

## 司法解释中的出罪事由及其改进逻辑

石聚航

**内容提要:**我国司法解释中存在一定数量的出罪事由。从类型上可分为但书模式、罪后情节模式和预防必要性降低模式。然而,司法解释中出罪事由的逻辑存在一系列瑕疵,主要表现为:过度夸大但书的功能,导致构成要件的虚化;刑事政策不当渗透刑法规范引发出罪评价基准混乱;坚持整体危害评价的立场,导致现有的出罪事由无法有效解决共犯等问题。应当基于区分“不法与责任”“责任刑与预防刑”的立场,对司法解释中的出罪事由予以重构。具体路径为:取消但书规定并通过强化构成要件的实质解释排除不值得刑罚处罚的事项;剔除罪后情节作为出罪事由并按照定罪免刑处理;将预防必要性降低因素从出罪事由调整为刑罚裁量事由;肯定违法性认识必要说立场从而拓展法定犯的出罪事由。通过上述重构,可分层次明晰裁判认定出罪的具体理由,充分展示出罪的逻辑表达,避免出罪标准的混乱。

**关键词:**司法解释 出罪事由 改进逻辑 犯罪论体系

石聚航,南昌大学法学院副教授。

### 一 问题的提出与分析进路

按照刑法理论,行为在齐备构成要件又不具有违法阻却事由和责任阻却事由时,原则上应当以犯罪论处,但在我国司法解释中则存在大量将上述情形按照无罪处理的规定。例如,行为人非法携带弹药进入公共场所,倘若弹药的数量达到了司法解释规定的标准,是否构成非法携带弹药危及公共安全罪;酒精含量达到醉驾的标准,驾驶机动车但没有造成后果的,是否一律构成犯罪。从犯罪论体系上看,上述行为无疑应当按照犯罪处理,但在实践中并非如此。上述论题的核心问题便是出罪事由。对此问题,刑法理论主流的讨

论视域集中在对但书功能理解的分歧而引发的争论。<sup>〔1〕</sup>

然而,理论界并没有充分关注司法解释中还存在其他类型的出罪事由。进一步追问,司法解释究竟存在多少种类的出罪事由?不同的出罪事由背后逻辑是什么?刑法理论应当如何评判这些出罪事由及其逻辑?倘若忽略上述问题,势必导致司法解释和裁判实践在出罪事由上“囫圇吞枣”式的粗放处理。鉴于此,有必要深入到犯罪评价体系中去寻找当下司法解释中出罪事由的实体内容并挖掘其内在逻辑,进而从学理上予以检视。

本文的初步结论是,当下司法解释中出罪事由的实体内容较为匮乏,其背后的逻辑是司法解释关于危害评价的整体性、模糊性,由此形成了多种类型的出罪事由。但书是常见的出罪事由,即便如此,但书的类型也不尽相同。部分案件中行为人的罪后情节成为区分罪与非罪的标准。在经济犯罪案件中,没有参与利润分配的人员是否构成犯罪,直接取决于其有无处罚记录,等等。表面上看,出罪事由的多元化似乎有利于实现刑法的保障机能,但多元化带来的模糊性同样也困扰着司法实践。为此,需要对出罪事由在逻辑上予以改造,改造的基本策略是基于“区分不法与责任”“责任刑与预防刑”的立场,对司法解释中的出罪事由予以重构,明确出罪的具体理由,展示出罪的具体路径,促使出罪机制的层次化与系统化。

## 二 司法解释中出罪事由的不同模式

为更清晰地展示司法解释中出罪事由的逻辑,本文以现行司法解释为分析样本,通过检索“不以犯罪论处”“不按犯罪处理”“不认为是犯罪”“不是犯罪”等关键词,<sup>〔2〕</sup>共检索有效的司法解释45件。对出罪事由做了类型化的区分。

### (一) 但书模式

尽管对于但书能否直接适用于个罪,理论界尚有争议。但是,司法解释似乎对于上述争议并无兴趣。在现有的司法解释中,不乏直接以但书作为出罪事由的规定。具体又可分为如下类型。

第一,重复刑法总则中但书的规定。此种类型在表述上通常为“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。与《刑法》第13条但书的规定无异。如最高人民法院、最高人民检察院2013年4月23日《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“……被害人对敲诈勒索的发生存在过错的,根据被害人过错程度和案件其他情况,可以对行为人酌情从宽处理;情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”从上述司法解释的规定看,对于何为“情节显著轻微且社会危害不大”并无实体性内容,只是重复了

〔1〕 肯定的立场认为但书可以作为出罪的依据,参见储陈城:《“但书”出罪适用的基础和规范》,《当代法学》2017年第1期,第100页;何荣功、罗继洲:《也论抽象危险犯的构造与刑法“但书”之关系——以危险驾驶罪为引例》,《法学评论》2013年第5期,第48页。否定的立场则认为但书不可以作为出罪的依据。参见喻贵英、焦毅:《醉驾不能适用刑法“但书”出罪》,《检察日报》2015年3月23日第3版;曲新久:《醉驾不一律入罪无需依赖“但书”的适用》,《法学》2011年第7期,第14页。

〔2〕 表述为“无罪”的司法解释均为涉及刑事诉讼的相关内容,因与论题无关,忽略不计。

刑法总则但书的规定。

第二,细化但书的内容。此种类型意在对刑法总则中但书的内容进一步细化,具有相对明确的内容。例如,最高人民法院2006年1月11日《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定:“已满十六周岁不满十八周岁的人实施盗窃行为未超过三次,盗窃数额虽已达到‘数额较大’标准,但案发后能如实供述全部盗窃事实并积极退赃,且具有下列情形之一的,可以认定为‘情节显著轻微危害不大’,不认为是犯罪:(一)系又聋又哑的人或者盲人;(二)在共同盗窃中起次要或者辅助作用,或者被胁迫;(三)具有其他轻微情节的。”相较于重复但书的模式而言,此种模式对于何为“情节显著轻微危害不大”作了具体的规定。然而,上述规定中哪些情形属于“情节显著轻微”,哪些属于“危害不大”,二者在内容上是否有所区别?司法解释似乎难以回答。

第三,参照但书模式。所谓参照但书模式,是指虽然未直接采取但书的表述方式,但在原理上与但书无异的出罪模式。例如,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2013年10月23日《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第27条规定:“已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性关系,情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪。”根据《刑法》第236条的规定,已满14周岁与幼女发生性行为,不论幼女是否同意,均应认定为强奸罪。但是,司法解释基于未成年人的特殊身份做出例外规定,从出罪事由上看没有采取但书的模式,但其原理仍然是基于“情节”和“后果”作出的评价,与但书并没有本质的区别。

在刑法理论中,关于但书能否直接作为出罪事由,历来存在争议,尤其是在立法增加了大量危险犯的情况下,观点争锋更加明显。肯定说主张,在个罪认定中裁判实践可以直接以但书作为无罪的根据。理由主要有:既然但书是刑法总则中关于犯罪概念的总规定,根据总则指导分则的原理,应当在分则中适用但书。在分则个罪没有规定具体的罪量标准时,应当通过但书限缩处罚的范围。但书的规定在我国现行司法解释中一直存在,不能忽视司法裁判的经验。<sup>[3]</sup>与此同时,否定说则认为,但书不能直接作为个罪出罪的依据。理由为:犯罪论体系是认定犯罪的标准。如果对构成要件采取实质解释,但书几乎没有直接适用的空间。既然刑法已经采取危险犯的立法模式,就意味着行为的危害性已经达到了应予处罚的程度,通过但书来出罪违背个罪的规范目的。<sup>[4]</sup>

本文认为,司法解释在总体上坚持了肯定说的立场。其内在的动因可能是:其一,司法解释力求契合刑法总则关于但书的规定,贯彻犯罪认定的“定性+定量”立法例。即便重复但书规定的内容,也有一定意义。即提示司法工作人员在处理临界案件时应当慎重,综合全案判断。其二,灵活地处理实践中的复杂案件。随着法定犯时代的到来,实践中出现了大量的“模糊地带”,行为究竟是行政不法还是犯罪,司法有时犹豫不决,为提防出现直接将行政不法认定为刑事不法的情况,<sup>[5]</sup>在司法解释中规定但书也显得尤为重要。其

[3] 参见赵秉志、袁彬:《醉驾入刑诸问题新探讨》,《法学杂志》2012年第8期,第18-20页。

[4] 参见张明楷著:《刑法的私塾(二)》(上),北京大学出版社2017年版,第3页。

[5] 参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期,第37页。

三,类似上述罪与非罪边界的具体判断,倘若均由立法规定,既不现实也无必要。由此,司法解释担纲落实或细化但书的任务。然而,饶有意思的是,有的司法解释规定了但书,而有的司法解释并未规定但书,个中缘由令人难以理解,这也反映了但书在司法解释中其实并无一定的规律可循。

## (二) 罪后情节模式〔6〕

在部分司法解释中,最高司法机关将罪后情节作为行为的出罪事由。其表述通常为“一般可不认定为犯罪”“可不以犯罪论处”等。该模式采取在原则上不按照犯罪处理的立场,但又不排除构成犯罪的可能性。

以罪后情节作为出罪事由大致包括两种情形。一种情形是获得被害人(家庭成员或近亲属)的谅解。在财产犯罪中,司法解释就注意区分了家庭或亲属犯罪与社会上一般刑事案件的不同。例如,最高人民法院、最高人民检察院 2013 年 4 月 2 日《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“偷拿家庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可不认为是犯罪;追究刑事责任的,应当酌情从宽。”根据上述规定,在亲属之间盗窃数额较大已然充足盗窃罪的犯罪构成时,如果获得被害人的谅解便可无罪。另一种情形是行为人罪后的积极行为。倘若行为达到了犯罪构成标准,但如果行为人有积极的主动退赃等行为,按照司法解释的规定也可以不认为是犯罪。如最高人民法院 2009 年 11 月 16 日《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条规定:“非法携带枪支、弹药、爆炸物进入公共场所或者公共交通工具,危及公共安全,具有下列情形之一的,属于刑法第一百三十条规定的‘情节严重’……携带的数量达到最低数量标准,能够主动、全部交出的,可不以犯罪论处。”〔7〕

此外,在有的司法解释中,赔偿能力也成为罪与非罪的标准。〔8〕在交通肇事只是造成财产损失时,行为人的赔偿能力成为是否构成交通肇事罪的重要标准。例如,根据最高人民法院 2000 年 11 月 15 日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定,交通肇事造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在 30 万元以上才构成交通肇事罪。言外之意,倘若行为人有足够的赔偿能力,积极赔偿的,应当按照无罪处理。

在刑法理论中,不乏支持上述司法解释的观点,理由主要为:第一,司法解释赋予了罪后情节以定罪的功能。这些规定有刑事政策的考量,又符合刑法谦抑性的要求,具有合理

〔6〕 值得注意的是,在有的司法解释中,罪后情节被纳入“情节显著轻微、社会危害不大”的评价范围。例如,最高人民法院 2013 年 1 月 16 日《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第 6 条规定,“拒不支付劳动者的劳动报酬,尚未造成严重后果,在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以认定为情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪……”。为了避免交叉,此处所说的罪后情节是指犯罪后的表现不作为但书评价的情节。

〔7〕 类似的司法解释如最高人民法院 2015 年 5 月 29 日《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第 2 条第 2 款规定:“行为人为自用而掩饰、隐瞒犯罪所得,财物价值刚达到本解释第一条第一款第(一)项规定的标准,认罪、悔罪并退赃、退赔的,一般可不认为是犯罪;依法追究刑事责任的,应当酌情从宽。”

〔8〕 严格地说,赔偿能力是交通肇事罪的追诉标准,但是从性质上看,赔偿能力实际上是罪后情节。

性。<sup>[9]</sup> 第二,符合认罪认罚从宽制度的精神。认罪认罚从宽制度改革具有特定的时代背景和价值取向,是建立在控诉机关指控被追诉人有罪基础之上的一种制度延伸,适用于任何案件性质、诉讼程序类型。<sup>[10]</sup> 在此背景下,强调罪后情节具有现实意义,可以有效地缓解加害人与被害人之间的紧张关系,促进法律效果与社会效果的有机统一。当然,也有论者认为,罪后情节不应当成为出入罪的理由,基于违法的客观性立场,罪后情节体现的是行为人人身危险性要素,与不法要素属于不同性质的范畴,不应当将二者混淆。<sup>[11]</sup>

本文认为,司法解释将罪后情节作为出罪的依据,其背后的动因是司法评价中规范外因素的渗透与融入。即对于“刚踩线”的行为,采取较为缓和的处理方式,通过在司法中建构体系外的出罪事由,对行为人具有一定程度的激励作用。在具体个案中,实际上还隐喻着司法在社会治理中的策略。例如,在涉枪类犯罪中,实践中司法机关历来的经验性做法是给行为人限定一定的期限,倘若在期限内交出枪支的,通常不作为犯罪处理。基于上述考虑,前述涉枪支、弹药、爆炸物司法解释中的无罪规定就不难理解了。这种规范外评价有时候也通常表述为社会效果。即在不同案件中司法处理的社会效果是有所不同的。<sup>[12]</sup> 在上述亲属相盗的场合,如前所述,裁判实践通常会认为亲属相盗的行为比社会上的盗窃犯罪危害程度小,应当区别对待。但问题在于,出罪的理由显然不是以“社会危害不大”作为依据,而是强调“获得谅解”。至于司法解释为什么不采取危害标准,理由可能是在同等数额情况下,很难说亲属相盗的危害一定小于非亲属间的盗窃。<sup>[13]</sup> 换言之,司法解释其实已经在一定程度上意识到了危害评价不宜过度地强调加害与被害关系,故在原则性不构成犯罪的同时,又规定了“追究刑事责任的,应当酌情从宽”。可见,司法解释并未完全放弃危害评价的整体性立场。<sup>[14]</sup>

### (三) 预防必要性降低模式

在某些犯罪类型中,倘若行为人预防的必要性阙如或者降低的,司法解释也会做出无罪的规定,反之,则仍然可能被认定为犯罪。以处罚记录为例,尽管行为危害并不大,但如果行为人有曾经受过处罚记录的,在有些案件中仍然有可能被认定为犯罪。质言之,只有在行为人“一身清白”的情况下,才有可能无罪。例如,最高人民法院、最高人民检察院2016年11月28日《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条规定:“对受雇佣为非法采矿、破坏性采矿犯罪提供劳务的人员,除参与利润分成或者领取高额固定工资的以外,一般不以犯罪论处,但曾因非法采矿、破坏性采矿受过处罚的除外。”

上述司法解释对于受雇佣者的刑事责任区分了三种类型:第一,参与营利的,需要追

[9] 参见蔡雅奇:《罪后情节的定罪功能探究》,《北京工业大学学报(社会科学版)》2011年第11期,第70-71页。

[10] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期,第63-64页。

[11] 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,《法学研究》2018年第2期,第74-75页。

[12] 参见宋亚辉:《追求裁判的社会效果:1983—2012》,《法学研究》2017年第5期,第20页。

[13] 刑法理论中,有学者主张危害是客观的概念,参见黎宏著:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第48页。

[14] 传统刑法学理论关于危害的评价,历来是整体性的判断。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第46页。

究刑事责任;第二,没有参与营利的,原则上按无罪处理;第三,没有参与营利,但有相关处罚记录的,仍然追究刑事责任。比较后两种情形,二者在客观危害上并无太大差异,但最后处理的结果却完全相反,反映出司法解释在出罪时特别注重预防必要性问题。即只有当行为人没有处罚记录等反映人身危险性降低的情形时,才可能无罪。

司法解释将预防必要性降低作为出罪的依据,从学理上追溯,源于对犯罪评价的整体性逻辑,基于这种逻辑的犯罪认定模式是混合认定模式,即将构成要件的事实与非构成要件的事实糅杂在一起,共同作为认定犯罪的根据。表面上似乎做到了“统筹兼顾”,实际上既违背了犯罪评价的基本逻辑,又造成个罪认定在规范依据上的错位。

刑法理论中主张预防必要性降低要素可作为出罪事由的观点,与司法解释的思路基本一致,即如果行为人没有预防必要性时,刑法不宜再按照犯罪处理。<sup>[15]</sup> 但与此同时,反对的观点则认为,预防要素与不法要素的性质不同,二者在犯罪论体系中的地位并不相同,从维持犯罪论体系的立场出发,诸如处罚记录等均应当作为预防要素看待,否则会冲破不法的类型。<sup>[16]</sup>

本文认为,倘若坚持责任刑与预防刑区分的立场,就不应当笼统地将预防必要性降低要素视为出罪事由。现代量刑的基本原理是以责任为基础,采纳“点”的理论或者“幅”的理论来解决报应刑与预防刑的冲突。既要避免将应当作为责任刑考虑的因素当作预防刑因素予以考虑,又要防范过于抬高犯罪人悔罪等事后情节的地位,从而不适当地减轻责任刑。<sup>[17]</sup> 司法解释混淆定罪与量刑因素的做法实不可取。

### 三 司法解释出罪事由的逻辑反思

基于上述分析,本文认为,司法解释中的出罪事由在宏观上存在逻辑上的瑕疵,亟待从理论上反思。

#### (一) 过度夸大但书的功能导致构成要件的虚化

在前述司法解释规定的出罪事由中,但书占据了大量篇幅,其原因在于司法解释为了对接刑法第 13 条犯罪概念中的“立法定量”,然而,过度强调但书的出罪功能,容易导致构成要件的虚化。在现代刑法中,构成要件由于在外观形式上的客观性,可以避免司法认定的恣意性,进而具有稳定实体法的重要功能。构成要件之所以如此重要,是因为构成要件本身就是体系化的产物,作为犯罪论体系中的首要评价环节,具有审查清单的功能。即避免对于同一个案例事实各说各话,可以在一定程度上保障法律适用结果的可预测性。而强化法安定性,藉以避免非理性、恣意的即兴创作,则正是体系思维的主要特点。<sup>[18]</sup> 倘若在犯罪认定中,直接以但书的规定作为出罪事由,则构成要件的审查清单功能将受到削

[15] 参见姜涛:《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》,《政治与法律》2018 年第 2 期,第 104 页。

[16] 参见张明楷:《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》,《政法论坛》2017 年第 1 期,第 19-20 页。

[17] 参见王瑞君:《如何解决个案量刑时报应刑与预防刑的冲突》,《政治与法律》2013 年第 5 期,第 145-152 页。

[18] 参见蔡圣伟著:《刑法案例解析方法论》,我国台湾地区元照出版有限公司 2017 年版,第 66-67 页。

弱。与构成要件相比,但书中的“情节显著轻微”“危害不大”的实体内容并不明确,缺乏清晰的操作标准。即便司法解释竭尽全力地去划定但书的范围,却仍然无法摆脱但书本身存在的缺陷。因此,以但书直接作为出罪的依据,表面上看实现了司法裁判在个案处理中的灵活性,但造成的代价却是构成要件在刑法中地位的缺损。

在本文看来,但书的主要功能应当局限在立法。在司法层面上,应当消除但书的出罪功能。立法上但书的功能主要在于阻却立法事由,<sup>[19]</sup>即将不值得处罚的行为排除在刑法之外,因此,在刑法分则增设个罪时,应当考虑犯罪情节和危害是否达到应当处罚的程度,以维持“法律不理睬琐屑之事”的基本图像。换言之,但书的功能在于限制立法,倘若维持构成要件在刑法中的地位,就不可能承认但书对于个罪认定的直接意义。相反,如果认为在司法中但书可以作为出罪的依据,就可能导出罪标准的多元化,进而模糊刑法处罚的边界。

## (二) 刑事政策不当渗透刑法规范引发评价基准的混乱

在部分司法解释中,行为人犯罪后积极赔偿损失等罪后情节也被视为出罪事由,但是这种模式在本文看来并不合理。我国司法实践通常的做法和逻辑是,将罪后情节作为整体的危害予以判断,如果行为本身造成的危害并不严重,在行为人积极赔偿损失后,司法的评价公式是“罪之危害+罪后表现=整体危害”。但是,如前所述,这种和稀泥的方式,无法体现出刑法评价的内在逻辑,何以一个已经造成客观损害的行为,只是因为行为人罪后态度较好,就可以在整体上彻底否定行为的危害性。其内在的逻辑无外乎是“态度决定一切”的主观判断思维。

罪后情节并不是犯罪论体系中的要素,更不应当作为但书中“情节显著轻微危害不大”的要素。因为,犯罪论体系所要解决的是行为是否最终成立犯罪的问题,应当遵循“行为与责任同在”的原理。罪后情节是行为人在行为完成之后的一系列表现,倘若认为罪后情节能表明行为人的责任降低,则意味着以行为时为基准的刑法判断原理将会遭遇搁浅。

可能存在质疑的观点认为,在当下目的理性刑法体系下,责任范畴已经开始考虑需罚性的问题,责任不再是传统犯罪论体系中的问题。<sup>[20]</sup> 本文认为,需罚性不应当在犯罪论体系中予以考虑,犯罪论体系是为司法提供定罪的模式与规格,如果认为需罚性也构成了责任中的范畴,由于需罚性的内容极其宽泛,将稀释犯罪评价的整体轮廓。退一步而言,即便承认需罚性的合理性,需罚性的内容完全可以通过法益的实质化评价予以实现,即将法益侵害并不紧迫的行为排除在犯罪论体系之外,自然就无须再饶舌需罚性理论。在责任刑和预防刑要素的关系框架下,需罚性主要考虑的是预防必要性大小的问题,只能被作为预防要素予以对待。行为是否构成犯罪的问题,是责任刑所要解决的问题。因此,在现行体系下,诸如被害人积极赔偿损失等罪后情节,不可能在犯罪论体系中找到位置。

[19] 参见姜涛:《刑法立法阻却事由的理论界定与制度前景》,《中国法学》2015年第2期,第160页。

[20] 参见龙天鸣、李金明:《“互联网+”时代中的刑事需罚性判断——以被害人教义学为视角》,《政治与法律》2017年第10期,第25页。

罪后情节作为出罪事由,背后彰显的是刑事政策过度渗入刑法规范带来的后果,<sup>[21]</sup>这种做法值得深思。第一,刑法的行为规制机能在刑事政策吞噬刑法规范中面临严重的缺损。作为行为规范,刑法面对的是普通公民,其宣示的意义在于让普通公民知晓可为与不可为的界限。倘若一个行为本身造成了危害,如果只是由于积极赔偿就可以无罪,则会给人一种错觉,即事后的态度和赔偿的努力成为决定行为是否构成犯罪的另外一个标准,然而这种做法在现代法治中难以获得正当性。第二,不可否认刑事政策对于刑法规范适用中的调节作用,但其功能也应当仅仅局限于调节,而不能直接替代刑法规范,成为个罪认定中的依据。在刑法理论中,有学者主张刑法规范的刑事政策化,认为刑法应当逐渐转向功利性的控制,与刑事政策协调。<sup>[22]</sup> 本文认为,上述观点值得慎重对待。规范与政策的关系在不同的国家彰显为不同的类型,对于转型社会中“失范现象”较为严重的情况,规范意识的强调尤为重要,理性的个体应当对于“何为允许”“何为禁止”有明确的认知,而不能以具体个体的能力作为判断罪与非罪的标准,否则,规范的效力将大打折扣。因此,对于当下而言,更为重要的是以规范为中心的治理,而非单纯为了社会效果将作为国民行为准则和司法裁判标准的刑法规范做过于柔化的处理。第三,倘若结合历史就不难发现,法治虚无的年代都有一个基本特点,即过度强调灵活性。在刑法学理论中,经常弥漫着一种“原则—例外”或者“原则—灵活”的思维。中肯而言,此种思维有一定的合理性,即从长远而言,“例外”逐渐增多变成原则之后则会推动刑法规范体系的变动和发展。但值得反思的是,倘若此种例外或灵活变成基于个体差别而造成制度适用中的不平等,毋宁将此种灵活视为对原则的颠覆与破坏,其本质是恣意,无法与现代法治兼容。

### (三) 无法有效解决共犯问题

按照现行司法解释中的出罪逻辑,部分司法解释的规定无力解决共犯问题。例如,甲与乙共同非法携带爆炸物进入公共场所,携带的数量达到了司法解释规定的最低数量标准,案发后乙主动交出全部的爆炸物。根据最高人民法院 2009 年 11 月 16 日《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条的规定:“行为人非法携带本条第一款第(三)项规定的爆炸物进入公共场所或者公共交通工具……携带的数量达到最低数量标准,能够主动、全部交出的,可不以犯罪论处。”按照上述规定,乙的行为不构成犯罪没有疑问,问题是甲的行为如何定性。对此,可能存在的方案有如下几种:第一,甲的行为也不构成犯罪。但甲并没有主动交出爆炸物的行为,将甲的行为也认定为无罪与司法解释的规定不符。第二,甲的行为仍然构成犯罪,乙的行为不构成犯罪。但这同样存在疑虑,按照犯罪共同说,二人共同携带爆炸物进入公共场所,构成共同犯罪。按照行为共同说,基于不法是连带的,责任是个别的原理。二人在不法层面上亦构成犯罪,在责任评价上,也不存在违法性认识错误、缺乏期待可能性等理由,即不论采取犯罪共同说还是行为共同说,二人均应当成立共同犯罪,即无法按照上述司法解释的规定认定乙的行为无罪。可见,在现有的出罪思路下,无论将甲的行为认定为

[21] 参见石聚航:《刑事政策司法化:历史叙事、功能阐释与风险防范》,《当代法学》2015 年第 5 期,第 56 页。

[22] 参见柳忠卫、郭琳:《“刑法的刑事政策化”的理论解读》,《政法论丛》2015 年第 4 期,第 5-6 页。



有罪还是无罪,都在逻辑上无法自圆其说。

同样地,17岁的甲帮助20岁的乙共同盗窃他人财物(达到数额较大标准),二人商量赃物由甲暂时保管。案发后,甲主动交代了其与乙共同盗窃的事实并积极退赃。按照最高人民法院2006年1月11日《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条的规定:“已满十六周岁不满十八周岁的人实施盗窃行为未超过三次,盗窃数额虽已达到‘数额较大’标准,但案发后能如实供述全部盗窃事实并积极退赃,且具有下列情形之一的,可以认定为‘情节显著轻微危害不大’,不认为是犯罪:(一)系又聋又哑的人或者盲人;(二)在共同盗窃中起次要或者辅助作用,或者被胁迫;(三)具有其他轻微情节的。”据此,甲的行为不构成犯罪。但问题是,乙的行为如何处理?倘若认为乙和甲一样不构成犯罪,则会将上述适用未成年人犯罪的特殊规定不当扩大到成年人,显然不合理。但是如果认定乙的行为构成盗窃罪,则反过来肯定了甲乙二人构成盗窃罪共同犯罪,那么,乙的行为就不可能无罪,但这又与上述司法解释的规定相冲突。

#### 四 司法解释中出罪事由的改进思路

基于上述分析,司法解释中的出罪事由需要在逻辑上进行改造,出罪事由的症结根源在于司法解释规定的内容缺乏层次性。改进的方案应当以逻辑重构为中轴予以展开,采取阶层论的思维模式。

##### (一) 区分不法与责任

不法与责任的区分是近代刑法发展的一个基本法则和经验,尽管关于不法的内容存在不同的见解,<sup>[23]</sup>但形成的共识是先客观判断再主观判断是犯罪认定的基本流程。<sup>[24]</sup>区分不法与责任可以清楚地展示出罪的逻辑。在我国司法解释中,不乏因受蒙蔽、胁迫而出罪的规定。最高人民法院2000年12月10日《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定:“对于参加黑社会性质的组织,没有实施其他违法犯罪活动的,或者受蒙蔽、胁迫参加黑社会性质的组织,情节轻微的,可以不作为犯罪处理。”按照上述司法解释,受蒙蔽和受胁迫的性质相同,均为出罪事由。然而,实际上并非如此,司法对于上述二者在处理上应当有所区别。按照先客观后主观的判断逻辑,在客观上,二者均是参加行为,危害程度并无明显差异。但在责任判断上,受蒙蔽表明行为人根本缺乏对上述犯罪组织的认识,即阻却故意,根据责任主义原理,当然不能以参加黑社会性质组织罪论处。但是,在受胁迫参加的情况下,行为人对于黑社会性质组织是有认识的,司法解释不按照犯罪处理的原因是其期待可能性减弱。正如有学者指出,“在某些受到精神强制案件中,行为人并没有完全丧失选择行为的能力,但期待可能性程度有所降

[23] 参见劳东燕:《刑法中的客观不法与主观不法——从故意的体系地位说起》,《比较法研究》2014年第4期,第67-68页。

[24] 参见周光权著:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第50页。

低,因而可以减轻处罚”。<sup>[25]</sup> 这种区分的意义在于,受蒙骗而参加者因缺乏故意,应当一律无罪。然而,对于受胁迫者,则可以根据受胁迫的程度等要素具体作出是否有罪的结论。倘若司法实践中对于被胁迫参加的行为都不按照犯罪处理,那么,对于受蒙骗者更应当按照无罪处理。但是,对于受蒙骗参加的人给予无罪处理,并不意味着对于被胁迫参加的人也一定不以犯罪论处。可见,司法解释由于并没有明确二者在犯罪论体系中的地位,而一概以“可以不作为犯罪处理”,并不妥当。既没有展示出罪事由的类型,也遮蔽了出罪的内在法理。

在共犯中部分出罪的情形下,也可以体现出区分不法与责任的优势。以前述未成年人帮助成年人盗窃为例(17岁的甲帮助20岁的乙共同盗窃他人财物后,甲积极交出赃物)。本文认为,如果将前述司法解释重新改造,则可避免前文所述的两难境地。具体而言,司法解释规定的“又聋又哑的人或者盲人”表明的是减弱行为人责任能力的要素。“在共同盗窃中起次要或者辅助作用,或者被胁迫”系行为人不法程度降低的要素。在不法层面上,二人均实施了盗窃行为,该当盗窃罪的构成要件,但如果甲系聋哑人、盲人等有生理缺陷的人,则在责任评价时可视为责任能力减弱,减弱程度较大时可按无罪处理。但此时,乙仍然成立盗窃罪,并且须对二人共同盗窃的数额承担刑事责任。倘若甲在共同犯罪中起辅助作用,则意味着其不法程度减轻,但由于共同犯罪的不法具有连带性,所以在甲并未出现特殊的减弱责任能力的情况时,仍然与乙成立盗窃罪的共同犯罪,只是在量刑上因系帮助犯而从宽处罚,至少成立盗窃罪但可以免除刑罚。

按照区分不法与责任的原理,司法解释中的无罪情形应当分为如下几类。

第一类因无法充足不法而被认定为无罪的情形。从逻辑上又可以分为如下几种类别:(1)形式上无法该当具体个罪构成要件的行为。此种情况,司法解释一般不予规定。故本文不予讨论。(2)在内容上通过对构成要件要素的实质解释,也被排除在犯罪之外的情形。即将刑法中的“但书”融入到具体构成要件要素中,从而避免笼统地认为“情节显著轻微且危害不大”判断的问题。例如,销售少量根据民间传统配方私自加工的药品,或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品,没有造成他人伤害后果或者延误诊治的。倘若将刑法中的生产、销售假药罪中的假药进行实质解释,即假药的评价更应当侧重于其功效,即是否对人体可能造成损害等。则在上述情况下,如果形式上被认定为“假药”的药品对于人体治疗具有功效,也不能认定为刑法上的假药,自然无法按照生产、销售假药罪论处。

类似的是,在实践中出现因身份证丢失,为考试而伪造与自己真实身份证一样的假身份证行为,如果不从法益侵害的实质角度理解,则可能会得出上述行为构成伪造居民身份证罪。司法实践在处理类似案件时的思维通常从形式上看行为构成伪造居民身份证罪,但如果情节显著轻微社会危害不大,不认为是犯罪。<sup>[26]</sup> 本文赞同上述结论,但不宜过度拔高但书的功能。不处罚此类行为的理由是,本罪属于妨害社会管理秩序罪,但是对于

[25] 陈兴良:《刑法中的责任:以非难可能性为中心的考察》,《比较法研究》2018年第3期,第31页。

[26] 参见徐志伟主编:《妨害社会管理秩序罪》,中国民主法制出版社2014年版,第25页。

这种集体法益的判断,<sup>[27]</sup>只有可以还原为具体个体法益的时候,才能被认定为犯罪。在伪造自己居民身份证案件中,行为人所侵犯的法益无法还原为个体法益,反而是对个体有利的行为。此时,不可直接以集体法益受到侵害而追究行为人的责任。基于此,伪造居民身份证罪中的居民身份证应当被解释为他人身份证件,而不包括自己的身份证件。如此理解也具有现实意义,一是实践中伪造自己居民身份证的情形较为罕见,为了实施犯罪而伪造一张与自己真实身份证件一样的证件,几乎不可能出现;二是行为人多是基于紧急情况来不及办理身份证件或者因办理身份证期限较长等实属无奈的情况下才实施的。既然如此,就没有必要将伪造自己身份证件的行为也认定为本罪,通过对伪造居民身份证罪做出限缩解释,可以有效避免刑法处罚范围过宽的问题。

第二类是阻却违法事由的无罪。此类情况在司法解释上较少,主要涉及如警察在面  
对暴力犯罪时持枪反击等正当防卫情况,且其体系性地位在理论和实践中并无太大的分歧。<sup>[28]</sup>本文不再赘述。

第三类是缺乏责任的无罪。即行为具有不法性,只是基于个案的特殊情况,如行为人缺乏期待可能性、违法性认识错误等责任阻却事由,不再追究其刑事责任的情况。如实践中妇女被拐卖重婚的情形均可归为缺乏期待可能性的出罪事由。在一些走私案件中,倘若行为人对于不同国家和地区之间的法律认识存在错误的,也可以出罪。

除却上述类型,尽管行为人预防必要性很低,但由于“特殊预防只是罪刑均衡的刑事政策标准”,<sup>[29]</sup>也不应出罪,但可以免除刑罚,即行为仍然构成犯罪,只是基于处罚必要性的考虑而免除刑事处罚。例如,故意杀人后,即便获得被害人亲属的谅解,积极赔偿损失,双方达成刑事和解,也不能作为出罪的理由。<sup>[30]</sup>换言之,不能过度拔高特殊预防在刑罚裁量中的地位,对于责任刑较重的犯罪,刑法的报应性色彩在个案中可以适度稀释,但不能全然不顾,单纯以被告人的特殊预防必要性较小为由做出无罪的判断。

## (二) 区分责任刑要素与预防刑要素

在无罪认定中,强调责任刑与预防刑要素区分具有下列意义。第一,有助于进一步揭示定罪量刑逻辑。在定罪量刑中,预防刑要素要受制于责任刑要素而不是相反,预防的限度应当在报应的框架内,没有无报应的预防。倘若过度扩大预防的作用,则刑法的正当性根据会受到挑战,既有可能导致犯罪人无法体会到刑罚之恶,也可能导致重刑主义盛行。第二,有助于厘清相关要素在量刑中的功能和作用。刑罚适用时,应当首先选取与案件事实对应的量刑格确定基准刑,然后再根据行为人的罪后表现、危险要素等调整基准刑,而不是相反。第三,适度规范与限定司法裁量权。没有责任刑的制约,量刑活动会成为一匹脱缰的野马,司法标准会虚无化。当责任刑比较重时,此时即便行为人没有任何预防的必要性,也不应当冲破责任刑的底线。诸如犯罪后积极赔偿,罪后表现由于表征的是

[27] 参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期,第50页。

[28] 本文只是讨论在上述情况构成正当防卫时的出罪功能,而不是说刑法理论对于正当防卫的具体认定没有争议。

[29] 何群著:《论罪刑均衡的司法应对》,中国人民公安大学出版社2016年版,第136页。

[30] 参见梅传强、周建达:《刑事和解能否承受死刑司法控制之重?——基于案件社会学的分析》,《法制与社会发展》2012年第2期,第76页。

犯罪人的危险性而只能被作为预防要素予以区别处理。按照责任刑和预防刑的基本原理,不管行为人具有多么大的特殊预防必要性,都不能超出责任刑的范围裁量刑罚,影响预防刑情节的作用受到责任刑的制约。<sup>[31]</sup> 这种制约体现为,预防刑要素再大,也只能是责任刑的最高标准;预防必要性再小,也不能突破责任刑的底线。

综上,按照区分“不法与责任”“责任刑和预防刑”的立场,对现行司法解释中无罪的规定重新改造,则一方面可以较为清晰地展现司法实践中出罪的思路,详言之,行为为何不构成犯罪,能够在司法逻辑中得以清晰展示,同时,也有助于摆脱“但书”的模糊规定、过度依赖刑事政策甚至导致出入罪标准的不统一等情形。无论是定罪还是出罪,对于司法活动而言,都应当是一个环环相扣的清晰过程,通过这种无罪逻辑的阐释,才可以避免无罪认定的“一团化”操作模式,普通公众关于刑法的认知也可以从逻辑化的裁判思维中得以强化,从而使刑法的行为规制机能得以强化。

### (三)“两个区分”立场下出罪事由的进一步阐释

基于上述分析,为了在逻辑思维上体现出不法与责任、责任刑要素与预防刑要素“两个区分”的立场,应当对现行司法解释中出罪事由的表述方式予以改进和革新。

#### 1. 取消但书规定并通过强化构成要件的实质解释排除不值得刑罚处罚的事项

取消司法解释中的但书,并不意味着在犯罪评价中不考虑危害大小,而是将危害的判断融入到具体个罪的构成要件中。通过对个罪构成要件要素的实质解释,化解刑法理论上关于但书的争论和裁判实践中拿捏不准的困境。例如,对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人偶尔与幼女发生性关系的问题,就不宜按照现行司法解释的模式处理,即“情节轻微、未造成严重后果的,不认为是犯罪”,而是应当将解释的侧重点从但书转向构成要件要素(包括行为人没有采取暴力、威胁和其他手段,完全是“两厢情愿”的性行为等),不能认为只要与幼女发生了性行为就构成强奸罪。即便在肯定幼女没有性承诺的前提下,考虑到未满 16 周岁未成年人的年龄、心理及非暴力等手段特征,也会得出其行为不符合强奸罪的构成要件从而不以强奸罪论处的结论。

批评的观点或许认为,即便取消了但书的规定,司法实践中对于个案的处理仍然需要把握和判断“情节”与“危害”大小。本文并非否定司法个案中要考虑“情节”与“危害”,而是主张将但书的内容融入到犯罪构成要素中,纳入规范解释的范畴,通过对犯罪构成的实质化评价完成但书原本承载的任务。例如,对于未成年人盗窃亲属财物的问题,按照前述司法解释的规定,即便达到了数额较大的标准,如果获得被害人谅解的,通常也不按照犯罪处理。如前所述,在盗窃数额相同的情况下,亲属相盗与社会上的盗窃危害程度很难说有明显差异。<sup>[32]</sup> 实际上,对亲属相盗,可以通过将“占有”重新解释使之出罪化。即在父母子女等家庭关系中,未成年人即便秘密获取父母财物,也不属于“排除他人对财物的占有,建立新的支配事实”的情形。就如同丈夫趁妻子不注意获取妻子银行卡密码进而取款的行为,因双方对于夫妻共同财产属于共同所有,不论是按份共有还是共同共有,均

[31] 参见张明楷:《阶层论的司法适用》,《清华法学》2017 年第 5 期,第 38 页。

[32] 参见黎宏:《判断行为的社会危害性时不应考虑主观要素》,《法商研究》2006 年第 1 期,第 100 页。

无法认为丈夫的行为属于规范意义上的盗窃行为。易言之,在肯定刑法介入家庭事务的特殊性同时,<sup>[33]</sup>通过理论上的重新诠释,明确此类案件的裁判要旨和处理方式,远比笼统的但书更为具体。

取消但书的出罪事由,也不会造成司法的机械性。个罪构成要件的解释从来不可能是形式上的判断。从构成要件发展的历史看,规范的构成要件要素、开放的构成要件等在刑法中日益得到重视,<sup>[34]</sup>而上述问题在司法裁判中,无疑需要裁判者结合刑法的规范目的予以价值判断,这就说明构成要件的解释无法脱离实质评价。因此,但书直接作为出罪依据的观点是对构成要件机械理解的结果。正如有学者指出,“从法理上说,主张但书规定只具有提示性意义而不能直接作为出罪根据,更符合立法理性与司法逻辑”。<sup>[35]</sup>

### 2. 剔除罪后情节作为出罪事由并按照规定定罪免刑处理

罪后情节,顾名思义是行为在犯罪论体系上已经得出有罪结论之后的情节。这些情节本身与犯罪成立无关,而是影响量刑的要素。如前文所述的行为人非法携带爆炸物达到定罪标准后,主动交出的行为,按照有关司法解释的规定,可不以犯罪论处。本文认为,由于交出行为是罪后行为,既然行为达到了构成犯罪的标准,就应当按照《刑法》第130条的规定论处。可能存在的批评性观点是,倘若一律按照犯罪处理,容易导致犯罪认定的僵化。本文主张,《刑法》第130条非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪是危险犯,既然立法已经将这种行为提前处罚,就不应当对立法做所谓的“变通”,否则立法的意义将大打折扣。恰恰相反,现行司法解释采取的立场不是严格了,而是过于随意了。如果通俗地理解前述司法解释的规定,即没有达到构成犯罪标准的,但是态度比较恶劣,可以按照犯罪处理;达到构成犯罪标准,但是态度较好,积极交出赃物,则可以按照犯罪处理。犯罪与否的判定标准沦落成行为人罪后的态度与行为,不免令人唏嘘。倘若将罪后情节作为出罪事由的模式推广到所有犯罪中,其后果不堪设想。因此,当司法解释明确了某个罪的具体认定标准时,只要达到了此标准,就应当认定为犯罪,为了全面评价行为人的罪后情节,可将上述积极交出的行为按“定罪免刑”处理,即适用《刑法》第37条非刑罚替代措施。当然,在行为虽未达到上述数量标准时,即便行为人具有拒不交出甚至态度恶劣等情形,也无法按照刑法第130条的规定论处。

同样地,司法解释将个人赔偿能力作为交通肇事罪出入罪标准也不合理,与刑法平等原则抵牾。因此,应当取消“无能力赔偿数额在三十万元以上”的规定,明确规定交通肇事造成公共财产损失或他人财产直接损失相对具体的数额标准。

### 3. 将预防必要性降低要素从出罪事由调整到刑罚裁量事由

预防必要性降低要素,表明的是对行为人矫正的难度较小,与已经发生危害的不法大小,在犯罪论体系中是不同的问题。有鉴于此,应当将之作为刑罚裁量要素。对于反映行

[33] 参见姜涛:《刑法如何面对家庭秩序》,《政法论坛》2017年第3期,第32页。

[34] 参见刘艳红:《法定犯不成文构成要件要素之实践展开——以串通投标罪“违反招投标法”为例的分析》,《清华法学》2019年第3期,第42页。

[35] 陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期,第61页。

为人预防必要性小的行为,甚至可以免于刑事处罚,但仍然要其对不法行为予以否定评价。

结合前文所述,对于受雇佣为非法采矿、破坏性采矿犯罪提供劳务的人员是否构成犯罪,不宜采取司法解释“根据行为人是否有处罚记录”的认定标准。行为人是否有处罚记录,实际上所要揭示的是罪过问题。司法解释之所以将“参与利润分成或者领取高额固定工资的”认定为犯罪,而将没有处罚记录的一般劳务者作无罪处理。理由其实是,前者的故意内容较为确定,如果提供劳务者“参与利润分成或者领取高额固定工资”就可以认定行为人明知所从事、参与的活动是非法采矿或者破坏性采矿,其原理和其他故意犯罪对“明知”的认定一样。例如,根据最高人民法院、最高人民检察院2010年2月2日《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第8条的规定,“实施第四条至第七条规定的行为,具有下列情形之一的,应当认定行为人‘明知’,但是有证据证明确实不知道的除外……(三)为淫秽网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务,收取服务费明显高于市场价格的……”。因此,司法解释的核心问题是要解决提供劳务人员罪过的认定问题,而不应当根据是否具有处罚记录作为出罪或者入罪的理由。据此,对于上述提供劳务的处理,可按照如下方案予以改造。第一,行为人曾因非法采矿、破坏性采矿受过处罚的,可以被认定为明知他人从事非法采矿或破坏性采矿。第二,行为人只是提供一般劳务,并且没有曾因非法采矿、破坏性采矿受过处罚的,在认定“明知”时需要慎重,应当结合其他客观情形综合认定。第三,倘若行为人知道所从事的活动是非法采矿或破坏性采矿的,不论其是否有处罚记录,只要达到非法采矿罪、破坏性采矿罪的犯罪构成标准,就应当以犯罪论处,有无处罚记录只是处罚轻重的考量因素。质疑的观点可能会认为,在刑法中不乏将处罚记录作为定罪标准的规定。例如,《刑法》第201条第4款关于逃税罪的规定:“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”关于该刑法规定是否合理,是另一个问题,此不赘述。退一步而言,即便肯定处罚记录可以作为出入罪的依据,也应当由刑法规定,而不是司法解释。但是,《刑法》第343条关于非法采矿罪、破坏性采矿罪的条文中并没有处罚记录的相关规定。因此,2016年关于非法采矿罪的司法解释难免有“造法”之嫌。

#### 4. 肯定违法性认识必要说立场进而拓展法定犯的出罪事由

尽管阶层论通常主张违法性认识是有责性的要素,但是,我国的裁判实践立场是违法性认识不要说。完全放弃违法性认识错误,难免会将缺乏规范认识能力的行为也认定为犯罪。<sup>[36]</sup> 这种做法的底色其实仍然是心理责任论,随着法定犯时代的到来,法定犯的种类和构造越来越复杂,一概坚持违法性认识不要说,势必会得出根据自然犯原理认定法定

[36] 参见车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期,第23页。

犯的不合理结论。

刑法理论通常认为,行为人没有认识到自己行为的违法性,也不具有违法性认识的可能性时,行为人没有责任,对其不能以犯罪论处。<sup>[37]</sup> 在现行司法解释中没有发现将违法性认识作为出罪事由的表述。值得注意的是,在司法解释中,存在当遇到法律冲突时需要考虑违法性认识要素的情况。例如,最高人民法院、最高人民检察院、海关总署 2002 年 7 月 8 日《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第 7 条规定,“走私珍贵动物制品的……同时具有下列情形,情节较轻的,一般不以犯罪论处:(一)珍贵动物制品购买地允许交易……”。司法解释之所以如此规定,理由可能是,在营利性犯罪中,不同国别或区域在对待这类法定犯的法律规定存在较大的差异。珍贵动物在不同国家和地区是否可以交易以及何种种类的珍贵动物不能交易等,都存在一定程度的差异,基于法律冲突需要作出特别的规定。但是,上述处理方式仅仅以客观上是否存在法律冲突作为无罪认定的依据,有些草率。例如,我国公民甲知道某物品根据中国法律是禁止出口的,而其他国家法律允许进口、交易,此时认为行为人不构成走私罪,理由较为牵强。无论是根据属地管辖还是属人管辖原则,均应适用我国刑法的规定。不能一概依据外国法律规定为无罪,就否定中国刑法的效力。因此,在法律冲突的情况下,需要考虑行为人的违法性认识错误问题。在走私案件的处理中具体可分为两种情形:(1)如果行为人知道中国刑法禁止,外国刑法不禁止,则实际上无法按照缺乏违法性认识处理的。走私出口的行为地由于发生在中国,均不排除我国刑法的适用。(2)倘若行为人不知道中国刑法禁止,而将特定物品从中国走私至允许交易地。行为人以购买地法律不禁止为理由,且在积极采取了如查阅或通过其他方式认为我国刑法并不禁止出口的,此时按照前述司法解释规定即“一般不以犯罪论”。然而,司法解释的立场也仅仅是倾向性地不认为是犯罪,实际上仍有定罪的可能性。但是,如果承认违法性认识是故意中的要素并且坚持违法性认识错误的意义,则行为人的行为就应当以违法性认识错误为由,不成立犯罪。反之,则仍然可以按照我国刑法关于走私罪的相关规定定罪处罚。

## 五 结 语

在我国,司法解释由于具有“准法”的功能和地位,<sup>[38]</sup> 因此在出罪事由的设定上应当具有合理的逻辑,这种逻辑应当反映犯罪认定的基本逻辑。司法解释中但书泛化的立场尽管可能符合人们关于犯罪的整体评价立场,但却可能导致犯罪认定的非逻辑化,犯罪认定的流程无法得以充分展现。定罪或出罪的事由,应当具有向普通公民传递刑法规范的内在要求,即何为正确的何为不正确的。现行司法解释由于在危害的认定上缺乏必要的逻辑,而可能使刑法的行为规制机能被遮蔽,这不仅导致裁判实践关于出罪的标准笼统且

[37] 参见张明楷著:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 323 页。

[38] 关于“准法”的论述,参见李曙光著:《转型法律学:市场经济的法律解释》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 282 页。

难以把握,而且也使得公众由于对正确与否的标准缺乏认知难以引起规范的认同。作为关于犯罪认定的两种不同策略,阶层论较传统的犯罪认定方法因在逻辑上可以更清晰地展现犯罪认定的具体操作流程,应当作为改进现行司法解释出罪事由的基本框架和分析方法。在此视野下,司法解释朝向区分不法与责任、区分责任刑要素与预防刑要素的方向改进,并在具体构成要素上按照上述逻辑重新分配,使出罪事由的具体认定更加符合犯罪认定的固有规律。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金后期资助项目“刑法交互解释研究”(19FFXB037)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] There are a certain number of causes of decriminalization in judicial interpretations of the Criminal Law in China. In terms of type, they can be divided into proviso mode, post-crime plot mode and prevention necessity reduction mode. However, the causes of decriminalization in judicial interpretations have a series of logical flaws, the main manifestations of which are the followings: overstating the function of proviso, leading to the non-substantiation of constitutive elements; inappropriate penetration of criminal policy into criminal law norms, leading to the confusion of the criteria of evaluation of causes of decriminalization; and adherence to the position of overall hazard assessment, resulting in the inability of existing causes of decriminalization to effectively solve the accomplice issues. Based on the standpoint of distinguishing between “wrongfulness from responsibility” and between “responsibility punishment from prevention punishment”, the causes of decriminalization in judicial interpretation should be reconstructed. The specific approaches to the reconstruction include: abolishing proviso and strengthen the substantive interpretation of constituent elements to exclude matters that are not worth of the penalty; deleting the post-criminal plot as a cause of decriminalization and, instead, treating it as a cause for conviction with exemption from punishment; changing the role of prevention necessity reduction factors from that of causes of decriminalization to that of causes of sentencing discretion; and confirming the illegality cognition necessity theory, so as to expand the causes of decriminalization of *mala prohibita*. Through the above reconstruction measures, the concrete causes of decriminalization in judgment practice can be clarified tin different levels, the logical expression of decriminalization can be fully demonstrated, and the confusions about the standards on decriminalization can be avoided.

---

---

(责任编辑:王雪梅)