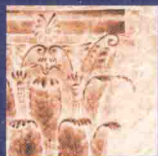


刑法的 目的理性批判

李洁 著



Purposive-rational Critique
on Criminal Law

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014061364

D914. 04

232

刑法的 目的理性批判

Purposive-rational Critique
on Criminal Law

法律出版社
LAW PRESS • CHINA



李洁
著



北航

C1747349

D914.04
232



北航

C1747349

图书在版编目(CIP)数据

刑法的目的理性批判 / 李洁著. —北京:法律出版社,2014.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6564 - 9

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑法—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 136155 号

刑法的目的理性批判

李 洁 著

责任编辑 易明群

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 29.5 字数 460 千

印次 2014 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6564 - 9

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

总 论

刑法基础理论篇

罪刑法定之明确性要求的立法实现	
——围绕行为程度之立法规定方式问题	003
不同罪刑阶段罪与刑设定模式研究	017
遏制重刑：从立法技术开始	033
法定刑设定根据与设定技巧研究	049
中国有权刑法司法解释模式评判	061
中国刑法立法模式下刑事和解的方式研究	078
中日涉罪之轻微行为处理模式比较研究	089
论犯罪定量因素立法化对法定刑模式的要求	
——以抢劫罪为实例的研究	105

犯罪构成理论篇

三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究	123
法律的犯罪构成与犯罪构成理论	161
论犯罪构成理论构建的价值前提与基本思路	176
犯罪构成理论体系设定需要厘清的基本问题	233
非物质性犯罪结果研究	241
论犯罪对象的体系性地位	
——兼论犯罪构成体系性特征对各构成要件要素定位的影响	247
不能犯的可罚危险判断	258

危险犯之危险研究	272
中日共犯问题比较研究概说	283
从立法目的看犯罪既遂之“遂”的应有内涵	297

刑罚理论篇

对修改我国刑罚体系的思考	315
论一般没收财产刑应予废止	324
论中国罚金刑的改革方向	337
罚金刑之数额规定研究	346
刑法中财产损失与人员伤亡后果并列与分别规定之利弊分析	360
罚金刑适用若干问题研究	370
质疑:死刑并科财产刑的实质根据	380
论量刑规范化应当缓行 ——以我国现行刑法立法模式为前提的研究	402

各 论

受贿罪法条解释与评析	419
叛逃罪法条解释与评析	445
论滥用职权罪的罪过形式	452
析交通肇事罪的罪过形式	463

总 论

刑法基础理论篇

P001 - 119

罪刑法定之明确性要求的立法实现

——围绕行为程度之立法规定方式问题*

一、行为程度之要求在我国由来

犯罪是最严重的违法行为,是处罚最严厉的违法行为,从其对社会的侵害来说,也是最严重的行为。这一点,无论中国或其他国家都是承认的。但在各国刑法的规定中,除一些原社会主义国家外,其他国家,尤其是大陆法系国家,一般不规定违法严重或危害严重者构成犯罪,即只规定行为方式,不规定行为程度,无论在总则还是在分则,均无这样的规定。虽然在一些国家,刑法规定之行为类型中,轻微行为或者实质上不构成犯罪,^{〔1〕}或者承认其犯罪而不予处罚,^{〔2〕}甚至不进入司法制裁领域,这样的情况是大量存在的。例如,日本对盗窃罪的行为规定是:“盗窃他人财物”,而再无任何对行为的限制性规定。若从形式上看,只要是盗窃他人财物的行为,无论数额多寡,情节如何,均符合盗窃罪之构成要件对行为的要求,只要不存在违法阻却事由或责任阻却事由,其行为就应构成盗窃罪。但实际的处理却不同,以

* 本文原载于《法学评论》2002年第6期。

〔1〕 日本即属于这种情况。

〔2〕 这种情况可以举出德国的例子。参见王世洲:“中德划分罪与非罪立法的比较研究”,载《南京大学法学评论》1999年秋季号。

1999 年为例,日本该年度盗窃行为的认知件数是 1,910,393 件,检举件数是 561,184 件,检举人员是 172,147 人,其中由警察机关处理的是 32,759 人,由检察机关以不起诉处理的是 22,380 人,请求公判的 31,535 人,送家庭裁判所处理的 85,431 人,而实际上被判处刑罚的只有 15,337 人。^{〔3〕}也就是说,其中的大部分行为,或者不被检举,或者未被侦破,或者未被裁判,或者未予刑罚处罚。被判处刑罚者,只占全部被认知件数的 0.8%,占全部被检举人的不足 9%,其余人均未被检举或未被处罚。当然也可以说无论被警察、检察处理的事件,还是被裁判所不判处刑罚的事件都是盗窃罪,只是不需要判处刑罚,^{〔4〕}在德国也是如此,以为此种不处罚之行为并非无罪,而是有罪无罚,即根据刑事政策不对其判处刑罚。^{〔5〕}但问题在于根本就不可能被判处刑罚的案件,将其作为犯罪的实际意义如何是值得研究的。如果坚持犯罪是应被判处刑罚,或应具有刑罚适应性的行为的话,应该说,某些刑法规定的行为之轻微部分实实务中未作为犯罪处理。也正因如此,有些学者认为极轻微的部分应该不宜按犯罪处理,也有学者为了解决轻微行为的处理方式而设定了各种理论,如可罚的违法性理论,实质的构成要件理论,社会相当性理论^{〔6〕}等,以使不需要处罚的行为非罪化,更有判例直接指明为无罪,如日本一厘事件判决^{〔7〕}等。这些均说明,犯罪,特别是有些可能出现较轻微甚至是极轻微的行为的犯罪,其值得用刑罚予以处罚,因而具有实质的犯罪性的行为,确实有一个量的限度问题。但是,由于日本等大陆法系国家,在犯罪行为与其他违法行为之间,一般很少存在行为模式上的连接或交叉,而是多规定以不同的行为侵害相同的法益时,有的行为方式是犯罪,有的行为方式是其他

〔3〕 [日]法务省法务研究所编:《犯罪白皮书》,日本大藏省印刷局 2000 年版,第 469~475 页。

〔4〕 日本有学者持此观点,本观点为笔者与日本学者讨论该问题时得到的日本学者的见解。

〔5〕 王世洲:“中德划分罪与非罪立法的比较研究”,载《南京大学法学评论》1999 年秋季号。

〔6〕 [日]前田雅英:《可罚的违法性论研究》,东京大学出版会 1982 年版,第 23、475、219 页。

〔7〕 同上,第 51~52 页。

违法。^{〔8〕}这种方式导致即使不规定行为程度,也不至于混淆刑事犯罪与其他违法的关系,并且在立法上规定量的限度确实是一个有争议的问题,因此在刑法中不设定行为程度的规定,而是在司法过程中,通过各种制度设计来解决这类问题^{〔9〕}也不失为一种有效的处理方法。

但在我国则不同,中国刑法中的犯罪行为与其他法中的违法行为,在类型上存在相当多的交叉性规定,既存在单独属于其他违法而不可能成立犯罪的行为或单属于犯罪而不可能属于其他法律规定之违法行为的状况,也存在着一种行为既违反刑法又违反其他法的现象,即程度轻者为其他违法,程度重者为刑事违法犯罪。例如,秘密窃取他人财物,若为数额较大或多次盗窃的是犯罪,若非多次盗窃且数额未达较大的,即属于行政违法,应用治安处罚法来制裁。再如偷税,若采取法定偷税方式并达到法定的数额及比例的,构成偷税罪,若未采取法定的偷税方式或未达到法定数额及比例,则不构成偷税罪而是违反税收法的行为,应处以行政制裁。也就是说,中国刑法中规定的犯罪行为与其他法规上规定的各种违法行为(以下称一般违法行为)之间,存在着很多交叉关系,即一种行为类型既是一般违法行为又是犯罪行为,而一般违法行为与犯罪行为的区别,就在于行为的程度,即以行为程度区分一般违法与犯罪。而这样的现象之存在,来源于我国对法秩序或法体系的设定方式。

以上说明,中国的法体系的设定方式,已经决定了在中国刑法规定的许多犯罪中,必然存在着程度上的要求,若无程度上的要求,就必然会混淆犯罪和一般违法的界限。当然,也存在着对这样的法体系的设定之评价问题。笔者认为,分立式(日本)和交叉式(中国)应该说是各有利弊的。就日本式的规定方式来说,其优点在于行为类型明确,在行为类型上就可以将犯罪与其他违法区别开来,因为在立法上,就是把某些行为规定为其他违法,而把另一些行为规定为刑事违法,定性之间一般不存在交叉问题。因为只要符合刑法所规定犯罪行为类型,就不可能是违反其他法的行为,不用斟酌是作为犯罪还是作为其他违法行为处理的问题。其缺

〔8〕 例如,日本商法第七章罚则中,从第486条至第497条规定了多种犯罪,而在第498条规定了应处过料(日本的行政罚)的行为,其犯罪与应科以过料的行为在行为方式上就是不同的。〔日〕《判例六法》,有斐阁2001年版,第698~702页。

〔9〕 林山田:《刑法论丛》,台大法律系、丰台印刷厂有限公司1997年版,第22~27页。

点在于无程度要求导致某些轻微行为无刑罚适应性,用刑法处罚过于严厉,不适用刑法又涉及他已符合了刑法规定的某犯罪行为类型,直接通过诉讼过程消化其中的轻微部分也存在着一定的犯罪在程度上的不明确的问题。

而就中国的交叉式规定方式来说,其缺点在于一般违法与犯罪的区别模糊,一方面,把度设定在哪里合适,由于社会生活的繁杂,难以用明确的列举或类别严格控制,难免导致程度的一段模糊区;另一方面在模糊区内的行为性质有时处于非此非彼又亦此亦彼的状态。而这种模糊在交叉式中是不可避免的。其优点在于保持了刑法规定的行为的刑罚适应性,只要符合刑法规定的行为模式,即构成犯罪,判处刑罚,不会出现大量的法律上成罪而实际上不罚的情况,使犯罪与刑罚的联系更加紧密,由此就增加了犯罪与惩罚的确定性。同时,由于犯罪与一般违法行为的连接,又导致非罪者未必不违法,从而不会出现刑法作为规则的效力降低问题,因为违反其他法也是违法,不犯罪未必不违法,不判处刑罚还可以作出其他处罚,其相互配合,也就会保持规则的有效性。因为在中国,轻微行为不构成犯罪不是轻微行为合法。这样看来,两种规定模式应该说都有利弊。

当然,若就利弊之量的分析来确定模式之优劣,就涉及整个法秩序的设计问题。笔者对此没有专门研究,难以作出评判。这里提及该问题,只是想说明中国刑法规定之罪的设定有程度要求之由来。也正是因为这样的由来,所以,导致了中国刑法规定上,总则第13条“但书”有“情节显著轻微,危害不大,不认为是犯罪”的一般规定,分则也有许多条文规定了本罪的成罪限制这样的体例。

二、行为程度之设定方式的各种表现

关于行为程度的设定方式,在总则的规定上,表现为刑法第13条的“但书”规定。这种规定是以概括的形式,高度抽象的语言表述,表明了情节显著轻微时,不成立犯罪的立法意图。在分则规定上,这种程度要求以各种方式表现,概括起来可以分为以下几种:

其一,造成严重后果或危险。这类罪名在刑法中占有相当比例,所有的过失犯罪与部分故意犯罪,都以造成某种后果或某种严重后果或造成某种危险作为犯罪的成立条件。这类行为的特征是,以行为的后果或危

险来限制行为的成罪范围。作为某具体语言表述的形式,如造成严重后果、致人重伤、死亡,发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果、造成重大损害、造成重大损害危险、造成重大损失的等。该类对结果与后果等的规定中,其重要特点在于对损失及损失危险的关注,即注重是否对法益造成侵害或侵害危险,由此来反观行为本身的程度和性质。此类罪名约占全部罪名的四分之一。

其二,数额的规定。以达到某种数额作为成罪标准的在刑法中有 50 个左右的罪名。其主要规定在侵犯财产犯罪、经济犯罪和贪污贿赂犯罪中。其数额的类别也是多种多样的,有犯罪所得额,如贪污贿赂类犯罪的数额以该类为主;有被害人损失额,如侵犯财产型犯罪即属此类;还有经营额,如生产、销售伪劣商品罪等属此类规定。涉罪数额一般情况下都可以直接或间接地说明犯罪的后果,但由于这类后果具有量之计算的特殊性,因而是我国刑法中一类重要的成罪标准。

其三,情节的规定。以情节严重、情节恶劣作为成罪条件的犯罪,刑法中也有相当数量的规定,粗略统计有 70 多个罪名,占全部犯罪数的近 20%。这里所说的情节,其内容相当广泛,从所涉及的罪名来看,一般是行为一经实施,未必就有可罚的程度。但若以明显的后果或数额来界定之又相当困难的时候,往往采取情节规定式。作为情节的内容既可以是作为行为后果的情节,如造成损失或危险,也可以是行为自身的情况,如手段恶劣等,还可以是行为人自身的因素,如素行不良或动机恶劣等。

除以上几种具体的规定方式外,还有近三分之一的犯罪没有成立犯罪的最低限度的特定要求,只是列举行为方式或手段,而无其他成罪要求。但这类犯罪的认定,依我国刑事司法实务的掌握,也并非没有行为之程度的限定,除杀人、抢劫、强奸、绑架等以及危害国家安全,以危险方法危害公共安全,或军职罪中的一些严重犯罪,是真正的无情节的犯罪,只要行为实施,除特殊情况外,均具有可罚性。除此之外,在无程度规定的犯罪中,有相当部分存在着程度的要求。例如,关于伪造货币,持有、使用伪造的货币的犯罪,法条上虽无成罪的量的限制,但最高人民法院的司法

解释对此类犯罪的成立规定了相应的数额;^[10]再如,由人民检察院自侦的法纪和贪污贿赂案件中,有一些立法并无成罪之量的限定,如徇私枉法、枉法裁判等多个罪名,但最高人民检察院在关于自侦案件的立案标准中,分别就各罪之立案设定了标准,达不到立案标准的行为当然不能按犯罪处理,^[11]也就是说,仍然有量的界限要求,只是法条无明确列举而已。

以上情况说明,在我国刑法所规定的413个罪名中,除有限部分的犯罪属于行为一出现就成立犯罪之外(该类犯罪常见、多发犯罪少,只有杀人、强奸、绑架、放火、爆炸、投毒等少数几个罪名),其他犯罪均以一定的度作为成罪条件,因此,符合刑法中规定的行为类型但又不构成犯罪的轻微行为在我国表现得十分突出。也可以说是我国刑法分则规定的一大特色。

以上列举了多种成罪的限度规定形式问题。在以上形式中,若对其从内容是否具体,可否直接把握为准,又可以分为明列式与概括式。例如,像具体数额的规定方式,直接指出人身伤亡与财产损失的方式,如危害公共安全的重大损失就是看其具体内容的,包括人员的死亡,重伤和重大公私财产的损失。这样的规定是明确的,因此可称为明列式。与此相对的是概括式,即其内容广泛,并非特指更非单指,如直接规定情节严重或情节恶劣就属此类,还有一些规定后果严重,造成重大损失等,其内容也具有不确定性,它既可以指人身伤亡,还可以指财产损失,也可以指社会秩序,包括社会的治安秩序的破坏或造成某种严重影响等内容,这样的一些内容均属于概括式的规定。概括式规定的具体内容,需要司法人员通过司法判例或者通过最高人民法院和最高人民检察院的司法解释的形式表现出来。另外,对于法条未规定定罪的量限,而实际处理时,又有量的要求时,其裁判后果与概括式具有相同之处,但在刑法规定方式上又是不同的。因此,立法的规定方式如何,对裁判并不具有绝对不同的意义。

[10] 最高人民法院1994年9月8日《关于办理伪造国家货币、贩卖伪造的国家货币、走私伪造的国家货币案件具体应用法律的若干问题的解释》,载《中华人民共和国法律全书》,吉林人民出版社1995年版,第58页。

[11] 最高人民检察院1999年8月6日通过的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》。

三、各种行为程度的规定方式之弊端及可否补救之探析

(一) 列举式之利弊及可否补救之问题

列举式,是指在刑法条文中明确规定成罪的具体情况,或者列举符合法条规定之行为类型,但因某种情况而不成立犯罪的情况。在我国,列举式大多采前种规定方式,后种规定方式只有个别条文采用,例如刑法第383条规定:贪污罪中,其贪污数额不满5000元,情节较轻的由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分,即在数额5000元以下之情节较轻时不按犯罪处理。其实这不完全是列举式,是列举(即数额规定)与概括(情节较轻)的结合。列举式的优点是明显的,从形式上看,它符合明确性的要求,成罪条件明确,司法中便于掌握,可以限制司法裁量权的扩大,保障人权的功能由此可以发挥。但其并非完美无缺,其缺点至少可以指出以下几方面:

其一,形成立法间隙。列举式较明确,也正因其明确,故若列举失当,就会使值得用刑罚处罚的行为无法处理,有碍刑法保护功能的发挥。例如,刑法第201条偷税罪的成罪最低标准,采取数额加比例的规定方式,即偷税数额占应纳税总额的10%以上不满30%并且偷税额在1万元以上不满10万元的,或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的。依此规定,若行为人的偷税额占应纳税总额不满30%但偷税额在10万元以上,或在偷税额不满10万元,但占应纳税总额30%以上的,就不符合成罪程度所列举的两种情况,依照法律,两种情况均不构成偷税罪,也就是说,一个企业若纳税额为51万元,若偷税10万元,占应纳税总额不满20%,构成偷税罪,若偷税15万元,占应纳税总额的不满30%,但因数额超过了10万元,反倒不构成犯罪,当然也不构成该罪的加重,因为加重要求的是“偷税数额占应纳税总额的30%以上并且偷税额在10万元以上”,前例也不符合加重的要求。相反的情况也是如此,若纳税人的应纳税总额为20万元,若偷税5万元,占应纳税总额的25%,符合偷税罪的成罪条件,但若偷税9万元,因偷税额已达应纳税总额的30%以上,不符合偷税罪的要求,不成立犯罪。在这种情况下,不处理明显失当,处理则违法,陷入两难境地。当然,该例是由于立法失误所造成的极特殊的情况,若仅以此说明该方式的弊端不足为凭的话,那么,下面还可以举出几例。

例一：诈骗罪、抢夺罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪，均以数额较大作为成罪的程度条件，但若行为人一次作案达不到数额较大，依法律规定不构成犯罪，但多次作案的多次行为数额均不大，与一次作案数额较大相比，其危害未必小甚至多次作案危害更大，不作为犯罪处理是否合适值得研究。再如，盗窃罪以数额较大或多次盗窃为成罪条件，但若行为人一次入室盗窃，数额未达较大但接近较大时，依法律规定不构成盗窃罪，但其危害应该是比非入室盗窃数额较大之总体危害更加严重，但却依列举式之疏漏而将其排除在犯罪之外。如果说，仅有一例还可以说是立法者的疏忽，但若多次出现这样的问题，就不能不检讨列举式本身是否存在问题了。

其二，不具有对未来行为的适应性。社会不断发展，可以成罪的新情况也就会不断出现，而明确列举行为程度的规定方式，则往往会使立法明显滞后。例如，刑法第 168 条规定的徇私舞弊造成破产、亏损罪，其成罪的要求是造成国有公司、企业破产或者严重亏损而使国家的利益遭受重大损失。该罪的规定，应该说是比较符合立法当时的情况，即国有公司往往因为破产、严重亏损时才会被发现、被追究，因而有此规定。但是在大型国有企业或者一般型但盈利甚丰的国有企业，因主管人员徇私舞弊，造成国有财产重大损失甚至一般亏损，但又未达破产或严重亏损程度，其危害不小于一般型或不盈利型企业的严重亏损和破产，但却由于其列举式的规定方式而使其排除在犯罪之外，现在这样的情况已经出现，以后也会继续出现该类情况，就会显得刑法第 168 条之列举式过于狭窄而不适应保护法益的要求。^{〔12〕} 社会的发展使原来之列举不全面应该是自然的情况，但却造成法的明显滞后性。

那么，以上的缺点可否进行有效的补救呢？应该说，补救是可以的，这就是将立法当时可能出现的各种情况充分考虑，尽量减少失误，并尽可能地预测未来可能发生的情况，将其在立法中表现出来，使立法具有一定的前瞻性，这是可以做到的。但不可否认，其后果也未必是十全十美。其理由至少有两个方面，一是立法者是人不是神，人就必然有能力的限制，不可能将法律制定得十全十美；二是对未来情况的预测未必准确与全面。

〔12〕 依据 1999 年 12 月 25 日通过的《中华人民共和国刑法修正案》之二的规定，该问题现在已经得到解决。

两方面的原因,导致列举式立法之漏洞的出现不可避免,补救的效果也是有一定限度的。

(二)概括式规定之弊端与可否补救之问题

所谓概括式的规定,就是以概括而不具体的语言来表示成罪的量的限度。在我国刑法中,最明显的就是如情节严重、后果严重等语言表达。在我国,该类规定方式占全部刑法规定之罪名的1/3左右。此外,还有一种情况,就是形式上是列举式,因而具有明确性的外观,而实际上并非明确的情况,例如,数额较大,多大属于较大,仍然是一个未知之数,需要通过具体的解释才能具有明确的内容;再如,在列举某种情况后又加上概括性之规定的情况。该情况的一部分应该说是明确的,如列举几种具体情况,又以其后的其他情况作为堵截的规定,如刑法第193条规定的贷款诈骗罪的行为是(1)编造引进资金、项目等虚假理由的;(2)使用虚假的经济合同的;(3)使用虚假的证明文件的;(4)使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的;(5)以其他方法诈骗贷款的。在前四项的具体列举之后,其第五项的概括式规定可以理解为与前四项相当的其他方式,因此其规定难说不明确。而另一部分是前面的列举与后面的概括没有参照性的情况,如刑法第198条规定的保险诈骗罪,就是明确列举了五种行为情况,同时又要求数额较大,两者并不具有参照的关系,这样的规定仍然属于概括性的规定。作为概括性规定的类型,有多种形式。下面分别予以分析。

第一种是完全概括式的,其具体的语言表达主要是情节严重或情节恶劣。这样的规定有70个左右的罪名。这样的规定,完全是一种宣言式的规定,即表明该罪并非行为一经实施就成立犯罪,而是有程度的要求。这样的规定在以下两种情况下会有意义:其一,在总则没有成罪的量的要求时,这样的规定的意义在于,表明该罪与其他罪不同,是有成罪的量的限度的,但也需要一个前提,这就是没有量的限度之要求的罪名,是绝对地以行为方式定罪,即无此类情节规定的情况下,只要符合行为类型,就一定成立犯罪,也就是说,分则规定是总则规定的具体化,是有成罪限度要求的量的范围。其二,在总则有量的要求时,表明在特定犯罪中,并非行为一出现就构成犯罪,以区别于没有规定的犯罪。但中国刑法总则中有量的要求,因此,不属于第一种情况;没有规定情节等成罪限度的犯罪

未必行为一出现就一定构成犯罪,其也有量的要求,^[13]只是在立法上没有给予特别提示性的规定而已,因而也不属于第二种情况,其意义值得研究。

第二种是实质的概括式。这种规定从语言表述上,表明其具有列举的形式,而所使用的语言又具有相当的概括性,不具有特指的意义。例如,后果严重,重大损失等语言表述即属此类。因为无论是后果严重还是重大损失,都是指行为人的行为后果,于是首先需要界定的是后果的范围。如果从语言的文字内涵来看,后果是指行为所造成的改变,而这种改变的范围相当广泛,包括人员伤亡、精神损害、财物损失、心理恐慌、秩序混乱、心理失衡、引发其他人之行为等,也就是其内容与情节相比,只是排除了行为人的个人因素,额外的可以成为情节内容的都可以成为后果,因为所谓情节,不外是行为人自身的情况和行为人以外的客观后果,因此,行为人自身情况之外的所有情况、内容均可以作为后果来看待。而作为对后果的限制是“严重”这种具有模糊性的量化用语,多重的后果算严重,在法条中根本没有办法搞清其具体内容。这样一来,后果严重、重大损失等规定,与情节严重相比,有了一定的限定,但其限定有限,情节严重所具有的不明确性,后果严重也基本具有,唯一的变化就是将行为人自身的情况排除在外,在定罪中没有作用,而将行为人自身的情况作为定罪的情节之一是否合适也是值得研究的。^[14]

以上两种概括式的规定方式,除了具有情节宣言的作用外,其再无别的作用。而在总则有了一般的成罪的量的限度的情况下,若说其作用,就是表明除此之外的其他未作限定的犯罪,其成罪没有量的要求,但如前述,这并不是事实,因此其规定就失去了存在的意义。那么,现行立法之概括式量的规定是否有补救办法呢?一是将其具体化,于是就有了具体列举式的弊端;二是干脆不做规定,也就是自身方式的消失,别无他法。

[13] 最高人民法院 1995 年 5 月 2 日《关于办理未成年人案件适用法律的若干问题的解释》,载《中华人民共和国法律全书》,吉林人民出版社 1996 年版,第 72 页。

[14] 有学者提出行为人自身的情况不应作为定罪的根据。曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 213 页。