

情节犯概念质疑

刘明祥*

内容提要：我国《刑法》分则将“情节严重（或恶劣）”作为具体犯罪成立条件的规定很多，我国刑法学界也广泛使用“情节犯”的概念，并将其视为我国《刑法》中特有的犯罪类型。但《刑法》第13条的规定，从正反两方面对犯罪的成立提出了“情节”的要求，《刑法》分则中所有具体犯罪的解释与认定，均受该条规定的指导或制约。因而，将“情节严重（或恶劣）”作为具体犯罪的成立条件予以规定，仅具有提示作用，并无实质意义，完全可以删除。所有犯罪都必须满足严重危害社会且“依照法律应当受刑罚处罚”的情形，即都有情节严重的要求，若均被视为“情节犯”，则其明显不属于特殊的犯罪类型。故我国《刑法》分则中“情节严重”的规定和刑法学中“情节犯”的概念，是不值得弘扬的“特色”。而“情节加重犯”和“情节减轻犯”作为加重犯与减轻犯特殊类型的概念，仍有其存在的价值。

关键词：情节犯 情节 严重 概念 质疑

长期以来，我国刑法学论著中广泛使用“情节犯”一词，并视之为我国的一个有“特色”的刑法学概念。笔者不以为然，特撰本文予以论说。

一、刑法学中情节犯的概念与类型

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）的总则和分则许多条文都含有“情节”一词。到《中华人民共和国刑法修正案（十一）》颁布时，仅分则明文规定以“情节严重”或“情节恶劣”作为犯罪成立必备要件的犯罪就高达135个，占罪名总数的28%。^{〔1〕}因此，“情节犯”成为我国刑法学中被广泛使用的概念。

* 刘明祥，广东外语外贸大学法学院云山资深教授。

〔1〕 参见张庆立：《中国情节犯立法随意性之检讨》，载《广西政法管理干部学院学报》2022年第3期。

对“情节犯”的含义，刑法学界有多种不同的理解或解释。既有从狭义上理解的，也有从广义上解释的，从而形成多种不同含义的情节犯及其所衍生的类型。其中，“狭义的情节犯”，是指《刑法》分则明文规定以“情节严重”或“情节恶劣”作为犯罪成立必备要件的犯罪。^{〔2〕}“广义的情节犯”，是指以一定的概括性情节作为犯罪构成必备要件的犯罪。无论《刑法》分则条文中是否有“情节”二字，也不论是用“数额较大（或巨大）”“致使国家和人民利益遭受重大损失”还是用“对人体健康造成重大损害”等，只要有表明行为量的事实情况（即情节）描述的，应“一律概括为情节犯”^{〔3〕}。

另有一种认可“广义情节犯”概念的论者认为，狭义的情节犯是“基本的情节犯”，与之相对的还有“加重情节犯”（或“情节加重犯”）与“减轻情节犯”（或“情节减轻犯”）之分。后者是指将“情节严重”（或“情节特别严重”）、“情节较轻”等作为法定刑升格或降格条件的犯罪类型。这就属于“广义的情节犯”。^{〔4〕}应当注意的是，此种“广义情节犯”中的“情节”是仅作为法定刑升格或降格的条件，却不是作为犯罪成立的必备要件而存在的；而前述“广义的情节犯”中的“情节”，则是犯罪成立必不可少的条件。可见，在我国刑法学中，有两种含义的“广义情节犯”，即定罪意义上的“广义情节犯”与量刑意义上的“广义情节犯”。只不过，认可情节犯概念的学者，大多不承认这种将严重情节或者减轻情节作为法定刑升格或降格条件的犯罪为情节犯。^{〔5〕}还有论者从实质的情节犯的定义出发，结合我国刑法“立法定性，司法定量”的立法模式，认为我国《刑法》中规定的所有犯罪都是情节犯。^{〔6〕}这可称为“最广义的情节犯”。^{〔7〕}

此外，还有论者将情节犯区分为“总则情节犯”与“分则情节犯”。前者指《刑法》分则没有明文规定犯罪构成的情节要求，直接适用《刑法》总则第13条中“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”规定的情节犯；后者则是指《刑法》分则规定对犯罪成立有情节要求的犯罪类型。^{〔8〕}

二、情节犯的概念不具有理论上的合理性

众所周知，由于刑法学以犯罪与刑罚为研究对象，而犯罪概念除了包含杀人、放火、盗窃等具体犯罪之外，还包括故意犯罪、过失犯罪、侵犯人身的犯罪、侵犯财产的犯罪等某一类型的犯罪（简称为类罪）。无论是具体犯罪还是某类犯罪，往往会用一个“犯”字予以简括，如杀人犯、盗窃犯、故意犯、过失犯、财产犯，等等。不管是何种挂上“犯”字的概念，通常都是用来称谓

〔2〕 参见叶高峰、史卫忠：《情节犯的反思及其立法完善》，载《法学评论》1997年第2期。

〔3〕 刘艳红：《情节犯新论》，载《现代法学》2002年第5期，第80页。

〔4〕 参见李翔：《刑事政策视野中的情节犯研究》，载《中国刑事法杂志》2005年第6期。

〔5〕 参见王志祥：《情节犯基本问题研究》，载《保定学院学报》2008年第1期。

〔6〕 参见李翔：《刑事政策视野中的情节犯研究》，载《中国刑事法杂志》2005年第6期。

〔7〕 参见刘守芬、方文军：《情节犯及相关问题研究》，载《法学杂志》2003年第5期。

〔8〕 参见夏勇：《作为情节犯的醉酒驾驶——兼议“醉驾是否一律构成犯罪”之争》，载《中国刑事法杂志》2011年第9期。

某一种或某一类犯罪（或犯罪人）的。情节犯的概念也不应当例外。如上所述，尽管对情节犯的概念有多种不同的理解，但采用这一概念者均不否认，情节犯是一种犯罪类型，或者说是概括刑法规定的一类犯罪的总称。

问题在于，刑法理论上概括的犯罪类型，必须具有不同于其他犯罪类型的特殊性。如故意犯不同于非故意犯，其特殊性在于我国刑法规定的犯罪除此之外还有过失犯，故意犯是主观上具有故意内容的犯罪类型，非故意犯（即过失犯）不具有故意内容；财产犯不同于非财产犯，其特殊性则在于财产犯的本质是侵犯财产权，而非财产犯（如性犯罪）就不具有此种本质属性；如此等等。如果说情节犯是一种犯罪类型，则很难将其视为对一类犯罪的科学概括，也无法将其与非情节犯合理区分开来。

（一）“狭义情节犯”说的理论缺陷

按上述“狭义的情节犯”说，由于是以《刑法》分则明文规定“情节严重”或“情节恶劣”作为情节犯成立的必备条件，没有这样的明文规定的犯罪也就不是情节犯，这固然很容易把情节犯与非情节犯区分开来。但这种“狭义的情节犯”说本身并不具有理论上的合理性。

第一，尽管“我国刑法分则只在部分罪名或者部分罪状中明文规定了‘情节严重’或者‘情节恶劣’，但这并不意味着没有此种明文规定的罪名或者罪状就不是情节犯”〔9〕。例如，《刑法》第245条规定的非法搜查罪、非法侵入住宅罪与第246条规定的侮辱罪、诽谤罪，都是最高法定刑为三年有期徒刑的轻罪，后者将“情节严重”明文规定为成立犯罪的条件，而前者并无这样的明文规定。显然不能认为只要有非法搜查、非法侵入住宅的行为，不论情节是否严重，一概要认定为犯罪；相反，根据最高人民检察院的相关规定，即便是国家机关工作人员利用职权非法搜查，也还应具备相应的严重情节才能立案。〔10〕至于对十分常见的未经他人允许非法进入他人住宅的行为，如果没有采用暴力手段强行闯入或造成严重后果等其他严重情节，司法机关通常也不会当作犯罪来处理。也就是说，对类似轻罪，在司法实践中，一般都会把“情节严重”作为构成犯罪的一个重要条件来掌握，而不论《刑法》是否有明文规定。因此，仅将犯罪的成立有“情节严重”或“情节恶劣”的明文规定者视为情节犯，把没有此种明文规定的犯罪排除在外，那就意味着对犯罪成立同样有“情节严重”或“情节恶劣”要求的犯罪，有的视为情节犯，另有的不认为是情节犯，这显然不具有科学合理性。并且，作这样的区分对犯罪的认定毫无意义，与区分不同犯罪类型的理论宗旨也不符。

第二，《刑法》分则条文在某些犯罪的成立条件中，之所以增加“情节严重”或“情节恶劣”的要素，是因为“在现实生活中，有许多侵害法益的行为，虽然在一般情况下其违法性没有达到值得科处刑罚的程度，却又难以通过增加某个特定的要素使违法性达到值得科处刑罚的程度，或者难以预见具备哪些要素时，行为的违法性能够达到值得科处刑罚的程度，或者虽能预见但不能

〔9〕 夏勇：《作为情节犯的醉酒驾驶——兼议“醉驾是否一律构成犯罪”之争》，载《中国刑事法杂志》2011年第9期，第18页。

〔10〕 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（高检发释字〔2006〕2号）。

作简短表述,于是刑法条文作了一个整体性的规定,“情节严重”“情节恶劣”的,就以犯罪论处”^{〔11〕}。但是,受立法时的客观条件和立法者主观认识局限性的制约,加上究竟哪些罪有必要作这样的特别规定本身难以确定,因而,不可能在全部有必要规定“情节严重”或“情节恶劣”的法条中均予以规定,即难免出现遗漏现象。上述《刑法》第245条关于非法搜查罪、非法侵入住宅罪没有规定就是实例,不仅与紧接其后轻重相当却予以规定的第246条侮辱罪、诽谤罪不协调,而且正如上文所述,很容易使人误以为前者不需要达到“情节严重”的程度,即可构成犯罪。

第三,从《刑法》分则将“情节严重”或“情节恶劣”作为一些具体犯罪成立条件的规定来看,只要是基于罪过心理实施重罪的行为即可构成犯罪,因而在重罪法条中并不会把“情节严重”或“情节恶劣”规定为基本犯的成立条件,只有可能作为升格法定刑的加重犯的条件时才予以规定。如成立投敌叛变罪的基本犯就没有“情节严重”的要求,“情节严重”的则成立该罪的加重犯,处更重的法定刑。若同一法条规定的某种罪有几种行为形式,有的行为形式之后附有“情节严重”或“情节恶劣”的表述,另有的行为形式之后则没有这种表述。这是因为在立法者看来,实施某种行为通常就成立该条规定的犯罪,而实施另一种行为则还需要具备“情节严重”或“情节恶劣”的条件,才能构成该种犯罪。《刑法》第133条之一规定的危险驾驶罪就是适例。该罪在2011年经《中华人民共和国刑法修正案(八)》[以下简称《刑法修正案(八)》]增设时,仅有两种行为表现,即“追逐竞驶”与“醉酒驾驶机动车”,^{〔12〕}法条明文将“情节恶劣”作为前者构成犯罪的条件,但后者没有这样的明文规定。之所以如此,是因为立法者认为,醉酒驾驶机动车通常就有必要按危险驾驶罪来处罚,而追逐竞驶如果情节不恶劣,就不必要定罪处罚,故增加“情节恶劣”作为定罪的条件。^{〔13〕}这样一来,按“狭义的情节犯”说,危险驾驶罪究竟是情节犯还是非情节犯,显然无法确定。有持此说的论者将这种情形视为“半个情节犯”。^{〔14〕}但这种“半个情节犯”,实际上既不同于按“狭义的情节犯”的标准认定的情节犯,也不属于按此界定的非情节犯。这表明按“狭义的情节犯”说,不可能把所有具体犯罪准确认定为情节犯还是非情节犯,从而使作为犯罪类型的情节犯概念失去准确区分该种犯罪类型的功能。并且,这种“半个情节犯”的规定,使持“狭义情节犯”说者,更容易将不同行为成立同一犯罪的条件,误解为有的有“情节严重(或恶劣)”的要求、另有的并无这样的要求。

例如,《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪的初期,刑法学界和司法实务界主流的观点就认为,法条中对“追逐竞驶”有“情节恶劣”的明文要求,而对“醉酒驾驶机动车”无这样的明文规定,这表明立法之意在于,对后者应一概认定为犯罪,而不能以“情节显著轻微”为由,适

〔11〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》(第3版,下),高等教育出版社2024年版,第624-625页。

〔12〕 2015年《中华人民共和国刑法修正案(九)》又增设了以下两种危险驾驶行为:(1)从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的;(2)违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全的。

〔13〕 参见黄太云:《〈刑法修正案(八)〉解读(二)》,载《人民检察》2011年第7期。

〔14〕 与危险驾驶罪的规定相似的还有寻衅滋事罪等罪。有持此说的论者认为,《刑法》第293条所列构成犯罪的寻衅滋事行为中,有的并没有“情节严重”或“情节恶劣”的要求,故寻衅滋事罪只能算0.5个情节恶劣的情节犯。参见张庆立:《情节犯若干基本问题之教义学检视》,载《西部法学评论》2020年第2期。

用《刑法》第13条但书规定予以出罪。但后来的司法实践证明，这种观念或解释明显不具有合理性。为此，2023年12月18日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第12条明确指出，醉驾具有“在居民小区、停车场等场所因挪车、停车入位等短距离驾驶机动车”等情形之一的，“可以认定为情节显著轻微、危害不大，依照刑法第十三条、刑事诉讼法第十六条的规定处理”。

（二）“广义情节犯”说的理论缺陷

按上述定罪意义上的“广义的情节犯”说，只要是以一定的概括性情节作为犯罪构成必备要件的犯罪，或者说只要法条中是有表明行为量的事实情况（即情节）的犯罪都是情节犯，而不论是否有“情节严重”或“情节恶劣”的明文表述。这虽然能克服“狭义情节犯”说的上述弊病，即能够将明文规定“情节严重”或“情节恶劣”为犯罪成立条件的，与无这样的明文规定的犯罪均纳入情节犯的范畴，但这样一来，情节犯的范围就难以确定，情节犯与非情节犯更是无法区分。“我国刑法虽然广泛使用‘情节’一词来表述符合或违反刑法规范要素的情况，然而，并非以其他刑法术语表述的主客观事实情况不是刑法中的情节。例如，特定的行为、结果、杀人、伤害、时间、地点、方法、手段、故意、过失、目的、动机、年龄、身份、累犯、自首等等定罪量刑的事实情况，法条就没有用‘情节’二字表述，难道它们不是情节吗？”^{〔15〕}如果说《刑法》规定或认可的表明行为是否具有社会危害性和行为人是否具有人身危险性以及社会危害和人身危险程度轻重的主客观事实情况，都是刑法中的情节，^{〔16〕}而“情节犯不过就是对犯罪成立有情节要求的犯罪”^{〔17〕}，那么，情节犯的范围就十分广泛，甚至难以找到非情节犯了。正因为如此，有论者指出：“从我国刑法中的犯罪概念含有定量因素这个角度说，刑法分则中所有的犯罪都是情节犯，这可称为最广义的情节犯。”^{〔18〕}尽管这种“最广义的情节犯”说，能够将其他“情节犯”说所不能包容而又不应排除在外的情形均纳入其中，并且由于所有的犯罪都是情节犯，从而也就不存在难以与非情节犯相区分的问题，但是，此种“最广义的情节犯”既然包含所有的犯罪，这就决定了它不是犯罪类型，即不是某一种或某一类犯罪的名称，同样也就不能用“犯”字相称了。

三、情节犯的概念无存在的法律基础

“最广义的情节犯”说尽管存在这样的缺陷，但其认为所有的犯罪都含有定量因素或者说都有量（即社会危害性或违法性程度）的要求，并将这种表明行为量的要求的事实情况统称为“情节”，从而得出所有的犯罪都有情节要求的结论。这具有一定的合理性，并且与《刑法》第13条规定的精神相符。只不过该条规定及《刑法》分则对具体犯罪的成立条件的规定表明，情节犯的

〔15〕 赵廷光：《论我国刑法中的情节》，载《法商研究（中南政法学院学报）》1995年第1期，第20页。

〔16〕 参见赵廷光：《论我国刑法中的情节》，载《法商研究（中南政法学院学报）》1995年第1期，第20页。

〔17〕 夏勇：《作为情节犯的醉酒驾驶——兼议“醉驾是否一律构成犯罪”之争》，载《中国刑事法杂志》2011年第9期，第18页。

〔18〕 刘守芬、方文军：《情节犯及相关问题研究》，载《法学杂志》2003年第5期，第7页。

概念并无存在的法律基础。

首先,《刑法》第 13 条的主文(但书前的内容)指出,“一切……危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”。我国刑法学的通说认为,该规定表明所有犯罪的成立,都必须具备社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性三个基本特征。^[19]在司法实践中,认定某人的行为是否构成犯罪时,即便是能肯定行为有社会危害性,且形式上符合《刑法》分则对某罪成立条件的规定(即形式上具有刑事违法性),还得从实质上考察有无动用刑罚处罚的必要性(即是否应受刑罚处罚)。在行为具有社会危害性和刑事违法性的条件下,如果进一步从实质上判断或评价为应受刑罚处罚,即可认定犯罪成立;如果不应受刑罚处罚,则不能以犯罪论处。例如,甲发现自己从菜市场买回的一只鸡从网袋内逃出,怀疑是逃到了邻居乙家中;乙称未发现有鸡进入,不同意甲到自己家中寻找;甲强行闯入,到乙室内各房间查看,并未找到鸡。甲意识到自己判断失误、行为失当,当场向乙赔礼道歉,得到了乙的谅解。此例中甲硬性闯入乙家中的行为有社会危害性,并且从表面上或形式上看,符合《刑法》第 245 条关于非法侵入住宅罪的规定,也就是具有刑事违法性。但认定甲的行为构成此罪,并动用刑罚予以处罚,明显不合适。这就属于不具备《刑法》第 13 条规定的“应当受刑罚处罚”这一犯罪基本特征、应否定犯罪成立的情形。而类似案件中的行为是否“应当受刑罚处罚”的判断依据,显然只能是与之相关的所有主客观事实情况(即情节或罪量)。既然所有的犯罪都必须具备“应当受刑罚处罚”这一基本特征或条件,也就是必须达到成立犯罪的“量”(即危害程度严重或情节严重)的要求,那就意味着《刑法》第 13 条主文从正面表明,所有犯罪的成立不仅在形式上要符合《刑法》分则的规定,而且在实质上还得具有严重社会危害性或情节严重,也就是都有“情节”的要求。

其次,《刑法》第 13 条的但书明确指出,“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。这“恰恰就对犯罪的成立提出了情节要求。只不过,这里的情节要求有两个特点:其一,是以‘排除式’面貌出现的。从表面上看,‘情节显著轻微’似乎不是构成犯罪的指标,而是不成立犯罪的指标,但从内在逻辑来分析,因为情节显著轻微而不能是犯罪,恰好表明犯罪的成立有情节要求——即并不显著轻微的情节。……其二,是以‘兜底性’面貌出现的。……凡是分则没有明文规定包括‘情节’在内的量的因素的,同样有量的要求”^[20],也就是有情节要求,即只有对行为人为人实施的行为进行主客观方面的综合判断,认定为达到了“应当受刑罚处罚”的程度,才算符合《刑法》第 13 条对犯罪成立的情节要求。如果“情节显著轻微危害不大”,那就表明不符合该条的情节要求,从而“不认为是犯罪”。可见,但书规定从反面表明,任何犯罪的成立都有“情节”(或“罪量”)的要求。

再次,我国《刑法》分则对具体犯罪的规定,有的明文将“情节严重”或“情节恶劣”作为犯罪的成立条件,另有的则无这样的明文规定。有明文规定的犯罪(如侮辱罪、诽谤罪等),当然能肯定其成立有“情节”的要求。即便无这种明文规定的犯罪(如非法搜查罪、非法侵入住宅

[19] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第 10 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2021 年版,第 42-44 页。

[20] 夏勇:《作为情节犯的醉酒驾驶——兼议“醉驾是否一律构成犯罪”之争》,载《中国刑事法杂志》2011 年第 9 期,第 18 页。

罪等),根据《刑法》总则第13条的规定,也能得出其成立同样有“情节”(即“情节严重”或“情节恶劣”)要求的结论。因为根据《刑法》总则规定对《刑法》分则中的具体犯罪有指导或制约作用的原理,认定犯罪时,即便法条未明文将“情节严重”作为犯罪的成立条件,同样应以总则第13条的规定为指针。如上所述,《刑法》第13条主文中的“依照法律应当受刑罚处罚”的表述,意味着所有的犯罪都必须达到严重危害社会的程度(即有“罪量”或“情节”)的要求;如果“情节显著轻微危害不大”,该条但书明确指出“不认为是犯罪”。由此可见,按《刑法》第13条的规定,所有犯罪的成立均有“情节严重”的要求,并非只有法条中表明以“情节严重”为成立条件的犯罪,才有这样的要求,而没有标明的,则无这样的要求。事实上,《刑法》分则将“情节严重”或“情节恶劣”作为犯罪的成立条件予以标明,只是对《刑法》总则第13条中的“应当受刑罚处罚”之要求的回应,或者说是对其中的“情节显著轻微危害不大”从另一侧面所作的重复表述,应视为但书规定的“照应功能”的体现。^[21]也可以说是《刑法》第13条的精神,在分则的这类具体犯罪的成立要件中被明文化了。因此,分则条文中作为具体犯罪成立条件的“情节严重”或“情节恶劣”的规定,仅具有提示性或照应性功能,并无实质的作用。从此种立场而言,即便将这种规定全部删除,只要正确适用《刑法》总则第13条的规定,就能有效避免扩大处罚范围的后果发生。并且,删除这些规定还可从根本上解决前述《刑法》分则中有的轻微罪有“情节严重”的规定,另有的却没有这样的规定等明显不协调且容易引起误解的问题。

另外值得一提的是,认为所有的轻微犯罪的成立都有情节严重的要求,不论法条中是否有“情节严重”或“情节恶劣”这样明文的表述,这比较容易被法律人士所接受。但是,如果是严重犯罪,一般只要实施法条规定的行为就成立犯罪。正因为如此,规定重罪的法条之中,往往不会直接标明“情节严重”或“情节恶劣”为犯罪的成立条件,故大多认为重罪的成立不会有情节的要求,《刑法》第13条的但书规定,也没有在重罪中适用的余地。^[22]笔者也不否认,在涉嫌故意杀人等严重犯罪案件中,只要无阻却违法或阻却责任的事由,通常情况下确实都不能以“情节显著轻微危害不大”为由,否定犯罪成立。但是,也可能出现极个别特殊例外的情形,而有必要认定为“情节显著轻微危害不大”,适用《刑法》第13条但书规定予以出罪。以陕西省发生的蒲连升、王明成故意杀人案(被称为我国安乐死第一案)为例,最高人民法院就在对该案的批复中明确指出:“可以依照(1979年)《刑法》第10条的规定(即但书规定——笔者注),对王、蒲的行为不作犯罪处理。”^[23]

既然在司法实践中,连故意杀人罪这样的重罪的成立都可能要考虑情节因素,即不属于极特殊的“情节显著轻微危害不大”的例外情形,且《刑法》第13条中主文从正面、但书从反面,均对犯罪的成立提出了“情节”的要求,也就是任何犯罪行为都必须是严重危害社会或“情节严重”的情形。但正如前文所述,若认为对犯罪的成立有这种情节要求的都是情节犯,则《刑法》

[21] 参见储槐植、张永红:《善待社会危害性观念——从我国刑法第13条但书说起》,载《法学研究》2002年第3期。

[22] 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

[23] 冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(全三卷),北京大学出版社2023年版,第231页。

分则规定的所有犯罪都是情节犯，而不存在与之相对的非情节犯。此种含义的情节犯就不是一种或一类犯罪的称谓，就不具有犯罪类型的特征，用“犯”字相称明显不合适。

顺便指出，《刑法》第13条但书是一种概括性的排除行为犯罪性的规定，对《刑法》分则所规定的所有具体犯罪的认定均有指导或制约作用，因而，前述有学者以该条规定为依据，将情节犯分为“总则情节犯”与“分则情节犯”。但是，作这种区分难免使人产生这样的疑问：总则仅对犯罪有宏观规定，只有分则才是对具体犯罪的规定，情节犯作为犯罪类型显然只能存在于分则规定的具体犯罪中，不可能有宏观的抽象的情节犯。不过，应当充分肯定，该学者正确意识到任何犯罪的成立均有情节的要求，只是有的犯罪在分则条文中“情节严重”之类的明文规定，另有的犯罪无这样明文规定，从总则第13条但书规定中，也可以得出同样有情节要求的结论。

四、我国《刑法》有关情节的立法特色不值得弘扬

如前所述，我国《刑法》分则规定具体犯罪的条文中，将“情节严重”或“情节恶劣”作为犯罪成立条件的，占相当大的比例。因此，有学者认为，“若把我国现行刑法称为‘情节刑法’，虽显戏谑，但并不为过”，“情节犯应该说是一个具有中国特色的刑法范畴”^{〔24〕}。因为“域外刑法没有规定情节犯”，“情节犯乃我国刑法中特有的一类犯罪类型”^{〔25〕}。但是，笔者不赞成这种观点。

第一，情节犯中的情节，即犯罪成立所要求的不法含量（或罪量），并非只在我国《刑法》中才有。事实上，“如果中国刑法学者所说的‘罪量’是指构成要件行为不法和（或）结果不法含量的话，那么它在所有构成要件类型中都存在，并非是由中国刑法犯罪定义模式中的定量要求所反映出来的中国式构成要件的特性”。也就是说，“我国犯罪构成包含的不法含量（即情节犯语境下的‘情节’），……是所有构成要件类型（无论是中国式的还是德国式的）所共有的”^{〔26〕}。对犯罪的成立有情节（或罪量）的要求，不处罚轻微违法或社会危害性程度很低的行为，也是德日等国刑法或刑法学所贯彻的基本原则。为了将轻微违法或情节很轻微的危害行为排除在犯罪之外，德日刑法学者提出了实质的违法性论、可罚的违法性论等理论学说。^{〔27〕}其中，实质的违法性论认为，违法性有质和量（即程度上）的差异，对违法性程度很轻微的行为，即便在形式上违法，只要实质上不违法，就不具有违法性，从而否定犯罪的成立。可罚违法性论与作为德国之通说的实质违法性论相通，是日本学者借由“一厘事件”之判决^{〔28〕}而概括形成的，也是长期处于

〔24〕 王军仁：《情节犯问题的挑战与应对》，载《合肥工业大学学报（社会科学版）》2007年第1期，第157页。

〔25〕 张庆立：《情节犯若干基本问题之教义学检视》，载《西部法学评论》2020年第2期，第109页。

〔26〕 王莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，载《法学研究》2012年第3期，第135-136页。

〔27〕 〔日〕川端博《刑法総論講義》（成文堂、2013年）314-315頁參照。

〔28〕 该案案情为：某烟草种植者自己吸食了按照当时日本的《烟草专卖法》本来负有上交国家之义务的、金额大致相当于一厘钱的烟草，因涉嫌构成违反烟草专卖法之罪而受到起诉。对此，当时的大审院判定，对于琐碎的违法行为，“不顾费用（金额）与手段而苛求，反有悖于税法之精神，毋宁付之不问更胜”。参见王昭武：《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》，载《法学家》2014年第4期。

通说地位用以解决轻微违法行为出罪的理论。该理论认为，刑法上的违法性，是在一般违法性的基础上，“量上具有一定程度以上分量，并且在质上与刑法上的制裁相适应”，即达到刑事可罚性程度的违法性。^{〔29〕}在德日的司法实务中，对盗窃价值很低财物（如窃取一张手纸）的行为，尽管德日刑法并未将“数额较大”或“情节严重”作为盗窃罪的构成要件予以规定，但司法人员均会基于实质的违法性或可罚的违法性等理论学说，将其排除在犯罪之外。由此可见，在德日等国，同样把我国刑法学中的情节犯的情节作为犯罪成立的要素，如果说只要是将情节作为犯罪成立要素的犯罪都是情节犯，那德日等国同样有情节犯，因此，不能认为情节犯是我国特有的犯罪类型。只不过德日刑法学中并无“情节犯”的概念。究其缘由，无非还是将其视为一种或一类犯罪类型，与犯罪类型的基本观念不符。正如前文所述，若认为情节犯是对犯罪的成立有情节（或罪量）要求的犯罪，则所有犯罪都有这样的要求，即所有的犯罪都是情节犯，而犯罪类型是根据某种或某类犯罪特有的属性确定下来，并与其他犯罪相区分的概念（如行为犯、结果犯、危险犯等），情节犯的概念不具有这样的属性，因而不具有科学合理性。德日刑法学中不用这一概念，也从一个侧面证明了这一点。

第二，我国《刑法》中的许多具体犯罪均将“情节严重”或“情节恶劣”明文规定为成立要件，而德日等国刑法中很难看到这样的规定，这确实是我国《刑法》的一个“特色”。但这一特色并不值得弘扬。因为罪刑法定原则要求《刑法》关于犯罪成立条件的规定具有明确性，这样才能使国民对自己实施的行为是否构成犯罪事先可以预测，才能防止司法人员事后凭主观意愿擅断罪刑。如果《刑法》用十分抽象、模糊的词语来表述犯罪的成立条件，国民实施行为时无法知晓自己的行为是否为犯罪，只能事后由司法人员凭其主观的感受或实践经验来判断，这就有导致罪刑擅断、侵犯被告人权利的风险。为此，在现代西方各国，立法者在制定刑法时都尽可能不用“情节严重”或“情节恶劣”等抽象概括性词语。刑法典不是大百科全书，对具体犯罪的成立条件不可能作全面细致的描述，且对轻微犯罪的处罚范围必须严格限制，以免扩大打击面或处罚不应处罚的行为。正是基于此种考虑，我国《刑法》分则中的许多轻微犯罪，均将“情节严重”或“情节恶劣”作为成立条件予以明文规定。这在表面上能控制轻微犯罪的处罚面，避免将不应作为犯罪处罚的行为纳入犯罪的处罚范围，但由于《刑法》规定的“情节严重”或“情节恶劣”的犯罪成立条件不明确，与罪刑法定原则不符，而且，正如前文所述，将其作为具体犯罪的成立条件予以规定，仅仅只有提示作用或与《刑法》第13条规定相照应的功能，并无实质的意义，倒不如将其删除，以免产生前述负面效应。

第三，我国《刑法》将“情节严重”“情节特别严重”作为具体犯罪的法定刑升格条件的规定比较多，那么，能否将这些规定也全部删除呢？笔者的回答是否定的。这种“情节”与前述作为犯罪成立条件的“情节”有质的差异，它只是犯罪成立之后法定刑升格的条件，对犯罪的成立不起决定性作用。本来，根据罪刑法定原则，《刑法》不仅应对每种犯罪的成立条件作明确规定，而且对每种犯罪应处的刑罚轻重也要有明确规定。但由于社会中发生的同一种性质的犯罪，轻重

〔29〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》（新版第5版），黎宏、姚培培译，中国人民大学出版社2023年版，第240页。

程度大多会有较大差别,《刑法》规定的处罚轻重不可能完全相同,无疑应有一定的轻重幅度。但处罚轻重的跨度不能过大,以盗窃罪为例,其最低法定刑是罚金,而最高法定刑是无期徒刑,若仅规定从罚金到无期徒刑一个档次的法定刑,那么,罪刑法定就徒有虚名,给法官的自由裁量权过大,难免出现罪刑擅断、侵犯人权的问题。为此,《刑法》第 264 条对盗窃罪分三个档次规定了轻重有别的法定刑,以缩小每一档次法定刑的跨度。类似第 264 条这种规定多档次法定刑的法条中,大多会在普通犯的法定刑之外,另有一个或两个升格档次的法定刑,往往会将“情节严重”或“情节特别严重”作为法定刑升格的条件。如前所述,“情节严重”(含“情节特别严重”)是一个抽象概括性的词语,其含义不够明确,与罪刑法定原则所要求的明确性有相当大的差距。若对法定刑升格的条件作具体规定,而不用“情节严重”或“情节特别严重”等抽象概括的表述,这固然是符合罪刑法定原则的理想选择,并且我国《刑法》中也有少数犯罪采取这种规定方式,如《刑法》第 263 条分 8 项将“入户抢劫”等 8 种具体情形,规定为抢劫罪法定刑升格的条件,但是,这种规定方式难免遗漏有必要列入法定刑升格范围的情形,如该条第 3 项列入了“抢劫银行或者其他金融机构”却没有列入抢劫珍贵文物。从《刑法》的相关规定和国家对珍贵文物的重视程度不难看出,对抢劫珍贵文物应与抢劫金融机构同等对待。由此可见,详细描述或列举法定刑升格的情形,难免出现遗漏,从而导致处罚的不公平。即使立法者能够穷尽列举所有法定刑升格的情形,但如果以大量文字进行描述,也与刑法典应简洁明了的要求不符。因此,当不可能穷尽列举或具体描述所有法定刑升格的情形时,立法者“往往放弃具体描述,而以‘情节严重’或者‘情节特别严重’概括法定刑升格的所有情形。在此意义上说,将‘情节严重’规定为法定刑升格的条件,实在是一种不得已的立法例”^[30]。从立法科学化的角度而论,“采用德国刑法中经常运用的‘例示法’,由司法工作人员根据例示的情形判断其他没有例示的情形是否属于‘情节严重’或者‘情节特别严重’,是比较理想的立法例。与这种例示法本质上完全相同的方式是:具体描述几种法定刑升格方式后,最后设置一项‘具有其他严重情节’或者‘具有其他特别严重情节’的规定”^[31]。例如,我国《刑法》第 318 条第 1 款前 6 项规定了组织他人偷越国(边)境罪法定刑升格的 6 种情形,第 7 项将“有其他特别严重情节的”作为“兜底规定”,囊括前 6 项所未列举的具体情形。这种“兜底规定”使法定刑升格的情形不会被遗漏;前 6 项规定将法定刑升格的主要情形予以具体明确化,同时也为第 7 项抽象“兜底规定”的理解和认定提供了“例示”,以便司法人员能够合理确定“其他特别严重情节”的范围。这种立法方式值得我们作为规定法定刑升格的模式予以推广。

第四,前述有少数对情节犯概念持肯定态度者,把以“情节严重”或“情节特别严重”作为法定刑升格条件的犯罪,纳入情节犯的范畴,视为与普通情节犯相对的一种特殊类型,称之为“加重情节犯”;同时,将“情节较轻”作为法定刑降格条件的犯罪,视为另一种特殊类型的情节犯,即“减轻情节犯”。^[32] 笔者对情节犯概念持否定态度,当然不赞成将这类犯罪视为情节犯的

[30] 张明楷:《刑法分则的解释原理》(第 3 版,下),高等教育出版社 2024 年版,第 631 页。

[31] 张明楷:《刑法分则的解释原理》(第 3 版,下),高等教育出版社 2024 年版,第 633 页。

[32] 参见李翔:《刑事政策视野中的情节犯研究》,载《中国刑事法杂志》2005 年第 6 期。

特殊类型，但并不反对将其纳入加重犯或减轻犯的范畴，而主张称之为“情节加重犯”或“情节减轻犯”。如上所述，我国《刑法》分则中的许多罪都规定有多个幅度的法定刑，大多是在基本犯的法定刑之外，另规定一个或两个加重犯的法定刑，且往往以“情节严重”或“情节特别严重”作为加重犯的适用条件；也有少数犯罪还对减轻犯规定有独立的法定刑，通常以“情节较轻”作为适用的条件。如《刑法》第111条规定，为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，普通犯或基本犯，处五年以上十年以下有期徒刑；“情节特别严重的”（即加重犯），处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；“情节较轻的”（即减轻犯），处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。由于《刑法》规定的加重犯和减轻犯，必定有与之相对的基本犯或普通犯，将其视为特殊的犯罪类型有法律依据。从《刑法》对具体犯罪升格或降格法定刑的规定来看，均是依据其相对于基本犯有特别的加重或减轻危害性（或违法性）程度的主客观事实（即情节），因此，可以说所有的加重犯、减轻犯都是情节加重犯、情节减轻犯。尽管国内外刑法学中均使用“结果加重犯”的概念，我国刑法学中还采用“数额加重犯”等概念，但无论是“结果加重犯”还是“数额加重犯”等特殊的加重犯，无疑都属于“情节加重犯”，即依据某种特殊情节升格（或加重）其法定刑。我国《刑法》规定的减轻犯很少，特殊类型的减轻犯几乎没有，所以，将减轻犯都视为“情节减轻犯”似乎也无多大问题。只不过，我国《刑法》还规定有一些明确列举具体特殊类型的加重犯，如《刑法》第263条规定的8种升格法定刑的情形，实际上是对抢劫罪的8种特殊类型的加重犯，规定了比普通犯更重的法定刑，其中就包含“结果加重犯”“数额加重犯”等多种“具体的情节加重犯”。另有大量“情节加重犯”并未列举具体情节，仅将“情节严重”或“情节特别严重”作为法定刑升格或加重的条件。如《刑法》第244条规定的强迫劳动罪，就将“情节严重”作为升格法定刑的条件。这可视为对“抽象的情节加重犯”的规定。还有列举若干具体严重情节后，又用“其他严重（或恶劣）情节”作为“兜底规定”，囊括其余各种严重情节的情形，如《刑法》第237条第3款即可视为对猥亵儿童罪中“折中的情节加重犯”的规定。

五、结 语

德日等国刑法典中很少用“情节严重（或恶劣）”的词语，德日刑法学中也不采用“情节犯”的概念。而我国《刑法》中的许多条文都有“情节严重（或恶劣）”的表述，我国刑法学界也广泛使用“情节犯”的概念，并视之为一种“中国特色”。在笔者看来，我国的刑事立法确实应立足于中国国情，我国刑法学也不能完全照搬德日等国的刑法学，无疑应有“中国特色”。并且，我国是一个有几千年文化传统（含法律传统）的国家，当然要向世界弘扬科学的有“中国特色”的立法和法学学术经验。问题在于，我们要认准哪些是确有“中国特色”且含科学价值并值得弘扬的经验，哪些是有“中国特色”但需要逐步淘汰的东西。就我国的“情节立法”与“情节犯”观念而言，恰恰是缺乏科学性、有缺陷需要改变或完善的。与“情节立法”相关的《刑法》第13条但书规定，倒是有科学价值应予弘扬的含“中国特色”的立法例。该条将形式上符合实

质上不具备犯罪成立条件（即“情节显著轻微危害不大”）的情形，作为排除行为犯罪性的原则规定，为轻微危害（或违法）行为的出罪提供了明确的法律依据。德日等国刑法典无这样的明文规定，司法实务中不得不运用实质违法性论或可罚违法性论等理论学说，对这类不应受刑罚处罚的行为予以出罪。这样的解释论和务实的做法无疑是值得肯定的，但毕竟在德日等国，如此做法并无明确的法律依据。我国《刑法》第 13 条但书的规定，足以弥补他们的这一缺陷。类似该条规定及我国相关的合理解释论，这样的有“中国特色”的立法及刑法理论，才是值得我们大力弘扬的。

Abstract: The specific provisions of China's Criminal Law contain numerous stipulations that require "serious circumstances (or abominable circumstances)" as conditions for the establishment of specific crimes. The concept of "circumstance crime" is also widely used in the field of criminal law in China and regarded as a unique type of crime in China's criminal law. However, Article 13 of the Criminal Law stipulates the requirements of "circumstance" for the establishment of crimes from both positive and negative perspectives, and all interpretations and identifications of specific crimes in the specific provisions of the Criminal Law are guided or constrained by this provision. Therefore, stipulating "serious circumstances (or abominable circumstances)" as conditions for the establishment of specific crimes only serves as a reminder and has no substantive significance, and it can absolutely be deleted. Since all crimes must seriously harm society and "be subject to criminal punishment in accordance with the law" which means they all meet the requirement of serious circumstances, if they are all regarded as "circumstance crime", they clearly do not belong to a special type of crime. Therefore, the stipulation of "serious circumstances" in the specific provisions of China's Criminal Law and the concept of "circumstance crime" in criminal law are characteristics that are not worth promoting. But as concepts of special types of aggravated and mitigated crimes, "circumstance-aggravated crime" and "circumstance-mitigated crime" still have their value.

Key Words: circumstance crime, circumstance, serious, concept, query

（责任编辑：简 爱）