

论犯罪危害性评价的属性

周建达 马荣春

内容提要:犯罪危害性是我国传统刑法理论的核心概念。历来的学说对犯罪危害性评价缺乏系统、全面的分析,致使犯罪危害性评价晚近以来多受诟病。实际上,犯罪危害性评价不仅具有深刻的理论内涵,而且也蕴含着丰富的辩证思想。运用辩证思维把握犯罪危害性评价的属性不仅有助于犯罪危害性评价的科学化与合理化,而且对于进一步明确犯罪的危害性的学科地位也大有裨益。

关键词:犯罪危害性 犯罪危害性评价 属性

周建达,南昌大学法学院刑法学硕士研究生。

马荣春,南昌大学立法研究中心研究员,法学院副教授,法学博士。

我国刑法学传统观点认为,犯罪危害性是我国传统刑法理论的核心概念,而对犯罪所做的价值衡量称为犯罪危害性评价。从既有的研究来看,有关犯罪危害性的论说已不在少数,但系统研究犯罪危害性评价的文章却屈指可数。我们认为,系统研究犯罪危害性评价的属性,准确把握犯罪危害性评价的运作机制,不仅有助于犯罪危害性评价的科学化与合理化,而且对进一步明确犯罪危害性的学科地位也大有裨益。

一 犯罪危害性评价的事实性与价值性

按照主流观点,犯罪危害性是指“行为对刑法所保护的社会关系造成或可能造成这样或那样损害的特性”。^{〔1〕}在此定义中,大致可以提炼出三个关键语汇,即“行为”、“社会关系”及“损害”。犯罪危害性正是通过这三个核心语词的嫁接来诠释犯罪的本质特征的。其中,“行为”是基础。犯罪危害性依托于行为而存在。由于人的身体动静(即物理性行为)是主体意识借助于肢体或语言同外界所形成的一种交往,并不具有价值属性,故仅根据行为本身,人们无法对其价值做出判断。尽管依据马克思主义关于人的本质的论断,对于人的本质必须通过社会关系加以把握。可是,作为行为对象的社会关系却是一个包罗万象的事物。它对于不同的人群有着不同的归属和意蕴。因此,脱离一定的价值标准,行为对社会关系的作用也很难言其利弊。只有把“损害”纳入考察,才能准确揭示出行为的价值性。“损害”既

〔1〕 高铭暄、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社2000年版,第47页。

是一种客观事实,也体现着一定的价值判断。当“损害”作为一种价值判断时,它依托于一定的评价主体、对象和标准。对此,美国学者约翰·列维斯·齐林 J. L. 指出,犯罪“是社会中有权势推行他们信仰的团体所认为有害于社会的行为。这种团体之所以信仰某种行为是有害的,有时因为它触犯了忠诚和慈善的情绪,但常常却也为了别的原因……对于一种行为之认为有害,可以由全体人民或由团体中握有优越势力的一部分人来实现这种信仰……如果一个社会是分为几个阶级的,那统治阶级的‘信仰’便可决定何种行为是犯罪,和决定用何种刑罚去处置这种行为。……凡有权力能推行他们所信仰的团体,可以规定何种行为是有罪的”。〔2〕可见,犯罪危害性评价的主体,最初是由全体人民或那些有权势推行自身信仰的团体担当的。当阶级分化,国家出现时,执掌国家的统治阶级便正式取代了前述评价主体的角色,依据自身的价值需求对行为的犯罪危害性做出评判。综上,当行为对某一社会关系产生的作用严重背离了社会的价值追求而为普遍的社会成员所不能容忍时,该行为就被评价为具有严重的社会危害性,并被冠以“犯罪”之称谓,以显示行为的负价值性。

犯罪危害性评价的事实性突出了行为在犯罪评价体系中的基础地位。诚然,刑法中的行为不仅仅是个物理的、事实的概念,而且因其具有物理的、事实的属性能为人们所准确判断与把握。法谚“无行为即无犯罪”即是对行为的刑法学地位最强有力的注脚。根据犯罪危害性评价的事实性,刑事处罚必须以行为的存在为前提,所以思想犯在立法上应当绝对禁止。究其原因,在于人的思想仅停留在意识状态,尚未外化为具体的行为,这决定了对思想犯的犯罪危害性评价必然缺乏事实支撑。此外,犯罪危害性评价的事实性为人们把握行为事实提供了全面的视角,即犯罪危害性评价不仅要关注行为的客观事实,而且应当重视行为人的主观实存。犯罪危害性评价的对象应当是客观实害性、主观罪过和人身危险性的统一。与犯罪危害性评价的事实性不同,犯罪危害性评价的价值性强调了评价主体的理性欲求,凸显了“社会容忍度”对犯罪危害性评价的重要性,从而在根本上揭示了犯罪的相对性。值得注意的是,“社会容忍度”作为社会心理的一种反映,不可避免地带有模糊性与易变性。在司法实践中,如果全然以之为度量,则极易造成定罪不准、量刑失衡的严重后果。相比之下,刑法规范则更具明确性和稳定性,故作为犯罪危害性的成文表达,刑法违法性能够有效弥补“社会容忍度”的不足,从而为犯罪危害性评价的实践运用提供切实保障。其实,脱离了刑法规范的束缚与制约,犯罪危害性概念在刑法学中的“核心”地位必定会因其自身的宽延与模糊而在实质上被架空。而司法实践正是通过刑法规范才将单纯的、事实的行为镀上价值评判的色彩。总之,犯罪危害性评价的价值性指出了犯罪危害性评价必须经过刑法的筛选,即在刑事立法中必须将犯罪危害性评价转化为刑法的规范评价才算是完成了立法任务。在刑事司法中必须要有严格的规范意识,按照规范的含义和内在逻辑来具体把握犯罪危害性评价,从而科学合理地评价犯罪。可见,培育刑法的规范意识对于全面把握犯罪危害性评价的事实性与价值性具有重要的理论与实践意义。

二 犯罪危害性评价的质性与量定性

世界上任何事物都是质与量的统一。质是事物的性质,事物的界限由质所规定,质也规

〔2〕 [美]约翰·列维斯·齐林:《犯罪学及刑罚学》,查良鉴译,中国政法大学出版社2003年版,第15-16页。

定了量的界限和范围。在此限度和范围内,量的变化不会影响质的稳定性。反之,则会引起事物的根本质变。质与量之间是一种相互作用、相互制约的关系。这在哲学上称之为度。度也就是质的规定性与量的规定性的辩证统一。^[3]在刑法领域,犯罪危害性评价就是一个如何把握犯罪“度”的问题。作为“衡量犯罪的真正标尺”,^[4]犯罪危害性评价正是通过质与量的辩证统一来发挥作用的。其中,犯罪危害性评价的质定性强调的是犯罪质的规定性,即“显著侵害社会共同生活的存立和功能”。^[5]它反映的是犯罪危害性的有无。把握犯罪危害性评价的质定性,有助于界分价值行为与无价值行为,从而将价值行为排除出犯罪圈。因此,犯罪危害性评价的质定性应当是整个犯罪危害性评价体系的首要环节,即对作为评价对象的行为的第一次过滤。相反,犯罪危害性评价的量定性则突出了犯罪量的规定性,即行为的社会侵害性程度。它反映的是犯罪危害性的大小。如果行为的社会侵害性达不到“严重”程度,就不得将其纳入犯罪的视野。对此,通常应综合考虑以下因素:(1)行为所侵犯的是什么样的社会关系;(2)行为的性质、方法、手段或其他有关情节;(3)行为是否造成危害结果、危害结果的大小或者是否可能造成严重的危害后果;(4)行为人本身的情况;(5)行为人主观方面的情况;(6)情节是否严重、恶劣;(7)行为实施时的社会形势。^[6]对犯罪的危害性做“量”的考察,是刑法谦抑性的必然要求。因为“行为若只违反了没有或者没有直接保护基本利益的规定,通常都还没有达到有必要或有意义将其‘犯罪化’的严重程度。这时若适用刑罚,只能是滥用,不仅忽略了这种处罚的特殊性,也使其完全丧失了价值”。^[7]那么,犯罪危害性评价的量定性考察便构筑了犯罪危害性评价体系的第二道关口。

质定性与量定性构成了犯罪危害性评价“规定性”的两个基本方面,二者关系如下:第一,质定性考察是量定性评估的前提。如果行为并未显著侵犯社会的共同生活,即缺乏犯罪质的规定性,则对该行为做量的考察也就失去了前提。以刑法规定的亲告罪为例,尽管行为多次触犯刑法第246条第1款(侮辱罪、诽谤罪)、第257条第1款(暴力干涉婚姻自由罪)、第260条第1款(虐待罪),从而在量上达到了犯罪标准,但是被害人未予告诉的,不能认为是犯罪。因为该行为不具备犯罪危害性评价的质定性要求。这里对犯罪质的否定便是通过被害人的诉讼自主性体现出来的。第二,量定性的积累制约着质定性的形成。这种制约典型地体现在数额犯的规定中。所谓数额犯,是指“刑法明文规定以一定物品的经济价值量或物理量作为定罪量刑条件的一类犯罪形态”。^[8]我国刑法表述为“多次”、“多人”、“数量(额)较大”、“数(额)量巨大”、“数量(额)特别巨大”、“造成严重后果的”等。^[9]其中,数额基本犯是以刑法明文规定的数额为某些犯罪的基本构成要件的数额犯类型。如果行为或所造成的后果不具备刑法明文规定的数额要求,那么,即便具有一般意义上的社会危害性,也不能认为是犯罪。因为该行为或后果欠缺犯罪危害性评价的量定性,故不足以对其进行犯罪危害性评价的质定性考察。鉴于此,无论是立法还是司法均应高度重视犯罪危害性评价的质定性与量定性:在立法阶段,应当科学界定犯罪的质定性与量定性,从而明确犯罪圈的

[3] 参见卢恒昱等:《哲学问题解答》,四川人民出版社1981年版,第201页。

[4] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2005年版,第82页。

[5] [韩]李在祥:《韩国刑法总论》,[韩]韩相教译,中国人民大学出版社2005年版,第60页。

[6] 参见马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社2005年版,第5页。

[7] [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第24页。

[8] 唐世月:《数额犯》,法律出版社2005年版,第61页。

[9] 参见唐世月:《数额犯》,法律出版社2005年版,第61-69页。

口径;在司法阶段,应当综合把握犯罪危害性评价的质定性与量定性,将那些形式上符合犯罪构成但实质上并不具有犯罪性的行为排斥于犯罪圈之外,以此限制国家刑罚权的滥用。

三 犯罪危害性评价的个体性与社会性

马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中曾经指出:“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。相反的,犯罪和现行的统治都产生于相同的条件。”^[10]从中可以看出,犯罪是“个人”与“统治关系”的一种极端对峙。从根本上讲,则是个体利益与社会利益的对峙。它根源于人的个体性与社会性的对立。鉴于此,作为犯罪的衡量,犯罪危害性评价应当对个体性与社会性有所关注。所谓犯罪危害性评价的个体性,是指犯罪危害性评价在运作的过程中,对人的个性化意识与个别化行为的关注。在构成人的双重属性中,个体性是人独立存在的基础。由于它着眼于人的思维、行为方式和需要,因而是自由的。但是,自由一旦脱离了法律的束缚就极易陷入“个体主义”^[11]的窠臼。因此,法律必须为个体自由划出界线。对此,密尔给出了两项原则:“第一,个人的行动只要不涉及自身以外什么人的利害,个人就不必向社会负责交代……第二,关于对他人利益有害的行动,个人应当负责交代,并且还应当承担社会的或法律的惩罚,如果社会的意见认为需要用它们来保护自己的话。”^[12]简言之,法律干涉自由的最低限度是:行为对他人造成侵害而为社会所不能容忍。所谓犯罪危害性评价的社会性,是指犯罪危害性评价在运作过程中对人的社会角色与社会规则的关切。它的理论根基在于人的社会性。人是自由的,但从存在性质来看,人却是一个非自足的系统,它始终处于不足和匮乏状态。只有同周围的他物进行物质、能量、信息等多种内容的交换,人才能维持系统的平衡,使自身得以存在和发展。^[13]因此,人又是受拘束的,必须遵循或服从角色分配、关系互动与规则治理。但是,这种拘束也是有限度的。否则,就会滑入“整体主义”^[14]的泥潭。是故,犯罪危害性评价应关注秩序的最高限,即促进人的全面自由发展。因为这不仅是国家作为公共利益代言人的神圣职责,更是社会历史发展的必然要求。

诚如人是个体性与社会性的统一体,犯罪危害性评价的个体性和社会性也非截然对立。相反,二者多有交织。犯罪危害性评价的个体性表明,犯罪作为个体的一种极端行为方式,虽然在法律上被标上了非理性的、负价值的色彩,但其在一定程度上对社会仍有功用。因为犯罪是社会有机体新陈代谢的一种特殊形式,所以要保证经济发展和保持社会活力,就必须在一定限度和范围内容忍犯罪的存在,使之发挥社会新陈代谢功能。^[15]那么,“以社会的停滞不前为代价来换取没有犯罪的理想境界,实际上是自杀政策,是任何一个根据理性和理智决定刑事政策和社会政策的国家所不可取的”。^[16]鉴于此,在犯罪危害性评价的过程中,应当给予个体以必要的关怀。犯罪危害性评价的社会性同样表明,在犯罪危害性评价的过程

[10] 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1960年版,第379页。

[11] 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第156页。

[12] [英]密尔:《论自由》,商务印书馆1986年版,第10-12、102页。

[13] 参见陈福胜:《法治:自由与秩序的动态平衡》,法律出版社2006年版,第53页。

[14] 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第145页。

[15] 参见梁根林:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社2005年版,序7页。

[16] 梁根林:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社2005年版,序7页。

中,尽管维护社会秩序至关重要,但保障犯罪人的权利也不可忽视。其实,无论是犯罪危害性评价的个体性还是社会性,目标是一致的,即推动犯罪危害性评价对人类自由的保障与促进。区别仅在视角不同:犯罪危害性评价的个体性立足人的自然性,强调犯罪危害性评价对人的意识的个性化与行为的个别化的关怀,凸显自由的价值,督促人们在犯罪危害性评价过程中把握自由的最低限。而犯罪危害性评价的社会性则基于人的社会性,突出犯罪危害性评价对人的社会角色与社会规则的关切,强调秩序的价值,提醒人们在犯罪危害性评价过程中关注秩序的最高限。因此,只有妥善把握犯罪危害性评价的个体性与社会性,刑法才能在有效维护社会共生系统的内在稳定的同时,最大限度地保障和发展个体的自由。鉴于此,那种盲目追逐刑法的秩序价值的立法主张就值得检视。以近年来学术界聚讼的见危不救行为为例,在《刑法修正案(六)》出台前,一些学者主张应当增设见危不救罪,以惩治那些有施救能力而见危不救者。虽然这种主张有助于加固社会的连带,形成和谐的人际关系,但是其对见危不救者个体性的漠视却值得警惕。第一,人具有利己的本性,强迫见危者冒着自身的安危去施救他人多少有违人的本性;第二,现代社会是一个陌生人的社会,人与人之间的连带关系日渐削弱,故苛求见危者实施熟人社会中惯常的救助义务,也似与社会发展规律不符。

四 犯罪危害性评价的伦理性与政治性

犯罪危害性评价作为社会对犯罪的否定评判表达着一种共识:“蔑视社会秩序最明显最极端的表现就是犯罪。”^[17]显然,这里的社会秩序,主要是指伦理与政治秩序。那么,犯罪危害性评价就应当对伦理与政治有所回应。所谓犯罪危害性评价的伦理性,是指犯罪危害性评价的过程往往融合或掺杂着伦理(或道德)因素,亦即伦理否定与法律(刑法)否定的契合。它关注人的自律能力,强调通过伦理否定与法律否定的交融实现社会治理。在我国古代,犯罪危害性评价便主要依托道德律与制定法的涵摄与融合,即“罪之伦理化”与“刑之伦理化”^[18]来推进反社会行为的规则治理,典型的如《唐律》。伴随近代刑法理念的倡扬和市场经济的发展,“伦理刑法”^[19]虽然日益走向终结,但一些社会效用显著的伦理精华仍然为后世所采纳。如日本刑法中的亲隐制度、德国刑法中的见危不救罪等。这些伦理精华对于维护社会的和谐稳定起到了不可替代的功用。犯罪危害性评价对这些伦理精华应当有所传承。其中,底线伦理应当是犯罪危害性评价关注的重点。所谓底线伦理,是指“人的行为必须要有一个底线持守的原则,挣脱这一底线的后果就是侵害了他人的利益,就陷入罪恶”^[20]。如果说犯罪危害性评价的伦理性是通过伦理否定与法律否定的交融来推进反社会行为的规则治理,从而凸显出行为的自律意义,那么,犯罪危害性评价的政治性则是通过政治否定与法律否定的融通来实现反社会行为的规范约束,因而更加强调行为的他律意义。政治是对公共资源的一种组合与配置。在民主政体下,政治是多数人的统治,故在此意义上,政治也即强势秩序。犯罪危害性评价的政治性正是这种强势秩序在刑法中的体现,即在犯罪危害性评价的过程中,根据政治博弈的结果,灌入强势团体(即多数人)的利益主张和

[17] 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1956年版,第416页。

[18] 任喜荣:《伦理刑法及其终结》,吉林人民出版社2005年版,第51页。

[19] 任喜荣:《伦理刑法及其终结》,吉林人民出版社2005年版,第31页。

[20] 萧瀚:《底线伦理和罪恶职责:评审判阿道夫·艾希曼》,载《开放时代》2001年第10期。

秩序要求。尽管犯罪危害性评价应当体现一定的政治性,但是过度的政治化必然会损害犯罪危害性评价的科学性与合理性。“国权刑法”^[21]便是政治性泛化的毒果。因此,有效防范刑法的国权主义倾向,在犯罪危害性评价的过程中给予“少数人”以必要的人文关怀是犯罪危害性评价在当下的新课题。

伦理性与政治性是犯罪危害性评价的题中之意。犯罪危害性评价的伦理性要求人们在犯罪危害性评价的过程中把握“底线伦理”、汲取传统伦理精华的同时,要时刻防止陷入“伦理刑法”泛道德化误区。相应的,犯罪危害性评价的政治性则指引着人们在犯罪危害性评价的过程中关注“多数人”利益的同时,应倾听“少数人”的声音,并时刻警觉“国权刑法”的复辟。可见,唯有准确把握二者的不同要求,犯罪危害性评价才能在伦理性与政治性中找到平衡。可是,伦理性与政治性并非总是相形相随。一般说来,在伦理犯中,伦理性与政治性会表现出高度的契合。在此情形下,对某一犯罪的罪状表述通常不会超出民众的伦理要求与认知范围。然而,在秩序犯中,由于其罪状表述中常含特定的或专业性的规范表达,故可能会导致刑法对个别词素的解释与大众的心理认知相左的情形。而这也正是刑法解释存在的必要性之一。虽然笼统地说犯罪危害性评价是伦理性与政治性的统一,在行政犯比例越来越高的现实中似乎会遭遇尴尬。但并不能据此否定犯罪政治性与伦理性的统一性。客观地讲,当今过多的行政犯立法本身就值得反思。尽管刑法可以依托其强力扩张规制范围,但一味脱离公众伦理,并不见得能够有效遏制犯罪。其实,伦理的价值并非像政治的立法者所想象的那样刻板、陈旧。相反,伦理因其根植于民间的、天然的亲和力,往往更能促使民众遵纪守法。它在预防犯罪方面所起的功用也绝非单纯依托政治性倾轧所能企及。因此,在犯罪危害性评价的过程中寻求伦理性与政治性的契合才是应然之举。这个契合点便是社会相当性。需要特别指出的是,这里所谓的社会相当性,是民众伦理要求与政治目标的最大公约数,亦即二者的妥协。换言之,犯罪危害性评价既有其伦理性——直接反映出社会的伦理观念,但同时又必须体现其政治性——力求融合政治的价值理念。

五 犯罪危害性评价的共时性与历时性

共时性与历时性是“从静态与动态、横向与纵向的维度考察社会结构及其形态的视角”。^[22] 尽管这种注重静态与动态、横向与纵向联动的分析方法是结构主义的贡献,但它对于犯罪危害性的评价同样适用。则以时间为原点,犯罪危害性评价便可勾勒出共时性与历时性这两条纵横交错的轴线,由此形成行为规范评价的立体坐标。其中,犯罪危害性评价的共时性指在同一时序下不同境域中人们对某一特定行为的犯罪危害性评价。以数理等式为喻,在有关犯罪危害性评价的共时性的等式中,时间和行为是常量,而空间则是变量。因此,它更加注重对同类行为的地域性考察。由于地域总是连接着特定的文化或者民族情感,所以犯罪危害性评价的共时性可以说是一定的地域文化(或民族情感)对某类行为的个性化反映。譬如,对于人工终止妊娠行为,基于不同的地域文化或者民族情感,犯罪危害性评价就显著不同。当然,这种差异也不是绝对的。首先,随着人类交往的增进,地区间的经济、社

[21] 许道敏:《民权刑法论》,中国法制出版社 2003 年版,第 24 页。

[22] 郑忆石:《马克思经济哲学的方法论及其当代意义》,载《社会科学研究》2003 年第 6 期。

会、政治不断走向融合,地域的概念正逐渐变得模糊。其次,人类文化除了具有多样性外,还有共通性,并且随着时间的推移和经济社会的发展,这种共通性也在逐步加强。因此,在许多情况下,不同地域的人们对同一行为往往具有相同或者相似性犯罪危害性评价。如自然犯、腐败犯罪、商业贿赂犯罪等。在此意义上,我们说犯罪危害性评价的共时性本身就蕴含着地域性与全球性的辩证。如果说犯罪危害性评价的共时性是从横向、静态角度考察犯罪危害性评价的地域间的平衡,那么,犯罪危害性评价的历时性则是从纵向、动态角度发掘犯罪危害性评价在确定地域内的演变。所谓犯罪危害性评价的历时性,是指在同一地域内不同历史时期人们对同一行为的犯罪危害性的认知。它偏向于对同类行为的历史性考察。由于历史是一种前后相继的线性发展过程,故犯罪危害性评价的历时性侧重关注不同时期的人们对同一样态行为否定评价的扬弃性。这里的“扬弃性”包含两层意思:一是犯罪危害性评价的历史贯承性。如杀人、抢劫等行为,其犯罪危害性评价古往今来始终承续如一。二是犯罪危害性评价的历史断弃性。如通奸行为,在我国古代,统治者往往将之评价为具有严重犯罪危害性的行为,但在今天,立法者则将其排除出了犯罪圈。可见,犯罪危害性评价的历时性着重探讨的是反社会行为危害性评价的扬弃问题,亦即反社会行为危害性评价的贯承性与断弃性的统一或平衡问题。

犯罪危害性评价的共时性与历时性探究思路虽略有所异,但二者在逻辑起点与最终意图上应当说是一致的。共时性研究立足于现实,面向未来,重在借鉴;历时性考察则驻足现实,回首过往,倾向扬弃。二者的逻辑起点在于当下的本国或地域的犯罪危害性,其最终意图旨在探求犯罪危害性评价的科学化与合理化。详言之,犯罪危害性评价的共时性提醒人们,在犯罪危害性评价的过程中,不仅要着眼于地域特性和民族情感,同时还应顺应时代的发展和社会的实际,结合极端反社会行为的运动规律,适时推进某些行为危害性评价的国际化或全球化,实现反社会行为的地域遏制与全球遏制的统一。以国际反腐败犯罪为例,近年来,反腐败斗争已从国家范围逐步扩展为世界范围,形势日趋严重。我国虽已批准《联合国反腐败公约》,但从现有的刑法规定来看,尚未与公约实现“同步运转”。如犯罪主体规定过窄,又如贿赂罪中仍旧以“为他人谋取利益”为必要,另如贿赂的范围仍然限定为“财物”等等。从国际反腐败犯罪斗争的实践需求和长远目标来看,现行立法有必要及时修订,以与公约相衔接。犯罪危害性评价的历时性启迪人们,在行为危害性评价的过程中,要关注行为评价的历史演变,引导人们把握行为评价的历史规律,深度挖掘蕴含于历史中的价值因素,果敢摒弃历史中的不良基因,同时积极培育现代理念,以推进反社会行为危害性评价的传统性与现代性的统一。那么,容隐制度问题就需要再提。容隐制度是指“对于人们为亲属利益而为知犯不举告,掩盖犯罪事实,通报消息及帮助逃捕,藏匿人犯及帮助脱拘,帮助窝赃销赃,伪证或诬告,变造或湮灭证据,顶替自首及受刑,资助犯罪人衣食住行等一系列妨害国家司法行为中的一项或多项,予以免除或减轻处罚,又称为‘亲亲相为隐’或‘亲属相为容隐’(简称‘容隐’)”。^[23] 由于容隐制度蕴含着丰富的人道思想和谦抑精神,故为当今诸多国家和地区刑事立法所广泛采纳。从史学的角度看,容隐制度在我国可谓源远流长,远可溯及春秋,近可及我国台湾地区的现行“刑事立法”。遗憾的是,这样一笔宝贵的历史遗产,在我国大陆现行刑法中难觅其踪。究其原因,在于立法者不能正确把握犯罪危害性评价的历时

[23] 范忠信:《亲亲相为隐:中外法律的共同传统》,载《比较法研究》1997年第2期。

性规律,传承其合理性因素。对此,应当深刻检讨。总之,犯罪危害性评价具有时空意义,唯有综合把握犯罪的危害性之共时性与历时性,犯罪危害性评价才能经得起历史的检验。

六 犯罪危害性评价的控罪性与制罪性

犯罪作为孤立的个人反对统治关系的斗争,是一种极端蔑视现行统治的无价值行为。从功利的视角来看,国家对付该类行为最强烈且有效的方式便是将之评价为犯罪。犯罪危害性评价作为测控犯罪的尺度,对犯罪圈起着标定作用。它反映着国家对犯罪的刑事调控范围及其力度,即国家刑权力的控制程度。犯罪危害性评价的主要功能在于控制犯罪,但同时也体现着人们对国家刑权力的功能认识与控制自觉。诚然,国家刑权力在对抗犯罪方面有着无可辩驳的效用,但无论如何也不能成为“反犯罪事业”的霸权话语。因为犯罪作为一种社会现象,其成因是多方面的。这决定了防控犯罪的手段及其策略也应当是系统、多样的。刑事手段仅仅是整个犯罪防控体系中的一个组成部分,其社会效用相当局限。鉴于此,李斯特才会发出“最好的社会政策就是最好的刑事政策”这样促人警醒的慨叹。因此,犯罪危害性评价的控罪性应当重点关注刑法的局限性论题,即“刑法的贫困”。^[24]那么,犯罪危害性评价在调控犯罪的同时是否会促成犯罪的生成?这是一个相当具有悖论性的话题,因为它关涉到犯罪与刑法之间谁催生谁的问题。对此,学者们的看法并不一致。有时甚至陷入“鸡生蛋,蛋生鸡”的怪诞之中。究其原因,在于未能意识到犯罪危害性评价对犯罪和刑法的作用——行为严重的社会危害性引发了人们对极端行为的抗制情绪,进而促成了统一评价基准(刑法)的形成。由此,便产生了刑法意义上的犯罪。形象地讲,是犯罪危害性评价推动着极端行为走向犯罪化的路途。可见,犯罪危害性评价不仅调控着犯罪,而且也促进着犯罪的生成。换言之,犯罪危害性评价具有制罪性。如果说前述意义上的制罪性是犯罪危害性评价的内在动因,那么立法过程中由于犯罪危害性评价的运行偏差所导致的犯罪的生成则是其外在成因,并且往往为世人所忽略。主要表现如下:第一,对行为的刑法干预过于积极,导致其他控制手段施用的机会成本下降,从而损及一体化的犯罪防控体系,致使犯罪数量相对增长;第二,刑事立法在增加行为人犯罪的预期成本的同时,也在无形中刺激着行为人犯罪利益的增加,从而激发行为人犯罪动机的生成;^[25]第三,刑事立法过于超前或滞后,致使人们难以形成准确的行为预期,由此导致犯罪数量激增。如果说犯罪危害性评价的制罪性的内在动因是其运作机理的自然结果,因而具有不可避免性,那么,对制罪性的外在成因也即人为偏差的控制则是可欲的。

由于犯罪危害性评价在调控犯罪的同时,也在有意无意地促成犯罪的生成,故犯罪危害性评价是控罪性与制罪性的统一。对此,应当把握以下内容:首先,在犯罪危害性评价的过程中,要牢固把握控罪性,充分发挥刑法的控罪功能。同时,要纠正“刑法万能论”的错误,承认“刑法贫困”的客观现实,防止国家刑权力的过度膨胀,以使刑事干预做到适当有度。其次,在犯罪危害性评价的过程中,要把握制罪性,强化对刑法“双刃剑”的认识,时刻警惕刑法的功能偏向。鉴于此,必须准确把握刑法第 13 条的规定:“一切危害国家主权、领土完

[24] 苏惠渔、孙万怀:《论国家刑权力》,北京大学出版社 2006 年版,第 47 页。

[25] 参见张远煌:《论刑法调控与犯罪的生成》,载《法学》2004 年第 6 期。

整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,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。”从表述上看,该条是关于“什么是犯罪”的规定,但实质上,该条也揭示了犯罪危害性评价的运作机理。首先,对行为的犯罪性危害性评价必须“依照法律”。这是关于如何入罪的规定。换言之,刑事违法性是定罪的依据,如果法律没有明文规定的,则不应当定罪,亦即必须遵循罪刑法定原则。其次,对行为的犯罪性危害性评价不应忽视“但书”的规定。刑法第13条中的“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。是“但书”规定。此“但书”的功能是将形式上符合犯罪构成,但实质上欠缺严重的社会危害性的行为予以出罪。因此,这一“但书”规定对犯罪成立起着消极的作用,是对犯罪圈的紧缩。这里便隐含着犯罪危害性评价的控罪性问题。可见,准确把握“但书”,用控罪性约束制罪性便构成了犯罪危害性评价机制的核心。

七 结 语

犯罪危害性评价是一个日久弥新的课题。若要系统把握犯罪危害性评价的运行机制,就必须探求犯罪危害性评价的基本属性,把握犯罪危害性评价的一般规律。事实性与价值性是犯罪危害性评价的哲理属性,其中对事实性的考察依托于质定性与量定性的综合把握。由于犯罪危害性评价的对象即行为毕竟是人的行为,故犯罪危害性评价必须从人的个体性与社会性出发,注重个体性与社会性的综合分析。同时,由于犯罪是反秩序行为,而秩序主要包括伦理秩序与政治秩序,故犯罪危害性评价应当考量伦理性与政治性。另外,犯罪是具体时空境域中的行为,故犯罪危害性评价在方法上应当实现共时性与历时性的统一。而犯罪危害性评价的最终目的在于有效防控犯罪,故犯罪危害性评价应当注意控罪性与制罪性的并存与制衡,并且控罪性与制罪性的并存与制衡是犯罪危害性评价的事实性与价值性、质定性与量定性、个体性与社会性、伦理性与政治性、共时性与历时性的最终通向。

[Abstract] The harmfulness of crime is the core concept of the traditional criminal theory in China. The theory of evaluation of harmfulness of crime has incurred much criticism in recent years for the lacking of systematic and comprehensive analysis. Actually, the harmfulness of crime evaluation not only has a profound theoretical connotation, but also contains a wealth of dialectical thinking. Applying dialectical thinking to grasp the nature of the harmfulness of crime evaluation will not only contribute to the scientific and rational evaluation of the harmfulness of crime, but also benefit the determination of the academic status of theory of the harmfulness of crime.

(责任编辑:王雪梅)