

出罪事由的 理论与实践

钱叶六 / 主 编
张 伟 / 副主编

THE THEORIES AND PRACTICE
OF
THE GROUNDS FOR EXCULPATION

出罪事由，具有否定犯罪成立之重要功能
本书集结刑法学界**中坚力量**、青年学者之前沿成果
为司法实务界提供解决重大、疑难问题之**有益视角**



法律出版社 | LAW PRESS

出罪事由的 理论与实践

钱叶六 / 主 编

张 伟 / 副主编

THE THEORIES AND PRACTICE
OF
THE GROUNDS FOR EXCULPATION



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

出罪事由的理论与实践 / 钱叶六主编. -- 北京 :
法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3196 - 0

I. ①出… II. ①钱… III. ①刑事犯罪—研究 IV.

①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 035678 号

出罪事由的理论与实践

CHUZUI SHIYOU DE LILUN YU SHIJIAN

钱叶六 主编

策划编辑 杨大康

责任编辑 杨大康

装帧设计 汪奇峰 鲁娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 天津嘉恒印务有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用出版社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.25

字数 370 千

版本 2019 年 4 月第 1 版

印次 2019 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-3196-0

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主编简介

钱叶六

华东师范大学法学院教授，刑法学科带头人；中国人民大学法学博士，清华大学法学博士后，曾任南京财经大学法学院副教授、苏州大学王健法学院教授，日本东京大学法学政治学研究



科客座研究员、台湾大学访问学者，兼任上海市法学会案例法学研究会理事。已出版专（译）著3部，在《法学研究》《中国法学》《中外法学》等刊物上发表论（译）文近80篇；主持国家社科基金、司法部等项目多项；多项科研成果获省部级奖项。

副主编简介

张伟

华东师范大学法学院副教授，武汉大学法学博士，中国政法大学博士后，曾任浙江财经大学法学院副教授，台湾东吴大学法律系访问学者，中国人民大学网络犯罪与安全研究中心兼职研究



员，兼任中国犯罪学会理事。出版专著1部，在《清华法学》《法学家》等刊物发表学术论文30余篇，获中国法学会首届董必武青年法学研究成果奖，主持国家社科基金、教育部等项目10余项。

【关于本书】

本书集结刑法学界中坚力量、青年学者之前沿成果18篇，围绕刑法中出罪事由相关问题进行了详尽地阐述与深度地剖析，为司法实务界提供解决重大、疑难问题之有益视角。

【读者对象】

刑法学教学科研人员、法学院学生；法官、检察官、律师等司法实务人员



策 划 杨大康（微信ID:yangdakang1982）

装 帧 汪奇峰 鲁 娟

版 式 路遥玛丽

前言

出罪事由具有否定犯罪成立的功能,不仅与犯罪构成体系紧密相连,而且与犯罪嫌疑人、被告人之人权保障息息相关。在当下中国刑法学界,平面式犯罪构成体系和阶层式犯罪构成体系交锋正酣,且后者大有取代前者之势。由此,开展对作为体系重要“试金石”的出罪事由问题研讨,对于反思性检讨或者重构犯罪构成体系具有重要的方法论意义。特别是,近年来媒体先后曝光的一些争议案件,如“内蒙古王某军收购玉米案”“天津赵某华非法持有枪支案”“山东于某防卫过当案”“河南大学生掏鸟窝案”以及“深圳王某鹦鹉案”等,不仅引起学界与实务部门关于个案适用的思考,而且引发了针对我国传统出罪事由理论的思考及其体系科学性的探索。

有鉴于此,华东师范大学法学院与上海市法学会刑法学研究会共同举办了以“出罪事由的理论与实践”为主题的高端论坛。本次论坛共收到参会论文 25 篇(本书收录其中 18 篇),论文主题集中,内容丰富,视野开阔,基本涵括了出罪事由领域的重要问题,为论坛的顺利召开奠定了坚实基础。

2018 年 4 月 28 日至 29 日上午,来自北京大学、清华大学、中国人民大学以及上海市法学会、上海市人民检察院等 30 余所高校、研究机构及实务部门的 80 余名专家学者齐聚一堂,围绕这一专题问题进行了深入研讨。本次论坛分四个子议题:“出罪事由基础理论”“正当化事由”“免责事由”和“各罪中的出罪事由”。论坛主题鲜明,气氛热烈,研讨成果丰硕。会后,为向全国刑法学同仁以及司法实务部门集中呈现本次论坛的研究成果,我们对部分代表性论文进行汇编整理,结集出版。

从本书的作者情况来看,多数都是近年来活跃在刑法学界的中坚力量,其中不少都已在专题领域的学术研究上取得较高建树。从研究的议题和内容观之,除了涉及正当防卫、紧急避险、被害人同意等传统议题之外,更多的是针对学界和实务

界一直较少关注的新型课题如医疗行为、竞技体育伤害行为、瑕疵同意、亲属身份等问题开展研究。值得注意的一个现象是,本书成果基本上都是立足于区分违法和责任的阶层犯罪论体系这一理论基调展开,体现了强烈主张或支持阶层式犯罪论体系的学术倾向。可以说,本书集中呈现了我国当前刑法学界有关出罪事由问题的最新研究成果。

上海市法学会、上海市法学会刑法学研究会以及华东师范大学、华东师范大学法学院的领导、师生对本次论坛的举办给予了最大关心和全力支持。法律出版社的杨大康编辑对本书的策划、出版也付出了辛勤的劳动,在此一并表达我们最为诚挚的谢忱。

最后,需要说明的是,本次论坛系华师刑法学科组建之后举办的系列刑法专题论坛的“第一场”。为确保论坛的延续性与生命力,切实促进学术交流,真正提升我国刑法学研究品质,为司法实务提供理论支持或者参考,我们拟定期举办刑法专题论坛,以开展刑法前沿性、基础性理论问题和重要实务问题的深入研讨和学术对话,期能获得广大师友一如既往的支持。

钱叶六

2019年2月

目 录

社会危害性的出罪原理和出罪事由	杨兴培 王 冠 / 1
论四要件犯罪构成理论的出罪功能	姚建龙 林需需 / 14
正当防卫认定标准的困境与出路	欧阳本祺 / 25
英美刑法正当防卫中的“躲避原则”及其启示	刘士心 / 44
正当防卫、维稳优先与结果导向	陈 璇 / 64
阶层论视野下防卫过当问题的再审视	陈 航 / 104
论紧急避险的成立条件	黄明儒 / 122
有关被害人受骗同意的几个问题	付立庆 / 146
刑法上瑕疵同意的处理规则	
——从阿梅隆的方案论向传统刑法视角回归	曹 斐 / 175
“专断医疗”行为的正当化根据及其限制	李晓明 蔡芸琪 / 195
遵循诊疗常规是否足以排除医疗过失	于佳佳 / 211
竞技体育伤害行为的正当化根据及边界	钱叶六 / 232
规范性构成要件要素的故意及错误	
——以赵春华非法持有枪支案为例	江 溯 / 256
涉枪案件中的重点问题研究	王 钢 / 269
机构运作体制因素对于失职刑事责任的排除作用:期待可能性理论的	
当代中国运用	王志远 齐一村 / 298
论亲属身份作为一种出罪事由	
——我国司法解释若干规定的阐释和检讨	张开骏 / 310
低价有偿网络代购实名制火车票需要入罪吗	王立志 / 328
捐赠诈骗的刑事可罚性研究	
——以对“目的落空理论”的批判为中心	陈毅坚 / 354

社会危害性的出罪原理和出罪事由

杨兴培* 王冠**

【内容摘要】 刑事违法性是入罪的门槛和标准,但社会危害性可以作为出罪的考量因素。《刑法》第13条“但书”规定是社会危害性出罪的法定理由。“但书”规定是犯罪构成中的“体外要件”,属于消极的出罪要素。应在《刑法》规定和有权解释情况下,通过“但书”规定对轻罪案件作出适当的出罪化处理。经过类型化梳理,可以认定欠缺社会危害性认识可能性、基于法律信赖而产生的“假想的法律认识错误”、社会利益损害不大且已基本恢复原状等情形构成应该的出罪事由。

【关键词】 社会危害性 “但书”规定 功能 出罪事由

社会危害性理论是刑法学诸多概念的基石,曾被认为是我国刑法犯罪论体系的核心。时至今日,社会危害性理论遭到了诸多学者的质疑和批判,主要集中于社会危害性的本体论、社会危害性的价值论以及如何认定社会危害性的方法论等方面。近年来,这些批判和反思往往是从大陆法系的刑法理论视角予以展开的。其中最为引人注目的莫过于“法益”^{〔1〕}概念的盲目植入。“法益”这一不科学概念的大肆引入,试图替换社会危害性理论在刑法学中地位和功能。这种体系性的冲击和破坏实在不能不令人担忧。但不可否认,“法益侵害性”理论不仅没有在刑法理论

* 华东政法大学教授,博士生导师。

** 华东政法大学博士研究生,上海市静安区人民检察院检察官。

〔1〕 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第88页。

层面上取得根本性的立足,更没有在刑事司法层面获得广泛支持。时至今日,社会危害性理论仍是刑事司法中定罪量刑的主要理论依据。对行为是否构成犯罪的的评价应当以刑事违法性为主要依据还是以社会危害性为主要依据?这些都是今天的刑法理论与刑事司法无法回避的问题。这些问题以及与此相伴的理论争论和实践争议虽然不是肇始于今天,但却异常激烈地争论于当下。“大学生掏鸟案”〔2〕“赵春华非法持有气枪案”〔3〕“内蒙古农民无证收购玉米案”〔4〕等社会热点案件的喧嚣一时,多多少少反映了普通民众对定罪界限的思考,也引发了刑法学者们对刑事司法层面上如何重新理解和深入思考社会危害性这一出罪事由。社会危害性能否作为一个出罪事由?如何兼顾与刑事违法性和犯罪构成的关系?是亟须厘清的研究课题。进一步提问之:社会危害性在刑事司法中如何发挥出罪化功能,如何与入罪的追诉标准相协调,均是必须回答的具体理论问题。

一、刑事违法性是入罪的门槛和标准,但社会危害性可以作为出罪的考量因素

当然在刑事司法实践中,信奉“规范在前,价值在后”的司法原则,并非说是对社会危害性的价值评价一点没用的。对于行为是否构成犯罪来说,无疑刑事违法性是一个入门的门槛,不符合刑事违法性,行为当然就不可能构成犯罪,这是绝对的,也是罪刑法定原则的题中之意。在任何一个法治社会里,对各种违法犯罪行为的刑法评价与认定,应当坚持“规范在前、价值随后”的基本原则,让价值评价不能超越于规范评价,而不是颠倒。但是,在行为符合了刑事违法性设定的入罪标准,价值评价也是有“英雄用武之地的”。我国《刑法》第13条“情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪”的规定,清楚地表明对于那种骑跨在门槛中央的行为、对于那种游离于犯罪边缘的行为,通过对其社会危害性的价值评价和价值判断,是可以排除在犯罪圈之外的。遵循价值服从于规范的原则,这种现象在我国《刑法》除第13条

〔2〕 参见陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整》,载《法律科学》2016年第4期。

〔3〕 参见孙国祥:《构成要素行政性标准的过罪化风险与防范》,载《法学》2017年第9期。

〔4〕 参见屈学武:《中国刑法上的免责机制反思》,载《法治研究》2018年第1期。

的“但书”之外,还有在许多诸如刑法减免性规定中(如《刑法》第37条的免于刑事处分)得到了反映。所以在司法实践中,通过对社会危害性的价值评价,对于那些虽然已经具备刑事违法性但情节显著轻微、社会危害性不大的行为,进行必要的“减法”处理,也是一种文明时代的发展要求。

然而在中国刑法学界,对于社会危害性的价值评价是一个让人爱恨交加的刑法问题。喜欢它的学者认为社会危害性是犯罪最本质的特征,舍此刑法无用武之地。^{〔5〕} 怨恨它的学者认为社会危害性是一个苏联刑法理论的产物,害人不浅,所以今天中国刑法学界一个重要的任务就是祛除社会危害性的概念。^{〔6〕} 而储槐植教授认为我们还需要社会危害性的理论,所以应当善待它。^{〔7〕} 面对如此重重理论迷雾,今天的刑法学对此当如何取舍,确实是一个问题。但我们认为对于社会危害性观念和理论,绝不是简单的肯定与否定,关键在于你在什么时候和什么地方承认它的应有作用,以及在什么地方应当注意它一旦不受制约就会肆无忌惮破坏法律规范的约束性作用。我们认为,在刑法立法的过程中,当然要时时刻刻注意社会危害性对于设立犯罪的奠基作用。行为没有社会危害性,就意味着刑事立法没有必要通过刑事惩罚性的提炼而进行犯罪的设定。在刑事司法的过程中,通过对社会危害性的价值评价,可以将一些情节显著轻微危害不大的行为从犯罪中排除出去,通过“减法”以减轻社会的另一种负担。社会危害性即法益侵害性绝不能成为入罪的“通行证”,但可以作为情节轻微、危害不大的一些行为出罪的“特许证”。

当然徒法不足自行。法律本为人心所设,亦为人心所解,更为人所执行。尽管今天的中国在刑事司法领域学习“减法”的操作有很多的压力和障碍。但是通过刑法的严格解释,或者运用犯罪二次性违法的评价机制,在一些刑民交叉的疑难件中形成国家“让利”于民的思维观念,也会使得犯罪得到司法层面的控制和减少。我们以中国社会发案率长期居第一位的盗窃犯罪作一样本分析。我国1979年制定刑法之时,通过1984年11月2日的司法解释,规定在全国范围内,盗窃数额达到

〔5〕 现有的刑法教科书都这样写的。

〔6〕 参见陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,载《法学研究》2000年第1期;陈兴良:《社会危害性理论:进一步批判性清理》,载《中国法学》2006年第4期。

〔7〕 储槐植、张永红:《善待社会危害性观念——从我国刑法第13条但书说起》,载《法学研究》2002年第3期。

200~300元就可以构成犯罪并进行处罚,少数发达的地区可以提高到400元。当时一般发达的地区以300元作为起刑点。以上海为例,当时上海人的一般平均工资在50元左右,也就是说当时的盗窃犯罪一般要盗窃一个人6个月的工资收入才应当构成犯罪。1997年《刑法》修订以后,随着我国经济形势的发展和货币含金量的变化,2013年3月“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定:“盗窃公私财物价值一千元至三千元以上……应当……认定为刑法第二百六十四条规定的‘数额较大’……”以此作为盗窃罪的起刑点。上海规定盗窃犯罪的起刑数额为1000元。而2016年上海人的月平均工资水平为6504元。^{〔8〕}这样意味着现在只要盗窃一个人四天多一点的工资收入就可以构成犯罪了。与1979年相比较而言,今天的盗窃数额“含金量”只是1979年的三十六分之一。所以由此推想盗窃长期保持刑事犯罪第一的“拳头品种”就不足为奇了。我们再对现在已跃升为整个刑事犯罪第二位的醉酒驾车犯罪为例进行样本分析。根据现行的司法解释,醉酒者每100cc血液中的酒精含量达到80毫克时,就可以构成危险驾驶罪。在2011年《刑法修正案(八)》刚刚通过时曾发生了一次很大的如何进行刑事执法争论后,公检法三家执法机关最后一致作出规定,只要符合醉酒驾车标准就一律构成犯罪,并一律判处实刑。然而近年来醉酒驾车行为入罪处刑的比例令人震撼,高达整个刑事犯罪的10%左右,而如此大的醉酒驾车犯罪比例产生了一个使立法者和司法者始所未料的又必须直面和思考的法治问题和社会问题。面对如此大的犯罪基数,面对因醉酒驾车而人满为患的图囤盈市,面对因醉酒驾车想悔过改错而已无门的现象,最高人民法院勇敢地作出司法解释,规定醉酒驾驶可以根据实际情况并不一定要一律入罪,即使入罪也未必一定要一律入刑。已于2017年5月1日正式实施的最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》规定:“对于醉酒驾驶机动车的被告人,应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况,准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”这里就有一个对社会危害性进行价值评价的必要性,并由此作为出罪

〔8〕 参见庄彧:《2016年上海职工平均工资78045元比上年增长9.5%》,载东方网:<http://money.163.com/17/0403/17/CH45HLG9002580S6.html#from=keyscan>,最后访问日期:2018年1月25日。

的考量因素。可见在罪刑法定原则的前提下,给情节轻微的醉驾者一个可以改过自新的机会也是现代刑法特殊预防倡导的旨趣所在。所以在刑事违法性和社会危害性的相互关系上,我们真的没有必要在入罪的门槛上一定要引进所谓“法益”名词和理论(最起码在一般意义上,现有的法益理论主要是为入罪服务的),但可以借用德国刑法领域阐述法益理论时强调个人利益超越于国家和社会利益的观念,对一些情节轻微、危害不大的行为作出罪处理,这并不违背罪刑法定的原则。因为《刑法》第13条的规定和诸多其他减免性规定,也是罪刑法定原则下的刑法应有内容。

二、“但书”规定是社会危害性出罪的法定理由,是犯罪构成的“体外要件”

社会危害性理论作为犯罪认定的基础理论,如何予以应用,涉及刑事立法技术问题,更牵涉刑法基本原理问题。社会危害性如何与犯罪概念、犯罪构成以及罪刑法定原则等基本原理相兼容,直接决定社会危害性能否被作为出罪要素,以及通过什么方式发挥出罪功能。社会危害性作为出罪要素,在刑法典中如何找到法律规范依据,也是必须要解决的问题。

(一)“但书”是社会危害性理论在刑事司法上出罪的立法依据

1. “但书”依据社会危害性理论予以出罪化

一般认为,《刑法》第13条“但书”规定是在犯罪概念定义中引入了定量要素,进而缩小犯罪圈。根据条文用语,缩小犯罪圈的依据是“情节显著轻微,危害不大”。从文意解释的角度,“但书”的法理依据在于社会危害性不大。缩小犯罪圈的方式包括两种路径:一是从犯罪概念定义的角度,将本来不符合犯罪定义和要求的排除在犯罪之前;二是从犯罪构成的角度,将已经在形式上初步符合犯罪构成的犯罪行为予以出罪化。后一种情形则是本文重点讨论的“但书”的出罪功能。对于“但书”的出罪功能,存在两种主要的反对观点。一是“但书”出罪违反罪刑法定原则。该观点认为“但书”规定的依据是社会危害性较小,但社会危害性的大小是

模糊性的概念,标准不清晰,违反了罪刑法定原则的明确性要求。所以“但书”的出罪标准与罪刑法定原则是相冲突的。因此,该观点甚至极端地认为,“但书”并没有存在的必要。^[9]二是我们认为,“但书”的存在具有合理性,并不违反罪刑法定原则。“但书”的存在弥补了犯罪构成形式要件界分犯罪圈的局限性。犯罪构成要件先天并不完美,无法全面涵盖所有犯罪的特征,无法完整体现犯罪的社会危害性。从犯罪构成的先天缺陷看,“但书”具有不可或缺的补充作用。罪刑法定原则对法律明确性的要求是实质的标准,也是相对概念,即是相对的明确。罪刑法定原则的明确性要求是指法律规范尽可能的明确,而非绝对的清晰确定。事实上,限于语言描述的局限性,不可能存在绝对精确的要件描述。因此,犯罪构成要件都是相对明确的。社会危害性的大小在活生生的司法案例中往往是清晰可见的。对于案件的细节,虽然法律难以详尽,但司法者是可以准确把握的。因此,看似“情节显著轻微危害不大”是一句极其空泛的表述,但是在具体案件事实上却是有明确对应的主客观事实细节。而这些主客观事实细节在罪与非罪的界分上,往往发挥着重大作用。如果司法者没有对这些影响因素的充分关注,非常容易导致肆意入罪和刑罚权的滥用。正如有的学者所言,“在我国积极入罪的刑事司法大环境之下,否定‘但书’出罪依据之地位,限定‘但书’出罪适用的范围,框定‘但书’出罪的适用模式,都会导致在实务中,一定程度地释放刑罚权入罪这匹野马的缰绳”。因此,“但书”依据社会危害性理论划分犯罪圈和彰显应有的出罪功能,实属必要且具有合理性。

2. “但书”司法化在理论和实践上均具有可行性

“但书”具有出罪功能,但仍需要论证其司法化的可行性。理论界对这一问题争议很大。否定观点认为,“无论是将‘但书’置于犯罪构成体系之外还是将‘但书’转化为可罚的违法性、可罚的责任理论融入犯罪构成模式之内,发挥出罪机制都难以做到理论自治”。^[10]此观点从坚持犯罪构成是定罪的唯一标准的角度出发,论证出“但书”规定的情节要素不能在犯罪构成要件之外或者之内单独发挥界分犯罪的作用。诚然,犯罪构成作为犯罪的规格和唯一标准,是在犯罪论中应予以始终坚持

[9] 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突——兼析新刑法第13条关于犯罪的概念》,载《法律科学》1998年第1期。

[10] 李翔:《论我国〈刑法〉第13条“但书”司法化之非》,载《东方法学》2016年第2期。

的原则。但这一原则所暗含的前提是犯罪构成要件是包含所有影响定罪的形式和实质要件的,否则犯罪构成无法单独成为唯一的标准,而必须借助于“但书”的补充规定。笔者认为犯罪构成要件并非包罗万象的,并非无一遗漏地囊括了所有的定罪影响要素。比如在缺乏犯罪阻却事由的情况下实施较轻的犯罪行为,主客观要件完全具备犯罪构成的要求,如果不借助“但书”的规定如何出罪便成为问题。当然,可能会有人认为,此时可以通过对犯罪构成要件予以所谓的实质解释,从而将这种行为排除在犯罪之外。我们认为,犯罪构成无法兼容犯罪阻却事由这一事实要素。因此,在犯罪构成理论体系中,存在重新解释和归整入罪和出罪要件的必要,对于一些无法被犯罪构成涵盖的明显影响定罪的事实要素,应当借助于“但书”的规定以彰显其出罪功能。

“出罪是一个司法活动,又是一个法律解释活动。”^{〔11〕}虽然我们同意“但书”司法化,但也与否定论者抱有同样的担忧,即司法实践中容易存在“但书”出罪的主观性和随意性。但不能因为存在运用“但书”出罪的主观性和随意性就断然否定“但书”司法化的可行性。事实上,司法者的主观性和随意性是能被无限地限缩而不能杜绝,因为司法者的裁量权是或多或少地存在的。定罪环节与量刑环节均应适当存在司法者的裁量权,不能仅仅允许司法者在量刑上具有裁量权,而全然否定司法者在定罪上的裁量权。否则,要求所有的定罪环节均是严格依照法律明文规定进行操作,既不科学也不现实。尤其是对“但书”规定的情节要素的把握,更无法做到全部细致的明确规定,必然要给予司法者一定幅度的自由裁量权。诚然,有自由裁量权自然也必会产生司法者的主观性和随意性。我们认为,在肯定“但书”司法化的同时,仍有必要对这种司法的主观性和随意性加以限制。首先,为避免这一司法弊端的出现,从刑事立法和有权解释上,对于一些典型的轻罪,可以通过司法解释、会议纪要、两高答复、批复等形式对“但书”规定加以类型化和具体化,明确列举出具体的出罪事由,有利于司法者统一执法尺度。其次,虽然在应然层面上,“但书”规定原则上可以适用于《刑法》分则所有的个罪,对于个罪均有出罪的功能,但在实然层面上,对故意杀人罪等重罪而言,一般不存在出罪的可能性。因此,“但书”出

〔11〕 杜辉:《“出罪”的语境与界说》,载《理论导刊》2012年第12期。

罪的司法化主要适用于一些轻罪,如危险驾驶罪、寻衅滋事罪等。对于轻罪案件的处理,笔者认为本身刑罚的教育功能大于惩罚功能,刑罚权发动更应当谨慎和严苛。由于我国没有保安处分的规定,对于轻罪的处理某种程度上讲是有滥用刑罚之嫌,尤其在危险驾驶罪、拒不支付劳动报酬罪等一些极其轻微的犯罪中体现得更为淋漓尽致。因此,从社会危害性理论出发通过“但书”司法化对此类轻罪案件作出罪化处理,符合我国轻罪案件处理的现实需要,也契合刑罚轻缓化的发展趋势。

综上所述,《刑法》第13条“但书”是社会危害性作为出罪事由的具体立法体现,并不仅仅只是立法者的宣言,更应被赋予司法化的实际操作价值。但随之而来的问题是,如何进一步在传统四要件犯罪构成理论体系中,合理归置“但书”的“占位”,是本文接下来需要进一步论证的问题。

(二)“但书”应成为犯罪构成的补充要件

我们认为,犯罪构成要件分为入罪的积极要件和出罪的消极要件。对于担当入罪功能的要件,我们称为积极的要件;对于担当出罪功能的要件,我们称为消极的要件。一般来说,犯罪构成中主体资格、主观要件、客观要件的满足,即是犯罪成立的宣告和断定。然而,犯罪事实毕竟是复杂多样的,正如“世界上不存在两片同样的叶子一样”,也不存在完全一样的犯罪事实,即使同一个行为人实施同样的犯罪行为也仍然存在值得需要加以考虑的不同情节。再完美的犯罪构成理论也无法精确包含每一个案件事实的所有情节。因此,高度概括而相对具体明确的犯罪构成先天地无法囊括所有的犯罪情节要素。多数情况下,在犯罪构成以外的犯罪情节要素并不影响定罪,可能会影响量刑。但是,仍然存在例外情形,在少数情况下一些犯罪情节显然影响定罪却恰恰无法被犯罪构成所包括进去,如对违法性和社会危害性缺乏足够认识、受特定社会环境影响、社会利益受损后可恢复性、被害人过错等要素。当然这些要素因为没有明确的法律规定和理论上的争议,在刑事司法上并没有得到足够的重视和采用。这也正是很多判决无法被广大普通民众所认同的重要原因。比如“大学生掏鸟案”“赵春华非法持有气枪案”“内蒙古农民无证收购玉米案”等社会热点案件的判决,均引发了人们的广泛讨论和同情。如果从传统犯罪构成角度简单地判断,这些案件的处理都是有法律和理论依据的,可以肯定的

是类似的案件仍然会继续发生。然而,一个简单的道理不得不引起我们专业人士的反思:当多数民众普遍认为判决具有不合理性,专业法律人士所坚守的“真理”还是真理吗?如果这个认定犯罪的“真理”是真正的真理,又为什么会有明显的违背多数普通民众对于法的感情?基于这样的疑问,有以下几种解释:一是普通民众不知法;二是犯罪认定原理不合理;三是司法人员执法不当。我们认为,这三条理由显然无法充分解释层出不穷的类似案件。问题频发的根本原因在于犯罪认定原理的解释错误和对待这一问题存在严重偏颇的司法观念。具体地说,刑法理论上没有对传统犯罪构成与《刑法》第13条“但书”的关系予以准确地解读,刑事司法上更没有给予足够的重视。我们希望能够在犯罪构成理论体系中重新确定与“但书”的关系。我们认为,传统犯罪构成是入罪的积极要件,而《刑法》第13条“但书”可作为犯罪构成的“体外要素”,即消极的出罪要素。当传统犯罪构成要件全部具备时,仅仅只是犯罪认定的第一步,并不能直接得出有罪的结论。只有经过《刑法》第13条“但书”这一消极的出罪要件考察时,方可定罪归责处罚。

三、社会危害性不大作为出罪事由的主客观判断依据和类型化梳理

从犯罪构成角度讲,符合犯罪构成的行为是犯罪行为。既然是犯罪行为,当然具有一定的社会危害性。那么,作为犯罪特征的社会危害性与犯罪构成是什么关系?我们认为可以从两个角度去看待:一是犯罪行为的社会危害性是依靠犯罪构成予以确定的,符合了犯罪构成,自然达到了刑法上社会危害性的要求;二是社会危害性又是一个非刑法学的概念。一般来说,社会危害性的大小是一种价值判断。在刑法中这种价值判断既可以通过犯罪构成要件实现,也可以通过自身的判断标准完成。社会危害大小的考量因素众多,既包括行为人的主观内容和客观情况,也包括行为人以外的各种影响行为危害程度的因素。其中,最为典型的莫过于被害人的因素。由于犯罪构成的评价中心是行为,仅仅围绕着行为设定犯罪构成的基本要件。这就导致犯罪构成要件是无法涵盖行为以外的诸多因素,比如被害人过错、行为发生的特定时空条件等。但是被害人有无过错对行为危害程度和行为人