

罪犯处遇论

耿光明 著

ZUIFANCHUYULUN

- 犯罪立法模式的社会选择
- 罪犯处遇的思想源流
- 人性假设与罪犯成因
- 罪犯处遇的结构和价值取向
- 罪犯制裁的政策和原则
- 罪犯处遇的方式定位
- 强制处遇的法治机制
- 刑罚执行的流程控制
- 处遇变更的规范设置
- 罪犯处遇的法律监督
- 罪犯处遇的人权保障



中国市场出版社
China Market Press

罪犯处遇论

耿光明 著



中国市场出版社
China Market Press

图书在版编目 (CIP) 数据

罪犯处遇论/耿光明著. —北京: 中国市场出版社,
2009. 7

ISBN 978 - 7 - 5092 - 0564 - 8

I. 罪… II. 耿… III. 犯罪学 - 研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 089883 号

书 名: 罪犯处遇论

著 者: 耿光明

责任编辑: 白 琼

出版发行: 中国市场出版社

地 址: 北京市西城区月坛北小街 2 号院 3 号楼 (100837)

电 话: 编辑部 (010) 68032104 读者服务部 (010) 68022950

发行部 (010) 68021338 68020340 68053489

68024335 68033577 68033539

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省高碑店市鑫宏源印刷包装有限责任公司

规 格: 880 × 1230 毫米 1/32 10.5 印张 260 千字

版 本: 2009 年 5 月第 1 版

印 次: 2009 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5092 - 0564 - 8

定 价: 28.00 元

目 录

第一章 犯罪立法模式的社会选择·····	1
一、我国现行犯罪立法模式评析·····	1
二、我国采取“定性+定量”犯罪立法模式的成因剖析···	4
三、在目前社会环境下“定性+定量”犯罪立法 模式的弊端·····	11
四、“只定性不定量”犯罪立法模式的可行性分析·····	20
第二章 罪犯处遇的理论蕴涵·····	27
一、刑罚与罪犯制裁理论的历史嬗变·····	27
二、我国学界对罪犯处遇理论研究的现状·····	39
三、罪犯处遇范畴的应然定位·····	41
第三章 人性假设与罪犯成因的多维视角·····	45
一、社会、国家和犯罪人的人性假设是同一的， 还是分裂的·····	46
二、行为犯罪立法化的评判·····	55
三、犯罪人的社会属性·····	61
四、社会防卫行动的恶害性和成本性·····	68
五、罪犯成因的立体透视·····	70

2	第四章 罪犯处遇的结构和价值构造	78
	一、罪犯处遇的结构	78
	二、罪犯处遇的价值	87
	三、罪犯处遇价值目标选择之模式	95
	四、我国罪犯处遇价值评析及重塑	97
	第五章 罪犯处遇的政策和原则	108
	一、罪犯处遇政策的理性选择	108
	二、罪犯处遇的基本原则	118
	第六章 罪犯处遇的方式定位	137
	一、罪犯制裁的范畴界定	137
	二、惩罚性制裁措施的合理化思考	138
	三、预防性制裁——保安处分的名至实归	143
	四、罪犯的救助性社会处遇	152
	五、罪犯的民事和行政的转移处理	175
	第七章 处遇实现的控制机理	177
	一、刑事权力三分法确立刑事行政基本范畴的 存在空间	177
	二、行刑法治的对象和价值结构	181
	三、行刑法治的机制	184
	四、刑罚执行权力的外部控制途径	188
	五、刑事执行官员的内在控制机制——教育和培训 机理分析	192

第八章 刑罚执行的流程设置·····	205	3
一、监禁刑执行的流程设计·····	205	
二、非监禁刑执行的困境与出路·····	222	
三、完善监禁刑执行法律责任的构建·····	237	
第九章 罪犯处遇变更的法治规制·····	245	
一、奖励机制的合理运作·····	245	
第十章 刑事执行过程中的检察权配置·····	265	
一、刑事执行过程中的检察权配置模式考查·····	265	
二、我国检察权在刑事执行中配置的现状与特点·····	270	
三、关于完善我国刑事执行过程的检察权配置的 思考和建议·····	274	
第十一章 罪犯处遇中的人权保障·····	284	
一、人权理论嬗变的历史轨迹·····	284	
二、刑事执行相对人范畴的定位·····	287	
三、刑事执行相对人权利的构成·····	290	
四、罪犯处遇过程中权利—权力的正当博弈建构·····	308	
参考文献·····	326	

第一章 ▶▶▶▶

犯罪立法模式的社会选择

我国目前的厉而不严的刑法结构和国际上普遍采取的严而不厉的结构差异，体现了不同的人性认识和理论侧重，在中国厉而不严的刑法结构下，“定性+定量”的犯罪立法模式不仅在刑事立法中大行其道，而且在对检察和审判工作起指导作用的司法解释，也对刑事立法中的定性式犯罪进行修正，作出具体量化，缩小犯罪圈，这导致对违反法律规范行为的法律处罚分为行政处罚和刑罚的二元化制裁措施。中国社会面临着社会转型所带来的巨大风险，刑事立法对社会个体的行为规制应当前移已经成为学界的某种程度上共识，但着眼于现有刑罚加重还是危害行为犯罪化成为安全刑法理论构建的两条不同途径。因此，有必要对我国现行犯罪立法模式进行归纳，剖析其存在的社会基础和弊端，并对建立立法定性犯罪模式所需要的条件进行对比分析，这对中国的刑事法治建设方面是大有裨益的。

一、我国现行犯罪立法模式评析

我国刑法在总则和分则对犯罪概念掺入了定量因素，这具体表现为刑法总则第13条，犯罪定义的但书规定，在刑法分则中许多具体犯罪构成要件中成立有一定的实际损害量或一定情节程度的要求。刑法第13条在规定了什么是犯罪行为后，同时又作了但书规定，我国刑法第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

2 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。”其中,“情节显著轻微,危害不大”不仅对具体犯罪构成的设定有立法指导意义,而且对案件的司法审判具有深远的指导影响,我国刑法分则中构成犯罪有“严重后果”、“数额较大”、“情节恶劣或严重”定量要求因素的具体犯罪条文占2/3,没有规定数额或情节的犯罪条文虽然只占1/3,但有关司法解释仍然对部分条文进行量化,如对故意伤害行为的承担刑事责任标准规定为造成轻伤程度以上的后果,伪造货币罪的立案标准为币值2000元以上或者200枚以上等,除了静态意义的刑法外,在刑法发生作用的动态机制中已经出现超法规的犯罪定量因素,执政党的纪律检查组织对执政党员也有超越刑法有关贪污受贿犯罪规定的成立犯罪的起点标准^[1](受贿犯罪的起点内部为3万元),甚至地方司法机关内部也有高于法律的追究刑事责任标准的标准。在区分一般违法行为和犯罪行为以“严重后果”、“数额较大”、“情节恶劣或严重”为准备刑事立法规定的影响下,有学者将犯罪构成要件归纳为罪体、罪责和罪量三个要件,犯罪构成理论将罪量作为犯罪构成要件之一:“罪量是指在具备犯罪本体要件的前提下,表明行为对法益侵害程度的数量要件,因此,罪量主要一个数量要件,它和罪体、罪责不是并列的,在具有罪体、罪责基础上,对某些犯罪才需要考虑。”^[2]罪量包括数额和情节,危害结果虽然没有纳入罪量的外延,但也反映出定量决定犯罪的特征。

刑法理论界将我国犯罪立法特征概括为“定性+定量”模式,不同学者对其毁誉参半,褒贬不一。持赞誉态度的学者认为犯罪概念的定量因素是我国刑法的独创,“定性+定量”的犯罪立法模式

[1] 揭秘温州鹿城区委书记杨湘洪法国考察后未归始末 [OL]. [2008-10-24]. 中国高中生网 <http://www.gzs.cn>.

[2] 陈兴良. 口授刑法学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 235.

存在三方面的正面效应：适应刑罚、劳动教养和治安处罚三级制裁体系；减少犯罪数和发挥最佳刑事司法效能^[1]；我国情节犯的设置体现了惩办与宽大相结合的刑事政策，“情节犯的特点之一就是刑法规范中情节严重和情节恶劣内涵的模糊性。而这种模糊性并不完全是立法者被动选择的结果，恰恰相反，在某些情况下，正是基于特定历史阶段的刑事政策的考虑，立法者主动地、积极选择并利用刑法的模糊性以实现其立法目标。情节犯的模糊性是无法避免的，书不尽言，言不尽意，乃是人类社会的普遍存在并且无法解决的问题”^[2]；“我国刑法分则中的定量因素具有刑法规范制度上的契合性与刑法理论语境中的适应性”^[3]。另外持否定态度的学者将该模式评价为在理论上缺乏科学根据，在实践中有弊无利。其具体理由是，“犯罪概念中定量因素是法制不够完善的体现……我国刑法中犯罪概念定量因素是行政参与司法的表现……我国犯罪概念中定量因素不是创新而是滞后”^[4]，“通过立法将犯罪概念中定性因素和定量因素明确起来，事实上是不可能的，刑法分则的罪状设计，主要考虑不放纵犯罪，司法活动才考虑不枉。由于立法上目标设定超越立法能力，在立法上就考虑不枉（以定量因素来决定案件性质），造成了刑法运作机制的不畅，在刑法规范的定量因素，不能由官方知识来垄断规范的内涵，经验判断才是起决定性的因素”^[5]。中国台湾学者林山田对刑法第13条但书规定指导司法提出质疑：“依情节显著轻微，危害不大的犯罪除外规定罪与非罪的区别标准，并非质之不同，只是量之不同而已，刑事量差规定，作为区分罪与非罪的标准，亦因欠缺客观之认定标准，而司法依此等容易形成主观擅断之做法，致严重破坏罪刑法定原则，特别是在分则上规定有为数不少之构成要件，系依程度上的量差作为构成要素

[1] 储槐植. 我国刑法中犯罪概念的定量因素 [J]. 法学研究, 1988 (2).
储槐植, 汪永乐. [J] 再论我国刑法中犯罪概念定量因素. 法学研究, 2000 (2).

[2] 李翔. 刑事政策视野中的情节犯研究 [J]. 中国刑事法杂志, 2005 (6).

[3] 刘树德. 宪政纬度的刑法思考 [M]. 北京: 法律出版社, 2002: 116.

[4] 李居全. 也论我国刑法中犯罪概念的定量因素 [J]. 法律科学, 2001 (3).

[5] 宗建文. 刑法机制研究 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 66-67.

4 者,更使刑法丧失其确定安定性,了无保障功能可言,即使在总则设有犯罪定义之规定,但其规定亦无法弥补此等违背构成要件明确性原则所形成之弊端。因此,虽依中国法的规定,固能达到微罪非罪的结果,但其规定破坏刑法保障功能之嫌则千百倍于解决微罪之功能,如此因小失大之立法例,自不适宜模仿。”对“定性+定量”模式持赞成态度的部分学者也逐步认识到其存在着一些弊端,即导致刑法理论和学理解释的困惑和尴尬、最高司法机关解释膨胀和地方司法机关自由裁量权的萎缩以及刑事法网粗疏。笔者认为,法律制度的优劣不能依据对自然事物的所谓科学标准来衡量,而需要依据社会个体的价值需求这一标准进行评判,欲对其“定性+定量”的犯罪立法模式进行评判并作出取舍,有必要对其产生和存在的内外环境进行剖析,以利于全面认识和评估。

二、我国采取“定性+定量”犯罪立法模式的成因剖析

我国采取“定性+定量”的犯罪立法模式并不是自古有之,而是在新中国成立后才形成的。笔者认为其形成的具体因素可以从以下几个方面进行分析:

(一)“定性+定量”犯罪立法模式的理论基点

中国传统文化以儒家为主,道法合流,历来强调统治者对民众实行仁政、“德主刑辅”的治国方法,强调礼治的道德规范对社会个体的调控,“法不责众”“先教后诛”和“慎刑少杀”始终是对君主统治正当性的最高价值评判。新中国确立了马克思主义为治理国家的指导思想,其对刑事立法方法论的影响至为深远。辩证唯物主义质量互变原理认为,事物的数量发展到一定程度,就会出现质的变化。犯罪具有一定的自身质和量规定性,犯罪的社会危害程度是质量互变原理的具体要求,在刑法理论上,“定性+定量”的犯罪立法模式体现了结果无价值论和客观主义的思想。同时,“定性+定量”的犯罪立法模式是国家权力内部分配博弈妥协的产物。我国现行国家权力在法律层面上的分配原则是,立法权高于行政权和司法权,行政权和司法权向立法权负责并汇报工作,司法权独立

于行政机关。然而，在现实的政治生活中，崇立法、强行政、弱司法已经成为众所周知的国家权力分配格局。在具有中国特色的“政法机关”语境中，公安机关、人民检察院和人民法院形成了互相配合、互相支持和互相制约的关系，并在作为根本大法的《宪法》中予以确认。公安机关负责人担任执政党对政法机关主管部门负责人的情况居多，在政治生活中拥有较大的话语权，其部门利益较能得到法律形式的保护。我国公安机关在新中国成立后一直拥有强大的地位，不像人民检察院和人民法院经历过一段时期削弱甚至被取消的曲折而悲惨的历程。公安机关曾经拥有户口管理权、治安管理处罚权、收容审查权、刑事侦查权以及所有刑罚执行权。1979年通过的《刑法》规定的犯罪概念的定量因素，只不过是对于我国公安机关所拥有，而其他国家警察机关所没有的司法权的现实妥协。伴随着我国法制建设逐步完善，经历了近二十年的实践和人权保障观念的影响和渗透，公安机关的庞大职权才逐步得以分解，部分职能移交到司法部和其他政法机关。如有期徒刑、无期徒刑和死刑缓期两年的执行权移交司法部，收容教养制度被降低的批准逮捕标准所取代。而公安机关的治安管理处罚权以及劳动教养决定权却始终在犯罪定量化机制下没有丝毫的改变，其他行政机关也以此为依托，以提高行政管理效率为由创设、扩大行政处罚权。国家为纠正行政处罚的混乱，而立法机关最终出台了具有中国特色的行政处罚法。全国人民代表大会常委会与行政机关存在着千丝万缕的联系，立法机关制定的法律反映了国家机关尤其是行政机关的话语信息比较强大。在劳动教养决定权归属人民法院（目前该权力虽然名为劳动教养委员会但实际由公安机关行使）、辩护人在场权、建立侦查和羁押分开机制的看守所归属司法部等有利法治发展的改革中，因涉及削减和制衡公安机关职权，立法酝酿时间都是比较长，至今无法出台，而巩固、扩大公安机关职权与现行刑法冲突多处的《治安管理法》却出台相当迅捷，这也从另一个方面说明了我国刑事立法的国家机关部门利益博弈的妥协性及行政机关中存在话语权的强势性。在这种立法运行机制下，“定性+定量”的犯罪立法模

6 式不是刑法中的创新，而很大程度上是国家政法机关在权力分配中博弈的结果。

（二）“定性+定量”的犯罪立法模式存在的文化基础

法治信仰脆弱的心理是由于司法权威在社会生活的影响微小所致。中国社会目前正处在风险度逐步增强的结构转型时期，我国刑事犯罪的“定性+定量”模式具有一定的社会文化基础，某种程度上折射出中国历代社会存在的官本位的价值取向和思维惯性。中国漫长的几千年集权管理机制形成了立法、司法和行政集于同一机构的金字塔式权力运行机制，国家主权归于君主而非人民，社会成员依附于国家成为其附属物和被管理的对象，没有丝毫的自主权。国家在解决社会纠纷机制中形成重礼轻法的人治特色，国家地方官员行政权和司法权集于一身，国家对其忠君爱民的道德要求高于解决纠纷的司法判案专业素养，因此封建社会没有形成独立于行政权力之外的稳定的法律专业群体。由于受法律虚无主义的影响，新中国成立30年没有刑事法典对犯罪和刑罚的规制，甚至出现砸烂政法机关的疯狂法制浩劫，致使中华民族文化中本已经脆弱的法治心理又遭受进一步的挫折和打击。1979年制定第一部刑法典时，司法机关正处于重建和恢复阶段，其角色被定位于倾向惩罚和打击犯罪。但人权保障不足的专政机关，其人员大多来源于文化素质不高和法律知识匮乏的军队转业干部，在20世纪90年代制定的法官法和检察官法中，法官和检察官任职的学历条件规定为获得并不局限法律专业的大专学历文凭，到2001年修订《法官法》和《检察官法》时，法官和检察官任职的学历条件规定为获得并不局限法律专业的本科学历文凭，并且要通过全国统一的司法考试才能获得司法人员执业资格。由此可见，在1979年和1979年的刑法制定和修订的时期，司法人员与其他国家机关具有政治同质性和专业差别细微性，这就使司法权没有拥有深厚专业知识和强烈服从法律的适用主体，刑事诉讼法重侦查、轻审判的设计，也没有赋予当事人拥有足够权利和保证运作公正的程序规则以及法官独立的保障机制，这就使得司法权在重视实体结果正义和忽视过程正义的中国文化氛围

中,根本不能形成足够的权威,社会民众的“权大于法”等损害司法权威的消极信念得以巩固和强化。由于执政党与司法机关处于领导与被领导关系,其对涉及党政人员的社会危害行为超前司法的违纪处置机制使其处理决定在现实生活中已经成为司法机关不追究刑事责任的借口,可能造成实施了犯罪行为仅得到违纪认定而逃脱刑事制裁的机会,这些长期形成的痼疾也极大地损害了司法机构的权威和民众的法治信念。国民在“齐家、治国、平天下”的儒家文化影响下,社会生活行为准则具有“谋略优于规则”的价值判断,这使得社会个体行为具有一定的不可预测性。如果采取只“定性而不定量”的模式,我国在没有类似大陆法系犯罪成立三要件中具有出罪机制的违法阻却和期待可能性理论支撑的出罪机制下,法律专业素养较低的司法工作人员拘囿于具有中国特色的“法律规定为犯罪必须定罪处罚”所谓积极罪刑法定原则,而机械僵化地司法,对社会个体行为动辄定罪量刑,这就使犯罪圈扩大,刑罚惩罚的对象数量会大为增长,甚至超出国家所具备的刑罚打击限度的能力。司法工作人员出于为减少刑罚打击面或出于不能归责的考虑,而对表面违犯法律规定但不具有实质违法性或期待可能性的行为不予定罪,这可能使推崇执法如山的社会民众产生“违法司法”的误解和不满。而采取“定性+定量”的犯罪立法模式,通过将较轻社会危害性结果的行为排除在犯罪圈之外,理论上概括出与犯罪并列的一般违法行为的概念,由行政机关给予行为者无刑之名有类似刑罚性质的痛苦的行政处罚,则既可以使刑罚打击的犯罪圈缩小,消除阻碍行为人进行正常社会生活的罪犯标签化因素,昭示符合国际潮流的刑法的谦抑精神和人道主义理念,又可以消除可能引起民众产生“违法司法”的疑虑和误解,同时使行为人受到惩罚和警戒教育。

(三)“定性+定量”的犯罪立法模式存在的社会环境条件

几千年中国社会的自足自给的自然经济状态使社会个体的行为能力处于狭小的常规活动模式,以儒家文化为主的中国传统文化所奉行“圣人之性、中人之性和小人之性”的人性等级论,为国家

- 8 权力行使者蒙上圣人的面纱，为其权力和能力无限扩张提供正当性的理论基础，而对社会个体则贴以中人和小人标签，并为削弱压制社会个体权益和能力的制度设计进行辩护，以至于中国社会形成了重国家、次社会和轻个人的价值取向格局。中国的立法者对国家和犯罪人的能力设定不是在同一个平台之上，国家在道德正当性和控制能力被假定为最高无限理性和至高善性：中国传统文化只有强调“德治”和“仁政”来消弭和控制国家权力行使者的残民以逞之心，而无实际制衡国家权力的切实主张。国家、社会和个人呈现出控制—服从的单向线形传递态势。这适合于自足自给缺乏竞争机制的传统社会，传统社会中，国家主导的利益分配机制对人的个性张扬起到足够的激励和鞭策作用，中国主流社会意识对国家的认识，正如波普尔所言，“国家本身不可能有任何错误，只要它是强大的；国家有权对它的公民使用暴力，如果这会扩大它的实力的话”^[1]，而社会行为个体的主体地位则被以国家权威和社会利益所泯灭，而沦为国家和社会控制下的附属物和驯服物，个人的生活方式被统一在法律规制的封闭的轨道里，个体行为对社会的破坏力和影响力没有被认为达到国家无法控制的程度。为最大限度地惩罚和威慑犯罪，中国的奴隶社会和封建社会采取的是“法网密于凝脂、刑罚残酷严厉”的又严又厉刑法结构类型，出礼入刑的立法指导思想使违反礼制的行为都纳入刑罚威胁的犯罪圈，国家刑罚权发动起因，不仅针对社会个体的行为，而且还缘起于有违礼制和道德的思想。国家对犯罪人用刑过度甚至株连无辜的现象，在极权社会里不会遇到太多的道德责难，国家凌驾于社会个体之上的超职权主义犯罪控制模式，被绝大多数民众所接受和青睐。新中国成立后实施的计划经济体制和高度集权的政治体制使社会个体的行为活动范围和空间进一步压缩，帝国主义封锁下的国际环境阻碍了社会个体在全球范围的交流活动。在日常生活和经济往来中，社会个体进出国家

[1] [英] 卡尔·波普尔. 开放社会及其敌人 [M]. 杜汝楫, 戴雅民, 译. 山西高校联合出版社, 1992: 113.

边境摆脱国家控制的权利和能力并不多，与国家权力相比，社会个体无论是经济实力、政治和道德影响力等方面对社会生活的影响都是无法比拟的。因此，中国宪法对国体定位于人民民主专政，将社会民众区分为政治意义的广大人民群众和小部分的敌人。宪法第28条规定：“国家维护社会秩序，镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动，制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动，惩办和改造犯罪分子。”这使得刑事立法也带有一定的犯罪人具有敌人化和报复主义的情绪色彩。我国刑法是“惩办与宽大相结合”刑事政策的产物，刑法的目的和任务具有一致性，即前者的表述为惩罚犯罪和保护人民，后者规定为同一切犯罪行为作斗争。刑法目的与刑罚目的同一性成为学界通说，刑罚的目的是预防犯罪，其面对的对象是犯罪人和不稳定的潜在犯罪人，而“广大公民不但不是犯罪预防的对象……绝大多数公民之所以遵纪守法，不是因为害怕受刑之，而是我国刑法代表和维护的是他们的利益和安全。因为人民为维护自己的利益，不仅不去实施犯罪，而且还会自觉地抵制犯罪，因此，根本没有必要而且也不应把广大守法公民作为新刑罚威慑的对象。”^[1] 刑法的这种政治性定位使刑法更多地作为裁判规范而非评价规范的面目出现，国家及其代表的绝大多数国民对犯罪的认识能力和行为能力在理论方面被假定具有无限理性、至高善性、超强能力和绝对权威，国家对社会危害行为的查证和对违法者的控制能力被推定为强大到无以复加的地步，任何违法行为都会被国家查证而大白于天下。“法网恢恢，疏而不漏”是民众企盼和自我认识的真实心理写照。国家对具有社会危害性的行为处置政策是从社会控制的节奏和维护国家权威的角度考虑，而社会个体基于其行为能力的极度弱小，其评估认知只能处于无法与国家社会控制能力博弈和抗衡的地步，被动接受国家绝对处置的地位。“定性+定量”的犯罪立法模式也是建立在国家官员具有对社会危害行为具有精确的辨认能力和完全的控制能力的逻辑之上。法律制

[1] 高铭喧，马克昌．刑法学[M]．北京：北京大学出版社，2005：243．

- 10 度安排没有给予违反规范行为的社会个体与国家进行对话和正当博弈的充足的场域和空间，这集中体现于刑事诉讼过程中超职能主义的结构中辩护权的偏弱设计、刑事执行过程中赦免制度运作政治化和虚置化，以及具有中国特色的罪犯改造制度中政治思想教育的强制化等设计。

（四）国外刑事和行政罚立法为“定性+定量”的犯罪立法模式提供了借鉴根据

我国刑法理论深受前苏联刑法理论的影响，犯罪概念的定量因素在俄罗斯联邦刑法也有所体现。该法典的犯罪一般概念规定没有我国犯罪概念的但书规定，但在刑法分则具体犯罪构成中有定量因素，如非法经营罪、非法从事银行活动罪、非法取得贷款罪等都有条注明规定具体数额的“数额较大”“数额巨大”的犯罪构成要件。美国新泽西州《刑事审判法典》也有“盗窃 200 元以下属于错误，不是犯罪”的规定，但和犯罪一样都规定在《刑事审判法典》，并都受刑罚处罚^[1]，这样的立法也具有犯罪概念的定量因素特征。伴随着国家职能扩张，各国行政法也出现了行政犯。行政犯最初指刑法中的违警犯，后来发展成包括秩序违反犯。德国行政法学界颇有影响的刑事犯本质无异说，该说否认行政犯与刑事犯之间存在质的不同，若两者存在差异，也只是在行为、违法性与责任大小轻重标准上具有量的差异。除民事责任及公务员的行政责任外的一般人的不法行为均是不法类型，只是一种比刑事犯具有较轻损害性与危险性的不法行为，或是在行为方式上欠缺，如刑事犯是高度可责难性的不法行为，行政犯与违警犯在事实上只是一种轻微犯罪，与刑事犯只是程度的不同。此理论对行政法制定具有重要的影响。奥地利 1925 年制定了《行政罚法》，使行政机关拥有对行政犯进行行政罚的立法例，行政法学者 W. antoniolli 教授认为，行政“处罚”是行政“处置”的一种，而涵盖行政处罚之内容，则应包

[1] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1997: 270.

括：（1）行政罚 Verwaltungsstrafe——行政机关对于行政逾越行为之非难；（2）秩序罚 Ordnungsstrafe——行政机关对于妨害公务之人或者对于以粗暴行为蔑视行政机关尊严的人，或者对于以书面文字侮辱行政机关或人员的人的处罚；（3）放肆罚 mutoillensstrafe——行政机关对于公然要挟行政机关的一定之行为，或者为拖延案件进行而为不真实的陈述之人的处罚；（4）执行罚 Iwangsstrafe——行政机关对于非可替代义务之心理强制之方法。奥地利《行政程序法施行法》第8条对行政逾越行为进行了界定，包括以下行为：一是重大妨害社会治安行为，包括扰乱秩序、败坏良俗与超常噪音；二是狂暴行为，包括狂暴举动、酗酒罪；三是假冒代理。《行政罚法》规定了警告、自由罚、没收、罚鍰、易科罚的行政处罚种类。

三、在目前社会环境下“定性+定量”犯罪立法模式的弊端

德、日刑法理论通说认为：现代刑法有行为规制、秩序维护和自由保障三大基本机能。法律具有行为指向的作用，即行为规制机能，刑法也不例外。刑法的行为规制机能，是指刑法具有明确对犯罪行为的规范评价，从而对人们的行为进行规范、制约的作用。我国刑法理论将这三大机能概括为规范机能、保护机能和保障机能，并对其处于不同的层面进行剖析：其中行为规制机能是本体意义上的刑法机能，而保护机能和保障机能则是刑法价值论意义上的机能。陈兴良教授则将刑法机能概括为规范机能和社会机能。规范机能又分化出评价机能和裁判机能，社会机能则包括保护机能和保障机能^[1]。刑法的机能是依靠刑法结构、刑法适用、刑罚执行和刑法功能四要素及其相互关系形成的刑法机制来实现的。刑法的规范机能和社会机能所产生的机制的不同，主要表现在两者与刑法结构和刑法运作的关系上。规范机能直接蕴涵在刑法结构中，刑法运作只是促使规范机能现实转化的一项条件，而非其产生的基础。刑法

[1] 陈兴良. 本体刑法学 [M]. 北京: 商务印书馆, 2001: 40.