



京师刑事法文库 (116)



刑法问题探索

Explorations On Criminal Law Problems

王志祥 ◎ 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



京师刑事法文库(116)



刑法问题探索

Explorations On Criminal Law Problems

王志祥◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

刑法问题探索 / 王志祥著. —北京: 中国法制出版社, 2016.5

(京师刑事法文库)

ISBN 978-7-5093-7508-2

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 091594 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 薛 强 (editor_xue@163.com)

封面设计: 李 宁

刑法问题探索

XINGFA WENTI TANSUO

著者 / 王志祥

经销 / 新华书店

印刷 / 北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本 / 787 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2016 年 8 月第 1 版

印张 / 36 字数 / 719 千

2016 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7508-2

定价: 118.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

编辑部电话: 010-66038139

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管)



德育英才 法行天下
Virtue Ethics Legal Spirits

北京师范大学刑事法律科学研究院建院10周年志庆
Tenth Anniversary of College for Criminal Law Science of Beijing Normal University
(2005-2015)

前 言

从1993年我攻读刑法专业硕士研究生以来，累计发表了200余篇学术论文，其中150余篇论文是在我2006年11月加盟北师大刑科院以来发表的。利用2015年北师大刑科院为庆祝成立10岁华诞而支持教授们选编出版其个人文集的机会，我将这150余篇论文中的38篇进行结集整理，由此使本文集得以形成。

这38篇论文按其内容可分为三个部分：第一部分为犯罪论问题研究，收录了10篇论文，其中涉及关于我国刑法第13条但书、我国刑法典的轻罪化改造、形式解释论与实质解释论之争、成立犯罪最低标准意义上的犯罪构成理论、从既遂标准的层次性理论看加重犯的既遂问题、海峡两岸犯罪停止形态立法比较、数额犯基本问题、数额加重犯基本问题、结果加重犯的构造以及结果加重犯未遂问题的论述。第二部分为刑罚论问题研究，收录了12篇论文，其中涉及关于后劳教时代法律制裁体系的完善、刑罚结构调整、死刑改革、死刑替代措施、终身自由刑制度的改革、犯罪人的财产状况对罚金数额的影响、禁止令制度、减轻处罚制度、坦白从宽制度、行刑观念的更新、减刑假释制度的改革路径的论述。第三部分为刑法各论问题研究，收录了16篇论文，其中涉及关于高利放贷行为的刑法命运、绑架罪中的“杀害被绑架人”、拐卖妇女儿童犯罪、遗弃罪、虚拟财产的刑事保护、抢劫罪加重犯的既遂、诈骗罪基本犯的未遂、“飞车行抢”案件的定性、黑社会性质组织的界定、黑社会性质组织犯罪构成特征的界定、基本刑事政策视域下贿赂犯罪立法应然走向的论述。

在选编本文集的过程中，我大体上按照论文所涉及的内容在刑法教科书中的先后顺序对论文进行编排，并力求忠于发表时的原貌。对于原载论文的报刊以及合作者等情况，均在论文脚注中予以注明（在此对合作者表示由衷的谢意）。

最后，感谢为本文集的出版提供支持的北师大刑科院，也感谢责任编辑在本文集出版过程中所付出的辛勤劳动。

王志祥

2016年8月于北师大刑科院

目 录

论刑法第 13 条但书的功能	1
一、但书与犯罪概念的关系	1
二、但书与犯罪构成的关系	5
三、但书与犯罪认定的关系	8
四、但书与犯罪停止形态的关系	10
五、结语	13
论我国刑法典的轻罪化改造	15
一、“重罪重刑”式刑法典之流弊	16
二、犯罪圈的轻罪化改造	21
三、法定刑的轻刑化改造	28
形式和实质的解释论之争与犯罪论体系的选择	32
一、形式解释论与实质解释论之争——混乱的战场	32
二、穿越迷雾——两类解释论之争的核心问题依然是犯罪论体系的选择	35
三、分层式逻辑判断还是平面式综合判断——德日犯罪论体系与我国传统犯罪构成体系的比较与取舍	39
成立犯罪最低标准意义上的犯罪构成理论之批判	48
一、“最低标准论”偷换了犯罪成立这一概念	48
二、“最低标准论”对犯罪构成要件的功能作了歪曲的理解	51
三、“最低标准论”会导致基本犯的犯罪构成要件陷入无法确定的状态	53
四、“最低标准论”导致犯罪构成符合性评价与犯罪形态符合性评价被人为地割裂为两个独立的、前后衔接的步骤	54
五、结语	55

从既遂标准的层次性理论看加重犯的既遂问题·····	56
一、既遂标准的层次性理论之引入·····	57
二、既遂标准的层次性理论在加重犯既遂问题中的贯彻·····	58
三、既遂标准的层次性理论在不同类型加重犯的既遂问题中的展开·····	62
四、结语·····	73
海峡两岸犯罪停止形态立法比较研究	
——兼论我国大陆犯罪停止形态立法的完善·····	74
一、犯罪既遂的立法之比较·····	74
二、犯罪预备的立法之比较·····	78
三、犯罪未遂的立法之比较·····	81
四、犯罪中止的立法之比较·····	86
五、完善我国大陆犯罪停止形态的立法之建议·····	91
数额犯基本问题研究·····	93
一、数额犯概念的界定·····	93
二、数额犯数额的性质·····	95
三、数额犯的既遂与未遂之区分·····	96
数额加重犯基本问题研究·····	108
一、数额加重犯的概念之辨正·····	108
二、数额加重犯的既遂与未遂之区分·····	113
三、数额加重犯未遂的认定与处罚·····	116
论结果加重犯的构造·····	123
一、基本犯罪·····	123
二、加重结果·····	126
结果加重犯的未遂问题新论·····	132
一、加重结果未发生时结果加重犯的既遂、未遂问题·····	132
二、基本犯未遂时结果加重犯的既遂、未遂问题·····	139
三、结语·····	148
论后劳教时代法律制裁体系的完善·····	151
一、三种替代措施观点之争及其评价·····	151
二、分流论正当性的根据·····	155

三、分流的具体方案·····	159
四、劳动教养制度废除后相关剥夺人身权利措施的完善·····	162
刑罚配置结构调整论纲·····	166
一、调整死刑配置·····	167
二、调整自由刑的配置·····	169
三、调整财产刑的配置·····	176
四、调整资格刑的配置·····	180
五、协调罪种间的法定刑配置·····	182
刑罚结构调整的反思与前瞻	
——以《刑法修正案（八）》为视角·····	186
一、死刑罪名的削减问题·····	186
二、死缓、无期徒刑、有期徒刑威慑力的强化问题·····	188
三、管制刑的完善问题·····	189
四、刑罚结构调整前瞻·····	191
死刑改革问题新思考	
——以《刑法修正案（九）》为视角·····	193
一、《刑法修正案（九）》对死刑制度的修改·····	193
二、对《刑法修正案（九）》中修改死刑规定的评价·····	195
三、对我国死刑改革的展望·····	201
四、附论·····	206
死刑替代措施：一个需要警惕的刑法概念·····	208
一、死刑替代措施的概念之辨析·····	208
二、构建死刑替代措施的理论根据之辩驳·····	210
三、死刑替代措施忽视人权保障的负面后果之警惕·····	223
四、结语·····	226
论我国终身自由刑制度的改革·····	227
一、世界范围内终身自由刑制度的概况·····	227
二、我国终身刑制度所存在的突出问题·····	228
三、我国学界关于终身刑制度改革的主要建议·····	231
四、我国终身刑制度的改革路径·····	232

论犯罪人的财产状况对罚金数额的影响·····	237
一、罚金数额影响因素的四种立法例·····	237
二、罚金数额的影响因素在我国立法及司法解释中的演变·····	239
三、我国刑法理论对罚金数额影响因素在认识上的分歧·····	240
四、对犯罪人的财产状况在罚金数额确定过程中应然地位的分析·····	241
五、对“天价罚金”案中犯罪人财产状况对罚金数额影响问题的分析·····	246
六、结语·····	248
论《刑法修正案（八）》中的禁止令制度·····	250
一、关于禁止令制度的具体规定·····	250
二、禁止令制度增设的背景及其意义·····	251
三、禁止令制度解析·····	252
四、禁止令制度的适用·····	259
五、禁止令制度的完善·····	265
减轻处罚制度立法再完善之探讨	
——以《中华人民共和国刑法修正案（八）》为分析样本·····	270
一、减轻处罚制度修改的背景·····	270
二、对修改后的减轻处罚制度的评价·····	273
三、关于减轻处罚制度再完善之建言·····	280
坦白从宽制度入刑的思考·····	287
一、坦白从宽制度入刑的背景·····	287
二、坦白从宽制度入刑的正当性分析·····	290
三、坦白从宽制度入刑规定的内涵之解析·····	293
四、坦白从宽制度入刑规定的司法适用·····	297
五、对“如实供述自己罪行”范围的延伸性思考·····	303
论行刑观念之更新·····	307
一、确立假释优于减刑的行刑观念·····	307
二、逐步确立“假释为主，减刑为辅”的行刑观念·····	309
三、转变扭曲的报应观念·····	312
我国减刑、假释制度改革路径前瞻·····	315
一、世界范围内减刑、假释制度的发展趋势·····	315

二、我国减刑、假释制度的适用状况及启示·····	317
三、关于我国减刑制度存废主要学说的介评·····	321
四、我国减刑、假释制度的改革路径及理由·····	324
五、余论——对假释制度的改革应以累进处遇制的构建为基础·····	329
论高利放贷行为的刑法命运·····	333
一、现行法律体系之疏漏——高利放贷行为法律规制的缺位·····	333
二、罪刑法定原则视野下对高利放贷行为应进行无罪化处理·····	335
三、高利放贷行为的立法发展前瞻——疏堵结合的高利放贷行为规制·····	341
绑架罪中“杀害被绑架人”新论·····	348
一、“杀害被绑架人”的具体表现·····	348
二、“杀害被绑架人”的犯罪形态·····	354
三、被绑架人未死亡情形的处理·····	358
关于调整拐卖妇女、儿童犯罪罪名表述的思考·····	364
一、拐卖妇女、儿童犯罪的立法的演进·····	364
二、“拐卖妇女、儿童罪”和“收买被拐卖的妇女、儿童罪”罪名表述的调整·····	366
三、“不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪”和“阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪”罪名表述的调整·····	372
论拐卖妇女、儿童罪的犯罪客体及其刑法意义·····	375
一、关于拐卖妇女罪犯罪客体的理论争议及评析·····	375
二、“人格尊严说”之提倡·····	377
三、“人格尊严说”的刑法意义·····	384
拐卖妇女罪中“奸淫被拐卖的妇女”新论·····	396
一、“奸淫”的范围·····	396
二、“奸淫”的时间·····	401
三、“奸淫”的对象·····	403
四、“奸淫”的主体·····	405
拐卖儿童罪中的“偷盗婴幼儿”新论·····	409
一、“以出卖为目的，偷盗婴幼儿的”规定的渊源问题·····	409
二、“出卖目的”产生的时间问题·····	411
三、“偷盗”的界定问题·····	412

四、利用监护人无力监护而当面抱走婴幼儿的情形的认定问题·····	413
五、“婴幼儿”的界定问题·····	417
六、“偷盗婴幼儿”型拐卖儿童罪的既遂标准问题·····	418
拐卖妇女、儿童罪六种加重情形的司法认定·····	420
一、“拐卖妇女、儿童集团的首要分子”的司法认定·····	420
二、“拐卖妇女、儿童3人以上”的司法认定·····	421
三、“诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫”的 司法认定·····	421
四、“以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童”的司法认定·····	424
五、“造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果”的司法 认定·····	427
六、“将妇女、儿童卖往境外”的司法认定·····	430
论拐卖妇女、儿童罪既遂的判断标准·····	431
一、关于拐卖妇女、儿童罪既遂形态判断的实践检视·····	432
二、关于拐卖妇女、儿童罪既遂形态判断标准的理论争议·····	435
三、对拐卖妇女、儿童罪的既遂应以卖出为判断标准·····	438
遗弃罪构成要件的新思考·····	449
一、关于遗弃罪构成要件的两种观点·····	449
二、关于遗弃罪犯罪客体的理解·····	451
三、扶养关系成立范围的界定·····	453
四、结语·····	456
论虚拟财产刑事保护的正当性	
——与侯国云教授商榷·····	457
一、“侯文”对虚拟财产的特性没有准确地予以理解和把握·····	457
二、否认虚拟财产的财产属性，是缺乏理论依据的·····	460
三、否认虚拟财产的价值属性，是缺乏理论支撑的·····	463
四、虚拟财产与真实财产的交易违背价值规律和价值交换规则的说法，于理不通·····	465
五、虚拟财产与真实财产的交易是严重干扰金融秩序的违法行为的说法，于法无据·····	466
六、保护虚拟财产会给社会带来极大危害的说法，于理有悖·····	468
七、让虚拟财产永远待在虚拟空间，不是科学的做法·····	469

八、余论·····	470
抢劫罪加重犯的既遂问题新论·····	472
一、关于抢劫罪加重犯既遂问题的不同观点·····	472
二、对上述各种观点的评析·····	473
三、笔者关于抢劫罪加重犯既遂问题的观点·····	476
论诈骗罪基本犯的未遂形态·····	480
一、对诈骗罪基本犯未遂形态不同观点的评析·····	480
二、诈骗罪客观方面基本构造之厘清·····	486
三、诈骗罪基本犯未遂形态判断标准之确立·····	493
四、对相关司法解释中有关诈骗罪基本犯未遂形态规定的评析·····	493
“飞车行抢”案件的定性问题探讨·····	498
一、关于“飞车行抢”案件定性问题的理论争议·····	498
二、司法解释对于“飞车行抢”案件定性问题的态度·····	500
三、“飞车行抢”案件定性问题之分析·····	501
四、结语·····	506
论黑社会性质组织的界定·····	507
一、黑社会性质组织概念的沿革·····	507
二、黑社会性质组织的特征·····	509
三、黑社会性质组织与其他相关概念的关系·····	523
论黑社会性质犯罪构成特征的界定·····	530
一、黑社会性质组织犯罪直接客体的界定·····	530
二、黑社会性质组织犯罪客观方面的界定·····	533
三、黑社会性质组织犯罪主体的界定·····	543
四、黑社会性质组织犯罪主观方面的界定·····	547
基本刑事政策视域下贿赂犯罪立法的应然走向·····	549
一、我国不同时期基本刑事政策的简要梳理·····	549
二、基本刑事政策视域下我国贿赂犯罪立法存在的缺陷·····	551
三、“宽严相济”基本刑事政策视域下我国贿赂犯罪立法的应然走向·····	555

论刑法第13条但书的功能^①

我国1997年修订后的《中华人民共和国刑法》(以下简称刑法)第13条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”上述规定中,“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”就是但书的内容。从法律规范逻辑结构的角讲,“情节显著轻微危害不大”是假定条件,“不认为是犯罪”是法律后果。其中,“情节显著轻微”与“危害不大”是并列关系,即只有二者同时具备,才能“不认为是犯罪”。对于刑法第13条但书的作用,我国学者已有所论述。不过,全面论述第13条但书功能的文章尚属鲜见。本文旨在通过讨论但书与犯罪概念、犯罪构成、犯罪认定以及犯罪停止形态的关系,系统地论证刑法第13条但书的功能,以求教于同仁。

一、但书与犯罪概念的关系

(一)对刑法第13条犯罪概念之批评的回应

一般认为,根据各国刑事立法与理论对犯罪概念的表述,犯罪概念大致可以包括形式概念、实质概念与混合概念三种类型。其中,形式概念是指仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义,而不揭示犯罪的本质特征,即法律何以将该行为规定为犯罪。如1810年《法国刑法典》第1条规定:“法律以违警罚所处罚之犯罪,称违警罪;法律以惩治刑所处罚之犯罪,称轻罪;法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪,称重罪。”犯罪的实质概念,是指仅从犯罪的本质特征即社会政治内容上给犯罪下定义,而不涉及犯罪的法律特征。1922年《苏俄刑法典》第6条规定:“威胁苏维埃制度基础及工农政权在向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切

^① 原载赵秉志主编:《刑法论丛》第18卷,法律出版社2009年版。

危害社会的作为或不作为，都被认为是犯罪。”这是典型的实质概念的表述。将犯罪的形式特征与实质特征统一起来，就形成所谓的混合概念。如1960年《苏俄刑法典》第7条规定：“凡本法典分则所规定的侵害苏维埃的社会制度和国家制度，侵害社会主义经济制度和社会主义所有制，侵犯公民人身权、政治权、劳动权、财产权以及其他权利的危害社会行为（作为或者不作为），以及本法典分则所规定的其他各种侵害社会主义法律秩序的危害社会行为，都认为是犯罪。”

对于我国刑法第13条规定的犯罪概念，理论界通说认为，这一概念明确将相当程度的社会危害性这一犯罪的本质特征与刑事违法性和应受刑罚惩罚性这一法律特征结合起来，既规定什么行为是犯罪，又表明何以将该行为规定为犯罪，属于犯罪的混合概念。对于这一混合概念，高铭喧教授认为，在其科学性上，不仅资本主义国家的刑法无法比拟，就是在社会主义国家中，这个规定也是最完善的。^①然而，我国学者对这一概念也提出了诸多批评。如有论者指出，在一个定义中规定社会危害性和刑事违法性两个标准，并且社会危害性是一种社会政治的评估，其本身具有笼统、模糊、不确定的特点，这样势必影响罪刑法定原则的贯彻，进而影响刑法科学化的实现。^②还有论者主张在犯罪概念中不规定社会危害性和应受刑罚惩罚性，只以刑事违法性作为犯罪的特征，并认为这不是说社会危害性和应受刑罚惩罚性对于犯罪的构成无足轻重，而是立法在规定刑事违法性特征时已对社会危害性和应受刑罚惩罚性的因素进行了充分考虑。外国也有这样的立法例，如瑞士刑法典就将犯罪概念表述为“凡是用刑罚威胁所确定禁止的行为”。^③

上述论者批评我国的混合犯罪概念，其核心主要是指责其中的社会危害性表述与罪刑法定原则相矛盾，担心在刑事司法过程中仅仅依据社会危害性而出入人罪，导致罪刑擅断。要解决这一问题，必须明确犯罪概念中社会危害性与刑事违法性的关系，弄清社会危害性在认定犯罪的过程中是否有作用，其作用是如何发挥的。

所谓社会危害性，是指犯罪危害社会的性质，是行为反社会的属性，它揭示的是犯罪的社会政治内容。刑事违法性是指行为人对抗刑法规范中的禁止或命令，行为违反刑法规范的属性，即行为符合刑法规定的犯罪构成。我国刑法理论通说认为，社会危害性与刑事违法性是统一的。^④一定的社会危害性是犯罪最基本的属性，是刑事违法性的基础，刑事违法性是

① 参见高铭喧主编：《刑法学原理》（第1卷），中国人民大学出版社1993年版，第381~382页。

② 参见樊文：《罪刑法定与社会危害性的冲突》，载《法律科学》1998年第1期。

③ 参见王尚新：《关于刑法情节显著轻微规定的思考》，载《法学研究》2001年第5期。

④ 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第83页。

社会危害性在刑法上的表现。^①笔者认为,社会危害性是立法者将某种行为在刑法典中规定为犯罪的根据,在立法者的意识中社会危害性决定刑事违法性;刑事违法性是行为的严重社会危害性在刑法中的体现,只要刑法将某种行为规定为犯罪,其必然具有严重的社会危害性。因此,在司法者的意识中刑事违法性征表着社会危害性。概括而言,社会危害性与刑事违法性之间存在实质内容与法律表现的统一关系。刑法第13条中社会危害性的表述实际上为刑事违法性的得出提供着判断依据或判断材料。从我国犯罪论的体系来看,犯罪的形式概念和实质概念是统一的,即犯罪的形式概念之中必然包含有实质判断的内容。在我国,犯罪构成是对具有一定社会危害性行为的类型化,行为符合犯罪构成要件是行为负刑事责任的唯一基础,即行为符合犯罪构成就意味着该行为不仅形式上违反刑法规范,而且在实质上具有一定程度的社会危害性。在司法机关认定犯罪的过程中,也是经过实质分析后才得出行为是否违反刑法规范的形式上的结论的。在司法人员对具体刑事案件的认定过程中,首先要看有没有刑法保护的利益受到侵犯以及侵犯的程度;其次查明是什么行为侵犯了这一利益,是否造成后果及其严重程度;再次看是什么人实施的行为;最后要查明行为人主观上是否存在罪过。经过这一系列带有实质性的判断之后,才能得出行为人的行为是否构成犯罪这一形式的结论。

因此,那种将犯罪的形式概念和实质概念割裂开来,认为认定犯罪的过程中可以不考虑社会危害性的见解,在我国的犯罪论体系下,是值得怀疑的,是不符合我国的司法实践的。正如有的学者所言:刑法第13条关于犯罪的总则性规定,一方面是有关犯罪的概念,另一方面也是有关犯罪认定的指导性规定。它意味着在判断某一行为是不是符合刑法分则的某一条文规定的时候,不能仅从形式上观察,必须从该行为的社会危害性的实质方面来考量。^②

(二) 但书在犯罪概念中发挥的作用

针对我国刑法13条的但书规定,有学者认为,这个定义(指刑法第13条犯罪概念——引者注)在逻辑上存在矛盾。从这样的定义分析,除了“一切”之后所列的6类行为外,均不是犯罪;在“一切”这样的外延之下,但书是不应该存在的,要用“一切”就不能用但书,要用但书就不能用“一切”。^③对于以上观点,笔者不敢苟同,因为论者混淆了我国刑法中但书的不同使用情况。刑法条文中的“但书”所表示的大致有以下几种情况:(1)但书是前

① 参见赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第77页。

② 参见黎宏:《罪刑法定原则下犯罪的概念及其特征》,载《法学评论》2002年第4期。

③ 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突》,载《法律科学》1998年第1期。

段的补充。最典型的就是刑法第13条“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定，它从什么情况下不认为是犯罪的角度来补充说明什么是犯罪。(2)但书是前段的例外。如刑法第65条规定：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪除外。”从这一但书中可以明显看出，过失犯罪无所谓累犯问题。(3)但书是对前段的限制。例如，刑法第21条第2款规定：“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”在这里，但书对避险过当人负刑事责任作了限制。^①论者认为刑法第13条规定的但书使得犯罪概念存在逻辑上的矛盾，显然是以“但书是前段的例外”这种但书使用情况为出发点的，即把“情节显著轻微危害不大”作为“一切危害……的行为”中的例外情况，由此得出前后两段之间存在矛盾的结论。而我们认为，刑法第13条中的但书属于“但书是前段的补充”的情况，即“情节显著轻微危害不大”是补充说明“一切危害……的行为”的社会危害性程度的。也就是说，“一切危害……的行为”必须达到严重危害社会的程度，依照法律应当受刑罚处罚的，才是犯罪。可见，刑法第13条前后两段并不存在逻辑上的矛盾，相反，是前后照应在一起，组成了对犯罪概念的完整表述。

进而言之，在理解刑法第13条规定的犯罪概念时，不能将前后两段割裂开来，仅仅把前段当成犯罪概念的全部，忽视但书对犯罪概念中社会危害性的补充说明作用。储槐植教授等认为，我国的犯罪概念界定采取的是定性+定量模式，既对行为的性质进行考察，又对行为中所包含的“数量”进行评价，是否达到一定的数量对决定某些行为是否构成犯罪具有重要意义。换句话说，我国在刑法总则规定的犯罪的一般概念和刑法分则规定的诸多具体犯罪的概念都体现了定量因素这一我国刑法的创新。具体而言，刑法第13条但书是对刑法分则具体犯罪构成数量要件（直接规定的和实际内含的）的概括，它把定量因素明确引进到犯罪的一般概念之中。^②笔者认为，在我国，行为只有达到一定的社会危害性才会被立法者规定为犯罪。对此，恩格斯曾经指出：“蔑视社会秩序的最明显、最极端的表现就是犯罪。”^③刑法第13条中“一切危害……以及其他危害社会的行为”的规定是对犯罪概念中社会危害性的质的规定性的概括表述，而但书部分则从反面说明了社会危害性的量的规定性。因此，对于刑法第13条犯罪概念的完整理解应当是：除了情节显著轻微危害不大的行为外，“一切危害……的行为”，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪。可见，刑法第13条但书不仅不

① 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第2版），北京大学出版社、高等教育出版社2005年版，第20页。

② 参见储槐植、汪永乐：《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》，载《法学研究》2000年第2期。

③ 《马克思恩格斯全集》第2卷，人民出版社1957年版，第416页。

与前段相矛盾,相反,其恰恰起到了为划定犯罪圈“把关”的作用。它把社会危害性轻微没有必要用刑罚惩罚的行为拒之“圈”外,这不仅符合刑法谦抑原则的要求,而且便于集中有限的司法资源重点打击那些严重危害社会的行为,提高刑罚效益。

综上所述,刑法第13条但书是现行刑法犯罪概念的有机组成部分,它揭示了犯罪概念中社会危害性的量的因素,和该条前段一起划定了我国刑法中的犯罪圈。

(三) 犯罪概念中但书规定的必要性

通过上述分析,可以看出,我国刑法在犯罪概念中规定但书的目的是把犯罪限定为具备严重社会危害性的行为,从社会危害性的量上区别犯罪和一般违法行为。犯罪是最严重的危害社会的行为,对其要处以最严厉的惩罚——刑罚,因此,轻微的违法行为不会作为犯罪处理。在这一点上,中外各国都是承认的。但各国在具体的处理方式上则存在较大差异。我国采取的是立法模式,即在犯罪一般概念中以但书的形式明确情节显著轻微危害不大的行为不作为犯罪处理,同时在刑法分则的多数具体罪状中都规定有“数额较大”“情节严重”“造成严重后果”等定量要求,行为不具备量的规定就不能成立犯罪。国外则一般采取司法模式,即立法只对行为的性质作出规定,而不作量的分析。如根据日本刑法的规定,盗窃他人财物的,为盗窃罪。根据美国1962年《模范刑法典》的规定,盗窃数额超过500美元或者盗窃发火武器或机动交通工具的,构成三级重罪;盗窃数额50美元以下的,构成微罪;其他情况属于轻罪。如果仅从法条字面含义理解的话,在这些国家哪怕盗窃一分钱也构成犯罪。但在日本,像盗窃一张纸、一枝花这样的轻微行为是通过检察机关不起诉等诉讼过程予以消化的;^①而美国则是通过起诉酌定主义将涉罪的轻微行为排除出犯罪的范围。^②

由此可见,各国均有相应的过滤机制将轻微行为做非罪化处理,只是具体模式不同而已。我国刑法第13条中的但书规定,表明我国采取的是一种通过立法排除轻微行为犯罪性的处理模式。总之,但书有其合理的存在根据,在犯罪概念中规定但书是必要的。

二、但书与犯罪构成的关系

(一) 我国犯罪构成的体系性特征

众所周知,我国现有的四要件的犯罪构成理论源于苏联。所谓“犯罪构成”一词是在犯

^① 参见李洁:《中日涉罪之轻微行为处理模式比较研究》,载《法律科学》2002年第4期。

^② 参见聂昭伟:《各国对微罪行为处理模式的比较研究》,载于志刚主编:《刑法问题与争鸣》(2005年第1辑)(总第11辑),中国方正出版社2005年版,第262页。