

罪状结构的开放性与罪状类型化的反思

田 宏 杰^{*}

摘 要:无论是从宪法价值秩序下的规范关系维度考察,还是从司法实践中的适用效果维度考察,空白罪状与其说是罪状分类的一个子类别,不如说是其体现了所有犯罪规范构造的普遍特征——犯罪构成的开放性。正是从此种意义上讲,所有罪状其实都是空白罪状。也正因为对罪状开放性结构的认识不足,所以不仅导致罪状类型化存在理论误区,而且使得叙明罪状难以叙明、简单罪状实不简单、引证罪状引而不证。“前置法定性与刑事法定量相统一”的犯罪治理机制,为走出上述误区和保持罪状的开放性适用提供了规范的解释规则。

关键词:空白罪状 开放性构成 规范关系 类型化 适用规则

司法实践中的疑难案件,70%左右疑在事实的认定,30%左右难在法律的适用。而无论是70%的事实认定疑难还是30%的法律适用困惑,无不源自同一个核心问题:对罪状的理解与把握。对这一核心问题的努力求索,不仅导致产生了“形式解释论”与“实质解释论”、“结果无价值说”与“行为无价值说”等学术思潮的中外争议,而且导致了机械司法与能动司法、司法扩张与司法限缩等实践探索的莫衷一是,更引发了立法明确性与立法模糊性、解构立法与信仰规范的聚讼纷纭,其中,尤以对空白罪状的立法批判和对“口袋罪”的理论挞伐最为激烈。笔者认为,厘清这些纷争的关键在于解决以下两个问题:一是作为罪刑法定原则的立法实践产物,罪状究竟具有怎样的结构性特征才能实现制度预期?二是学者们对于罪状的类型化和对空白罪状的批判,究竟是对这一结构性特征的揭示,还是存在理论误区?为此,笔者拟以“前置法定性与刑事法定量相统一”的中国特色社会主义法律体系中的刑法与其前置法的规范关系为理论工具,以宪法价值秩序下的规范体系化为研究路径,对上述两个问题进行反思,以进一步挖掘罪状的规范结构和体系内涵,完善刑民行合力共治的罪状解释进路,助推中国刑事治理现代化建设。

^{*} 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授、博士生导师

基金项目:中国人民大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(22XNL004)

一、空白罪状的误读与刑法规范的开放

我国刑法学界的权威人士认为,根据描述方式的不同,可以将刑法分则中的基本罪状分为叙明罪状、简单罪状、引证罪状和空白罪状4种。混合罪状虽然存在,但是属于少数情形。^① 而其他类型的罪状相比,空白罪状对司法实践的意义和影响明显更高。例如,被称为“口袋罪”的非法经营罪,因“大口袋”里套着两个“小口袋”,即1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第225条第1项中的“其他限制买卖的物品”和第4项“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”两个空白罪状的规定,致使对非法经营罪的解释限度极具弹性,从而为非法经营罪的扩张适用提供了规范突破口和形式合法性。因此,取消空白罪状、废除“口袋罪”的呼声不绝于耳,并且已成为我国刑法学界的共识。然而,笔者认为,采用空白罪状未能实现预期制度目标的原因不在于空白罪状自身,而在于理论界对其认识有偏差、定位不准。而这种认识偏差又滋生了两个弊端:一是将空白罪状理解为一种局部现象,视为罪状的一种类型,而忽略犯罪规制的“前置法定性与刑事法定量相统一”的部门法分工与规范合作,以及由此形成的罪状的结构特征——开放性及其存在于所有罪状中的普遍性;二是围绕空白罪状与罪刑法定原则之间的关系,产生了不必要的理论纷争。

(一)空白罪状的定义及其存在的普遍性

按照我国刑法学界权威人士的观点,空白罪状是指刑法条文不直接具体地规定某一犯罪构成的特征,只指明该罪构成特征需要参照的其他法律、法规的规定。^② 据此,空白罪状的特征,亦即我国传统刑法学理论坚持的空白罪状的判断标准在于:一是不直接具体说明某一犯罪的成立条件,二是指明犯罪成立必须参照的其他法律。但在实际操作中,这两条标准的重要性并不一致。标准一并不具有决定性的意义,学者们在判断某一罪状是否属于空白罪状时,主要还是依据标准二,即立法者是否使用了“违反规定”“违反国家规定”“违反……法规”之类的表述。^③ 事实也确实如此,许多被广为认可的空白罪状,其实也在一定程度上明确了犯罪的成立条件。例如,1997年《刑法》第286条规定的破坏计算机信息系统罪,其罪状是“违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行,后果严重”的,即便不考虑“违反国家规定”这一表述,罪状的其余部分也已经对该罪的成立条件进行了较为具体的描述。因此,有学者坦陈,我国刑法分则中被称为空白罪状的条文,在指明参照法规的同时,其实也描述了部分构成要件要素,而之所以采用空白罪状,是因为这些犯罪的成立首先以触犯其他法规为前提,行为内容在其他法规中已有规定,刑法条文又难以作简短表述。^④ 可见,判断某一罪状是否属于空白罪状,其核心不在于该罪状有没有具体描述构成要件,而在于该罪的成立是否以行为触犯其他法律为前提。

然而,这样一来就意味着,空白罪状不应当作为与叙明罪状、简单罪状、引证罪状相并列的罪

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2017年第8版,第316~317页。

② 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2017年第8版,第317页。

③ 参见罗翔:《空白罪状中刑事不法与行政不法的规范关联》,《国家检察官学院学报》2021年第4期。

④ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年第6版,第855页。

状类型而出现。因为宪法价值秩序下的刑法与其前置法的规范关系和刑事犯罪的治理机制,乃在于“前置法定性与刑事法定量相统一”。^① 其中,“前置法定性”是指在中国特色社会主义法律体系中,刑法所保护的法益的内涵与实质,并非由刑法独立规定,而是由刑法分则条文保障的前置法予以确立调整和法体系提供的首次保护,如重婚罪所侵犯的婚姻家庭关系的内涵,乃是由婚姻法而不是由刑法调整确立的。因而犯罪的不法实质或罪质,其实取决于前置法尤其是前置法之调整性规范的规定,形式上符合刑法分则条文的字面含义,实际上并未侵犯该刑法分则条文保障的前置法所保护的法益的行为,绝无成为刑法上的犯罪行为的可能性。从这种意义上讲,行为之前置法不法性的具备,是行为之刑事违法性产生的必要条件。质言之,犯罪必须首先违法。

而“刑事法定量”,则强调违法并不必然构成犯罪,行为之前置法不法性的具备,并非行为之刑事违法性产生的充分条件,更不是行为之刑事违法性产生的充要条件。相反,前置法上的不法行为只有通过了刑法的两次定量筛选,才能进入刑法规制的范围:一是犯罪行为的定型,即刑事立法从前置法归责的不法行为类型中选取出发益侵害严重者,依据主客观相统一的刑事归责原则,确立为犯罪行为类型,从而形成罪状;二是刑事追诉标准的确立,即刑事司法依据 1997 年《刑法》第 13 条“但书”的规定,确立犯罪行为的刑事可罚性门槛。其中,刑法的第一次定量即罪状的确立由刑事立法承担,刑法的第二次定量即罪量的确立由刑事司法完成。^② 这样,前置法决定罪质,刑事法决定罪状和罪量,不仅是对刑法在中国特色社会主义法律体系中保障法地位的坚守,从而确保刑法谦抑性的实现,而且是对宪法价值秩序指引下的法益保护原则和比例原则的践行,进而捍卫中国特色社会主义法治建设中的法秩序统一。

因而从部门法的规范分工看,只有对前置法不能有效调整的特定失范行为,才有追究刑事责任的必要性与正当性。而从操作层面看,对于罪状中核心术语的解释同样离不开前置法,这使得在罪状中无论是否使用“违反国家规定”之类的表述,刑法的保护范围都与前置法的调整和保护范围有着紧密的关系。例如,1997 年《刑法》第 120 条~第 120 条之六规定了一系列恐怖活动犯罪,立法者虽然没有在罪状中使用“违反国家规定”之类的表述,但是对于“恐怖主义”“极端主义”这些核心术语,仅仅依靠刑法并不能作出体系化的妥当解释,而必须以 2018 年《中华人民共和国反恐怖主义法》的相关规定为指引。即便对传统的自然犯而言,这一规范关系原理仍然成立。例如,故意杀人罪中的“人”始于出生终于死亡,但何谓“出生”,何谓“死亡”,都在前置法中规定有专门的技术性标准,为刑法的规制奠定了基石。又如,我国理论界和实务界对于盗窃加密财产行为的定性存在巨大的争议,一方面源于对加密财产民法属性的认识存在分歧;另一方面,经济行政法规、法规对非法获取加密财产行为的规制也同样影响着刑事裁判的尺度。^③

正是基于此,2020 年《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增设第 336 条之一(非法植入基因编辑、克隆胚胎罪)的意义,不仅仅在于其一举解决了非法基因编辑行为入刑难的分争,从而使我国成为世界上为数不多的、对非法基因编辑行为进行刑事规制的国家之一,更值得称道的是正式颁行的 1997 年《刑法》第 336 条之一对于该罪的罪状,删除了草案中“违反国家有关规定”的表

① 参见田宏杰:《规范关系与刑事治理现代化的道德使命》,人民法院出版社 2020 年版,第 216 页。

② 参见田宏杰:《虚假诉讼罪的认定:罪质、罪状与罪量》,《新华文摘》2021 年第 17 期。

③ 参见朱英子:《北京一法院以盗窃罪判决虚拟货币被盜案:是数据还是财产?虚拟货币法律属性仍存争议》,《21 世纪经济报道》2022 年 5 月 12 日。

述。究其实,是因为该罪罪状的规范构造需要参照规制人类基因编辑行为的前置民商法和行政法加以认定,而前置法对此类行为的规制很多,无法在刑法条文中一一列举,只能在办案时按照“前置法定性与刑事法定量相统一”的原则进行法律适用解释。不仅如此,我国直接规制基因编辑行为的规范性文件目前主要还是原卫生部于2001年发布的《人类辅助生殖技术管理办法》和于2003年发布的《人类辅助生殖技术规范》,二者均属于部门行政规章,在规范体系中的位阶较低,处罚力度太弱。在“‘基因编辑婴儿’案”^①发生后,国务院于2019年出台的《人类遗传资源管理条例》在第8条、第9条中专门规定,采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,不得危害我国公众健康、国家和社会公共利益,并在第39条中加大了对“利用人类遗传资源”行为的规制力度,2020年《中华人民共和国生物安全法》第55条则重申和强调了这一精神。虽然基因编辑行为属于“利用我国人类遗传资源”活动,但是进行这样的间接规制,其针对性无疑不强。因此,1997年《刑法》第336条之一在其前置法依据上的“留白”较好地弥补了前置行政法对基因编辑行为规制的不足,既确保了刑法适用有前置法可依,又为前置法的完善留出了时间和空间。从这种意义上讲,笔者认为,所有的罪状归根结底其实都是空白罪状,都有着空白罪状的特质。

(二)空白罪状与罪刑法定原则的关系

关于空白罪状与罪刑法定原则的关系,我国刑法学界一直存在不小的争议。有学者认为,空白罪状的使用违反民主法治原则、法律专属性原则和法律明确性原则,因而涉嫌违反罪刑法定原则;^②或者在一定程度上存在着弱化罪刑法定原则的倾向。^③也有学者认为,空白罪状的存在具有不可避免性与合理性,在本质上并不与罪刑法定原则形成对立。^④还有学者认为,空白罪状虽然并不必然违反罪刑法定原则,但是其中的补充规范必须达到一定的效力位阶才能满足1997年《刑法》第96条规定的要求,而部门规章或地方性法规显然不能作为补充规范。^⑤

笔者认为,上述观点虽不乏一定的合理性,但其实只要注意到罪状结构的开放性和空白罪状存在的普遍性,争论也就能够平息。既然所有犯罪的成立都须以违反前置法为前提,那么空白罪状是否符合罪刑法定原则的问题也就变成了罪状是否符合罪刑法定原则的问题。诚然,在刑法分则中有部分罪状不够明确,距离罪刑法定原则的明确性要求还有一定的距离,但是对于这一问题应当进行具体分析、具体判断,而不能不加区别地均归咎于法条中“违反国家规定”的表述。例如,1997年《刑法》第295条规定的传授犯罪方法罪,虽然没有“违反国家规定”之类的表述,但是却堪称整部刑法中明确性最低的罪名。至于非法经营罪在司法适用中的泛化,并不是因为立法者在1997年《刑法》第225条中使用了“违反国家规定”的表述,而是因为部分司法者未能准确把握该罪法益的“前置法定性”实质并遵循同类解释的基本规则,将并不符合刑法规定的违法经营行为一概认定为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”所致。换言之,不是非法经营罪这一立法规定之“经”出了问题,而是有些司法者把“经”念歪了。

不仅如此,“违反国家规定”作为中文语法中的状语,在语义上起到的是修饰和限定作用,在

① 参见王攀、肖思思、周颖:《聚焦“基因编辑婴儿”案件》,《人民日报》2019年12月31日。

② 参见刘树德:《罪刑法定原则中空白罪状的追问》,《法学研究》2001年第2期。

③ 参见江溯:《罪刑法定原则的现代挑战及其应对》,《政法论丛》2021年第3期。

④ 参见肖中华:《空白刑法规范的特性及其解释》,《法学家》2010年第3期。

⑤ 参见罗翔:《空白罪状中刑事不法与行政不法的规范关联》,《国家检察官学院学报》2021年第4期。

规范结构上强调的是法益保护的部门法合力与违法制裁的比例配置,其效果只可能是限缩刑事制裁的范围而不是正好相反。而一个罪状的主体结构如果满足罪刑法定原则的明确性要求,那么就不可能因为增加了“违反国家规定”的表述而丧失其明确性。例如,1997 年《刑法》第 338 条规定的污染环境罪的罪状,仅凭“排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质,严重污染环境”这一表述,就足以满足罪刑法定原则的明确性要求,立法在此基础上特别增加“违反国家规定”,不但无损罪状的明确性,而且只会使该罪的成立范围进一步受到限缩。因此,即便“违反国家规定”之类的表述存在一定的模糊性,也不可能导致整个罪状丧失明确性。

我国刑法学界对空白罪状产生上述认识误区,实与厌恶风险、渴望确定的人类天性有关,以致把法律的明确性等同于法律的确定性,甚至把模糊性视为明确性的对立面。人们以为“我们所生活的世界只具备有限的特征,而且我们能够知道这些特征的所有组合模式……我们能够制定出,在特定个案的适用上,绝不需我们再做进一步选择的规则”,^①但这其实并不是我们的真实世界。我们对于未来的认知具有纵向的不确定性,我们对于社会中的人和自然资源的认知存在横向的不确定性,这是人类无法摆脱的识别负担。更何况,科学技术的快速迭代和社会关系的飞速发展,使得犯罪治理日益面临诸多新挑战、新问题,不仅新型支付方式、交易方式正在悄然改变人们的财产关系,而且数字时代的社会治理变革也必然引发社会道德、伦理观念的变化,进而使得即便是对财产权益、人身权益等传统自然法益的刑法保护,也越来越多地进入到模糊地带:行为对象是模糊的,行为给社会带来或者可能带来的危害是模糊的,对行为规制的有效手段及其妥当程度更是不可能仅凭概念和理念就能准确预估的。可以说,在风险无处不在、无时不在的现代社会,我们唯一能够确定的,就是一定会面对不确定性。而“前置法定性与刑事法定量相统一”的中国特色社会主义法律体系中的部门法规范关系,不仅赋予罪状在结构上的开放性,而且通过罪状的开放性结构,实现了刑法规范的稳定性与适用的与时俱进性之间的有机协调,进而在为不确定性的应对和风险治理提供刑民行规制合力的同时,为社会治理创新和人类文明的螺旋式上升开放了规范空间,预留了多种可能性。笔者认为,空白罪状与其说是刑事立法“空白”缺陷,不如说是刑事立法中“留白”技术的运用和所有罪状的普遍特征——开放性的体现。而正是对罪状开放性结构的认识不足,既导致了罪状类型化的理论误区,又使得罪状的适用长期在封闭的刑法内部展开,以致叙明罪状难以叙明、简单罪状实不简单、引证罪状引而不证,罪状的制度预期目标难以实现。

二、叙明罪状的尴尬与刑法规范的超越

有学者认为,叙明罪状的特点是在罪刑规范中对具体犯罪的构成特征作了详细的描述,而立法者之所以选择这种模式,是因为这些犯罪的特征不为一般人所知,因而需要加以详细规定。^②其实,只要无视罪状的开放性,坚持将刑法视为绝对独立于前置法的孤立部门法,那么通过采用叙明罪状来实现“要件明确、避免歧义”价值目标的希望就基本破灭了。

^① [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2018 年第 3 版,第 192 页。

^② 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2021 年第 6 版,第 854 页。

(一)叙明罪状的定义存在缺陷

如果将“详细”作为叙明罪状概念的核心词,那么随之而来的问题便是:要多“详细”才能谓之“详细”?遗憾的是,我国刑法学界至今未给出必要的释明。而若以罪状描述是否详细为标准来区分叙明罪状与简单罪状,则势必产生大量的模糊地带。

例如,对于非法拘禁罪,1997年《刑法》第238条规定的罪状是“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的”。该罪状究竟是简单罪状还是叙明罪状?如果是简单罪状,那么对其“以其他方法非法剥夺他人人身自由”的叙述又该如何解释?若说它是叙明罪状,则其罪状表述恐又难以称得上“详细”。

又如,1997年《刑法》第114条规定的罪状是“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的”,共囊括了放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪5个罪名。从表述看,这5个罪状似都是简单罪状,但我国刑法学界都认为,在解释以危险方法危害公共安全罪中的“其他危险方法”时,需要遵守同类解释的基本规则,确保“其他危险方法”的危险性与放火、决水、爆炸、投放危险物质的危险性相当,具备导致多数人重伤或者死亡的直接性与盖然性。^①这样一来,“放火、决水、爆炸、投放危险物质”就起到了对“其他危险方法”的限定作用,按照我国传统理论的类型化标准,似又可把以危险方法危害公共安全罪的罪状归入叙明罪状,而不是传统公认的简单罪状。

再如,强制猥亵、侮辱罪的罪状在1997年《刑法》第237条第1款中表述为“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的”,猥亵儿童罪的罪状则在第3款中表述为“猥亵儿童的”。如果单看猥亵儿童罪的规定,那么其罪状系简单罪状当无疑问。然而,如果将其与强制猥亵、侮辱罪的罪状进行对照,那么不难看出,立法者正是通过舍去“以暴力、胁迫或者其他方法”这一表述,在表明猥亵儿童罪的成立不以行为人使用暴力、胁迫或者其他方法为必要的同时,实现了对于儿童性权利的更全面的保护。换言之,猥亵儿童罪的罪状表述从形式上看是简单罪状,但其“详细”程度以及传递出的信息量和作为叙明罪状的强制猥亵、侮辱罪大致相当。那么,究竟是应当将其视为简单罪状还是叙明罪状不无疑问。

因此,对于我国传统类型化理论所提到的“详细”与否,其实并不存在一个明确的判断标准。正因如此有学者主张添加“超出罪名范围”这一要素,从而将叙明罪状定义为“在刑法分则罪刑式条文中,超出罪名范围,对具体犯罪特定构成要件独立进行的相对详细描述”。^②但这一主张能否成立,同样有商榷之余地。

首先,从时间上看。所有罪状虽均由立法确定,但除极个别情形外,^③立法一般并不规定罪名,而是将其交由司法解释确定。而从根本上说,罪状的确立其实是一种立法技术的体现,立法者为了实现预期的规制目标,会选择其认为最合适的表述方式。在立法者作出此种选择之时,与罪名相关的司法解释尚不存在,立法者又怎么可能通过比较罪状表述与罪名范围的大小来确定

^① 参见劳东燕:《以危险方法危害公共安全罪的解释学研究》,《政治与法律》2013年第3期。

^② 参见赵宁:《刑法分则罪刑式条文中叙明罪状解释原理研究》,《犯罪研究》2015年第1期。

^③ 例如,1997年《中华人民共和国刑法》第385条第1款规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪”。须指出的是,这种在刑法条文中直接确定罪名的做法在我国实属罕见。

采用何种罪状呢?

其次,从逻辑上看。罪名虽然由司法解释确定,但是最高司法机关在制定司法解释时,其主观意愿当然是希望罪名能够简练而精准地反映罪状的内容,而不是刻意地去追求罪名与罪状的割裂。申言之,虽然从事实层面看,罪名与罪状并不完全一致,但是这并非立法者和司法者主动追求的结果,而是人类认知的有限性所致。因此,罪名与罪状的范围即便存在差异,这种差异的产生也不具有目的性,而是有着随机性。对于因这种随机产生的差异,进行专门研讨的必要性显然不大。

最后,从效果上看。以“是否超出罪名范围”作为区分简单罪状与叙明罪状的标准,会得出不合理的解释结论。从逻辑上讲,罪名应当是对罪状的精炼概括,但罪名与罪状之间往往难以达到百分之百的匹配,而是常常会存在一些偏差,罪名所界定的范围有时会小于罪状描述的范围,有时会大于罪状描述的范围。而当罪名确定的范围大于罪状描述的范围时,依据前述观点则会得出明显不合理的结论。例如,“非法经营”是一个字面含义极为宽泛的概念,几乎可以将所有违法经营行为囊括在内。但是,1997 年《刑法》第 225 条规定的罪状范围其实较小,即便考虑到其是兜底条款,也应当被限定在“违反行政许可的经营行为”之内。而按照前述观点,非法经营罪的罪状并未超出罪名确定的范围,应属简单罪状,而这样的结论显然不妥。类似地,1997 年《刑法》第 287 条之一规定的罪名是“非法利用信息网络罪”,而其罪状却只包括 3 类非法利用信息网络的特定行为样态,^①其范围要比罪名确定的范围小得多,按照前述观点,同样会得出该罪罪状系简单罪状而非叙明罪状的结论。

(二)叙明罪状的目标难以实现

叙明罪状的另一尴尬之处在于,虽然立法者设置叙明罪状的目的在于明确犯罪成立的各个要件,以免发生混淆,但是较之于办案的现实需求,刑法文本的规定是远远不够的。对于“明确叙述”的价值预期,叙明罪状其实有些“心有余而力不足”,尤其在以下 3 个方面最为明显。

1. 刑法调整对象的专业化

叙明罪状难以实现预期目标的第一个重要原因,是刑法调整对象的日益专业化,进而使得罪状的设置无论多么详细,都难以在刑法中完成对犯罪构成核心概念的界定。这在行政犯中体现得尤为明显。例如,对于我国刑法分则第 3 章第 7 节规定的侵犯知识产权犯罪,立法者虽未使用“违反国家规定”之类的表述,但并不意味着仅仅凭借刑法条文的规定就能描述清楚“商标”“专利”“著作权”等核心概念。相反,要弄清楚上述概念的含义就必须诉诸知识产权刑法所保障的前置法。又如,1997 年《刑法》第 277 条规定的妨害公务罪,在形式上同样采用了叙明罪状的立法模式,但对于作为构成要件核心内容的“依法执行职务”的理解,仍需在具体案件中依据相关的行政法律、法规加以判断。^②再如,1997 年《刑法》第 355 条之一规定的妨害兴奋剂管理罪的核心概念是“兴奋剂”,而要在刑法中准确阐明“兴奋剂”的具体范围几乎是不可能的。那些被归类为“兴

^① 即 1997 年《中华人民共和国刑法》第 287 条之一第 1 款所规定的 3 种行为形式:“(1)设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的;(2)发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的;(3)为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。”

^② 参见田宏杰:《规范关系与刑事治理现代化的道德使命》,人民法院出版社 2020 年版,第 423 页。

奋剂”的物质,除了能够提升运动员的赛场表现外,可以说是毫无共同之处,^①而要确定究竟什么是“兴奋剂”,则必须借助国家体育总局等5部门每年更新的《兴奋剂目录》。

随着人类社会逐步迈入后工业化时代,社会治理各专业的细分领域如雨后春笋般出现,刑法要实现对这些领域的有效调整,不仅必须使用大量的专业性术语,而且这些专业性术语难以在刑法中用一两句话阐明,而科技创新的突飞猛进会使得这一现象愈发凸显。特别是近年来,大数据、云计算、人工智能、区块链的发展势头迅猛,也得到了法学界的密切关注。可以预言,在不远的将来,这些领域也会成为刑法规制的范围,而它们的专业性较之过去只会有增无减。是故,立法者即便在刑法中竭尽所能地作出详细的规定,但如果不以前置法为基石,那么叙明罪状“难以叙明”的问题仍会继续存在。

2. 社会问题的复杂化

采用叙明罪状难以实现预期目标的第二个原因,是社会问题的复杂化。叙明罪状“难以叙明”的问题不仅存在于新兴的、专业性较强的社会治理领域,而且在传统的自然犯领域也无法避免,即便是人身犯罪、财产犯罪这样的传统自然犯,囿于相关罪名调整的社会问题日益复杂,刑法条文的表述也会变得相对不那么明确。例如,1997年《刑法》第260条规定的虐待罪有3个核心构成要素,分别是虐待、家庭成员、情节严重。在传统家庭模式中,人们对于“虐待”和“家庭成员”都有着相对稳定的认知,因而该罪适用的重点在于“情节严重”。^②然而,随着社会的发展,人们对于“虐待”和“家庭成员”这两个概念的理解也出现了越来越多的争议。

一方面,人们在传统上倾向于从残酷性和经常性这两个维度来界定虐待行为,如打骂、冻饿、有病不予治疗、强迫从事过重的体力劳动等。^③但随着市场经济的不断深入发展,经济基础在日常生活中的重要性迅速提升,“经济控制”是否属于虐待行为就成为一个新的问题。有不少学者对此持肯定的态度,^④最高人民法院中国应用法学研究所在2008年发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第3条中也明确将经济控制列为家庭暴力的类型之一。^⑤虽然2015年《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家庭暴力法》)未采纳这一定义,但是这足以说明经济控制是否属于虐待的表现形式之一,已经成为一个值得讨论的疑难问题,这也使得“虐待”的含义开始变得不那么明确清晰。

另一方面,我国传统观念倾向于将“家庭成员”理解为具有亲属关系的人,^⑥2001年《中华人民共和国婚姻法》也通过列举的方式将家庭关系限定为夫妻、子女、祖孙、兄弟姐妹,以及因家庭

① 普通大众往往将兴奋剂想象成某种能够在短期内提升运动成绩但会严重损害人体健康的药物,但事实上,许多食品中常见的物质也属于兴奋剂。例如,胡椒、花椒中含有去甲乌药碱,属于兴奋剂清单中的 β_2 -受体激动剂,因而在北京冬奥运动会的菜单中没有含胡椒、花椒的菜品。参见赵天宇:《胡椒:请叫我“食源性兴奋剂”》,《北京科技报》2021年12月6日。

② 参见《如何认定虐待罪》,《广西政法报》2003年1月28日。

③ 参见高铭暄主编:《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社1998年版,第751页。

④ See Laurel Wheeler, Mandatory Family Mediation and Domestic Violence, 26 Southern Illinois University Law Journal, 559-561 (2002).

⑤ 须指出的是,“家庭暴力”与“虐待”虽系两个不同的概念,但一般认为,持续性、经常性的家庭暴力构成虐待,因此“家庭暴力”的含义发生变化会直接导致“虐待”的含义也随之而变。

⑥ 参见高铭暄主编:《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社1998年版,第751页。

重组和收养而形成的上述关系之中。但是,非婚同居情况的大量出现同样使这一认知发生了动摇。有不少学者主张将由非血亲赡养、非婚同居等形成的“实然家庭”也解释为虐待罪中的“家庭关系”,^①2015 年《反家庭暴力法》虽未更改家庭的定义,但却在第 37 条中规定:“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为,参照本法规定执行”,从而在事实上将非血亲赡养、非婚同居而形成的共同生活关系纳入了其调整范围。虽然 2015 年《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》明确将同居关系纳入虐待罪的调整范围,从而使上述争议暂告一段落,但是这一争议的存在本身就表明,像“家庭成员”这种一度被认为含义十分明确的概念,也已随着社会的发展而变得相对模糊。

3. 刑事立法的相对滞后性

采用叙明罪状难以实现预期目标的第三个原因,是刑事立法的相对滞后性。这一因素不会独立导致叙明罪状的“难以叙明”,但却会加剧这一问题的严重性,并使问题的解决变得更加困难。前文所提及的问题,在本质上是社会发展与法律滞后性之间的结构性矛盾使然。如果立法者能够像企业更新软件那样,不停地为过去的立法发布“新版本”“新补丁”,对罪状中关键概念的含义作出界定,那么叙明罪状“难以叙明”的问题即便不能得到彻底的解决,也会得以大幅缓解。但显然,要保持刑事立法的稳定性就不允许以这样的频率进行修改,而我国兼职代表制的制度设计也决定了高频率的法律修改在客观上难以为继。

在此,还须特别指出的是,虽然有不少学者批评我国立法修改过于频繁,甚至认为我国立法的修改频率“不但在古今中国刑法立法史上绝无仅有,而且在世界刑法立法史上,恐也无出其右”,^②但这一指责与事实恐有出入。自 1997 年以来,我国只出台了 11 个刑法修正案,刑法修改的频率大约每 2 年一次,而据统计,在 1969 年到 2019 年间,德国立法机关通过各种形式对其刑法典进行的修订达 202 次,如果将附属刑法一并纳入考量,那么其修改的次数更是难以估量。^③也就是说,在不考虑附属刑法的情况下,《德国刑法典》平均每年修订 4 次,大约是我国刑法修订频率的 8 倍,而若将附属刑法考虑在内,则这一比值更为悬殊。因此,相较于西方国家,我国的刑法修改频率其实明显偏低,从而在一定程度上导致立法的滞后或疏漏往往难以得到及时修正,进而影响了叙明罪状“难以叙明”问题的解决。

三、简单罪状的表象与刑法规范的填充

从定义看,简单罪状与叙明罪状是相对应的概念。一般认为,在简单罪状中,刑法条文只是简单地规定罪名或者简单地描述犯罪的基本构成特征。由于简单罪状具有“简单概括、避免繁琐”的特点,^④因此简单罪状的使用,一般是因为立法者认为这些犯罪的特征易于被人理解和把握,无需具体描述。^⑤其实,较之于叙明罪状,简单罪状也面临着同样的问题:一是定义模糊,二

① 参见高仕银:《传统与现代之间:虐待罪“家庭成员”概念新论》,《浙江工商大学学报》2011 年第 4 期。

② 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015 年第 2 期。

③ 参见王钢:《德国近五十年刑事立法评述》,《政治与法律》2020 年第 3 期。

④ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2021 年第 6 版,第 854 页。

⑤ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社 2017 年第 8 版,第 317 页。

是解释困难。这两个方面因素的叠加,导致立法者设置简单罪状的目标本是为了简洁明了、避免繁琐,但却事与愿违,简单罪状其实并不简单,其在司法实践中的适用疑难与困惑,完全不亚于其他类型的罪状。

(一)简单罪状的定义模糊

根据我国传统的刑法学通说,简单罪状与叙明罪状的区分是以刑法条文对罪状表述的详细与否为标准的。但是,正如前文所述,“详细”是一个非常模糊的概念,难以完成对叙明罪状的界定。又由于简单罪状与叙明罪状在逻辑上属于互斥关系,基于同样的逻辑,以“详细与否”为标准同样无法准确界定简单罪状的含义。为此,学界提出了很多新的标准,以期解决这一问题。其中,持第一种观点者主要通过考察罪名与罪状的关系来区分简单罪状与空白罪状,认为简单罪状是立法者对能被罪名加以概括的具体犯罪构成要件的类型化表述;^①持第二种观点者则将描述的对象作为区分简单罪状与叙明罪状的标准,认为简单罪状对犯罪的特征不予描述,而仅是描述犯罪的名称。^②笔者认为,上述学术努力在推动我国关于罪状理论不断丰富和发展的同时,亦有值得斟酌之处。

首先,上述两种观点存在一个共同的缺陷,那就是没有注意到罪名与罪状的先后顺序。如前所述,由于罪状在时间和逻辑上都先于罪名,因此只能认为罪名是对罪状的归纳,而不能认为罪名是对罪状的描述。^③

其次,上述两种观点在各自的理论逻辑上均有不能自洽之处。其中,第一种观点的问题在于,立法者采用简单罪状立法模式的初衷是追求一种“一言以蔽之”的效果,而如果立法者在其中使用某种类型化的表述,那么就会大幅度提升表述的复杂度,从而使其难以被归类为简单罪状。例如,1997年《刑法》第264条规定的盗窃罪,立法者使用了类型化的表述方法,列举了“盗窃公私财物,数额较大的”“多次盗窃”“入户盗窃”“携带凶器盗窃”“扒窃”5种类型,将如此复杂的罪状描述归类为简单罪状,显然不符合我国刑法学界的一般认知。有学者提出,添加这些术语后的罪状所包含的实质含义并没有超出罪名本身的概括,只是反映了犯罪行为的情节或者法益侵害的程度,因而即便盗窃罪包括5种行为类型,仍然属于简单罪状。^④但笔者认为,这种观点难以成立。因为按此逻辑,几乎所有的罪状都可以被归类为简单罪状。而前述第二种观点的问题在于,“对犯罪的特征不予描述”与“描述犯罪的名称”在逻辑上存在内在矛盾。正所谓“循名责实”,罪名不是凭空产生的,而是对犯罪构成尽可能精炼的概括,其必须具有对犯罪构成具体内容的提示功能。因此,若描述了犯罪的名称,则必然在一定程度上描述了犯罪的特征。前述学者所谓“对犯罪的特征不予描述,而仅仅是描述犯罪的名称”这一情形,在现实中并不存在。

(二)简单罪状的解释困难

与定义的模糊性相比,采用简单罪状的最大问题在于其解释的困难性。本来,立法者使用简单罪状是因为立法者在主观上认为这些罪名已为公众熟知,不需要详细描述其构成要件。然而,

^① 参见刘树德:《罪状建构论》,中国方正出版社2002年版,第243页。

^② 参见周振想编著:《刑法学教程》,中国人民大学出版社1997年版,第310页。

^③ 参见陈明、赵宁:《简单罪状的司法认定和解释规则研究——以盗窃罪的司法认定为为例》,《政治与法律》2013年第4期。

^④ 参见陈明、赵宁:《简单罪状的司法认定和解释规则研究——以盗窃罪的司法认定为为例》,《政治与法律》2013年第4期。

事与愿违,简单罪状的运用不仅没有简化相关法条的适用过程,反而大幅度增加了刑法适用的复杂性。法律条文终究要为解决社会问题服务,采用简单罪状虽然简化了刑法条文的表述,但社会问题总是现实存在的,不会也不可能因为法条的简化而随之被简化。

一般而言,那些被简单罪状的表述所省略的部分,仍然需要通过刑法解释加以填充。这意味着简单罪状其实是“简单而不明了”,增加了司法者的负担。例如,诈骗罪是公认的采用简单罪状立法的罪名,但在实践中涉诈行为类型是如此纷繁多样,民事欺诈与刑事诈骗之间的区分是如此困难,相关问题远非“诈骗公私财物,数额较大的”几个字可以解决,相关现实需求会迫使法律适用者必须将其恢复为相对完整的规范结构。事实上,在司法实践中真正发挥作用的罪状与其说是“诈骗公私财物,数额较大”,不如说是“虚构事实或者隐瞒真相,使他人陷入错误认识,并且基于错误认识实施了财产处分行为,进而使被害人遭受了经济损失,数额较大”。对于这一规范结构,我国刑法学界虽然有不少的争议,但是在总体上仍然达成了基本共识,因而立法规定的粗疏对于司法实践的不利影响尚在可以接受的范围之内。

而在另外一些情况下,立法者对简单罪状的运用则会损害刑法对罪状表述的准确性,从而引发不必要的争论。例如,故意杀人罪和故意伤害罪虽然均为简单罪状,但是故意伤害罪明确要求伤害的对象是“他人”,而故意杀人罪并未限定犯罪对象,仅规定“故意杀人的”,有学者便以此为由,主张自杀行为也符合故意杀人罪的构成要件。^①又如,1997年《刑法》第216条规定的假冒专利罪同样使用了简单罪状的表述方式,然而,什么是“专利”,何种行为属于“假冒他人专利”行为,远非一目了然,立法者在此使用简单罪状,不仅不能起到“简单概括,避免繁琐”的作用,反而给司法适用造成了不小的困扰。有学者将非法实施他人专利的行为解释为“假冒他人专利”行为;^②也有学者认为假冒他人专利行为是指在自己的产品上添加与他人产品相同或相近的专利标记或专利号行为;^③还有学者认为“假冒他人专利”行为仅包括采取欺骗手段在专利机关登记、冒名骗取专利权的行为。^④时至今日,人们仍然不得不在形式合理性与实质合理性之间进行痛苦的抉择,要么为了维护“假冒他人专利”的文字表述,将未经许可而实施他人专利的行为排除在该罪的成立范围之外,其代价是造成专利权刑法保护出现漏洞;要么突破“假冒他人专利”的文字表述,将未经许可而实施他人专利的行为解释为构成该罪,但要面临该做法是否符合罪刑法定原则的拷问。其实,只要立法稍微规定得详细一些,^⑤前述问题原本是可以避免的。

还有在少数情况下,简单罪状的使用已经严重损害构成要件的明确性,使之达不到罪刑法定原则的底线要求。例如,1997年《刑法》第295条规定的传授犯罪方法罪使用了简单罪状的表述方式,然而,传授犯罪方法的行为方式多样,仅在刑法条文中规定“传授犯罪方法”这一罪状,既难以为公民提供行动指引,又无法满足罪刑法定原则的明确性要求。如果我们承认罪刑法定原则对构成要件的明确性有最低限度的要求,这一原则无法容忍“若犯罪,则处以刑罚”这样的法律规定,那么该罪的罪状设置同样无法满足罪刑法定原则的要求。因为假设犯罪的行为类型有 m

① 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第635页。

② 参见高铭暄主编:《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社1998年版,第658页。

③ 参见胡康生、朗胜主编:《〈中华人民共和国刑法〉释义》,中国方正出版社1998年版,第304~305页。

④ 参见马克昌、杨春洗、吕继贵主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第295页。

⑤ 参见田宏杰:《侵犯专利权犯罪刑事立法之比较研究——兼及我国专利权刑法保护的完善》,《政法论坛》2003年第3期。

种,传授方法的行为类型有 n 种($m, n > 1$),那么传授犯罪方法在客观上的行为类型则应当有 $m \times n$ 种。质言之,该罪在构成要件上的明确程度甚至还不如“若犯罪”。与此同时,在行为类型没有发生变化的情况下,该罪的法定刑却配置了从管制到无期徒刑在内的所有刑种,这种过于宽泛的量刑幅度让人无所适从,与“则处以刑罚”这样的规定已经几无差别。

四、引证罪状的不足与刑法规范的完善

我国刑法学界的权威人士认为,引证罪状是指引用同一法律中的其他条款来说明或确定某一具体犯罪构成特征的罪状。^①我国刑法中的引证罪状大体可以分为两类:第一类是引证的内容乃本条文的前款,以“犯前款罪”“有前款行为”或类似表述为提示语;第二类是引证的对象乃刑法中的其他条文,如1997年《刑法》第113条第2款规定的“犯本章之罪的……”和第390条第1款规定的“犯行贿罪的,处……”。其中,第一类引证罪状占绝大部分,第二类引证罪状仅为极少数。由于使用引证罪状的初衷是在形式上简化罪状表述,并不期待以此实质性地决定罪状的内容,因此不存在叙明罪状、简单罪状所面临的制度目标落空的问题。与之相应,我国刑法学界对于引证罪状的研究也相对较少。但如果仔细推敲,那么仍能发现我国刑法中的引证罪状设置也存在不少缺陷,特别是在引证过程中只是简单地将被引条文与引证罪状补充部分组合在一起,而对两者的整合性重视不足,以致出现了“引而不证”的问题。

(一)引证罪状的表述不清晰

我国刑法立法在采用引证罪状时,虽然有时会援引其他条款所记载的全部构成要件,但是更多的时候仅是援引部分构成要件,再辅之以一定的修改补充,从而形成新的构成要件。例如,1997年《刑法》第168条第3款规定的“国有公司、企业、事业单位的工作人员,徇私舞弊,犯前两款罪的,依照第1款的规定从重处罚”。虽然通过“犯前两款罪的”这一表述援引了1997年《刑法》第168条第1款、第2款的规定,但是同时添加了“徇私舞弊”这一重要的客观构成要件,从而融合形成了新的罪状。又如,1997年《刑法》第219条第2款规定的“明知前款所列行为,获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,以侵犯商业秘密论”,同样仅援引了同条第1款所列举的行为类型,同时在此基础上补充了“明知而获取、披露、使用或者允许他人使用”的规范结构,进而形成新的罪状。

当被援引的法律条文较为简单、清晰时,这种做法并不会产生大的问题,但如果被援引的法律条文本身比较复杂,特别是包括多种情形时,那么这种做法就有可能产生不必要的混淆。例如,1997年《刑法》第124条第2款规定“过失犯前款罪的,处3年以上7年以下有期徒刑;情节较轻的,处3年以下有期徒刑或者拘役”,但是由于该条款所援引的同条第1款包括基本犯和结果加重犯两种情形,因此这里的“过失犯前款罪”究竟是指哪一种情形呢?从文义看,似乎可以认为只要满足了前款基本犯的构成要件即可,无需该行为“造成严重后果”。然而,若采用体系解释的

^① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2017年第8版,第317页。

方法,将1997年《刑法》第124条第2款的规定与第369条第2款、^①第370条第2款^②的规定进行比较,则会倾向于认为,如果该罪成立需要以“造成严重后果”为前提条件,那么立法者完全可以毫不费力地在罪状中加上这一表述。既然1997年《刑法》第124条第2款并无这样的表述,那么就说明该罪的成立并不需以“造成严重后果”为前提条件。但是,如果立足于1997年《刑法》第124条第1款与第2款的关系就不难发现,第1款中的基本犯规定的是故意犯罪,第2款的规定却针对的是过失犯罪,对过失犯的处罚原则上应当轻于故意犯罪,然而两者的法定刑都是“3年以上7年以下有期徒刑”,如果在客观要件上不加以区分,那么就意味着对过失犯罪的处罚等同于对故意犯罪的处罚,必然造成量刑不均衡。而要消除这种不均衡,就必须在解释论层面补充“造成严重后果”这一要素,即将此处的“过失犯前款罪”解释为1997年《刑法》第124条第1款后段规定的结果加重犯。其实,只要在立法过程中稍加注意,在1997年《刑法》第124条第2款中采用与第369条第2款、第370条第2款规定相似的表述,前述混淆本来是可以避免的。

(二)引证罪状的逻辑不通顺

如前所述,我国刑法中的引证罪状大多是在部分援引其他条文的基础上添加新的构成要件。然而,被援引的法律条文其实是多个构成要件的集合,在引证罪状中被“打包”成“前款”等表述,而立法者又无法对“前款”等“压缩包”的具体内容进行有针对性的调整,只能在“前款”等“压缩包”之外打上若干“补丁”。这样一来,就容易导致“补丁”的内容与“压缩包”的内容产生逻辑上的矛盾。例如,1997年《刑法》第115条第2款规定:“过失犯前款罪的,处3年以上7年以下有期徒刑;情节较轻的,处3年以下有期徒刑或者拘役”。其中,“过失犯前款罪”这一表述就存在内在的逻辑矛盾。因为同条第1款规定的放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪都是故意犯罪,于是“过失犯前款罪”就变成了过失实施故意犯罪,而这在逻辑上是不自洽的。与之类似,当被援引的条款规定的是纯正身份犯,而引证罪状在补充了新的身份类型后,同样会造成逻辑上的矛盾。例如,1997年《刑法》第398条第2款规定:“非国家机关工作人员犯前款罪的,依照前款的规定酌情处罚”。由于同条第1款规定的故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪都是纯正身份犯,犯罪主体只能是国家机关工作人员,因此非国家机关工作人员不可能满足此两罪的构成要件。然而,1997年《刑法》第398条第2款规定的成立,却以非国家机关工作人员实施了只有国家机关工作人员才能构成的纯正身份犯行为为前提。这同样存在内在的逻辑矛盾。

(三)引证罪状的表达不简练

在另外一些情况下,立法者对于引证罪状的使用虽然不会造成理解上的混淆或者逻辑上的

^① 1997年《中华人民共和国刑法》第369条规定:“破坏武器装备、军事设施、军事通信的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制;破坏重要武器装备、军事设施、军事通信的,处3年以上10年以下有期徒刑;情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。过失犯前款罪,造成严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役;造成特别严重后果的,处3年以上7年以下有期徒刑。战时犯前款罪的,从重处罚。”

^② 1997年《中华人民共和国刑法》第370条规定:“明知是不合格的武器装备、军事设施而提供给武装部队的,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑;情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。过失犯前款罪,造成严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役;造成特别严重后果的,处3年以上7年以下有期徒刑。单位犯第1款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照第1款的规定处罚。”

矛盾,但是从表达效果看,不使用引证罪状,而是将相关的内容直接整合到被援引的条文中,反而能使法律条文的表达更加简洁连贯。基于“若无必要,则应删减”原理,应当认为,在特定条款中使用引证罪状,不仅没有起到简化表达的效果,反而导致了刑法表达的冗余。

例如,1997年《刑法》第113条^①为我国刑法分则第1章中的所有危害国家安全犯罪增设了没收财产刑,并为其中部分犯罪设置了死刑。虽然该条款表达清晰、不会引起混淆或误解,但是却缺乏独立存在的必要性。将财产刑与死刑分别规定于危害国家安全犯罪中的相应个罪条文,使刑罚与罪状直接对应,从而满足完全法条的“假定+处理”结构要求更为适宜。而目前这样的立法模式,相当于将一个完全法条的“处理”部分强拆成两半,人为地增加了普通公民和司法工作人员理解和适用法律条文的难度。

类似的问题也出现在1997年《刑法》第386条之中。1997年《刑法》第385条规定了受贿罪的罪状,却未规定其法定刑,第386条通过援引第385条的规定,完成了受贿罪法定刑的配置。^②但问题在于,为什么要将这些内容分别规定在两个条文中呢?直接在第385条完整地规定受贿罪的构成要件和法定刑不是更符合刑法分则通常的立法模式吗?虽然这些问题并非引证罪状所固有的、必然会产生的问题,但是不可否认其确实有损引证罪状适用的实际效果。

五、罪状的开放性及其解释进路

无论是从宪法价值秩序下的规范关系维度还是从司法实践实际适用效果维度考察,均可以认为,所有的罪状都属于空白罪状,因而空白罪状其实不是罪状分类的一个子类别,而是所有犯罪在规范构造上均普遍具有的特征——犯罪构成的开放性。而“前置法定性与刑事法定量”的犯罪治理机制,为这一开放性结构的填补提供了法秩序统一的规范解决之道,即对罪状必须在尊重刑法文本的基础上进行超越刑法文本的解释。但是,这种超越不是解释者可以随心所欲的,相反,中国特色社会主义法律体系已为其筑就了不可逾越的规范边界:不得逾越前置法。这既是法益保护原则的要求,又是制裁比例配置的结果,更是刑法谦抑性的教义学精义所在。

因而罪状适用的解释规则在于,按照法秩序统一的宪法基本价值要求和部门法之间的结构性、功能性、比例性规范关系,遵循以下进路渐次展开:^③首先,按照刑法自身的基本原理,立足于刑法规范条文用语的文义进行行为定性的形式解释,从而实现罪状适用解释的形式正义;其次,延伸至该刑法条文致力保障的前置民商法或前置行政法所确立的调整性法益和第一保护性法益的本质、前置法之法体系第一保护性规范即“法律责任”规制的不法行为类型、配置的法律制裁方式及其制裁强度综合考量,对行为的法益侵害实质进行法体系的实质解释,以消除因对刑法文本意义的孤立解释而将不具有法益侵害实质的行为认定为刑法上的违法行为,从而实现罪状适用解释的实质正义;最后,按照行为的法益侵害程度和刑事制裁的必要性,依据1997年《刑法》第

^① 1997年《中华人民共和国刑法》第113条规定:“本章上述危害国家安全罪行中,除第103条第2款、第105条、第107条、第109条外,对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的,可以判处死刑。犯本章之罪的,可以并处没收财产。”

^② 须指出的是,受贿罪与贪污罪的本质并不相同,立法却规定这两个犯罪适用同一条文量刑,其合理性值得探讨。限于本文主题,此处不作过多的展开。

^③ 参见田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,《中国法学》2020年第1期。

13 条“但书”和刑法分则具体条文的罪量要求,进行行为定量解释,确定行为入罪的追诉标准,从而实现罪状适用解释的分配正义。

由“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系所决定,开放性既是罪状的结构性特征,也是刑法规范的普遍性特征,并为刑民交叉、行刑衔接问题的解决提供了规范指引。以防卫限度的“刑民冲突”为例。对照 2020 年《中华人民共和国民法典》第 181 条第 2 款与 1997 年《刑法》第 20 条第 2 款的规定,我国刑法学者普遍认为,防卫限度的刑民规定存在规范冲突:一是在防卫行为的限度上,民法的规定是“正当防卫超过必要的限度”,而刑法的规定是“正当防卫明显超过必要的限度”;二是在防卫过当的损害程度上,民法要求“造成不应有的损害”,而刑法却要求“造成重大损害”。为此,学者们提出了多种协调解决这一刑民冲突的方案。但是,运用“前置法定性与刑事法定量相统一”的部门法规范关系原理和刑法规范的开放性理论不难发现,对于仅仅超过必要限度造成不应有损害的一般防卫过当行为,刑法不予介入,而只由民法规制;而对于“明显”超过必要限度造成“重大损害”的严重防卫过当行为,刑法及时施以援手与民法共同规制。笔者认为,这非但不是刑法与民法相冲突的适例,相反,实乃刑法秉持法益保护原则和制裁比例原则对民法予以保障的典范,更是“前置法定性与刑事法定量相统一”的理论价值和实践理性的诠释。由此观之,“前置法定性与刑事法定量相统一”下的刑法规范的开放性,要求的不是刑法与其前置法在规范用语上的全然一致,而实是法益保护原则和制裁比例原则在刑法与其前置法中的一体遵循,是刑法与其前置法在违法犯罪治理上的和而不同,而非规范用语的同而不和。

Abstract: No matter from a perspective of normative relations under the order of constitutional-law values or from a perspective of applicative performance in judicial practice, the blank description of a crime is rather a common characteristic of all crimes in normative structure—the openness of constitutive elements of crimes rather than a sub-category in the classification of descriptions of crimes. In this sense, all types of descriptions of crimes are blank. Insufficient recognition of the open structure of the description of a crime leads not only to misunderstandings among categorization theories, but also to difficulties in narrating narrative descriptions, simplifying simple descriptions, and quoting quoted descriptions. The crime governance mechanism, which is expressed as “the unification of prepositioning laws determining essence and the criminal law determining degree”, provides interpretive rules for clarifying the misunderstandings mentioned above and the open application of descriptions of crimes.

Key Words: blank descriptions of crimes, open constitutive elements of crimes, normative relations, categorization, rules of application

责任编辑 田国宝