

论我国社会治安二元交叉制裁体系

王彦强

内容提要 在我国,法不治众的传统法律文化和现代化后发国家的现状,表明“行政+司法”二元制裁体系较之司法一元体系更显合理;同类型行为仅以程度区分一般违法与刑事违法的“交叉立法模式”与以行为类型区分的“分立立法模式”各有利弊,法体系状态和法传统是我们选择前者的原因;罪量因素是“二元交叉制裁体系”的表征,彰显刑法谦抑精神,对其明确性、行为规制机能和管辖冲突等方面的质疑,或是误读,或是各立法模式的通病。

关键字 二元制裁体系 交叉立法模式 罪量因素

王彦强,南京师范大学法学院副教授 210036

中国法治现代化研究院研究人员 210023

我国确立了社会治安制裁权由司法机关与行政机关分担的“行政处罚+刑事处罚”二元制裁体系,而且在相当多的场合,同类型行为依据程度轻重区分为一般违法与犯罪,分别交由行政机关与司法机关处置(交叉重合立法模式);并且作为这一制裁体系的表征,形成刑法分则中为数众多的成文化的犯罪成立罪量因素(如“数额较大”、“情节严重”、“造成严重后果”等)。

这一颇具中国特色的体系模式,一直遭受“有违法治要求”的强烈质疑。制裁体系的选择建构乃是刑事法治建设的基础性问题,刑事立法的内容修正、劳教制度废止后原劳教违法行为将向何处去等诸多现实问题的解决,都有赖于该基础性问题的回答。本文逐级比较二元制裁体系与司法一元体系、交叉立法模式与分立式模式、罪质+罪量与仅罪质规定之间的利害得失,回应质疑,旨在阐明二元交叉制裁体系存在之合理性。

一、二元制裁体系

区分对待严重反社会行为与轻微反社会行为,形成一定的权力分工或处置差异,此可谓现代刑事

本文得到江苏高校优势学科建设工程项目(PAPD)资助。

法治的通例。具体方式上大体可分为两种^[1]：

一种是一元制裁体系，即反社会行为无论轻重均由司法机关处理。这种体系下的刑事立法，以刑罚轻重，而非“危害程度”，区分普通犯罪与轻微犯罪：普通犯罪的法定刑一般为自由刑，而轻微犯罪则一般是罚金刑、资格刑等较轻刑罚。例如，在英美法系，无论是普通犯罪还是轻微犯罪都由法院处理，只是存在适用普通程序抑或简易程序的差异。在法国，刑法根据刑罚轻重区分重罪、轻罪与违警罪，对于轻微反社会行为的违警罪由治安法院（违警罪法院、警察法庭）审判，适用更简单快捷的审判程序^[2]。

另一种是二元制裁体系，即司法机关与行政机关分担对反社会行为的制裁权，犯罪由司法机关处理，轻微违法行为由行政机关处理。这种体系下，轻微反社会行为与严重反社会行为，不仅有处罚轻重、制裁措施的不同（前者以罚金、资格刑等为主，后者主要是自由刑），还包括处理机关、处理程序上的区别。以德国为例，德国法严格区分犯罪与一般违法，1945年以后创设的“秩序违反”（Ordnungswidrigkeit）作为与刑法的界分，1968年将原刑法典中大部分重要的“违警罪”（Uebertretung）归入秩序违反，从而完成了与刑法界分的立法改革过程^[3]。1975年德国新刑法典只有重罪与轻罪，其余的包括当时全部违章行为，以及那些过去以500马克以下罚金或者6星期以下关押进行惩罚的行为，都从刑法典中清除转变为违反秩序行为。仅仅使用罚款惩罚的违反秩序行为的数量，仍一直处于稳定增长的状态^[4]。在俄罗斯，苏联解体后，俄罗斯继续颁布《行政违法行为法典》，学者也指出：“情节轻微的行为中往往存在一定的损害及某种反社会性，但是它们未达到犯罪的程度，而是属于民法的、行政的、纪律的违法行为或者不道德行为。”^[5]

毫无疑问，我国施行的是二元制裁体系。对此，有学者在对罪量因素的批判中，也表达了对这种二元体系的否定态度：定量因素是法制不够发达的表现，只有在三权不完全分立，即行政机关既能行使一部分立法权又能行使一部分司法权的法律制度下才会存在；它是专制集权向三权分立发展不充分的结果^[6]。定量因素的存在是将本来由司法机关管辖的事务转交给行政机关，缩小司法权，扩大行政权，从而与一系列宪法原则冲突^[7]。但在本文看来，不论是从法文化历史承继的立场，还是从我国作为现代化后发国家的现实考虑，二元体系在我国都有其存在的合理性。

1. 二元体系反映了“法不治众”的法文化观念

法律文化，乃法律现象的精神部分，是由社会的经济基础和政治结构决定的、在历史进程中积累下来并不断创新的有关法和法律生活，特别是权利义务的群体性认识、评价、心态和行为模式的总汇^[8]。法律文化是历史积累沉淀的产物，任何国家法律体系的建立和运作必须与本国法律文化相契合，否则，再先进的体系也难逃水土不服以致夭折之噩运。

刑法体系的建构与规范的创制离不开法文化。“刑法条文的创制固然与危害事实和危害行为有

[1]参见王政勋：《定量因素在犯罪成立条件中的地位》，〔北京〕《政法论坛》2007年第4期。

[2]参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，〔北京〕中国政法大学出版社1998年版，第187-189页。

[3]熊琦：《德国刑法问题研究》，〔台北〕元照出版公司2010年版，第31页。

[4]〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，〔北京〕法律出版社2005年版，第13页。

[5]〔俄〕H·Φ·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编：《俄罗斯刑法教程》，黄道秀译，〔北京〕中国法制出版社2002年版，第152页。

[6]参见李居全：《也论我国刑法中犯罪概念的定量因素》，〔西安〕《法律科学》2001年第1期。

[7]参见欧爱民：《我国犯罪概念的宪法学透视》，〔武汉〕《法商研究》2006年第4期。

[8]张文显：《法哲学范畴研究》，〔北京〕中国政法大学出版社2001年版，第235页。

关,也与该国的立法传统、经验与习惯,乃至与该国的法制文化密切相关”^[1]。就犯罪定量而言,最突出的莫过于“法不治众”观念的制约,法文化历史缺乏像西方国家那样的自然法精神和权利意识。

一方面,由于没有形成独立于政治国家的市民社会,民法根本没有自己的地位,民事法律关系或者被视为“细故”,凭习惯法调整,或者干脆被视为刑事法律关系而纳入刑法体系^[2]。我国传统法文化中“法即刑”的观念影响深远;是一种刑事性的或者说以刑法化为其基本特色的公法文化^[3]。另一方面,我国古代刑罚素以残酷著称,从墨、劓、剕、宫、大辟的奴隶制五刑到笞、杖、徒、流、死的封建五刑,奠定了刑罚的重刑主义特征。重刑决定了刑法打击面不能太宽,否则会造成公众与政权的全面对抗,最终动摇统治基础。同时,西汉董仲舒“大德小法”、“礼法结合”、“德主刑辅”的治国之策得到官方认可走向制度化,后经几百年的努力,在隋唐法制中得以全面确立,这一模式一直沿用至清末,成为传统中国追求无讼的基本模式^[4]。传统中国的国家管理与社会生活尽量少的依赖法律,许多问题宁可用家族、祠堂、宗族解决,唯有这些办法不能奏效时,才诉诸法律(刑法)。“远罪避罚”、“非讼”成为民众的普遍心态反应模式,“法不治众”成为统治者的统治策略^[5]。这种“法即刑”、“义务本位”、“非讼”的法律文化传统,与西方罗马法的兴盛、“权利本位”、国家和社会生活尽可能多的依靠法律、民众与法的亲和心态反应模式形成鲜明反差。

“法不治众”的传统文化心理蕴含着“限制刑罚打击范围”的谦抑精神,也深刻影响着我国法律体系的建构和法律规范的制定。立法将轻微程度的危害行为排除在犯罪圈外,正是体现这种谦抑精神最简捷的方式。因此可以说,区分轻微和严重反社会行为,将刑法的适用范围局限在严重反社会行为,而轻微行为交由行政或其他方式处置,乃是我国传统文化的另一种体现。

2. 二元体系也符合我国作为现代化后发国家的现状

反对者认为,犯罪概念定量因素是行政参与司法的表现;犯罪是客观存在的事实,不以人的主观意志为转移,人为地用定量因素缩小概念的外延,将本质是犯罪的东西排斥在犯罪概念之外有违辩证唯物主义认识论原理;同时处罚是一种司法活动,而非行政行为,将对一部分危害社会行为的处罚权交由行政机关行使,等于将部分审判权交给行政机关,混淆了司法行为和行政行为,导致国家机关分工不清^[6]。笔者认为,这种观点值得商榷:

其一,犯罪作为危害社会行为,的确是客观存在的,但将何种危害社会行为规定为犯罪,离不开立法者的主观评价。罪量因素的规定,正是立足于我国特有的法文化背景和现有法律体系,在充分考量行为自身危害性及其程度的基础上进行主观评价选择的产物,这正是“在认识客观基础上,发挥人的主观能动性”的唯物主义认识论原理的具体应用。

其二,在刑法仅作定性规定的前提下,西方国家多通过“司法定量”来实现犯罪罪量的要求,即通过警察微罪处置、酌定不起诉、告诉与自诉制度、法官裁量权行使等程序法路径实现“微罪定罪”。而并非如论者所言:“无论外国刑事立法还是刑事司法,在犯罪概念问题上只存在定性因素,不存在定量因素,定量因素只具有量刑的意义,而不具有定罪意义。”

其三,即便是在论者极力推崇的西方分权制衡原则之下,立法、司法和行政三权之间的界限绝对

[1]杨柳:《释法抑或造法:由刑法历次修正引发的思考》,〔北京〕《中国法学》2015年第5期。

[2]张永红:《我国刑法第13条但书研究》,〔北京〕法律出版社2004年版,第12-13页。

[3][4]参见张中秋:《中西法律文化比较研究》,〔北京〕法律出版社2009年版,第78页以下,第347-348页。

[5]“法不治众”的统治策略,正是在法即刑观念的影响深远,而又推行重刑主义、刑罚膨胀的情况下,作为重刑弊端的补救而形成的。

[6]参见李居全:《也论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,〔西安〕《法律科学》2001年第1期。

的分开也是不可能的,行政权的不断膨胀趋势便是最好的佐证;同时,从西方兴起的非犯罪化潮流来看,通过制定违反秩序法,把原刑法中违警罪及部分轻罪划入其中,犯罪行为转变为行政违法行为,行政处罚代替刑罚,德国、俄罗斯、意大利等国实践都是如此。可见,行政处罚权在西方国家也普遍存在,以处罚权作为司法与行政的区分并不现实。

诚如学者所言,这两种模式(即一元体系与二元体系)的存在,既说明在各国法律体系中确实存在着犯罪的定量因素问题,而不管刑法典在犯罪概念或刑法分则中是否对定量因素作明文规定,定量因素与三权分立原则其实并无关系;也说明无论是以司法方式抑或以行政方式处理轻微反社会行为,都有其存在的合理性和现成样板,那种认为只有我国刑法才规定了定量因素,该规定会导致行政权侵犯司法权的说法,或者认为刑法中规定定量因素是法治落后反映的断言,是不能成立的^[1]。

如此看来,纯粹站在一元体系的立场指责二元体系,难以让人信服。真正的问题在于:两种体系哪个更切合我国实践?我们认为,从“作为现代化后发国家的现实”的角度,可以为我国二元体系的选择投上赞成票。

对此,有学者作过精当的论证^[2]:只要看一下采用这两种制裁体系的国家,就可以发现,采用一元体系的国家都是现代化先发国家,而采用二元体系的都是封建传统比较强大的现代化后发国家。后发国家倾向于建立二元制裁体系并非一种巧合。这些后发国家既对本国落后状况痛心疾首,热切渴望现代化在本国实现,同时还面临着先发国家的巨大压力,所以无不试图通过国家的强力推动实现现代化,封建集权的传统也使其使用国家强力时得心应手。这些后发国家的改革都是依靠强大的国家权力的推动而完成的“急就章”,目标是实现富国强兵的现代化任务,他们企图在极其短暂的时间内走完先发国家在相当长时间里走过的道路。所以在现代化过程中他们无不优先考虑效率,公正的价值被放在副贰辅弼的位置。既然将效率放在优先考虑的地位,既然行政权力不断扩张,在对反社会行为的应对模式上,对行政权当然不能不多有倚重,自然倾向于采用司法和行政相结合的二元体系。

中国也无法拒绝这种选择。近代中国的主旋律一直是“救亡图存”、“变法图强”,为实现现代化,为追求效率,国家权力特别是行政权力在推动现代化的过程中不断扩张。在此背景下,清末在实现中国法制的近代转型时,就选择由司法机关与行政机关分享对反社会行为的制裁权。1907年清政府颁布违警律,规定违警罚的形式为15天以下拘留、15元以下罚款、充公停业和勒令歇业。该法律标志着司法权和行政权的分立,也奠定了中国日后建立二元体系、行政机关独揽行政处罚权的传统。民国时期先后几次颁布的违警罚法继续沿用该模式。新中国成立后,旧法统虽被废除,但由于新旧中国都承担着建立现代国家、实现现代化的相同使命,而深深影响新中国法制走向的苏联也采用二元模式,所以新中国依旧维持了自清末以来建立的司法制裁严重犯罪、行政处罚轻微违法的二元体系。

可见,对于现代化后进国家,在现代化建设的强大压力下,“效率优先、兼顾公平”的理念和发展模式,成为不二选择,将轻微反社会行为交给更具效率的行政机关处置,符合效率优先的价值取向,是现代化后进国家在现代化建设初期的理想模式。

当然,这并不是说二元体系完美无缺。自上而下的现代化推进,造就强大的国家权力,包括行政权力,但现代法治的基本内涵则是限制国家权力,特别是行政权。在我国,行政处罚权运作中的种种违反法治原则的现象,都表明现行二元模式存在缺陷。但这不足以成为我们改立一元体系的理由,因

[1]王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位》,〔北京〕《政法论坛》2007年第4期。

[2]参见王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位》,〔北京〕《政法论坛》2007年第4期。

为一元体系也并非尽善尽美。“大多数西方国家深感刑事司法资源短缺,重要原因之一在于社会治安的刑法一统制裁体系,刑事审判活动讲求合法程序,不像行政行为那样迅速,对此许多学者提出了不少处方,……。这些处方的出发点其实就是对现行西方国家犯罪与反社会行为不加严格区分的法律制度的批评。”^[1]在法国,送到检察院的轻罪案件将近一半都是以不立案决定而终结,违警罪案件的不立案比例更高;检察官作出的不立案决定是一项行政决定,不具有司法裁判权性质^[2]。在日本,警察则享有广泛的微罪处置权力。法国乃典型的一元体系国家,日本也在二战后改采一元体系。法日两国的实践经验表明,一元体系实际上也包含着二元体系行政权处置的内容,并且为缓解案件积压导致的司法资源短缺现象,一元体系也在进行二元化性质的改良。

因此,对当代中国而言,最佳选择不是改弦易辙,而是现有体系的法治化改革。“中国制裁体系的缺陷不是刑法中规定了定量因素,不是行政机关也拥有对反社会行为作出反应的权力,而是划给行政机关的权力偏大。如果说行政权侵越了司法权,也是指行政处罚法中剥夺人身自由的处罚措施侵越了司法权,而不是犯罪的定量因素、行政处罚等基于二元制裁模式而建立的制度侵越了司法权。”^[3]一方面,限制行政处罚权的范围,尤其是取消行政制裁中限制和剥夺人身自由的处罚;另一方面,推动行政处罚权行使程序及相关对抗、救济和监督制度的法治化改革,这才是破解我国二元体系现实之困的可行之道。

二、二元交叉制裁体系

1. 二元体系区分犯罪与行政违法的一般原理

采二元体系,应当如何区分犯罪与行政违法?对此,存在质的区别理论、量的区别理论和质量区别理论三种学说^[4]。

质的区别理论认为,刑事犯(Justizdelikt)是具有特定法益侵害性的行为;行政犯(Verwaltungsdelikt)是对“行政利益”的侵害行为,不是对“法益的侵害”,所造成的社会危害既不是影响整体社会文化共同体的,又不是直接影响个人的,所以与法益侵害存在质的不同。另外,行政处罚的目的是“义务的警告”,与刑罚具有的“伦理、社会的非难性”相差甚远。

量的区别理论认为,刑事不法与行政不法在行为方式上并无质的差异,只是在行为轻重程度上具有量的差异;行政不法只是一种比犯罪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高度可责性的不法行为;秩序违反行为事实上是一种轻微犯罪行为。

质量区别理论认为,刑事不法与行政不法在行为质和量上均有不同。刑事不法行为不仅在质上具有较深度的伦理非价内容与社会伦理的非难性(行政不法则较低甚至不具备),而且在量上具有较高的损害性与社会危险性。

不过,不论是一元体系还是二元体系,在西方法治国家,轻微行为与严重行为、行政不法行为与刑事不法行为在行为类型上都有显著区别,行为不会因为行为程度不同而分别归于行政处罚或刑罚。例如,在日本《有限公司法》罚则中,有犯罪也有只科以罚款的行政处罚,而适用依据不是行为程度而是行为类型,只要某类行为被规定为犯罪,即使极其轻微,可以不认为是犯罪,但不能因其轻微而出于刑法

[1]梁根林、张立宇主编:《刑事一体化的本体展开》,〔北京〕法律出版社2003年版,第126页。

[2][法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,〔北京〕中国政法大学出版社2009年版,“译者导言”第Ⅶ页。

[3]王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位》,〔北京〕《政法论坛》2007年第4期。

[4]参见林山田:《刑事法论丛》(二),〔台北〕台大法律系1997年版,第34页以下。

而入于其他法,科以行政罚;反之,规定科以行政罚的行为,也绝不会因为行为严重而构成犯罪^[1]。在德国法中,行政违法行为最典型的立法例即《违反秩序法》,内容上不少行为都是由原刑法典中的违警罪转换而来,其行为类型与刑法中的犯罪行为并不同一。因此,所谓量的区别理论,实际上是指秩序违法行为的法益侵害程度或者可责性程度要低于犯罪行为(尤其当秩序违反行为与犯罪行为指向同一种法益时),量的差异,实际是建立在行为类型不同基础上的法益侵害评价上的量差。

2. 我国以行为程度区分犯罪与行政违法的特殊性

但我国的情况完全不同。在我国二元体系中,有相当一部分内容是仅根据行为程度不同,将某一行为的轻微部分和严重部分分别交由行政不法和犯罪处置的,行政不法行为与刑事不法行为在行为类型上存在交叉重合,即可谓“二元交叉制裁体系”,例如,根据盗窃数额大小(1000-3000元),将盗窃行为区分为盗窃罪与盗窃治安违法行为。这种现象相当普遍,只要对比《刑法》与《治安管理处罚法》便一目了然。显然,二元交叉体系只能理解为是量的区分,并且这种量差,较之上文量的区分理论更为彻底。

这种仅依危害程度区别犯罪与一般违法的二元交叉体系是否合理?对此,有学者认为,犯罪与一般违法行为的区别是社会危害性的有无,而非社会危害性程度之别。有些行为虽然危害了个人、单位或团体,但由于它对社会即现行统治关系不构成威胁,因此不具有社会危害性,不具有犯罪的本质,而有些行为在危害个人、单位或团体的同时,也威胁到社会,因此也就具有社会危害性,具有犯罪的本质,这是区分罪与非罪的关键。简言之,一般违法行为不具有社会危害性,只有个体侵害性^[2]。笔者认为这种观点值得商榷。

其一,社会和个人并非孤立的存在,社会是一个整体,个人是组成社会的元素;人是社会的人,社会性是人的本质属性。因此,对个体的侵害,就是对社会有机组成部分的侵害,当然也是对社会的侵害。“犯罪对社会的侵害并不是抽象的,它在很多情况下是通过对个体的侵害表现出来的,因此脱离对个体价值侵害的判断而进行所谓的社会价值侵害的判断是令人难以想象的。”^[3]其二,即便肯定犯罪的本质是反对统治关系的斗争,也不能否定犯罪行为的社会属性,离开社会属性的所谓阶级本质即使存在也难以为人所把握^[4]。其三,反对者主张区别民事违法行为与犯罪,认为前者虽包含价值判断,但只是个体价值判断,而后者包含着社会价值判断。可问题是,判断行为是否是民事违法行为,不论判断标准、判断主体,还是判断过程,都不可能与社会价值判断撇清关系。

储槐植先生形象地用H₂O的三种形态冰、水、水蒸气来比喻犯罪、需要劳教的罪错和违反治安管理的行为。作为同质性,它们都具有社会危害性,犹如冰、水、水蒸气相同之化学性质;作为差异性,它们社会危害性程度不同,犹如冰、水和水蒸气不同之物理性质。

可见,仅依危害程度区分犯罪与一般违法的做法并不存在法哲学层面的硬伤,问题只是行为程度标准与行为类型标准,现实效果孰优孰劣,哪种更切合中国实际。

3. 分立式与交叉重合式立法模式的比较

根据行为类型是否存在交叉重合,二元体系立法模式有分立式与交叉重合式之分,李洁教授曾详细对比了二者的利弊^[5]:

分立式立法,刑事违法与一般违法在行为类型上完全不同,若某类行为被规定为犯罪,无论多么

[1]李洁:《论罪刑法定的实现》,〔北京〕清华大学出版社2006年版,第225页。

[2]参见李居全:《也论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,〔西安〕《法律科学》2001年第1期。

[3]张永红:《我国刑法第13条但书研究》,〔北京〕法律出版社2004年版,第113页。

[4]参见路军:《中国刑法犯罪量化要件研究》,〔北京〕法律出版社2010年版,第202页。

[5]参见李洁:《论罪刑法定的实现》,〔北京〕清华大学出版社2006年版,第160页以下。

轻微,也不会转变为一般违法,反之亦同。这种方式的优点是:①区分标准明确,在立法上只规定行为类型即可,用不着在设定行为程度上花费精力,可以保证立法语言明确,至少在形式上符合罪刑法定明确性要求。②立法上将不同行为类型设定为不同违法,最起码从设定规则的角度看,对行为性质的评价是明确的,对民法意识的形成和确定是有益的。③因为立法语言明确、行为性质评价明确,必然带来司法认定的方便;哪类事件由哪个部门受理十分清楚,不会形成管辖矛盾。

但从行为与处罚相对应的角度看,分立式也存在问题:①行为的恶劣与否与行为程度之间没有关系吗?如果相同后果的不同类型行为在评价其严重程度时依行为性质的恶劣程度是有理由的,那么在后果不同时,对行为的评价就不得不结合行为性质与后果来进行,因此很难说行为程度对行为的恶劣程度完全没有影响。②如果刑法规定为犯罪的某类行为经常是被科处极少量的罚金,这样的处罚是否还具有刑罚的性质?是否会导致国民对该类型行为之犯罪性格的忽视呢?③大量轻微案件的存在,只好多以简易程序处理,这是否可以达到设定刑事程序的初衷?简易程序只作书面审理,不开庭无辩护,就真的比行政处理更加公平合理?

交叉重合式立法,同类型行为依行为程度划分刑事违法与一般违法。这种规定在与行为后果的对应关系上优点明显:①保证犯罪性质的严厉性,不会出现罪与非罪实质界限的模糊,一直以是否值得刑罚惩罚作为行为是否构成犯罪的标准。②确认行为的恶劣与否不仅与行为性质有关,而且与行为程度有关。这是一种从实质上考虑问题的观点,也与事实的量变会引起质变的辩证唯物主义观点相一致。③保证犯罪以正常程序审理。不会出现大量轻微事件必须由刑事程序处理的情况。有利于公平合理地审理刑事案件,有利于被告人行使辩护权,为避免失误提供了制度性条件。

至于交叉重合式的缺点也是显而易见的:①立法规定困难。不仅将数百个罪名完全量化工程浩大,而且将实质的量化用语言在立法中表现出来更是困难。②对行为性质评价不甚明确。行为性质的评价依赖于程度,而程度的确定是困难的,无法在立法上明确表现,只好委之于司法,如此又会产生③管辖冲突的可能,即同一行为,刑事案件管辖机关与一般违法管辖机关都可能有管辖权,在立法无法设定明确标准时,其管辖冲突不可避免。

可见,分立式与交叉重合式立法各有利弊,此方之利恰是彼方之弊,无所谓哪种更具优势或与罪刑法定更切合。选择哪种模式,取决于与本国法体系状态与法传统的切合程度。

从法传统来说,无论是“法不治众”、“法即刑,社会生活调整尽量少的依赖法律”的传统观念,还是新中国承继苏联法律制度设计和理论体系,犯罪行为有度的限制都是重要的理念和内容。诚如许发民教授所言:“‘立法定性,司法定量’本是西方法文化影响下的西方刑事法制的特点,将其完全移植到我国刑事法制当中,由于缺乏深层法文化的观念支持,也未见得能行得通和行之有效。”“这种经验不大可能进行根本扭转,就是因为这种扭转涉及到比犯罪概念更深层次的问题,即文化问题,由文化所衍生的问题,必须由文化嬗变、创进来予以解决,由中国文化品格所预设的我国刑法中定性、定量因素相结合的犯罪概念是一种创新,有自己独有特点,值得认真考察分析,以便扬长避短,发挥良好的社会功效。”^[1]

从中国法体系来看,我国法律体系可分为三层:宪法、各部门法和刑法。第二层次的法律负责各自部分社会关系的调整,也通过行政、经济、民事的制裁,处理各自领域的轻微违法部分,当行为违法严重,这些制裁措施难以奏效时,则可能出其他法而入刑法,规定为犯罪;第三层次的刑法,正是基于保障法、补充法性质,而非调整对象的特殊性而体现其部门法的性质。这样一种法体系,决定了刑法中

[1]许发民:《刑法的社会学分析》,〔北京〕法律出版社2003年版,第137页;赵秉志主编:《刑法基础理论探索》,〔北京〕法律出版社2003年版,第311页。

行为的大都是属于违反其他法的严重情况,刑法中规定行为情节乃是情理之中的事。可以说,交叉式立法与我国法体系特征与立法习惯、法传统观念是相符合的。“一国的刑事立法模式的选择不能与国家治理结构及方式相背离。法体系设定的背后因素关系到国家机构职能及权力的分界,如果不从法体系设定之制度背景着手,即使定量式立法弊端重重,你也无法用所谓先进的定型式立法取而代之。所以说在我国目前的社会治安管理体制不做大的调整的前提下,定量式立法具有不可替代性。”^[1]

三、罪量因素:二元交叉制裁体系的表征

二元交叉制裁体系和立法模式,在刑法上的表征即成文的、正面描述行为程度的犯罪成立罪量因素。同样,罪量因素也会受到立法明确性、行为规制要求及管辖冲突等方面的质疑。

1. 罪量因素的明确性

有学者指出,对明确性原则的破坏是犯罪定义作定量要求立法模式的最大问题^[2]。我国台湾学者也认为,刑事司法以此等量差规定,作为区别罪与非罪之准据,亦因欠缺客观之认定标准,而容易形成主观擅断之用法,致严重破坏罪刑法定原则,特别是在分则之规定尚有为数不少之构成要件,系以程度上之量差作为构成要件要素者,更使刑法丧失其确实安定性,了无保障功能可言,即使在总则设有犯罪定义之规定,亦无法弥补此等违背构成要件明确原则所形成之弊^[3]。的确,较之行为性质,行为程度的成文化与明确化更加不易,因为程度因素更具动态,对社会发展变迁更敏感。若规定的过于确定,立法难免朝令夕改、有损其稳定性;而过于概括,又失之明确性。如此两难境地的确是罪量规定之殇。我国刑法中的罪量规定,多以“较大”“严重”“恶劣”等概括模糊词表述,明确性问题自然成为众矢之的。

可问题是,难道“仅定性”的分立式模式可以避免不明确性?诚然,从形式上看,立法语言仅作行为类型规定的确可以避免罪量方面的模糊性表述,但刑法乃司法法,立法是否明确需要司法适用的检验。行为类型模式没有罪量限制,轻微行为形式上也是该当构成要件的犯罪行为,但刑法不可能理会一切轻微之事,这就需要寻求司法途径微罪出罪。司法微罪出罪,而刑法又未规定微罪非罪,此等立法岂不也欠缺明确性?实际上,任何犯罪行为模式都有一定量的界限,只不过域外刑法一般对此不作任何说明,而是完全委之于司法;而我国立法作了规定,但一般也仅作概括提示性规定,具体标准依然有赖司法判断。诚如陈兴良教授所言,罪量要素虽是概括性的规定,但它是把本来应当由司法机关行使的裁量权由立法机关作出框架性的规定,因此,罪量要素不违反明确性的要求^[4]。李洁教授也指出:(日本分立式立法的)不明确不是从立法语言的形式表现出来的,而是从事实的判断上表现出来的。于是就形成中日两国两种不明确的模式:日本的以明确的语言形式掩盖其实质的不明确,中国的以不明确的语言形式直接表现出来的不明确。两种模式一种实质,即不明确性。现存的中日两种不明确的方式,可以说是不得已的,而且也无实质的优劣之分,因此单纯指责中国的不明确方式并不公允^[5]。

2. 罪量因素与行为规制机能

学者批评犯罪定量立法模式“重视刑法规范的裁判机能,而忽视其行为规制机能。”^[6]“以盗窃罪为例,与德日刑法盗窃罪的规定模式相比较,我国刑法对盗窃罪构成要件的界定明显不够明确,也给犯

[1] 路军:《中国刑法犯罪量化要件研究》,〔北京〕法律出版社2010年版,第218页。

[2] 高长见:《轻罪制度研究》,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第100、140页。

[3] 林山田:《刑事法论丛》(二),〔台北〕台大法律系1997年版,第22页。

[4] 陈兴良:《刑法的明确性问题:以〈刑法〉第225条第4项为例的分析》,〔北京〕《中国法学》2011年第4期。

[5] 参见李洁:《论罪刑法定的实现》,〔北京〕清华大学出版社2006年版,第231-232页。

[6] 姜涛:《破窗理论与犯罪规制模式的重构》,〔北京〕《国家检察官学院学报》2016年第1期。

罪嫌疑人传递令人困惑的刑法对盗窃行为的立场:盗窃行为本身不是犯罪,只有盗窃财物价值大才是犯罪。这肯定不利于公民刑法规范意识的养成。”^[1]

这种批评值得商榷:一方面,这种批评是孤立地对待刑法(无视二元体系的另一元)的产物。在我国二元体系下,罪量规定不是可罚与不可罚的界限,而是刑事处罚与行政处罚的界限,行为规制机能实际上是由刑法与行政处罚法共同完成的。像盗窃这样与伦理道德关系密切的自然犯,其反社会性并非是由于有了盗窃罪的规定才被认可,没有哪个国家或国民因不知法律而认为盗窃合法,其实施与否并不取决于对法律是否禁止、如何禁止的了解。而对于法定犯,行为人首先面对的是行政法律规范的调整,在这些调整性法律规范中都有违反行为罚则与“构成犯罪的,依然追究其刑事责任”的明文,第一性的调整性规范(行政法)与第二性的保障性规范(刑法)相结合,共同完成行为的规制机能。至于过失犯罪、激情犯罪,是否犯罪、何种程度的行为要处罚等,就行为规制而言并无太大的实质意义。

另一方面,上述批评也是孤立地看待刑事立法(无视刑事司法、社会生活经验)的产物。“国民对行为的评价和选择不仅是依据作为条文的法律,更重要的是依据社会生活经验,若某类行为的相应程度的部分一直不被判处刑罚,则对该类行为是犯罪的观念就会淡化,也可能会消失。”^[2]在不定量的分立式模式中,要保持公众对轻微行为是犯罪的自觉认识也绝非易事:一则,微罪行为在实践中多通过警察处置、不起诉等措施分流,其犯罪性质大打折扣;二则,犯罪观念实际上是由刑罚的强制性和严酷性维系的,对轻微行为经常科处极少量的罚金,如此也会导致国民对该类行为犯罪性格的忽视,这绝非无稽之谈。

因此,“只要刑法规定某种行为是犯罪,尽管法律同时规定将较轻的部分排除在犯罪之外,对于守法者,就不会选其较轻的部分去实施;若对于违法者,也照样根据实际的处理状态行事而不会顾及抽象的条文而去守法。……从规则是否可以被遵守并形成习惯的角度来说明问题,也并非充分。没有轻微部分非罪的立法和有这种规定并不足以导致法律能否被遵守或违反问题,也并非因此失去规则自身的确定性。即规则的被遵守与法律明确规定轻微行为是否犯罪无直接关系。”^[3]

3. 罪量因素与案件管辖

有学者认为,区分犯罪与行政违法行为的定性加定量模式,造成我国刑法与行政处罚法律界限不清晰;在刑法与治安管理处罚法对某一危害行为都有规定(即竞合)的情况下,若优先适用刑法则有悖刑法立法精神及谦抑性,而优先适用治安管理处罚法则有行政代替司法的嫌疑。实践中,这种竞合情况一般是由公安机关根据情况裁量决定纳入刑事程序还是作为行政案件,这为执法腐败提供了充足的制度条件。而对罪量规定的具体内容,立法并没有明确说明,而是交给司法解释进行限定,但司法解释也无法穷尽列举,这样,罪与非罪之间不可避免存在遗漏和缺失,留给法官的自由裁量权不可避免地超出合理限度,也超出了法治社会能够允许的范围^[4]。这种观点也值得商榷。

首先,在二元交叉模式下,部分行为根据程度轻重区分犯罪与一般违法,而区分标准一般是由司法解释提供的,例如,司法解释规定盗窃罪的罪量标准为1000-3000元,达到标准即涉嫌犯罪,适用刑法;未达到即一般违法,适用治安管理处罚法。此时何来选择适用两难呢?

其次,即便是论者推崇的一元体系,警察机关同样是反社会行为处置的第一道门槛,对于形式上该当构成要件的轻微行为,警察机关同样可以裁量是否逮捕、是移交起诉还是以替代措施处置,警察机关行使裁量权实现微罪出罪,在实践中的比例相当高。可见,在一元体系下,警察机关同样享有决

[1]高长见:《轻罪制度研究》,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第99页。

[2][3]李洁:《论罪刑法定的实现》,〔北京〕清华大学出版社2006年版,第235页,第235页。

[4]参见高长见:《轻罪制度研究》,〔北京〕中国政法大学出版社2012年版,第135、138、140-141页。

定某一构成要件该当行为是否进入刑事程序的裁量权,这是否意味着也为执法腐败提供了充足的制度条件呢?并且,是权力就有贪婪扩张的本性,“在一元制裁体系中司法机关拥有较大的自由裁量权,容易导致司法者侵犯人权,二元制裁体制中行政机关拥有较大的自由裁量权,容易出现行政机关对人权的侵犯。”^[1]

最后,司法裁量权、司法补充立法,这是立法不明确导致的必然结果。如上所述,无论分立式还是交叉重合式,立法的不明确都不可避免。因此,问题只是司法裁量权当如何限制以防止擅断,诚如学者所言:“如何限制司法擅断可能,不是选择哪种模式的问题,而是通过其他的制度设计来完成的问题。……中国模式不至导致特别的司法擅断。”^[2]在仅定性的分立式立法模式下,形式上该当构成要件之轻微行为的除罪化完全依赖法官裁量权;而在我国,罪量首先交由司法解释裁定,法官个人裁量权仅保留在司法解释后的剩余部分,可以说就限制法官裁量权而言,我国的制度设计反倒是多了一道过滤,又何言“法官的自由裁量权不可避免地超出了合理限度,也超出了法治社会能够允许的范围”呢?可见,将“滋生腐败”“司法权滥用”等归罪于立法定量模式,确有不实之嫌。

综上,刑法中的罪量因素,乃是我国二元交叉制裁体系的表征,对其立法明确性、行为规制机能和管辖冲突等方面的质疑,或是误读,或是交叉模式与分立模式共有之通病。不仅如此,罪量规定直接明了地将轻微行为除罪化,收缩犯罪圈,彰显刑法谦抑之精神,这与立法未作罪量限制的域外实践,通过司法(微罪出罪)与立法(非犯罪化、非刑罚化)双管齐下限缩犯罪圈,体现刑法的谦抑性,可谓殊途同归。

社会治安制裁体系与立法模式的选择,不能脱离社会现实,尤其是法体系现状和法文化观念。总体而言,二元交叉体系及罪量因素具有其存在合理性,制度设计和实践运作中的缺陷不足以从根本上否定体系本身,解决制度和实践层面的现实问题,关键是“二元”之司法权与行政权的合理划分,当务之急是行政权的合理限制,是行政权行使的制度化、阳光化(行政权行使的规范与监督、行政权滥用的救济等制度完善)。

[责任编辑:钱继秋]

The Dual Overlapping Sanction System of China's Social Security

Wang Yanqiang

Abstract: In our country, the dual sanction system (administrative and judicial) is more reasonable than the unified sanction system (only judicial), because of the traditional legal culture and the reality of national modernization. Both “overlapping legislative model” and “discrete legislative model” have their own advantages and disadvantages. We chose the former just because of the law system and legal traditions in our country. The quantitative provisions of crime are the symptoms of “the dual overlapping sanction system”, so doubts about its clarity, function as behavior regulation and jurisdiction conflicts either came from misinterpretation or are common faults of every legislative model.

Keywords: dual sanction system; overlapping legislative model; the quantitative provisions

[1]王政勋:《定量因素在犯罪成立条件中的地位》,〔北京〕《政法论坛》2007年第4期。

[2]李洁:《论罪刑法定的实现》,〔北京〕清华大学出版社2006年版,第235页。