

# 罪刑法定原则中空白罪状的追问

刘树德\*

---

**内容提要:**空白罪状作为基本罪状的下属概念,在1997年刑法中被大量加以采用。空白罪状在刑法分则中的存在,应从民主法治原则、法律专属性原则、法律明确性原则等角度加以追问。空白罪状的存在一定程度上都有违上述三原则之嫌疑,因此,立法者应当采取相应的措施来提高空白罪状的“合法性”。

**关键词:**罪刑法定 空白罪状 构成要件

---

罪刑法定原则在学界经过十余载宏观层次上的论争,直至《法学研究》推出的较有份量的三篇论文(即侯国云先生的《市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值取向》,1995年第3期;胡云腾先生的《废除类推及刑法科学化》,1995年第5期;陈兴良先生的《罪刑法定原则的当代中国命运》,1996年第1期)之后,已在学界达成共识,并得到立法者的认同(刑法第3条),此乃不争的事实。但是,在微观上,尚未引起学界的足够重视,譬如罪状的具体设置、法定刑的合理配置、不纯正之不作为犯等,都事关罪刑法定的问题。宏观制度总体架构固然重要,但微观制度点滴建设也甚为关键。本文试图从空白罪状的视角,推动学界更有热情地探讨罪刑法定原则在“低层次”上的生根问题。

空白罪状,刑法分则性条文中基本罪状的一种,是立法者对行为要件应参照相关规范或制度予以确定的具体犯罪构成的类型化表述。空白罪状的本质特征在于刑法条文本身未对具体犯罪构成的行为要件作出具体、明确的表述,而是由相关的规范或制度加以具体、明确的规定。也就是说,就具体犯罪构成的行为要件而言,刑法分则性条文处于绝对空白(针对完全空白罪状)或相对空白(针对不完全空白罪状)的状态。<sup>[1]</sup>空白罪状“数量繁多并将继续增加,是现代化时代刑法所特有的现象,是不可避免的过程,”<sup>[2]</sup>与此同时,空白罪状的“行为规范与惩罚规范在法条上的分离”的状态又受到合宪性的质疑。<sup>[3]</sup>此种二重局面是否印证如下观点“空

---

\* 最高人民法院法官,湖南大学法学院副教授。本文的写作与修改,有幸得到导师陈兴良教授的惠教,深表谢意。

[1] 空白罪状分为完全空白罪状与不完全空白罪状,该定义是本人在“梳”议刑法学界传统观点的基础上加以界定的。对此问题笔者已另撰文予以论述。

[2] 参见[前苏]戈列利克等:《在科技革命条件下如何打击犯罪》,群众出版社1984年版,第50页以下。

[3] 参见王世洲:《德国经济犯罪与经济刑法研究》,北京大学出版社1999年版,第157页。

白罪状是一种利弊共存的罪状形式,其利在于‘空白’,其弊也在于‘空白’”,<sup>[4]</sup>为此,我们认为有必要对罪刑法定原则中的空白罪状进行如下追问。

### 追问之一——空白罪状是否符合 罪刑法定原则的“民主法治原则”

罪刑法定原则就是“没有法律就没有犯罪,没有法律就没有刑罚(Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)”或“没有法律就没有犯罪与刑罚(Nullum crimen nulla poena sine lege)”格言的理论表述。罪刑法定主义(原则),从形式层面到制度层面,从近代思想基础到现代理论基础,都经过了一个逐步发展的过程。如果仅从形式上的类似规定或文字表述来看,可以追溯到古罗马法及中世纪的教会法,但其本身尚无独立的思想基础。1215年英王约翰签署的《大宪章》第29条规定“对于任何自由人,不依同一身份的适当的裁判或国家的法律,不得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境,不得采取任何方法使之破产、不得施加暴力、不得使其入狱”,才真正奠定了罪刑法定主义的思想。此后,英国一系列的制宪性文件的规定,如1628年《权利请愿书》的规定“国王非依法律的判决,不得逮捕、审讯任何自由人,不得作出没收的判决”,1688年《权利法案》的规定“在没有得到国会同意的情况下,国王不得废除法律”,1679年《人身保护法》对保护人身自由以及关于审判的“适当的法律程序”的规定,使罪刑法定主义思想继续得到发展。1774年北美费城殖民地《权利宣言》、1776年弗吉尼亚《权利宣言》、1787年《美利坚合众国宪法》及1791年宪法修正案,又使罪刑法定主义的思想在美国广为传播。1789年法国《人权与公民权利宣言》第8条规定“法律只应当制定严格地、明显必需的刑罚,而且除非根据在违法行为之前制定、公布并且合法地适用的法律,任何人都不受处罚”,1810年《法国刑法典》第4条规定“没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律,对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪”,使罪刑法定原则正式在刑法典得到法律化和具体化。此后的许多大陆法系国家纷纷在刑法典中予以明文规定,例如1870年《德国刑法典》第2条第1项规定:“某一行为的可罚性,惟有在其实实施行为前已有明文规定的法律,始得科处刑罚。”1880年《日本刑法典》第2条规定:“无论何种行为,法无明文规定者不罚。”1930年《意大利刑法典》第1条规定:“某一行为的可罚性,如无明文规定的法律,则不得为该行为定罪判刑。”

伴随着罪刑法定原则的法定化,许多思想家和学者开始为其提供理论支撑。在近代时期,罪刑法定原则的思想基础主要包括自然法理论、三权分立思想以及心理强制说。启蒙时期的自然法学说,存在以霍布斯为代表的国家主义学说和以洛克为代表的自由主义学说两大分支。洛克从人类先前存在“自然状态”的假设出发,从理念上提出并论证罪刑法定主义的思想。洛克认为,在自然状态下,人人遵守“自然法”即人类的理性,从而处在一种完备无缺的自由和平等状态;同时,自然状态也存在如下缺陷:缺少一种明文规定的、众所周知的法律;缺少一个有权依照法律来裁判一切争端的公正的裁判者;缺少一种权力来保证判决的执行。因此,洛克认为,人们应依据契约组成国家,以便克服自然状态的缺陷;国家在自然法的约束下制定法律,以便预先明示违反义务的种类及应科处的刑罚。洛克的自然法思想得到孟德斯鸠、梭卢等人的赞同和发展,特别是布莱克斯顿在调和自然法和制定法的基础上,从制定法的层面对罪刑法定

[4] 参见陈兴良主编:《刑法各论的一般理论》,内蒙古大学出版社1992年版,第215页。

原则给予论述。<sup>〔5〕</sup>他认为,人权分为绝对权与相对权,绝对权是人生来就具有的权利,相对权则是作为社会成员所享有的权利;个人为了保护某一部分权利(如所有权、安宁权等),不得不让渡一部分权利(如刑罚权等)给国家;国家行使的刑罚权,不是绝对的和无限制的,而必须事先以法律的形式予以明文规定。三权分立思想主要以孟德斯鸠为代表。他认为,只有划分国家的权力,公民的生命、自由和财产才能得到保障,也才能建立真正的法治;立法权、司法权与行政权应分掌于不同的人、不同的国家机关手中,从而使三种权力相互制约和互相平衡,进而在有条不紊的程序下互相协调地行动;立法机关行使立法权,依照正当的立法程序制定法律,司法机关行使司法权,正确适用法律,作出合法的判决;行政机关行使行政权,认真执行司法机关已作出的判决,不得非法变更。<sup>〔6〕</sup>心理强制说是近代刑法之父费尔巴哈基于人是有理性和自私性的动物的假设而提出的。其主要内容是,具有理性的人都有趋愉快避痛苦、权衡利害轻重的本性,因此,在实施犯罪行为之前,行为人总要考虑实施该犯罪行为将会获得多大的物质与精神上的利益(愉快),不实施该犯罪行为会带来多大的不利(也是一种痛苦),同时要考虑自己会因实施该犯罪行为而受到多大的刑罚处罚(痛苦)。如果行为人认为不实施犯罪行为而造成的痛苦大于因实施犯罪行为所带来受刑罚处罚的痛苦,小于因实施犯罪行为所带来的受刑罚处罚的痛苦,那么,实施犯罪行为就是“合算”的;相反,如果行为人认为不实施犯罪行为所造成的痛苦,那么,不实施犯罪行为才是“合算”的。因此,刑法典应事先明文规定犯罪的法律后果,告诉人们犯罪后会受到何种刑罚处罚,从而使人们认为犯罪后所带来的受刑罚处罚的痛苦不可能小于不去实施犯罪行为所忍受的痛苦,因而不实施犯罪行为。

随着法学理论的深入发展,罪刑法定原则的上述三大理论基础也不时受到批判。自然法思想受到历史法学派的批判。萨维尼认为,自然法是一个不足为据的超经验的先天假设,根本不可能成为法的渊源;理性主义的立法观是荒谬的,通过人类的普遍理性制定出人类普遍适用的法典完全是幻想;<sup>〔7〕</sup>法是缄默的、无名的与非理性力量的产物,法同在一个民族的语言、习惯一样,是在其真正的基础上,即某一民族的共同信念上,持续的、固有的进程中发展起来的。<sup>〔8〕</sup>梅因也指出,“自然平等”是虚拟的,“自然状态”是假设,“自然法”实际上就是指许多不同习惯概括起来的“万民法”。<sup>〔9〕</sup>三权分立思想也开始受到现代政治哲学的质疑。三权分立不适应现代社会发展的需要,行政立法乃是不争的事实,司法权的严格规则主义早已进入“故纸堆”,立法至上的观念也捉襟见肘。总的来看,三权分立面对现代各国的法制现状显得过于僵硬,因为“立法至上在逻辑上的内涵,并未能阻止现代大陆法系各国的法制日益朝着某种形式的司法审查靠拢,也同样未能削弱判例法重要性在事实上的增强”。<sup>〔10〕</sup>心理强制说同时受到刑事古典学派内部和刑事实证学派外部的攻击。耶林认为,行为人实施犯罪行为并不是基于愉快与痛苦的比较,而是因为在实施犯罪行为前有一种侥幸心理,以为犯罪后不会被发现,可以逃避刑罚处罚;如果人们没有这种侥幸心理,则不会实施犯罪行为,“期待不处罚是实施犯罪的最大

〔5〕 转引自张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第20页以下。

〔6〕 参见孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),商务印书馆1961年版,第155页。

〔7〕 参见张宏生主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社1983年版,第368页以下。

〔8〕 转引自前引〔5〕,张明楷书,第23页。

〔9〕 参见梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第64页。

〔10〕 参见〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第233页以下。

诱因”<sup>[11]</sup>。龙勃罗梭认为,凡是具有一定的身体或精神特征的人,即“天生犯罪人”,不可抗拒地必然实施犯罪行为,因此,行为人是否实施犯罪行为,不是其自由意志选择的结果,不是其对愉快与痛苦进行比较的结果。菲利认为,犯罪是由犯罪人的素质与环境所决事实上而必然产生的。李斯特认为,犯罪是由人类学的原因与社会的原因所决定的。

进入现代以后,国外刑法学者在批判上述三大思想基础上进而提出罪刑法定原则的新的理论基础,即民主主义与尊重人权主义。<sup>[12]</sup>我国也有学者认为,三权分立理论不符合我国议行合一的人民代表大会制度,心理强制说不符合我国刑罚的目的,因此,都不能作为我国罪刑法定原则的理论基础,我国之所以实行罪刑法定原则,归根到底是由社会主义刑法的性质所决定的。<sup>[13]</sup>还有学者认为,民主主义、尊重人权、保障安宁是罪刑法定原则的思想基础。<sup>[14]</sup>我们认为,随着“建立社会主义法治国家”宪法性目标的确立,社会主义民主原则和法治原则应成为我国刑法典实行罪刑法定原则的理论前提。具体来说,社会主义民主决定了国家的重大事务应由人民群众决定。刑法作为其他部门法的保障法和效力仅次于宪法的基本法律,是“掌握国家权力的阶级即统治阶级为了维护本阶级政治上的统治和经济上的利益,根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律”。<sup>[15]</sup>我国的刑法也应根据人民群众的普遍意志来加以制定。尽管所有公民直接参与立法活动从事实上不可能,但退而求其次也应由具有最大程度代表性的人民群众代表来加以制定。我国实行人民代表大会制度,刑法是由广大人民群众选举的代表组成全国人民代表大会及其常务委员会来制定的,刑法要尽最大可能、最大限度地保护人民群众的利益,否则就不符合社会主义民主原则。因此,刑法应对犯罪圈的大小和刑罚量的多少作出明确的规定,从而不致于过分干预人们的行动自由和违背刑罚“最后手段性”的宗旨,或者不能充分保护国家和人民的利益。由此可见,社会主义民主原则要求刑法实行罪刑法定原则。法治原则更是要求刑法实行罪刑法定原则。所谓法治是指“法律主治”(rule of law),而不是法制或“以法统治”(rule by law)。以法统治的法制不是法治,因为法制是为政治服务的,而法治是治理政治的。<sup>[16]</sup>在某种程度上可以说,法治的最核心精神就是以法律约束国家公权力,确保人权和自由。此点对“政府推进型”<sup>[17]</sup>法制建设国家更具实质性意义。刑罚权(包括制刑权、求刑权、量刑权、行刑权)属于国家权力的重要组成部分,“刑罚权是一柄双刃剑,用之不当,两受其害”,因此,刑罚权理应受到刑法的约束与规范。其实,正如有学者虽略有偏颇但更显深刻地指出:“一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击,而且,没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲,刑法本身是多余和伪善的,它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外,起的主要是束缚国家机器而对犯罪的反应速度与灵敏度”,因此,刑事法律存在的实质理由在于“遏制国家”,而不是“遏制犯罪人”。<sup>[18]</sup>上述论见至少将单纯“刑法工具

[11] 转引自前引[5],张明楷书,第24页。

[12] 同上书,第26页。

[13] 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年修订版,第511页。

[14] 参见前引[5],张明楷书,第31页。

[15] 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第11页。

[16] 参见林毓生:《热烈与冷静》,上海文艺出版社1998年版,第48页。

[17] “政府推进型”是相对于“自然演进型”而言的。参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第3页。

[18] 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第3页以下。

主义”的迷雾予以吹散,给人以“片面的深刻”之感。也就是说,刑法本身应有自己的目的合理性,而不应只从手段(或工具)的合理性中寻求存在的依据。在此种意义上,刑法不仅没有限制自由,反而保护和扩大了自由,正如洛克所言:“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,……法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”。<sup>[19]</sup>然而,人们不再感受法律是自由的羁绊,而是“最安全的盔甲”,<sup>[20]</sup>应有赖于刑法对犯罪与刑罚的明确规定使公民对行为具有预测可能性,以及刑法已就“个人自由和权利的适当范围同政府权力为更大的利益而采取的行为的适当范围之间的分界线”<sup>[21]</sup>作出明确的界标。一旦刑法对各种犯罪的处罚作了明确规定之后,不仅普通公民的自由有了最大的保障,而且犯罪人的自由也得到了保障,即犯罪人只有在法律规定的范围内承受处罚义务,没有承受法外制裁的义务,同时享有依法享受刑罚之外的自由,从而真正实现李斯特之所言“刑法不仅是善良人的大宪章,而且是犯罪人的大宪章”。总之,我国刑法典实行罪刑法定原则,不仅是我国法治建设的根本需要,也是社会主义民主原则的内在要求。

根据上述罪刑法定原则的现代思想基础——民主、法治原则,如果仅从形式上而言,空白罪状似乎不违上述原则,因为空白罪状(仅就我国而言)也是刑法分则性条文中的罪状,而刑法分则条文显然是享有刑事立法权的全国人民代表大会及其常务委员会制定的,但是,从实质层面而言,空白罪状存在于“空白刑法”之中,<sup>[22]</sup>刑法规定仅仅是附加地在这些相关法律法规中对违反义务的行为规定了刑罚,也就是说,真正的行为规定完全不是通过刑事法律的犯罪构成来描述的,而是由相关法律法规中的其他条款或者在其他制度中所包含的,从而导致行为构成与惩罚处于相脱离的状态:行为构成是包含在一种“基本规定”之中,而该规定又涉及一种“刑事辅助规定”。显然,此种状态不免令人产生如下疑问:立法者在必须填补和充实空白构成<sup>[23]</sup>的时候,将立法工作或多或少地交给行政管理机关,是否逃避了自己的立法责任,是否有违刑事立法权只能由最高立法机关行使的社会主义民主、法治原则?对此,德国司法实务界和刑法理论界部分学者各自提出相应的解答。<sup>[24]</sup>德国联邦宪法法院认为,在开放性立法的情况下,立法者将刑事立法的完成,委托给不是由议会控制的机构,不违反德国基本法第103条第2款规定的法制原则。因为在空白构成的法条规定中,立法者在犯罪构成中至少已经说明了被宣布为犯罪的行为是什么,而刑法条文指明引述其他规定或者管理制度的情况只不过是进行了进一步的價值评价,因此,空白刑法的违宪性以及随之而来的无效性是不能成立的。德国有刑法学者则认为,空白刑法并没有完全描述真正的犯罪构成,但当由刑法禁止的行为已由该法律中的其他条款或者在其他法规中的条款所包含时,空白刑法已经不再是“空白刑法”,因而不存在违宪性的问题。我们认为,上述解答最多可以借用来回答不完全空白罪状所面

[19] 参见洛克:《政府论》(下篇),商务印书馆1983年版,第127页。

[20] 转引自前引[5],张明楷书,第28页。

[21] 转引自博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第277页。

[22] 所谓空白刑法,是指完全或者部分地将对行为构成的描述“空白地”留下来,而通过引述其他法律规定(如通过其他法律或者其他非立法机构制定的行政法规指明的特征)加以补充和完善的刑法规定。参见前引[3],王世洲书,第155页。

[23] 此种“空白构成”是就行为要件是否在刑法分则性条文本身之中加以规定而言的,不同于威尔采尔(H. Welzel)所指的那种相对于“封闭性构成要件”而言的、透过“物本质的、客体的要素”来加以描述的,并不具备表征违法性功能的“开放性构成要件”。参见陈志龙:《开放性构成要件理论》,《台大法学论丛》第21卷第1期。

[24] 参见前引[3],王世洲书,第157页以下。

对的是否符合社会主义民主、法治原则的问题,因为刑法条文确实在相对空白罪状中对具体犯罪构成的行为要件本身作出了明确程度不等的类型化表述,例如刑法第 151 条至 153 条之罪状中的“走私”行为、刑法第 340 条之罪状中的“非法捕捞”行为等,但是,上述解答则很难以圆满解答完全空白罪状所面对的同样问题,因为刑法条文在绝对空白罪状中对具体犯罪构成行为要件本身未作任何表述,而仅仅只是指出应予参照的相关法规或制度。也就是说,具体的犯罪构成要件完全不由刑事法律确定,而是由其他法规或制度具体规定,例如刑法第 331 条之罪状仅指明“违反国务院卫生行政部门的有关规定”。其实,不论是完全空白罪状还是不完全空白罪状,具体的犯罪构成都存在完全或部分的空白,都需其他相关法规或制度来予以补充,因此,两者都存在被参照的法规或制度的制定是否符合社会主义民主、法治原则的问题。然而,该问题的答案只能从我国现行立法体制中存在的授权立法现象中求得。从政治学说的一般原理来说,授权立法因受其主体组成的民主性或议事规则与程序的差异的影响,从民主原则的立场来看,授权立法是不能与国会立法相比拟的。因为,首先,“职司立法的国会(我国是指全国人民代表大会——下同),是由人民直接选出来的国会议员所组成,而负责行政的政府则仅是基于国会的同意与信任才产生,因此,国会比政府当然具有更直接的民主正当性;其次,国会议事须遵守公开、直接、言词辩论与多数决定原则,这些原则不仅使在国会居少数的反对党(注:我国不存在反对党)与其他社会上的利益团体(注:我国不存在西方意义的院外集团,但随着社会主义市场经济的逐步发展,不同利益团体已经出现并将得到发展)得以有机会影响国会决定的做成,也可以确保分歧、冲突的不同利益获得最佳、最合乎正义的平衡;反之,行政机关因其不公开、不辩论、不表决的作业程序就难以达成相同的效果”。<sup>[25]</sup>但是,如果过于顾及授权立法的民主性问题,因而排斥授权立法,显然又是不明智之举,并且也不符合世界大多数国家的立法机关都在利用对行政机关的授权来实现国家管理活动的现实。因此,“现在的问题不是需要授权立法与否,而是采取何种控制和保障手段,以使所授之权不被滥用。”<sup>[26]</sup>也就是说,对授权立法所需作的追问,不能停止于授权本身是否合理之上,而应转移到授权所立之法的内容本身的合理性之上。从民主原则的立场来看,现在的问题不是授权立法是否民主,而是采取何种控制和保障的手段,以使授权立法具有最大程度的民主性。从各国的立法实践来看,监督控制授权立法的办法主要有两种:(1)司法监督控制,就是法院通过审查授权法和授权立法是否有实质越权和程序越权,来判定授权法和授权立法是否有效的行为;(2)立法监督控制,主要包括两种,其一是提交议会,即立法机关通过规定被授权机关将授权立法提交议会,来实现对授权立法的审查;其二是委员会审查,即在议会设立专门的委员会,负责监督控制授权立法。<sup>[27]</sup>从我国对授权立法的监督的现状来看,确实存在不少的问题,最突出的表现一是监督形式极其有限,二是监督主体的监督意识尚未提上议程,以至极为有限的监督形式也没得到最佳利用。显然,处在此种大环境之下的授权立法,其民主性的问题当然就值得追问,否则,就不会有许多学者为此而纷纷提出强化授权立法监督和增强授权立法民主性的各种建议之举,例如,强化监督主体的监督意识;完善监督的各种措施和程序;<sup>[28]</sup>建立公众参与制度,<sup>[29]</sup>等

[25] 参见许宗力:《法与国家权力》,月旦出版公司 1993 年第 2 版,第 225 页。

[26] 转引自李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社 1999 年版,第 325 页以下。

[27] 同上书,第 326 页以下。

[28] 前引[27],李步云、汪永清主编书,第 331 页以下。

[29] 参见李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社 1998 年版,第 152 页。

等。至于空白罪状中被参照的相应法规或制度,既然也属于一种“授权立法”(刑事立法者委托其他主体制定规范或制度来填补或充实空白行为要件),同样应通过各种举措来加强自身的民主性程度,否则就有违背社会主义民主、法治原则之嫌疑。在我看来,在刑事立法中为既取空白罪状之长,又克空白罪状之短,从而应对空白罪状之内容是否符合民主法治原则的追问,应遵循以下原则来设置和完善空白罪状:(1)必要性原则,即立法者只有在具备必要条件情况下,方可采用空白罪状的立法技术,也即从空白罪状调控的对象范围来加以限定,只有具体行为事先得到相关辅助性法规的调整之后,才可能被纳入刑事法的调控范围之中。(2)相当性原则,即空白罪状的参照范围要适当,也即从被参照的法规的层次和法律位阶来加以限定,至少应局限于国务院(代表全国人民意志的最高权力机关的执行机关)正式制定的规范性文件。(3)限制性原则,即空白罪状类型化的具体犯罪构成要件所反映的社会危害性应达到应受刑罚处罚的程度,也即从犯罪行为与一般违法行为相区分的角度来加以限定。(4)协调性原则,即刑法和被参照的法律法规在内容上应协调一致,不允许矛盾和冲突存在,也即从法律责任(民事责任、经济责任、行政责任、刑事责任)衔接角度加以限定。<sup>[30]</sup>总之,刑事立法者应通过对被参照法律法规的制定主体、制定程序、制定内容等方面的限定与监督来最大程度地提高空白罪状的民主法治符合性。

## 追问之二——空白罪状是否符合 罪刑法定原则的“法律专属性原则”

从民主性的角度追问空白罪状,还只是涉及罪刑法定原则的理论基础,尚未深入到罪刑法定原则本身的层面。显然,更有必要从罪刑法定原则的基本内容及派生原则方面继续对空白罪状进行追问。罪刑法定原则的最基本内容,由“无法无罪”和“无法不罚”两个命题构成。也就是说,什么样的行为构成犯罪,对构成犯罪的行为处以什么刑罚,必须由成文法加以明确规定。如果成文法没有明文规定,那么某种行为,无论在社会上或道德上受到何种谴责和非难,都不能认为犯罪,不得判处刑罚;某种行为按照成文法的规定构成犯罪,应予以处罚,但也不能判处成文法规定以外的刑罚。“没有成文的法就没有刑罚”的法律格言就是上述基本内容的经典概括。有学者认为其是罪刑法定原则的从属原则即法律专属性原则(法律专属性原则,即狭义的“法制原则”或罪刑法定原则),其含义是只有法律才是刑法的渊源<sup>[31]</sup>或成文法主义<sup>[32]</sup>所体现的内容。在我看来,法律专属性原则<sup>[33]</sup>具体应从以下方面理解:首先,规定犯罪与刑罚的必须是成文的载体。这里的“文”显然是指文字,而且必须是本国公民通晓的文字。在现代社会,文字仅是表达意志和传递信息的一种方式,相对于手势语、媒介交流等而言,容易加以固定,“书写的文字留下,说话的声音飞走了”。<sup>[34]</sup>法律只有通过文字的表述,才能广为传播,统治阶级的意志才能被知晓,如果刑法没有成“文”,公民就不能够预测自己的行为性质与后果,

[30] 参见前引[4],陈兴良主编书,第215页以下。

[31] 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14页以下。

[32] 参见前引[5],张明楷书,第31页以下。

[33] 在此需指出,“法律专属性原则”的提出,是对意大利学者所指的狭义“法制原则”意义上的法律专属性原则的借用,意在从“法律”的多角度对空白罪状加以追问。

[34] 转引自前引[5],张明楷书,第32页。

就会因为不知道行为的性质而侵犯他人的利益,也会因为不知道自己的行为是否会受到法律制裁而感到不安或者不敢实施合法行为,从而导致行为萎缩和失去自由的结果。同理,刑法作为一种裁判规范,没有成“文”的载体存在,司法工作人员也就无法实施反映立法者意志的罪刑规范,极易主观臆断地出入人罪。其次,成文的“法”必须是“法律”。究竟什么是此处所指意义上的“法律”,各国学者基于本国的立法体制的构架和法律体系的组成的不同而存在不一致的意见。意大利学者认为,法律专属性原则中的“法律”是形式意义上的法律,从严格意义上讲,只有经议会批准,由共和国总统颁布并具有宪法规定的形式的立法文件。但是,“法律性法规”(即行政机关经立法机关授权制定的具有法律效力的法规)和“可转变为法律的法规”(即政府机关根据法律制定的行为规范)是否也属于“法律”,意大利刑法理论界和司法实务界则存在不同意见。部分学者认为,法律专属性原则既然排除行政机关制定具有优先效力的法律的权力,理应同样排除它们制定具有次要效力的规范(法规)。宪法法院则认为,即使在刑法领域代理立法也是实际需要的反映,只要这种立法属于法律规定的范围,没有超出立法的权限,接受宪法法院的合理监督。也就是说,“法律性法规”只要符合议会明示的意志,就可以合法地作为刑法的渊源,而不至于在实质上妨害法律专属性原则发挥作用;“可转变为法律的法规”的法律效力是临时性的,并且必须在公布后的 60 天内转变为法律,否则从开始就无效。因此,议会会有时间对其内容进行适当的审查,从而确保法律专属性原则在实践中应发挥的保障作用。<sup>[35]</sup>此外,地方性法律是否也属于“法律”,也存在不一致的意见。有人认为,一般的大区在宪法第 117 条规定的范围内可以制定“真正的法律”,宪法第 116 条规定的特殊大区可以在特别法律的规定范围内制定“真正的法律”。有人认为,大区的刑事立法权没有明确的法律依据,因为宪法第 117 条(或其他特别法)所规定的地方立法权的范围,没有提到“刑事立法调整的范围”。有人认为,宪法第 120 条第 2 款是各大区不得制定刑法规范的根据,该款规定各大区“不得制定任何形式的妨碍各大区间人员或货物自由流通的规定”,显然刑法规范必将直接或间接地限制人身自由,是对“自由流通”的最大妨碍。有人认为,如果承认大区有权制定刑事法律,就会在保障个人自由方面破坏在法律面前人人平等的原则。宪法法院的判决则指出,各大区无权制定刑法规范的最根本原因,在于把法律专属性原则只能理解为国家法律专属性。<sup>[36]</sup>法国学者则认为,本义上的法律,即字面形式意义上所指的法律,是指由立法权力机关(国民议会与参议院)表决通过的成文法。但除此之外,由执行权力机关发布的法规,即行政性法令与条例,也是刑法的实际渊源,只是其价值和效力要低于本义上的法律。例如,王朝复辟时期、七月王朝时期政府发布的法令、政令,1848 年至 1870 年临时政府发布的法令,直至 1945 年共和国政府发布的“法律性法令”,1958 年 10 月 4 日的宪法以来总统依据宪法第 16 条的规定发布的法令、法令、经最高行政法院提出资政意见后发布的法令以及其他的行政性条例。<sup>[37]</sup>我国有学者认为,根据宪法的规定,法律分为基本法律和基本法律以外的法律,前者由全国人民代表大会制定和修改,内容涉及国家和社会生活某一方面的最基本的问题,例如《中华人民共和国刑法》,后者由全国人民代表大会常务委员会制定和修改,内容涉及“除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”,例如《中华人民共和国未成年人预防犯罪法》。此外,全国人民

[35] 参见前引[31],杜里奥·帕多瓦尼书,第 16 页。

[36] 同上书,第 17 页以下。

[37] 参见[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 124 页以下。

代表大会及其常务委员会所作出的决议或决定,具有规范内容的,也属于法律的范畴,与法律具有同等的效力,例如《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》。<sup>[38]</sup>第三,成文的“法”一般不能包括习惯法。所谓习惯法,即人们在履行某种法律义务或行使某种法律权利时,长期无歧义并被遵循的作法。<sup>[39]</sup>或者说,习惯法是由习惯发展而来的一种法的渊源,而习惯则是经过长期的历史积淀而形成的一种为人们自觉遵守的行为模式,这种行为模式经过国家的认可成为习惯法,便具有了法律的约束力,因而便具有了法的效力,成为法的渊源之一。<sup>[40]</sup>习惯法在不同的法律部门中具有不同的地位。在刑法领域,“成文法主义”是排斥习惯法的,也就是说,习惯法不能成为独立的刑法渊源。正如有学者所言:“虽然习惯法是由民众发展而来的,比形式上的制定法更符合民众的意志,‘民众认为习惯就是法律’但这事实上是由法官创制法律,在必须肯定民众间的价值意识多样性的时代,不应当有‘刑法上的民众法’”。<sup>[41]</sup>当然,习惯法并非在刑法中绝对毫无容身之地,因为,习惯毕竟是一个社会普遍的根深蒂固的文化要求的反映,不能不承认它在事实上可以决定刑法规范能否适用。特别是,面对变动不居、发展迅速的现代工业社会,法律(包括刑法)必须具有一定的社会现实抽象性。抽象的、一般的法律条文适用于现实发生的具体案件,必须允许法官进行一定的司法解释。而进行司法解释就不可避免地要参考习惯(特别是当法律明确规定习惯是构成要件之一时,更是有必要,例如意大利刑法典第625条第1款第7项就规定,盗窃“因习惯”设置于“公共场所”的物品应加重处罚),要考虑社会一般人的通常观念,要尽可能符合“社会伦理规范”,要顾及“社会的相当性”,须允许“超法规的事由”的存在。此外,“即使现行刑法(指日本刑法——引者注),关于构成要件的内容,行为的违法性等内容,有时也必须根据习惯来判断;行为人主观表现内容方面的故意、过失等要素,往往也是以社会一般习惯作为判断的客观标准”。<sup>[42]</sup>最后,成文的“法”也排斥判例法。<sup>[43]</sup>所谓的判例法,实际上是法官造法,显然违反罪刑法定原则。判例法,就刑法方面而言,实际上是由法官在刑法规定之外自行将某种行为认定为犯罪并处以刑罚,而且使该判决结论具有法律效力,显然,此种做法就是将法官的类推解释结论作为法律予以适用。如果判例结论不是类推解释的结果,而是进行合理解释的结果,那就只是行使正常的司法解释权,而不是判例法。因此,如果推行判例法,国民也就不能预测自己的行为是否会被司法机关类推解释为犯罪行为,而这必然侵犯公民的行动自由。司法机关的类推解释必然破坏反映立法者意志的事先存在的行为规则,因而,公民也就不可能依据事先存在的行为规则来生活,而只能在没有“预期”的氛围中过着不安宁的日子。

基于法律专属性原则的上述内容,就罪状需有成“文”之载体和成文之“法”不包含习惯法两方面而言,空白罪状至少已经满足了要求,但从成文之“法”必须是“法律”的角度来说,空白罪状是否有违反罪刑法定原则之嫌疑,仍存在争论。有学者认为,空白罪状不违反罪刑法定原则。因为,第一,我国的刑事立法权只由全国人民代表大会及其常务委员会享有,也就是说,所有的刑事法律(包括形式意义和实质意义上的)都只由最高立法机关制定,而不存在西方国家

[38] 参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第78页以下。

[39] 参见前引[31],杜里奥·帕多瓦尼书,第23页。

[40] 前引[38],张文显主编书,第77页。

[41] 参见前引[5],张明楷书,第32页以下。

[42] 参见木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第68页以下。

[43] 参见前引[5],张明楷书,第33页。

宪法中规定的有违罪刑法定原则之嫌的如下情形:当法律委任政令规定犯罪与刑罚时,政令可以在委任的范围内规定犯罪与刑罚。第二,空白罪状中的“空白”由相关行政法规来弥补,但我国国务院制定的行政法规中,即使有许多条文的规定类似于刑事法律的规定,但它本身并不是刑事法律,也就是说,无论如何,行政法规本身不是定罪量刑的直接根据。<sup>[44]</sup>我们认为,上述问题仍有必要进一步研究。就我国刑法中的空白罪状而言,也存在完全空白罪状和不完全空白罪状两种情形。其中,不完全空白罪的刑法条文至少对具体犯罪构成的行为要件作了一定程度的类型化表述,而完全空白罪状的刑法条文则对具体犯罪构成的行为要件本身未作任何表述,但两者的具体犯罪构成行为要件都须由有关法规或制度来补充。因此,就我国规定空白罪状的刑事法律和被参照的有关法规或制度的相互关系而言,只包括以下两种类型:一是刑事法律只规定某种犯罪的法定刑,而由行政法规或其他制度来确定具体犯罪构成的行为要件;二是刑事法律规定某种犯罪的法定刑,同时也指明具体犯罪构成的行为要件“抽象类型”,再由行政法规或其他制度来加以充实。但不存在西方国家的如下情形:法律规定由法规来确定构成犯罪的条件和相应的法定刑。<sup>[45]</sup>显然,从形式层面而言,两种空白罪状都是由最高立法机关在刑法分则性条文加以规定,因而具有了“法律”的身份或标记。但是,从实质层面而言,空白罪状具体犯罪构成要件的确定完全或部分地是由相关法规或制度来承担的,因此,即使被参照的相关法规或制度不是“定罪量刑的直接依据”,但在事实上也决定着司法机关的具体定罪活动和行为人是否构成犯罪的情形之下,一旦这些被参照的相关法规或制度不具有最大程度的民主性(见前文)时,无疑就违背了“法律专属性原则”。从我国刑法分则的一些空白罪状条文来看,“违反国务院卫生行政部门的管理规定”、“违反武器装备使用规定”、“违反规定”、“违反规章制度”等,确实存在过于概括、笼统之嫌,离上述明确性原则之审查标准似有一段距离。因此,立法者有必要在为空白罪状指明必须参照的相关规范或制度的同时,应尽量将“违反××规定”之行为的范围予以明确和具体。

2. 就空白罪状刑法条文的明确性而言,完全空白罪状的刑法条文只是指出具体犯罪构成行为要件的确定应予参照的相关规范或制度,本身未对具体犯罪构成行为要件作任何表述,因此,不完全空白罪状的刑法条文的明确性完全依赖于被参照的相关法规或制度(在授权本身明确的前提下)。既然被参照的相关规范或制度,已被委托填补具体犯罪构成行为要件的具体内容,那么,其应在遵循明确性原则的前提下,明确具体的规定哪些内容可以成为具体犯罪构成行为要件的组成部分,否则就违反犯罪构成要件明确性原则。完全空白罪状的刑法条文不仅指明或隐含具体犯罪构成行为要件的充实应予参照的相关规范或制度,同时,对具体犯罪构成行为要件本身也作了类型化表述。其中,具体犯罪构成行为要件的类型化表述部分,是不违背明确性原则的。一方面,刑法条文必然具有普遍性和一般性,另一方面,该部分毕竟已为在参见相关规范或制度来确定具体犯罪构成行为要件指明了大致的方向。即使是曾屡遭学界非议的“口袋罪”之一的投机倒把罪,与其说是刑法条文本身的不明确,还不如说是被参照的相应法规规定不明确,“投机倒把”已指明了该罪的具体构成行为要件的大致方向,而并非泛指所有违反金融、外汇、金银、工商管理法规的行为。同样,不完全空白罪状刑法条文的明确性也要依赖被参照的相关规范或制度的明确性,因为具体犯罪构成行为要件仍需其加以充实(不同于完全罪状的“填补”),因此,被参照的相关规范或制度也应

[44] 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第32页。

[45] 参见前引[31],杜里奥·帕多瓦尼书,第21页。

对具有“充实”行为要件功能的内容作出明确具体的规定,否则,也不符合犯罪构成要件明确性原则。

概而言之,从民主法治性原则、法律专属性原则和明确性原则的角度追问,空白罪状尚可在“难达最好,就避最恶”的处境中求得生存。但是,最佳最好的目标(即最大程度的实现罪刑法定原则的宗旨与内容)又是永恒的,因此,空白罪状应在“路漫漫其修远兮”的心境中通过不断“炼狱”(即采取各种相应的立法措施)以至“涅槃”。

---

**Abstract:** Blank description of crime is a subordinate conception of fundamental of crime. It is adopted largely in the 1997 criminal law. The principle of democracy and rule of law, the principle of nature of legal monopoly, the principle of definition and clearness of law shall limit existence of blank description of crime in the specific decision of criminal law. It's existence disobeys in a way three principles therefore the legislator should take some ways to improve and develop the justification of blank description of crime.

---