织成员的精神支柱和心理纽带。帮会文化是黑社会性质组织的结伙宗旨。例如，始于明代的组织“洪门”就以“忠心义气”为其核心价值，在其入门盟誓中就宣称“任你在朝中官属极品，结盟后不论富贵贫穷。入会后兄弟有难必须全力以赴。”这一誓词就体现了我国封建主义的传统侠义精神。为了彰显国家道义和赤胆忠心不畏牺牲自己；为了匡扶世间正义和扶危济困不惜奋起反抗；为了兄弟义气和组织利益甘愿两肋插刀。有福同享、有难同当、忠肝义胆……这些富有理想色彩的词汇，很容易得到广大民众的认同与追寻。也使得帮会成员能够获得极大的自我价值认同感和归属感，增强了整个组织的凝聚力量。帮会文化是黑社会性质组织的行为准则。黑社会性质组织亚文化的核心即是“江湖义气”，强调为了朋友和组织的利益而甘愿承担风险或者牺牲自己，不问是非对错，而是诉诸于原始的暴力与血腥，并在黑社会性质组织中逐渐形成了一整套完整的规则。譬如，黑社会性质组织的领导者对其手下应当肝胆相照，而黑社会性质组织成员也应当对其领导者及其他成员两肋插刀。这些思想被黑社会性质组织进行演绎，赋予了新的内容，逐渐了成为组织成员的行为准则。

帮会文化形成了组织成员血缘和地缘上的依靠与保护。中国社会在传统上，是一个以血缘、地缘上的关系为纽带联结而成的宗法社会。随着社会的动荡或者其他种种变故的出现，会不断有人游离于既有的宗法社会体系之外，成为脱离当时社会秩序的游民。游民为了满足其基本的生存需求，极力结成帮会，通过帮伙的合力寻求自我利益的保护。具有利他主义的侠义精神，则易于被帮会成员所认同。他们重视情感联络，彼此间相互帮扶。黑社会性质组织利用帮会文化来攫取经济利益。帮会文化注重帮伙成员的利益。这既符合帮伙团体的成立初衷，也符合人性的自私心理。黑社会性质组织成立的终极目的就在于凭借组织的规模性优势、利用人性的贪利性弱点以及法律的既有漏洞来谋取私利。群众对于生存现状的不满情绪、对于经济利益的强烈渴求、对于法律意识的淡泊冷漠，使得这种文化伪装往往易于得逞。黑社会性质组织利用帮会文化来增强凝聚力量。帮会文化亲近宗法文化。这种文化强调人与人之间凝聚与联系的作用。一方面，其要求内部成员之间兼爱互助、团结一心、肝胆相照；另一方面，帮会组织实行家族式的专制领导，构建成员之间的 “拟制血亲”体系，辈分清晰、称兄道弟、等级森严。而正是这种封建等级观念的残余，很容易使处于社会底层的民众产生强烈的认同感和归属感。

此外，当代西方腐朽思想的涌入，对组织成员也起到了不良影响。伴随着西方文化中的科学精神、人文精神和人道主义精神，民主、法治、人权思想，市场经济理论等有益文化涌入国门，一些腐朽的文化思想也接踵而来，譬如极端个人主义、拜金主义、享

乐主义、无政府主义、暴力文化、色情文化等。这些腐朽思想的入侵，起到教唆、鼓动、示范的作用，成为黑社会性质组织犯罪的“驱动剂”。这无疑会对我国传统的生活方式和思想观念造成消极影响，导致一些人特别是缺乏辨别能力和抵抗能力的青少年的生活观念发生扭曲，从而走上违法犯罪的道路。

### （三）涉黑犯罪一般参加者滋生于社会机制的不健全

黑社会性质组织犯罪问题在我国之所以以前所未有的速度浮出水面，与目前正在轰轰烈烈上演的城市化进程息息相关。有效应对机制的缺失，必然导致社会问题的产生和加剧。应对涉黑犯罪，一方面，我们不能否认应当由司法机关采取刚性措施的必要性；另一方面，我们的政府和社会福利组织也应当采取相应的柔性举措。实践证明，涉黑犯罪一般参加者多是由游离于社会保障体制之外的人员组成。因此，教育机制的缺失、法律机制的不健全、就业机会的减少、人道的栖身之所和基本的医疗健康得不到保障，都会诱使处于社会弱势地位的群体走上违法犯罪的道路。

教育机制的缺失，导致社会责任感的缺失。在经济体制改革和社会转轨中涌现的农民、无业人员、刑满释放人员以及其他社会闲散人员等社会弱势群体，其物质生活和文化生活有限、智力开发不够、文化层次较低、个人社会化不完全和思想观念愚昧落后。所以当其在社会化的进程中，未能担任正常的社会角色和获取社会承认之时，往往会产生思想上的迷惘和心理上的失衡。从而极易成为黑社会性质犯罪组织吸收和拉拢的对象。这一社会弱势群体所受的教育有限并且缺少正确的引导，往往欠缺理性的辨别能力。他们的思想极易被不良文化意识所侵蚀感染。因此，学校教育作用的局限性、个人对自身素质和修养的忽视、社会意识乃至社会责任意识的缺失等因素是导致他们最终走上犯罪道路的重要原因。

法律制度的不完善，导致惩治法网的疏漏。法律制度的不完善，包括行政立法、经济立法和刑事立法等的不完善。要“治本”性地防控黑恶势力，必须完善各个领域的法律制度，严密整个法网，真正做到疏而不漏。然而，对于涉黑犯罪的防控，相关的行政立法、经济立法和刑事立法等仍存在着诸多疏漏和不足之处，因此，现阶段有必要进一步完善相关立法。例如，在刑事立法层面，我国现行《刑法》将立法解释规定的黑社会性质组织的认定标准（即黑社会性质组织所具备的四个特征）直接写入刑法条文，提高了法律依据的位阶，但其文学性的语言描述往往会给司法实践的具体认定带来一定的困难。我国现行《刑事诉讼法》没有针对黑社会性质组织犯罪取证困难的特殊性问题特别规定污点证人制度、刑事特情侦查、卧底侦查、诱惑侦查、秘密录像、秘密搜查等秘密取证制度，这不利于在程序上为打击黑社会性质犯罪提供有力保障。再如，在行政立法层面，行政问责机制的不完善，往往导致基层行政执法力度不足。国家工作人员对于因市场监控不力而出现的行业垄断现象不闻不问；对于群众举报的社会黑恶现象怠于处理；将应当追究刑事责任的黑社会性质组织成员简单地按照行政处罚来处理等。而对于以上诸类情形，却缺乏相应的行政问责机制的制约，这无疑在客观上纵容了黑恶势力的发展和壮大，为涉黑犯罪的滋生和蔓延提供了土壤。

管理机制的疏漏，导致社会控制的乏力。在体制转轨过程中，社会制约机制对某些方面的控制相对弱化，为黑社会性质组织犯罪的滋生蔓延提供了契机。其主要表现为以下两个方面：其一，社会弱势群体得不到有效安置。有学者认为：“黑社会建立权力王国要在社会的结构性缺陷中寻找生存空间。”当社会涌现出大量的剩余劳动力时，如果社会能够对其进行合理的安置和控制，那么社会的有序状态就不会被打破。否则，利润

空间巨大而政府的控制权又相对薄弱的领域，很容易为黑社会性质组织的衍生提供契机。处于社会底层的群体，缺乏谋生技能，生活得不到保障，不被社会认可。当他们逐渐被社会边缘化时，就有可能形成犯罪组织或者犯罪集团进行违法犯罪活动，走上反社会的道路。其二，基层组织控制能力弱化。美国社会学家罗斯在《社会控制》中提出："一个有秩序群体的成员们，不会故意互相侵犯，而且，每当他们的追求在碍于他们进行必要的避免冲突的调节时，他们就会根据一些传统的规则来调教。"但是，一旦某社会出现典型的社会结构变迁，传统秩序和规则就会被打破，在新的规则尚未建立时，社会的控制机制就会出现问题。因城市的扩张和农村的城市化发展，而产生的大规模的流动人口，他们随着生存空间的移转，处于一种完全自由的状态。不仅摆脱了先前乡村组织、街道组织的有序控制，也随之摆脱了传统乡土文化、伦理道德的有效约束。乡村、街道等基层社会控制组织的缺位，使得"个人——基层权力组织——社会"的有序控制模式出现了权力的真空。一方面，由于在城市中不能得到稳定的经济利益；另一方面，由于缺少权力依靠的皈依之所。一些流动人口为了寻求安全感和认同感的寄托，就很容易将其过去对于行政机关的信任感，转移到对黑恶组织的信任之上。他们希冀从中得到依靠和保护，从而使其自身安全和经济利益得以维护。黑社会性质组织不仅满足了个体的此种要求，而且还顺势将分散、孤立的个人力量相对地集中起来，继而形成一种反社会合力，用以对抗国家权力。其产生与蔓延，虽然填补了国家权力的真空，却扭曲了个人通过基层权力组织向社会负责的社会控制模式，形成了"弱势群体——黑社会性质组织——社会"的变态模式。如果放任其发展必导致权力的移位、社会组织结构的退化。

综上所述，涉黑犯罪一般参加者有其存在与发展的土壤与环境，是社会发展进程中多种因素综合互动的产物。可以说，在社会和经济高速发展的现代社会，社会矛盾的凸显、社会文化的断层以及社会机制的不健全，均使其存在和发展具有一定的必然性。群体的破坏性力量远远大于个人，正如古斯塔夫·勒庞所总结的群体所具有的特点"冲动、急躁、缺乏理性、没有判断力和批判精神、夸大情感等等。""当我们抛弃自我，成为一个紧密团体的一部分时，我们不仅抛开了个人利益，同时也抛开了个人责任。一个人如果没有了恐惧、犹豫、怀疑和是非感，他会变得有多残暴和冷酷，令人不敢想象。"这是因为，孤立的个人很清楚，当他孤身一人之时，其个人力量的微弱和渺小。所以即使面对种种罪恶的蛊惑，出于理性利弊得失的权衡，他轻而易举地就能抵制住这种诱惑。可是，一旦融入某一群体，他就会强烈地体会到人数众多所赋予他的力量，并且"人多势众"的感性认识，往往会使其轻易屈从于种种不法的诱惑。孤立的个体经常聚集在一起，久而久之，如果不能很好地把握自己，就会从最初的聚众滋事，发展到集团犯罪，进而演化成为黑社会性质组织犯罪。然而，"群体可以杀人放火，无恶不作，但是也能表现出极崇高的献身、牺牲和不计名利的举动，即孤立的个人根本做不到的极崇高的行为。以名誉、光荣和爱国主义作为号召，最有可能影响到组成群体的个人，而且经常可以达到使他慷慨赴死的地步。"法律的正义价值，不仅在于惩治恶，更在于弘扬善。因此，我们应当理性看待涉黑犯罪一般参加者这一群体的存在。从而，针对此类群体的特殊性，在刑法的适用上对其采取不同的立场和原则。在适用的效果上，有效分化、瓦解黑恶势力，最大限度地减少刑罚适用带来的后遗症，减少社会的对立面，实现刑法规制的最佳法律效果和社会效果；在价值的指引上，引导其向往人性之善而远离人性之恶。最终达到有效打击黑社会性质组织犯罪的目的，促进整个社会发展的和谐稳定。

## 三、涉黑犯罪中一般参加者的刑事政策抉择

刑事政策是国家防控犯罪的一系列方略，也是一个国家法治文明在刑事领域的集中反映，更是实现和谐社会的基本保障。涉黑犯罪一般参加者的存在和产生，是社会发展进程中多种因素综合互动的结果，为了有效应对这一社会现象，我们的目光不应仅仅局限于刑法的规定，而更应放之于刑事政策。“刑事政策是以国家机关为主体，以防止犯罪为中心的维持社会秩序的活动的整体。”刑事政策的核心是打击和预防犯罪，即将危害社会秩序的反社会行为作为犯罪加以防控和遏制。刑事政策的终极目的是维持社会秩序，即促进构成社会的个人和团体之间的和谐，维护社会安全，保障国民安定有序地生活。要想从根本上消解涉黑犯罪一般参加者的存在和产生，我们需要考虑各种的诱发因素、解决诸多的社会问题，更需要针对其“症结”所在，对症下药地选择与之相对的刑事政策，方能达到标本兼治的良好效果。

### （一）我国涉黑犯罪的刑事政策

黑社会性质组织犯罪危害严重，情况复杂，我国为了合法有效地惩治和预防此类犯罪，在战略上采取“加强社会治安综合治理，防打结合，预防为主”的方针；在政策上采取“宽严相济”的基本刑事政策。在以上总的方针、政策指导下，我国还制定了有关打击黑社会性质组织犯罪的其他具体的方针政策，有效开展了打击黑社会性质组织犯罪的斗争。《通知》强调，要聚焦涉黑涉恶问题突出的重点地区、重点行业、重点领域，把打击锋芒始终对准群众反映最强烈、最深恶痛绝的各类黑恶势力违法犯罪。要坚持依法严惩、打早打小、除恶务尽，始终保持对各类黑恶势力违法犯罪的严打高压态势。

（1）打早打小、露头就打

“打早打小、露头就打”，是指当犯罪行为处于初始萌芽状态时，就及时予以打击，遏制其发展壮大，使犯罪活动处于可控状态。这样既可以减少社会危害，又可以降低打击成本。坚持“打早打小”，就是遏制黑恶势力“滚雪球”的速度，摧毁黑社会性质组织的壮大势头。打“早”，包括两层含义：其一，是指对于已形成的黑恶势力，一经发现，就要及时打掉，趁早发现，趁早打掉；其二，是指对于尚未形成黑恶势力，但是可能向其转变的早期犯罪，要坚决打掉，即要打掉苗头，打掉萌芽。打“小”，是指在黑恶势力的组织规模较小、犯意较弱、抗打击能力不强的时候，就将其打掉，防止坐大成势。其强调，只有时刻保持着打击黑恶势力犯罪的高压态势，将其消灭在低级层次与萌芽状态，才能人民群众获得真正的安全感。

（2）黑恶必除、除恶务尽

打击黑恶势力要严格依法进行，坚决做到黑恶必除，不枉不纵。在一些地方，黑社会性质组织之所以能够坐大成势，与其“保护伞”的存在具有直接关系，要将查办“保护伞”与打击黑恶势力犯罪同步推进，以反腐促进打黑，以打黑推动反腐，才能从源头根除黑社会性质组织的权力依靠。同时，要始终注重摧毁黑恶势力的经济基础，阻止、预防死灰复燃。黑社会性质组织及其成员在其组织形成、发展的过程中，获取的全部财物、财产性权益及其收益，以及涉案违禁品和用于犯罪的工具等，应当依法予以及时追缴和没收，从而彻底摧毁黑社会性质组织存在的经济基础。

（3）综合治理、惩防并举

所谓社会治安综合治理，就是指通过动用全社会的力量，运用各种手段，对于违法犯罪行为通过社会手段予以控制。当前，我国正处于经济社会的发展和转型时期，滋生

黑恶势力产生和发展的土壤和环境依然存在，黑恶势力的犯罪活动仍然比较活跃，“打黑除恶”不能一蹴而就。当前的打黑专项行动就坚持“专项治理和系统治理、综合治理、依法治理、源头治理相结合”，从社会治理的角度着力打击黑恶势力。公安司法机关应当牢固树立长期的作战意识。国家在治理黑社会性质组织犯罪时，工作的重心不仅在于对犯罪的惩治，而更应在于对犯罪的预防，要建立各种机制，全面发挥社会控制力量，加强社会治安综合治理的能效。

以上惩治涉黑犯罪的刑事政策，在打击涉黑犯罪的司法实践中取得了巨大的成效，但在我们看到成绩的同时，也应当认识到其中存在的问题。譬如，“打早打小、露头就打”的刑事政策，反映了我国对涉黑犯罪严厉惩治的态度。但是在黑社会性质组织犯意较弱、规模较小、危害较小、抗打击能力不强的时候，不对组织成员的社会危害性程度加以区分，就均给予严厉打击，势必造成打击面过宽的结果。

（二）涉黑犯罪一般参加者的刑事司法政策的确立

1.“抓大放小”刑事政策之提倡

要有效地应对黑社会性质组织犯罪，在刑事政策层面，“抓大放小”的刑事政策，是我们更为明智的选择。在“抓大”的同时，我们必须学会“放小”。所谓“抓大”，是针对涉黑犯罪组织者、领导者和积极参加者而言的，这些犯罪分子的社会危害性和人身危险性极大，理应对其从严惩治。所谓“放小”是针对涉黑犯罪一般参加者而言的，对于这些不需要运用刑罚加以矫治或者有矫治可能的行为人，应当对其实行宽松的刑事政策。即对于不构成犯罪的涉黑犯罪一般参加者，绝不轻易入罪，不能轻易将其贴上犯罪者的标签；对于构成犯罪的涉黑犯罪一般参加者，应当尽可能地对其实行司法上的非犯罪化、处罚上的非刑罚化以及执行上的非机构化。这是因为：这一群体的社会危害性和人身危险性较小，主观恶性不大，涉黑不深，具有较大的脱离黑社会性质组织罪的可能性。惩治黑社会性质组织犯罪的艰巨性和复杂性的根基在于：当相对独立的个人组织成为相互团结的整体，其产生的凝聚力量和破坏力量是同样数量的单个人的单独行为所无法比拟的。因此，对于涉黑犯罪一般参加者适用“放小”的刑事政策，一方面有利于教育、感化和挽救涉黑不深者，使其尽可能地远离犯罪或者避免再次实施犯罪；另一方面有利于动摇黑社会性质组织的凝聚力，分化瓦解黑恶势力，避免其势力的进一步壮大。

2.“放小”的政策选择源自刑罚自身的局限性

刑罚并非是万能的，其亦有着自身的局限性。刑罚的目的、功能以及成本决定了对于刑罚的适用应当是谨慎的、谦抑的和有边界的。其一，刑罚的目的应在于教育而非报应。刑罚的目的不在于报应，而在于教育，在于使行为人能够顺利复归社会。适用刑罚的终极的目的，就在于使犯罪人改恶从善，适应社会生活，不再沦为犯罪。“放小”的刑事政策，对于不构成犯罪的涉黑犯罪一般参加者绝不轻易入罪；对于构成犯罪的涉黑犯罪一般参加者应当依法从宽处理，更有利于实现刑罚的教育目的。其二，刑罚的功能是有限的而非万能的。一方面，刑罚只是实现社会控制的一种手段，而非唯一手段，更非最佳手段。刑罚的正当性源自其必要性。刑法虽然是国家权力保卫社会秩序、维护社会治安的一种强有力的法律制度，但由于其是最具强制性、严厉性、和痛苦性的法律制度，因此，其只能作为调控社会秩序的最后手段。倘若运用行政的、民事的、经济的等刑法以外的其他手段，足以进行有效救济时，就应当尽可能地避免动用刑罚。另一方面，刑罚有其自身不可避免的副作用。刑罚有其自身不可避免的弊端与负面效应，犯罪学中的“标签理论”就是很好的说明。按照“标签理论”的观点，一个人被贴上越轨或者犯罪标签以后，便会产生烙印效应，产生犯罪者的自我认同形象，而与社会渐行渐远，并

逐渐加深其犯罪性，直至最后成为真正的犯罪者。因此，对于刑罚的适用应当谨慎、适度。其三，刑罚的适用需要大量的成本投入。作为国家权力资源的一部分，刑罚的投入和使用伴随着国家大量的成本耗费。在社会资源总量一定的情况下，刑罚过多地投入本身就意味着其他社会资源耗费的减少。因此，对于涉黑犯罪一般参加者适用“放小”的刑事政策，这有助于缓解刑罚资源的成本压力，把有限的司法资源用到最需要刑法规制之处。

总之，刑事政策的目标并不仅仅局限于防止犯罪，更在于对整个社会关系的改良和完善，从而维护社会秩序的和谐与稳定。合理的刑事政策的选择，能够弥补刑罚自身所存在的局限性，实现刑罚的目的，降低刑罚的投入成本，从根本上消解涉黑犯罪一般参加者的存在，实现刑事法治的正义价值。

## 四、结语

涉黑犯罪一般参加者的存在和产生，是社会发展进程中多种因素综合互动的产物。在社会与经济高速发展的现代社会，社会矛盾的凸显、社会文化的断层以及社会机制的不健全，均使其存在和发展具有一定的必然性。因此我们应当理性地看待涉黑犯罪一般参加者的存在。涉黑犯罪一般参加者这一群体具有其自身的特殊性：其在黑社会性质组织中的数量可观、规模庞大，人员构成多来源于社会底层的弱势群体，在组织的违法犯罪活动中所起的作用不大，主观恶性、人身危险性较小。为了做到罪刑均衡，实现刑法惩罚犯罪和保障人权的目的，有必要对其与组织中的其他成员进行区别对待。对于涉黑犯罪一般参加者的认定，应当依次从认定黑社会性质组织是否存在、行为人的主观罪过评价、行为人的客观行为评价等几个方面进行把握。通过对各个方面的综合评判，来实现对涉黑犯罪一般参加者、积极参加者以及非黑社会性质组织成员的区分。具体而言，若要认定某一行为人为黑社会性质组织成员，必须同时满足以下两个条件：其一，行为人所参加的是具有黑社会性质的组织；其二，行为人须接受该组织的领导和管理。否则，应当将其认定为非黑社会性质组织成员。对于涉黑犯罪一般参加者与积极参加者的区分则相对复杂，二者都是除组织者、领导者以外的黑社会性质组织成员，二者都是明知是由多人组成、具有一定的层级结构、主要从事违法犯罪活动的组织而参加。区分二者的关键要素有三：即行为人参与该组织的违法犯罪活动时所持有的主观心态，行为人参与违法犯罪活动的程度以及行为人在整个组织中的地位、作用和实际影响力。倘若行为人在主观上，对于参与该组织的违法犯罪活动持有积极的主观心态；在客观上，实施了社会危害性较大的违法犯罪活动；在组织中具有重大的实际影响力，对整个组织的活动中起着重要作用，则应认定其为积极参加者。反之，则应认定其为一般参加者。

针对涉黑犯罪一般参加者这一特殊群体，在刑法的适用上，应当对其采取“入罪谨慎、依法从宽”的基本立场，从而做到对其进行正确的定罪量刑。在防控手段的选择上，应当针对这一群体的特殊性，选择“放小”的刑事政策，建立长效的防控机制。如此处理，是为了：在适用的效果上，有效分化、瓦解黑社会性质组织势力，最大限度地减少刑罚适用带来的后遗症，减少社会的对立面，实现刑法适用的最佳法律效果和社会效果；在价值的指引上，引导其向往人性之善而远离人性之恶。最终达到有效打击黑社会性质组织犯罪的目的，促进整个社会发展的和谐与稳定。

# 关于包庇、纵容黑社会性质组织罪中的主观明知问题

王　　彪*

【内容摘要】关于包庇、纵容黑社会性质组织罪中的主观明知问题，具体分为三个问题，一是明知的内容，即行为人明知包庇、纵容的是从事违法犯罪活动的组织；二是明知的程度，行为人已经知道某种事实的存在或者可能存在，而不包括应当知道但实际上不知道某种事实存在的情形，这里明知的程度有高低之别，最高程度为清楚、确切地知道，最低程度为概括性知道；三是对明知的证明应达到的程度，即应达到排除合理怀疑的程度。

【关键词】包庇、纵容黑社会性质组织罪；明知；知道；应当知道

2018 年 1 月，中共中央、国务院发出《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》（以下简称《通知》），决定在全国开展扫黑除恶专项斗争。《通知》指出，把扫黑除恶与反腐败斗争和基层“拍蝇”结合起来，深挖黑恶势力“保护伞”。对“保护伞”的惩处，往往涉及包庇、纵容黑社会性质组织罪的认定。根据全国人大法工委参与立法工作人员的解释，包庇、纵容黑社会性质组织罪的犯罪主体是国家机关工作人员，所谓“包庇”，是指国家机关工作人员为使黑社会性质组织及其成员逃避查禁，而通风报信，隐匿、毁灭、伪造证据，阻止他人作证、检举揭发，指使他人作伪证，帮助逃匿，或者阻挠其他国家机关工作人员依法查禁等行为。“纵容”，是指国家机关工作人员不依法履行职责，对黑社会性质的组织的违法犯罪活动不依法制止，反而予以放纵的行为。对于包庇、纵容黑社会性质组织罪的主观要件方面，理论与实务界均有一定的争议。司法实践中，涉案国家机关工作人员往往以主观不明知作为辩解理由，即不明知对方是黑社会性质组织。

正是因为存在争议，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于 2009 年 12 月 15 日联合印发的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称 2009 年《纪要》）明确规定，包庇、纵容黑社会性质组织罪主观方面要求必须是出于故意。只要行为人知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织，仍对该组织及其成员予以包庇，或者纵容其实施违法犯罪活动，即可认定本罪。至于行为人是否明知该组织系黑社会性质组织，不影响本罪的成立。对此，最高人民法院法官认为，“确定某一犯罪组织是否属于黑社会性质组织，需要经历一个极为复杂的司法认定过程。因此，认定该罪时不要求行为人确知其包庇、纵容的对象具有‘黑社会性质’，只要求其知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织，仍对该组织及其成员予以包庇或者纵容其实施违法犯罪活动即可。”换句话说，“由于黑社会性质组织在认定上的严格性、形式上的多样化，使得实施包庇、纵容行为的行为人很难明确认识到其包庇、纵容的对象是黑社会性质组织及其活动。如果将明知是黑社会性质组织及其活动作为本罪故意成立不可或缺的认识因素，将给司法认定带来相当的困难，也会成为行为人逃避法律制裁的理由，不利于打黑专项斗争工作的开展。”

据此，关于包庇、纵容黑社会性质组织罪中的主观明知问题，可以从三个方面进行讨论：

第一，明知的内容。构成包庇、纵容黑社会性质组织罪，需要国家机关工作人员在主观上对何种内容明知。对此，学界主要有三种观点：第一种观点认为，本罪的主观构

成要件是故意，即明知是黑社会性质的组织、黑社会性质的组织所进行的违法犯罪活动，而故意予以包庇、纵容。有学者持类似观点，该学者认为，包庇、纵容黑社会性质组织罪在主观方面表现为故意，既可以表现为直接故意，又可以表现为间接故意。另外，本罪的成立必须要求行为人对其所包庇、纵容的是黑社会性质的组织这一事实有明知，如果行为人确实不知是黑社会性质组织而予以保护的，不成立本罪。但是行为人开始不知，事后知道其性质后仍然予以包庇、纵容的，应该以本罪论处。根据这一观点，行为人必须明知是黑社会性质组织而予以包庇、纵容。第二种观点认为，本罪并不以行为人主观上必须明确认识到包庇的对象是黑社会性质的组织、黑社会性质组织的违法犯罪活动为不可缺少的条件。只要行为人明知自己的行为是包庇、纵容犯罪的人（包括犯罪组织及成员）的违法犯罪活动，便具备本罪故意所必需的认识因素。根据这一观点，行为人明知其包庇、纵容的是违法犯罪活动即可。第三种观点是有学者在讨论相关罪名时提出的，对一个组织是否属于黑社会性质组织的判断是一种法律判断，行为人的主观认识并不影响该组织的实际性质。刑法理论对于直接故意的认定并不要求行为人具有明确的违法性认识。对于参加者而言，行为人虽然不明知所参加的组织是黑社会性质组织，但只要行为人在主观上明知该组织是从事违法犯罪活动的组织，或者当时并不明知是从事违法犯罪活动的组织，但在加入后发现是从事违法犯罪活动的组织，仍不退出并积极从事违法犯罪活动的，就应当认定其主观上具有参加黑社会性质组织的犯罪故意。根据这一观点，行为人不需要明知是黑社会性质组织而对其包庇、纵容，但需要知道其包庇、纵容的是从事违法犯罪活动的组织。很明显，2009 年《通知》采纳的是第三种观点，即不要求行为人明知是黑社会性质组织，但要求行为人明知是从事违法犯罪活动的组织。

笔者认为，作为犯罪故意认识内容的违法性认识是指认识到行为在法律上是不被允许的，至于是何种法律，则不限于刑法。因此，构成包庇、纵容黑社会性质组织罪，国家机关工作人员不需要明知其包庇、纵容的是黑社会性质组织。考虑到这个罪名的特殊性，国家机关工作人员包庇的不是一般的违法犯罪行为，即国家机关工作人员仅明知相关人员在从事违法犯罪活动而予以包庇、纵容的还不能构成包庇、纵容黑社会性质组织罪，还必须明知其包庇、纵容的是从事违法犯罪活动的组织。因此，2009 年《通知》的规定是合理的。

第二，明知的程度。关于明知的程度，张明楷教授认为，包庇、纵容黑社会性质组织罪的责任形式为故意，即明知是黑社会性质的组织、黑社会性质的组织所进行的违法犯罪活动，而故意予以包庇、纵容，但不要求行为人像司法工作人员那样确切地认识到对方属于刑法意义上的黑社会性质的组织。换言之，只要行为人认识到对方可能是黑社会性质的组织即可。然而，由于张明楷教授对于明知的内容的理解与 2009 年《通知》的规定不同，对明知的程度的理解只能结合 2009 年《通知》的规定来进行。2009 年《通知》一方面明确规定包庇、纵容黑社会性质组织罪主观方面要求必须是出于故意，另一方面又规定只要行为人知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织，仍对该组织及其成员予以包庇，或者纵容其实施违法犯罪活动，即可认定本罪。因此，何谓“知道或者应当知道”是理解这一规定的关键所在。

关于知道与应当知道的关系，理论界存在一定的争议。应当知道的术语首次出现在最高人民法院、最高人民检察院于 1992 年 12 月 11 日公布的《关于办理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中，该司法解释性文件的第八个问题是如何认定窝赃、销赃罪，规定如下：认定窝赃、销赃罪的明知，不能仅凭被告人的口供，应当根据案件的客观事实予以分析。只要证明被告人知道或者应当知道是犯罪所得的赃物而予以窝赃或者

代为销售的，就可以认定。该解释首次将知道和应当知道并列为明知的两种形式。此后，1997 年《刑法》第 219 条第 2 款规定：明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。这是我国第一次在《刑法》中使用“应知”的术语，并将应知与明知并列。这一表述导致刑法学界对“应知”所归属的主观心态产生了激烈的争论，进而产生了侵犯商业秘密罪的罪过形式是否包括过失的分歧。

在此后的诸多司法解释、司法解释性文件以及规范性文件中，均将知道和应当知道并列作为明知的两种形式。如 1998 年发布的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第 17 条规定：本规定所称的“明知”，是指知道或者应当知道。除此之外，2000 年的《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2002 年的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》、2003 年的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》、2004 年的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》以及 2007 年的《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》等均有类似规定。

对上述规定进行总结可以发现，除《刑法》第 219 条第 2 款将明知和应知并列之外，司法解释、司法解释性文件和规范性文件全部将知道和应当知道并列作为明知的下位概念。因此，我们有理由认为《刑法》第 219 条第 2 款的规定是简单粗糙的术语借用所致，即借用《反不正当竞争法》中的相关术语，将来在修法时需予以纠正，在法律未修订时，可以通过学理解释的方法将该条第 2 款的“明知”解释为“知道”。

对于司法解释、司法解释性文件和规范性文件中的“应当知道”，理论与实务界主要有以下几种理解。第一种是将“应知”理解为推定明知；第二种是将“应知”理解为不知道；第三种是将“应知”理解为用以证明行为人主观认识状态的一种事实推定方式，是行为人之外的人基于证据之外的客观事实而对行为人主观认识状态的一种判断，它本身并不是一种行为人主观上的认识状态；第四种见解认为有两种类型的“应当知道”，一是推定的“应知”，二是不属于推定“明知”，且属于应当改变表述方式的“应知”，即行为人对行为对象的特殊性或者行为结果的严重性“应当‘是’知道”的，用认定、推断、推论的方式就可以确定行为人具有明知；第五种见解认为“应当知道”至少包括两种含义：第一，“应当知道”，是指行为人有义务而且能够知道，由于未能履行注意义务而对犯罪构成事实没有认识。此时的“应当知道”是一种犯罪过失的心理态度。第二，“应当知道”，是指从已知的事实（间接证据）推断行为人行为时对犯罪构成事实有明确认识，但缺乏直接证据证明。此时的“应当知道”是一种犯罪故意的心理态度。

笔者认为，犯罪故意中的明知，不管是刑法总则中的明知，还是分则中的明知，都是指行为人已经知道某种事实的存在或者可能存在，而不包括应当知道但实际上不知道某种事实存在的情形，否则便混淆了故意与过失。根据刑法原理和相关规定的语境，笔者认为“应当知道”大部分情形下指的就是运用间接证据进行推论。具体来说，关于明知有知道和应当知道两个下位概念，但本质上均是指事实上知道，即使在隐蔽性犯罪中，也可以通过行为人的行为、行为环境等客观方面的事实推断出行为人事实上是知道的，这种推断明知并未降低证明标准，符合人类认识的一般规律。当然，这种知道有程度上的高低之别，最高程度为清楚、确切地知道，最低程度为概括性知道。在此范围内，明知的程度不影响行为人主观明知的认定。

第三，对明知的证明应达到的程度。行为人是否明知是行为人内心方面的一种认知状态，对于这种认知状态，我们“外人”如何认识呢？根据证据裁判原则的基本精神，

我们对于行为人是否主观上明知的认定只能通过证据进行，我们通过证据来判断是否相信以及在何种程度上相信行为人主观上是明知的。换句话说，对于明知的证明应达到何种证明标准。对此，2009 年《通知》明确强调，办理涉黑案件同样应当坚持案件“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准。这里的“事实清楚”是指能够对定罪量刑产生影响的事实必须清楚，而不是指整个案件的所有事实和情节都要一一查证属实，“证据确实、充分”是指能够据以定罪量刑的证据确实、充分，而不是指案件中所涉全部问题的证据都要达到确实、充分的程度。2015 年 10 月，最高人民法院印发的《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》进一步予以明确：

办理黑社会性质组织犯罪案件应当坚持“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准。黑社会性质组织犯罪案件侦查取证难度大，“四个特征”往往难以通过实物证据来加以证明。审判时，应当严格依照刑事诉讼法及有关司法解释的规定对相关证据进行审查与认定。在确保被告人供述、证人证言、被害人陈述等言词证据取证合法、内容真实，且综合全案证据，已排除合理怀疑的情况下，同样可以认定案件事实。

这一规定不仅强调涉黑案件应当坚持“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准，同时也按照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，对如何依据言词证据认定案件事实进行了说明。理解这段话，需要明确排除合理怀疑、言词证据的合法性和真实性等问题，由于这些问题是刑事证据运用过程中经常涉及的问题，不具有特殊性，本文不再赘述。