

浅析罪刑法定主义下的空白罪状问题

张贞蓉

摘要 空白罪状是随着社会公益事业范围的不断扩大,顺应因自由法治国向社会福利法治国的转换而行政犯日趋增多的状况所出现的一种罪状表述方式。本文从对罪刑法定原则的重新理解中,论证了空白罪状并不违反罪刑法定原则,从而通过对空白罪状的修正,改善可以寻求到刑法二机能的最佳结合,从而实现刑法的目的。

关键词 罪刑法定主义 空白罪状 法律专属性 法律明确性

中图分类号 D920.5

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2010)01-093-02

一、罪刑法定原则下刑法调控范围的特点

罪刑法定主义,也称罪行法定原则,指犯罪和刑罚必须由法律明文规定。其经典表述为:法无明文规定不为罪;法无明文规定不处罚。首次出现在德国著名刑法学家费尔巴哈1801年的刑法教科书中。正如贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中阐述的那样:当一部法典业已厘定,就应逐一遵守,法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。

随着历史的推进,罪刑法定主义下刑法调控范围呈现出以下几个特点:

(一) 制刑权的专属性——制刑权由立法机关行使

正如上文所述,罪刑法定主义被经典的表述为:法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。这样,我们可以得出这样的结论:法官进行裁判进而进行科刑的前提条件是为法律的规定。回归到贝卡利亚在其《论犯罪与刑罚》中的论证思路中,我们可以理出这样一条线索:贝卡利亚以启蒙思想家的“社会契约论”为论证的原点,开始了刑罚权来源的论述,人们为了解决绝对自由的冲突,相应的让渡出一定的权利,相约组成国家,而让渡出的这部分权利形成了国家权力,国家权力也相应的演化成为“权力束”,形成一个权力体系。而刑罚权则是这个权力束中的一股。国家的刑罚权来源于公民权利的让渡,所以国家权力的行使必须遵循一定的“法律规则”,从而论证了罪刑法定主义的必然性。因此国家刑罚权的发动不能凭空,而是要有一定的依据,该依据来源于法律,而所谓的法律必须由国民来制定,因为,刑罚权作为国家权力体系中的一个支系,而国家权力来源于国民权利的让渡,只有国民自己可以决定自己让渡权利的多少,并且,因为国家权力来源于国民的权利,所以国民有权利来控制这样的权力束,使其真正的符合当初大家相约组成政府的初衷——权利最大化的保证和权利的保障。这就是制刑权的专属性。

(二) 基于罪刑法定原则下刑法法益保护和人权保障相平衡的特点,刑法讲究谦抑性

刑法的谦抑性,是指在运用刑罚手段抗拒犯罪时,基于人道、慎重、宽和的本旨,一般将其限制在最合理和最小的范围之内。包含着以下几层意思:一是补充性,这是指刑法是保护法益的最后手段,只有当其他手段不能充分保护法益是,才可适用刑法的保护。二是不完整性,是指刑法只是社会规范体系中的一部分,

并非社会规范的全部,不应当介入社会生活的各个角落;三是宽容性,宽容是刑罚人道化的重要标志,是对公民自由的尊重,这就要求刑罚的适用要尽可能的宽和、轻缓、人道;四是经济性,是指国家在发动刑罚权的时候,力求以最小的投入换取最大的刑罚效益。

“法律不是压制自由的手段,正如重力定律不是阻止运动的手段一样……法典就是人民自由的圣经。”正如上文所述,人们相约组成国家,自律自己的无限制自由的欲望的目的在于获得有保障的自由,并且,理性的人们当然是希望让渡出去的自由是最小的、必要的,因此幻化出来的国家权力也应该是维护人们的权利所必要的最小的。人们所希冀的是最大程度上的意思自治,直至冲突无法化解才由国家出面,从这个角度上说在应然状态下刑法应该是谦抑的。并且在现在人们对自由、平等、人权的追求也决定了刑罚的发动必须限于对社会根本价值和秩序的维护,把刑罚对人们社会生活的介入控制在维护社会生存发展所必需的最低限度之内,这符合社会契约论为原点的国家刑罚权的论证理由,也符合人们的预期。

(三) 刑法调控范围的明确性

罪刑法定原则的内容之一就是刑法的明确性。明确性要求刑事立法所创制的刑事法律规范不能流于抽象的原则,而能为司法实践提供可操作性的标准和程序,并且成为人们对刑法的可预测性安全感的来源。

二、空白罪状与罪刑法定原则的冲突

自从我国97刑法确立了罪刑法定原则以来,刑法中的空白罪状问题成为学界热烈讨论的焦点之一。

(一) 空白罪状的概念及功能

空白罪状,又称参见罪状,是基本罪状的下属概念,乃指刑法分则中条文并不直接规定某种犯罪的构成特征,只是指明确定该罪构成特征需要参照的其他法律、法规的规定。其中又可分为完全空白罪状和不完全空白罪状,由此可以看出空白罪状有着基本罪状的基本功能,同时又由于其“空白”而具有的稳定性、包容性和超前性而受到立法者的青睐,但是其“空白”有其利,也有其弊。其“空白”在现实中所造成的与我国刑法中的罪刑法定原则尴尬局面也是学者们反对的原因。

(二) 学者反对的原因

学者们反对在刑法中存在空白罪状的理由在于违反了罪刑法定原则下刑法调控范围,进而学者们怀疑空白罪状对人权保护机能的破坏。空白罪状由于其“空白”的特点使得其违反了罪刑法定主义下的法律专属性,从而使得学者们对于我国确立了罪刑法定原则但却同时允许存在大量的空白罪状提出了自己的质疑,认为空白罪状削弱了我国确立罪刑法定原则所要解决的问题——保障人权的功能。

三、我为空白罪状辩护——空白罪状与罪刑法定主义的契合

(一) 正确看待罪刑法定原则下法律的专属性原则与明确性原则

1 对于法律专属性的理解,意大利刑法学界存在相对主义与绝对主义的对立。绝对主义者认为意大利宪法第25条明文规定,不依“法律”规定不得处罚任何人。因此,在刑法领域中只能由法律来规定犯罪与刑罚,不允许任何第二性法源。为了缓和宪法规定的严厉性提出的概念,意大利公法学者主张对法律专属原则作相对理解,他们认为,古往今来的任何立法者都不可能制定详尽无遗的法律,在社会生活变化急速的现代国家里,立法者更是只能规定行为规则的“主线”,让等级较低的渊源来决定具体的内容,即允许行政机关在法律规定的基本原则范围之内制订、完善具体的行为规范。在上面两种对立的主张之间,意大利刑法学界的通说采取了一种折衷主义的态度,即在刑法中是否允许存在非法律性规范作为渊源的问题上,坚持刑法渊源绝对的法律专属性,否认任何行政规范具有作为刑法直接渊源的效力,但在是否允许行政法规或习惯法来补充完善刑法规范的问题上,则认为在一定条件下应当承认非正式性法律对刑法规范的补充作用。因此,在对法律专属性做相对性的理解下空白罪状并不违背这一原则。

2. 明确性总是相对的。语言对意思的表达总存在着局限性和有限性,加之立法技术的不足,以及社会生活的变化程度之快,这些因素都决定着明确性总是相对的。也有意大利刑法学者指出:“明确,本身就不是一个确定的概念,所谓‘构成要件的确切性’也只能是一种立法政策的方向,甚至在一定范围内可以说是一种理想。”这说明,明确性正如数学上的极限那样,是我们一直努力前进趋向的目标但却不可达到。因此,在罪刑法定原则下来考察空白罪状的符合性应该充分考虑到明确性原则自身就存在的局限。意大利宪法法院则在具体认定某一规范是否违反明确性原则时总是持极端谨慎的态度,因此常常宣称“犯罪构成的明确性并不等于(一定要)采用(多少有点完整的)描述性罪状”,运用“约定俗成的概念或者可以作客观理解的社会伦理价值”并不与明确性原则的要求相悖,只要“这些概念在法官所处的社会环境中是众所周知并被普遍接受”。这样看来,空白罪状并不违反明确性原则。

(二) 空白罪状并不妨碍刑法人权保障功能的实现

首先是刑法二机能关系的厘清。刑法有着所谓的二机能——社会保障功能和人权保障功能。“罪刑法定主义反映出人们对刑法的新价值的追求,罪刑法定原则之所以被推崇,是由于它改变了刑法的传统功能:一是保障社会的功能,二是保护个人的功能。——刑罚具有保障机能,即行使保护犯罪行为者的权利和利益,

避免因国家权力的滥用而使其受害的机能,对司法有关者来说,刑法作为一种制裁的规范是妥当的,这就意味着当一定的条件具备时,才可命令实施刑罚,同时当其条件不具备时,就禁止科刑,虽然刑法是为处罚人而设立的,但国家没有刑法而要科以刑法照样可行,从这一点看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范,人们之所以把刑法称为犯罪人的大宪章,其原因就在于此。”罪刑法定原则在历史上确立的目的或者说结果就是强调对人权的保障。其背景是产生于封建罪行擅断的年代,刑法的社会保障功能被运用到极致,而忽略了对人的自由、人权的保障,所以罪刑法定原则的提出在当时有着其深刻的意义。但是,应该明白的是,并不是人权保障就是优于社会保障功能,应该说二者是并重的(而从某种程度上说,社会秩序同时是人权得以保障的重要的社会条件和因素)并随着社会的发展,人们的观念、意识的不同而有着不同的偏重程度,而不是天然的有着什么优先关系。要正确把握在不同历史条件下二者之间的关系,找到最佳的结合点,是刑法研究所要解决的问题之一,当然也是空白罪状问题研究所要解决的问题。

由上文所述,空白罪状符合罪刑法定原则下法律专属性及明确性原则——这一人权保障功能的重要前提,我们似乎可以得出这样的推论:空白罪状并不妨碍刑法人权保障功能的实现。所以从刑法二机能来看,空白罪状也符合其要求。同时,空白罪状具有刑事法律性,即便是在结构上不完整,也是对一类犯罪行为的类型化,同时也践行着刑法的社会保护功能——这一人权得以保障的重要社会条件和因素。

四、空白罪状的修正——更好的保证其成为刑法社会保护机能和人权保障机能的有机统一

应该说空白罪状利在于“空白”,弊也在“空白”,学者们的批评也并非空穴来风,所以如何采取有效措施保证空白罪状更进一步成为刑法社会保护机能人权保障机能的有机统一,是分析空白罪状和罪刑法定原则的冲突所要解决的问题。有学者认为可以从这样几方面去考虑:其一,必要性原则,即立法者只有具备必要条件的情况下,方可采用空白罪状的立法技术;其二,相当性原则,空白罪状的参照范围要适当,即从被参照的法规的层次和法律位阶来加以限定;其三,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惩罚的程度。此外,“加强授权立法的监督以保证授权立法内容的民主性,对被参照的法规和制度范围的具体明确化等,也是完善空白罪状的作用的一些有效措施。”这样才能更好使罪刑法定原则在微观层面贯彻下去,才能实现社会保护和人权保障的一致。

注释:

- [意]贝卡利亚著,黄风译,《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社,1993,11、13。
 陈晓明,何承斌,童伟华,《理论刑法学专论》,科学出版社,2006,59-60。
 马克思恩格斯全集(第1卷),北京:人民出版社,1956,286。
 邓文莉,《空白罪状并不妨碍刑法人权保障机能的实现》,中国人民公安大学学报(社会科学版),2007(1):21-25。
 [意]杜里奥·帕多瓦尼,《意大利刑法学原理(注评版)》,北京:中国人民大学出版社,2004,281。
 田文昌,陈平,《罪刑法定原则在我国现状和展望》,《中国法学》,1994(3):88。
 孙海龙,《也论空白罪状在中国刑法中的命运——从刑法机能二重性看空白罪状和罪刑法定原则的冲突》,《广西政法管理干部学院学报》,2002(6):46。