

刘树德 / 著

罪状建构论



刑事法文库 (5)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编/陈兴良

中国方正出版社

D914.04
L74

刘树德 / 著

罪状建构论

刑事法文库 (5)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

罪状建构论/刘树德著. - 北京: 中国方正出版社, 2001.12
ISBN 7-80107-519-6

I. 罪… II. 刘… III. 罪名-研究-中国 IV. D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 085908 号

罪 状 建 构 论

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京京安印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 13.875 字数: 342 千字

2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月北京第 1 次印刷

印数: 1—2000 册 定价: 24.00 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)



录

导 言 罪状建构的“合宪性”审查 ——刑事法治的宪政基础…… (1)

第一章 罪状的界定…… (8)

第一节 罪状的内涵界定 …… (9)

一、罪状定义的诸种界说 …… (9)

二、罪状表述载体的辨析 …… (11)

三、罪状表述对象的辨析 …… (16)

第二节 罪状的关系界定…… (25)

一、罪状与刑法规范的“假定” …… (25)

二、罪状与犯罪构成 …… (30)

三、罪状与罪名 …… (35)

四、罪状与犯罪事实 …… (40)

第三节 罪状的要素界定…… (42)

一、罪状的构成要件要素 …… (42)

二、罪状的综合要件 …… (49)

三、罪状的提示性规定 …… (50)

第四节 罪状的属性界定·····	(52)
一、罪状的法定性·····	(52)
二、罪状的规范性·····	(54)
三、罪状的决定性·····	(58)
四、罪状的有限性·····	(63)
第五节 罪状的功能界定·····	(67)
一、指引功能·····	(67)
二、识别功能·····	(72)
三、承载功能·····	(80)
四、前导功能·····	(85)
五、制约功能·····	(92)
第六节 罪状的外延界定·····	(96)
一、罪状的基本分类·····	(97)
二、罪状的附属分类·····	(103)
 第二章 罪状建构的价值性原则·····	(113)
第一节 罪状建构的民主性原则·····	(113)
一、民主及民主性原则的立论·····	(113)
二、罪状建构民主性的审视·····	(117)
第二节 罪状建构的平等性原则·····	(119)
一、平等及平等性原则的立论·····	(119)
二、罪状建构平等性的审视·····	(122)
第三节 罪状建构的均衡性原则·····	(124)
一、均衡及均衡性原则的立论·····	(124)
二、罪状建构均衡性的审视·····	(126)
第四节 罪状建构的谦抑性原则·····	(127)
一、谦抑及谦抑性原则的立论·····	(127)
二、罪状建构谦抑性原则的审视·····	(131)

第三章 罪状建构的工具性原则····· (133)

第一节 罪状建构的法定性原则 ····· (133)

一、罪状建构法定性原则的基本含义
····· (133)

二、罪状建构法定性原则的具体要求
····· (134)

第二节 罪状建构的明确性原则 ····· (138)

一、法律明确性——两种思维模式中的命运····· (138)

二、法律明确性的定位——相对化与现实化····· (143)

三、罪状建构明确性原则的内涵立论
····· (153)

四、罪状建构明确性原则的具体判断
····· (157)

五、罪状建构明确性原则的现状评价
····· (163)

第四章 罪状建构的模式选择····· (183)

第一节 犯罪概念的实质化与形式化 ····· (184)

一、形式犯罪定义与实质犯罪定义的
辩证····· (184)

二、犯罪概念再建构的路径····· (192)

第二节 罪状建构的定性化与量化 ····· (197)

一、罪状建构量化的具体表现····· (197)

二、罪状建构量化的双重语境····· (199)

三、罪状建构量化的合理定位	(206)
第五章 罪状建构的方法采纳	(210)
第一节 罪状系列立法方法	(210)
一、罪状系列立法方法的概念	(210)
二、罪状系列立法方法的模式	(211)
三、罪状系列立法方法的功效	(212)
四、罪状系列立法方法的个案比较 ...	(214)
第二节 罪状竞合立法方法	(221)
一、法条竞合的概念	(221)
二、法条竞合的类型	(223)
三、罪状竞合立法方法的功能	(227)
四、罪状竞合立法方法的总体评价 ...	(236)
第六章 罪状的建构(一)	
——简单罪状	(241)
第一节 简单罪状的界定	(241)
一、简单罪状的内涵界定	(241)
二、简单罪状的属性界定	(243)
第二节 简单罪状建构的评价	(244)
一、简单罪状建构的总体评价	(244)
二、简单罪状建构的立法例比较：	
故意杀人	(246)
第七章 罪状的建构(二)	
——叙明罪状	(263)
第一节 叙明罪状的界定	(263)

一、叙明罪状的内涵界定	(263)
二、叙明罪状的属性界定	(266)
第二节 叙明罪状建构的评价	(272)
一、叙明罪状建构的问题所在	(272)
二、叙明罪状建构的类型化评价	(284)

第八章 罪状的建构(三)

——引证罪状	(312)
第一节 引证罪状的界定	(312)
一、引证罪状的内涵界定	(312)
二、引证罪状的属性界定	(327)
第二节 引证罪状建构的评价	(328)
一、引证罪状建构的概览	(328)
二、引证罪状建构的评价	(330)

第九章 罪状的建构(四)

——空白罪状	(333)
第一节 空白罪状的界定	(333)
一、空白罪状的内涵界定	(333)
二、空白罪状的属性界定	(357)
三、空白罪状的功能界定	(361)
第二节 空白罪状建构的“合理性” 追问	(368)
一、法律民主性原则角度的追问	(370)
二、法律专属性原则角度的追问	(379)
三、法律明确性原则角度的追问	(382)
第三节 空白罪状建构的评价	(392)

代跋 罪状解构的“有利于被告人原则”

——刑事法治的理念基础…… (399)

参考书目…………… (405)

后 记…………… (419)

导言 罪状建构的 “合宪性”审查

——刑事法治的宪政基础

苏联著名刑法学家特拉依宁认为，“罪状可以说是每个犯罪构成的‘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”。^① 罪状作为罪刑规范载体的重要组成部分，“住所”的建构无疑属于立法者行使刑事立法权的具体表现之一。凡是权力的行使，无不遵循着孟德斯鸠的言说：一切权力，都应受到制约；不受制约的权力必然导致腐败。“权力对合法权益的侵犯比其他行为对合法权益的侵犯更为严重，权力对法治的破坏比其他行为对法治的破坏更为严重”^②，因此，权力应予以限制。特别是，作为“既是善良人的宪章，也是犯罪人的大宪章”（李斯特语）的刑法^③，关系到每个公民的人身、财产、自由等权利，因此，刑事立法权的行使更应受到制约。在我看来，权力的制约应包括内在制约和外在

① 参见〔前苏联〕特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社 1958 年版，第 218 页。

② 参见张明楷：“当论刑法面前人人平等”，载《中国刑事法杂志》1999 年第 1 期。

③ 参见〔日〕木村龟二：《刑法总论》，有斐阁 1978 年增补版，第 87 页。

制约两个方面，即自律和他律的统一。罪状建构的“合宪性”审查，就是对刑事立法权（具体是罪刑规范中“罪”的部分）的一种外在制约，属于他律的情形。

我国宪法第五条规定，“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。也就是说，从整个法律体系来说，宪法作为国家的根本大法，其规范效力居于最高的层次。因此，我国刑法第一条规定，“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法”。从应然的层面而言，“根据宪法”四字，既表明刑事立法权行使的根据来源于宪法、范围局限于宪法，同时也意味着刑事立法权行使的结果——罪刑规范不得与宪法规范相违背和冲突，否则就无法律效力。但是，从实然的层面来说，宪法的法律权威并没有完全彰显，宪法规范的法律效力也并没有完全确立。单从刑事法领域来说，诸多的法律现实或多或少背离了宪法或有违于宪法：（1）叙明罪状叙而不明的问题，例如聚众扰乱社会秩序罪中“社会秩序”的具体内涵并不明确；（2）空白罪状被参照的规范性文件效力过低的问题，例如擅自改变武器装备编配用途罪中的“违反武器装备管理规定”；（3）司法解释参与建构“新”罪状的问题，例如“两高”《关于当前办理经济犯罪案件若干问题的解答（试行）》中“关于挪用公款归个人使用以贪污论处”的问题；（4）司法解释任意扩大罪状具体犯罪构成要件行为外延的问题，例如，最高人民法院《关于审理扰乱电信市场管理秩序犯罪案件若干问题的解释》第一条“以非法经营罪论处”的问题；（5）罪名确定权的归属问题，例如，“两高”就刑法分则罪名作出的解释各自概括的罪名总数不一致的问题。

此种问题存在的原因是多方面的。在我看来，宪法不具有可诉性和违宪审查制度的缺席无疑是重要的原因。随着宪法学理论研究的深入，“政治宪法学”或“国家宪法学”的色彩逐步淡化，规范

宪学成分逐渐加强。按照邓小平同志“应吸收一切国外的优秀成果”以及“拿来主义”的要求,经过国外长年实践证明比较有效可行的那些宪法制度或机制,理应以借鉴和吸收。与此同时,部门法学之一——刑法学无疑应接受和强化规范宪学指导。至今为止,我国刑法学界尚没有对此作专门而深入的研究。笔者深感此问题研究的理论价值和实践价值曾撰文《罪刑法定原则中空白罪状的追问》(载《法学研究》2001年第2期)就空白罪状设置的“合法性”及弱化其存在“不合理性”的举措(包括引进违宪审查机制)问题谈了粗浅之见。在此,作为刑法学术共同体的一分子——我吁请刑法学人强化刑法学术研究中的宪法规范意识。

理论来源于实践并指导实践,实践又促进理论的发展。我国刑法学术研究宪法规范意识的缺席,无疑与宪法之诉实践的缺乏有关,反过来,我国宪法之诉迟迟没有确立,无疑又与刑法学理论缺少宪法规范意识或未作深入的研究相关。国外的实践和理论都提供了反证。美国宪法规定了某些犯罪并授权国会制定刑事法律,另外,宪法对州和联邦政体的刑事立法也设置了某些限制。^①美国最高法院1965年在一个判决中认为,路易斯安娜州《颠覆活动与共产主义控制法》语言含糊和过于概括,侵害了上诉人的受到宪法第一条和第十四条修正案保护的权利^②。意大利在战后随着违宪审查制度的确立,任何与宪法规定不符合的刑法规范都可能被判违宪而失去效力,迫使刑法学者们不得不思考犯罪的实质与宪法所维护的利益之间的关系,刑法理论开始出现在法律制度内部,即根据宪法维护的基本价值来界定犯罪本质的倾向。^③意大利宪法法院1981年96号判决就宣布刑法典第603条因“用使人完全服从自己的方

① 参见储槐植:《美国刑法》(第二版),北京大学出版社1996年版,第32页。

② 同上,第45页。

③ 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,法律出版社1998年版,译者序第8—9页。

式”将“他人”置于“自己权力之下”不符合宪法规定的明确性原则而违宪^①。德国依据《基本法》第20条第3款所产生的法保留原则，针对国民的所有国家的行为，均必须有法律依据，刑法尤其如此^②。德国联邦宪法法院判决认为刑法典第90条第1款第2项中“德意志联邦共和国国歌”、第226条a中的“良好风俗”、第240条第1款中的“暴力”，等等，都是不明确的概念^③。日本最高法院认为“超出国民能够预测的范围”的一般条款以及不明确的构成要件，都是违反宪法第31条之规定，因而是无效的。^④

“建设社会主义法治国家”已成为国人的共识。法治，大而言之，包括形式意义上的法治和实质意义上的法治。形式意义上的法治意味着“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”。实质意义上的法治则指“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”。^⑤

在我看来，宪政基础之上的法治属于实质意义上的法治。何为宪政，有学者认为“宪政就是宪政治，以宪法治理国家”；^⑥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，

① 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，法律出版社1998年版，第29页。

② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），中国法制出版社2001年版，第156页。

③ 同上，第169页。

④ 参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，法律出版社2001年版，第47页。

⑤ 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。

⑥ 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。

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”；^①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”^②。我认为，宪政是近代民主政治的产物，宪政是近代法律制度超越传统法律制度的结果。从外在表现形式来看，宪政是系列宪法规范的总和；从内在的规定性来看，宪政是在特定的文化背景下通过制定并实施宪法来体现民主政治的价值。宪法在现实政治生活中能够发挥其控制公共权力、保护公民权利的功能，政治权力在宪法范围有序运行的形态就是宪政秩序。宪政秩序就是以法律调控为主要方式，通过法律权威来确保公共权力运行的规范化，从而形成社会生活和政治生活的有序化。若国家公权力的运行并不受宪法的约束，形成国家权力的宪法外运作，宪法的规定只有形式的意义，而不对政治生活和社会生活的民主化产生实际影响，则不存在宪政秩序。因此，宪法的正当性对宪政秩序至关重要。宪法的正当性具体包括人民拥有制宪权和宪法内容的民主化两个方面，具体是，享有制宪权的人民按照正当程序制定出确认人民主权和法治原则、规定政府权力的有限性、重视人权保障的宪法。宪法的正当性往往通过表明政府权力的合法化、宪法规范具有最高规范效力来影响宪政秩序的形成。同时，宪政秩序的维系一方面需要制度正义作基础、另一方面需要宪法调控功能的发挥。宪法和法律所建构的制度体系若背离正义原则，就不能促成宪政秩序的形成；宪法配置和调节政府权力、控制影响法律秩序的各种政治权力的作用和效能若不能发挥，宪政秩序也就不能维系。可以说，奠基于宪政基础之上的法治是体现民主、人权、限权等价值目标的并超越“形式意义上

① 参见雅施·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。

② 参见李步云：《走向法治》，湖南人民出版社1998年版，第2页。

的法治”的“实质意义上的法治”。

法治，按照亚里士多德的观点，包括两个方面：一是有法，二是有良法。刑事法属于“保障法”，刑事法治是法治的重要组成部分。因此，刑事法治也可分为形式意义上的刑事法治和实质意义上的刑事法治。罪状——具体犯罪构成要件的居所——建构的“合宪性”审查无疑是确保实质意义上的刑事法治的重要举措。在我看来，罪状的建构应从以下方面接受“合宪性”审查：（1）民主性。罪状的建构属于刑事立法权的重要内容，只能由反映国家意志——社会最大多数的人民群众的意志（我国是人民民主专政的社会主义国家）的国家立法机关行使，其他任何机关（包括最高司法机关）都无权独立建构罪状。（2）法定性。罪状的建构是否遵循罪刑法定原则。罪状的建构载体只能采取成文法的方式，应排除习惯法独立建构罪状的可能；同时，罪刑规范的载体应通过最高立法机关制定的法律来加以表达，应排除其他规范效力低于法律的规范性文件独立建构罪状的可能。（3）均衡性。罪状的建构是否遵循罪刑均衡原则。罪状的建构是法定刑配置的前提和基础，罪状所表述的具体犯罪构成要件行为的社会危害性有无是否决定着法定刑的有无、社会危害性的大小程度是否决定着法定刑的高低。（4）平等性。罪状的建构是否遵循罪刑平等原则。罪状所表述的具体犯罪构成要件行为是否平等的适用于条件均等的所有人，条件均等的人实施类似的危害社会的行为是否同样受到刑事法的调控。（5）谦抑性。罪状的建构是否遵循罪刑谦抑性原则。刑法是宪法和其他部门法的“保障法”，是“最后的手段”，罪状所表述的具体犯罪构成要件行为是否确实达到应受刑罚处罚的程度，是否已经用尽其他法律手段才不得不求助于刑罚手段。（6）明确性。罪状是否已将具体犯罪构成要件的有关要素明确地表达出来，能否给公民提供“行为指南”和给司法机关划定刑事司法权的界限。

法治不是最佳的治理手段，但是现今为止已经被证明为最有效

的治理手段。在蕴藏着相当浓厚“人治”色彩的国度，普通公民依法而行固然重要，政府（包括立法机关在内的所有国家机关）依法办事更为关键。时至当下，作为学人当然不能迷失和满足于熙熙攘攘的“法治”口号之中，理应怀着“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”的心态去批判那些或显性或隐性的背离法治精神的举止或行动，并以“俯首甘为孺子牛”的热情去建构那些提升法治精神的制度或机制。在刑事法领域，罪状的建构中无疑存在背离法治的现象，“合宪性”审查无疑就是预防违宪之举、弘扬法治之措。

第一章 罪状的界定

罪状一词，不同语种有不同的表述，德文为 Straftatbestand，^① 英文为 facts about a crime，^② 日文为罪状。^③ 在汉语中，罪状被赋予不同含义，大致有以下三种情形：其一，大众化话语将其等同于罪行，如“XXX 反革命分子犯有五大罪状”；其二，专门化话语（意指语言学家）将其定义为犯罪的事实；^④ 其三，专业化话语（意指刑法学界）将其视为含有特定刑法学内容的概念。显然，第三种情形才是值得从刑法学角度加以研究的，但是，“刑法理论要尽可能地符合一般人的感觉来构成”，^⑤ 因此，前两种情形无疑就会限定专业化的语境框架。

罪状在法律文本中很少出现，就本人所知，只有澳门刑法典第9条第1款对不作为犯的规定包含有“罪状”字眼，“如一法定罪状包含一定结果在内，则事实不仅包括可适当产生该结果之作为，亦包括可适当防止该结果发生之不作为，但法律另有意图者，不在

① 参见《现代汉德词典》，外语教学与研究出版社1996年版，第620页。

② 参见杨春洗等主编：《刑事法学大辞书》，南京大学出版社1990年版，第715页。

③ 参见《现代日汉日词典》，外语教学与研究出版社1991年版，第485页。

④ 参见《现代汉语词典》，商务印书馆1993年版，第1549页。

⑤ 参见〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社1993年版，第74页。