



社会危害性的量化问题初探

曾粤兴

行为的社会危害性，是指行为对我国的（社会主义）社会关系实际造成的损害或者可能造成的损害。行为所具有的社会危害性，是犯罪的本质属性或者说本质特征。这是我国刑法理论的通说。尽管这一通说近年来不断受到一些学者的质疑。激进者或认为社会危害性犹如普洛丢斯变幻莫测的脸面，主张将其从犯罪概念中剔除出去，代之以犯罪的形式定义；或虽不否定其在犯罪概念中的地位与意义，但主张将这一超规范的概念转换成法益侵害这一规范的概念，以实质违法性说中的法益侵害说代替社会危害性说；热诚者尽力维护通说之地位，并提出一些新的理由为通说辩护。这场新的论争尚在进行之中，质疑终归质疑，通说还是通说。笔者无意也无力对其作出评价，只是认为，一个国家通过法院对行为人——主要是本国公民动用刑罚时，根据人民主权的宪政原理，有义务说明刑罚的根据。而动用刑罚的前提是国家认为行为人的某种行为构成犯罪，因此国家也就有义务说明认定犯罪的根据。这是立法层面必须解决的问题。尽管犯罪的形式概念在司法层面上有使法官得心应手运用的优势，但它不能回答立法层面提出的问题。有学者认为，“犯罪是什么”和“犯罪的根据是什么”是两个不同的概念。犯罪概念只应回答前一问题，而犯罪的实质概念回答的却是后一问题。笔者认为这种认识恰恰割裂了二者之间的联系。“犯罪是什么”和“犯罪的根据是什么”并非矛盾关系，相反，二者具有一致性。犯罪的形式概念同时也在回答认定犯罪的根据问题，这就是“因为这种行为侵害了法益”或“因为这种行为违反了刑法”。所以从定义的规则上讲，犯罪的实质定义和形式定义一样，都符合定义的规则。只不过从功效上讲，过分强调犯罪的形式概念即刑事违法性，表面上似乎贯彻了罪刑法定原则，但难免陷入奉法条为圣旨的教条主义和形式主义；反过来，在立法层面上片面强调犯罪的实质概念即社会危害性，亦有可能过分扩张国家的刑罚权。前述质疑者委婉的语句下面隐含着这样一个意思：强调犯罪的实质概念即社会危害性，会导致司法擅断从而违背罪刑法定原则，导致法律虚无主义。笔者认为，在司法层面上，由于有刑事违法性这一特征的制约和犯罪构成的制约，通说不至于能为法律虚无主义提供实证例子，质疑者实际上混淆了犯罪概念和犯罪构成的作用。尽管扩张解释似乎可以归因于对社会危害性说的迷恋，但我们应当注意两个问题：第一，产生扩张解释的成因很多，语言本身固有的不精确性有时可能反而是最主要的成因，同时扩张解释毕竟不是类推解释，从逻辑上推论，执着于社会危害性说有可能而不是必然导致类推解释和类推适用，但修订刑法已经抛弃了类推适用，因此，认为通说“冲突了罪刑法定原则”的责难，难免令人怀疑其可靠性；第二，犯罪概念仅仅为人们提供了认定罪与非罪的抽象标准，向人们回答了国家为什么确定犯罪的理由，具体犯罪的认定，必须依靠具体的犯罪构成进行。即使司法官员或者政府官员企图通过司法官员把具有社会危害性但不具有刑事违法性的行为认定为犯罪，有犯罪构成的制约，这种企图也将落空。如此说来，那种认为强调了社会危害性，就会动摇罪刑法定原则的贯彻的观点，从理论上讲有失片面，从逻辑上讲缺乏依据，从事实上讲难找出适例。逻辑虽不能直接证明真理，但可以证明谬误。换言之，符合逻辑的命题不见得是真理，但违反逻辑的命题必定是谬误。这是逻辑推理的最大功效，也是学术研究尤其是思辨分析离不开逻辑推理的方法论依据。有学者认为，犯罪的立法概念的形式化有理论上的合理性，是从罪刑法定主义引申出的必然结论。

这一结论无疑是说，罪刑法定主义必然不允许犯罪立法概念的实质化，如果采用实质概念，就不是罪刑法定。其逻辑推理的大前提不外乎两个：凡是形式化的犯罪概念都符合罪刑法定主义；罪刑法定主义必然要求犯罪概念的形式化。我们实在难以想象这两个前提性命题是如何产生的，也难以明了其产生的必然性。法益侵害这一本质并不能直接说明犯罪，也需要刑事违法性作为补充。因此，如果把上述结论修改为“在定罪的过程中必然要求考虑刑事违法性”的话，相信不会引起什么异议。

当然，肯定社会危害性在犯罪概念中的地位，并不意味着可以忽视其内涵的多变性。科学地量化社会危害性，为罪刑法定的正当化所必需。这正是本文欲说明的问题。

一、犯罪的事实特征的结构分析

本文基于通说的立场，主张从不同角度认识犯罪的特征。犯罪的特征，从属性上可分为事实特征、法律特征；从矛盾关系上可分为内容特征、形式特征。事实特征即内容特征，法律特征即形式特征。犯罪是事实特征与法律特征的统一，也是内容特征和形式特征的统一。但本文所主张的事实特征或者说内容特征，并不仅限于社会危害性，而是社会危害性这一个质的因素与应受刑罚处罚性（简称当罚性或应罚性）这一个量的因素的统一，至于法律特征或形式特征就是刑事违法性。我们认为，所谓当罚性，无非讲的是行为社会危害性的程度，是一个量的因素。这一术语既是在犯罪学意义上使用，也是在刑法学意义上使用。犯罪不同于一般违法行为之处，在于这种行为的危害程度已超出民商法、经济法、行政法制裁措施的范围，有学者称为“极端的社会危害性”、“相当程度的社会危害性”、“严重的社会危害性”。然而，“严重”一类的模糊用语，本身需要进一步量化，才能使刑事立法对违法行为的犯罪化具有正当性、合理性，才能使刑事司法具有可操作性，否则刑事立法将说不清、道不明，罪刑法定徒有其表，罪刑均衡在立法上成为无源之水，在司法上流变为随心所欲，刑法的平等适用将因法官拥有巨大的自由裁量权而变成一个美丽的肥皂泡。

那么，当罚性或应罚性是不是犯罪的独立的特征？在大陆法系刑法理论中，形式的犯罪概念为认定犯罪提供了多层次的检测模式，在这一模式中，构成要件符合性（该当性）、违法性、有责性三者成为层层递进要素或者说特征。实质的犯罪概念为认定犯罪提供了简明扼要的规范性标准，使犯罪概念中的“犯罪构成”超越一般社会事实成为法律上的评价规范，被评价的事实成为规范性事实或者说构成事实，有待评价的事实，则是一般事实。在上述两类概念中，只有个别学者提到“应罚性”，如李斯特博士，但他是在“有责性”意义上使用“应罚性”一词，他在讲到“犯罪，就其形式来看，是指实现犯罪构成、应当受刑法处罚的作为和不作为”之后，分析了犯罪的特征，恰恰没有把“应罚性”作为犯罪的特征来认识，最后得出结论：“犯罪是符合犯罪构成的，违法的和有责的行为。”这一结论，影响至今。耶赛克、魏根特认为“犯罪是法秩序以刑罚作为制裁手段的人的行为”这一概念，没有说明在何等实体条件下应当科处罚金，故主张另一种形式定义即“犯罪是应受刑法处罚的不法”，并认为，“刑法中的要求和禁止规定，只有当刑罚这一国家最为严厉的制裁方式是在保障人类社会的共同生活的权利所必需时，始可提出”。意大利刑法学者不直接谈当罚性，但“对违法行为的制裁应与违法的严重程度相适应”这一相称性原则隐含了这一内容。总之，大陆法系刑法理论一般是在犯罪学意义上分析当罚性。在现代英美法系国家刑法理论中，也有不少学者主张犯罪的实质概念，但主流的观点均未明确应罚性在犯罪中的地位，只有个别学者在主张不道德性、社会危害性、应罚性、刑事追诉性四者时，认为应罚性是犯罪的特征。我国刑法理论中的犯罪概念来自前苏联刑法理论和《苏俄刑法典》，然而，作为其国家继承者的俄罗斯联邦刑法典已经摒弃了前苏联的犯罪概念，代之以“本法典以刑罚威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为，被认为是犯罪”（第14条）。在俄罗斯刑法学者看来，从本质上讲，行为的社会危害性是犯罪的客观特征，即不取决于法律对它的评价的特征，只有在刑法典对它作出这种评价之后才成为犯罪的特征；就其内容而言，社会危害性是一个由犯罪所有必要要素的总和决定的主客观范畴；法典使用两种形式的“社会危害性”概念和术语：仅作为客观的有害性质和作为主客观的有害性质；行为的社会危害性是法律对行为定罪的根据；社会危害性是追究犯罪人刑事责任的根据，是划清罪与非罪和情节显著轻微行为界限的特殊性质，其性质和程度决定着犯罪的分类。显然，一方面，俄罗斯学者是在犯罪学和刑法学双重意义上理解社会危害性。在犯罪学意义上，社会危害性具有客观的有害性质；在刑法学意义上，社会危害性具有主客观的有害性质。另一方面，当罚性或者说应罚性在其犯罪概念中没有存在的空间。《俄罗斯联邦刑法典》第14条2款也有但书规定，其内容是：“行为（不作为）虽然形式上含有本法典规定的某一行为的要件，但由于情节轻微而不构成社会危害性，未对个人、社会或国家造成损害或构成损害威胁的，不是犯罪。”这一规定与其说是对应受刑事处罚性的肯定，不如说是对社会危害程度的限制。

我国刑法理论的通说认为，应罚性是犯罪的又一重要特征，它起着区分罪与非罪的作用，其法律依据是我国刑法典第13条但书的规定。不过，原来持这一观点的一些学者已经转变认识，认为应罚性是犯罪的法律

后果，不是犯罪的基本特征也没有必要把它列为犯罪的基本特征，理由是：不是应罚性制约犯罪，而是严重的社会危害性决定行为构成犯罪，从而决定行为应受刑罚处罚；从刑法分则对犯罪的规定来看，也不便说应罚性是犯罪的基本特征；在犯罪定义中将应罚性列为犯罪的一个基本特征，在逻辑上犯了循环定义的错误。笔者对此有不同认识。“情节显著轻微危害不大”究竟是一种事实评价还是一种规范评价？抑或是事实评价或法律评价的对象？我们认为，在立法层面上，它和与之相对应的“情节严重危害较大”一样，仍然是事实评价的对象，是犯罪的内容特征即事实特征所解决的问题范畴，因此，这句话本身是与“刑事违法性”这一规范评价相对应的事实评价的内容。

由此分析，犯罪的内容特征（事实特征）是社会危害性这一质和当罚性这一量两方面因素的统一，这一量的维度，使犯罪这一行为的社会危害性区别于其他一切非犯罪行为的社会危害性，从而使社会危害性这一被评价事实具有独立存在的价值，再经过刑事违法性的评价，上升为构成事实，通过罪刑法定从被评价的一般社会事实成为法律事实，在一般社会事实中划定犯罪圈，这样，这一量的维度所具有的功能就是使社会危害性的总量突破违法的临界点，经过刑事违法性的确认而产生质的飞跃，使违法行为被确认为犯罪行为。质言之，犯罪的特征分为两个层次，第一层次是形式特征和内容特征，第二层次是内容特征的内部结构，当罚性和社会危害性都是犯罪内容特征的要素。

美国刑法学者格兰威尔·威廉斯言：“既然犯罪与民事违法行为不同，那么在犯罪中一定存在着其内在固有的，使其区别于民事违法行为的东西。”而通过上述分析，我们认为，犯罪的这种固有的、使其区别于其他违法行为的东西不是泛泛而论的社会危害性，而是有量的限定的社会危害性，是质与量统一一致的内部属性或者说事实特征。这样，犯罪行为的社会危害性就绝非象有的学者所断言的那样，与其他违法行为相比较，“只有量的区别而无质的不同”。

需要说明的是，在上一世纪八十年代末司法部主办的全国高校师训班使用的讲义中，邓又天教授也将犯罪的特征分为本质属性和法律特征，但他主张的本质属性是指社会危害性，法律特征则包括刑事违法性和应罚性，实际上是把刑事违法性与应罚性作为犯罪特征的两个要素考虑。其后的一些教材也持此观点。这给笔者带来很大启发。不过，笔者认为，我国刑法理论中所讲的应罚性，因为是从程度上考察，所以相当于大陆法系刑法理论中的“当罚性”而不是可罚性，在立法层面上属于事实评价范畴而非法律评价范畴。

犯罪的法律特征的结构分析

犯罪的法律特征是其刑事违法性。所谓刑事违法性，指犯罪是触犯刑律的行为。也有学者称之为刑法的禁止性，意指犯罪是被刑法所禁止的行为。还有学者认为可以称之为符合刑法规定的犯罪构成。总之，在我国刑法理论中，刑事违法性包含两层意思，一是指触犯或违反刑法规范中的禁令，二是指行为符合刑法条文有关犯罪的规定。俄罗斯联邦总检察院认为，刑事违法性是犯罪被相应的刑法规范以对犯罪人适用刑罚相威胁而被禁止的性质，是对犯罪社会属性的实体评定在法律上的表现，其突出特征是有罪过性和应受刑罚。此处的“应受刑罚”，实际上指的是可罚性，因为它指的是具体的刑罚威胁和法律后果。由于刑罚具有量的特征，所以刑事违法性的结构也由两个因素组成，也是质和量的统一。其质即违反刑法禁令的性质，其量即违反这种禁令的后果。其作用或者说功能是：国家在具有社会危害性或具有应当处罚的社会危害性的行为中划定犯罪圈，使罪与刑法定化，避免司法擅断，通过立法上的法定为司法实现一般正义奠定基础。这一结构的哲学依据是：犯罪的事实特征中的质与量的因素，通过立法评判从事实判断上升为法律判断，成为法律特征中的质与量的因素。两个结构的构成要素形式相同，但经过一个螺旋式的上升过程，内容已经发生变化。犯罪的事实特征中的社会危害性即质，只是客观事实上的社会危害性，只是构成犯罪的前提，有社会危害性并不必然有刑事违法性，无社会危害性即无犯罪。但这一个质上升为刑事违法性后，便成为法律上的社会危害性。当立法评定的社会现象尚未发生质的变化时，有刑事违法性就有社会危害性，无刑事违法性或者说无行为对刑法规范的违反即无犯罪；犯罪的事实特征中的当罚性即量，从事实的、应然的角度为刑事立法确定犯罪圈提供了根据，但它也只是构成犯罪的前提之一，有当罚性并不必然有刑事违法性，无当罚性即无犯罪；但这一个量上升为刑事违法性后，便成为法律上的可罚性，有刑事违法性就有可罚性，无可罚性或者说无刑法对这种违反禁令的行为的处置性规定即无刑罚，进而言之，无刑罚则无犯罪。这一逻辑推论，恰恰证明了费尔巴哈对罪刑法定主义所作的“无法律即无刑罚，无犯罪即无形罚，无法律规定的刑罚即无犯罪”的经典论述。同时，这一逻辑推论，反映了从事实判断到法律判断、从价值判断到规范判断的过程，这种认识过程，反映了人们认识事物的一般规律：事实判断、价值判断是一种感性认识，而法律判断、规范判断是一种理性认识。人们对事物的认识，要经过从感性认识到理性认识的阶段，要有一个有表及里、去粗取精、去伪存真的求是过程。由此分析，我国刑法典对犯罪概念的实质性规定，我国刑法理论通说所采用的犯罪的实质概念（也有学者称之为混和概念），具有科学的方法论依据，是经得起推敲的。

至于犯罪的内容特征和形式特征谁主谁次的问题，在此有必要作一说明。俄罗斯著名刑法学家库德里亚夫采夫以及纳乌莫夫认为，“在一个法制国家，违法性要件应该占据第一位”。在我国，对通说提出质疑的学者也表明了同样认识。对这一认识，不能简单加以否定，因为它蕴涵着真理的内核，对于通过司法这一中心行为实现刑事法治具有重要意义。不过，笔者认为，由于认识阶段、认识顺序不同，内容特征和形式特征在犯罪认识中所起的作用也就不同。在立法划定犯罪圈阶段，“犯罪”是一个非规范化概念，内容特征当然起到第一位作用；在司法阶段，“犯罪”是一个规范化概念，形式特征当然起到第一位作用。如果不作阶段限制，泛泛而论，则无所谓主次，二者都重要。与此相应，在立法划定犯罪圈阶段，当罚性只是一个抽象的刑罚概念；在犯罪概念确立后，“刑罚”则成为一个法定的可罚性常量。这种法定的可罚性常量，经过刑事责任这一媒介或桥梁，即变成现实的可罚性变量，即法定刑变成宣告刑，量的关系由抽象变为具体，立法对一般正义的追求，通过司法实现为个别正义。从作用或者功能上讲，犯罪概念的事实特征主要回答“犯罪的根据是什么”的问题；犯罪概念的法律特征和事实特征相结合，共同回答“犯罪是什么”的问题。

三、社会危害性的量化

立法不可能脱离道德进行。社会危害性的判断，常常与道德相联系。而国家越大、民族越多、社会分层越复杂，道德的内涵就越难把握。但是，在一个统一的国家，在不同的民族中，在不同的社会阶层中，存在着共同的道德标准和道德内容，这是一个国家法律统一实施的道德基础，也是量化社会危害性的事实基础。

社会危害性的判断，实质上属于价值判断。某个人实施了某种行为，造成了某种结果，这是一种事实。司法人员、律师以及社会公众对这种事实的认识，属于事实判断；这种行为以及结果对于社会来说，有利还是有弊，是善还是恶，则属于价值判断中的评价判断问题。更进一步来看，对这种行为以及结果应当如何处置，则属于规范判断。评价判断与规范判断属于价值判断或者说为价值判断所包括。结合犯罪的两大特征来说，对犯罪事实特征的认识，属于事实判断；对犯罪法律特征的认识，属于价值判断。事实判断是评价判断的前提，评价判断是规范判断的基础，规范判断是评价判断的目的。因此，评价判断体系的建构，对于规范评价的进行，无疑具有非常重要的意义。对于刑法上的行为而言，如何判断社会危害性的有无，问题就更加复杂，不仅因为法定犯具有不同于“自然犯”之处，并且这一问题在很大程度上决定着一个人是继续生活于自由状态，还是脱离自由状态，甚至是生还是死的问题，需要慎之又慎。理论界在上个世纪九十年代初就已围绕“三个有利于”标准达成共识，这为我们建构社会危害性的评价体系提供了政治的和哲学的标准，但这是一种高度抽象的标准，它的功能可以说在刑事立法过程中具有高度的发挥空间，比如对于法定犯的设立。因为法定犯的特点可以概括为：某种行为不是或主要不是因为有害而被宣布为犯罪，恰恰相反，是因为被宣布为犯罪，人们才认为它有危害。在司法过程中，法律的实然规定与应然状态或多或少是有差距甚至是有矛盾的。社会危害性的评价体系，由法律的连续性、权威性所决定，应当具有相应的连续性、稳定性，不应随着政治标准的改变而摇摆，这也是罪刑法定原则的基本要求。换言之，随着社会政治、经济、伦理道德、文化、价值观念的变化，刑事立法会出现滞后性。此时，如果以既定的社会危害性评价体系判断，完全可能出现与采用“三个有利于”标准进行价值判断的矛盾结果，比如曾经存在于我国刑法中的投机倒把罪。在这种情况下，法律主义的观点是主张立法与时俱进，尽快修订法律，但司法必须严格遵守法律。机会主义的观点则主张先改变司法，然后改变立法。我们的观点是，既定的社会危害性评价体系固然可以发生相应的调整，但如果这种调整可能出现司法不公时，应当先修订法律，再改变司法。质言之，在刑事司法中，关于行为社会危害性的评价标准是一种具体的、可操作的标准。本文仅仅试图说明量化社会危害性的意义、形式和标准问题。当然，从事实判断进入价值判断，本身是一个认识的飞跃过程，价值判断何以可为，原本就是哲学上争论不休的问题。而建立社会危害性评价体系，或者说进行社会危害性的评价工作，是从价值判断反证事实判断，同样具有巨大的困难。不过，尽管困难，却是公正司法必须进行的工作。

所谓量化，即数量化，是指采用可以计算、测量的标准判断社会危害性大小的过程。事实上，这一概念所揭示的内容就已经说明：价值判断的抽象性及其与事实判断之间的距离，决定了社会危害性的量化不可能是精细准确的，而只可能是粗放的、相对模糊即相对明确的，否则价值判断与事实判断相重合，也就无所谓价值判断了。

量化行为的社会危害性，可能首先有必要把犯罪区分为自然犯、法定犯两大类。所谓自然犯，是指人们根据与生俱来的自然法意识以及后天形成的伦理道德观念能够判断为“恶”的那些犯罪，如杀人、抢劫（强盗）、强奸、盗窃、诈骗、贩卖人口、生产销售伪劣产品、赌博等。这些犯罪的总数在任何国家的刑法中都占有绝大部分比例，它们与一个国家和社会的文化背景密切相关。比如在我国，传统文化意识中，“万

恶淫为首，万丑赌为高”，“宁可要饭，不可偷盗”，“从小偷针，长大偷金”的古训代代相传。而所谓法定犯，一般是指人们很难用伦理道德标准进行善恶评价的、由立法者根据刑事政策需要确立的那些犯罪，它们在一国刑法中只占少数，如擅自进口废物、非法处置进口废物、非法向外国人出售、赠送珍贵文物、倒卖文物等犯罪。当然，这种区分是在特定历史时期可以进行的静态区分。文化是不断发展的。随着一个国家文化的发展，社会的价值观念也会产生相应变化。某些法定犯也会逐渐演变为自然犯。一般来说，对自然犯的社会危害性可以进行经验分析或者解释，因为它容易被感知。而法定犯的社会危害性不容易被感知，很难进行经验分析或解释。因此，立法者对于法定犯往往规定了“情节严重”、“造成严重后果”、“造成严重损失”等字样。当然，立法者对于自然犯也有类似规定。但是，从成立犯罪角度讲，自然犯存在举动犯、行为犯，而法定犯几乎都是结果犯。因此，至少一部分自然犯的危害程度判断很难进行量化。比如贩卖毒品、强奸妇女、绑架、爆炸、投放危险物质等。

尽管通说认为，某种行为同时具备刑法分则所规定的犯罪构成要件，就足以说明该行为的社会危害性已经达到应当承担刑事责任的程度即犯罪的程度，然而，大量的犯罪构成对于行为的客观方面还规定了大量的模糊情节要求，除上述例子外，还有“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”、“情节特别严重”等。这就使得罪与非罪之间，不完全是一条清晰的界限，而是一个模糊的界域。立法应当尽量缩减这样的界域，这也是罪刑法定原则的题中之义。可是法律的高度适应性，决定了这些界域的不可避免性，这就为司法解释、立法解释、法官解释增加了量化义务。

当分则规定了上述对于成立犯罪具有决定性作用的情节时，我们称之为情节犯。如果情节犯仅仅体现为以赃定罪的立法意图时，社会危害性的量化标准是容易建立的。但是，许多情节犯并不仅仅以犯罪数额的多少作为区分罪与非罪的惟一标准，此时，量化标准的建立仍然是困难的。例如此案：在皖南、苏北交界的一个贫困山村，一个孤老太婆家徒四壁，与所养的两只老母鸡相依为命。某日夜里，一个小青年偷走了老太太的这两只鸡，老太太一气之下，上吊身亡。从数额上看，盗窃两只普通的家鸡，显然不可能构成犯罪，然而，该盗窃行为引发的后果却将是否应当追究盗贼的刑事责任的问题摆在了法律人面前。在此，我们无意于作出什么结论，只是作出思考：类似案件的社会危害性的量化标准，是否应当考虑行为引发的后果？

事实上，大量犯罪的社会危害程度的量化标准已经建立，如人体轻伤、重伤鉴定标准的制定，立案标准的制定，财产犯罪以及部分经济犯罪数额起点的规定、交通肇事罪、重大责任事故罪、非法持有毒品罪犯罪起点的规定等等。对这些规定进行综合、归纳，可以大致确立这样一些量化标准：

（一）数量标准。数量标准，包括次数标准、数额标准。经济犯罪、财产犯罪、过失犯罪等与经营规模、获利数额、损失程度相关的犯罪，可以对有形危害结果进行量化。这是最精确的标准，但不见得是最合理的标准。比如，受贿5000元构成犯罪，假如行为人索要或者收受的贿赂只有4900-4999元，就为罪刑法定原则的司法实践提出了难题。

（二）程度标准。危险犯性质的犯罪、预备性质的犯罪、过失犯罪以及其他某些犯罪，由于罪与非罪的界域较宽，可以采用这一标准。这一标准似乎容易建立，但标准的内容不容易使法理、事理、情理协调一致。比如安放爆炸物，如果把一切在公共场所，包括公共交通工具、他人的交通运输工具、设备上安放爆炸物的行为都作为爆炸罪、破坏交通工具罪、破坏交通设施罪定罪处罚，不进行必要的物理分析，恐怕不尽合理。因此，程度标准实际上还需要进一步量化，比如对爆炸物实际具有的当量加以规定，对侮辱、诽谤罪的“情节严重”的含义，可以考虑行为次数、在场人员是多人还是个别人、持续的时间长短等因素建立量化标准；对非法拘禁罪，可以考虑拘禁的时间长短标准；对过失犯罪中的“重大事故”、“严重后果”等应当结合数量标准加以判断。

（三）后果标准。对于那些引发了家庭悲剧、巨额经济损失、民族矛盾和民族纠纷的行为，需要建立后果标准作为补充判断标准。比如侵犯通信自由、盗窃、抢夺等，如果次数少、数额小，但引发的后果严重，可以以此作为追究刑事责任的依据。

（四）无标准。在数学上，“零”也是数。在社会危害性量化标准中，无标准也可以说是零标准。对于某些具体的、从一般理性人的认识可以判断其本身具有严重危害性的犯罪来说，行为人有所举动，就应当认为已经构成犯罪。比如开枪杀人、越狱、诬告陷害、绑架、劫持航空器、劫持船只、汽车等犯罪。

四、社会危害性的量化与刑法基本原则的实现

科学地量化社会危害性，对于刑法基本原则的实现具有重要意义。

关于罪刑法定原则

在善的价值的引导下，罪刑法定主义成为刑事法治的基石。倘若离开了人类共同的善的价值追求，离开了

正当化依据，罪刑法定就仅仅是一具皮囊而徒有其表。罪刑法定，是罪的法定和刑的法定的统一。量化社会危害性，方能为判断行为的刑事违法性奠定基础，为罪的法定提供量的科学的制约，为刑种和刑度的配置提供公平、合理的依据。没有这样的依据，不仅罪与刑的确立难于具有科学性，而且刑种的选择、刑度的长短无法具有公正性。在这个意义上说，离开了社会危害性的量化，罪刑法定徒有其表。

（二）关于罪刑均衡原则

罪刑均衡，在王汉斌副委员长《关于刑法修订草案的说明》中有一个权威性解释，即刑罚的轻重和行为的危害性相一致，重罪重判，轻罪轻判。这一解释，实际上包含两层意思：一是刑罚的配置，在具体各罪中应当均衡；二是社会危害程度相似的几个犯罪之间，刑罚应当均衡。后一层意思，往往不被人们所重视，故而在立法上常常留下很多遗憾，司法上的问题更是不胜枚举。比如，强奸罪的起刑点为三年徒刑，而组织卖淫罪的起刑点则为五年徒刑；抗税罪的刑期仅为拘役至七年徒刑，而抢劫罪的刑期则为三年以上徒刑直至死刑；贷款诈骗罪最高刑为无期徒刑，而虚开增值税发票罪最高刑为死刑。诸如此类，都是明显失衡的适例。

在分则各罪的刑罚配置和适用中，罪刑均衡也包括两方面意思：一是抽象的犯罪（真正意义上的未然之罪）和法定刑之间的均衡；二是现实的犯罪（已然之罪）和宣告刑之间的均衡。前者表现为重罪配置重刑，轻罪配置轻刑，较重（轻）罪配置较重（轻）刑；后者表现为重罪重判，轻罪轻判。前者向社会提供的是一般正义的模式；后者向社会输出的是个别正义的结果。这是刑法上的分配正义的一般要求。量化社会危害性，方能为罪刑均衡提供科学合理的判断标准，方能制定出体现一般正义要求的刑法规范。没有这样的标准，罪刑关系必将失衡，刑法的公正刑将大打折扣。在这个意义上说，离开了社会危害性的量化，罪刑均衡将无从谈起。

（三）关于刑法平等适用原则

刑法平等适用，是指司法活动中对一切被告人定罪量刑时，既要反对特权，又要消除歧视。尽管它只是一个适用原则而不是立法原则，但立法上的平等、公正是这一原则适用的前提。陈兴良教授指出：“立法平等只是刑事立法公正性的一个基本要求。从更深一个层次来说，刑事立法的公正性还要求立法公平。这里的立法公平，主要就是指罪刑的等价性。”我们认为，刑法适用上的平等，既包括定罪的平等，也包括量刑的平等。社会危害性的量化，既为平等定罪奠定坚实的基础，也为平等量刑提供统一的标准。没有这样的基础和标准，罪刑关系很难具有等价性。所谓皮之不存，毛将焉附？立法既已不公，平等适用又有何用！何况立法产生的一般性非正义，分配到个人头上时必然是个别性非正义，换言之，立法不公，必然导致司法擅断。当然，立法公平和平等只是为司法公平和平等创造了条件，司法的结果，并不必然就会实现这种公平和平等，但社会危害性的量化，显然能为司法实现这种公平和平等增加一道制约。在这个意义上说，离开了社会危害性的量化，刑法平等适用将如空中楼阁。

在我国刑法的创制中，社会危害性的量化在分则中有较多体现，其表现形式既有明示性规定，也有隐含式规定。在刑事司法中，一般通过司法解释对刑法典量化工作的不足进行弥补，其表现形式基本上为明示性规定。明示性的规定主要体现在数额犯中，其次体现在情节犯中。量化的标准比较复杂，如偷税罪的量化标准为双重标准；生产、销售伪劣产品罪以销售金额为标准；走私普通货物、物品罪以偷逃应缴税额为标准；强奸罪的量刑情节中，既有犯罪主体的人数标准，也有犯罪对象的人数标准；抢劫罪的量刑情节中，既有次数标准，也有金额标准。隐含式的规定，表现为没有直接的定量限制，主要体现在行为犯和结果犯中，例如危害国家安全罪、杀人罪、重婚罪、拐卖妇女、儿童罪、制造运输贩卖毒品罪等。有学者认为，这些犯罪或因其分割的利益特殊或重要，或因其行为本身具有严重的危害性，因此，立法者不再对这些行为的社会危害性作特殊的量的限制。我们以为，此说值得商榷。这些犯罪并非没有量的限制。无量即有量，正如零数也是数。以制造运输贩卖毒品罪为例，立法及司法解释说明，制造运输贩卖一次或零点一克毒品即构成犯罪（这是否合理，另当别论）。以其他犯罪为例，杀人一次或一人即构成犯罪；重婚一次或一天也构成犯罪。相反，行为次数、天数、人数或数量为零则不构成犯罪。在结果犯中，还有轻伤、重伤、数额较大、数额巨大之类的标准，看似模糊，实则清楚，因为它们均有明确的量化指标规定在司法解释中。需要进一步研究的是危险犯中社会危害性的量化问题以及行为犯中的情节严重、情节恶劣的量化问题。

（作者系云南大学法学院教授，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）

上篇文章：刑法国际化视野下的我国刑法理念更新
下篇文章：法定犯特征论要

 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