

中国刑事法学研究丛书

总主编 ◎ 康树华 副总主编 ◎ 王顺安

刑事事实法学

王作富 ◎ 主编

群众出版社

9914
W396

中国刑事法学研究丛书

刑事实体法学

王作富 主编

群众出版社

2000年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事实体法学/王作富主编. —北京: 群众出版社, 2000. 2
(中国刑事法学研究丛书)

ISBN 7-5014-2149-8

I. 刑… II. 王… III. 刑法-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 75877 号

版式设计: 李隆昇

中国刑事法学研究丛书

刑 事 实 体 法 学

王作富 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京公大印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 14.625 印张 350 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2149-8/D·1013 定价: 25.00 元

印数: 0001—4000 册

前 言

1997年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议，在国人的热切企盼中通过了修订的《中华人民共和国刑法》。这部刑法的颁布实施，标志着我国刑事立法进一步发展与完善，同时也是在改革开放不断深化的历史条件下，为保卫我国社会主义现代化建设提供了更加强有力的法律武器。

刑法是国家的基本法之一，过去人们习惯把它叫做“刀把子”，因为它的运用关系到对人的生杀予夺。其实，更确切地说，它是一把“双刃剑”，运用得好，一面可以惩治罪人，运用不好，另一面也会伤害好人。因此，要求司法机关必须慎用、用好这个武器，真正做到惩罚犯罪与保障人权的有机统一。

党的十五大提出依法治国的战略方针，标志着党领导国家的方式的根本转变。“治国先治吏”。因此，贯彻这个方针，首先是要求国家机关工作人员，特别是司法工作人员必须严格依法办事，做到“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，尊重和维护法律的权威。刑事司法工作，是一种十分重要的法律实践活动，又是一种十分艰巨、复杂的工作。面对形形色色的刑事案件，要分清罪与非罪、此罪与彼罪的界限，做到定性准确、量刑适当，往往会遇到这样或那样的困难，甚至有时造成错判。有句俗

话说：“提笔下判，妻离子散”，足见法官的笔是何等沉重！对于司法工作者来说，增强法制观念，提高依法办事的自觉性固然是重要的。但同时也必须要有能够依法办事的素质，否则，有良好的愿望也不会有好的效果。在帮助司法工作人员提高法律业务素质方面，法学理论工作者负有义不容辞的责任，这就是要大力开展科学研究，用能经得住实践检验的科学理论指导司法实践，不断提高司法工作水平。

我们高兴地看到，随着修订刑法的颁布实施，在我国掀起了一个学习、宣传刑法的新高潮，新的刑法教材、专著大量出版，呈现出一派繁荣的学术景象。但是，另一方面，我们也看到，在刑法学研究中，还有许许多多的理论问题和实践问题，人们见仁见智，对刑法规范的理解，众说纷纭，诸多疑点、难点有待进一步深入探讨。为了能在这方面作一点贡献，我们约请几位专家和博士研究生，就若干专题撰写论文，重点是对当前在理论上和实践中存在争议的问题进行研讨，同时为了开阅读者的思路，借鉴其他国家和地区刑事立法的有益经验，我们也吸收了几篇就几个问题进行比较研究的成果。这些论文中，每位作者都针对某些问题阐述了自己的观点，我们认为，这些观点未必都是很成熟的、无可辩驳的，但是，作为一家之言提出来，供大家研究，对于最终取得共识总会是有益的。

因为本书是专题论文集性质的，本身没有一个完整的理论体系。因此各专题的顺序是按照各专题在刑法学体系中的先后顺序进行排列的。

本书的撰稿人如下（以论文排列顺序为序）：

周光权 中国人民大学法学院博士研究生

张 军 最高人民法院刑一庭庭长、法学硕士

肖中华 中国人民大学法学院博士研究生

阮方民 杭州大学法学院副教授、中国人民大学法学院博士研究生

莫洪宪 武汉大学法学院教授、法学博士

刘 远 中国人民大学法学院博士研究生

刘志远 中国人民大学法学院博士研究生

林亚刚 武汉大学法学院副教授、法学博士

于志刚 中国人民大学法学院博士研究生

谢望原 山东大学法律系副教授、法学博士，中国人民大学法学院博士后研究人员

王作富 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师

翟中东 中国人民大学法学院博士研究生

本书由主编审阅定稿。由于时间较紧以及个人水平所限，书中难免存在缺点与不足，热诚欢迎读者批评指正。

编 者

1999年5月25日

罪刑法定原则司法化的障碍及其克服

周 光 权

罪刑法定无疑是刑法学中最富魅力的话题。自 1810 年法国刑法典率先规定罪刑法定原则以来,许多国家的刑法都无不以设立该原则为时髦。但是,罪刑法定并不只是法典中的一个标签,更不是简单的一句法谚。罪刑法定原则立法化的实现只是为解决问题提供了一个预案,刑事司法才是罪刑法定原则得到最终实现的根本保障,所以,罪刑法定司法化乃是问题的关键。新刑法通过以来,刑法学界忙于对刑法条文进行注疏,对罪刑法定的适用这一重大问题并未作出较为深入的探讨,这不能不说是一种缺陷。事实上,我们始终“无法回避的一个问题就是:在罪刑法定的制度构造中,应当如何塑造刑事司法的品格”?^① 所以,探讨罪刑法定原则司法化的障碍并提出克服困难的基本方略,极具现实意义。

上篇:罪刑法定原则司法化的障碍

在刑法修订以前,理论界极力呼吁在新刑法中设立罪刑法定原则,为该原则的司法化提供了一个较好的氛围,使人们对这一

^① 参见陈兴良:“罪刑法定的当代命运”,《法学研究》第 18 卷(1996)第 2 期。

刑法基本原则乃至体现在新刑法中的基本精神产生了一种认同感。但是,由于观念上以及立法技术上的原因,人们对罪刑法定的认识还停留在浅层次上,甚至对其产生了误读。认识上的偏差构筑了阻挠罪刑法定原则司法化的一道屏障。

一、观念障碍:三个悖论

罪刑法定原则与法治的根本意蕴是相吻合的:事先喻晓的法律规则代表没有意志、不受情绪摆布的规则,规则的特点是严格而刻板,依靠法律规范来治理社会、推进司法活动即为法治。这一逻辑在某些环节上可能值得进一步推敲,但经验事实证明其基本上是可靠的。所以,罪刑法定是法治观念在刑法领域的体现。但是,在新刑法实施以后,国内亦有不少人对这一原则提出了或多或少但并非毫无道理的质疑。不对这些质疑作出回答,澄清认识偏差,罪刑法定原则的司法化将无从谈起。

质疑既来自理论界也来自实践方面:有的学者认为,将罪刑法定与法治等而视之是从西方“语境”出发所作的判断,因为中国并无实行罪刑法定的传统^①,将罪刑法定“移植”到中国有水土不服之虞;广泛存在于司法机关的一种心态则是:由于罪刑法定强调“法外无罪、法外无刑”,它就极有可能束缚司法机关的手脚;而且实行罪刑法定以后,刑是否还足以压罪,司法人员的心里并

^① 法史学界有学者提出,在古代中国刑法中即存在罪刑法定主义,它伴随春秋战国时期公开颁行成文法运动而产生,并发展成为系统的理论(参见栗劲:《秦律通论》,山东人民出版社1985年版,第182页)。这是一种似是而非的观点。事实上,现代以前的中国刑法缺乏起码的人文关怀,所以很难谈得上有一种真正意义上的、能为多数人所赞同的罪刑法定原则存在于其中。

不踏实。^①理论上的异见和司法上的担忧既然存在,就并非没有其合理性,事实上,即便是较早对罪刑法定作出刑法反应的西方国家,对该原则的质疑始终都存在,赞成论和反对论有如针尖对麦芒。在我看来,在当前中国要很好地贯彻罪刑法定原则,需要辨明三个悖论,使该原则像哈贝马斯(J·Habermas)所说的那样“通过讨论达成共识而取得一种合法化地位”,以尽量消除对罪刑法定妥当性的质疑。

悖论之一:规则变化与社会秩序

罪刑法定首先要求确定规则,只有在一个规则环境中,普通公众或涉入具体案件的当事者(犯罪人与司法者)才有可能对未来有一个大致确定的判断,也才有自觉的生活,才有可能在社会生活中运用个人的知识和经验来采取行动、作出安排。所以,罪刑法定表达的是一种渴求秩序的愿望。

但是,罪刑法定之下作为规则的法在两个层次上不能满足法治秩序的需求:1. 从认识论的角度来看,刑法典作为国家认识、预测犯罪行为并进行处置的逻辑体系,很难穷尽所有的犯罪行为,正所谓法条有限,而事实无穷。这是一个事实判断。对此结论,人们已有共识,哈罗多·伯曼就认为,人类深谋远虑的程度和文字论理能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形作详尽的规定。^②而当代中国正在实现由计划经济向市场经济的转型,在此过程中,传统的道德和习惯的力量在巨大的物质利益诱惑面前分崩离析,为了追逐经济利益使许多人铤而走险危害社会;同时,由

① 1998年6月我在某省法院的一些调查证实了这一点(当然,法官们的这种认识并不妨碍他们尽可能地依照罪刑法定原则行事)。法官们也强调说,废除类推并将罪刑法定立法化,对刑事司法有一定程度的影响,但是,这种作用力远不如学者们所想象的那么大。

② 参见[美]哈罗多·伯曼:《美国法律讲话》,陈若恒译,三联书店1988年版,第20页。

于社会分工的增加,道德规范多元化加剧,人们的规范共识和道德共识进一步瓦解,对违法犯罪的非正式制裁机制削弱,“实质上”的犯罪可能相当严重,但刑法条文对此可能无法作出敏锐反应。2. 从经验论的角度看,刑事领域法治秩序的最终生成是一个复杂的历史演讲过程。维持社会秩序需要制定法,但更需要有关机关和人员的实践。刑法规则事实上对社会秩序的影响不如刑法学家想象的那么大,它往往是一个实现诱导、促进合作、备而不用之物;而将制定法多寡与法治状况好坏直接挂钩的作法极有可能造就一个法律很多但秩序较少的世界。

所以,“明文规定”之法既可能多余,又可能无法满足现实需要。但是,我们又实在无法抛弃相当规模的成文法,因为:(1)在现代社会,虽然个人权利越来越广泛,但是它在强大的国家司法机器面前仍然弱不禁风,所以,应当对刑罚权进行控制,司法机关惩罚犯罪的范围以法定为边界,以此实现对个体权利的倾斜保护。那么,在承认刑法规则有限性的前提下强调权利理念,实行罪刑法定就是无奈之中的明智选择。(2)由前述对刑法规则和社会秩序的关系判断所产生的事实判断引发了更为深刻的问题:立法是不是要以制定囊括可能出现的所有犯罪的刑法典为己任,这涉及到刑法的补充性原则问题。该原则强调,刑法和其他法律一起共同对法益实施保护,但是,刑法只有在民事、行政等法律对法益的保护不充分时才能介入社会生活。所以,刑法必须有限制地、谨慎地适用,它只能在不得已的情况下和尽可能小的范围内将违法活动和违法者作为自己的关注对象。为此,刑法学者柏克尔(Packer)较为详尽地阐述了将违法行为犯罪化所应受到的具体

限制^①，它们集中起来表明了这一点：刑法的能量其实很有限，它必须为其他部门法留有活动的余地。从这个意义上讲，简单地谈论“法有限、情无穷”并无多大意义，因为一方面刑法“必须”有限；另一方面，某一违法行为如果没有被刑法明文规定为犯罪，要依行为的“社会危害性”把它判断为实质上的“犯罪”，由于判断标准并不“客观”，所以结论也极有可能有问题。³更为重要的一点是，法律规则滞后于社会生活实践乃是一种必要的、正常的状态。卢梭早就指出，法律只不过是社会结合的一个条件。^②所以，就一个社会的总体来看，法律制度的形成和确定必定是后续性的：不是法律创造社会秩序；而是社会创造法律。从这个角度出发，刑法不可能随时随地地对所有的犯罪作出反应，认为它既不周延又显得滞后的观点本身就没有多少意义。该观点实际上是隐含地接受了这样一个很值得怀疑的理论预设，即在同一时段内，刑事法制化是与社会的政治、经济、文化变革完全兼容的，可以完成共时性的变革。这一预设直接导致了人们对罪刑法定主义的怀疑。不过，由于理论预设原本虚幻，结论自然有失偏颇。因为人们苛求立法而不能时，极有可能转而用较为激进的方法放纵司法，在“建设”刑事法制的过程中一路高歌猛进（类推、溯及既往原则都因此而取得合法性地位）；而这种方式恰恰与现代刑事法治本身的回应社会、规则内生于社会、规制社会也更规制国家司法权力的趣旨大相径庭，殊不足取。

① 这些限制条件共有6项，其中尤为重要者为：第一，在大部分人看来，这种行为对于社会的威胁是明显的，从社会的各个方面来看，都是不能容忍的；第二，对于这种行为科处刑罚符合刑罚的目的；第三，对于这种行为的抑制不会使社会所希望的行为受到限制；第四，对于这种行为的处理没有可以代替刑罚的其他适当的方法存在。参见 Packer, *The Limits of the criminal sanction*, (1968), P296. 转引自全理其：“刑法增设新罪的基本原则”，《法学研究》第18卷（1996）第5期。

② 参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第52页。

悖论之二：立法权力与法律神话

自柏拉图以来，人们基本上就不再对立法权的合法化过程表示怀疑，立法者因此获得允许去颁布作为规范的法律，凭借权力表达一种真理话语，形成一种知识体系。^①我们的确需要这样一个规范体系，因为它能够为我们提供一个良好的制度环境，身居其中“人类不必像哨兵那样两眼不停地四处巡视，而是要能使他们经常无忧无虑地仰望星空和放眼繁茂的草木，举目所及乃实在(Dasein)的必然和美好，不间断的自我保存的呼救声至少有一段时间沉寂，以使良心的轻语终归能为人们所闻”。^②但是，对法律规则的端赖又往往走向事物的反面；立法往往会让人们失望，由此，悖论就产生了，人们对立法的态度最终凝结为一种既爱且恨的复杂情怀。要实现罪刑法定所要求的法律成文化、具有明确性，就必须将大量权力赋予立法机关，立法至上观念由此产生，随之而来的问题是，对立法至上的信奉再向前逾越一步往往就会生成立法一贯正确、立法万能的迷信思想。对立法的神话式迷信显然是受了法律实证主义观念的强烈影响。^③不过，人们越来越清楚地看到，立法并不万能，也并不一贯正确：这首先是因为词与物之间的关系并非一一对应，并非十分明晰，立法者无法用“法言法语”对社会生活中的某些违法犯罪现象作出绝对准确而明确的界

① Michel Foucault, *Discipline and punishment: The Birth of the prison*, trans. by Alan Sheridan, New York: Vintage Books (1979), P27.

② 参见[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社1997年版，第11页。

③ 罪刑法定主义如果完全沦为法律实证主义的奴隶，就可能使法律成为维护专制统治的工具。竭力为罪刑法定原则鼓与呼的贝卡利亚的理论居然受到当时欧洲最反动的国家统治者如俄国沙皇凯瑟琳、普鲁士皇帝菲特烈二世、奥地利皇帝约瑟夫二世的欢迎；篡夺法国革命果实，复辟帝制后的拿破仑乃至法西斯统治时期意大利、西班牙都能堂而皇之地将罪刑法定原则载入他们制定的刑法典之中，正是形式的罪刑法定原则中内含的国家实证主义法律观的这种两面性的具体体现。

定；其次，更为重要的是，由于“所有的规则实际上都是相互冲突的期待与利益的一种混合的产物”，^①法律在多数情况下都完全有可能只反映了居于优势地位的利益集团的意见而置为数众多的身处劣势者的愿望于不顾；最后，成文的法律还完全有可能无的放矢，偏离中心，不得要领。借用弗里德曼的说法，立法神话的破灭无非证明了条文化的法律制度像浇花的水管，全是洞。如果增加一端的压力，另一端可能喷出更多水，也可能不；完全取决于有多少洞，压力多大。^②所以，罪刑法定下的刑法立法必须谨慎行事，否则，就无法消除由立法权力衍生的立法神话。由于永恒的对理性的崇拜决定了立法有可能不正确，立法权力容易铸就立法神话，将罪刑法定原则的基石建立在“法律明确规定”之上，就始终有些问题，人们由此而生发对罪刑法定的质疑就势在难免，谁也没有能力彻底消除这种质疑，惟一的办法是尽可能地使立法理念消极化、立法内容广泛化、立法方法科学化，将人们对罪刑法定原则中的“法”的正确性的怀疑保持在合理的限度内。

悖论之三：法条繁复与司法“懒惰”

罪刑判定主义的核心命题是以法律支配司法权力，就其根本作用而言，它不过是防范人性的弱点——权力为恶的工具。法律在这里作为一种社会控制手段，乃是人类社会进程中的一种反自然选择。这里的“法律”是指立法“明文规定”之法。人们担心司法权力为恶，^③主张限制司法权，有着深层的根源；对“法官的

① 参见[美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章等译，中国政法大学出版社1994年版，第192页。

② 参见[美]弗里德曼：《法律制度》，李琼英等译，中国政法大学出版社1994年版，第104页。

③ 立法权实际上亦有为恶的可能，而且在有的情况下立法权之为恶比司法权的滥用更为恐怖，但人们又不能要求立法机关不立法，因为那样就会切掉法治秩序之形成的重要（但不是惟一）的来源。

不信任”或者说“对法官专权的恐惧”^①这种普通心态强化了对立法权的殷殷期望，立法者也乐于去制定条文众多、内容复杂的法律。而成文法的形式主义者肯定法律只是由立法官员的命令组成，只要仔细阅读这些命令，就可以在所有案件中都得到可被公认的正确结果。^②这种法律实证化理论发展到极致的结果就是：人们自觉或不自觉地会把对犯罪的认定视作每一个能识字的、具有平常智力人都能胜任的刑法自动适用过程；把对刑罚的运用视为可以运用数学方法或借助电脑进行精确计算的简单题目。对成文法律的过分依赖势必造就“懒惰”的法官。

因此，以理性设计的方式、以一般性的文字颁布刑事法律，进行规模化的法律生产，为社会设定规则，这只是问题的一个方面，它的直接的副产品是增强了司法惰性。虽然司法人员在认定犯罪和决定刑罚时都要发挥其主观能动性，但是，普遍的、隐性的司法心态仍是：成文刑法有可能解决所有与犯罪有关的问题，司法活动只是照本宣科而已。当然，随着司法活动的实际推演，人们会发现事情远非如此简单。所以，罪刑法定原则的这一悖论的后果是最终使人认识到成文法表述的规则和作为社会生活的规则可能不同。正是成文刑法的出现造就了这一可能，而且也正是制定法的大量增加才凸显并加剧了庞德所概括的书本上的法与实践中的法的差异。

上述分析业已表明：罪刑法定中规则变化与社会秩序、立法权力与法律神话、法条繁复与司法“懒惰”之间的冲突始终存在，

① 欧陆诸国对法官阶层在资产阶级革命中的反动作用深恶痛绝，基于其独特的司法传统，始终以怀疑的眼光打量法官，所以这些国家选择绝对的（形式主义的）罪刑法定就不难理解；孟德斯鸠、贝卡利亚、卢梭等人都强调要禁止法官解释法律当在情理中。

② 参见〔美〕波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第52页。

我们不能无视这三个悖论，而应当以务实的态度将它们冲突的可能性减小到最低限度。唯其如此，对罪刑法定的正确认识态度才有可能形成。

二、立法障碍：对罪刑确定性、合理性和明确性的偏离

罪刑法定主义在立法机理上的基本要求是确定性、合理性和明确性。但是新刑法中的少数规定并不符合这一要求。立法上尤其是立法技术上的不足为罪刑法定原则司法化设定了一些障碍。

(一) 立法确定性。这是指某一行为是否构成犯罪、如何处罚，都应当经过立法的精心设计后在刑法条文中用文字方式记载下来，所以罪刑法定的立法确定性包括罪之确定和刑之确定：1. 罪之确定性。新刑法共设立了 400 余种犯罪，在罪状设计上也下了不少功夫；尤为显彰的是，重点严密了多发性犯罪的犯罪构成：一方面设计了与犯罪形式的多样性相对应的多种犯罪构成，实现多样性犯罪的罪刑系列化；另一方面适当选用了堵截构成要件，形成法网严密的格局。例如，对于盗窃罪，新刑法在保留 1979 年规定的“数额较大”的构成要件的同时，增设了“多次盗窃”的构成要件，从而弥补了以前对盗窃罪单纯以赃论罪之弊。又如对于诈骗罪，新刑法一方面在破坏社会主义市场经济秩序罪中规定了使用诈骗方法实施的集资诈骗、贷款诈骗、保险诈骗、合同诈骗等 10 余种具有特别构成要件的诈骗罪；另一方面又在侵犯财产罪中保留了基本构成的诈骗罪，以在具有特殊构成的诈骗不能适用时发挥堵截功能。

不过，新刑法在罪的立法确定性方面也存在明显的缺陷：一方面，有的犯罪之设计过于追求确定，因而多少显得有些激进。例如，为了分解 1979 年刑法中的玩忽职守罪这一“口袋罪”，新刑法将 10 余年来民事、经济和行政法律中“依照”、“比照”玩忽职守罪追究刑事责任的规定全部纳入刑法典，设立了近 20 种具有特殊构成要件的玩忽职守罪。对玩忽职守罪作如此分解，法典内容

大为充实,但确有立法过繁、罪名过琐的倾向;^①而且刑法明确将本罪主体限定为国家机关工作人员,立法确定性固然增强了,但又使法网出现了明显的疏漏。另一方面,有的犯罪之设计又显得较为保守。例如,受贿罪本身侵蚀政权肌体,阻碍经济发展,是一种多发性的职务犯罪和经济犯罪,对其应规定多种犯罪构成。日本刑法典就规定了7种受贿犯罪。新刑法中确定的受贿罪的罪名较少,成为司法活动可以运用的稀缺资源,这是不正常的。对收受型受贿罪的成立,还要求符合“为他人谋取利益”的条件。司法机关对行为人具有某种职权而收受他人财物但未为他人谋取利益的行为(相当于外国刑法中的单纯受贿行为)毫无办法,就是该弊端的恶果。其实这种行为的社会危害性是显而易见的:正是因为行为人享有职权,行贿人认为这种职权于己有用才去拉拢,在这种情况下,虽然接收财物人未为他人谋取利益,但是权力腐败的可能性却始终存在的,所以利用职权收受财物本身就是腐败,收受的财物达到相当数额就是犯罪,这当是不言自明之理,但新刑法基本上忽略了这一点。此外,在新刑法中,虽然对斡旋受贿行为的处罚作了规定,但也不是作为一个独立罪名看待的,并且它使对斡旋受贿的处罚出现罪刑失衡现象,因为该类行为的社会危害性显然轻于直接利用职务之便实施的普通受贿行为,法定最高刑为10年就可以作到罚当其罪。由此看来,立法在罪之确定性的设计上过于保守,也同样会给司法运作带来一些困难。

2. 刑之确定性。与刑法分则具体的罪状紧紧相随的是法定刑,每一个犯罪都应当配置一定种类和幅度的法定刑,没有刑罚

① 参见陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第649页。

就不存在犯罪^①，这是常识。新刑法在刑之确定方面较之1979年刑法有一定的进步。例如，对于抢劫罪的法定刑升格条件，1979年刑法只规定了“情节严重”或者“致人重伤、死亡”两种情形，新刑法第二百六十三条则详列了入户抢劫、在公共交通工具上抢劫等8种法定刑升格条件。这些规定的内涵可能还不太明确，但它毕竟可以为司法认定提供大致的标准。类似规定，并不少见。但是，新刑法在刑之确定性方面仍有很多不足。例如，对于走私犯罪，依走私对象确定为走私特定违禁品（武器、弹药、核材料、贵重金属、淫秽物品等）的犯罪和走私普通货物、物品罪，并适用不同的法定刑，而走私普通货物、物品罪是依偷逃应缴税额大小作为法定刑适用的标准的。由于普通货物、物品既包括新刑法第一百五十一条、第一百五十二条明确列举的特定违禁品以外的其他禁止进出口的货物、物品，如部分名贵的中药材，也包括限制进口的货物、物品，还包括应当缴纳关税的货物、物品以及特殊情况下的特定免税货物、物品^②，那么，当行为人走私除法条明文规定的特定对象以外的其他违禁品时，由于国家禁止进出口，因而没有应缴税额可言，在这种情况下如何量刑，值得推敲^③。

在走私犯罪中，违背罪刑法定原则之下的刑之确定性立法原理的另一个显例是关于走私固体废物行为的规定。该行为被规定在第一百五十五条中，与间接走私的两种情况并列在一起，间接走私自然可以按直接走私行为定罪处刑，但走私固体废物行为却属于走私特殊对象的犯罪。新刑法既然按走私对象作犯罪分类，就

① 美国华盛顿州1924年的一个判决认为，该州当时的刑法对盗窃罪只规定“监禁”一种刑罚，某法人团体被控犯有盗窃行为，因为法人无法被判处监禁刑，意味着“没有刑罚”，所以该法人不能被判定犯有盗窃罪，也就是“没有盗窃罪”。参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第12页。

② 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第613页。

③ 参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第280页。