www.jfdaily.com

■ 关注刑法出罪机制 (一)

罪刑法定原则下的出罪机制

刘宪权 谢非

编者按:

我国刑事立法和司法呈现出的"犯罪化"和"重刑化"倾向常为人诟病,但随着我国法治的不断进步和罪刑法定原则的落地生根,更多的法律界人士认识到,刑法的机能不但在于入罪,更在于出罪。

如何破解"入罪容易出罪难"是我国刑事诉讼亟需解决的难题之一。自本期开始,本版开设"关注出罪机制"专题,特邀国内知名刑法学者分享他们对于刑法出罪机制的理念和观点。

罪刑法定原则起源于西方启蒙时期的自由、民主、人权精神,其具体内容是认定行为人的行为构成犯罪和给予处罚,必须以刑法的明文规定为前提,如果刑法没有明文规定,即使行为危害很大,也不能认定犯罪和给予处罚。简而言之,罪刑法定原则文规既括为"法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚"。在历史沿革过程中,罪刑法定原则始终都是为了防止国家本位和权力本位的思想,以实现保障人的基本权利、限制国家权力、以实现保障人的基本权利、限制国家人工程,以实现保障机能,因而是具有明显出罪性质的刑法原则。

罪刑法定具有保障人权的偏向性

事实上,罪刑法定原则其实是具有保障人权的偏向性,因为刑法的机能与罪刑法定原则的机能并不相同,若将二者混为一谈,就是把刑法所要实现的保护社会、保障人权的双重机能,全部强加给罪刑法定原则。刑法的双重机能是通过刑法的各组成要素从不同侧面体现的,并且各组成要素由于受到其本身内容的限制,所体现刑法机能的角度或侧重点有可能完全不同。

罪刑法定原则从诞生之日起,就是从"不定罪"、"不处罚"的角度出发,其基本内容所体现的显然就是保障人权的机能。正是由于受原本含义和基本内容的限制,罪刑法定原则很难如刑法一样达到保护机能与保障机能

□ 罪刑法定原则其实具有保障人权的偏向性,从诞生之日起,就是从"不定罪"、"不处罚"的角度出发,其基本内容所体现的就是保障人权的机能。

- □ 罪刑法定原则所包含的法不溯及既往原则中,有利于被告人精神的从旧 兼从轻原则完全符合出罪机制;而其中所包含的禁止不利于被告人的类 推解释也坚持有利于被告人的基本精神。
- □ 罪刑法定原则的许多派生原则,如"疑罪从无"原则、"无罪推定"原则,也吻合了罪刑法定原则下出罪机制的方向。

的双重统一。罪刑法定原则本质上"一点论"的偏向性,也反映了其应有之义应侧重于"不定罪"、"不处罚",在这一倾向下,原则本身实际上只限制对法无明文规定的行为人罪,但不限制对法有明文规定的行为出罪,这种倾向完全符合出罪机制。

有利于被告人的基本精神

有利于被告人的基本精神是由罪刑法定 原则保护人权的内涵所决定的。在刑事诉讼 中,被告人的法律地位在强大的国家司法机 关面前显得十分弱小,始终处于不利地位, 整个诉讼过程实际上是国家与个人所进行的 对话,被告人的弱势局面在一定程度上也时 对话,被告人的弱势局面在一定程度上也 致了我国入罪易、出罪难的司法现状。。在 现状下,如果再不强调有利于被告人的基本 精神,并对其权利进行保护,那么被告人的 精神,并对其权利进行保护,那么被告也会 成为空中楼阁。有利于被告人是罪刑法权力 分强大的司法背景下,无论如何强调,都只 会不及而绝不会过度。在定罪量刑的过程中 应充分考虑有利于被告人的出罪机制。

法律不能溯及既往原则是指国家不能用以后颁布的法律来惩罚以前的行为,否则就会出现要求行为人在实施行为时预测今后法律的变化,这显然属于"强人所难"。但是,在贯彻法律不能溯及既往原则的过程中,有时可能会出现对被告人不利的结果,例如,依行为时法(即由法)行为人的行为构成犯罪,而依裁判时法(即新法)则不构成犯罪,如果仍然强调法律绝对不能溯及既往的话,必然会导致行为人行为的人罪。也即当

裁判时法比行为时法对行为人更为有利,被告人就不能享用对自己有利的出罪结果,反之,则行为人就能享用对自己有利的出罪结果。在有利于被告人的基本精神下,就需要对法律不溯及既往原则的修正,采用从旧兼从轻的原则。由此可见,罪刑法定原则中有利于被告人精神的从旧兼从轻原则完全符合出罪机制。

应该看到,现在实际存在的类推解释也同样体现了出罪机制。类推解释是指对法律无明文规定的事项,就刑法中最相类似的事项加法规解释的方法,若被类比之事项所对应的刑法规定属于有利于被告人的规定,那么据此所作出的类推解释便属于有利于被告人的类推解释,或者"无罪"的,在有利于被告人前提下,进行类推解释和方,在有利于被告人前提下,进行类推解释而适用"罪轻"或者"无罪"的规定,实际上是不违反罪刑法定原则的,因为从罪刑法定原则的人权保障机能看,其禁止的是不利于被告人的类推解释,坚持了有利于被告人的类推解释,坚持了有利于被告人的基本精神,同样是与罪刑法定原则下的出罪机制相符。

派生原则吻合出罪机制内容

在罪刑法定原则的许多派生原则中,有利于被告人的精神得到了集中的体现,也吻合了罪刑法定原则下出罪机制的方向。

贯彻"疑罪从无"原则,以实现出罪机制。罪刑法定原则要求对被告人的任何不利选择都应于法有据。刑事诉讼中被告人的罪责只有经过系统且完整的证明并为法官采纳而形成内心确信,审判机关才能对被告人作出有罪判决。特别是在行为人是否构成犯罪这一关键的

问题上存有疑问或者是证据不足时,若存在任何一项对案件罪责事实的合理怀疑,均应成为阻碍该行为人人罪的理由。如果国家公诉机关对案件事实的证明不能达到排除合理怀疑的程度,意味着案件事实仍然存疑,理所当然只能作出有利于被告人的无罪判决。

但是司法实践中最为典型处理存疑案件处 理往往倾向采用"疑罪从轻"的方法。司法机 关因证据等方面的原因在对被告人是否构成犯 罪的问题上产生犹豫,而出于种种考虑认定被 告人构成犯罪,只是从轻量刑而已。笔者认 为, "疑罪从轻"实际上应纳入入罪机制, 在 不确定被告人有罪还是无罪的情况下,通过从 轻处罚,直接达到入罪的效果。诸如"杜培武 案"、"赵作海案"、"佘祥林案"中都表明了 司法机关对存疑案件出入罪处理的矛盾态度: 这些案件是在证据有许多漏洞, 尚不足以认定 被告人的行为构成犯罪的同时, 又认为被告人 具有重大犯罪嫌疑,不甘心就此作出无罪判决 而认定被告人构成犯罪,并从轻量刑。这种 "绝不放过一个坏人"的司法理念,其实是为 了各方利益和心态的平衡,在案件存疑的情况 下使得清白的人入罪。可见, "疑罪从轻"的 方法应当受到摒弃。与之形成鲜明对比的是美 国的"辛普森案"。将这些案件进行比较,其 实"辛普森案"中能证明辛普森有罪的证据, 要远远多于杜培武等人的有罪证据,但由于美 国所贯彻的是"疑罪从无"而非"疑罪从轻", 因此而产生了截然不同的结果。

贯彻"无罪推定"原则,符合出罪机制 "无罪推定"原则要求"任何人在其未被宣告 为犯罪以前应被推定为无罪"。其基本精神包 括两点:其一、被告人不等于罪犯,要确定任 何人有罪必须经过国家合法的审判。其二、法 院正式判决以前被告人不是法律意义上的罪 犯,那么在追诉被告人刑事责任时,就要从推 定无罪这一点出发来对待被告人。无罪推定原 则必然反映了罪刑法定原则的保障人权机能, 突出了对人的权利的尊重和保护, 体现了出罪 机制。在进行判决之前, 审判机关若将被告人 视为有罪, 法官所作出的所有的判决都可能是 对被告人不利,那么于被告人而言就不会或很 难具有出罪的可能。只有在被告人被推定无罪 的前提之下,首先认定被告人无罪,维护并尊 重被告人的基本权利,才能达到出罪结果。

(刘宪权系华东政法大学教授、博导;谢非系华东政法大学刑法专业硕士)

夫妻债务纠纷中"平等保护原则"的运用

沈烨

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务 纠纷案件适用法律有关问题的解释》的出台 对于统一夫妻共同债务的认定标准、平等保 护债权人利益与未举债夫妻一方利益、合理 回应多样态的婚姻家庭观念及借贷案件类型 起着至关重要的作用。其中,如何贯彻"平 等保护原则",寻得保护相异法益的"最大 公约数"则是准确理解、适用此部司法解释 的重点及难点。

平等保护原则的内涵

按照狭义的民事证据规则理念,一般应由接近证据方承担举证责任。以此而论,对于夫妻一方所负债务是否用于夫妻共同生活、共同生产经营,由被告承担举证责任更为适宜。这是"婚姻法司法解释(二)"第二十四条的立论依据之一。

而随着经济社会发展形势的变化,新司法解释秉持广义、综合、全面、平衡的举证责任分配理念,结合债务的性质、数额等差异,将举证责任合理分配予原、被告双方。此种举证责任分配原则并非彻底否定原有的司法解释精神,而是舍弃"一刀切"的举证责任分配模式,将超出家庭日常生活所需的大额债务是否属于夫妻共同债务的举证责任

分配给原告。基于上述变化,为承袭既有举证理念的合理性、提升司法效率,在加重原告方举证责任的同时,应相应适度强化被告的示证义务。

新司法解释开宗明义,确定了"共债共签"原则,但同时认可了夫妻日常家事代理制度在司法实践中的运用,在夫妻未约定分别财产制或者虽约定但债权人不知道的情况下,夫妻一方以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。对于家庭日常生活所需的界定,虽有大致的分类标准,但是应当根据个案具体情况,确定相应的裁量尺度,且是否为家庭日常生活所需,主要应当由被告提供证据证明,日常家事代理的范围、限度应与夫妻双方的职业、身份、收入、资产、消费习惯、家庭关口结构等相匹配。在被告怠于举证或拒绝举证的情况下,法院可以当地居民人均消费性支出作为参考依据。

就新司法解释文义而言,将赋予法官自由裁量权更大空间,这是由涉家事纠纷的固有特征所决定的。如果在处理此类案件时,仍然简单适用当事人主义的裁判思维,往往会使得案件事实陷于真伪不明的状态。因此在扩张法官自由裁量权的同时,应当适度强

化法官的职权意识, 其中既包括法官对于

原、被告身份关系、两被告生活状况、借款走向、借款用途等案件事实的多维度审查;又包括法官释明权的全方位行使,确保当事人正确认识和对待各自的权利义务,避免因认识上的偏差引致不利诉讼后果。

如何运用平等保护原则

现行民诉法虽未对示证义务作出明确规 定,但《最高人民法院关于民事诉讼证据的若 干规定》第七十五条则确立了拒证推定的规 则,即"有证据证明一方当事人拥有某项证据 而该方当事人拒绝向法庭出示该项证据的,可 以推定对该当事人不利的事实主张成立"。在 审判实践中, 法官可运用该条文, 要求未具名 举债夫妻一方提供其名下常用账户 (银行账 户、支付宝或微信账户等)的资金流水。若被 告辩称无常用账户,基于消极事实无法证明的 原因,仍由原告承担相应的举证责任。需要注 意的是, 若原告举证证明未具名被告有常用账 户,且获得了相当比例的借款,则应让未具名 被告承担拒绝示证、虚假称述的法律后果,推 定系争债务全部为夫妻共同债务。适度加强未 具名举债夫妻一方的示证义务,不仅能够彰显 就近方举证的诉讼法原理,且在一定程度上有 利于俭省司法资源,减少法庭事实调查的成 ___

一般而言,审理借贷案件主要审查双方的借贷合意、借款交付情况等要件事实,但对于涉家事的借贷案件,则需适度扩张案件事实的审查范围,以为法官心证的最终确立提供合理支撑。如双方当事人之间的身份关系、夫妻双方关系是否和睦、家庭收入支出情况、日常消费模式、借款的走向用途等。

释明被誉为民事诉讼的大宪章, 是实现诉 讼制度目的的修正器,直接关涉到司法公正的 实现与司法公信力建设。处理此类案件,首先 要对举证责任和示证义务进行释明。前者是指 如果案件事实真伪不明,应当由承担举证责任 的一方当事人承担败诉风险;后者是指知道案 件真相或者掌握案件证据的人负有向法院如实 陈述或提供证据的义务。通过明确释明,引导 双方及时履行各自的责任、义务, 以充分的信 息交流提高当事人预测与评估裁判结果的准确 性。此外,要对拒不示证、怠于示证及虚假陈 述的法律后果进行释明。可根据"民事诉讼法 司法解释"第一百一十条之规定,要求当事人 签署保证书,如有虚假陈述,当事人需承担罚 款、拘留等处罚。要通过及时、必要的释明, 给予失信当事人有效的心理震慑,以助于案件

事实的查明。 (作者单位:上海市静安区人民法院)