我国犯罪定量因素审视
——兼论前置化趋势的破解

张　凯
(吉林大学 法学院,长春 130012)

摘要:当前刑法前置化趋势明显,刑事违法与一般违法行为的关系变得模糊,是移植域外的二元化定罪模式,还是坚守我国的一元化定罪模式,对于该问题的处理会有重大影响。通过犯罪圈划定的事实与价值、概念与类型、内部与关联的思维模式,立足国情的反社会行为、立法明确与守法回应的评判以及与相关理论制度的关联考察,我国定量模式不必重构,对刑法前置化的解决理应在立法定量因素存续下,遵循比例化原则,从遏制立法前置化与司法前置化两方面作更为精细的研究。

关键词:犯罪定量;犯罪圈;刑法前置化
中图分类号:DF613　**文献标志码:**A　**文章编号:**1000-5315(2017)05-0047-09

近年来,刑事立法活性化凸显,这在应对处于转型时期而矛盾丛生的当下是某种必然,然而,也有学者对我国立法趋势持谨慎态度,认为我国在晚近刑法立法当中,刑法前置化倾向越发明显,行政、民事违法行为与刑事违法行为之间的界限消失,导致刑法自洽性的削弱[1]。由于积极刑法观的确立[2],使得之前许多被其他部门法规制的行为上升为刑事不法行为,如何在解释论上划清刑事不法与一般违法的界限就显得尤为重要,此种前置化趋势,在抛开刑法具有安抚民意、防范风险的工具性机能外,深层次的原因还涉及到犯罪圈如何划定的问题,在立法模式上事关我国特有的"立法定性+定量"模式的命运。认为全面移植域外的"立法定性不定量"模式①,会有助于消解刑事不法与一般违法因定量要素存续所致的界分困境的论断比较普遍,而随着刑法修正案中的轻罪与隐性保安处分的增多,亦有学者对我国当前罪量模式予以全盘否定而为我国轻罪制度的构建扫清障碍[3]300-317,就此,对我国的罪量模式的检视并未结束,相反,具有重要意义。

对犯罪的认识并非一蹴而就,早在古代法时期,便存在大量的所谓"犯罪法",但其实并非真正意义上的犯罪法,而是我们通常认为的不法行为或"侵权行为"[4]236,刑事违法行为与民事违法行为并没有实质的区别,因而犯罪圈的划定也无从谈起。随着人们认识的深化,开始有了公法与私法的概念,依据调整对象与调整方法的不同,构成一国法律体系的部门法日臻完善,刑事不法与一般违法的界分成为可能,因而也实际上框定着犯罪圈的大小。于前实定法意义上,立法者是基于何种思维与方法划定犯罪圈,将是衡量不同犯罪化模式构建的关键。

一　犯罪圈划定的思维模式与立场选择

1.事实与价值

关于认识论的方法论问题,历来有自然科学的实证主义、新康德的价值哲学、现象学派的存在论等。在经历因果定则的方法论统治欧洲大陆后,新康德学派的出现给社会科学的研究方法注入了新活

收稿日期:2017-06-11
基金项目:国家社科基金重点项目"刑罚体系与结构改革研究"(13AFX009)。
作者简介:张凯(1989—),男,河北青县人,吉林大学法学院博士研究生。

力。新康德学派否定客体可以从它本身的存在被理解,客体之所以成形,完全因为主体的理解行为将客体描述成一个可被理解的对象。规范体系和物的存在结构是两个无法互通的体系,规范只能从规范当中形成,不能从客观现实的存在构造当中形成[5]130。这就是本世纪德国刑法学上普遍被确信的方法二元论。与之相似,英国经验主义哲学家休谟认为在事实判断与价值判断之间存在一条无法逾越的鸿沟,从事实判断不能推导出价值判断,价值科学并不包含任何逻辑规则,它往往是任意的,无法通过感官所反映的事物都是不可知的,因果关系并非客观存在,只是一种习惯性推论[6]509-511。因而,所谓二元方法论,也就是我们在研究与观察某一事物时应区分事实视角与价值视角,并根据各自的特性来构建相应行动准则,避免将二者混为一谈。

拉德布鲁赫认为,法律是人类的作品,而一个无视人类作品价值的思考是不能成立的,因此对法律或者对任何一个个别的法律现象无视价值的思考也都是不能成立的[7]5。法现象的研究方法亦是如此。就古代法时期而言,不仅盗窃罪被认为是不法行为,甚至凌辱、强盗、杀人也是债或法锁产生的条件,其背后都有一个庞大的金钱赔偿制度[4]237。这种犯罪与不法行为杂糅的情况,源于当时人们观察视角的单一。从经验事实的角度看,也许上述行为都是反社会行为,仅仅是程度不同,但忽略法的价值与法在政治国家与市民社会的功能发挥,将难有事物的本质差异可言。以刑法和民法在法益保护的差别为例。民法通过对受害人进行补偿而使既有权利回复到受损之前的状态,重在"调整"相关利益,损害赔偿有填补已经产生的损害的回顾性机能;而刑法注重个人自由,强调对行为人的谴责与预防,使对侵害的弥补具有展望的功能。因而,立法者划定犯罪圈的方法不仅需要在存在形态的意义上观察,还应在法之目的的价值论意义上考察,存在论意义上是直观的定量考察,而在价值论意义上则是定性考察。

2.概念与类型

概念与类型是法学方法中的重要思维模式。概念是透过一些有限的、彼此分离的抽象特征加以定义,是封闭的,且与直观互相对立的。因此,概念式的思维是"分离式的思维"[8]111。概念式思维具有使法安定的效果。类型是借助事物的本质属性,以弹性思考那些无限趋近于真实性、具体性,但又无法透过抽象概念加以穷尽列举的"亦此亦彼"的事物。类型只能被描述,无法被定义。类型式的思维是"关联式的思维",是对法律应对变动不居的生活事实的必要灵活性的把控。"类型并非它所指涉或描述的事物本身,而是对事物的指涉或描述,因此,它是一种诠释学的工具"[9]。构成要件类型作为连结规范与事实的桥梁,总是随着生活事实的填充而呈现不法含量的变动性。概念与类型的思维模式并非排斥,而是存在相互补充的可能。德国学者 Puppe 认为,在形成类型性思维的层级次序前,必须要经过比较,而比较必须先有判断的标准,这个标准的运用方式与分类概念同样具有抽象性[10]75。

根据对概念与类型的阐述,立法者在划定犯罪圈时,就行为定性的考察,涵盖了概念的思维方法,而对不法渐变性的考察,则涵盖了类型的思维方式。"刑事不法与民事不法虽然有'概念'的差别,但由于其不法、罪责以及社会的危害性都具有层级性,故二者在'类型'上有一个量的流动的过程,即无论是不法、罪责还是社会危害性,分别都有一个程度大小之别,有一个从大到小的行列顺序"[11]20。

3.内部与关联

洛克认为,事物有两类属性:第一类性质,"不论我们知觉它们与否,总是在物体中存在的"[12]101;第二类性质,"并不是物象本身所具有的东西,而是能借助其第一性质在我们心中产生各种感觉的那些能力"[12]106。根据洛克的言论,对于事物的认知通常有两个维度,即事物自身内部属性与事物之间的关联属性,可以形象地称之为纵向与横向思维。横向思维要求我们观察某一事物不能忽略关系范畴,只有在与周边事物的参照中,才能凸显该事物的特有本质,在犯罪圈的划定上,表现为对事物评价的定性研究;而纵向思维是在具体事物内部就众多属性而选取的固有属性,表现为对事物评价的定量研究。通常来讲,横向思维模式更易于被我们理解为一种科学思维模式,而纵向思维仅将目光锁定在某一行为内部,借助社会危害性量之增长,区分刑事不法与一般违法的界限,似乎存在忽略行为类型的规范意义。但纵向思维相较于横向思维,并非处于一种不对等的关系,进行纵向思维的前提当然是以一定的横向思维为基础,而纵向思维的固有属性当然也构成与事物关连属性的横向素材,二者存在彼此交互的特点,并不能形式地割裂。

根据辩证法，任何事物都是质、量规定性的统一。认识事物主要是把握其性质，性质是事物决定自身发展方向并区别于其他事物的决定性因素，但是，量变引起质变，因此，把握事物的属性既要重视其性质又不可忽略其数量。任何质量都表现为一定的数量，没有数量也就没有质量，在总的量变过程中，有阶段性的、局部性的质变，在达到某一阶段的质变时，又开始新的量变，从而周而复始，因而，在事物发展进程中并不是只有一种质变形态，量的规定性决定着质的层级性演变，如同在法益侵犯性的统领下，量的因素决定着行政不法与刑事不法质的差异与二元反社会行为制裁体系。

4.法益侵害的立场选择

犯罪模式的构建，除了有思维与方法的根本性制约外，也有基于犯罪自身的本质解读，相较于思维与方式的前提性抽象特质，对犯罪内涵的解读则是在其之下更为具体的立场选择。对犯罪的本质解读主要有以下观点：社会危害性说；权利侵害说；法益侵害说；义务违反说；折中说（法益侵害说与义务违反说的折中）；秩序违反说；规范违反说[13]8-11。相较而言，法益侵害说更能切合划定犯罪圈的思维方式，由利益要素与法的保护性要素所型构的法益内涵是与其事实层与价值层的构造相适应的，而法益是带有一定抽象程度的评价载体，以个体的保护为例，生命、身体、财产、自由等概念是作为首要划分的依托，在具体领域内，则是对构成要件类型保护的确认。一方面，犯罪的本质在于法益侵害，无法益侵害即无犯罪。“另一方面，法益理论确认了刑法的辅助保护原则”[14]15。从刑法自身的发动条件来说，只有引起法益侵害及其危险，刑法才能干预，但是充分有效的保护法益并不是适用刑法的正当性根据，他还应受到刑法“不完整性”制约，立法者应当对宪法上的诸多价值目标进行权衡，选取对于社会具有严重危害的行为进行处罚，必须承认刑法在保护方面存在某种“不足”。法益侵害说能够承担起划定犯罪圈的重任，还源于法益具有体系解释与批判和检视立法两种重要机能，能够构建起整个刑法体系的基石。虽然，其他部门法也在保护“法益”，但法益是刑法中特有的规范概念，其存在层与价值层的构建异常精致，在对选取刑法所欲保护的利益上，不仅着眼于类型上的划分，也会在量上体现与其他部门法的保护差异，辅助保护原则当然是以行为在质、量两方面的展开为体现。

法益侵害说是结果无价值论的当然延伸，结果无价值论认为造成法益侵害或危险的结果是刑法禁止的对象，但其并非不关注行为自身，而是说行为本身对于法益侵害的影响。现阶段，我国刑事法治采取结果无价值的立场可能更为有利。这是因为：刑法的目的与任务明确，这在价值多元的时代尤为重要；明确违法判断的内容及违法要素的范围，必须由该刑罚法规所预定的规制目的、保护目的予以限定；由于客观地判断违法，否认故意、过失是违法要素，使违法性与有责性相区分[15]47。结果无价值在防止过渡干预、保障自由方面具有优势，虽然不能主观地认为结果无价值等同客观主义，行为无价值等同主观主义，但结果无价值与客观主义具有亲缘性。因而，在以客观侵害为基点的定罪思维中，客观主义具有限缩犯罪圈的功能，站在结果无价值的立场，犯罪化模式体现为行为类型“质”对法益侵害后果的影响及行为后果“量”的影响，因而，应更倾向于设置罪量要素。

二　我国现有够罪模式的评判与分析

不管是从划分犯罪圈的思维方式与方法上，还是从更为具体的立场选择上，前实定法在立法上都无法将定性与定量割裂开来，我国“立法定性＋定量”的犯罪化模式是符合思维习惯与立场设定的。当然，对于“立法定性＋定量”模式所承载的价值目标是否能达成，相关的质疑还需回应。

1.立于国情对反社会行为应对的考虑

我国的犯罪成立模式是否能够妥当达成划定犯罪圈功能实然效果，存在疑问。若以盗窃罪的起刑点为例，距离起刑点上下幅度变化不大的行为，从直观上看并没有什么区别，但依据定量因素是犯罪成立的条件，一个是治安处罚行为，一个是刑事处罚行为，的确让人觉得有不合理之处。但事实上定量因素的划定有立法者基于刑事政策的考量，也就是对于反社会行为的处理是全部交由司法机关处理，还是由行政机关与司法机关分享。由于刑事程序的启动和实施需要耗费的资源较多，且过于严厉，对于一些轻微违法行为适用刑事程序的投入和产出不成比例，因而，需要考虑处理反社会行为的效率因素。除此之外，稳定的价值目标也是我们设置刑事政策的考量要素。发展经济是我国的首要目标，一个稳定和谐的内外环境有利于经济发展，而法治的实施也

要以社会的稳定为基石。通常在构成轻微伤的故意伤害案中,基层派出所首要的是促成双方的和解,化解相对方存在的误解和矛盾,而不是选用更为严厉的行政拘留措施。若以司法处理这些反社会行为,也并非是通常人们对公正的固有印象所使然,其依然有行政程序中的便利、高效、灵活的内涵,如刑事和解以及着眼于社会效果的恢复性司法。

价值考量的背后是立基于一国法体系设置的国情,正如历史法学派的代表萨维尼所称,法律实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向[16]7,法律与一个民族的存在和性格具有有机联系。我国的现实状况是:地广人多,区域差异明显,经济发展不均衡,处于转型时期的现代化问题不断频发,对后现代所带来的挑战也疲于应对,价值观念的多元与社会阶层的异向分化,使得此阶段的矛盾尤为凸显。相较于有深厚法治传统且法治易于统一的国家,我国法治的良性循环则需经历漫长而坎坷的道路。因此,现阶段对反社会行为的处理,在追求公正的同时,应兼顾效率与稳定的价值目标。对定量因素上下浮动不大的行为,其处理结果的差异,也可以看成是大国法治进程中必须经历的阵痛,如同在形式法治与实质法治产生冲突时,坚守形式法治所必须付出的代价。有问题的是,在界分刑事违法与一般违法的关系时,是否会存在忽视行为性质而过于重视量的因素。从前述来看,质变总是在量变积累到一定程度的基础上进行,质变不只一种形态,认为过于重视量变的看法背后是一种存在主义的事实观,如果考虑到制定刑事政策所追求的目标以及法的社会机能的发挥,就应当采用设立罪量要素的模式。

认为行为类型相同的行为,仅因为量的不同而受不同的处遇,会偏离普通国民正义直观的观点,可能也未必属实;相反,不对定量因子进行考察,一概将违反特定类型的行为纳入刑事领域,可能并不符合国民的“三常观念”②。当然,只有在前述起刑点上下不大的情形可能会存在偏离的情况。其实,这也涉及到定量因素划定的原则与技术问题。定量因素的划定当然不能偏离普通国民的正义情感,尤其是将普通国民放置在被害人处境与国家实现社会治理目标所能承受的范围内。就数额犯而言,数额的类型应体现法益侵犯的大小,违法所得数额、违法经营数额、财产损失数额都应与特定的行为类型相匹配,数额标准应与社会经济发展水平相适应,与公众的价值观相协调,并以实证为支持。而且,最高法与最高检也对一些侵财犯罪授权地方可根据自身情况,确立相应地数额标准,因而,对定量因素不合理划定的担忧不应成为否定“立法定性+定量”模式不能承担合理划定犯罪圈的理由。如果是移植域外的“立法定性不定量”模式,是否就能承担妥当划定犯罪圈的目标,可能也存在疑问。原因是域外立法不定量的模式在排除不值得处罚的行为时,是与程序出罪机制、可罚的违法性理论、实质的违法性理论、社会相当性理论相协调的,司法机关拥有相当大的自由裁量权。反观我国,地区差异特质明显,案件裁判基数量大,使得新情况新问题层出不穷,司法人员素质良莠不齐,在人情社会、权力寻租还没有被有效制约的情形下,即使放开,也无法保证法律实施效果中的统一。而现实的审判体制、案例指导、司法解释的抽象适用,也都在很大程度上制约着自由裁量权发挥。因而,完全将定量重任交由司法机关,既不现实,也无可能。这并不是对机械执法的肯定。赋予相当的自由裁量权是必要的,但应与我国限权的目标保持平衡。事实上,我国司法机关的自由裁量是有保障的,如检查机关就有法定不起诉和依据便宜主义而享有的酌定不起诉的诉权。

2.立法明确性的质疑与回应

采用当前犯罪成立模式,除了与特定的刑事政策的设定有关,所面临的最大质疑在于有违刑法的明确性。如我国台湾学者林山田先生所言,大陆刑法“分则中有为数不少的构成要件,系依照程度上的量差作为构成要素,如情节严重或情节特别严重,情节轻微或者情节较轻,情节恶劣或特别恶劣,数额巨大或数额较大,严重损失或重大损失,严重后果或后果特别严重或危害特别严重,罪恶重大等,更使刑法丧失其确定安定性,了无保障功能而言,即使在总则设有犯罪定义之规定,亦无法弥补此等违背构成要件明确性原则所形成之弊”[17]21-22。对此看法,可能会因不同的定量类型而有不同。就数额犯而言,通过“立法定量+司法解释”定量的模式是可以加以明确的。情节的设定存在一定的概括性和模糊性,但也是一种不得已的立法技术。立法语言讲求精炼、易懂,但事实的复杂远超立法者的想象,行为类型的不法层级通过生活事实不断被填充塑造,为了不致偏离立法目的,避免冗长繁琐的表述,一些概括性的

语言在所难免。“法律明确性之要求，非仅指法律文义具体详尽之体例”[18]102，有学者认为，“至今为止，尚未发现可以采用的既可以明确又可以有效限定量之程度的有效方法”[19]。但这并不代表情节的内容就是随意的。这里的情节是影响定罪的情节，而不是影响量刑的情节，通过行为方式上的差别或某些后果的出现所引起的法益侵犯的大小衡量，可以通过司法解释对不法量差予以规定。即便在较少规定定量条款的德国刑法中，量的判断一般只考虑构成要件明确规定的要素，不得考虑与构成要件无关的事物（如犯罪分子对所犯罪行的认罪态度）[20]52。严重后果或者严重损失的表述也是从客观可量化的标准进行判定，最终也是数量呈现，因而可以归入广义的数额犯。如果还在追究量的多少才能被称为数额巨大、情节严重，那最终的落脚点无非是质疑量的设定在哪里合适，但这与文本的明确性是不相关的。而即便是委任司法对限界进行判断，也是见仁见智，“日本的以明确的语言形式掩盖其实质的不明确”[21]231。

如果移植域外的“立法定性不定量”的模式，“那么决定一种行为属于刑事违法类型还是其他违法类型，应当是行为人的主观意图、行为侵害法益的重要性、行为手段等类型化特征，而不是（或主要不是）行为侵害法益的程度的数量特征”[22]。但对主观意图的探寻，存在证明上的困难。主观意图不仅包括责任要素，还有目的、动机，是否这些也是决定行为属性的依据。行为类型手段化的特征与侵犯法益程度的数量是什么关系也不无疑问。行为手段的不同有些是情节犯的一种类型，属于定量因素的范畴，而不是决定行为属性的重要依据。如我国古代对于七种杀人罪的合称：谋杀、劫杀、故杀、斗杀、误杀、戏杀、过失杀，这其中不仅有依据主观意图，还有特定的行为方式（劫杀、斗杀），对杀人罪作出的类型划分。但在今日的立法例看来，对杀人罪仅以责任划分（故意杀人罪、过失杀人罪）。又如我国对盗窃罪的规定，新增了扒窃的类型，相较于以盗窃数额、盗窃次数，这种类型不仅在行为方式上特殊，还具有惯常习性的征兆。扒窃并不以数量作为行为性质的划分，但为了与数额和次数的行为类型达到相同的法益侵犯的程度，应当对扒窃的类型作规范化的解释。这种混杂的立法例的实现，上述论者非此即彼的观点难以适用。

3.守法养成的质疑与回应

当前对我国犯罪构成模式的质疑出现了一种新的倾向，认为这不利于规范意识的养成，在法益侵犯达不到入罪的标准时，似乎给人们传达的信息是只要在量刑标准以下行为，就不会受处罚，容易被效仿。这种观点随着积极的一般预防理论的引入而变得有利。雅克布斯教授认为：“刑罚清楚地并高度地使被用刑罚后果所归属的行动承受了一种可能性，一种必须普遍地把这种行动作为不值一提的行动选择来学习的可能性。这种选择的无价值性是如此理所当然，以致于它要作为不可经历的选择而被排除掉。这不是威吓意义上的一般预防，而是学会对法律的忠诚意义上的一般预防。”[23]10 姑且不论积极的一般预防理论所要实现的一个美好而宏大的愿景，就单存的小偷小摸行为并不是不受任何规则的规制，行政处罚、民事赔偿、道德谴责都是维系国民共同体发展的保障，将规范意识的养成目的通过刑法实施来实现，无外乎是重视刑法威慑机能的发挥。难怪许玉秀教授认为：“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’这种逆境哲学加以解释。把负面的事实做正面的描述，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。”[24]47

古谚云：勿以恶小而为之，勿以善小而不为。这当然是一种极高的美好期望。从报应到消极的一般预防再到积极的一般预防，是不能、不敢到不愿，是从他律到自律的内化过程。但刑法毕竟是一种不得已的恶，不是提高人们守法意愿的有力工具。从刑法的提示机能到守法意识的养成是存在距离的，并不是一蹴而就的。遵守规则是因为符合他们与生俱来的承认彼此主体性地位的预期。而对于常习犯、确信犯、激情犯而言，也很难保证他们的规范意识有所提高，因为他们天生对规范的反应就比较迟钝。即使采用“立法定性不定量”的模式，也未必能强化人们的规范意思。刑法本质上是一种剥夺性的痛苦，如果立法不定量，就应有与罪行轻重相匹配的刑罚制裁方式，“如果刑法规定为犯罪的某类行为经常是被科处极少量的罚金刑，是否会导致国民对该类型行为之犯罪性格的忽视”[21]162，这反倒是对依靠威慑实现国民规范养成的一种讽刺。

三　移植与坚守的权衡:与既有理论制度的瓜葛

以上是对当前我国沿用的够罪模式的质疑与回应。如果进一步深入,会发现够罪模式的重构并非只限于立法技术转换这么简单。事实上,它会给刑法体系中的某些重大理论与制度带来冲击。我们有必要对这些震荡进行检视。

1.但书条款的去留

首先,最为直观的是我国但书条款的去留问题。采用立法定性+不定量的模式,但书条款就没有存在的根基,这也是域外国家通常的立法例。但是,在我国,但书条款的存续具有重要意义。我国《刑法》中出罪规范本身就少,尤其在采用通说的四要件体系后,出罪理论体系的供给也严重缺乏[25]41,但书条款的存在为我国出罪体系的构建带来规范的指引。域外国家几乎没有在总则中规定定量条款,是因为"三阶层犯罪论体系分层次地解决了定性与定量的判断,因此,刑法分则中不需要规定罪量要素;而我国采用的四要件犯罪构成是将定性与定量综合的、不分层次地一次性判断,由此决定,我国刑法分则中的犯罪构成应当是定性描述与定量描述的统一"[26]。当然,但书条款有一定的概括性和模糊性。为了避免被滥用的嫌疑,探究出罪指引机能是如何发挥的,就显得很重要。虽然,四要件的犯罪构成体系是通说,但并不代表不能用三阶层理论的不法与罪责内涵重新解构犯罪的构成要件要素,形成阶层理论化的构造。"中国《刑法》第十三条犯罪概念的前半段在一般性地定义犯罪概念之后,'但书'作为概括性的出罪条款紧随其后,加以功能性的补充,这表明《刑法》第十三条犯罪概念在立法上就已经体现了阶层化的理论建制"[27]。与移植域外立法定性+不定量而删除我国但书条款的做法相比,通过对但书条款的教义学解释,而确保但书条款出罪指引机能的发挥,显得既合理又经济。况且,不是删除但书条款这么简单。我国刑法分则中近2/3的条款都含有定量要素,如果将其一并删除,势必会对刑法典的稳定构成威胁。事实上,"刑法中规定的行为本身就预设了可罚性的程度,如果在解释中忽略这一前提,那么罪刑法定原则会受到削弱。我国刑法第十三条但书的规定,实际上已经呼应了这种程度性判断的要求"[28]。

2.犯罪的形式与实质

采用立法定性不定量的模式,长期认为的犯罪是形式与实质的统一可能会被形式的犯罪概念所取代,总则第十三条前段对犯罪实质的定义可能就没有存在的必要。这也符合域外采立法定性不定量模式在总则中没有对犯罪的实质定义的立法例。尤其在我国通说认为,犯罪是严重的社会危害性、刑事违法性、应受刑罚处罚性的行为,而受到不断质疑时,形式的犯罪观更易受到支持。犯罪是刑事违法性的观点固然与罪行法定相当契合,但是这里存在两个误区。其一,对社会危害性的批判,社会危害性的概念政治色彩浓重,毫无规范可言,但以本文认同的犯罪的本质是法益侵犯,则可打消这种顾虑。其二,形式的犯罪概念是以符合司法运行规律相匹配的,但以立法的视角看,对量所引起的值得刑罚处罚的实质的犯罪概念不能被忽视。犯罪的实质概念对立法提供指导思想,犯罪的形式概念对裁判者提供认定犯罪的标准。"立法中的犯罪概念体现为一个从犯罪的本质特征(或社会属性)到犯罪的形式特征(或法律属性的过程),而司法中的犯罪概念体现为一个从犯罪的形式特征(或法律属性)到犯罪的本质特征(或社会属性)的过程。无论哪一个过程,犯罪概念都应当是本质特征(或社会属性)与形式特征(或法律属性)的统一"[29]。既然如此,我国立法可以称得上"表里如一"的。域外对犯罪的本质也在探讨,但并未在立法过程中有所体现,可能的解释是出于本国刑事政策与立法明确性考量(此问题在前述有所叙述)。而删除我国刑法第十三条前段对犯罪的定义,并没有多大的裨益。相反,第十三条前段起着入罪指引的限缩作用,与但书的出罪指引形成对照,共同构成人权保障的基石;而且,指引裁判者以规范的实质犯罪概念来解释犯罪构成要件,可以改变我国司法实践中长期存在的定罪过程中过于形式化的印证式思维[30]26-57。

3.与域外立法模式的抵牾

德国学界认为,犯罪行为与违反秩序行为的区别主要是数量性的而不是质量性的[31]28。但在对行政犯的认识上,认为其与刑事犯具有本质的区别。随后在沃尔夫、斯密特对行政刑法理论不断完善的背景下,德国刑法中的违警罪被剔除出了刑法典,并特别制定《经济刑法典》与《秩序违反法》以吸纳原先违警罪的内容。就其规定来看,秩序违反行为受到的只是罚款等行政秩序罚而非监禁刑、罚金刑等刑

罚处罚，其追究和处罚机关基本上也是由行政机关而非检查机关与法院[32]74。这说明德国人口中所说的“行政刑法”事实上有名无实。这正与其文化底蕴与立法不定量的因素有关。在“量的区别说”下，理应将重罪、轻罪、违警罪都视为犯罪，并统一归入刑法典。但在二战之后，德国改变了这种立法方式。这说明以立法定性不定量模式与其指导思想——刑事不法与一般违法的区别在于量——发生了抵牾。其中可能的解释是所谓的立法不定量模式是已经考虑了定量需求的，只是不以数额这种显性量化指标出现，以行为程度所作的划分也就是通常所认为的情节犯的情节，以及以情节预估潜在量的存在，如伪造货币的行为在什么地点、以什么工具、持续的时间可大致决定所伪造的量。进一步说，行为类型作为划分一般违法与刑事不法的界限，一个行为就不会因程度不同既是行政不法又是刑事不法。解释论上理当采违法一元论，但现在日本通说是缓和的违法一元论，也有主张违法相对论，这倒是令人费解。在日本行政刑法学界主倡行政刑法属于刑事法的范畴（源于违法一元论），但依法益的辅助保护原则，在使用非刑罚方法能够实现法益保护的目标时，刑法不宜干预。行政犯是因社会管理的需求而生，具有较弱的反伦理性，单纯以刑罚制裁方式是否能维护国家的管理秩序还有疑问。如果为了仅仅在处罚措施上更为合理，那么可能会消融掉刑法与行政法的本质区别。如“日本的不申报或少申报税款为一般违法，而脱税属于犯罪，单从行为方式上讲，不申报与脱税的差异在导致国家无法实现税收征管的目的是一样的，如果不申报税款达到百万元，而脱税只有万元时，不申报的，作为惩罚，加收15％的加算税，即15万元，而万元的脱税未必给予自由刑处罚，其罚金也必定微少，使得刑罚作为最严厉的处罚在与一般违法行为相比反而更轻”[21]162。这点与日本在行政犯的立法模式上采分散式的立法模式有关，“行政犯与刑事犯本身界限并不十分明确且具有流变性，如何进行分立式立法需要较高的立法技术和对犯罪类型的准确把握”[33]。这说明，日本尚且在行为方式的划定上存在疑问，也使得制裁方式的本质不断趋同，甚至抵牾。而我国采用“统一附属型”立法模式，难以直接仿效日本的分散式，而就目前的立法技术与资源而言也难以胜任仅凭行为类型作为划定一般违法与刑事违法界限的重任。

通过较为全面的分析，我国在犯罪模式的设定上还没有到推倒重构的程度，移植“立法定性不定量”模式的理论依据与现实需求还不充分，关键问题是如何在定量因素存在的情形下，进一步地深度细化和探究，以解决当前比较凸出的现实问题。

四　立法定量下的刑法前置化趋势遏制

正如本文开头对刑法前置化问题的阐述，而要转变这一立法趋势并非要改变我国够罪模式，也就是仅通过行为类型的设置而达到对刑事违法与一般违法的精确界分，使得违法的内涵变为应然的纯粹一元，从而消解刑法规制内容的流动性这么简单。刑法的机能在当前变得异常复杂，对于促进公共福祉、维护政府管理秩序而大量出现的行政犯，不得不考虑法益侵犯在量上的差异。定量因素立法化的实现，就是基于限缩犯罪圈的考量，阻止一般违法行为不断侵入刑事制裁领域。最终，解决刑法前置化的关键是基于定量的考量而如何实行刑法比例化原则的问题③。

刑法前置化可分为立法的前置化与司法的前置化。立法的前置化所涉及到的是对一般违法与刑事不法所作的横向界分，主要通过立法的刑事政策指引来完成。司法的前置化涉及到的是罪质与罪量的纵向划分，要避免司法的前置化，核心是通过对罪量要素的精确解释来达到出于刑法而入于其他部门法的目的。在立法上，根据比例原则的大致内涵，在选用达致目的的手段时，必定是有效的，且给相对方带来的损害最小，那么，对一些无被害人和自己是被害人的犯罪化应当特别谨慎。立法的刑事政策化可以通过刑法中的法益概念来完成。“构建具有宪法关联性、以基本权利为核心”[34]、兼具解释与批判立法机能的法益概念，能够对当前恶意欠薪行为、考试作弊行为、扰乱国家机关工作秩序行为等刑法前置化趋势明显的入罪化过程进行检视。而在司法上，刑法所规制的绝大多数的行为都有定量因素的存在。当然，一些分则条文并未予以明示。但根据总则但书条款的体系定位，这些条款有适用但书的余地。有学者对刑法分则没有明文规定的罪量要素作了三种区分：“其一，立法者鉴于法益特别重大给予绝对保护，排除罪量要素的适用，故意杀人罪是其适例，甚至是其唯一适例；其二，鉴于侵害法益比较重大、侵害法益的方式比较严重或者主观罪过比较严重，排除阻却事由，原则上得以犯罪论处，但不能排除依

全案情况,认定为显著轻微的情形,抢劫罪即是典型;其三,刑法与行政法以同样的语言文字类型性地规定该行为,同一行为形式上分属行政不法构成要件与犯罪构成要件,即使没有罪量要素的明示,罪量要素也应当成为判断行为是否该当构成要件的常态而非例外"[35]。论者以法益价值尺度、行为类型差异对隐性定量要素所作的划分,正是体现在比例原则指导下对定量要素的适用在刑法中的贯彻。如第二种情形原则上构成犯罪,一般不存在对罪量要素的解释困境,少有刑法前置化的趋势,需要注意的是第三种情形,只有全面从不法与罪责程度是否达到值得处罚的地步,才能予以入罪。而对罪量要素的情节类型的教义学解释,有学者区分了"不法量域内的情节"与"溢出不法量域的情节",而数额与大多数描述行为不法与结果不法的情节皆属于构成要件的基本不法量域,对基本不法量域的确定,在规范层面上,可由构成要件的语义学意义与立法者设置构成要件的规范目的推导出来,在实证层面,可根据符合构成要件的生活事实的出现频率对其确定,对少数超出不法量域的情节可依结果加重犯、客观处罚条件、其他刑事政策因素进行框定[36]。基本不法量域对定量要素的适用是常态,只要不超出此范围,就不会出现前置化倾向,对溢出不法量域则宜由司法解释予以单独规定,同时适用不同的主观归责标准。

我国对反社会行为的处理由原来的三级制裁体系(行政处罚—劳教—刑罚)向两级制裁(行政处罚—刑罚)过渡④,由此,如何构建相应的轻罪制度将摆在眼前。笔者以为,在保留定量因素的情况下,采用一体化的犯罪控制策略,将保安处分、轻罪轻刑统一于刑法典,并下调部分分则个罪定量要素的标准,使得其与行政违法行为恰当地衔接,同时对总则相应地降低刑罚起点,如拘役的起点可由一个月下调到15天。为避免绝对确定的定量要素所致的机械性执法而有失公允,可在分则中设立体现违法与罪责的多种可供选择的罪量要素,或者是具有一定弹性解释余地的罪量要素。

五 结语:罪量模型的理论自信

对于罪量模式的确立、演进,我国无疑是少有的,也是特殊的,这种近乎"异类"的罪量模式并不是与世界通例格格不入的"顽疾",相反它是符合国情的对定罪类型理论的补充与贡献,展现了对于犯罪成立的另一种立法模式。正如梁根林教授所言:"因为立法本身有真空,需要通过判例、学说来填补……在这种情况下,我们的立法但书规定和罪量要素,恰恰是相对于德国、日本现行刑法规定的优势"[37]258。这种理论自信并非是空穴来风。正像本文所传达的,"外国法律制度的移植,必须考虑移植法律是否能够适应新的环境,它要冒怎样的风险,这种机会或风险,它们的大小决定了我们可以给予其立足的范围"[38]。在兼收并蓄、去粗取精的同时,理论的认同也应从我们自身当中去寻找。

注释:

①我国模式是一元化定罪模式,域外是二元化定罪模式,一元化定罪模式在世界范围内属于极少数。参见:储怀值《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》1998年第2期。

②"三常"观念是"常识、常理、常情"的缩写表达,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。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。

③合比例性原则最初是宪法中的一个重要原则,主要包含着以下内容。(1)适当性原则。国家所采取者必须是有助于达成目的的措施,又称"合目的性原则"。(2)必要性原则。如果有多种措施均可达成目的,国家应采取对人民侵害最小者,又称"侵害最小原则"或"最小侵害原则",即最温和方式原则、不可替代性原则。(3)狭义比例原则。国家所采取的手段所造成人民基本权利的侵害和所欲达成之目的间应该有相当的平衡(两者不能显失均衡),亦即不能为了达成很小的目的而使人民蒙受过大的损失,又称"衡量性原则"。也就是说,合法的手段和合法的目的之间存在的损害比例必须相当。狭义的比例原则也不是毫无标准,至少有三项重要的因素需要考虑:"人性尊严不可侵犯的基本准则;公益的重要性;手段的适合性程度。"参见:黄学贤《行政法中的比例原则简论》,载《苏州大学学报》2001年第1期。

④当然,收容教养、强制医疗等"大劳教"依旧适用。

参考文献：

[1]孙万怀.违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批判[J].政治与法律,2016,(3).
[2]周光权.积极刑法立法观在中国的确立[J].法学研究,2016,(4).
[3]吴亚可.我国犯罪定性定量立法模式检讨[C]//刑事法评论:刑法的工具论(第38辑).北京:北京大学出版社,2016.
[4]梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1959.
[5]许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005.
[6]休谟.人性论[M].关文运,译.北京:商务印书馆,1996.
[7]古斯塔夫·拉德布鲁赫.法哲学[M].王朴,译.北京:法律出版社,2005.
[8]亚图·考夫曼.类推与"事物本质"——兼论类型理论[M].吴从周,译.台北:学林文化事业有限公司,1999.
[9]王莹.情节犯之情节的犯罪论体系定位[J].法学研究,2012,(3).
[10]徐育安.刑法上类推禁止之生与死[C]//春风旭日论坛——刑事法丛书系列3.台北:新学林出版有限公司,1998.
[11]于改之.刑民分界论[M].北京:中国人民公安大学出版社,2007.
[12]洛克.人类理解论(上)[M].关文运,译.北京:商务印书馆,1959.
[13]梁根林.刑事法网:扩张与限缩[M].北京:法律出版社,2005.
[14]李海东.刑法原理入门:犯罪论基础[M].北京:法律出版社,1998.
[15]张明楷.行为无价值论与结果无价值论[M].北京:北京大学出版社,2012.
[16]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].徐章润,译.北京:中国法制出版社,2001.
[17]林山田.刑罚学[M].第2版.台北:台湾商务印书馆股份有限公司,1983.
[18]勒宗立.罪刑法定原则与法律变更之适用原则[M].台北:台湾元照出版社,2005.
[19]李洁.罪刑法定之明确性要求的立法实现——从刑事立法技术角度的切入[J].法学评论,2002,(6).
[20]熊琦.德国刑法问题研究[M].台北:台湾元照出版社,2009
[21]李洁.论罪刑法定的实现[M].北京:清华大学出版社,2006.
[22]沈海平.犯罪定量模式检讨[J].法学家,2015,(1).
[23]雅克布斯.行为责任刑法——机能性描述[M].冯军,译.北京:中国政法大学出版社,1997.
[24]许玉秀.当代刑法思潮[M].北京:中国民主法制出版社,2005.
[25]方鹏.出罪事由的体系和理论[M].北京:中国人民公安大学出版社,2011.
[26]王志祥.犯罪构成的定量因素论纲[J].河北法学,2007,(4).
[27]王强.我国《刑法》第十三条但书规定新解——兼论但书在犯罪构成中的展开[J].法律科学(西北政法大学学报),2011,(5).
[28]王华伟.刑法知识转型与"但书"的理论重构[J].法学评论,2016,(1).
[29]夏勇.犯罪本质特征新论[J].法学研究,2011,(6).
[30]王志远.从"印证"到"论证"——我国传统定罪思维批判[M].北京:法律出版社,2016.
[31]克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论[M].王世洲,译.北京:法律出版社,2005.
[32]王世洲.德国经济犯罪与经济刑法研究[M].北京:北京大学出版社,1999.
[33]郝艳兵.刑法与治安管理处罚法的冲突与协调[J].刑事法评论,2013,(1).
[34]张翔.刑法体系的合宪性调控——以"李斯特鸿沟"为视角[J].法学研究,2016,(4).
[35]梁根林.但书、罪量与扒窃入罪[J].法学研究,2013,(2).
[36]王莹.情节犯之情节的犯罪论体系定位[J].法学研究,2012,(3).
[37]梁根林.刑法体系与犯罪构造[M].北京:北京大学出版社,2016.
[38]奥·凯恩－弗伦德.比较法与法律移植[J].比较法研究,1990,(3).

[责任编辑:苏雪梅]