

入罪与出罪：罪刑法定司法化的双重考察 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_85_A5_E7_BD_AA_E4_B8_8E_E5_c122_484009.htm 【摘要】罪刑法定的司法化，尤其是定罪活动的法治化，首先需要解决的是司法独立、法官独立的问题。实质合理性的司法观念在入罪问题上是与罪刑法定原则相矛盾的。在复杂的“找法”活动中，司法水平之高低直接关系到能否正确地找到法律规定。罪刑法定原则只是限制法官对法无明文规定的行为入罪，但并不限制法官对法有明文规定的行为出罪。 【关键词】罪刑法定 入罪 出罪 罪刑法定原则于1997年在我国刑法中得以确立，它是我国刑法在法治化进程中的一个里程碑。当然，我们不能满足于罪刑法定原则的立法确认，更应关注罪刑法定原则的司法化问题。否则，罪刑法定原则只能成为一纸空文。综观世界各国刑法，罪刑法定原则都是以“法无明文规定不为罪”为其精髓的。因罪刑法定原则对于司法权具有一种限制机能：法律没有明文规定的行为，绝对不能入罪，从而将司法机关的定罪活动严格限制在法律明文规定的范围之内而不得超越法律的规定。罪刑法定原则当然要涉及到立法与司法关系，体现了立法权对司法权的限制，司法机关只能根据法律规定认定犯罪。但在现实生活中，司法机关的定罪活动往往是受到外界干扰，尤其是来自长官意志的影响。由于我国目前司法机关的人、财、物都受制于有关行政机关，因此没有真正实现司法独立。在这种情况下，罪刑法定原则的实现是不可能的。罪刑法定原则并非只是一句法律口号，如果没有制度保证，罪刑法定原则只能流于形式。事实上，法只是

对各种权力（权利）关系的一种确认，法律的实施，关键在于这种权力运作本身。因此，法律规定仅是罪刑法定原则的必要前提，但决不能认为只要有法律规定就必然实行罪刑法定原则。中国封建专制社会也是有法律规定的，例如《唐律》甚至是规定得十分完备的。但中国封建专制社会之所以不可能实行罪刑法定原则，主要是因为当时并不存在司法独立。在封建统治者将立法、司法、行政三权独揽的专制社会里，法官不可能完全依照法律规定认定犯罪，而是往往听命于长官意见，因此，定罪活动并非严格意义上的司法活动，而是上命下从的行政活动。在这种情况下，法官往往要面对服从长官意志还是服从法律的两难选择。法是死的，人是活的，长官掌握着某种决定法官命运的权力。在这种情况下，必然的逻辑后果是法屈于人。笔者认为，罪刑法定的司法化，尤其是定罪活动的法治化，首先需要解决的是司法独立、法官独立的问题。在这个意义上说，司法不独立、法官不独立是罪刑法定司法化的最大障碍。自从1997年刑法确认罪刑法定原则以来，司法机关在贯彻罪刑法定原则方面做出了巨大的努力。但也必须看到，某种体制上的障碍还没有消除，定罪活动并没有严格按照罪刑法定原则，纳入法治的轨道，而是在很大程度上受到来自外界的干扰。尤其是在政治运动式的打击犯罪的活动中，罪刑法定原则面临着严峻的挑战。对此，必须要有清醒的认识。罪刑法定原则在刑法中的确认，必然带来一场司法理念的重大革命，这就是从以前的以实质合理性为价值诉求的司法理念向以形式合理性为价值取向的司法理念转变。在过去专政的司法理念中，刑法被认为是打击犯罪的工具，强调行为的社会危害性，将其视为犯罪的本

质特征。这种实质合理性的司法观念在中国是具有文化传统的。在中国封建专制社会里，重礼轻法，法律只是维护统治的工具。当法与礼发生冲突的时候，必然选择就是法服从于礼，法是可以随意违背的。在这种伦理至上的实质合理性的司法理念中，法律是没有至上地位的，而在过去专政的司法理念中，法律同样只是执行政策的工具，当法律与政策发生冲突时，政策往往战胜法律。政策被认为是法的灵魂，言下之意，法只是政策的躯壳，躯壳当然只不过是灵魂的载体，它必然受灵魂的主宰。在这种情况下，认定犯罪往往不是严格地依照法律规定，而是根据政策所昭显的行为的社会危害性。当某一行为虽然具有社会危害性，但法律并未明文规定为犯罪的情况下，即实质合理性与形式合理性发生冲突的情况下，根据罪刑法定原则，法无明文规定不为罪，形式合理性是唯一的选择。但在实质合理性的司法观念中，这种选择是难以接受的。因此，不惜曲解法律，也要把这种行为认定为犯罪。由此可见，实质合理性的司法观念在入罪问题上是与罪刑法定原则相矛盾的。惟有建立起形式合理性的司法观念，罪刑法定原则才能得以实现。罪刑法定原则对于司法人员的业务素质提出了更高的要求。可以说，罪刑法定原则的实现程度与司法水平具有密切关系。罪刑法定原则在定罪活动中的贯彻，关键的是要解决找法问题。罪刑法定原则要求入罪以法的明文规定为根据，而法是否有明文规定，这是一个找法的问题。由于犯罪案件的复杂化与法律规定的复杂化，找法活动也十分艰难。如果不能正确地找法，罪刑法定原则就会成为一句空话。在罪刑法定原则下，法不是现成放在那里等着我们去找，法律适用也绝不是一个机械的对号入座

的过程，而包涵着司法人员的主观能动性。司法人员只有具备了相当高的司法水平，法才能正确地找到，才不至于违反罪刑法定原则。例如，某地曾经发生过这样一起案件，某被告人从香港乘坐飞机回内地，未经报关随身私自携带10多斤黄金入境，因案发被抓获。这一行为显然是一种走私黄金进口的行为，具有一定的社会危害性。那么，该行为应如何定罪呢？由此开始找法，刑法第151条第2款规定了走私贵重金属罪，这里的贵重金属包括黄金。那么，走私黄金进口的行为是否可以认定走私贵重金属罪呢？根据刑法第151条第2款之规定，走私贵重金属罪是指走私国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属的行为。显然，只有走私黄金出口才构成走私贵重金属罪，走私黄金进口则并不构成该罪。而且，刑法在走私贵重金属中规定走私黄金出口才构成犯罪也并非立法的疏漏。因为在同一款中规定的走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，刑法明文规定为走私国家禁止进出口的珍贵动物及其制品。那么，就此是否可以得出结论说，走私黄金进口的行为为法无明文规定因而不构成犯罪呢？回答是否定的，找法活动仍须继续进行。我们再来看刑法第153条规定的走私普通货物、物品罪，根据刑法第153条之规定，走私普通货物、物品是指走私刑法第151条、第152条、第347条规定以外的货物、物品。黄金在刑法第151条第2款已有规定，因此似乎应当排除在普通货物、物品之外。但刑法第153条规定，走私普通货物、物品中“走私刑法第151条、第152条、第347条规定以外的货物、物品”，其涵义是刑法第151条、第152条、第347条规定为犯罪以外的犯罪行为。走私黄金出口已经被刑法第151条规定为走私贵重金属罪，当然不能再包含走私普通

货物、物品罪中。但走私黄金进口并未被刑法第151条规定为犯罪，因而在逻辑上完全可以涵括在刑法第153条的走私普通货物、物品罪中，关键在于其行为是否符合走私普通货物罪、物品罪的特征。走私普通货物、物品罪中的普通货物、物品是一般的应税货物、物品，走私这种物品的危害性主要在于偷逃应缴税款。因此，刑法规定对于走私普通货物、物品的以偷逃应缴税额作为定罪量刑的标准。走私黄金进口的行为，实际上是一种偷逃应缴税款的行为，完全符合走私普通货物、物品罪的特征。而且，根据我国海关法、海关监管的物品可以分为两类：一类是国家禁止进出境的物品，另一类是国家允许进出境的物品。前者的危害性在于破坏海关监管制度，后者的危害性在于偷逃应缴税款。由于两者的性质不同，刑法分别设立了走私罪名。大多数物品，要么是国家禁止进出境的物品，要么是国家允许进出境的物品，二者必居其一。但黄金恰恰是一个例外，它属于国家禁止出口而允许进口的物品。因此，当走私黄金出口的时候，构成走私贵重金属罪，而当走私黄金进口的时候，由于偷逃应缴税款，因而应定为走私普通货物、物品罪。经过上述艰难的找法，我们终于发现走私黄金进口行为虽然法律没有显形的规定，但它应包括在走私普通货物、物品罪中，并非法无明文规定。显然，在这种复杂的找法活动中，司法水平之高低就直接关系到能否正确地找到法律规定。罪刑法定原则的本义是“法无明文规定不为罪”，那么，罪刑法定原则是否包括“法有明文规定即为罪”的含义呢？这里涉及到出罪与罪刑法定原则的关系问题。我国刑法第3条关于罪刑法定原则的表述，不同于世界各国刑法。刑法第3条规定：法律明文规定为犯罪

行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。由此可见，我国刑法对罪刑法定原则的内容表述分为两层含义。其中，“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”，也就是法无明文规定不为罪，对此并无异议。关键在于，如何理解“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”？立法者在解释这一规定时指出：“只有法律将某一种行为明文规定为犯罪的，才能对这种行为定罪判刑，而且必须依照法律的规定定罪判刑”。[

1]从立法本意来看，这一规定同样是对司法机关的一种限制，要求司法机关在法律有明文规定的情况下，应当依照法律规定定罪判刑。我国学者将刑法第3条规定的罪行法定原则的两层含义，分别称为经济的罪行法定原则与消极的罪行法定原则，认为我国刑法第三条克服了西方刑法的片面性，在刑法史上第一次把正确运用刑法打击犯罪、保护人民作为罪行法定原则的重要方面明确规定，而且把它放在第一位。这是罪行法定原则的新发展。[2]笔者认为，强调在法律有明文规定的情况下，司法机关应当依照法律规定定罪处刑当然是正确的，但能否将法律有明文规定的必须定罪处刑理解为罪行法定原则的应有之义，却是值得商榷的。实际上，罪行法定原则只是限制法官对法无明文规定的行为入罪，但并不限制法官对法有明文规定的行为出罪。正如日本学者指出：在保障国民的自由以及基本的人权方面，对罪行法定的内容本身提出了更高的要求。也就是说，不能简单地认为。“只要有法律的规定，对什么样的行为都可以科处刑罚，而且可以科处任何刑罚。”根据犯罪的内容，是否有必要用刑罚进行处罚（处罚的必要性和合理性），而且对于该种犯罪所定的刑

罚是否与其他犯罪相平衡（犯罪上刑罚的均衡），亦即从所谓实体的正当程序的角度来强调罪刑法定的意义。[3]因此，如果法律虽然将某一行为规定为犯罪，但在某一案件中，该行为并无实质上的法益侵害性，对这一行为不认定为犯罪，这并不违反罪刑法定原则。在法有明文规定情况下的出罪是否会导致司法擅断？这是在论及这个问题的时候首先提出的一种担忧。我们认为，在目前情况下，提出这种担忧是有一定道理的，由于我国法官素质还不高，司法腐败还大量存在，如果允许司法机关在法有明文规定的情况下，对某一行为不作为犯罪处理，就有可能造成对刑事法治的破坏。考虑到这一点，在目前，我们还是应当更多地强调形式合理性，但也应给法官的自由裁量留下一定的余地。在一般情况下，法有明文规定行为的出罪应通过司法解释加以规定。在条件成熟以后，再将这种自由裁量权交给法官。实际上，在以往的司法解释中，也曾经有过这样的规定。例如，最高人民法院曾经规定：对于有些农村妇女因严重自然灾害、生活困难等原因，外出与他人重婚或者同居的，应向其严肃指出：重婚是违法犯罪行为，但一般可不以重婚犯罪论处。在这种情况下，行为人实施了重婚行为，但考虑到这种重婚是为了生活所迫，对其不以重婚罪论处显然是正确的。如果按照所谓积极的罪刑法定原则，对于这种明显构成犯罪的行为不以犯罪论处是不允许的。但积极的罪刑法定原则有可能导致刑法的僵化，不利于个别公正的实现。在罪刑法定的司法化过程中，笔者认为应当避免以下两种倾向：一是法律教条主义，也就是机械地理解法律规定，因而导致定罪量刑上的失当。二是法律虚无主义，也就是曲解法律规定，对法律规定的解

释脱离立法本意。显然，这两种倾向与罪刑法定原则的精神都是相悖的，也是在罪刑法定原则司法化中应当注意克服的。关键的问题还是在于正确地理解法律规定。例如，刑法第382条第2款规定：“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。”这是基于受委托人员可以成为贪污罪主体的特别规定。因为这类人员本身并非国家工作人员，只是受委托从事公务活动，本来是不能成为贪污罪主体的。立法者考虑到这些人利用职务上的便利非法占有国有财物的情形时有发生，因而作出特别规定，从而使贪污罪的主体从国家工作人员扩大到这些受委托从事公务的人员。由于这是一个特别规定，因此不具有这种特别规定的其他犯罪不能比照适用。例如，刑法第385条受贿罪由于没有这一特别规定，受委托从事公务的人就不能成为受贿罪的主体。再如，刑法第382条第3款对贪污罪的共犯作了规定：“与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”这是一个提示性规定，因为共犯是一个刑法总则问题，分则作出规定，只是一种提示，即使没有这种提示性规定，对于贪污罪的共犯同样可以定罪。在这种情况下，例如受贿罪等其他身份犯，虽然没有关于共犯的规定，并不影响司法机关对伙同国家工作人员受贿的非国家工作人员，以受贿罪的共犯论处。当然，在上述法律教条主义和法律虚无主义两种倾向中，笔者认为后者对于罪刑法定原则的司法化是更为有害的，应当予以充分的关注。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com