

刘树德 著

罪状解构

刑事法解释的展开

法律出版社

刘树德 著

罪状解构

刑事法解释的展开

图书在版编目(CIP)数据

罪状解构:刑事法解释的展开/刘树德著. —北京:法律出版社, 2002. 10

ISBN 7-5036-3925-3

I. 罪… II. 刘… III. 刑法-注释-中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 063065 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	责任印制/李 跃
开本/A5	印张/10 字数/ 242 千
版本/2002 年 11 月第 1 版	印次/2002 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律应用出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3925-3/D·3642	定价:20.00 元

序 言

近年来,我国刑法学园地百花绽开,学术成果丰富多彩,尤其是有些以往被人们忽略或者虽有涉及但欠深度的问题,逐渐被一些学者关注,并有专著出版。关于罪状的研究就是其中之一。刘树德博士在我国第一个以《罪状论》为题撰写了博士论文,之后又相继出版了与罪状有关的《罪状建构论》、《空白罪状——界定追问解读》两部专著。现在又以其新著《罪状解构——刑事法解释的展开》奉献社会,以罪状为切入点,使罪状的研究进一步拓宽与深化。

什么是罪状,在学者间的看法并不完全一致。但是,无人否认,在刑法分则性的条文上科学地规定各罪的罪状,是有着十分重要的理论意义和实践意义的。其科学性的首要表现和要求,就是罪状必须具有明确性,避免含糊其词、模棱两可。尤其是实行罪刑法定原则条件下,立法者要惩罚什么行为,不惩罚什么行为,必须通过对罪状的明确表述反映出来。只有这样,才有利于防止司法机关执行刑法时的随意性,侵犯公民的合法权利与自由,也有利于司法机关准确定罪处罚,防止对犯罪打击不力现象发生。然而不可否认的事实是,我国刑法对罪状的规定,从科学性上看存在不少问题,给司法实践带来一些困难,以致最高司法机关不得不大量进行司法解释,力求以此弥补刑法规定之缺陷与不足。而这样一来,有些司法解释又被理论界指责为司法机关创制法律规范,侵越立法权。究竟应当怎样制定科学的、符合实践要求的罪状,以及怎样合理、合法解释罪状,成为当前亟待

解决的重要课题。按我的理解,刘树德博士的《罪状解构——刑事法解释的展开》从一定意义上讲就是属于刑法解释学的范畴。作者在书中,不仅有对罪状解构的宏观考察,更着重结合我国刑法若干罪状的规定引发的争论,从理论上倡导罪状解构的新理念,反思多年来的司法解释并提出完善司法解释的建议。这对于完善我国刑事法治建设,无疑是具有积极意义的。这也正是本书作者所希望达到的结果。

刘树德博士在进入最高司法机关工作以后,继续积极从事法学研究,并不断取得新的学术成果,进而为架构理论界和实务界的桥梁作出努力,我作为他的师长感到由衷的高兴,并希冀刘树德博士沿着这条道路走下去,以实现自己的学术抱负。

刘树德博士的《罪状解构——刑事法解释的展开》,是对罪状潜心研究的成果,书中不乏作者的学术新观点,如罪状建构的“合宪性”审查,罪状解构的伦理考量,空白罪状构成要件的填补,等等。当然,作为一部探索性的理论著作,也不是完美无缺的,如有的段落过长,个别地方内容略有重复,有的问题还有待进一步深入研究。但是,瑕不掩瑜,我认为《罪状解构——刑事法解释的展开》是一部具有学术价值和实践意义的专著。

权且为序。

王作富

2001年12月26日

于中国人民大学贤进楼工作室

前言

“法律不是嘲笑的对象”(Lex non debet esse ludibrio),“法律不应受裁判”(Non sunt judicandae leges),^① 此类格言在强调法律的权威性的同时,从另一侧面也表明,法律不可能是完美无缺的。面对有缺陷的法条,完善的路径无非两条:一是立法者通过立法活动来修改,二是司法者通过解释行为来补正。因此,“解释是法律调整机制的必要因素”,^② “法是需要解释的,法在解释中存在并在解释中发展”。^③

罪状是具体犯罪构成要件及要素的“住所”,“罪状可以说是一个每个犯罪构成的‘住所’:这里(在罪状中)安插了形成具体犯罪行为构成的一切因素”。^④ 因此,从立法者的角度来说,罪状是一个建构的问题,是“把犯罪构成由日常生活中的事实变成了脱离生活实际的抽象的东西,变成了‘时间、空间和生活以外的’一个观念”。^⑤ 罪状的建构,同样也会受到立法者是人不是神的制约,存在缺陷或漏洞,需要解释来修正缺陷和填补漏洞。

如果说,立法者通过罪状将“作为具体的、个体的人及其日

① 转引张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第3页。

② 参见[前苏]阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(下册),法律出版社1991年版,第675页。

③ 参见陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第718页。

④ 参见[前苏]特拉依宁:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社1958年版,第218页。

⑤ 参见周光权:“抽象性问题及其意义”,载《中国社会科学》2001年第2期。

常生活和具体境遇中的行为”予以抽象并成为带有“种类物特征的抽象意义上的人及其行为”，是一个建构的问题，那就可以说，司法者反过来运用罪状所表述的“抽象观念”来衡量“具体的人及其日常生活和具体境遇中的行为”，则是一个解构的问题。换言之，立法者是在建筑(Construction)犯罪构成要件及要素的“住所”——罪状，司法者是在拆解(Disconstruction)罪状的犯罪构成要件及要素。司法者解构罪状，具体包括抽象层面的解构——司法解释和具体层面的解构——个案解释。司法解释往往表现为规范性文件，个案解释往往通过判决书加以体现，因此，司法解释又存在被个案解释再解构的问题。

当今，法治秩序的追求成为中国社会“整序”^①的重要路径(“依法治国”与“以德治国”)。就刑事领域而言，罪状建构契合宪政价值理念，无疑会为刑事法治秩序提供规范基础，但是，罪状建构引入合宪性审查机制以及罪状解构遵循罪刑法定原则、有利于被告人原则，等等，无疑又是刑事法治秩序最终生成的必要制度保障和理念支撑。因此，倡导罪状解构应遵循的若干价值原则和理念，“否思”(Unthinking)抽象层面上的罪状解构(司法解释)，“再思”(Rethinking)具体层面上的罪状解构(个案解释)，“思考”(Thinking)抽象意义上的罪状建构，对于刑事法治秩序的生成是有意义的。缘于此，我才胆敢将原有的部分论文再“解构”之后呈现给与我一样关心刑事法治的诸君，希望在被“解构”(我的《罪状解构——刑事法解释的展开》)的同时又有所“建构”(国家的刑事法治秩序)。

^① 参见[德]京特·雅科布斯：《规范·人格体·社会》，法律出版社2001年版，第6页以下。

目 录

序 言	(1)
前 言	(1)

第一部分 罪状解构的理念

一、罪状解构的“宪政”理念	(1)
(一)法治、宪政的规诫	(2)
(二)抽象层面罪状解构的“合宪性”审查	(6)
(三)具体层面罪状解构的“有利于被告人原则”	(18)
二、罪状解构的“亲恤”理念	(25)
(一)楔子：“亲亲相隐”	(25)
(二)刑法原则层面的思考	(27)
(三)刑法规范层面的思考	(32)
(四)刑法实践层面的思考	(38)
(五)结论：“扬弃”与“法典化”	(42)

第二部分 罪状解构的否思

三、空白罪状空白构成要件的填补

——晚近非法经营罪修改引发的思考	(43)
(一)空白罪状“空白要件”的含义	(43)
(二)空白罪状空白要件填补的根据	(46)

(三)空白罪状空白要件填补的立场	(55)
(四)空白罪状空白要件填补的方法	(57)
四、罪状构成要件要素的“重复评价”	
——1988年《决定》第三条第三款引发的思考	(66)
(一)问题:是“重复评价”还是数罪并罚	(66)
(二)求解:是独立牵连还是交叉牵连	(67)
(三)出路:是立法修改还是理论创新	(73)
五、危险状态犯罪“危险”的判断	
——法释[2001]10号第三条引发的思考	(75)
(一)危险状态犯的界定	(75)
(二)危险状态犯“危险”的判断	(79)
六、罪状行为要件“伪造”及关联行为的处置	
——法释[2001]22号引发的思考	(88)
(一)伪造及关联行为的立法处置	(88)
(二)罪状“伪造”含义的界定	(90)
(三)伪造及关联行为的司法处置	(93)
(四)伪造及关联行为的应然处置	(102)
七、非法经营罪罪状“口袋径”的权衡	
——法释[2000]12号第一条的质疑	(107)
(一)法律体系角度的质疑	(107)
(二)刑法渊源角度的质疑	(109)
八、挪用公款罪罪状“平等性”角度的考辨	
——法释[1998]9号第一条第一款引发的思考	(116)
(一)罪刑平等原则的立论	(117)
(二)挪用公款“平等性”的背离	(121)

第三部分 罪状解构的再思

九、罪状主体要件“国家工作人员”本质的思考	(131)
------------------------------------	----------------

目 录	
(一)定性的分歧	(131)
(二)“身份说”还是“职责说”	(132)
(三)余论	(134)
十、罪状行为要件“暴力”及“胁迫”的界定	(139)
(一)定性分歧的关键所在	(139)
(二)“暴力”、“胁迫”的学理解释	(145)
(三)余论	(154)
十一、假冒专利罪罪状行为要件外延的评释	(156)
(一)问题的提出	(156)
(二)“假冒专利”外延的确定	(158)
(三)余论	(169)
十二、妨害公务罪罪状对象要件“公务”的界定	(171)
(一)问题的提出	(171)
(二)“形式说”还是“实质说”	(172)
(三)余论	(176)
十三、伪证罪罪状主体要件“证人”的界定	(178)
(一)问题的提出	(178)
(二)“证人”范畴的体系性解释	(180)
(三)“证人”范畴的目的性解释	(181)
(四)余论	(183)
十四、暴力取证罪罪状对象要件“证人”的界定	(184)
(一)问题的提出	(184)
(二)“证人”范畴的严格解释	(184)
(三)“证人”范畴的目的解释	(187)
(四)余论	(192)
十五、损害商业信誉、商品声誉罪罪状若干要件的	
界定	(195)
(一)问题的提出	(195)
(二)“捏造事实”的界定	(196)

(三)“重大损失”的界定	(199)
(四)主观动机的界定	(201)
(五)余论	(205)
十六、绑架罪罪状加重要件“杀害被绑架人”的评价	
基点	(207)
(一)“生”“死”之别的判决书	(207)
(二)“杀害被绑架人”的含义	(209)
(三)余论	(214)

第四部分 罪状解构的思考

十七、盗窃罪罪状建构的比较思考	(218)
(一)主题词的问题	(220)
(二)盗窃罪内涵的界定	(220)
(三)盗窃罪构成要件的最核心要素——“窃取”的 含义	(221)
(四)盗窃罪构成要件的对象要素	(229)
(五)盗窃罪构成要件的主观不法要素	(230)
(六)盗窃罪构成要件的主体要素	(235)
(七)盗窃罪构成要件的加重要素	(238)
(八)盗窃罪构成要件的减轻要素——“亲属相盗”	(240)
(九)盗窃罪罪状的建构方案	(244)
十八、绑架罪罪状建构的比较思考	(265)
(一)罪名的分则体系安排	(265)
(二)绑架罪构成要件的主观不法要素	(267)
(三)绑架罪构成要件的客观要件	(268)
(四)绑架罪构成要件的加重要件	(273)
(五)绑架罪构成要件的减轻要件	(275)
(六)绑架罪罪状的建构方案	(276)

目 录

十九、拒绝提供间谍犯罪证据罪罪状若干要件的	
思考	(283)
(一)“间谍犯罪行为”的界定	(283)
(二)“拒绝提供证据”的界定	(288)
(三)余论	(290)
二十、徇私舞弊不移交刑事案件罪罪状要件设置的	
思考	(294)
(一)罪状要件的应然设置	(294)
(二)罪状要件的实然设置	(296)
后 记	(304)

第一部分 罪状解构的理念

一、罪状解构的“宪政”理念

依法治国,建设社会主义法治国家,在某种意义上可以说,就是依宪治国,建立宪政国家。依宪治国,就应树立法律的权威并首先树立宪法的权威。宪政国家,并不只是意味着存在一部全面规定公民基本权利和限制政府权力的宪法。宪法只有得到真正有效的实施,宪法确立的公民基本权利只有得到真正有效的实现,宪法规定的国家权力分工与监督制约机制只有得到真正有效的运作,才能算是有了真正意义上的宪政。在我国,随着社会的进步和时代的发展,宪法,作为“国家的根本法,具有最高的法律效力”,越来越受到重视。特别是,以江泽民同志为核心的第三代领导集体,更是强调“书本上宪法”转化为“活宪法”,即“要采取更加有力的措施,加强宪法实施的有效保障,包括健全宪法实施的具体制度,开展对宪法实施的经常性检查监督,及时地纠正违反宪法的现象,切实把宪法的各项规定落到实处”。因此,如何在法实践的层面上确保宪法权威以及宪法规范的有效实施,无疑是当下重要和紧迫的问题,其中,无疑也包括刑事法实践层面贯彻和体现宪政宗旨的内容。在某种程度上可以说,宪法步入刑事法领域并得到提升,在当下的中国恰恰没有得到应有的重视或被无意识地忽略。在我看来,“公民的自由主要依靠良好的刑法”(孟德斯鸠语),刑法以剥夺公民自由为主要制裁手段,不良的刑法无疑是公民自由的最大威胁,因此,探寻刑事法治与宪政的价值理念上的关联,进而为刑事法规范的建构提

供宪政制度基础,具有重要的理论意义和实践价值。

(一)法治、宪政的规诫

法治的概念虽古已有之,但法治概念又时常模糊不清,西方学者认为是因为“法治的分析语境出自西方的思想和实践这两个不同的来源。法律实践家和法官总是站在法治对话的前沿,他们的实践则为理论家所解释。尽管法治有着丰富的、难以割断的实践的历史,但理论家所做的将它理论化的尝试常常是杂乱无章的”。^① 其实,无论在实践中还是在理论上,都不存在一成不变的法治(理论),相反,法治本身就是历史的范畴,始终处在动态的变化之中,因此,处在不同历史文化传统和政治社会实践语境中的学者自然会对“法治”做出不同的属性界定或赋予“法治”不同的价值理念。

探寻法治,概而言之,主要又存在两条路径,一是从法治应具有哪些特征或规诫的角度切入,二是从法治应否承载特定价值的方向入手。关于法治属性的最早论述见诸亚里士多德的《政治学》,“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。^② 英国学者戴雪第一次比较全面地阐述法治的三层含义:“(1)法治意味着,与专横权力的影响相对,正规的法律至高无上或居于主导,并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在;(2)法治意味着,法律面前的平等,所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律;(3)已有的宪法性法律不是个人权利的来源,而是其结果,并且是由法院来界定和实施的”。美国学者富勒认为,具备法治品德的法律制度由八个要

^① 转引夏勇:“法治是什么?”,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第7页。

^② 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

一、罪状解构的“宪政”理念

素构成：一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可循性、稳定性和同一性。莱兹提出了法治的八条原则：(1)法律必须是可预期的、公开的和明确的；(2)法律必须是相对稳定的；(3)特定的法律命令或行政指令必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定；(4)必须保障司法独立；(5)必须遵守像公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则；(6)法院应有权审查政府其他部门的行为，以判定其是否符合法律；(7)到法院打官司应该是容易的；(8)不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律。菲尼斯列举了法治的八项要件：(1)规则是可预期的、不溯及既往的；(2)规则无论如何也不是不能够被遵循的；(3)规则是公布的；(4)规则是清楚的；(5)规则是相互协调的；(6)规则足够地稳定，以允许人们依靠他们关于规则内容的知识而受规则的引导；(7)适用于相对有限情形的法令和命令的制定受公布的、清楚的、稳定的和较为一般性的规则的引导；(8)根据官方资格有权制定、执行和适用规则的人，一要对遵循适用于其操作的规则是负责的、可靠的，二要对法律的实际执行做到连贯一致并且与法律的要旨相符合。^① 我国学者夏勇认为，法治具有十大规诫：(1)有普遍的法律；(2)法律为公众知晓；(3)法律可预期；(4)法律明确；(5)法律无内在矛盾；(6)法律可循；(7)法律稳定；(8)法律高于政府；(9)司法权威；(10)司法公正。^② 高鸿钧则认为，法治具有下列主要特征：(1)强调依法统治；(2)强调法律自治；(3)强调法律面前人人平等；(4)坚持法律的一般性和普遍性；(5)主张司法独立，注重程序要件；(6)维护个人自由；(7)主张法

^① 转引夏勇：“法治是什么？”，载《公法》（第二卷），法律出版社 2000 年版，第 9—13 页。

^② 参见夏勇：“法治是什么？”，载《公法》（第二卷），法律出版社 2000 年版，第 14—22 页。

律的稳定性。^①

法治应否承载特定的价值理念,主要表现为形式法治和实质法治的分歧。法治,如仅做形式意义的、工具性的理解,就意味着如何保证更有效地制定并实行规则;相反,从实质意义上理解的法治,往往被赋予特定的价值目标。亚里士多德认为,国家和法律的最终目的在于促进正义和善德。^② 康德基于政治法律领域的先验的纯粹理性的原则就是自由的普遍法则,将法定义为“个人的自愿行为在现实中与他人的自愿行为相协调的全部条件的综合”,意在强调法协调人们自由的功能。^③ 莱兹将法治的价值概括为三方面:(1)抑制专横的权力;(2)维护个人自由;(3)尊重人类尊严。哈耶克突出法治与自由的密切关系;德沃金重视法治与权利的关联;罗尔斯则将法治视为确保“公平的正义”的重要途径;菲尼斯认为法治的基本点在于确保受权威支配的人们拥有自我主导的尊严,并免于某种管理方式的侵扰。^④ 可以说,实质意义上的法治理论往往通过自由、人权、民主等价值来解说,或强调法治与正义、公平、良心和理性等抽象理念之间的相互勾联与制约,也即重视法治与这些抽象理念所蕴涵的价值取向的趋同性强化和片面性削减;形式意义上的法治理论不考虑“法”之外的因素,仅关注实证的法规范,“自由的内容让位于外在的、与价值无涉的形式,国家与法律只不过是一个纯粹的社会技术或社会工具”。^⑤ 此种法治理论往往会导致如下的

① 参见高鸿钧:“现代西方法治的冲突与整合”,载《清华法治论衡》(第一辑),清华大学出版社2000年版,第8页。

② 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第138页。

③ 参见[德]康德:《法的形而上学原理》,商务印书馆1991年版,第40页。

④ 转引夏勇:“法治是什么?”,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第27—31页。

⑤ 郑永流:“德国‘法治国’思想和制度的起源与变迁”,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第51页。

一、罪状解构的“宪政”理念

不良结局:那些基于否定人权、普遍贫困、种族隔离、性别歧视和宗教迫害的非民主的法律制度就会比任何一种较为开明的西方民主政体的法律制度更好地符合法治的要求。^①

刑事法治仅是法治的重要内容,同样存在上述两条研究路径。也就是说,刑事法治也会存在形式意义和实质意义上的两种理解。既然形式意义的法治意味着“通过恰当解释和应用众所周知的形式规则,在可行范围内对公民间及公民与政府间的基本社会关系进行得到认可的管理,全体官员的活动方式和范围受规则的限定,公民和官员如有违反规则,要由公正独立的法院或类似的司法法庭施行惩罚或其他补救措施”,实质意义上法治则指“形式法治的必要条件加上全部其他理想社会法律秩序的传统成分,诸如福利国家、某种市场经济的、基本人权的保护以及民主等”,^②那么,宪政基础上的刑事法治,无疑属于实质意义上的(刑事)法治。

何为宪政,有学者认为“宪政就是宪政治,以宪法治理国家”;^③有学者认为宪政制度是“政府和立法机关的权力由宪法界定和限制,宪法享有基本的地位以及拥有通过不同形式的司法审查实施这些限制的权威”;^④也有学者认为“宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理,以实现一系列民主原则与制度为主要内容,以厉行法治为基本保证,以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度”^⑤。在我看来,宪政是近代

① 转引夏勇:“法治是什么?”,载《公法》(第二卷),法律出版社2000年版,第24页。

② 参见[英]萨莫斯:“形式法治理论”,载夏勇主编:《公法》,法律出版社2001年版,第113页。

③ 参见张庆福:“宪法与宪政”,载《宪法与民主政治》,中国检察出版社1994年版,第3页。

④ 参见[美]雅施·盖伊:“第三世界的国家理论和宪政制度问题”,载《宪法与民主政治》,中国检察出版社1994年版,第286页。

⑤ 参见李步云:《走向法治》,湖南人民出版社,第2页。