

# 犯罪本质特征检讨和重构\*

姜 敏

(西南政法大学 法学院,重庆 400031)

[摘要]按照通说社会危害性是犯罪的本质特征,其地位和作用在刑法中是举足轻重的,但现在却已经受到诟病。在批判把社会危害性和刑事违法性作为犯罪的本质特征的基础上提出,犯罪的本质特征应是应受刑罚惩罚性。

[关键词]社会危害性;刑事违法性;应受刑罚惩罚性

[中图分类号]D917 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)05-0073-04

按照通说犯罪特征有三个:社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性,在这三个特征中,社会危害性应是犯罪的本质特征,而另两个特征则是本质特征的表象而已。但社会危害性现不断受到批判,其作为犯罪的本质特征的根基也就动摇了,所以把社会危害性作为犯罪的本质特征就值得深思和检讨的。

## 一、第一个反思性思考——“社会危害性”不是犯罪的本质特征

社会危害性说强调犯罪的本质特征是对社会的危害,如贝卡里亚就认为:“神学家的任务是根据行为内在的善或恶来确定正义与非正义的界限、公法学家的任务是确定政治上的正义非正义的关系,即行为对社会的利弊关系。”<sup>[1]</sup>“衡量犯罪的真正标尺是犯罪对社会的危害程度,这是一条显而易见的真理。”<sup>[1]</sup>无可否认,这种纯粹客观主义的理论在当时宗法背景下确实有其先进性,但我们知道犯罪除了客观的因素外,还有主观的因素,所以,随着刑法学思想的发展,其弊端就带来了质疑。

用社会危害性作为犯罪本质是难以有说服力的。“对于犯罪本质作社会危害性说的认识,无论它受到怎样言辞至极的赞扬和称颂,社会危害性都不具有基本的规范质量,更不具有规范性。它只是对于犯罪的政治的或者社会道义否定评价。这一评价当然不能说是错的,问题在于它不具有实体刑法的意义。当然没有人会宣称所有危害社会的行为都是犯罪和都应处罚。但是,如果要处罚一个

行为,社会危害新说就可以在任何时候为此提供超越法律规范的根据,因为,它是犯罪的本质,在需要的情况下是可以决定规范形式的。社会危害说不仅通过其‘犯罪的本质’的外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑法色彩的理论依据,而且也在实践中对于实践中对于国家法治起着反作用。”<sup>[2]</sup>这种批判也指出了社会危害性的致命之处。更有甚者,基于其弊端要把其逐出刑法学领域,主张社会危害性与刑事违法性发生冲突时,应当坚持刑事违法性即形式合理性的标准。<sup>[3]</sup>“从哲学原理,质乃是一事物区别于他事物的内部所固有的规定性。而社会危害性非犯罪所独有,以它为本质特征,难于把犯罪和其他危害社会行为区别开来。”<sup>[4]</sup>比如精神病人和儿童的侵害行为,也具有社会危害性,但不是犯罪。同时从法言法语和语言的规范性来看,把用一个粗浅的“社会危害性”是没有界定能力。

曾有人认为社会危害性是所有犯罪的共同特征,就似一个“公分母”,所以其就是犯罪的本质特征。当然事物的本质特征一定是这个事物的公分母,此应无疑义。但一类事物具有共同的东西太多,而并不是所有共同的东西都应是事物的本质特征,有的只是其的一个侧面。本质和共性是不同的层次和概念,共性是本质的内容之一,是本质的组成部分,但却不是本质本身。比如一个苹果,有水的组成成分,这是一个共性,但却不是苹果的本质。

\* [收稿日期]2007-07-10

[作者简介]姜敏,女,汉族,四川人,西南政法大学刑法学,博士生。

比如杀人罪,其表现是剥夺他人的生命,但有些其他的行为有可以剥夺他人的生命比如对于强奸中的正当防卫也可以防卫剥夺他人的生命,但为什么一个是犯罪一个不是呢?所以我们不能把表象的东西用来当作某一个事物的本质。社会危害性只是犯罪的外部表现,是客观主义者对犯罪关注的重点,是一种表象的东西,而本质的东西应该是更深刻的东西,是隐藏在表象后面的决定表象的走向和发展的元素,决定了表象的发展和程度等。从这个角度来看,社会危害性也不能担当此任务。

## 二、第二个反思性思考——刑事违法性只是司法层面犯罪的特征

犯罪的本质特征这个论证涉及对犯罪概念的界定。一般情况下我们学者都是对犯罪笼统的下定义,不区分我们是从哪个层面哪个时间段来看犯罪的,所以对犯罪本质也就争论不停。在社会危害性说受到诟病的情况下,有学者提出了犯罪的本质是刑事违法性这一观点。按照罪刑法定原则进行的司法来看,一个行为要成为犯罪必然触犯刑事法律这毫无怀疑。如果我们把眼光放在立法时或者前来考虑这个问题,就会发现这个阶段规范还没有出现,这时犯罪概念就不含有刑事违法的成分。所以刑事违法性只是司法过程中的概念,只反映司法中犯罪的特征,还不能完全反映立法时的犯罪的特征,正如有学者所说:“刑事违法性是罪刑法定主义的要求,但从罪刑法定主义本身的产生和发展来看,刑事违法性不是犯罪的本质要求。”<sup>[5]</sup>

社会危害性是实质主义的表现,从犯罪的实质的角度看犯罪现象。这一角度无疑是正确的。但是其侧面却如上面的反思所论述太泛了或者说太笼统了,也就不能避免其矛盾的出现。刑事违法性是形式主义的体现,当然这个角度从罪刑法定和法治文明的角度来看也是值得赞赏的,问题是用这个角度来界定犯罪的本质特征就跨越了立法时犯罪状态和特征,使其在立法时的犯罪没有立足点和根基。

前面已经论述到社会危害性一种表象的东西,而刑事违法性和社会危害性相比,其更加是表象的东西,仅仅表现为法律规范的违反,而且很具有形式主义的机械性和僵硬性。我们知道法律规范的违反是实在的,是一种裁判的结果。但是为什么一个行为的实施会违反规范或者说规范为什么要禁止这种行为,其行为的什么因素使得其被禁止,这才是深层次的问题或本质的问题。换句话说,刑事

违法性也仅仅体现了一种本质是犯罪这种事物外在的表象。如果从应然的角度再思考我们对问题的探究就不能仅仅停留在规范的违反上而是要追寻这种行为为什么被刑法规范所禁止。这个问题的回答才是问题的根本或者是问题的本质所在。

形式主义向来聚焦在外在的形式上而对缺少问题应然的思索,因此其思维的能向度便沉迷于外在的观察。如果把这种形式主义运用于司法领域,在罪刑法定的情况下对于保障人权等是非常有进步性的。在良好的法制下,刑法规范作为一种裁判规范和行为规范必须坚守形式主义,才能使我们的司法合理和全面贯彻罪刑法定。从这个层面来讲形式主义的思考是具有极大的进步性的,不能抛弃相反更应该发扬。但是当我们是思考一种本质性的问题时就必须采取一种实质性的思考问题的方式,这样才能真正发现事物的本质,发现推动事物发展的因素,发现一种事物存在的根据。所以我们可以说实质主义和性质主义并不矛盾,它们是分析和思考问题的两个不同的侧面和两个不同的层次而已,在某些时候我们应该用形式主义的思维模式,而在另一个侧面上我们应该从实质主义的观点出发进行应然的思考。

在我们探讨犯罪的本质问题时,我们是在进行一种本原性的追究,所以我们更应该看到形式背后的推动力,用实质的眼光去洞察规范后隐藏的力量,为我们适用一种规范或者遵循一种规范找到合理的根据。毫无疑问刑事违法性是犯罪的一种特征,它反映了犯罪的表象特征并通过规范事实,实实在在的展现在我们眼前,使犯罪这种现象除了社会危害性更多了一种表象物。但从实质主义的态度来看,这种表象性的东西还远远没有达到事物的实质。所以刑事违法性也就没有足够的力量和依据承担体现犯罪的本质的任务。

## 三、一个构建性思考——犯罪本质特征是应受刑罚惩罚性

### (一)应受刑罚惩罚性作为犯罪本质特征不是循环论证

本质是事物的内在要素,是一事物成为该事物的内容,而本质特征却是表现本质的,是把一事物与另一事物区别开来的因素,二者就是内容和形式的关系。比如杀人罪中本质是剥夺人的基本人权之一的生命权,而其本质特征就是表现剥夺生命这一本质且把杀人和其他行为区别开来的因素。而

在刑法的领域能把剥夺生命的所有行为与杀人罪中的杀人行为区别开来的就是它的后果也就是刑罚性,也就是一个应该受到刑罚处罚而另一个不应该。曾有人认为把应罚性当作犯罪的本质有循环论证之嫌或者说是把犯罪的后果当作了犯罪的本质。从表面看确实是这样,但如果我们不从形式主义的角度或者是从表面去分析问题,观点就会完全的不同。

从形式和结果的表现来看,刑罚确实是司法程序或者是事物发展的最后表现。但任何事物的最后表现并不就是不能作为事物的本质。一个行为是犯罪而不是其他的行为,在立法时候,我们要把其作为犯罪来处理,我们就会考虑社会危害性,但考虑社会危害性的根本原因在于是否应该动用刑罚权,也就是说考虑社会危害性是为是否动用刑罚权服务的,其出发点还是刑罚权发动的应该与否。也就是说最后才具体实在出现的刑罚其实在立法或者最早就已经是问题的发起点和核心了,社会危害性才是结果,应罚性是对这种结果的禁止,社会危害性这只是为是否应罚提供一种标准,所以也可以这样说社会危害性和应罚性是本质和标准的问题,甚至可以说社会危害性不是刑法学的专属对象,仅仅是一种社会判断标准。

社会危害性是一切犯罪的共性,是应罚时应该考虑的一个标准,但不是应罚的全部。一个行为是否是犯罪还要考虑社会的道德、伦理、经济、政治等等各个因素,考虑行为人个人的精神状态、年龄以及认识能力和控制能力,单纯的社会危害性不能决定一个行为是否是犯罪。社会危害性是犯罪的共性,无论犯罪什么时候出现都不可避免地带有这种特征,并不是循环论证而是共性而已。“循环论证”质疑是把这一个共性的因素看成是唯一的因素,这种观点是以偏概全而忽视犯罪其他因素的结果,而应受刑罚性则更为全面才是犯罪的本质。而反对把一种犯罪结果当作犯罪本质的学者只是看到了司法或者事物发展的过程而仅仅从这种发展的形式化来反对,则是犯了形式主义的错误,没有想到这种结果只是最后才表现出来而在之前就早已是犯罪考虑的因素这一事实,单纯的形式化的思考是值得商榷的。“犯罪在实质意义上讲,是由于侵害了社会生活上的利益而必须采取某种强制措施的有害行为,在此意义上讲,不管是精神病人的杀人行为还是儿童的盗窃行为,都是犯罪。在刑事政策学上,这种不能科处刑罚的有害行为都是犯罪。但

是,在刑法上,只将上述有害行为中的值得刑罚处罚的行为作为讨论对象。这种值得刑罚处罚的行为,就是所谓当罚行为。”<sup>[6]</sup>“刑法是处罚人的法律。处罚人,必须有某种理由,必须有某人作了某种足以受罚的坏事的事实在。因此,刑法是以你对他人实施了应该受罚的坏行为这一判断标准为前提的,即以人对人实施裁判为前提的。”<sup>[7]</sup>这句话也说明,刑法把某一个行为看成犯罪,其前提是此行为是应该受到刑罚处罚的。如果该行为有社会危害性,但却在刑法是没有处罚的必要,那么该行为仍然不是刑罚的对象。从根本上讲一个行为之所以被刑法规范规定为犯罪,其本质还在于其应当受到刑罚惩罚性。

## (二)从犯罪圈的划定来看其本质特征也是应受刑罚惩罚性

“根据就是内在存在着的本质,而本质实际上即是根据。”<sup>[8]</sup>也就是说根据和本质属于同一个范畴。“根据即是变化过程的本质。如果从过程方面来考察本质,那么本质也即是根据。”<sup>[9]</sup>而根据是事物发展的本质方面,是决定事物的根本属性的原因。事物的变化是自己变化,正是根据构成了“自己变化”的本质内容。而在犯罪中,一个行为之所以是犯罪,本质还在于该受到刑罚权的制裁,应该把其纳入犯罪圈。“犯罪圈设定的合理性根据研究必须从犯罪与刑罚的内在规定性入手,不能脱离犯罪与刑罚的关系。根据犯罪与刑罚的内在规定性,犯罪是一种严重危害社会的行为,因而是应受刑罚惩罚,并应受刑罚且能受刑罚遏制的。这是立法者合理设定犯罪圈的根据。”<sup>[10]</sup>所以从一个犯罪跨入犯罪圈来看,首先应考虑的就是这个行为是否应受到刑罚处罚或者说其决定因素还是是否有应罚性。

也可以这样说,在划定犯罪圈时就已经预设了这个行为应该受到刑罚惩罚。这样的过程也符合本质主义的一般原理:“所谓本质主义,是一种先设定对象的本质,然后用此种本质来解释对象的存在和发展的思维模式,本质主义思维的历史源远流长它在西方原始神话中就已经初露端倪。远古之人把生灭变化的原因归于世界之外的某种神秘力量时,就已预设了世界之外的某种先在的本质。”<sup>[11]</sup>这也恰好符合前面说论述的“应受刑罚惩罚”不是循环论证:“本质主义不仅预设实体,事物的静态本质,而且先在设定事物的过程本质,因此,本质主义又可称为基础主义,预设主义,是一种‘先在决定论’或‘种子说’。它主张任何事物的发展均有一定

之规,在发展之先,发展的路径和结果便已被先在决定,而只要把握了事物发展的初始状况和演化规律,便可以推论出事物的整个发展过程。”<sup>[11]</sup>也就是说“应受罚性”是犯罪现存的预设,在发展最后才体现出来。

犯罪圈的实质是指什么性质的行为应当予以犯罪化。犯罪是应当受到刑罚惩罚的行为,之所以应受惩罚在于行为具有社会危害性,行为的社会危害性不仅表现为行为对一定的社会权益造成了客观的危害而且表现为行为造成的客观危害是在自由意志支配下的结果。即还要具有一定的主观恶性,行为具有客观危害和行为人具有主观恶性,是行为应受刑罚惩罚性的内容中不可分割的两个方面。只有严重的客观危害与主观恶性相统一的行为,既有严重的客观危害又具有严重的主观恶性的行为,才应作为犯罪。仅有客观危害没有主观恶性的任何行为或者仅仅有主观恶性没有客观危害的行为,都不应作为犯罪。不论我们是在论述社会危害性还是说一个行为具有刑事违法性,其目的都是在论述这个行为是否应受刑罚惩罚。单一的社会危害性和刑事违法性不能担当其本质的阐释。

(三)没有刑罚就没有犯罪,可罚性是根本和决定因素

没有刑罚就没有犯罪(Nullum crimen sine poena.)的格言,显然是就立法而言:即使是某种行为是法律所禁止的,但如果刑法没有对该行为规定刑罚后果,该行为就是无罪的;反之,如果刑法对某种行为规定了刑罚后果,该行为便是犯罪,而不是其他违法行为。严格的表述应为,没有法定的刑罚就没有犯罪(Nullum crimen sine poena legali)。没有刑罚就没有犯罪的格言告诉我们,法律对某种行为是否规定了刑罚后果,是从法律上区分某种行为是否犯罪的根据。<sup>[12]</sup>从刑罚史的发展来看,将刑罚作为犯罪的唯一法律后果是人类社会的历程本身决定的。这种观点与报应刑论相关,后来随着替代刑的出现,认为刑罚的目的在于社会防御,这种

观点使保安处分的理论得以发展,为了防卫社会必须同时采用刑罚与保安处分两种手段。这样对没有刑罚就没有犯罪提出了挑战。“但是,就刑法典分则对犯罪所规定的法律后果而言,仍然只有刑罚;即使是免除刑罚处罚,也以刑法规定了刑罚后果为前提。刑法典分则没有直接对犯罪规定非刑罚处罚后果……因此,在我国,仍然可以说没有刑罚就没有犯罪。”<sup>[12]</sup>根据这些来看,不管条文处于何种法律条文中,只要它对违法行为规定了刑罚后果,那么这个条文便属于刑法内容;即使刑事法律明文禁止某种行为,但如果没有对这种行为规定刑罚后果,就不能认为这种行为是犯罪。同时保安处分是否犯罪的后果本身就具有争议,很多学者都认为保安处分不是刑罚,所以从这个角度来讲犯罪的结果还是刑罚。

#### [参考文献]

- [1](意)贝卡里亚,黄风译.论犯罪与刑罚[M].北京:中国大百科全书出版社,1993.4,67.
- [2]李东海.刑法原理入门(犯罪论基础)[M].北京:法律出版社,1998.8.
- [3]陈兴良.“社会危害性——一个批判性反思”[J].法学研究,2000,(3):67.
- [4]陈兴良.刑法哲学[M].北京:中国政法大学出版社,2004.153.
- [5]李居全.犯罪概念论[M].北京:中国社会科学出版社,2000.160.
- [6]黎宏著.日本刑法精义[M].北京:中国检察出版社,2004.342.
- [7](日)西原春夫.刑法的根基与哲学[M].顾肖荣等译,北京:法律出版社,2004.1.
- [8]黑格尔.小逻辑[M].范扬译,北京:商务印书馆,1980.259.
- [9]高清海.马克思主义哲学基础(上册)[M].北京:人民出版社,1985.273.
- [10]郭立新.刑法立法正当性研究[M].北京:中国检察出版社,2005.82.
- [11]李文阁.回归现实生活世界[M].北京:中国社会科学出版社,2002.41,42.
- [12]张明楷.刑法格言的展开[M].北京:法律出版社,1999.117,119.

(责任编辑:杨 睿)

## On examination and reconstitution of nature feature of crime

JIANG Min

(School of Law, Southwest University of Politics and Law, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** Generally speaking, endangering the society, whose status and role in criminal law is of great importance, is the nature feature of crime and has become an object of public denunciation. Based on criticizing regarding endangering the society and criminal illegality as the nature feature of crime, this paper holds that penal servitude is the nature feature of a crime.

**Keywords:** endangering society; criminal illegality; penal servitude