

刑事一体化践行

储槐植* 闫雨**

内容提要 刑事一体化理论的精髓在于融通学科联系,解决现实问题。作为观念的刑事一体化与刑事政策的关系极为密切,刑法的刑事政策化是当代刑法的潮流,刑事政策有助于顺畅刑法的运作,强化刑法的适时、有效性。犯罪学概念的“主观恶性”在量刑方面起着重要的作用,形成一体化的性状。

关键词 刑事一体化 刑事政策 主观恶性

一、问题之提出

在1979年刑法生效10年后,笔者针对该刑法生效以来所反映出来的诸多现实问题进行思考以后,提出了刑事一体化的思想,^①距今已近1/4世纪。刑事一体化源于哲学“普遍联系”的规律,是该规律在刑事法领域的具体运用和延伸,其功用在于提示一种刑法学研究的方向与方法。具体而言,“刑事”是指治理犯罪的相关事项,其外延涵盖犯罪、刑法(包含实体和程序)、刑罚制度与执行等。“一体化”是指相关事项深度融通。刑事一体化是一个开放性的概念,出于不同领域(具体指犯罪、刑法及刑罚)研习需要有不同的中心,在拙文《建立刑事一体化思想》中,笔者是以刑法为中心对刑事一体化展开论述的:刑事一体化的内涵是刑法内部结构合理(内部协调)与刑法运作前后制约(外部协调)。其实,刑事一体化的要义很简单,即:融通学科联系(或曰淡化学科界限),解决现实问题。

刑事一体化是一种观念,也是一种方法(观察方法)。作为观念的刑事一体化与刑事政策的关系极为密切。对于刑事政策的概念,不同的学者有不同的理解和界定。如有学者认为:“我国的刑事政策是中国共产党和人民民主政权在马列主义、毛泽东思想的指导之下,基于预防犯罪,减少犯罪,乃至消灭犯罪的目的,根据我国的国情和一定时期的形势而制定的,与犯罪进行有效斗争的指导方针与对策。”^②也有学者认为:“刑事政策是国家或执政党依据犯罪态势对犯罪行为 and 犯罪人运用刑罚和有关措施,以期有效地实现惩罚和预防犯罪的方略。”^③笔者认为,所谓刑事政策,一以贯之,就是国家对付犯罪的政策。从这个视角看,国家预防和惩罚犯罪的一切手段都应该称作对付犯罪的对策,即刑事政策。刑事政策引导刑法立法,同时刑事政策又应当在刑法框架内起机制性作用,融入哲学、社会学、犯罪学、经济学等学科知识理念,用以解决刑法问题,体现刑事一体化。

关于刑法与刑事政策的关系,笔者曾在1993年发文^④阐述,但是并不完善。该思想提出以后,在学术含量上未见多少提升,深感愧疚。去年,劳东燕教授在一文中提到:“储槐植教授是较早注意到刑事政策与刑法学之间关系的学者,可惜在后来的研究中没有做进一步的实质性推进。”^⑤此言极是。刑法的

* 北京师范大学刑事法律科学研究院特聘教授,博士生导师。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

① 参见储槐植:《建立刑事一体化思想》,载《中外法学》1989年第1期。

② 参见马克昌:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社1992年版,第5页。

③ 参见杨春洗:《刑事政策论》,北京大学出版社1993年版,第7页。

④ 参见储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载《法学研究》1993年第3期。

⑤ 参见劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,载《中国法学》2011年第1期。

刑事政策化是当代刑法的潮流。作为成文法的刑法,其优点在于稳定性、确定性,有利于保障人权;缺点在于不能与社会发展同步,存在滞后性。刑法的宗旨在于治理犯罪,刑法是静态的法律规范,而犯罪却是动态的社会现象,静态的刑法治理动态的犯罪的适时、有效性有赖于刑事政策功能的发挥。刑事政策能及时协调刑法的合法性与合理性,顺畅刑法的运作,强化刑法的适时、有效性。刑事政策渗入刑法的研究,也有助于提升刑法体系的科学性。

关于刑事归责问题,古典学派认为,刑事责任规则的基础在于表现在外部的犯罪人的行为及其实害。古典学派立足客观主义的立场,旨在限定处罚的范围,认为如果仅以行为人的主观恶性作为处罚的依据,就混淆了道德与法律的区别,从而导致刑法的干涉性,形成刑法介入国民生活各个角落的局面。实证学派则认为,刑事责任的基础是犯罪人的危险性格即反复实施犯罪的可能性。实证学派立足于主观主义的立场,旨在贯彻特殊预防的目的,实现社会防卫,认为刑罚目的在于消除犯罪人的再犯可能性,所以对犯罪人的危险性格科处刑罚才具有意义,只有消除了犯罪人的危险性格,才能防止其再次犯罪,实现社会防卫。在此意义上,犯罪人的危险性格是科处刑罚的依据,外部行为没有任何意义,当然犯罪行为是犯罪人危险性格的外在表现。^⑥ 对于刑事归责问题,无论是古典学派还是实证学派都存在不足与偏颇之处。在总结和借鉴两学派理论的基础之上,当今刑法学界形成了比较科学的统一观点,即:责任的评价客体是具体行为;责任的程度判断应该考虑人格因素。所谓人格,即人的品格、人的德性。人格并非刑法规范,而是伦理学同时也是犯罪学中的一个重要概念。在具体适用刑罚和量刑活动中,司法实务界常用的一个至关重要的中国概念“主观恶性”(凶狠恶毒的性格),它不等于刑法中的“罪过”概念,而是犯罪学元素,它与三阶层犯罪论中的“责任”概念相似,但两者并不相同。“主观恶性”已经深深融入到中国的刑法司法实践当中,起着重要的作用,形成一体化的性状。在中华传统文化中,刑法的本性是制恶公器,刑罚的力度与犯罪人的恶性程度成正比例关系。这一观念也在相应的立法、司法解释中得到了印证。如2010年最高人民法院印发的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》的通知中规定:“对于被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节的案件,要在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上,结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素,综合作出分析判断,总体从严,或者总体从宽。”上述规定很好地体现出“主观恶性”在我国司法运作中的重要作用。关于上述命题,笔者打算从以下三个具体的实践问题入手加以探讨,以期对司法实践有所裨益。

二、刑事一体化践行之死刑适用标准问题

作为刑法中枢神经的刑罚,集中反映了一个国家的文明程度。特别是作为剥夺犯罪人生命的刑罚方法的死刑,位处刑罚体系中刑事政策的最敏感节点。1979年刑法是“文化大革命”结束之后为适应时代潮流、“审理案件需要有法可依”的产物。对于死刑适用的标准问题,1979年刑法作出了明确的规定。即:“死刑仅适用于罪大恶极的犯罪分子,对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期两年执行”。该规定的政策精神在于尽量缩小死刑适用的范围。之后的1997年刑法本着相同的政策精神,在第48条明确规定了“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”这既是我国死刑适用的刑法标准,也是我国当前死刑政策(少杀、慎杀)的法律载体。

(一)罪行极其严重与罪大恶极之关系辨析

关于现行刑法所规定的“罪行极其严重”与此前的1979年刑法规定的“罪大恶极”之间的关系(仅是法律用语的表述不同,还是内涵存在差异?)的认识,对于死刑执行方式的正确适用至关重要。对于此问题,我国刑法学界的通说认为,1997年刑法将“罪大恶极”修改为“罪行极其严重”,是从立法用语规范化

^⑥ 参见张明楷:《刑法学(第四版)》,法律出版社2011年版,第9页。

的要求出发,两者并无内涵差异。^⑦ 笔者认为,通说观点值得讨论。因为我国刑法规定了两种死刑的执行方式,即:死刑立即执行与死刑缓期执行。如果我国刑法仅仅规定了死刑立即执行的话,上述通说观点不存在任何问题。但是在我国死刑执行方式存在死刑缓期执行的前提下,通说观点值得商榷。因为死缓犯可以说是“罪大”(罪行极其严重)但不“恶极”。如果按照通说观点将“罪行极其严重”理解为“罪大恶极”,形式上似乎限缩了死刑圈,其实反而堵死了以犯罪人人格情况为由进行死缓辩护的空间,造成死缓适用空间只限于国际影响、归侨侨眷、民族关系等特例、特需的夹缝中。

“罪行极其严重”的规定仅仅是从客观方面为死刑的适用提供了参考标准,其含义不同于1979年刑法典中的“罪大恶极”。之所以得出这样的结论,理由如下:(1)逻辑反推法:假设“罪行极其严重”等同于“罪大恶极”,那么“罪大恶极”就应当适用于死刑的两种执行方式(因为“罪行极其严重”是两种死刑方式执行的前提)。鉴此,就会存在这样的疑问:以何种条件来区别死刑立即执行与死刑缓期执行?显然无法说出死刑两种执行方式常态化的区分机制。死刑两种执行方式区分的重大意义在于贯彻“少杀、慎杀”的死刑政策精神,刑法对于这两种死刑执行的方式不可能、也不应该没有常态化的区分标准,不可能只凭特例、特需来判处死刑缓期执行。(2)反观1997年刑法立法,如刑法中关于“劫持航空器罪”的规定,适用死刑的唯一标准就是客观上引起了“致人重伤、死亡或者致使航空器遭受严重破坏”的后果。又如《刑法》第239条关于“绑架罪”的规定,死刑的唯一标准也是“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人”。这些行为之所以适用死刑,是因为“罪大”且“恶极”。(3)从司法实践的运作格式上看,客观罪行达到极其严重需要判处死刑,对于应当判处死刑的犯罪分子,根据犯罪分子的人格因素、主观恶性是否深重决定适用立即执行还是缓期执行。基本上是按照罪行极其严重,主观恶性深重,即罪大恶极判处死刑立即执行;而罪行极其严重,主观恶性不深,即罪大不恶极的判处死刑缓期执行。在吴英集资诈骗案中,最高法院在判决书中表明吴英的罪行极其严重,但主观恶性不深,也就是罪大不恶极,因此适用死刑缓期执行。反之,对罪大又恶极的犯罪分子判处死缓,有违立法精神和民意,李昌奎案重审改判就印证了这个道理。

总之,理论与实践都证明:“罪行极其严重”是死刑两种执行方式所具有的共同前提。司法实践中,对于犯罪人应采取何种死刑执行方式的问题上,应当将主要精力放在犯罪人“主观恶性”大小的判断上,对于“罪大”(罪行极其严重)且恶极(主观恶性)的,适用死刑立即执行,对于“罪大”(罪行极其严重)但不恶极的,适用死刑缓期执行。“罪行极其严重”和“罪大恶极”不能划等号,这样的理解有利于司法实践中死缓适用率的提高。判定“主观恶性”的大小,主要依据酌定的情节,这有利于被告方辩护权的充分行使(程序影响实体)。死缓即为少杀,少杀就是中国目前最好的死刑政策!在笔者看来,1997年刑法修订之时,“罪行极其严重”被理解为“罪大恶极”或许可称作立法初义,但是此立法原义在司法实践中发生了合乎时代逻辑的蜕变,对于“罪行极其严重”在实质上应当作客观化理解,即“罪大”,这是合乎时代要求的客观解释论。

(二)主观恶性与死刑适用之关系辨析

刑法学界对于死刑的研究多见于对“罪行极其严重”的研究,成果丰富,虽然学术界提出了种种方案,希望能够统一死刑的适用标准,界定“罪行极其严重”的范围,但是始终无法得出统一的结论。笔者认为,由于个罪的情况复杂,这种努力不可能取得相应的成果。其实对于死刑适用的刑法标准问题,应当从犯罪行为的客观危害、犯罪分子的主观恶性两方面进行研究方不失偏颇。特别是在我国存在死刑缓期执行的死刑执行方式且应用数量多于死刑立即执行的司法现实情况下,对犯罪分子的主观恶性、人身危险性的判断尤为重要。可以说,犯罪学中“主观恶性”的判断已经深深融入死刑的刑法适用标准当中。但是目前学界关于死刑的适用对象的研究成果鲜少,这不能不说是一种缺憾。

《刑法》第48条“罪行极其严重”为死刑的适用提供了客观标准。但是司法实践中具体到个案,死刑

^⑦ 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第225页。

的适用标准就应当在客观标准的基础之上因人而异。即犯罪分子的“主观恶性”为死刑执行方式的选择提供了个别化标准。“主观恶性”的判断体现了刑法的实质公正,能够准确地做到区别对待,特别是在我国存在死刑缓期执行方式的情况下,对于行为人“主观恶性”作出准确判断更加重要。上述结论已经得到了司法解释的肯定。2010年2月8日最高人民法院在《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中指出:“死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。”在《刑法》第48条“罪行极其严重”之前更冠以“极少数”。“双极”政策的核心思想就是要将死刑立即执行的范围进一步缩小。

作为我国独创的死刑执行方式,死缓在控制死刑立即执行的数量方面起到了关键的作用。鉴于判处死缓的前提条件也是“罪行极其严重”,所以相信无论理论界还是司法实务界,对于以犯罪分子主观方面因素(人身危险性、主观恶性)作为适用死缓的主要判断依据没有很大异议。在衡量犯罪分子“主观恶性”大小的时候应当综合考虑犯罪分子罪前、罪中、罪后的情况,“主观恶性”深重的适用死刑立即执行,反之适用死缓。在国际上提倡废止死刑的大环境下,我国的死刑立即执行应当仅限于侵犯国家安全、公共安全、人身安全的“主观恶性”深重的犯罪行为。《刑法修正案(八)》删除了十三种非暴力性经济犯罪的死刑,正是基于“主观恶性”大小的考虑,是对上述观点的有力证明。其实在我国刑法中,对于量刑时应当考虑行为人的主观恶性与人身危险性是有明确规定的。《刑法》第5条规定,“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”即罪责刑相适应原则。该原则是从传统的罪刑相适应原则发展而来的。传统的罪刑相适应原则以报应主义刑罚观为基础,机械地强调刑罚与已然犯罪、犯罪客观行为(犯罪客观危害)相适应。19世纪以后,随着刑事人类学派和刑事社会学派的崛起,传统的罪刑相适应原则受到了有力的挑战。其中最为突出的表现就是行为人中心论和人身危险性论的出现。从当今世界各国刑事立法来看,罪责刑相适应原则不可动摇,但是与古典学派传统的罪刑相适应原则相比较,已经得到了修正:既注重刑罚与已然的犯罪行为相适应,又注重刑罚与犯罪分子的主观恶性、人身危险性相适应。我国刑法关于罪责刑相适应原则的规定,正是将刑事古典学派主张的传统的罪刑相适应原则与刑事人类学派、刑事社会学派所主张的刑罚个别化的巧妙结合,^⑧顺应了当今世界各国刑事立法的发展趋势,极具科学性与实践意义。

三、刑事一体化践行之自首、立功情节处罚原则问题

根据我国《刑法》第67条、68条之规定,自首是指犯罪分子犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行,或者被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为。对于犯罪分子有自首情节的,法律规定可以从轻或者减轻处罚,犯罪较轻的可以免除处罚。立功是指犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的;或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件的行为。对于有立功情节的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚,对于重大立功情节的犯罪分子,可以减轻或者免除处罚。相关司法解释对自首、立功从宽处罚的精神做出了进一步的肯定,最高人民法院在2010年2月8日《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中更加明确了对于有自首、立功情节的被告人,除了人身危险性特别大、罪行相当严重的,一般均应当依法从宽处罚。从上述刑法及司法解释的精神上可以看出,对于有自首、立功情节的,在量刑时予以从宽处罚是常态,量刑时不考虑自首、立功情节是特例。

(一)宽严相济刑事政策与自首、立功而从宽处罚之关系辨析

自首、立功是我国刑法上重要的刑罚裁量制度。该制度是在宽严相济刑事政策的指导之下制定的。关于宽严相济刑事政策的含义,学界的解读大同小异,如有学者提出宽严相济刑事政策具体含义是指:“该严则严,当宽则宽;宽严互补,宽严有度,宽严审时,以宽为主。”^⑨有学者认为宽严相济刑事政策的含

^⑧ 参见赵秉志等:《刑法学》,北京师范大学出版社2010年版,第44页。

^⑨ 参见卢建平:《刑事政策学》,中国人民大学出版社2007年版,第165—166页。

义是:“当宽则宽,当严则严,宽严有度。宽缓与严厉两方面互济互补,二者之间是彼此协调、有机结合的关系,不能将二者割裂开来,一味地强调某一方面”^⑩笔者认为,对于宽严相济政策的解读应当符合世界刑事政策的发展趋势,同时也应当符合我国刑事司法的实际情况。宽严相济刑事政策包含两层含义:即适用于“主观恶性”不深,犯罪情节轻微的犯罪分子的宽缓刑事政策与适用于“主观恶性”深重,犯罪情节严重的严厉刑事政策。对于宽严相济刑事政策基本精神和内容的把握,必须对刑罚目的、刑罚效果、社会民意、刑法谦抑性等加以考虑,才能使宽严相济刑事政策符合社会管理创新和和谐社会建设的需要。

无论是1979年刑法还是1997年刑法,学界都对刑法的重刑主义倾向有所批评。但对于自首而言,无论是1979年刑法还是1997年刑法,对自首情节的规定总体呈“宽缓”化趋势。特别是1997年刑法在1979年刑法的基础之上,将立功制度从自首制度中分离出来,成为独立存在的刑罚裁量制度,上述刑法的规定和调整无疑不是对宽严相济刑事政策精神的回应。当然,宽严相济刑事政策在对于自首、立功的认定问题上也发挥着至关重要的作用。换言之,司法实践中,在认定自首、立功问题上,要准确把握宽严相济刑事政策的“宽缓”与“严格”的界限。以自首为例,对于自首中的典型自首行为,即犯罪分子自动投案,如实供述自己罪行的,因为其相对于“准自首”而言,犯罪分子“主观恶性”不深,具有更大的效益价值和社会价值,并且也表明了犯罪分子“人身危险性”的降低,因此,在考虑其刑罚适用时,应当适用较“准自首”行为更为宽缓的刑罚。鉴于典型自首相对于“准自首”而言其刑罚会适当从宽,司法实践中,对于典型自首认定要贯彻宽严相济刑事政策“严格”的一面,这有利于促进犯罪分子尽快地投案自首,从而获得较为“宽缓”的处理。同理,对于立功中、特别是共同犯罪案件中立功的认定和从宽处罚,应当从严掌握,如果从宽处罚导致全案量刑失衡的,一般不应当从宽处罚。当然,如果检举揭发或者协助司法机关抓获的是其他案件中罪行同样严重的犯罪分子,依照宽严相济刑事政策的精神,一般应当依法从宽。对于共同犯罪中的次要分子协助司法机关抓获主要犯罪分子的,应当充分体现政策,依法从宽处理。

(二)主观恶性与自首、立功而从宽处罚之关系辨析

2010年12月22日,最高人民法院发布的《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》,其中第8条规定:“具有自首或者立功情节的,一般应依法从轻、减轻处罚;犯罪情节较轻的,可以免除处罚。……虽然具有自首或者立功情节,但犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、被告人主观恶性深、人身危险性大,或者在犯罪前即为规避法律、逃避处罚而准备自首、立功的,可以不从宽处罚。”该司法解释很好地说明了“主观恶性”与自首、立功处罚原则之间的密切关系。即“主观恶性”是自首、立功得以从宽处罚的理论依据所在。

我国刑法学界对于自首、立功制度的研究过多停留在实践问题的争议上,缺乏系统的理论层面的研究和探讨,导致对自首、立功的一些基本理论的认识和理解存在很多误区,自首与立功从宽处罚之理论依据就是其中之一。对于这个问题,刑法学界具有代表性的观点有以下三种:第一种观点是社会危害性说。该学说认为,自首、立功得以从宽的首要依据是行为人行为所造成的社会危害性。因为行为之所以承担刑事责任是因为行为本身的社会危害性,社会危害性是行为人承担刑事责任的基础,自首、立功而从宽处罚的前提是行为人实施了危害社会的犯罪行为,如果行为人没有实施犯罪行为,则根本不可能存在自首、立功的问题。第二种观点是人身危险性说。该学说通过实例分析的方法,指出了社会危害性说的不当,认为自首、立功行为表明的是犯罪人主观恶性以及人身危险性都有所降低,对具有该情节的犯罪人给予刑罚上的恩惠与行为本身的社会危害性没有关系。第三种观点是折衷说。该学说是在总结和批判前面两种学说的基础之上,认为对于有自首、立功情节的犯罪人给予从宽处罚是因为犯罪人的人身危险性与社会危害性均有所减弱和降低。^⑪

笔者认为人身危险性说是比较合理的。社会危害性在犯罪人实施了相应的犯罪行为,或者实施了

^⑩ 参见王鹏祥:《论宽严相济刑事政策的贯彻实施》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期。

^⑪ 参见祝伟:《自首从宽处罚简论》,载《河南公安高等专科学校学报》2007年第3期。

犯罪行为产生了相应的危害结果时就已然存在并且无法消除和降低,这种危害社会的状态直至犯罪人归案甚至受到相应的刑罚处罚时才宣告结束。因此,在行为人实施危害行为或者造成危害后果以后,无论他是否自首或者立功,都不会对社会危害性有任何的减少或者增加,随其行为能够改变的只有人身危险性。正如有学者所指出的:“初犯可能与再犯可能的统一就是人身危险性,人身危险性是未然之罪的本质属性。”^⑫对于已然犯罪的行为人来说,其人身危险性就是再犯可能性。对于自首、立功而言,犯罪分子主动将自己置于司法机关的控制之下;或者是被司法机关控制之后,如实供述自己的罪行,提供重要线索等行为,均表明犯罪人人身危险性的减弱和主观恶性的减轻,犯罪人对于犯罪为社会所不认同的认知。但是上述行为对于已然的行为所造成的危害是起不到任何降低作用的。

如前所述,作为刑法基本原则的罪责刑相适应原则,其基本含义就是既注重刑罚与已然犯罪行为相适应,又注重刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。自首、立功行为表明了行为人主观恶性的减轻和人身危险性的降低,在量刑过程中应当予以考虑。对有自首、立功情节的犯罪分子从宽处罚本身就是对罪责刑相适应原则的贯彻和具体落实。从更深层次分析,对人身危险性降低的犯罪分子予以从宽处罚也符合刑罚特殊预防目的的要求。因为,刑罚特殊预防的目的不仅在于通过刑罚手段剥夺犯罪人的再犯能力,而且还要通过教育改造,使犯罪人从内心真诚的悔悟,以后不再实施犯罪。对于符合自首、立功等一定条件的犯罪人进行从宽处罚是实现刑罚特殊预防的重要手段之一,符合刑罚个别化的要求,且刑罚个别化存在的基础正是行为人的主观恶性与人身危险性。

四、刑事一体化践行之复合罪过问题

滥用职权罪是1997年刑法典新增加的一种犯罪。玩忽职守罪原系1979年刑法第187条的规定。在刑法修订研拟中,1988年9月的刑法修改稿不仅将原玩忽职守罪修改补充,而且以独立条文增加了滥用职权罪的规定。此后几经修改,在1996年12月中旬的修订草案中,立法机关将上述两种犯罪的罪状合并规定在一个条文中。到了1997年2月17日的修订草案,立法机关在1996年12月的修订草案的基础之上,对本罪的主体进行了限制,由此形成了现在刑法典第397条的规定。^⑬在滥用职权罪出台之前,刑法学界对于一种犯罪是否存在两种罪过不存在争议。自该罪条款出台之后,对于滥用职权罪的主观罪过形式争议不断。关于该罪的主观罪过形式,刑法学界主要存在以下几种观点:通说观点认为,滥用职权罪的主观罪过形式为故意(包括直接故意和间接故意,也有学者认为只能是间接故意),玩忽职守罪的主观罪过形式为过失,在大多数场合,是行为人的一种监督过失。另一种有代表性的观点认为,在多数情况下,玩忽职守罪的主观罪过形式为过失;滥用职权罪主观罪过形式既可以是间接故意,也可以是过失。^⑭笔者赞同第二种观点,认为其符合实际情况和立法原意^⑮。在对此问题进行认真研习的基础之上,借鉴外国相关立法例,笔者提出了“复合罪过”的概念。

所谓复合罪过,是指同一罪名的犯罪心态既有故意(此处故意限为间接故意)、也有过失的罪过形式。复合罪过的提出,突破了“非此即彼”罪过形式的思维定势,在学界引起了热烈讨论,“商榷”、“批评”之声不断。多数学者认为,在不能发现法律有规定的文理线索的情况下,认为一种犯罪可以由过失或者间接故意构成,不符合罪刑法定原则,并且这种观点大多是以生活事实取代法律规定。^⑯对于质疑,笔

^⑫ 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第133页。

^⑬ 前引⑦,第620—621页。

^⑭ 参见高西江:《刑法的修订与适用》,中国方正出版社1997年版,第874—875页。

^⑮ 全国人大常委会法制工作委员会刑法修改研究小组在1995年和1996年多次讨论并设想给玩忽职守和新增滥用职权两罪分别设计构成特征。鉴于两罪主观要件均非单一罪过形式(即只为过失或者只为故意),尽管前者以过失为主而后者以故意为主;最终还是建议立法时放弃下定义的做法,并将两罪放在同一法条下(因它们给社会造成的危害相仿),以表示两罪的主观要件没有质的区别,即现在《刑法》第397条的写法。诚然,草拟该法条时并没有明确意识到复合罪过形式这一概念。参见储槐植、杨书文:《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》,载《法学研究》1999年第1期。

^⑯ 前引⑥,第1094页。

者一直未予以回应,而是继续认真思考这个问题。不过在2011年2月通过的《刑法修正案(八)》增加了食品安全监管渎职罪的规定,在该罪的罪状设计上,规定了食品监管滥用职权和食品监管玩忽职守两种渎职行为。与食品安全监管渎职罪相比,《刑法》第397条规定了两种行为,并且概括了两种罪名,但是法定刑却完全相同。针对以上规定,笔者认为在《刑法修正案(八)》增加规定食品安全监管渎职罪后,有关“复合罪过”问题值得进一步探讨。

(一)复合罪过存在之空间探析

根据我国《刑法》第14条、15条的规定,犯罪的主观罪过形式,包括故意和过失两种。在故意和过失两种罪过形式的基础上,又可以分为四种罪过形态,直接故意,间接故意,过于自信的过失与疏忽大意的过失。在具体个罪中是否只能存在一种主观罪过形式的问题上,我国深受大陆法系刑法理论的影响,认为一个具体的罪名只存在一种主观罪过形式,要么是故意,要么是过失,非此即彼。由于故意和过失在非难可能性上存在重大差异,所以在故意、过失的区分上,刑法学界诸多学者进行了很多有益的研究,但是往往理论与实践存在很大差距,如间接故意与过于自信的过失的区分问题。通说观点认为,间接故意与过于自信的过失区分的首要问题在于正确把握两者的认识因素和意志因素。首先,从认识因素上看,两者对于行为有可能引发危害结果的可能性都有预见,但是在对危害结果能否转化为现实的问题上主观估计存在不同。间接故意的心理对于行为引发危害结果的可能性转化为现实性的问题上主观估计并未发生错误,其主客观是一致的。过于自信的过失心理在上述问题上存在错误的主观估计,其主客观是不一致的。其次,两者的意志因素存在重大差别。两者虽然都不希望危害结果的发生,但是间接故意并不排斥危害结果的发生,反映了对法益的积极的蔑视态度;而过于自信的过失对其结果的发生是排斥的,甚至会采取一些避免危害结果发生的手段,反映的是对法益消极不保护的态度。但是在司法实践中,运用上述理论在很多时候也无法真正区分犯罪者的罪过形式,在此试举一例。王某在山顶上看到自己的仇人赵某在山脚下,旁边不远处有一个小孩,就拿起猎枪朝赵某开枪,结果打死了旁边的小孩。在这种情况下,王某的心态可能是认为自己枪法极佳,不会出现打击的错误,此时王某对于小孩的死亡结果的主观心态为过于自信的过失。但是也可以得出这样的结论,王某为了达到杀死仇人的目的,而对旁边小孩的死亡结果持放任的态度,其对于小孩的死亡结果的主观心态是间接故意。那么在这种情况下,如何判断行为人的主观心态?并且,虽然多数情况下犯罪故意的主观恶性重于犯罪过失,但是以对危害结果的发生听之任之的间接故意与心存侥幸认为可以避免结果,或者认为采取所谓相应措施能避免结果发生的过于自信的过失之间,认为后者的主观恶性一定轻于前者未免牵强。司法实践中,一些犯罪过于纠缠这个问题是否真有必要?

对于以上问题,我们有必要在理论上加以反思。当本来的理论无法解决司法实践中存在的问题时,就不应当再固守本来的理论。以滥用职权罪和玩忽职守罪为例,浪费司法资源区分两罪的主观方面究竟有多大价值和实际意义?特别是在食品安全监管渎职罪的规定出台之后,刑事立法打破了原有的所谓一个罪名只能有一个罪过形式的戒律后,是否还有必要纠缠滥用职权罪和玩忽职守罪的主观罪过形式?对此问题,张明楷教授认为,并列规定与法定刑相同,显然不是确定为一个罪名的理由。如果认为滥用职权是故意犯罪,玩忽职守是过失犯罪,并且认为故意与过失是位阶关系而不是对立关系,因而只要行为人对结果有预见性,就能认定为过失犯罪,则不存在区分困难的问题。^{①7} 其实,依照张明楷教授的理论,认为故意与过失是位阶关系而不是对立关系,将故意解释为过失是可以的,但不能反过来。因此,按照逻辑推理,同一罪名下出现两种罪过形式是可能的。笔者认为,从犯罪论角度出发,并不存在一种罪名只能有一种罪过形式的戒律。从刑罚论角度出发,同一罪名是否具备不同罪过形式的主要衡量标准是:同一罪名下的故意与过失所反映出来的行为人的主观恶性没有明显的影响刑罚量的级差。反之,则在同一罪名体系之下不可能存在两种罪过形式。

^{①7} 前引⑥,第1113页注释。

(二)复合罪过存在之价值分析

复合罪过在自然犯中不会或者说很少存在。因为自然犯侵害的法益为公共安全、人身安全等与伦理密切相关的范畴,行为人在间接故意心理的支配之下与在过失心理的支配之下造成同样的结果时,法律规定的刑罚相差悬殊,典型的如过失致人死亡罪和故意杀人罪的规定。在这种情况下,对于行为人的主观罪过形式有必要加以区分。但在法定犯中,复合罪过可以存在。因为法定犯侵害的法益为秩序和管理,相比自然犯,法定犯的主观恶性通常较低。特别是职务犯罪,犯罪人通常是有身份的人,其犯罪本身基本不涉及人身危险性的问题。刑法对于法定犯尤其是职务犯罪判处刑罚的主要依据是行为所造成的危害结果,而并非行为人的主观罪过形式。在法定犯日益增多的大环境下,我们认为很有必要对我国现行的罪过形式理论进行部分的修正,引入复合罪过的概念,以便更好地解决司法实践中存在的问题,与世界刑法的发展趋势相契合。^⑮

《刑法修正案(八)》中关于食品安全监管渎职罪的规定,恰好是对上述观点的有力印证,体现了我国在刑事立法上对于复合罪过形式价值的认可。刑法之所以作出如此规定的原因在于:“刑法第408条之一将食品安全监管滥用职权和玩忽职守并列规定,并且设置了完全相同的法定刑,在这种情况下分别确定罪名没有实际意义。相反,实践表明,滥用职权与玩忽职守的区分,往往存在困难,容易引发争议,将本条确定为两个罪名,不免会给司法适用和理论研究制造诸多不必要的难题,且容易引发上诉、抗诉或者申诉,造成国家司法资源的浪费。”^⑯

鉴此,复合罪过的存在,使得司法机关在有确凿证据证明行为人实施了某些刑法上的危害行为、发生了刑法上的危害结果时,毋需证明行为主体对危害结果的发生到底是放任还是排斥这一难以证明的问题,从而有利于减轻司法机关的证明责任,杜绝了国家司法资源的浪费;同时,复合罪过形式的确立,可以不必区分某些犯罪中行为人的主观心态是间接故意还是过于自信的过失,从而有利于严密刑事法网,维护刑法的社会保障机能。

Abstract: The essence of criminal integration theory is to digest the relations between subjects and solve the questions of reality. The criminal integration, as an idea, has a very close relationship with the criminal policy, criminal law of criminal policy-oriented is the trend of contemporary criminal law, and criminal policy helps to smooth the operation of criminal law and strengthens the effectiveness of the criminal law timely. “Subjective vicious”, as a criminology concept, plays an important role in sentencing with the characteristic of integration.

(责任编辑:白岫云)

^⑮ 世界上许多国家并未在刑法理论中刻意对间接故意和过于自信的过失进行区分。以美国为例,其刑法中的犯罪心态包括蓄意(purpose或intention)、明知(knowledge)、轻率(recklessness)、疏忽(negligence)。参见储槐植:《美国刑法(第三版)》,北京大学出版社2005年版,第55页。其中的轻率相当于我国刑法中的间接故意与过于自信的过失。

^⑯ 参见张军:《刑法修正案(八)条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第375页。