情节犯立法之随意性弊病与体系化修正

张　庆　立
(华东政法大学 刑事法学院, 上海 201620)

[摘　要] 情节犯乃我国刑事立法之特色,由于以往规范性不足,长期面临存废之争,但立法不规范并不能成为废除情节犯的充足理由,情节犯在协调人权保障和社会保护的双重价值方面仍具有积极意义。目前,情节犯立法罪名数量过多过滥,在侵害婚姻家庭犯罪、贿赂犯罪、泄露国家秘密犯罪、侮辱国家犯罪和法定刑不满 3 年的轻罪中随意性突出。建议从刑法体系化角度入手,采用"总则要素限定+例示情节犯"的模式予以修正,注重罪名体系的构建,统筹协调相关罪名的情节犯立法。

[关键词] 情节犯; 存废之争; 立法弊病; 随意性; 体系化
[中图分类号] D924;D920.0　[文献标识码] A　[文章编号] 1673-0755(2021)05-0073-08
DOI:10.13967/j.cnki.nhxb.2021.0083

一　提出问题

所谓情节犯是指刑法分则明确规定的,以"情节严重"或者"情节恶劣"作为犯罪成立必备要件的犯罪类型。与域外刑法往往坚持"定性而不定量"的立法模式不同,我国刑事立法坚持"定性又定量"的立法模式,情节犯就是这一立法模式的直接体现,是我国刑法中特有的犯罪类型。据统计,在《刑法修正案(十一)》实施前,我国现行刑法共规定了 469 个罪名,其中,情节犯罪名就有 122 个,占罪名总数的 26%。按照有无并列情节划分,包括纯正的情节犯罪名 98 个和非纯正的情节犯罪名 24 个;按照立法表述划分,包括情节严重型情节犯罪名 112.5 个和情节恶劣型情节犯罪名 9.5 个(寻衅滋事罪属于二者的混合)[1]。本次《刑法修正案(十一)》实施后,刑法又新增情节犯罪名 15 个(包括高空抛物罪等新增设的罪名 11 个和侵犯商业秘密罪等修改的罪名 4 个),删除情节犯罪名 1 个(骗取贷款、票据承兑、金融票证罪)。事实上,我国情节犯立法早已有之,自 1979 年算起已有 40 余年的历程,必须承认情节犯立法具有我国的特点,对我国刑事法治建设发挥了积极作用,但也存在立法规定过多、过滥、过乱和过于随意等一些不可回避的问题。多年来情节犯立法一直面临存废之争,何为情节严重或情节恶劣一直是困扰司法实务部门的难解之谜,如此模糊性的规定难免存在违背罪刑法定原则之嫌,究竟还有无存在的必要,如果有,那么针对当前存在的问题,又当如何完善,值得认真思考。

二　情节犯立法的"存""废"之争

由于情节犯之情节严重或情节恶劣规定的模糊性,司法实践中对情节犯立法的质疑却从未停止。

主张废除情节犯的学者认为:情节犯立法具有难以克服的缺陷,应当予以革除,代之以明确具体的规定。理由如下:一是情节犯是 1979 年刑法立法时坚持"宜粗不宜细"的指导思想的体现,是立法粗疏的表现,是历史条件下不得已的举措。二是一般来说,行为性质越严重,入罪的要求越低;反之,则越高,而情节犯立法往往具有随意性,并不契合上述原则。三是"和"型情节犯的立法模式并无必要,属于不当限缩了犯罪圈。四是情节犯的情节规定模糊,有违反罪刑法定原则之嫌。五是情节犯立法可能导致立法权的旁落和司法权的擅断[2]。六是从实践看,"情节犯的规定使社会地位不同的公民,面临刑法不确定性风险的机会也不同,而且这种不平等是由法律形式固定下来的",违反了法律面前人人平等的原则[3]。七是情节犯立法与总则关于犯罪的定义不协调,仅具有提示作用,并无实质意义,且有的进行了提示,有的没有提示,并不统一,即使没有规定为情节犯的罪名有时也必须考虑情节的要素,

[收稿日期] 2021-08-12
[作者简介] 张庆立(1983—),男,山东聊城人,华东政法大学刑事法学院博士后研究人员,法学博士。

同时,纵观域外也无情节犯的立法例[4]。

主张肯定情节犯的学者认为:刑法规范的模糊性不仅是客观的也是必要的,情节犯立法应该坚持。肯定说的理由如下:一是语言的模糊性和立法者对后果缺乏预见性决定了刑法情节犯模糊性的客观存在。二是立法者有意用语义的模糊性给法官执行法律时留下进退自如的空间。三是刑法规范模糊性的存在是保证刑法规范的稳定性所必须的。四是立法者的预见能力的局限性和社会发展变化之间的矛盾决定了任何刑事立法所谓明确性都只能是相对的,而模糊性才是绝对的。五是模糊性有利于实现社会保护功能,尤其是在治安形势严峻的情况下,可以强化刑法的适应性、灵活性与超前性[5]。六是"可使刑法条文表述更为简洁,并对刑法处罚范围进行提示和限制,使立法和司法活动之间保持一定的张力"[6]。七是情节犯立法与我国德主刑辅的法文化传统相适应[7]。

针对肯定说的观点,废除说还进行了相应的回应,具体如下:一是针对情节犯可以避免处罚漏洞的观点,废除说认为这具有片面性,仅仅看到了情节犯在处罚严重危害社会行为方面的价值,却忽略了情节犯的模糊性完全可能将危害社会不严重的行为作为犯罪看待的消极一面。二是针对情节犯立法便于司法机关灵活运用的观点,废除说在承认合理自由裁量权的前提下,指出合理的自由裁量权应当以法官的高素质为前提,但我国并不具有这样的条件,且这种灵活性还有忽视人权保障的一面。三是针对情节犯立法简洁的观点,废除说认为情节犯立法有简短之长,但却并不明确,属于简而不明[3]。

针对废除说的观点,肯定说也进行了一定的回应,指出"如果认为刑法规定情节严重就是对罪刑法定原则的违反,那么时至今日,任何一个国家都难以把刑法精确到能够罗列现实生活中可能发生的所有情形的程度,也难以实现保护法益和保障人权的平衡。"[8]同时,包括情节在内的定量因素是刑法谦抑的表现,是将轻微危害行为出罪化的举措,是与我国犯罪构成理论相符合的[9]。如在寻衅滋事罪中,"情节严重"或"情节恶劣"恰恰为"形式上符合构成要件但实质上达不到严重社会危害性程度的行为"(即欠缺犯罪的实质要件)提供了立法上的出罪机制[10]。

三 情节犯立法既应"存"又需"修"

事实上,上述关于情节犯立法存废的观点往往只看到了情节犯立法的不同侧面,并不完整,而且缺乏对价值、目的、思想方面的深入追问,都存在或多或少的缺陷。

(一)情节犯立法应当"存"的理由

"情节犯立法究竟有无必要"与"情节犯立法是否规范"是两个不同层面的问题,不能因为"情节犯立法存在不规范"的问题,就因噎废食,从根本上抛弃情节犯的立法类型。针对废除情节犯的理由,我们认为:

一是简单以"情节严重"或"情节恶劣"作为犯罪成立要件的情节犯确实是立法粗疏的表现,但这并不意味着所有的情节犯都是立法粗疏的表现,那些列举式情节犯恰恰是立法精细的体现,例如拒不履行信息网络安全管理义务罪,刑法在列举了"致使违法信息大量传播""致使用户信息泄露,造成严重后果""致使刑事案件证据灭失,情节严重"的情形之后,又规定了"其他严重情节"的情形。尽管该条文在立法表述上还存在一定的瑕疵,但相比于单纯的"情节严重"或"情节恶劣"而言,这种列举式的规定显然具有积极的意义。

二是尽管目前情节犯立法导致刑法部分罪名之间不协调以及立法冗余问题,但这属于情节犯不规范的问题,并不能作为废除情节犯的理由,恰恰是完善情节犯立法的理由。

三是仅仅简单以"情节严重"或"情节恶劣"的表述具有一定的模糊性,就认为情节犯本身的规定过于模糊,从而违反罪刑法定原则,太过于绝对化了。罪刑法定原则之所以要求刑法条文应当明确,是为了确保刑法条文的可预见性,从而保证人们行为的自由,从这个角度看,罪刑法定原则所要求的明确性,只要达到能告诉人们应当怎样行为,而不致于使人们不知所措即可。如此来看,如果情节犯的罪状抛开情节要件仍然可以清楚地告诉人们应当怎样行为的话,那么就不能认为情节犯立法本身违反罪刑法定原则的明确性要求,而例示情节犯恰恰符合这一要求。

四是刑事立法简单以"情节严重"或"情节恶劣"作为犯罪成立的要件,并完全交由司法解释对"情节严重"或"情节恶劣"做具体解释的做法,确实有造成立法权旁落和司法权擅断的弊端,但也必须看到要求立法者的立法达到不用解释和完全排除司法裁量的程度是不可能的,既然司法裁量在刑事司法过程中必不可少,那么立法就应当为司法裁量提供标准,而例示情节犯的立法模式恰恰可以满足这

一要求,以“同等程度”的要求为司法裁量划定了边界。

情节犯立法(主要是例示情节犯立法)的价值在于:一是可以有效地保护法益,不至于放纵危害社会的行为。二是可以更好地保障人权,划定行政处罚与刑事处罚之间的边界。由此来看,情节犯立法的价值正好契合了刑事立法本身的目的,即打击犯罪和保障人权,实现了二者并重。同时,其应然价值与客观机能相比,二者也基本保持了一致,在情节犯的机能方面,我们应当以限缩犯罪圈为主,以扩大犯罪圈为辅,相应地,在情节犯的立法价值上,就应当以更好保障人权为主,以有效保护法益为辅,理由是:法益概念的本质即人的生活利益,可见保护法益的终极目的还是在于人,人只能作为一切行为的目的,而不能成为一切行为的手段,故将保障人权置于保护法益之前,不仅契合了人之目的性地位,也符合法益概念的本质。因此,主张情节犯立法不能采取简单的纯正情节犯或相对简单的非纯正情节犯的立法模式,而应采用例示情节犯的立法模式,将犯罪圈的扩大限制在立法允许的范围之内。

(二)情节犯立法需要“修”的理由

承认情节犯(尤其是例示情节犯)的规定具有存在必要性,并不意味着维持当前情节犯的立法现状不变,事实上,当前我国刑法中情节犯立法存在诸多不尽如人意的地方,需要完善。针对肯定说的观点,我们认为:

首先,立法语言确实具有模糊性,再精密的明确性语言都不可能概括无限的客观世界,客观世界中总是存在语言所无能为力的情形。然而,承认语言的模糊性并不能否定语言的明确性要求,二者是同时存在,不可偏废的。一味强调语言的模糊性,就不能区分性质不同的各类事物,最终陷入事物不可知的泥潭,同时,语言具有模糊性并不代表就不能探究语言的明确性,在承认语言具有模糊性的同时,努力探求语言的明确性不仅是必要的,也是可行的,将多年来运行的司法解释以及司法实践经验总结、提炼、升华为刑法的明确性规定显然是可以实现的有效举措。

其次,由于各种复杂的原因,刑法保持其必要的张力,给司法者留下空间,本身并无不妥,但关键是刑法的张力、留下的空间是否过大的问题。即使在《刑法修正案(十一)》实施前我国情节犯的罪名占刑法罪名总数的比例高达 28%,而且其中 80% 为纯正的情节犯,如此来看,刑法中至少有五分之一的罪名规定了“情节严重”或“情节恶劣”才能构成犯罪,显然刑法的张力过大。刑法张力过大,极容易造成司法者在入罪问题上的权力滥用,同时,广大民众因缺乏预见可能性,也可能将不知所措,从而限制了人们的行为自由。

再次,刑法的稳定性确系法治国家应当时刻坚守的目标,如果刑法朝令夕改,人们必然会陷入不知所措的地步。然而,刑法的稳定性绝不应以牺牲刑法的明确性为代价,无论如何,刑法的明确性都是罪刑法定原则的重要内容之一。刑法的稳定性不能以刑法的模糊性为保证,只能以刑法的明确性为前提。放弃了刑法明确性而只强调刑法稳定性的立法条文越多、存在的时间越长,就越会危及现代法治社会孜孜以求的人权保障的价值目标。另外,由于刑法的明确性和刑法的稳定性都是相对的,而不是绝对的,故尽管刑法的明确性可能影响刑法的稳定性,但同时也应当看到,在刑法相对明确性之外的那部分相对的不明确性也可以适度维护刑法的稳定性。

复次,立法者预见能力的局限性与社会发展变化之间的矛盾是客观存在的,立法者确实无法预见未来发生的一切。然而,立法者也并非一切都无法预见,而且刑法的明确性是相对的,也从来没有要求立法者预见到未来的一切。立法者预见能力有限性和社会发展无限性之间的矛盾是制定法普遍存在的问题,并非是情节犯立法单独存在的问题。立法者预见的局限性也不能说明情节犯的模糊化本身就具有妥当性,至少立法者可以运用科学的方法将可以预见的部分以及司法实践中总结归纳的部分纳入刑法规定,从而使刑法规定尽量明确。

最后,刑法的模糊性,确实有利于实现刑法的灵活性,也有利于实现刑法社会保护的目的。然而,这都是以牺牲刑法的可预见性,牺牲刑法人权保障的价值为前提的。刑法既要以社会保护为目的,也不能放弃人权保障的价值取向,尤其在现代法治社会中,现代法治理念对人权保障的强调是史无前例的,如果以牺牲人权保障为目标,过于强调社会保护的目的,就可能违背了现代法治社会的精神,危害到我国好不容易推进起来的法治进程。讲到底,这种片面强调刑法模糊性、灵活性和社会保护目的,从而片面肯定情节犯立法的观点,就是一种重打击犯罪、轻保障人权的思想的体现,在现代法治社会中,这一思想应当被摒弃。

综上来看,情节犯立法的存废之争,在本质上就体现为刑法的社会保护和人权保障的价值之争。凡

是肯定情节犯立法的观点,往往强调刑法模糊性的正当性,追求刑法社会保护的价值取向。相反的观点则否定情节犯立法,强调刑法的明确性或者相对的明确性,追求人权保障的价值目标。实际上,人权保障和社会保护都是我国刑法所追求的价值目标,更准确地说,我国刑法所追求的恰恰是二者的协调实现,故我们既要承认刑法的明确性,也要承认刑法的相对模糊性。更进一步来看,随着现代法治理念的深入人心,在刑法的目的上,现代法治国家往往更加强调人权保障的价值实现,故刑事立法中,在承认刑法明确性和模糊性辩证关系的同时,往往更加强调刑法的明确性。在具体的态度上,应坚持刑法的相对明确性,一方面,认为刑法应当坚持明确性的追求;另一方面,也应承认刑法的明确性受到各方面的限制,在一定阶段刑法的明确性都是相对的。刑法的明确性系主观追求、原则要求,而刑法的模糊性系客观存在、被容忍的例外,刑法的模糊性仅仅在刑法明确性之后作为补充的部分被关注,而不应该将其上升为原则的立场加以强调。

四 我国情节犯立法随意性问题突出

目前,从具体罪名数量上看,在《刑法修正案(十一)》实施后,在我国刑法 482 个罪名中,就有 135 个情节犯的罪名,情节犯立法所占的比重高达 27%,这从整体上影响了刑法的明确性,也是情节犯立法随意的突出表现之一。除此之外,现行刑法中对情节犯的规定,在罪名体系上也存在一定的随意性,这一点为情节犯立法的支持者和反对者所公认,但两种观点的论据并不相同,且均存在可商榷之处。情节犯立法的支持论者认为,情节犯立法的随意性体现在:一方面,刑法将遗失武器装备罪规定为情节犯的同时,却对丢失枪支不报罪没有规定为情节犯,两罪相比较,遗失武器装备罪中规定的“其它严重情节”反映的不再是限制入罪的范围,而是降低犯罪成立的要求[6]。另一方面,也有观点认为刑法将遗失武器装备罪、过失泄露国家秘密罪、过失泄露军事秘密罪、传染病防治失职罪规定为过失情节犯,违反了过失犯罪的成立必须以结果为前提的刑法基本理论。实际上,上述两点理由均不能说明情节犯立法具有随意性,原因如下:前者没有看到情节犯立法目的和客观机能方面均存在限缩犯罪圈和扩大犯罪圈的矛盾纠缠,遗失武器装备罪中“其它严重情节”的规定,恰恰是情节犯立法在扩大犯罪圈方面的具体体现。后者,过失犯的成立必须以结果为前提的传统刑法理论,在面临安全需求增大的今天,做出适度的调整,应当是可以接受的。情节犯立法的反对论者则指出情节犯立法的随意性表现在:刑法在将非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪规定为情节犯的同时,却没有对非法侵入住宅罪规定为情节犯,是将重罪规定为情节犯,而不是将轻罪规定为情节犯,是不合理的[3]。上述理由存在疑问,原因如下:刑法将非法侵入公民住宅罪规定在前,并规定了“处三年以下有期徒刑或者拘役”的刑罚,而将“非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪”规定在后,并规定了“处两年以下有期徒刑或者拘役”的刑罚。可见,在立法者看来,非法侵入公民住宅罪重于非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪,而非相反。事实上,我国情节犯立法随意性在罪名体系上主要表现在以下几个方面:

(一)侵害婚姻家庭的犯罪中立法随意导致立法不均衡

刑法在将虐待罪(第 260 条,第一档刑为 2 年以下有期徒刑、拘役或管制,第二档刑为 2 年以上 7 年以下有期徒刑)、遗弃罪(第 261 条,只有一档刑即 5 年以下有期徒刑、拘役或管制)规定为情节犯的情况下,却没有对暴力干涉婚姻自由罪(第 257 条,第一档刑为 2 年以下有期徒刑、拘役,第二档刑 2 年以上 7 年以下有期徒刑)、重婚罪(第 258 条,只有一档刑即 2 年以下有期徒刑)、破坏军人婚姻罪(第 259 条,只一档刑即 3 年以下有期徒刑、拘役)等同样是破坏婚姻家庭的犯罪规定为情节犯,是不妥当的。尤其是在侮辱和诽谤(第 246 条,只一档刑即 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利)、虐待、暴力干涉婚姻自由、侵占五个告诉才处理的犯罪中,抛开侵占这一财产类犯罪不谈,侮辱、诽谤、虐待都被规定为情节犯的情况下,暴力干涉婚姻自由罪却没有添加情节恶劣或情节严重的要求,就明显不妥。对于侵犯婚姻家庭法益的犯罪,刑法不应武断地介入,而应当有更广、更深、更远地考虑,真正维护被害人的权益。

(二)行贿受贿犯罪中立法随意导致立法不均衡

现行刑法将受贿、单位受贿、利用影响力受贿、单位行贿、介绍贿赂罪都规定为情节犯,尽管从条文内容看,立法的目的不尽相同,其中,受贿罪、利用影响力受贿罪带有明显的扩大犯罪圈的目的,而比较来说,单位受贿罪、单位行贿罪、介绍贿赂罪则可能

存在限缩犯罪圈的考量。然而,刑法对行贿罪、对单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪则没有规定为情节犯。这违反了当前立法机关所主张的受贿犯罪与行贿犯罪一并处罚的立场[11],退一步讲,即使是坚持受贿犯罪与行贿犯罪不应一并出发的立场,也应当看到在单位行贿罪被规定为情节犯的情况下,其他行贿犯罪也应当同等对待,而不应区别看待。实际上,尽管刑法对行贿罪、对单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪没有规定情节的要求,但根据司法解释的规定,也都作了情节的要求。根据最新司法解释的规定,行贿罪的入罪标准为:一般情形下数额 3 万元。有下列情形之一的,数额 1 万以上不满 3 万元:向 3 人以上行贿;将违法所得用于行贿;谋取职务提拔或调整而行贿;向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿,实施非法活动的;向司法工作人员行贿,影响司法公正的;造成经济损失数额在 50 万元以上不满 100 万元的。对有影响力的人行贿罪的入罪标准为:自然人同行贿罪,单位行贿的 20 万元以上。对单位行贿罪的入罪标准为:一般情形下个人行贿 10 万元以上,单位行贿 20 万元以上。具有下列情形之一的,个人行贿不满 10 万元,单位行贿 10 万以上不满 20 万元:为谋取非法利益而行贿;向 3 个以上单位行贿;向党政机关、司法机关、行政执法机关行贿;致使国家或社会利益遭受重大损失。其中,尤其是单位行贿的,单位行贿给单位的,构成对单位行贿罪,单位行贿给个人的,成立单位行贿罪,两个罪名尽管一个是情节犯,一个没有规定为情节犯,但在主体是单位的情况下,入罪的标准是完全一致的。

(三)法定最高刑不满 3 年的轻罪中立法随意导致立法不均衡

综观我国刑法,法定最高刑不满 3 年的犯罪属于典型的轻罪,情节犯限缩犯罪圈的机能本身就是为行政处罚与刑事处罚划清边界,要实现这一机能,主要就是将刑法中典型的轻罪规定为情节犯,但现行刑法在这一方面还存在立法随意的问题。表现在:首先,在法定最高刑仅为拘役的轻罪中,刑法将“使用虚假身份证件、盗用身份证件罪”和“追逐竞驶”型危险驾驶罪规定为情节犯,而对代替考试罪以及其他三种类型的危险驾驶罪(即醉酒驾驶机动车的、从事校车或者旅客运输严重超员或超速的、违反危化品安全管理规定运输危化品危及公共安全的)则没有规定为情节犯。其次,侵犯通信自由罪是刑法中目前仅有的法定最高刑为一年有期徒刑的轻罪,但刑法并没有将其规定为情节犯,相反,却将比其更重的其他相关犯罪规定为情节犯。再次,目前,针对法定最高刑为二年有期徒刑的犯罪,刑法仅将损害商业信誉或商品声誉罪、虚假广告罪、非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、传播淫秽物品罪、战时拒绝或逃避服役罪等 6 个罪名规定为情节犯,对私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪和重婚罪以及故意延误投递邮件罪、非法使用窃听、窃照专用器材罪,还有隐瞒境外存款罪等 5 个罪名没有规定为情节犯,其中,故意延误投递邮件罪、非法使用窃听、窃照专用器材罪系结果犯,隐瞒境外存款罪系数额犯,即使认为结果犯、数额犯在限缩犯罪圈方面比情节犯更为有利的观点,也不能说明私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪和重婚罪没有规定为情节犯的合理性。

(四)泄露国家秘密犯罪的立法随意导致法定刑配置不当

首先,刑法对故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪,规定了相同的法定刑,即起点法定刑“3 年以下有期徒刑或者拘役”,升格法定刑为“3 年以上 7 年以下有期徒刑”。其次,刑法对故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪,也规定了相同的法定刑,即非战时:起点法定刑为“5 年以下有期徒刑或者拘役”,升格法定刑为“5 年以上 10 年以下有期徒刑”;战时:起点法定刑为“5 年以上 10 年以下有期徒刑”,升格法定刑为“10 年以上有期徒刑或者无期徒刑”。由于故意犯罪和过失犯罪在主观上的可谴责性并不相同,即使在具体的司法实践中对二者判处不同的刑罚,也不能说明立法上将故意犯罪和过失犯罪规定在同一条文中且配置相同法定刑的合理性。

(五)侮辱国家类犯罪的立法随意导致犯罪圈大小不一

《刑法修正案(十)》将侮辱国歌的行为规定为情节犯,但对侮辱国旗、国徽的行为则规定为行为犯,这是不妥当的。理由如下:一方面,我国宪法第 4 章分 3 个条文先后规定我国的国旗、国歌、国徽和首都,其中,国旗和国歌还规定在一个条文之中,对国旗、国歌、国徽的保护在宪法上的要求并无不同。另一方面,就刑罚配置而言,刑法对侮辱国旗、国徽罪与侮辱国歌罪规定了相同的法定刑,可见,在刑事立法者眼中,二者之间也难分轻罪与重罪。既然无论从宪法上看,还是从刑法角度看,刑法都应对两罪同等视之,那么当前刑法条文却对二者犯罪圈划定

了不同的大小,显然是不妥当的。

五 我国情节犯立法随意性的修正

(一)情节犯的调整路径:“总则要素限定+例示情节犯”

当前刑法中的情节犯规定过多、过滥的问题确实在一定程度上影响了刑法明确性的要求,尤其是纯正的情节犯过多,难以保障行为人的可预见性。尽管最高人民法院提出可以参考已公布的司法解释、近似罪名的司法解释、惯常认定角度认定情节严重,但也承认即使如此也不具有足够的说服力[12],故建议采用“列举式的非纯正情节犯”(即例示情节犯)对现有情节犯立法进行改造。我国以往的情节犯往往系单纯规定“情节严重”或“情节恶劣”的纯正情节犯,少部分系规定“造成重大损失或有其他严重情节”等非纯正的情节犯,然而刑修九之后,又出现了列举式的非纯正情节犯,例如拒不履行信息网络安全管理义务罪就规定了“致使违法信息大量传播的;或致使用户信息泄露,造成严重后果的;或致使刑事案件证据灭失,情节严重的;或其他严重情节的。这种列举式的非纯正的情节犯,既规定了具体的情节,保障了刑法的相对明确性,同时又规定了“其他情节严重”的情节,保证了刑法的适度张力,而且在“其他情节严重”的判断中往往还可以采用与具体列举情节“危害程度”相当的标准加以判断,可以有效防止实践中司法擅断、犯罪圈过大的问题。为整体把握列举式非纯正的情节犯之情节的内容,建议在刑法总则第 5 章“其他规定”中,对情节犯之情节的内容要素进行具体的限定,通过对现有司法解释的分析,目前司法解释所承认的情节要素包括再犯、数额、手段、对象、次数、时间、地点、人(起)次、危险、损失、伤害、自伤、影响、后果、主体、主观、拒不改正、条件、用途、其他共 20 个要素[13]。尽管学界少数观点对上述部分要素多有指摘,在将罪量要素还原为犯罪构成要素的基础上,认为“造成被害人或者近亲属精神失常、自杀、自残等严重后果的”的规定是将犯罪构成要件以外的结果作为定罪情节,“受过行政处罚”“曾受过刑事处罚”的规定是将量刑情节前置为定罪情节[14]。但也有观点看到了我国司法实践中罪量要素具有不法、责任、客观处罚条件、特殊刑事政策事由等多维规范属性[15]。对此,我们认为将那些司法实践中成熟的解释要素体系性地写入刑法总则并无不可,对部分罪量要素予以批评的观点主要是割裂了刑法理论和刑事政策之间的紧密关系,将刑事政策事由完全拒之于刑法之外,仅注重刑法体系之内的自洽,却忽视了对国家动用刑法目的性的追问,刑法的正当性只能来源于刑法之外,堵截刑法之外的要素,就可能危及刑法适用的正当性,而且从刑事政策角度为刑法展开提供正当性基础已经成为德日刑法理论的通说。实际上,即使从立法上,在总则中规定情节并非突兀之举,域外刑法早有先例。最新的意大利刑法就在总则编中的犯罪一章专节规定了“犯罪情节”,第 70 条明确规定犯罪情节包括了客观情节和主观情节[16],诚然,我国情节犯之情节并不完全等于犯罪情节,情节犯之情节仅仅指刑法分则中规定的“情节严重”或“情节恶劣”的表述,而犯罪情节乃是指犯罪的所有情节,故犯罪情节包含了情节犯之情节[17],但是参照这一总则的立法模式,进一步明确分则中“情节严重”或“情节恶劣”的内涵仍是可行的。

(二)建议从体系化的角度协调相关情节犯的立法

一是建议将暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪、破坏军人婚姻罪等三个同样是破坏婚姻家庭的犯罪,都规定为情节犯,提高入罪的门槛,以防止刑法的武断介入,更好地维护被害人的利益,也有利于婚姻家庭的和谐。婚姻不仅涉及理性,更关乎爱情,根本无法进行一种可视化的物质性的衡量,甚至有时无法用语言表达清楚,刑罚权以维护被害人的名义武断介入不一定是被害人所需要的维护自身利益的最妥当手段。例如对于重婚罪而言,由于其既处罚第三者,也处罚配偶,如果被害人深爱配偶或者考虑到孩子等其他缘故,愿意委曲求全原谅配偶的,刑法以维护被害人利益之名主动介入就显得不合时宜,结果不仅不能使被害人破镜重圆,还可能造成夫妇两个家庭成仇,这显然背离了动用刑法的初衷。相反,通过“增加情节严重的要件”,提高三个罪名的门槛,既有利于涉婚姻家庭类犯罪罪名体系之间的协调,也有利于保证刑法的谦抑性,还有利于在入罪上保持适度的开放性。

二是考虑到贪贿类犯罪的情节要求往往是以低数额为基础的情况,正如有观点认为,我国刑法修正面临数额犯情节化的趋势,主张采用数额来制约情节的适用[18],事实上就是要求在满足情节的前提下采取低数额的方法,而不是不要求数额。一方面,考虑到即使刑法规定了情节犯,而司法解释都是按照数额犯看待的,只是区分了无情节要求下的独立数额与有情节前提下的低数额,而没有数额的独立情

节并不能达到“情节严重”的程度,与其如此,不如直接修改为数额犯,以统一贪贿类犯罪的立法形式。另一方面,考虑到相比于情节犯而言,采用数额犯的立法模式,既可以打消人们对情节运用秘密化、肆意化的滥用疑虑,还可以直接、清楚地表明数额在贪贿类犯罪认定中的地位,避免理论界对“情节+低数额”的指责。建议将贪污罪、受贿罪、单位受贿罪、有影响力的人受贿罪和单位行贿罪,由情节犯调整为数额犯,只是具体数额认定上可以采取高数额与低数额搭配的方式认定。同时,将行贿罪、对单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪,由行为犯修改为数额犯。

三是建议将客运超载超速型、危化运输型、醉酒驾驶型危险驾驶罪、代替考试罪、侵犯通信自由罪,以及私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪也规定为情节犯。理由是:上述罪名在刑法体系内属于典型的轻微犯罪,根据通常的理解,对轻微不法行为,应当达到一定情节方才成立犯罪,而对严重的不法行为,应设定比轻微违法行为相对更低的入门门槛,而现行刑法却违反了上述通常的罪名入罪设定规则,显然是不合适的,既需要考虑重罪与轻罪之间在入罪条件上的适当差别,也需要考虑轻罪之间在入门条件上的协调一致。同时,为严惩腐败犯罪,并且与贪污贿赂类犯罪的立法保持一致,建议保持隐瞒境外存款罪为数额犯的规定,将其刑法条文修订为“国家工作人员违反申报规定对其在境外的存款隐瞒不报,数额较大的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”,如前所述,即使保留隐瞒境外存款罪为数额犯的规定,也可以通过规定一般数额和特殊数额的方法,实现将该罪规定为情节犯相同的效果。事实上,对于所有的贪贿类犯罪而言,从现有的规定看,即使将其规定为情节犯,也是可以采用一般数额和特殊数额相结合的方法加以认定的,既然非数额情节本身不能独立作为情节要素看待,不如直接将其规定为数额犯,更具有明确性,也体现了数额因素在这类犯罪成立中的特殊地位。

四是建议将故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪分款规定,在维持故意泄露国家秘密罪法定刑的同时,规定“过失泄露国家秘密,情节严重的,处二年以下有期徒刑或者拘役,情节特别严重的,处二年以上七年以下有期徒刑”。同时,建议将故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪分款规定,在维持故意泄露军事秘密罪法定刑的同时,规定“过失泄露军事秘密,情节严重的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,情节特别严重的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑;战时犯前款罪,情节严重的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,情节特别严重的,处 7 年以上有期徒刑”。这样的规定既区分了故意犯罪与过失犯罪不同的刑事责任,同时,也适当考虑了严惩这类犯罪的需要和刑事立法的习惯。

五是建议将侮辱国旗、国徽罪也规定为情节犯。一方面,污辱国旗、国徽和国歌的行为在本质上都是污辱国家的行为,在社会危害性程度上并无显著的区别,应当规定一致的入罪条件。另一方面,之所以选择污辱国旗、国徽罪与污辱国歌罪保持一致,而不是选择将污辱国歌罪与污辱国旗、国徽罪相一致,是考虑刑法入罪的谦抑性,为针对污辱国旗、国徽、国歌的行为予以行政处罚留下一定的空间。另外,之所以考虑情节犯的立法模式,既是因为这一立法模式在我国立法例中比较成熟普遍,也是考虑到情节犯立法在协调打击犯罪与人权保障方面具有的先天优势,即情节的填加有利于缩小犯罪圈,同时,情节内涵的丰富性又为打击犯罪提供了依据。

六　结　语

与域外刑法往往坚持定性而不定量的做法不同,我国刑法坚持立法定性又定量的模式,而情节犯就是我国刑法中立法定量的具体体现,是我国刑法之特色。自 1979 年我国刑法初设算起,这一立法特色已有 40 余年的发展历程,但长期面临存废之争。对此,一方面,我们应该承认情节犯立法确实存在一些不可回避的问题,但不能因噎废食,将之作为废除情节犯立法的理由,那种认为情节犯立法违反了刑法明确性要求的观点,实际上是将刑法的明确性要求绝对化了,是对刑法明确性要求的误读。另一方面,也应该看到情节犯在协调人权保障和社会保护方面仍具有积极意义,与单纯的行为犯相比,情节犯增加了情节严重或情节恶劣的要求,抬高了犯罪门槛,有利于人权保障;同时,与情节具体化了的结果犯、数额犯、目的犯等犯罪类型相比,情节犯的内涵更加丰富,有利于保护法益。目前,情节犯立法罪名数量过多过滥,在侵害婚姻家庭犯罪、贿赂犯罪、泄露国家秘密犯罪、侮辱国家犯罪、轻罪中随意性突出,究其原因在于没有从罪名体系的角度把握具体罪名的立法,导致部分罪名之间立法不协调、不均衡的问题突出,可从刑法体系化角度入手,采用“总则要素限定+例示情节犯”的模式予以修正,将情节严

重或情节恶劣的相关要素在总则中予以框定,并通过例示情节犯的立法模式将总则中的情节要素尽量予以明确,另外,应注重罪名体系的构建,统筹协调相关罪名的情节犯立法,以达到同类法益保护的均衡。值得注意的是,尽管刑法对“拒不履行网络安全管理义务罪”设置例示情节犯的立法例具有启示意义,但也应注意当前这一立法模式的严谨性问题,防止以“情节严重”解释“情节严重”的逻辑混乱,至于具体情节犯罪名中应明确哪些情节要素,则是未来具体情节犯立法需要进一步研究思考的问题,但大致的思路应当是:将具体情节犯罪名中常见的情节要素类型予以明确即可,无需对每一个情节犯罪名都明确列出 20 个情节要素。

[参考文献]

[1] 张庆立.情节犯若干基本问题之教义学检视[J].西部法学评论,2020(2):109-121.

[2] 叶高峰,史卫忠.情节犯的反思及其立法完善[J].法学评论,1997(2):31-38.

[3] 白建军.坚硬的理论、弹性的规则:罪刑法定研究[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2008(6):29-39.

[4] 刘明祥.论我国刑法总则和分则相关规定的协调[J].河南政法管理干部学院学报,2007(5):7-11.

[5] 李 翔.情节犯研究[M].上海:上海交通大学出版社,2006:54-62.

[6] 陆建强.刑法分则条文中“情节严重”类综合性犯罪构成要件研究:以司法实践将综合性要件转化为单一性要件的需求为视角[J].政治与法律,2012(8):155-161.

[7] 马改然.情节犯存在之合理性[J].内蒙古社会科学(汉文版),2012,33(5):41-45.

[8] 余双彪.论犯罪构成要件要素的“情节严重”[J].中国刑事法杂志,2013(8):30-37.

[9] 王志祥.犯罪构成的定量因素论纲[J].河北法学,2007(4):87-92.

[10] 李 川.寻衅滋事罪情节犯的属性认定与限缩适用探究:以拟制抽象危险犯为视角切入[J].法学,2015(12):145-153.

[11] 黄太云.刑法修正案解读全编:根据刑法修正案(九)全新阐释[M].北京:人民法院出版社,2015:39.

[12] 方文军.司法实践中如何认定情节严重[N].人民法院报,2010-09-01(6).

[13] 张庆立.“情节严重(恶劣)”的法律解释[J].法律方法,2021,33(1):330-345.

[14] 徐宗胜.罪量要素认识辨析[J].广西社会科学,2019(6):124-131.

[15] 阎二鹏.网络共犯中的罪量要素适用困境与教义学应对[J].中国刑事法杂志,2020(1):116-129.

[16] 最新意大利刑法典[M].黄 风,译注.北京:法律出版社,2007:52-53.

[17] 张庆立.情节犯情节要件中事后要素的解释类型与完善建议[J].北京政法职业学院学报,2021(2):19-24.

[18] 师晓东.罪量要素调适:理念转变和趋势前瞻——以晚近刑法修正案为中心[J].山西高等学校社会科学学报,2019,31(5):59-65.

Problem of Arbitrariness and Systematic Correction of the Legislation of Plot Crime

ZHANG Qing-li

(*East China University of Political Science and Law*, *Shanghai* 201620, *China*)

Abstract: Plot crime is the characteristics of criminal legislation in our country. Due to the lack of standardization in the past, it has long been faced with the dispute of abolition. However, the irregularity of legislation cannot be a sufficient reason for abolishing the plot offense. Plot crime still has positive significance in coordinating the double values of human rights protection and social protection. At present, there are too many charges in the legislation of plot crime, the legislation of plot crime is very arbitrary in the crimes of infringing on marriage and family, bribery, revealing state secrets, insulting state crimes and misdemeanors. In the future, it is suggested to start from the perspective of the systemization of criminal law and adopt the model of “limiting elements of general provisions + exemplary plot crimes” to amend it, and coordinate the legislation of plot crimes of related crimes.

Key words: plot crime; the debate on the abolition; legal problem; arbitrary; systematic

(本文编辑:刘衍永)