



罪刑法定原则下犯罪的概念及其特征

——犯罪概念新解

黎宏

犯罪概念及其特征，一直是我国刑法学所关注的热点问题之一。这也难怪，因为，整个刑法学理论以犯罪及其刑事责任为研究对象，整个刑事司法活动也以认定犯罪并追究其刑事责任为主要任务，因此，犯罪概念的重要地位是不言而喻的。从我国近年来有关这一问题的研究情况来看，一直将犯罪的形式概念与实质概念对立起来，分开探讨，认为两者之间属于完全不同的两个概念；同时，出现了一种否定现行刑法中有关犯罪概念的规定之倾向，认为该规定“弄混了两个不同层次上的问题，使得本已清楚的实质概念和形式概念反而都模糊起来”，主张“犯罪有实质与形式两层意义：在立法政策的意义上，犯罪是指应当受到刑罚惩罚的危害社会的行为；在司法准则的意义上，犯罪是指刑法规定为应受刑罚惩罚的行为。”

[1] 情况果真如此吗？以下，笔者试从现行刑法所规定的罪刑法定原则的立场出发，对我国刑法中的犯罪概念及其特征问题进行探讨。

一、犯罪的概念

通常认为，各国学说与立法对于犯罪概念的表述尽管多种多样，若作大致归类的话，可以分为形式概念、实质概念与混合概念三类。其中，犯罪的形式概念仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义，而不涉及犯罪的本质特征；犯罪的实质概念即仅从犯罪的本质特征上给犯罪下定义，而不涉及犯罪的法律特征；而混合的犯罪概念则是将犯罪的形式概念和实质概念合而为一，既指出犯罪的法律特征又指出犯罪的本质特征。

对于我国现行刑法第13条所规定之犯罪概念，大部分学者认为，由于这个概念明确将危害国家主权和领土完整，危害无产阶级专政制度，破坏社会主义革命和社会主义建设的行为规定为犯罪，体现了犯罪的鲜明阶级性；它以概括的方法，揭示了各类犯罪所侵犯的客体，明确了主要打击对象；它明确规定只有行为的社会危害性达到违反刑法，应受刑罚惩罚程度才是犯罪，从而把相当程度的社会危害性这一犯罪的实质特征，与刑事违法性和应受处罚性这一法律特征结合起来，因此，我国刑法关于犯罪的概念，在其科学性上，不仅资本主义国家的刑法无法比拟，就是社会主义国家刑法中，这个规定也是最完善的。[2]

但是，近年来，随着我国刑法学理论对这一问题的进一步研究，有些学者对我国刑法中的犯罪概念问题，提出了和上述通说立场完全相反的意见。^[3]

这种新的见解认为，研究犯罪概念，即犯罪是什么的问题，首先要明确，站在什么立场，要解决什么问题？站在立法者的立场，要在纷繁复杂的社会现象中，框定社会成员的某些行为是犯罪，就要先于刑事法规，确定将被框定为犯罪的该类行为所具有的共同本质和特征，而所谓犯罪概念，就是对这类行为共同本质和特征的描述；而站在司法者和守法者的立场，要求有可操作的明确标准，来帮助其辨认某些行为是否已经构成犯罪，故所谓犯罪概念，必然不能排斥法律的规定，而仅做所谓本质性的空泛定义。

从这种见地出发，上述见解认为，犯罪的形式概念清楚、明了、容易操作。它告诉司法者和守法者，作为判定是否犯罪的唯一标准的，只有刑法的规定；刑事司法的任务就在于根据刑法规定，来区别罪与非罪，追究依法构成犯罪的个人的刑事责任；守法者有权拒绝法外定罪和法外量刑。所以，只要坚持罪刑法定原则，犯罪的形式概念是绝对不可忽视的。但对刑事立法者来说，它就远远不能解决问题了。立法者需要创制法律，他要在原先并未被贴上犯罪标签的人类行为中，框定某一部分，作为应受刑罚处罚的犯罪行为，将其规定在刑法中。而这种框定是靠实质的犯罪概念来完成的。从此意义上讲，实质的犯罪概念的出现，是人类认识的进步。但是，犯罪的实质概念，只是指明了犯罪的一般特征，而并不能给一般人提供一个犯罪的范围，而且，迄今为止的有关犯罪的实质性概念，都没有能将一般违法行为和犯罪的概念准确地区别开来。所以，犯罪的实质性概念，只有刑事政策学上的意义，对于刑事司法来说，意义不是很大。

那么，对混合的犯罪概念该怎么看待呢？上述见解认为，混合的犯罪概念把犯罪的形式概念和实质概念合二为一，既揭示了犯罪的本质概念，又揭示了犯罪的法律特征，既回答了“什么是犯罪”的问题，又回答了“为什么它是犯罪”的问题，所以比单独的形式概念或实质概念都有优点。但混合概念在逻辑上存有缺陷，它混淆了两个不同层次上的问题，使得本已清楚的实质概念和形式概念反而都模糊起来。换言之，它对于立法者和司法者来说，都已不是一个科学而明确的概念。因为，“犯罪是具有社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性的行为”，这是一个混合概念。那么，存在如下问题，它是要解决立法问题的概念还是要解决司法问题的概念呢？如果是要解决立法问题，立法者要到何处去寻找已经具有刑事违法性的行为，然后把它规定为犯罪？如果是要解决司法问题，是否意味着司法者面对某一完全符合犯罪构成的全部法定要件的行为时，还要另行考察该行为是否具有社会危害性？如果司法者认为该行为不具有社会危害性，是否可以据此认为该行为不构成犯罪？

根据以上分析，上述见解提出：犯罪的实质概念和形式概念都具有十分重要的价值，它们应当分别在刑事立法和刑事司法领域中发挥指导性功能；将形式概念和实质概念统为一体的混合概念存在逻辑上的缺陷，欠缺明确性和可操作性；故主张在刑事立法和刑事司法中采纳并立的形式概念和实质概念。具体表述如下：在立法政策的意义上，犯罪是指应当受刑法惩罚的危害社会的行为；在司法准则的意义上，犯罪是指刑法规定为应受刑法惩罚的行为。

应当说，上述见解确有其独到之处，对于我们反思我国刑法中有关犯罪概念的规定以及我国刑法学中有关犯罪的概念和特征方面的各种争论，确有重要的启发意义。但不得不指出的是，上述观点是针对1979年刑法典中的有关规定提出来的，而1997年修订的刑法即现行

刑法第13条基本上沿袭了1979年刑法中的规定。只是在文字表述上作了某些修改而已。因此，在现行刑法维持原有规定的情况之下，我们对于刑法第13条的理解，似乎就面临着一个进退两难的境地：进一步的话，当然就是对立法者无视上述极有价值的批评意见的态度本身进行各种猜测和责难；退一步的话，就是采取最简单的方法，即对刑法第13条的规定完全予以否定，置之不理。但是，这两种做法都不是学术探讨应有的态度，而且对于司法实践来说，也是没有任何实际意义的。因此，作为学术研究，在这一问题上，最重要的是，从解释学的角度出发，从看似矛盾的表述中找出其内在联系，并进行合乎我国刑法目的的解释，这便是我们目前所面临的任务。

笔者认为，现行刑法第13条的规定并没有将两个不同层次的问题混为一谈，上述有关犯罪的本质的描述即犯罪的实质概念，实际上是为犯罪的形式概念的得出提供着判断依据或判断材料。换句话说，犯罪是“依照法律应当受到刑罚处罚的行为”的形式概念，实际上是在进行了该行为是具有一定的社会危害性的实质判断之后，才作出的结论。其理由如下：

首先，从我国刑法犯罪论的体系来看，犯罪的形式概念和实质概念是统一的，即犯罪的形式概念中之中必然包含有实质判断的内容。大家知道，我国所说的刑事违法性和国外所说的违法性完全不是一回事。在我国，行为符合犯罪构成要件是行为人负刑事责任的唯一基础，换句话说，行为人的行为符合犯罪构成要件，就意味着该行为不仅在形式上，而且在实质上具有了一定程度的社会危害性，就构成犯罪。这和国外将犯罪的判断分为三个阶段即符合构成要件、违法和有责任的情况不一样。在国外，通说认为，符合构成要件仅指行为在形式上符合构成要件，即便正当防卫、紧急避险等行为也是符合构成要件的，只是在违法性的阶段上，属于具备排除违法性的事由，所以，不将它们看作为犯罪而已，也就是说，在国外，犯罪的形式判断和实质判断是完全分开的。但是，在我国，由于独特的犯罪构成体系，所以犯罪的实质判断和形式判断是合为一体的。一般认为，这是我国的犯罪构成论和大陆法系的构成要件论的最大区别之所在。因此，在我国，说某一行为符合刑法分则所规定的某种犯罪的构成要件，具有刑事违法性，就表明，该行为不仅在形式上合乎该犯罪的犯罪构成要件，而且在实质上也是具有社会危害性的行为，换句话说，说某一行为符合刑法分则中所规定的某种犯罪的犯罪构成，必然是经过了该行为是具有一定的社会危害性的实质判断。因此，那种将犯罪的形式概念和实质概念割裂开来，认为犯罪的形式概念中不考虑犯罪的实质性内容的见解，在我国的犯罪构成理论之下，是否妥当，值得考虑。

其次，从国外有关犯罪构成的理论发展情况来看，将形式和内容割裂开来的分析方法也正在受到挑战。如在日本的刑法理论中，近年来出现了排除从中性的、无价值的立场出发来分析构成要件，而从合目的的、实质的角度出发来判断构成要件符合性的倾向。如，盗窃一盆花的行为或者盗窃他人一个苹果的行为，在过去的观点看来，是符合构成要件的行为，只是在违法性的分析阶段上，考虑到一朵花或一个苹果的价值太小，没有用刑罚来进行处罚的必要，所以，认定这种行为不构成犯罪。但是，从现在的观点来看，刑法上的违法行为，不是一般的违法行为，而是在客观上对刑法所保护的法益具有侵害或威胁，并且达到应当用刑罚进行惩罚程度的行为。^[4]也就是说，考量某一行为是否是刑法上所说的违法行为，本身就包含有价值判断。因此，在现在看来，一盆花或一个苹果，本身就不是盗窃罪的构成要件中所保护的對象，即在构成要件符合性的阶段就被排除在刑法所保护的法益之外，当然就

没有必要对盗窃该种物品的行为进行违法性的判断了。之所以这么考虑，是因为它更符合犯罪是用刑罚这种最为严厉的制裁来惩罚的行为，而不是一般的违法行为的观念；而且这样考虑也更符合人们的思维习惯：盗窃价值微小的财物的行为，一开始就不应该进入到刑法评价的视野之内。在这种思考方式的转变过程中，我们可以发现：过去在违法性的阶段来进行价值判断的内容，现在提到了构成要件的符合性的内容中来了；过去认为，构成要件的符合性的判断是中性、客观、无价值的，仅仅是从形式上进行判断，但是，按照现在的看法，某种行为是否符合构成要件的形式判断中，本身就包含有价值判断在内。在这种变化之中，我们可以强烈地感受到：有关犯罪的形式判断（形式概念）和实质判断（实质概念）不能分开，二者是不可分割地结合在一起的；形式概念表面上看起来是一个简单的结论或判断，但是，这个结论的得出，本身就经历了实质性的判断在内，而这种实质性的判断的内容，就体现为犯罪的实质概念。

最后，从司法机关认定犯罪的过程来看，也是采用了经过实质分析之后，得出是不是违反刑法分则中具体条文的规定行为的形式上的结论的。在实践中，司法机关对一个案件的认定，首先是看有没有合法权益受到侵害；然后查是什么行为侵犯了合法权益，造成了何种具体结果；再查什么人实施了行为；再查行为人在实施行为的时候，是不是具有罪过。经过上述带有实质性意义的判断之后，才会得出行为人的行为是不是刑法规定的犯罪的形式上的结论。

根据以上分析，笔者认为，对我国现行刑法第13条的规定，可作以下理解：首先，依照刑法应当受到刑罚处罚的行为是犯罪，这是有关犯罪的形式定义；其次，在判断某种行为是否是依法应当受到刑罚处罚的行为的时候，应从该行为的情节是否显著轻微危害不大等实质方面来进行判断。换句话说，刑法第13条关于犯罪的总则性规定，一方面是有关犯罪的概念，另一方面也是有关犯罪认定的指导性规定，它意味着在判断某一行为是不是符合刑法分则的某一条文的规定的时候，不能仅从形式上观察，必须从该行为的社会危害性的实质方面来考量。

二、犯罪的基本特征

我国刑法理论界对刑法第13条内容的理解，尽管存在上述分歧，但是，在认为我国刑法中有关犯罪的概念是属于混合的犯罪概念这一点上，见解却是一致的。以这种“实质概念和形式概念的统一”的犯罪概念为前提，学者们就犯罪特征问题展开了激烈的争论，众说纷纭。有的学者主张“二特征说”，即认为犯罪具有依法应受刑罚惩罚程度的社会危害性和刑事违法性两个基本特征；有的学者主张“三特征说”，即认为犯罪具有一定的社会危害性（或称严重的社会危害性、相当的社会危害性）、刑事违法性、应受刑罚惩罚性三个基本特征。此外，还有个别学者提出“四特征说”，即认为犯罪是对社会有危害性的行为，是触犯刑事法律的行为，是人出于故意或严重过失的行为，是应当承担法律责任中最重要的责任即刑事责任的行为。^[5]

上述见解中，三特征说本来占有通说地位，但近年来，不少学者对对应受刑罚惩罚性能否成为一个独立的特征提出了质疑，认为它只是对社会危害性的特征进行限定的一个方面而已，并没有必要将其单独加以列举。因此，近年来，有关犯罪概念的二特征说非常有力。

但是，无论是二特征说还是三特征说，都是将社会危害性作为一个独立的要件加以看待，都认为刑法第13条有关犯罪的规定中存在着实质的犯罪概念和形式的犯罪概念之间的对立，这样，就当然逃脱不了前述“混合的犯罪概念”“混淆了立法和司法两个不同层次的问题，使本已清楚的实质的概念和形式的概念都模糊起来”的批判。

根据我的看法，在罪刑法定原则之下，犯罪只有一个特征，就是刑事违法性，即行为违反刑法规范，符合刑法规定的犯罪构成。但是，要判断某一行为是否具有刑事违法性，必须考虑该行为是否具有应受刑罚惩罚程度的社会危害性。

(一) 该行为必须具有应受刑罚惩罚程度的社会危害性，而不是一般程度的社会危害性，这是行为具有刑事违法性即构成犯罪的前提。

犯罪确实具有社会危害性，没有社会危害性，就不可能成为犯罪。但一般违法行为也有社会危害性，所以，社会危害性不能将犯罪与一般违法行为区别开来。我认为，犯罪与一般违法行为的区别，不在于有无社会危害性，而在于社会危害性的程度，即犯罪具有应受刑罚惩罚或应当承担刑事责任程度的社会危害性，而一般违法行为的社会危害性程度则相对较轻。同时，行为的应受刑罚惩罚或应当承担刑事责任程度的社会危害性是犯罪的本质特征，也是以我国刑法的规定为根据的。我国刑法第13条规定：“……以及其他严重危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。这里明确指出社会危害不大的行为不是犯罪，也就是说只有社会危害严重，依照法律应当承担刑事责任或应当受到刑罚惩罚的行为，才能认为是犯罪。

(二) 如何理解应受刑罚惩罚程度的社会危害性的内容？

关于社会危害性的基本含义，众说纷纭，莫衷一是，但是，概括起来，代表性的对立意见，主要有以下两种：

社会关系侵犯说（事实说）。这种见解认为，所谓行为的社会危害性，指行为对我国社会主义初级阶段的社会关系造成的实际危害或现实威胁（或称可能造成的危害）。它包括两种情况：一是对我国的社会关系造成实际危害，如某一公民的生命权利被剥夺、公私所有的财产被毁坏等。二是对我国社会中的社会关系造成现实威胁，分则中规定的危险犯虽未发生实际危害结果，但有发生这种结果的现实危险，总则中规定的犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止虽然也都没有发生实际危害结果，但有发生这种结果的现实危险，因而同样具有社会危害性。^[6]这种见解可以说是我国刑法学中的通说。

合法权益侵犯说（法益说）。法益就是受法律所保护的利益。这种见解认为，所谓社会

危害性，就是行为对国家和人民利益的危害，既包括已经造成的实际危害，也包括可能造成的危害。社会危害性表现为行为对我国刑法所保护的社会主义社会关系所产生的一种有害影响。^[7]另外，还有人认为，^[8]因为社会危害性是一个未经法律评价的概念，因而以社会危害性作为注释刑法中犯罪概念的本质特征，并以其作为区分罪与非罪的界限，就会导致超法规的评价。这在罪刑法定原则的刑法构架中是十分危险的；社会危害性本身是十分空泛的，不能提供自身的认定标准，需要以刑事违法性作为社会危害性的认定标准。社会危害性不是一种注释刑法学的概念，在理论刑法学中或许可以有它的一席之地，但在以实证方法建构的注释刑法学中，社会危害性这种前实证的概念容易造成理论上的混乱。所以，认为应当把犯罪客体还原为刑法法益；然后把刑法法益纳入刑法概念，以法益侵害作为犯罪的本质属性，由此取代社会危害性的概念。

上述两种观点虽然在表达上不尽一致，但是，在内容的阐述上，并没有太大区别。在社会关系侵犯说那里，认为某种行为之所以是犯罪，是因为该种行为侵犯了某种为我国刑法所保护的社会关系，但是，这种观点在社会关系的论述上，却将其换成了具体的权益或秩序等法律保护的利益：如这种观点认为在介绍刑法第102条规定的背叛祖国罪时，认为条文揭示犯罪客体是‘中华人民共和国的主权、领土完整和安全，’；在介绍刑法第218条规定的销售侵权复制品罪，认为该罪的客体是他人的著作权；在介绍刑法第340条规定的非法捕捞水产品罪时，认为该罪的客体是国家对水产资源的保护制度。^[9]同样，在法益侵害说看来，上述各罪也不过是侵犯了同样的客体而已。另外，社会关系侵犯说认为，决定犯罪的社会危害性大小的不是犯罪行为直接作用的人或物，而是该人或物所体现出来的社会关系。同样，法益侵害说也认为，法益是法律所保护的利益或权益（保护客体），它和犯罪行为所直接指向的人和物（行为客体）不同，前者是体现犯罪的构成要件，没有保护客体，就没有犯罪，而后者并不是犯罪的构成要件，没有行为对象，犯罪照样成立。所以，从我国学者对于上述问题的探讨来看，尽管上述两种见解在名称、叫法上不一致，但是，在具体内容的阐释上，差别并不是很大。

值得注意的是张明楷教授所提倡的法益侵害论。^[10]他从反对将维护伦理秩序作为刑法目的，反对将伦理道德观念纳入刑事立法、刑法理论与刑事司法之中的立场出发，主张全面贯彻社会危害性是指行为对法益的侵害或者威胁，就是违法性的实质的法益侵害说，并从此立场出发，对刑法中的有关问题全面细致地展开了论述。对于一向只能看到一种见解即通说的中国刑法学界来说，该种见解的提出，确实具有令人耳目一新的感觉。对此著述中的有关具体问题的论述，笔者在此不想探讨。只想就这种学说本身是不是合乎中国目前的现实情况，稍稍表示一下自己的看法。

众所所知，法益侵害说作为一种理论的提出尽管历史不短，但是，真正引起人们注目却是在“二战”以后的事情。在欧美各国，由于基督教伦理观的影响，在刑法中规定了许多以宗教观念或一般伦理观念为背景的犯罪，如自杀、卖淫、同性恋、兽奸、近亲相奸、堕胎、出版淫秽书刊、褻渎神灵等方面的犯罪。由于这些犯罪是专门以保护宗教或道德方面的利益而与个人生活利益无关的犯罪，因此，又被称为“无被害人犯罪”或“保护利益不明确的犯罪”。由于战后民主观念的普及，宽容社会环境的形成，人们迫切需要摆脱上述宗教伦理犯罪观的束缚，因此，只有实际侵害或威胁到了具体的生活利益（主要是指个人利益）的行为

才是犯罪的法益侵害说便受到了人们的重视，并以此为理论基础，在欧美各国掀起了轰轰烈烈的“非犯罪化运动”。这个运动影响很大，波及到了世界各国的刑事立法和刑法修订。但是，在东方国家，由于基督教的影响较弱，刑法中规定宗教、伦理观念背景的犯罪很少，因此，这个运动的影响并不大。特别是我国刑法中，在西方国家要以“法益侵害说”为基础加以质疑的犯罪，如同性恋、近亲相奸、兽奸、通奸、亵渎神灵之类的罪名完全没有；即便是在所谓世俗的犯罪中，我国刑法通过“情节显著轻微危害不大的，不构成犯罪”的总则以及“情节严重”等分则性规定，将许多即便在观念上具有社会危害性但实际上没有达到特定程度的危害行为，也排除在刑法所规定的犯罪之外。换句话说，在我国，几乎不存在要通过贯彻“法益侵害论”加以确证或加以排除的犯罪。在这种现实之下，提倡全面贯彻“法益侵害论”，其实际意义如何，值得考虑。

另外，就国外的情况来看，在违法性即社会危害性的判断上，即便全面贯彻所谓法益侵害说，也不得不考虑法益侵害之外的其他因素。例如，日本提倡法益侵害论的代表学者之一前田雅英教授在其最新的教科书中说：“历来的通说将违法性理解为‘违反法规范（法秩序）’。就是说，之所以行为是恶行，是因为考虑到该行为违反了法秩序。但是，即便说‘因为违反法律，所以违法’，但实际上是等于什么也没有说。现实中所主张的法规违反说的实质性特色在于，将违反法规范的内容理解为违反道义秩序、违反文化规范、没有社会相当性等。即违反性的实质是根据道义秩序或社会相当性来决定的。的确，法益侵害说也不是将‘任何细微的侵害法益的行为’都看作为违法，也是将其限定为从国民看来应当处罚的行为的限度之内的。如果将这种国民的视角看作为‘道义秩序’或‘社会相当性’的话，两种见解之间可以说没有实质性的差别。^[11] 得出这样的结论，虽然有些无奈，但实际上也反应了一个现实，就是完全凭侵害法益是不能对违法性的实质（即社会危害性）进行说明的。

因此，笔者对在我国主张全面贯彻所谓的法益侵害论的效果，持怀疑态度。那么，笔者本人对于社会危害性的判定上持什么态度呢？这一点将在以下的论述中予以说明。

（三）行为无价值论和结果无价值论

在国外的刑法学中，探讨相当于我国的社会危害性问题的理论，是违法性论。即在行为符合构成要件之后，还有必要考虑该行为是不是在总体上违反了法秩序。只有在实质上属于违反法秩序的行为，才有可能构成犯罪。这种所谓行为的违法性，就相当于我国刑法中的社会危害性的判断。判断行为是否具有违法性，国外刑法学中，一般是从行为无价值和结果无价值的方面来加以探讨，并由此而形成了行为无价值论和结果无价值论。

所谓结果无价值论是在侵害法益的结果中寻求违法性的本质的见解；所谓行为无价值论是在行为的违反规范的特征方面寻求违法性的本质的见解。^[12] 这一对概念是由德国学者威尔泽尔所提出来的。他认为，从对法益的侵害或危险这种结果中来寻求违法性的本质的见解，是“事实的无价值”的见解，是不妥当的；违法性的基础，应当从与行为人有关的带有个人特征的违法行为即“行为无价值”的角度来进行考虑，这种叙述使人们意识到，在说明有关

作为发生法益侵害的事实上，有结果无价值和行为无价值的观念的存在。威尔泽尔本人是赞成行为无价值论，并认为贯彻这种行为无价值的考虑的话，就会得出结果无价值就不是犯罪的本质要素，而只有行为无价值才是犯罪的本质要素的一元论的观念。^[13]

行为无价值和结果无价值的观念后来传到了日本，并为日本学者所广泛接受。但是，必须注意的是，在日本，行为无价值论者并不是只将行为无价值确定为违法性的要素，到不如说，多数人是坚持采用了以结果无价值为基础，加入了行为无价值的观点的折衷的违法性论。^[14]尽管如此，这种见解仍被称为行为无价值论，这是因为，它主张只要有行为无价值就可以完全说明违法性，相反，仅有结果无价值而没有行为无价值的话，就不能说明违法性的本质。因此，首先，例如对在行为当时，对行为人本人就不用说了，即便是一般人也认为是活人的情况下，对死人下毒手的“杀人”行为，因为是对生命具有一般所说的危险的行为，所以，从行为无价值论所采用的抽象的危险说或具体的危险说的立场出发，上述行为就是未遂犯（违法行为）；但从结果无价值论所采取的客观的危险说的立场出发，由于侵害生命的危险实际上没有发生，所以，上述行为便是不能犯（合法行为）。其次，在行为人既没有故意也没有过失的不可抗力的场合，即在不存在行为无价值的场合，即便有侵害、威胁法益的结果存在，也不认为该行为违法。

结果无价值论认为，违法性的本质是对合法权益的侵害或威胁，某种行为是否对合法权益具有侵害或威胁，应当从科学的观点（法官的立场），事后（裁判时）进行判断；在合法权益产生了冲突时，根据法益比较衡量的原则，选择较大的保护利益。相反，行为无价值论认为，违法性的本质在于“违反国家及国民生活的道义秩序”、“违反社会伦理规范”、“不具有社会相当性”。^[15]由于这些见解容易和日本战前军国主义时代的国家伦理主义刑法学联系在一起，因此，近年来，将法益侵害和违反社会伦理规范的修正的行为无价值论也极为有力，成为日本目前关于违法性论的最主要观点之一。^[16]根据这种见解，法益侵害（结果无价值）和行为的目的、方法（行为无价值）决定违法性；即便某种法益被侵害，但只要该行为不违反社会常规，就仍不违法。在判断是否具有行为无价值时，应从事前的（行为时）、一般人的观点来判断。这种见解的基础是，现代社会中，个人的利益复杂地纠合在一起，每个利益在有些场合不可避免地会受到限制或侵害；在此场合，不可能分别抽象出有关利益，然后仅根据其优劣关系进行适当判断；而必须考虑行为的手段、目的、方法是否妥当。^[17]

一般认为，虽然作为整体的法律秩序是根据公法、私法这样一些法律规定所形成的，但是，建立法秩序的目的完全是为了保护合法权益，因此，离开了对合法权益的侵害或威胁，是无法考虑实质的违法性的内容的。在这种意义上讲，结果无价值论或者说是法益侵害论是有其合理之处的。但是，（1）虽然杀人罪和过失致人死亡罪在侵害合法权益这一点上是相同的，但在人们心目中，对其社会危害性的程度的评价是完全不同的。（2）在当今复杂多变的社会中，由于各种合法权益复杂地交织在一起，所以，仅以对法益的侵害来判断社会危害性的程度是相当困难的，如国家利益、共同利益和个人生命利益，在具体情况下，孰重孰轻，就难以比较衡量。（3）刑法是通过刑罚这种道义谴责的具体化的痛苦来制止对合法权益的侵害的，因此，完全不顾刑法谴责所具有的社会伦理性的一面来把握社会危害性的实质，这是无视刑罚所具有的道义谴责的性质的表现。所以，行为无价值论认为，必须从违反社会伦理规范的法益侵害方面来把握违法性的实质。^[18]

笔者认为，从我国刑法的任务和我国目前对于犯罪的一般观念来看，在社会危害性的有

无和大小判定方面，可以考虑吸收上述考虑到法益侵害的行为无价值论的见解。

因为，首先，行为无价值论是以维持社会秩序或者社会伦理规范为第一位的理论，而将保护法益作为第二位的目的，或者说，刑法要考虑要保护一定的合法权益，但是，对合法权益的保护只是维持社会的法秩序的手段而已。即刑法本质上是保护或调整社会关系的工具。行为无价值论的这种基础观念和我国刑法中有关刑法的任务观可以认为是相同的。刑法第2条明确说明，刑法的任务是保护国家安全、国家政权和社会主义制度，保护国有和劳动群众集体所有的财产，保障个人的各种权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。从排列顺序以及落脚点来看，国家和社会利益是最靠前的；而且，保障各种利益的最后归结是，保障社会主义建设事业的顺利进行。从此可以看出，我国刑法主要是以维护社会秩序为主要目的，而保护公民的合法权益只是实现该目的的手段而已。其次，从我国目前的社会一般观念来看，主张结果无价值的法益侵害说也难以接受。如，在将死尸当作活人加以杀害的场合，按照主张结果无价值的法益侵害说的观点的话，应当是不构成犯罪的，因为是死尸，生命权益已不存在，所以，不可能造成任何违法结果或侵害他人的生命权益；但是，按照行为无价值的观点，这种场合，尽管不存在显示的生命权，但是，由于在社会一般人以及行为人本人看来，该死尸仍然是活人而加以杀害的时候，在社会一般观念上，仍具有侵害他人生命的具体危险，应当构成犯罪，只是构成未遂而已。换句话说，从考虑维持社会秩序的角度出发的话，对这种行为是不能放任不管的。这种行为无价值的见解，和我国目前对于同类案件的分析完全是一致的。^[19]

笔者认为，关于我国刑法中的社会危害性的有无和大小认定，应从以下几方面来考虑：一是社会危害性包括对我国刑法所保护的社会关系或者法律利益所实际产生的侵害或威胁，这种侵害或威胁的有无，应从行为时的具体情况，以一般人为标准进行判断；二是某种侵害或威胁法益的行为是否具有严重的社会危害性，仅从侵害或威胁法益的角度是难以判断的，还必须考虑（1）被侵害的利益和被保护的利益之间的比较权衡，（2）行为的动机、目的，（3）行为的手段、方法，（4）行为的具体情节等，确认存在违反刑法规定的法益侵害时，才能说是具有了刑法所要求的社会危害性。

三、结论

笔者认为，我国刑法第13条中有关犯罪概念的规定，表面上看，确实存在“混淆了两个层次的概念，使得本已清楚的实质概念和形式概念反而都模糊起来”的问题。但是，如果从另外一个角度来对本条进行解释的话，是可以消除这种缺陷，使实质概念和形式概念恢复其本来面貌的。换句话说，行为的刑事违法性和一定程度的社会危害性本来就不是一个层次上的概念。在说到某行为符合刑法分则的某一规定即具有刑事违法性的时候，实际上就意味着，该行为不仅在形式上符合该分则条文的规定，而且在实质上具备该分则条文所要求的社会危害性。即，在说明形式的犯罪概念的时候，其中就考虑到了实质上具备该形式概念所要求的内容。这种犯罪概念的解释，是和我国的犯罪构成理论相一致的，也合乎目前刑法学中对犯罪概念分析的大趋势。

关于犯罪的特征，在罪刑法定原则之下，只有一个，就是行为符合刑罚规范的规定，即具有刑事违法性。关于刑事违法性和应受刑罚惩罚程度的社会危害性的关系，可以说，后者

是前者的基础，前者是后者的法律表现。如果说应受惩罚程度的社会危害性是犯罪的本质要素，那么，刑事违法性就是犯罪的法律特征。立法机关不会将没有社会危害性或社会危害性较小的行为在刑法中作为犯罪加以规定。犯罪是严重的社会危害性与刑事违法性的统一。在考察某种行为是否构成犯罪时，首先必须考察该种行为是否是构成刑法分则条文中所规定的某一条文所规定的实行行为，如果该行为不能成立该条文所说的实行行为时，就直接认定该行为不构成犯罪就行了。有的教科书上说“在考察某种行为是否构成犯罪时，固然必须根据刑法条文的规定，同时需要认定该行为的社会危害性程度，如果行为情节显著轻微，危害不大的，就应当适用刑法第13条但书的规定，不认为是犯罪。”以及“对于这种情节显著轻微危害不大、不认为是犯罪的行为，在判决宣告无罪时，可在宣告无罪判决的法律文书中，同时引用刑法第13条和刑事诉讼法第174条第1项的规定作为法律根据”。^[20]这种观点是值得商榷的。因为，已如前述，行为人的行为是否符合犯罪构成是定罪的唯一根据。行为情节显著轻微、危害不大只是表明该行为没有成为分则中所规定的某种犯罪的犯罪构成中的实行行为所要求的条件，即不符合某种犯罪的犯罪构成，所以，不构成犯罪。如果说，以刑法第13条的但书规定来决定某种行为是否构成犯罪的話，极容易给人这么一种影响，即行为人的行为是符合某种犯罪构成的，只是由于社会危害性较轻，所以，不够成犯罪，这样，就不仅变相放弃了罪刑法定原则，还会产生逻辑上的混乱，行为既然符合刑法分则的规定，为何又不构成犯罪呢？让人费解。笔者认为，如果说已经认定某种行为符合刑法分则条文的规定，就不应该又根据刑法第13条中有关“情节显著轻微，危害不大”为由来否定其犯罪性。因为说行为符合刑法分则条文的规定，就意味着该行为在实质上是具有应当受到刑罚惩罚程度的社会危害性的行为，即已经符合了刑法第13条的要求。

注释：

[1] 贾宇、林亚刚《犯罪概念与特征新论》，载《法商研究》1996年第4期。

[2] 高铭喧主编：《刑法学原理》（第1卷），中国人民大学出版社1993年版，第381-382页。

[3] 以下内容，参见贾宇、林亚刚：《犯罪概念与特征新论》，载《法商研究》1996年第4期。

[4] 参见（日）前田雅英：《刑法总论讲义》（第三版），东京大学出版会1998年版，第110页以下。

[5] 参见李居全：《犯罪概念论》，中国社会科学出版社2000年版，第129-144页。

[6] 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），中国法制出版社1999年版，第72页。

[7] 周振想：《刑法学教程》，中国人民公安大学出版社1997年版，第50页。

[8] 陈兴良：《社会危害性理论》，载《法学研究》2000年第一期。

[9] 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），中国法制出版社1999年版，第110-111页。

[10] 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2000年版，导言部分。

[11] （日）前田雅英：《刑法总论讲义》（第三版），东京大学出版会1998年版，第54页。

[12] 行为无价值论和结果无价值论的对立点：（1）在说明排除违法性事由的一般原理上，结果无价值论主张法益衡量说，而行为无价值论则主张社会相当性说；（2）

）在主观的违法性要素上，结果无价值论的重点是在行为所具有的法益侵害性上，原则上不承认主观的违法要素的存在，而行为无价值论则承认主观的违法要素，并说明其中包含故意和过失；（3）

）在是否需要主观的正当化要素（如正当防卫的意思）方面，结果无价值论主张不要，而行为无价值论则主张必要。上述内容，见（日）大谷实：《新版刑法讲义总论》，成文堂2000年版，第255页。

[13] （日）大谷实：《新版刑法讲义总论》，成文堂2000年版，第254页以下。

[14] （日）前田雅英：《刑法总论讲义》（第三版），东京大学出版会1998年版，第56-57页。

[15] （日）三井诚、町野朔、中森喜彦：《刑法学的历程》，有斐阁1978年版，第141-142页。

[16] 如大谷实教授认为，犯罪是违反社会伦理规范的法益侵害行为。见（日）大谷实：《新版刑法讲义总论》，成文堂2000年版，第95页。

[17] （日）三井诚、町野朔、中森喜彦：《刑法学的历程》，有斐阁1978年版，第142页。

[18] 见（日）大谷实：《新版刑法讲义总论》，成文堂2000年版，第247页以下。

[19]朱华荣、夏吉先：《我们对‘误认尸体为活人加以杀害如何定罪，的看法》，载《法学》1983年第9期，第43页。

[20]高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（上编），中国法制出版社1999年版，第74 -75、81页。

（作者系清华大学法学院教授、法学博士，北师大刑科院兼职研究员，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2006-12-19

阅读次数：788

上篇文章：论犯罪既遂的判断标准

下篇文章：论我国刑法中情节的概念及其基本特征

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号