

但书出罪的规范基础与实践展开

吴镐飞*

内容提要 但书规定的出罪功能既不违反罪刑法定原则的价值旨趣,又能满足不具备处罚必要性情形的出罪需要,可以在“不构成犯罪”与“不认为是犯罪”两个路径上展开。“入罪限制条件说”重视犯罪构成是犯罪成立的唯一标准,却忽视了但书规定的独立意义,容易造成理论与实践的脱节;“出罪标准说”实现了出罪的合理性,但是可能存在出罪标准模糊、容易被滥用的问题。基于但书规定在出罪体系中的重要性,需要以统合视角适用但书规定限缩犯罪成立范围。但书规定的出罪功能首先体现为指导构成要件的实质解释,充任不法程度判断的规范指引。在实质解释难以满足出罪需要时,发挥但书规定的规范填补作用,基于行为人因素或行为人外因素的考量以“不认为是犯罪”出罪。

关键词 但书规定 出罪功能 统合路径 规范指引 规范填补

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.04.011

目 次

- 一、问题的提出
- 二、但书规定的出罪机理
- 三、但书规定的出罪模式
- 四、但书规定对实质解释的规范指引
- 五、但书规定对出罪路径的规范填补
- 六、结语

* 中国政法大学刑事司法学院讲师,法学博士。本文系2024年度国家社科基金一般项目“法秩序统一视野下空白罪状的规范填补研究”(项目批准号:24BFX126)的阶段性成果。

一、问题的提出

我国《刑法》第13条的但书规定既承担着揭示犯罪概念定量要素的功能,又可以在司法实践中作为出罪依据,限缩犯罪的成立范围。储槐植教授较早关注到但书规定的丰富内涵,提出但书规定具有照应功能与出罪功能。前者统摄刑法分则的罪量要素以限缩犯罪成立,后者强调符合犯罪构成依然可以出罪。^①但是学界的质疑声不少,讨论的焦点在于如何认识但书规定的出罪功能。反对但书规定作为出罪根据的主要观点认为,但书规定与犯罪构成之间难以建立沟通渠道,“若要肯定‘但书’的出罪功能,就必须对‘但书’与犯罪构成的关系给出合理的解释”^②。适用但书规定直接出罪扰动了“犯罪构成是犯罪成立唯一条件”的共识,但书规定只是单纯的“立法宣言”,立法者将不构成犯罪的行为提前排除在犯罪圈之外,而不会在已经构成犯罪的前提下再以“情节显著轻微危害不大”出罪。^③然而,当前刑法学界对但书规定具有司法出罪功能已经基本形成共识,司法解释中的诸多规定和司法实践中的常见做法也表明这一结论已经获得实务界的普遍支持,只是对但书规定的出罪模式仍有不同观点。有学者对此进行了将但书规定转化为可罚的不法、可罚的罪责等尝试,为但书规定作为司法出罪依据提供了理论支撑。^④

司法实践中如何适用但书规定出罪,是当前亟待解决的问题。既有研究多聚焦于刑法教义学的内部视角,试图在应罚性领域内为但书规定找到合理的体系定位。但是在应罚性领域内为但书规定寻找教义学支撑难以满足司法实践的出罪需要,并且会因解释路径过多造成适用混乱。在当前的司法实践中,存在但书规定被“善意滥用”和“不用”两种情形。但书规定的“善意滥用”会遮蔽应罚性判断,需要扭转这种“使通过刑法教义学知识的运用而提供出罪的通道被窒息”^⑤的局面;“不用”则可能会造成出罪机制的堵塞,“一个公正的刑事诉讼程序,不仅入罪的渠道是畅通的,而且出罪的渠道也同样应当是无阻的”^⑥。造成理论界与实务界分歧的原因在于,已有的但书出罪路径往往将目光集中在应罚性领域,这种形式化、抽象化的法教义学体系有其固有的缺点,可能会与生活实践的规范需求相悖。^⑦在我国当前“入罪容易出罪难”的司法现状下,为“出罪以理、实质出罪”提供合理的出罪通道,采取统合路径依据但书规定出罪不失为务实之举。

① 参见储槐植、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,第92页。

② 杨忠民、陈志军:《刑法第13条“但书”的出罪功能及司法适用研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2008年第5期,第75页。

③ 参见李翔:《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,第5页。

④ 参见刘艳红:《目的二阶层体系与“但书”出罪功能的自治性》,载《法学评论》2012年第6期,第49-53页。

⑤ 陈兴良:《但书规定的规范考察》,载《法学杂志》2015年第8期,第7页。

⑥ 陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期,第60页。

⑦ 参见[德]尤利乌斯·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第15-21页。

二、但书规定的出罪机理

有学者认为,但书规定中的“不认为是犯罪”与基于罪刑法定原则的“不构成犯罪”指向一致,可以在同一意义上理解。^⑧笔者认为,基于罪刑法定原则的“不构成犯罪”与但书规定中的“不认为是犯罪”有不同的法理依据。虽然二者最终都会得出无罪结论,但是出罪机理不同。在司法实践中,既需要以但书规定为指导,弥补法益指导构成要件解释的不足,得出“不构成犯罪”的结论;又需要以但书规定为依据,发挥但书规定的规范填补作用,得出“不认为是犯罪”的结论。

(一) 纯正非罪与不纯正非罪的出罪机理考察

构成要件具有人权保障机能,与罪刑法定原则的实现存在紧密关联,不符合构成要件的行为当然无罪。但书规定的“不认为是犯罪”也能得出无罪结论,虽然二者结论相同,但是机理不同。前者基于构成要件该当性判断,严守“入罪以法”,恪守罪刑法定原则,是“纯正非罪”;后者借助刑事政策等因素的综合考量,彰显“出罪以理”,体现刑法的谦抑精神,是“不纯正非罪”。

1. 基于构成要件该当性的“纯正非罪”

所谓“纯正非罪”,是“没有实施刑法所规定的构成要件的行为”,之所以得出无罪的结论,是“行为性质与犯罪不相符合”。^⑨在此,无罪结论与构成要件该当性判断直接挂钩,不符合构成要件的行为(法无明文规定的行为)当然无罪,这既是对构成要件作为“不法类型”的强调,也是罪刑法定原则的当然要求。构成要件作为连接规范与事实的中间状态,是规范对现实的指涉,确保了人们对行为结果的可预见性,从而避免受到恣意处罚。^⑩质言之,构成要件彰显着罪刑法定原则的精神与价值,不符合构成要件意味着行为并不符合立法者确立的规范类型。也就是说,被排斥在构成要件之外的行为并不具有刑事不法的评价可能,从根本上不构成犯罪。

但这种“纯正非罪”并不局限于“行为性质与犯罪类型相悖”的情形,从构成要件作为一种类型存在而言,“与犯罪类型相悖”不只体现在“质”的定性上有所区别,在“量”的程度上也会有所区别。早期的刑法教义学理论关注对行为的定性分析,认为不法的本质在于对法律禁令或诫命的违反,往往对不法的程度关注较少。随着实质违法性理论的兴起,作为法益侵害实体的不法开始出现分层,不法的“量”在犯罪论体系中获得了体系地位并逐渐被广泛承认。时至今日,不法的“量”已经是实质违法性理论中不可或缺的内容,深深嵌入构成要件的解释之中。构成要件不再满足于被定义为纯粹的定型性构造,在其内部同时还蕴含着不法的“量”的构造。作为连接规范与事实的中间状

⑧ 参见张永红:《我国刑法第13条但书研究》,法律出版社2004年版,第8页。

⑨ 参见前注⑥,陈兴良文,第58页。

⑩ 参见蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第67-72页。

态,构成要件划定的不法类型是由不法的“质”与不法的“量”共同搭建的,在这一范围内不法的“质”与不法的“量”处于流动状态。对构成要件的解释就是在不法类型边界之内标定行为的不法,在这一类型之外的行为或是因为不符合不法的“质”的要求,或是因为未达到不法的“量”的要求,进而得出不构成犯罪的结论。总之,基于构成要件该当性判断的“纯正非罪”的范围既包括行为性质不符合的行为,又包括行为性质符合但在程度上不必处罚的行为。

2. 基于但书规定的“不纯正非罪”

直接援引但书规定宣告无罪时,这种无罪结论与前文的“纯正非罪”不同。往往是行为已经符合了犯罪构成,只是由于“情节显著轻微危害不大”而“不认为是犯罪”,因而是“不纯正非罪”。一般认为,行为符合犯罪构成就已经成立犯罪,但书规定在行为构成犯罪后否定前者的结论而“不认为是犯罪”,其作为出罪事由的法理依据需要进一步探讨。

有学者认为,若在刑法规定的犯罪构成之外寻找出罪路径,只能诉诸刑事政策,“在特定情况下,刑事政策具有赋予特别豁免权而宣告行为无罪的功能,它可以在既有的罪刑规范之外创设例外,宣告缺乏预防必要性的行为无罪”^①。刑事政策确实能够对出罪导向发挥影响,但观念层面的刑事政策过于抽象,在司法实践中还需要具体的方法论指导个案出罪。有学者主张将“应受刑罚处罚性”纳入“刑事违法性”,使之渗透到犯罪构成当中,进而指导不法的评价。^②但是,应受刑罚处罚性不能与刑事违法性等同视之,具有刑事违法性不意味着一定具有应受刑罚处罚性,还需要进行其他的目的性评价。这里基于刑事政策的考量体现在:对行为本身的“无价值”评价指涉刑法的目的,即法益保护;对行为人科处刑罚必要性的评价指涉刑罚的目的,即犯罪预防。^③在罗克辛目的理性犯罪论体系的构想中,预防必要性同样需要在犯罪构成体系内讨论,即对于需罚性的考量,在根据规范保护目的证成可以归责的基础上,还需要根据预防必要性决定处罚的理性界限。司法实践中,因不具备需罚性而无罪的行为,与基于但书规定的“不纯正非罪”方法论一致,在一定程度上限缩了犯罪成立范围。

有观点认为,独立适用但书规定出罪意味着刑法分则已经规定为犯罪的行为还有可能被司法机关认为不是犯罪,不予刑事处罚,这与罪刑法定原则相冲突。^④但是,这种观点对罪刑法定原则精神与价值的解读值得商榷,罪刑法定原则的价值旨趣只有人权保障的偏一性。倘若将《刑法》第3条前半部分的内容理解为“只要法律明文规定为犯罪行为的,就要定罪处刑”,则相当于不承认在我国刑法中存在超法规的阻却违法和阻却责任事由,不承认有利于被告人的类推。《刑法》第3条前半部分规定的“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”是犯罪成立的必要条件,而非充分条件,即“只有法

① 劳东燕:《罪刑规范的刑事政策分析——一个规范刑法学意义上的解读》,载《中国法学》2011年第1期,第138页。

② 参见王昭武:《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》,载《法学家》2014年第4期,第69页。

③ 参见劳东燕:《刑事政策与功能主义的刑法体系》,载《中国法学》2020年第1期,第132页。

④ 参见前注⑫,王昭武文,第73-74页。

律明文规定为犯罪行为的,才能依照法律定罪处刑”。^⑮在罪刑法定原则的指引下,入罪判断表现为封闭的体系,出罪判断表现为开放的体系,即罪刑法定原则指导“形式入罪、实质出罪”。但书规定发挥出罪功能,不仅不违反罪刑法定原则,而且在人权保障意义上与罪刑法定原则具有价值取向的一致性,因而完全可以依据但书规定建立一条通过实质解释与实质判断出罪的路径。

(二) 保护法益指导构成要件的解释与但书规定指导构成要件的解释

在构成要件该当性的判断中发挥但书规定的出罪功能,限缩犯罪成立范围,尤其是指引对构成要件的实质解释,得到多数学者的认同。实质解释的基本方法要求“对构成要件的解释必须以法条的保护法益为指导,而不能仅停留在法条的字面含义上”^⑯。需要澄清的是,保护法益指导构成要件的实质解释与但书规定指导构成要件的实质解释有何异同。如果两种解释方法彼此独立,解释路径有何差异,何种判断为先?对此,需要回到二者的解释路径上进行比较。

1. 以保护法益指导构成要件的解释

有学者主张保护法益可以分为三个层级:作为刑法整体目的的保护法益;作为刑法分则章节划分基础的保护法益;作为刑法分则具体个罪规范保护目的的保护法益。^⑰法益概念具有解释论机能,能够指导构成要件的解释,其作用在于确定立法者制定刑法规范所欲达到的目的,以判断刑法规范正在保护什么利益。“法益乃成为解释与适用不法构成要件所不可或缺的指标,唯有通过构成要件所要保护的法益,才能妥适而明确地解释不法构成要件。”^⑱在司法实践中,司法工作人员需要根据刑法分则具体个罪的保护法益,将形式上符合构成要件但实质上不具有法益侵害性的行为排除在犯罪成立范围之外。例如,行为人在搬家过程中运送祖传象牙的行为,形式上符合了《刑法》第341条危害珍贵、濒危野生动物罪的构成要件。但是,本罪的规范保护目的是“通过严格的运输管理制度来保护野生动物资源”。上述行为没有侵害或者威胁珍贵、濒危野生动物资源,实质上不符合本罪的构成要件。^⑲在入罪限制方面,以保护法益为指导对构成要件的实质解释,其方法论体现为以“不具有法益侵害性”阻却构成要件符合性。

以保护法益指导构成要件的解释,主要体现为对构成要件的定性思考,即不法类型中“质”的层面。这种实质解释方法在多数情形下能够得出妥当的结论,但是在一些需要界分一般违法行为与犯罪行为的场合下,也会存在不足。就行为类型而言,行政法与刑法的规制范围存在不少重合,对同一行为类型的规制在条文表述上也经常大致相同,对相应的行政违法行为与犯罪行为进行界分一直是司法实践中的难题。对此,有学者提

^⑮ 参见陈兴良:《罪刑法定主义》,中国法制出版社2010年版,第63页。

^⑯ 张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期,第49页。

^⑰ 参见张明楷:《刑法目的论纲》,载《环球法律评论》2008年第1期,第18页。

^⑱ 林山田:《刑法各罪论》(修订5版上册),北京大学出版社2012年版,第10页。

^⑲ 参见张明楷:《刑法学》(第6版下),法律出版社2021年版,第1492-1493页。

出根据前置法与刑法的规范目的是否一致来区分行政违法行为与犯罪行为。^{②①}在行政法的规范目的与刑法的规范目的不一致时,行政违法行为与犯罪行为有着“质”的区别,此时通过明确刑法分则个罪的保护法益即可得出妥当的结论。例如,“赵春华非法持枪案”中的“枪支”需要根据非法持有枪支罪的保护法益即公共安全来解释,而不能仅仅依照以维护枪支管理秩序为规范目的的行政法中的“枪支”来解释。在行政法的规范目的与刑法的规范目的一致时,行政违法行为与犯罪行为仅存在“量”的区别。例如,对于非法侵入他人住宅的行为,无论行政法还是刑法都同时指向对公民住宅安宁的保护,此时仅以保护法益为指导已经无法区分行政违法行为和犯罪行为,还需要在程度上进行实质判断。因此,以保护法益指导构成要件的解释,只能完成对不法的“质”的实质判断,对不法的“量”的实质判断还需要依据但书规定指导构成要件的解释才能完成。

2. 以但书规定指导构成要件的解释

以保护法益指导构成要件的解释旨在判断不法的性质,以但书规定指导构成要件的解释旨在判断不法的程度,二者的方法论路径并不相同。行为形式上符合构成要件时,还必须考察行为是否达到值得科处刑罚的程度,即实质上是否具有可罚性。构成要件的实质化已然成为事实,在构成要件中嵌入不法的程度判断也已经成为共识,刑法学者们不断尝试在教义学体系内构建构成要件的量化方案。德国刑法学家韦尔策尔提出社会相当性理论,并将社会相当性理论由习惯法上的正当化根据转变为对构成要件符合性的限制。韦尔策尔认为,“处在历史形成的共同体生活的社会道德秩序之内”^{②②}的行为,不具有作为不法实质基础的“社会无价值”,应当被排除在不法之外。由于法益只在受到一定程度触动的场合才会被损害,基于这一前提,便可将一些被社会所容忍的、造成轻微损害的行为排除在构成要件之外,即所谓的“轻微性原则”。^{②③}日本刑法学者山口厚则用可罚的违法性理论来解释不法的程度,以限缩犯罪成立范围。可罚的违法性理论在构成要件阶层和违法性阶层发展出不同的内涵:在行为所产生的结果轻微的场合(绝对轻微型),其可罚性只需要在构成要件该当性阶层作出判断;在行为所产生的结果并不十分轻微的场合(相对轻微型),需要在违法性阶层进行法益衡量得出是否轻微的结论。^{②④}由此可见,德日刑法学者虽然论证路径不同,但是都尝试在教义学体系内构建构成要件的量化方案,实现“微罪不举”,彰显刑法的谦抑性。

与德日刑事立法模式不同,我国《刑法》第13条明文规定了“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,刑法分则个罪也根据法益保护需要设置了不同类型的罪量要素。因此,我国刑法不需要照搬德国的社会相当性理论或者日本的可罚的违法性理论,而需要构建具有中国特色的但书规定的出罪体系与出罪路径。但书规定不仅照应了分

^{②①} 参见于改之:《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》,载《中国法学》2021年第2期,第223页。

^{②②} [德] 汉斯·韦尔策尔:《目的行为论导论:刑法体系的新图景》(增补第4版·中文增订版),陈璇译,中国人民大学出版社2024年版,第33页。

^{②③} 参见[德] 克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第31页。

^{②④} 参见[日] 山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第190页。

则个罪中明文规定的罪量要素,也照应了分则个罪未明确规定的罪量要素,体现了但书规定的照应功能。一方面,刑事立法设定刑法分则个罪的构成要件时,“情节显著轻微危害不大”已经渗透到构成要件的行为类型中,作为行为类型的边界,阻挡轻微行为在刑事立法层面犯罪化的可能。另一方面,刑事司法认定刑法分则个罪的构成要件时,也应当重视构成要件类型的“量”的边界,“虽然原则上可以根据行为符合罪状对不法行为特征的定性描述,判定构成要件的该当性,但是仍然不能排除例外情况下,结合个案具体情况,斟酌确定是否存在因‘情节显著轻微、危害不大’而‘不认为是犯罪’的可能空间”^{②4}。总之,在司法实践中,但书规定能够指导司法人员解释构成要件的不法程度,将不值得科处刑罚的行为不作为犯罪处理。

三、但书规定的出罪模式

关于但书规定的出罪模式,刑法理论界存在“入罪限制条件说”与“出罪标准说”的分歧。“入罪限制条件说”相对更受理论界支持,但在司法实践中,但书规定又经常被直接作为出罪依据。笔者认为,刑法理论应当以实践理性为品格,面向实践、解决问题。但书规定的出罪模式,需要打破传统的对立模式,以“入罪限制”和“出罪标准”的统合路径弥合理论与实践之间的鸿沟。

(一) 但书出罪模式之争:入罪限制还是出罪标准

我国刑法理论界对但书规定具有司法出罪功能已经基本形成共识,但就如何具体适用但书出罪仍然存在分歧。有学者以但书的限制性规定为指导,判断行为是否符合构成要件,以此破除“滥用”但书出罪问题,即“入罪限制条件说”。^{②5}也有学者不拘泥于犯罪构成本身,认为符合犯罪构成但是不值得科处刑罚的行为不应作为犯罪处理,即“出罪标准说”。^{②6}大体而言,两种观点以但书规定与犯罪构成的关系为依据展开讨论,前者将但书规定作为内在的、涵摄的犯罪成立限制条件,后者则将但书规定作为外在的、独立的实质出罪标准。在“犯罪构成是犯罪成立唯一标准”的影响下,“入罪限制条件说”在刑法理论界获得更多学者的支持。在司法实践中,“出罪标准说”所主张的出罪路径则更受青睐,司法机关经常直接将但书规定作为出罪依据。关于但书规定的司法适用,应当首先厘清以上两种学说的逻辑立场、论证路径、方法论支撑。

1. 入罪限制条件说

“入罪限制条件说”主张将但书规定解释为入罪的限制性条件,以但书规定指导构成要件的解释。“将但书的机能定位于对入罪的限制,主张在判断行为是否符合构成

^{②4} 梁根林:《刑法总论问题论要》,法律出版社2018年版,第184页。

^{②5} 参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第119页;周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第5页;前注^{②4},梁根林书,第197-198页。

^{②6} 参见前注^①,储槐植、张永红文,第92页;孙本雄:《入罪与出罪:我国〈刑法〉第13条的功能解构》,载《政治与法律》2020年第4期,第117页。

要件时,应同时以但书的限制性规定为指导……如果行为符合犯罪成立条件,却又根据第13条但书宣告无罪,便使刑法规定的犯罪成立条件丧失应有的意义,也违反了刑法第3条的规定。”^{②7}换言之,“入罪限制条件说”认为《刑法》第13条但书规定的作用是指导司法机关对具体个罪的构成要件进行实质解释,某种行为要符合具体个罪的构成要件,必须不属于“情节显著轻微危害不大”的情形。

“入罪限制条件说”采用实质解释立场适用但书出罪,在判断犯罪成立的过程中贯穿应罚性理念,将不值得处罚的行为排除在违法构成要件之外。这种出罪路径一方面来自罪刑法定原则形式侧面的刚性要求,另一方面来自罪刑法定原则实质侧面的效力彰显。禁止处罚不当罚的行为是罪刑法定原则实质侧面的重要内容,这一实质侧面对立法权的限制既强调应罚的行为性质,又强调应罚的行为程度。罪刑法定原则的实质侧面不仅限制立法权而且限制司法权,对司法权的限制体现在不仅要求从行为“质”的维度出发限缩处罚范围,还要求从行为“量”的维度出发将不值得处罚的行为排除在外。总之,这种诉诸实质解释的方法与但书规定中蕴含的“量”的评价相契合,成为但书规定在犯罪构成体系内出罪的基本逻辑。

然而,“入罪限制条件说”并非完美无缺,有些案件的处理难以根据该说得出合理的结论。例如,行为人短期内多次实施了盗窃价值较小的财物的行为,由于此类行为处罚必要性较低,不宜认定为盗窃罪。但是,试图对构成要件进行实质解释激活但书规定的做法在此类案件的处理中会陷入困境,因为司法解释规定的“多次盗窃”是指“两年内盗窃三次以上”,而对于数字很难进行实质解释,也很难将价值较小的财物排除在盗窃罪的行为对象之外。“入罪限制条件说”的本意是用较为明确的、融贯的教义学体系建构来弥补但书规定模糊性的短板,但实际上是用“不值得科处刑罚”这一抽象概念覆盖了“情节显著轻微危害不大”这一抽象概念。可见,“入罪限制条件说”并非毫无疏漏,对构成要件进行实质解释并不是万能的,难以完全满足司法实践中的出罪需要。

2. 出罪标准说

“出罪标准说”主张对于符合犯罪构成但是没有处罚必要性的行为,直接适用但书规定出罪。“根据但书,那些已被框入圈内但情节显著轻微危害不大的行为,不认为是犯罪,就将一部分行为排除出去,这才是最终划定的犯罪圈。”^{②8}该说跳出犯罪构成体系的约束,主张先形式判断行为是否符合犯罪构成,再实质判断符合犯罪构成的行为是否具有应受刑罚惩罚的社会危害性,由此形成以犯罪构成为核心的形式判断与以社会危害性为核心的实质判断的二元犯罪判断标准。^{②9}“出罪标准说”认为,“情节显著轻微危害不大”能够内化于刑事政策或者司法理念中作为出罪事由。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》指出,“宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策……对于具有一定社会危害性,但情节显著轻微危害不大的行为,不作为犯罪处理”。这与但书规定的

^{②7} 前注^{②5},张明楷书,第119-120页。

^{②8} 前注^①,储槐植、张永红文,第91页。

^{②9} 参见冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第1卷),北京大学出版社2023年版,第231-234页。

“不认为是犯罪”的精神是一致的,为进一步扩大出罪空间提供了依据。

“出罪标准说”主张的直接适用但书规定出罪具有合理性,但是可能存在出罪标准模糊、容易被滥用的问题。在一定程度上,司法实践中存在“出罪用但书”的路径依赖,司法机关经常直接将但书规定作为出罪事由,缺乏必要的说理。例如在“张某英故意伤害案”中,法院在被害人的伤情鉴定结果被改为轻微伤的情况下,仍以“情节显著轻微危害不大”为由宣告被告人张某英无罪,而不是以未达到“轻伤以上”的结果为由认定张某英的行为不符合故意伤害罪的构成要件。^{③①} 本案的裁判以合理性判断代替了合法性判断,忽视了构成要件符合性的审查。类似情形在刑事立法设置“数额较大”“情节严重”“严重后果”等罪量要素的罪名中也较为常见,司法机关往往不解释罪量要素而直接适用但书规定出罪。作为统摄罪量要素的但书规定,被司法机关直接作出罪依据虽无明显错误,但还是应当优先考虑以但书规定为指导对构成要件进行实质解释,在个案处理中彰显刑法教义学的科学性、严密性。司法机关习惯援引但书规定直接宣告无罪,有时忽视了犯罪成立基本条件的认定,不免会使但书规定受到“善意滥用”的批评。无论是来自学界的批评还是实践中折射出的问题,都说明“出罪标准说”在如何确定出罪边界问题上未作出充分说明,需要进一步明确出罪边界。

(二) 但书出罪模式统合: 从对立转向统一

如上所述,在我国刑法理论界,关于但书规定的出罪路径形成了“入罪限制”与“出罪标准”两种观点的对立。当前,出于对四要件犯罪构成体系的反思,“入罪限制条件说”逐步占据上风,“出罪标准说”有所式微。但书规定在四要件犯罪构成体系中一直处于尴尬的地位——将之纳入犯罪构成似乎无处安放,将之置于犯罪构成之外又冲击了“犯罪构成是犯罪成立唯一标准”的观念。社会危害性理论受到冲击是“出罪标准说”旁落的另一原因,该标准较为模糊、难以被具体把握是“出罪标准说”面临的最根本的批评。“以但书出罪,意味着社会危害性这种实质判断是外于犯罪构成的,需要在犯罪构成之外独立判断,而且,社会危害性及其程度不仅要由犯罪构成还要由犯罪构成以外的事实情况来说明。”^{③②} 这种置于犯罪构成体系之外的非定型判断既有可能导致“滥用”,也有可能“不用”,无法使刑法的安定性得到确认。“在刑法信条学设定了界限和规定了概念的情况下,它就可能使刑法在安全和可预见的方式下得到运用,并能够避免非理性化、专横性和随意性。”^{③③} 出于体系性与安定性的考量,“入罪限制条件说”逐渐占据上风。

“入罪限制条件说”主要通过列举司法实践中“滥用”但书规定出罪的现象对“出罪标准说”加以批评,但“出罪标准说”本身并无差错,甚至有相当的合理性。在部分案件中直接援引但书规定出罪,就是因为诉诸刑法教义学方法可能得出较为僵化的裁判结果,无法达成法律效果与社会效果的有机统一。真正的案件说理,除了要求严守法理、

^{③①} 参见安徽省固镇县人民法院(2013)固刑初227号刑事判决书。

^{③②} 前注^{①②},王昭武文,第73页。

^{③③} [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第126页。

引用学理之外,也要注重佐以情理、善用文理。^{③③}“张美华伪造身份证件案”的判决表明,行为已经符合伪造身份证件罪的构成要件却仍有出罪需要时,但书规定成为出罪依据具有合理性与可行性。^{③④}在与犯罪构成的关系层面展开讨论,“入罪限制条件说”占据上风。入罪判断确实要以犯罪成立条件为标准,但并不意味着出罪判断也应当受限于前者。但书出罪在不法与罪责之外,亦有其他因素的考量。以犯罪构成的单一视角评价但书规定的出罪功能,在一定程度上未能充分关注到但书规定对出罪体系的填补,忽视了但书规定的独立意义。

“入罪限制条件说”与“出罪标准说”都在某些方面具有合理性,同时又在其他方面存在不足。因此有必要统合两种路径,全面考察但书规定在判断犯罪成立与否过程中的价值,发挥其在出罪体系中的重要作用。统合路径强调以司法实践为导向,“入罪限制”与“出罪标准”协调适用。当然,统合路径并不是简单的调和与折中。犯罪构成作为审查犯罪成立的工具,对于判断犯罪成立与否具有体系性思考的优势,在司法裁判过程中判断犯罪是否成立,需要借助犯罪构成体系作为方法论支撑。基于限缩犯罪成立范围的需要,在犯罪构成中充任实质解释的规范指引是但书出罪功能的主要体现。在此基础上,基于社会一般观念的考量,在指引构成要件的实质解释难以满足出罪需要时,需要发挥但书规定对出罪体系的规范填补功能,根据行为人因素或者行为人外因素考察处罚必要性出罪。也就是说,发挥但书规定的出罪功能,需要以“入罪限制”为主要方法,以“出罪标准”为补充,统合二者的优势,实现出罪体系的规范性、妥当性与周延性。在我国当前“入罪容易出罪难”的司法现状下,但书出罪的统合路径既能有效限缩犯罪成立范围,又能有效避免但书规定的“滥用”与“错用”。

四、但书规定对实质解释的规范指引

我国刑法中犯罪成立采取的是立法“定性+定量”的模式。“在我国违法和犯罪区分的二元体系下,没有达到严重社会危害性的行为被纳入行政法的调整范围。”^{③⑤}也就是说,一般违法行为与犯罪行为之间除了存在“质”的不同,还存在“量”的差异,“情节显著轻微危害不大”划定了一般违法行为与犯罪行为“量”的界限。笔者认为,法益侵害性是不法的本质,没有侵犯法益的行为因“质的不符”不构成犯罪;但书规定标定了不法的程度,“情节显著轻微危害不大”的行为因“量的阙如”同样不构成犯罪,进一步缩小了犯罪成立范围。在构成要件该当性的判断中,司法工作人员不仅要判断行为是否符合“罪体”,还要判断行为是否符合“罪量”。具体而言,但书规定主要通过以下两条路径实现对实质解释的规范指引:首先,指引司法解释对刑事立法没有明文规定的罪

^{③③} 参见胡云腾:《论裁判文书的说理》,载《法律适用》2009年第3期,第51页。

^{③④} 参见最高人民法院办公厅编:《中华人民共和国最高人民法院公报》(2004年卷),人民法院出版社2005年版,第347-350页。

^{③⑤} 何荣功:《我国轻罪立法的体系思考》,载《中外法学》2018年第5期,第1206页。

量要素予以明确;其次,在司法解释也没有明确罪量要素的情况下,指导司法工作人员对构成要件进行实质解释。

(一) 但书规定指引司法解释确定涵摄的罪量要素

但书规定对实质解释的规范指引首先体现为指引司法解释对罪量要素予以明确。“罪量是在具备犯罪构成的本体要件的前提下,表明行为对法益侵害程度的数量要件。”^{③6} 罪量要素可以分为法定罪量要素与涵摄罪量要素:法定罪量要素由立法明文规定,如刑法分则规定的“数额较大”“情节严重”“造成重大损失”等;涵摄罪量要素可以根据但书规定和刑法分则条文的规范保护目的予以确定,发挥限缩犯罪成立范围的机能。^{③7} 涵摄的罪量要素往往依靠司法解释确定具体标准,需要对不法类型进行综合评价,通常根据行为属性、行为对象、行为后果以及行为的时间、地点、方法等因素进行综合判断。

“司法解释毕竟不是立法,它应当是以刑法规范为对象所作的一种解释。”^{③8} 但书规定为司法解释明确涵摄的罪量要素提供了指导原则,在立法未明确规定罪量标准的情况下,司法解释能够以但书规定为指引对涵摄的罪量要素进行实质解释。例如,《刑法》第359条只规定了容留、介绍卖淫罪的构成要件行为是“容留、介绍他人卖淫”,与《治安管理处罚法》第79条“容留、介绍他人卖淫”的表述完全相同,即行政法规制的行为与刑法规制的行为在“质”上相同。此时,试图通过行为性质或者保护法益区分行政违法行为和犯罪行为不具有实际意义。仅从文字表述来看,似乎容留、介绍一人卖淫的行为也可以构成容留、介绍卖淫罪,但是如此理解会不恰当地扩张刑法处罚范围。此时便能够以但书规定为指引,通过司法解释对涵摄的罪量要素予以明确。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》规定“容留、介绍二人以上卖淫的”才构成犯罪。也就是说,相关司法解释明确了“容留、介绍一人卖淫”的情形不构成犯罪。这是司法解释以但书规定为指引对构成要件进行的实质解释,将不值得科处刑罚的容留、介绍卖淫行为不作为犯罪处理,在刑事不法和行政违法之间设立可行的量化标准,防止“模糊‘两法’的界限进而造成刑法适用的扩张”^{③9}。司法解释以但书规定为指引对涵摄的罪量要素进行实质解释明确其内涵,充分发挥了但书规定对实质解释的规范指引作用。

立法机关制定法律时,需要同时考虑法律明确性与法律适用张力的双重向度。如果刑事立法对分则个罪的罪量要素都作具体规定,可能导致刑法难以适应社会发展变化的需要。更加可行的方案是,司法解释以但书规定为指引对具体个罪的罪量要素予以明确。但书规定指引司法解释明确涵摄的罪量要素时,应当从“时空面向”等多重维度进行实

^{③6} 陈兴良:《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》,载《环球法律评论》2003年第3期,第276页。

^{③7} 参见前注^{②4},梁根林书,第185页。

^{③8} 陈兴良:《刑法定罪思维模式与司法解释创制方式的反思——以窠井盖司法解释为视角》,载《法学》2020年第10期,第14页。

^{③9} 崔志伟:《规范目的比较下的“行刑”区界与出罪路径——以“行刑”衔接下的违反管理秩序型行为为视角》,载《人大法律评论》(2020年第2辑)法律出版社2021年版,第219-220页。

质考量,但书规定中“情节”和“危害”的评价应当随时空变化而变化。例如,刑法分则并没有明文规定虚开增值税专用发票罪的罪量要素,《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》出台前,虚开增值税专用发票罪的入罪标准应当参照2010年的立案追诉标准,即“虚开的税款数额在一万元以上或者致使国家税款被骗数额在五千元以上的,应予立案追诉”。随着经济社会发展,2022年的立案追诉标准调整为“虚开的税款数额在十万元以上或者造成国家税款损失数额在五万元以上”,体现了“因时制宜”。总之,司法解释应当以但书规定为指引,综合考量法益侵害程度对涵摄的罪量要素予以明确,确保行为的违法性达到值得科处刑罚的程度,实现刑法明确性与适应性的统一。

(二) 但书规定指导构成要件的实质解释

构成要件是不法类型,既包含定性要求,又包含定量要求。定量要求有时通过立法明文规定的罪量要素体现,如生产、销售伪劣产品罪中的“销售金额五万元以上”;有时通过司法解释确立的追诉标准体现,如上文提到的容留、介绍卖淫罪中的“容留、介绍二人以上卖淫”;有时则内涵于构成要件本身,需要通过实质解释进行挖掘。从形式上看,某些个罪似乎只有定性规定而无定量规定,刑事立法仅描述了构成要件的行为性质,司法解释也未说明达到何种程度才能入罪。此时,需要以但书规定为指导对构成要件进行实质解释,对犯罪行为与一般违法行为进行界分。

例如,《治安管理处罚法》第52条与《刑法》第237条都对“猥亵儿童”行为加以规制。在刑法没有对猥亵儿童罪的构成要件行为叙明列举的情况下,需要以但书规定为指导对猥亵儿童罪的构成要件进行实质解释,将“情节显著轻微危害不大”的行为排除在犯罪成立范围之外,妥当地实现对猥亵儿童行为的“二元”规制。行为人对儿童的隐私部位进行抠摸、吸吮、舌舐,或者对儿童实施鸡奸行为,可以认为达到了应受刑罚惩罚的“量”的要求,符合猥亵儿童罪的构成要件。而强行搂抱、亲吻儿童的行为能否入罪,还需要结合行为方式、持续时间、接触部位、强制程度、主观目的等因素进行综合判断。“对于这种行为,主要还是根据一般人的观念,从客观上判断是否属于猥亵儿童的行为。”^⑩在司法实践中,需要以但书规定为指导挖掘司法解释没有明确的、隐藏在刑法分则个罪构成要件中的罪量要素,有些行为虽然“扰动”了法益,但是可能并未达到应受刑罚惩罚的“量”。此时,“必须将字面上符合构成要件、实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之外”^⑪。

以但书规定为指导对构成要件进行实质解释,就是发挥但书规定的入罪限制功能。其方法论路径是:在个案中根据“情节显著轻微危害不大”的规定,结合具体案件事实,挖掘内涵于构成要件中的涵摄罪量要素,将形式上符合构成要件但实质上未达到应受刑罚惩罚程度的行为排除在犯罪成立范围之外。然而,但书规定指导构成要件的实质解

^⑩ 张明楷:《侵犯人身罪与侵犯财产罪》,北京大学出版社2021年版,第102页。

^⑪ 前注^⑩,张明楷文,第50页。

释并非能够适用于所有犯罪。首先,在刑法分则个罪中存在以下情形,“只要相关行为一经实施,其应罚性程度就难言轻微,根本不存在情节显著轻微危害不大的可能,自然不能通过《刑法》第13条但书规定进行出罪”^⑫。例如以危险方法危害公共安全等侵犯重大法益的犯罪行为,只要行为符合了构成要件,就达到了应受刑罚惩罚的不法程度,不存在但书规定指导下因“量的不符”而阻却构成要件该当的情形,无需进行“情节显著轻微危害不大”的二次评价。其次,如果刑法分则个罪的罪量要素是难以进行实质解释的数额或者次数,也无法根据但书规定认为“量的不符”而阻却构成要件。以盗窃罪为例,由于司法解释对“数额较大”“多次盗窃”的具体标准都予以明确规定,此时很难再以但书规定为指导进行实质解释。例如上文提到的行为人短期内多次实施了盗窃价值较小的财物的行为,已经符合了“多次盗窃”的构成要件,无法以但书规定为指导得出“不构成犯罪”的结论。当然,多次盗窃价值较小的财物的行为不一定都成立盗窃罪,如果存在其他出罪标准事由,仍然可以援引但书规定出罪。也就是说,在实质解释难以满足出罪需要时,发挥但书规定的规范填补作用。这也正是笔者主张的但书出罪不能局限于单一路径,而应当坚持“入罪限制”与“出罪标准”统合路径的关键所在。

总之,构成要件是不法类型,不仅包含不法的性质判断,还包含不法的程度判断。“情节显著轻微危害不大”是不法程度的划分依据,“应受刑罚惩罚的不法程度”是一般违法行为与犯罪行为划分的界限。以但书规定为指导对构成要件进行实质解释,进而得出不符合构成要件、不构成犯罪的结论,由此但书规定以规范指引的方式限缩犯罪的成立范围。罪量要素应当解释为构成要件要素,“量的阙如”的行为并非在符合构成要件之后,再根据但书规定出罪,而应当认为不符合构成要件。但书规定在此充当入罪限制事由,而非出罪标准事由。司法实践中,对此种情形不宜直接援引但书规定出罪,而应当以但书规定为指导对构成要件进行实质解释,进而得出“不构成犯罪”的结论。

五、但书规定对出罪路径的规范填补

如前所述,“入罪限制条件说”认为“情节显著轻微危害不大”限于不法内容的程度性评价,仅将但书规定作为指导构成要件解释的限制性规定。这种观点一定程度上源于“入罪、出罪均须法定”的理念,但是“出罪须法定”的理念会阻塞出罪通道,难以满足司法实践中的出罪需要。“情节显著轻微危害不大”是综合性评价标准,出罪判断需要综合考量表征不法的行为因素、表征责任的行为人因素以及行为人外因素。但书规定同时具备对实质解释的规范指引功能和对出罪路径的规范填补功能,后者强调但书规定作为出罪标准事由在适用位阶上的后置性与谦抑性。也就是说,如果能以但书规定指导构成要件的实质解释,优先考虑但书规定的规范指引功能,以行为不符合构成要件出罪;如果难以根据但书规定指导构成要件的实质解释,则需要考虑但书规定的规范填补功

^⑫ 左智鸣:《〈刑法〉第13条但书出罪机制的反思与重构》,载《西南政法大学学报》2024年第4期,第106页。

能,即考量行为人的非难可能性、预防必要性和行为人外因素出罪。

(一) 基于非难可能性轻微适用但书规定出罪

责任主义的基本要求是“只有当行为人对所实施的违法行为与结果具有责任能力以及故意、过失、违法性认识的可能性与期待可能性时,才能对行为人进行非难”^{④③}。换言之,行为人具有意思决定能力和决定自由时,应当为自己的行为承担责任;行为人不具有意思决定能力和决定自由时,难以实现“规范性地交往”^{④④},不应当对其予以非难。行为人的意思决定能力和决定自由不仅存在有无的判断,也存在程度的判断;非难可能性也不只是“质”的判断,还需要“量”的考察。如果通过对责任要素“量”的考察发现存在行为人意思决定能力和决定自由瑕疵的出罪标准事由,而且这种瑕疵使得行为人的非难可能性较为轻微,此时就可以依据但书规定直接出罪。具体而言,能够导致行为人非难可能性轻微的出罪标准事由包括以下三个方面。

第一,刑事责任能力不完整。根据《刑法》第17条规定,“已满十六周岁的人,其体力、智力已发展到一定程度,并有一定社会知识,已具有分辨是非善恶的能力,因此,应当要求他们对自己的一切犯罪行为负刑事责任”^{④⑤}。刑事责任年龄制度是一种以生理年龄为标度的、对刑事责任能力的立法推定,《刑法》第17条“将已满16周岁的未成年人拟制为对刑法所规制的全部行为具有控制能力和辨认能力”^{④⑥}。但是脑科学和心理研究表明,未成年人的智力发育成熟与心理发育成熟之间存在发展“落差”。在身心完全成熟之前,未成年人的辨认能力和控制能力一定意义上仍不完整。因此,司法解释中存在多处考虑年龄因素的出罪标准事由,如《最高人民法院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条第2款规定,“已满十六周岁不满十八周岁的人盗窃未遂或者中止的,可不认为是犯罪”。这更多是基于已满十六周岁不满十八周岁的人刑事责任能力尚不完整设立的出罪标准事由,即不认为是犯罪。

第二,违法性认识错误的避免可能性较低。从罗马法的“不知法不免责”,到现代刑法“只有能够认识到自身行为是被法律所禁止的人,才是有责的行为主体”^{④⑦},违法性认识对于犯罪成立经历了一个从无需到必要的过程。司法实践中,以完全不具备违法性认识错误的避免可能性作为出罪事由可能比较困难,但是基于责任主义原则的贯彻,应当更加充分地考察违法性认识错误避免可能性的程度,不宜将标准限定得过于严格。2020年12月最高人民法院刑事审判第三庭、最高人民检察院第四检察厅、公安部刑事侦查局印发的《关于深入推进“断卡”行动有关问题的会议纪要》规定,“对于初犯、偶犯、未成年人、在校学生、老年人等,要以教育、挽救、惩戒、警示为主……情节显著轻微危害不

^{④③} 前注^{②⑤},张明楷书,第87页。

^{④④} 前注^{②②},克劳斯·罗克辛书,第78页。

^{④⑤} 郎胜主编:《〈中华人民共和国刑法〉理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第35页。

^{④⑥} 姜敏、时雪涵:《最低刑龄制度应对未成年人犯罪的困境与出路——由“邯郸13岁男孩被害案”引发的思考》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2024年第4期,第239页。

^{④⑦} [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第602页。

大的,不以犯罪论处”。法定犯时代,“违法性认识错误问题呈现前所未有的复杂性”^{④8}。随着经济社会的发展和科技水平的突进,违法犯罪活动越来越复杂化、精细化;随着积极刑法观的实践展开,刑事法网越来越严密。对于未成年人、在校学生、老年人群体而言,要对不断变动的法规范全部知悉、对不断翻新的犯罪手段随时保持警觉,并不是一项宽缓的要求。因此,基于宽宥的理念,对于上述违法性认识错误避免可能性较低的群体,可以直接适用但书出罪。

第三,期待可能性较低。为了防止期待可能性理论的滥用,以期待可能性为由阻却责任的标准在司法适用中非常严格。现实生活中,影响意思决定自由的因素非常多。行为人出于值得同情的特殊缘由实施了违法行为,也许要求其遵守法规范并非完全不可能,但是对行为人要求过高,此时就应当着重考察行为人的期待可能性程度,司法解释中也存在基于期待可能性程度较低出罪的规定。例如,《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第12条第1款规定,“醉驾具有下列情形之一……可以认定为情节显著轻微、危害不大,依照刑法第十三条、刑事诉讼法第十六条的规定处理……(二)出于急救伤病人员等紧急情况驾驶机动车,且不构成紧急避险的”。在此种情况下,原本可以要求行为人做出符合法规范要求的选择,即不实施危险驾驶行为,行为人并非完全不具有期待可能性。但是在司法实践中,考虑到案发时的紧急情况,再基于法益衡量,可以认为行为人的期待可能性较低,进而以“情节显著轻微危害不大”为由出罪。

(二) 基于特殊预防必要性轻微适用但书规定出罪

除了非难可能性因素,预防必要性因素也是关涉出罪与否的重要维度。“司法层面不能再像以往一样只考虑责任情节是否严重,预防必要性的大小也应当作为考虑因素。”^{④9} 预防必要性包括特殊预防必要性和一般预防必要性,一般预防必要性不是但书出罪考量的事由,仅关注一般预防必要性有将人作为“手段”而非“目的”的危险。但书出罪需要着重关注行为人的特殊预防必要性,因行为人存在责任瑕疵可以不作为犯罪处理的案件,其出罪根据在于行为人自身因素的特殊性。特殊预防旨在防止再犯,“通过刑罚的安排,必须实现让被处罚者尽量不为再犯的目标”^{⑤0}。具体而言,基于行为人特殊预防必要性轻微的出罪标准事由包括真诚认罪悔罪、积极恢复法益等罪后情节,以及具有特定合理行为动机等。这两种情形都表明行为人的再犯可能性相对较小,特殊预防必要性轻微,可以根据但书规定直接出罪。

第一,存在真诚认罪悔罪、积极恢复法益等罪后情节。行为人真诚认罪悔罪,采取积极配合修复恢复、主动退赃退赔、主动退还违法所得等法益恢复行为,表明行为人的特殊预防必要性较为轻微,可以根据但书规定直接出罪。在不同罪名中,司法解释设定了不同的法益恢复标准。例如,危险作业罪要求“积极配合公安机关或者负有安全生产监督

^{④8} 车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,载《清华法学》2015年第4期,第23页。

^{④9} 徐岱、傅亮:《轻罪治理中出罪标准体系建构》,载《南京社会科学》2024年第9期,第99页。

^{⑤0} 前注^{②2},克劳斯·罗克辛书,第76页。

管理职责的部门采取措施排除事故隐患”^{⑤①},盗伐林木罪、滥伐林木罪要求“积极通过补种树木、恢复植被和林业生产条件等方式修复生态环境”^{⑤②}等。此时,虽然犯罪行为已经完成,但是行为人主动退赃退赔、主动退还违法所得、积极恢复法益,可以肯定其悔罪态度,可以认为特殊预防必要性轻微而适用但书规定直接出罪。

第二,具有特定合理行为动机。对于特殊领域的犯罪,尤其是保护法益为秩序类法益的个罪,只要行为人实施了该当构成要件的行为,就很难认为不存在不法侵害。但是,如果行为人具有正常生活、生产经营需要等特定合理行为动机,则存在“情节显著轻微危害不大”不认为是犯罪的空间。例如,对于走私珍贵动物制品进境的行为,司法解释就有“不以牟利为目的,为留作纪念……情节显著轻微的,不作为犯罪处理”^{⑤③}的规定。这是基于特定合理行为动机,依据但书规定直接出罪的体现。

如上所述,在具有真诚认罪悔罪、积极恢复法益等罪后情节或特定合理行为动机时,行为人的特殊预防必要性较低。司法实践中经常综合考量事后行为与特定合理行为动机这两种事由作为出罪标准。例如,在非法吸收公众存款罪中,司法解释规定的出罪标准事由包括“非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动”,同时要求“能够在提起公诉前清退所吸收资金”。^{⑤④}在上述情形中,需要同时具备两种出罪标准事由,才能基于但书规定的规范填补功能,得出特殊预防必要性轻微、不认为是犯罪的结论。

(三) 基于行为人外因素适用但书规定出罪

可以适用但书出罪的行为人外因素,包括经济、社会、文化、司法理念等综合因素,共同支撑我国刑事司法实践中开放性、多元化的出罪事由体系,但书规定为此提供了出罪的规范依据。这与罪刑法定原则的精神并不抵牾,罪刑法定原则仅要求“入罪须法定”,但“出罪无须法定”,二者在人权保障的价值取向上具有合致性,共同实现“入罪坚守合法,出罪注重合理”的目标。

第一,基于我国传统社会中的亲属伦理观念,宽宥“亲属相犯”(即发生在亲属间的犯罪)与“亲友共犯”(即辅助亲友实施的犯罪)。中国古代法律带有一定的伦理色彩,主张在家庭生活领域内,“伦理关系,即是情谊关系,亦即是其相互间的一种义务关系”^{⑤⑤}。受传统“共财之义”^{⑤⑥}观念的影响,盗窃罪、诈骗罪与敲诈勒索罪的司法解释都规定了针对家庭成员或者近亲属财物的侵财行为,获得被害人谅解的,可以不按犯罪处理。受传统“亲亲相隐”观念的影响,维护人伦情感与家庭和谐稳定是对家族内部成员的伦理要求。2010年3月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发的《关于依法

⑤① 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释(二)》(2022年12月)第10条。

⑤② 《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件适用法律若干问题的解释》(2023年8月)第12条第2款。

⑤③ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》(2014年8月)第9条第4款。

⑤④ 参见《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2022年2月)第6条第2款。

⑤⑤ 梁漱溟:《中国文化要义》,上海人民出版社2011年版,第79页。

⑤⑥ 前注⑤⑤,梁漱溟书,第80页。

惩治拐卖妇女、儿童犯罪的意见》第31条规定：“多名家庭成员或者亲友共同参与出卖亲生子女，或者‘买人为妻’‘买人为子’的，主要追究罪责较重者的刑事责任，其他人可以适用但书规定不作为犯罪处理。”可见，维护人伦情感与家庭和谐稳定是对家族内部成员的伦理要求，在重视亲情伦理的传统观念与重视法益保护的刑法基本价值之间，但书规定架起沟通的桥梁，避免刑法适用脱离“大众正义观”。但是，应当注意防止但书出罪功能的滥用。在“亲属相犯”的场合，由于传统的家庭共有观念仅限于财产法益，盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪司法解释中的但书出罪条款不应扩大适用至其他犯罪。在“亲友共犯”的场合，由于拐卖行为侵犯的是“人不能被当作商品买卖”这一基本权利，应当严格限定可以依据但书规定出罪的主体范围，对于参与行动决策与实行拐卖行为的亲友，不能认为属于“情节显著轻微危害不大”而不认为是犯罪。

第二，基于恢复性司法理念，对因婚姻家庭、邻里纠纷等矛盾引发的犯罪可以从宽处理。恢复性司法主张各方共同商讨如何消解犯罪后果，化解犯罪对加害人与被害人之间关系的影响。相比传统的报应性司法，恢复性司法更加关注加害人、被害人、社会与国家之间的相互关系，要恢复的对象是加害人与被害人的生活利益。社会生活中的个体都无法脱离与他人的联系而孤立存在，帮助人们化解矛盾纠纷、修复破损关系是司法的应有功能。例如，“软暴力”案件司法意见与寻衅滋事罪司法解释都规定，对于发生在上述关系之间的非法拘禁、非法侵入住宅、寻衅滋事行为一般不作为犯罪处理。^⑦由此可见，在但书规定直接出罪功能的托举之下，司法实践不只关注责任的追究，还要关注给予加害人与被害人修复破损关系、恢复生活利益的机会与空间。这也体现了多元化纠纷解决机制下刑法谦抑性的面向，与但书规定的出罪功能相契合。司法机关在个案判断中应当融合法、理、情等多重因素，基于恢复性司法理念适用但书规定直接出罪，避免机械司法。

第三，基于前置法的变动，综合考量罪与非罪的判断。刑法作为上层建筑的重要内容，既根植于经济基础，也必须时刻关注经济政策的调整。司法机关在进行刑事违法性判断时，需要关注前置法，前置法中被视为合法的行为不能被认定为犯罪。具体而言，应当从刑法分则个罪的规范保护目的出发，判断对行为人科处刑罚是否与经济政策相抵触，是否与前置法相冲突。例如在“顾雏军等人虚报注册资本案”（以下简称“顾雏军案”）的案件侦查期间，《公司法》经历了大幅修改，无形资产的出资比例从不得超过20%提高到70%，但原审两级法院并未关注到前置法的重大调整，认定顾雏军虚报注册资本数额巨大，构成虚报注册资本罪。部门法的变动折射出经济政策的调整，即便是行为发生之后前置法才作出修改，根据“从旧兼从轻”原则也不宜得出有罪结论。在“顾雏军案”的再审程序中，最高人民法院明确指出原审判决忽视了前置法的调整，强调“应当根据新修订的法律重新评价，顾雏军等人虚报注册资本行为的违法性和社会危害程度

^⑦ 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》（2019年4月）第11条第2款；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年7月）第1条第3款。

已明显降低”,进而依据但书规定不作为犯罪处理。^{⑤8}由此可见,在经济社会发展、前置法调整较为频繁的背景下,但书规定的直接出罪功能体现了司法的灵活性和适应性,一定程度上克服了刑法基于安定性要求难以及时回应社会发展变化的局限性。

第四,基于“加害—被害”之间的互动关系,在被害人存在明显重大过错时,存在适用但书规定直接出罪的司法空间。刑法意义上的被害人过错是指:“对被害人基于主观上的故意或过失,所实施的侵害犯罪行为人的相关利益或社会公共利益从而诱发犯罪人的犯罪意识、激化犯罪人犯罪行为的否定性评价。”^{⑤9}被害人过错本质上是一种“被害人不法”,在被害人与加害人共同促成犯罪发生的场合,刑法评价中存在被害人不法与加害人不法的聚合与冲突。在司法实践中,不能对被害人过错置之不顾,将所有非难归结于加害人一人。“犯罪即加害与被害之间的互动,因此,法律应站在中立立场上合理调整加害被害关系。”^{⑥0}这就要求刑法在评价“加害人不法”时也应当对“被害人不法”予以关注。被害人责任在一定程度上可以减轻或免除加害人责任,进而影响犯罪成立与否的判断。《最高人民法院、最高人民检察院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条第2款规定:“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……情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”也就是说,在被害人过错明显且重大,加害人利益也受损时,基于“加害—被害”之间的互动关系,可以发挥但书规定的规范填补功能,适用但书规定直接出罪。

在我国刑事司法实践中,适用但书规定直接出罪,更常见的并不是基于单一事由的出罪路径,而是囊括多种事由的出罪路径。例如,《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:“在决定应否追究刑事责任和量刑时,应当综合考虑对涉案林木资源的损害程度以及行为人获利数额、行为动机、前科情况等情节;认为情节显著轻微危害不大的,不作为犯罪处理。”此时,但书出罪路径的统合性体现为,虽然不能通过实质解释排除“量”的不法,但是对于法益侵害程度并未超过基本犯范畴的行为,可以结合行为人自身因素和行为人外因素的考量,认定为“情节显著轻微危害不大”。再如,《最高人民法院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条第1款规定:“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。”这种情形依然属于无法通过实质解释阻却构成要件符合性,但是由于未成年人的刑事责任能力不完整,加之具备“积极退赃”的认罪悔罪态度,可以依据多种出罪事由统合出罪。

综上所述,适用但书规定直接出罪应当采取阶梯式审查路径。第一,审查非难可能

^{⑤8} 参见最高人民法院(2018)最高法刑再4号刑事判决书。

^{⑤9} 王新清、袁小刚:《论刑事案件中的被害人过错》,载《中国刑事法杂志》2008年第2期,第31页。

^{⑥0} 白建军:《从中国犯罪率数据看罪因、罪行与刑罚的关系》,载《中国社会科学》2010年第2期,第158页。

性是否轻微,即评价行为人的意思决定能力和决定自由。非难可能性轻微包括刑事责任能力不完整、违法性认识错误避免可能性较低、期待可能性较低。前两者是“智识性要素”,即行为人行为时是否具有认识该行为违法的可能性;后者是“意愿性要素”,即行为人行为时实施合法行为的可能性。^⑥第二,审查特殊预防必要性是否轻微,即评价行为人的再犯可能性。特殊预防必要性轻微包括积极恢复法益、真诚认罪悔罪等罪后情节和特定合理行为动机等,罪后情节表明行为人具有真诚悔过的态度,合理动机表明行为人的法敌对意识较弱。第三,审查是否存在行为人外因素,具体包括亲属伦理观念、恢复性司法理念、前置法的变动以及“加害—被害”之间的互动关系等。行为人外因素是基于刑事政策的考量,判断是否适用刑罚以及如何适用刑罚能够更加有效地实现通过刑法的社会治理,但书规定以符合刑法运作逻辑的方式筛选可以填补出罪路径的刑事政策。从行为时到行为后,从刑法体系到刑事政策,由此形成了全面的、体系性的但书规定出罪路径。

总之,但书规定的规范填补功能体现了宽严相济刑事政策中“宽”的面向。其一,对于具有轻微非难可能性与轻微特殊预防必要性的行为人,但书规定提供了直接出罪的可能。其二,对于依据传统观念、前置法变动、恢复性司法理念、“加害—被害”之间的互动关系,司法机关认为没有处罚必要性的行为,但书规定为直接出罪提供了规范依据。但书规定具有出罪的规范填补功能,为司法实践提供了多元化的出罪路径,体现了刑法的谦抑精神、宽宥精神和人权保障的价值坚守。

六、结 语

传统的但书出罪研究局限在“入罪限制”与“出罪标准”的对立模式中,这种对立的思考方式使但书规定的出罪功能在理论界与实务界出现“各行一边”的理解:刑法理论界更关注以但书的限制性规定指导构成要件的符合性判断,司法实务界更青睐直接适用但书出罪。本文认为,但书规定在出罪判断中具有独立意义,既能在犯罪构成体系内指导构成要件的解释,对不法的“量”作实质判断;也能在出罪体系中发挥规范填补功能,综合考量行为人的处罚必要性出罪。因此,有必要统合“入罪限制”与“出罪标准”两种路径,全面考察但书规定的司法适用,将但书出罪路径体系化、类型化。

具体而言,首先考察行为因素,充分发挥但书规定对实质解释的规范指引功能,以但书规定指导构成要件的实质解释,通过实质解释排除“量”的不法。其次考察行为人因素,当实质解释不足以排除不法时,需要推进到对行为人因素的检视。如果能够肯定责任阻却事由,应当直接排除有责性;如果不能肯定责任阻却事由,但是行为人存在责任瑕疵,包括非难可能性轻微和预防必要性轻微等情形,此时但书规定可以发挥直接出罪的规范填补功能。最后考察行为人外因素,包括罪前情节(如被害人过错)、罪后情节(如

^⑥ 参见陈兴良:《刑法中的责任:以非难可能性为中心的考察》,载《比较法研究》2018年第3期,第28-31页。

法益修复)以及罪外情节(如政策法律调整)等,此时但书规定也可以发挥直接出罪的规范填补功能。这是本文尝试构建的类型化的但书出罪统合路径。

但书规定是我国刑法中犯罪成立模式的特有规定,应当强化我国刑法学自主知识体系建构意识,立足于司法实践的问题导向,为刑法理论完善与刑事司法实践提供可资借鉴的参考。在我国刑法学知识体系日益精细化的今天,挖掘本土资源已经成为刑法学者的责任与使命。但书规定具有丰富的内涵,深入探究但书规定的出罪机理与出罪模式,有利于推动我国刑法学自主知识体系建构和司法实践中的“以理出罪”。

Abstract: The exoneration function of the proviso is not contrary to the value essence of the principle of legality, and meets the need for exoneration in the absence of the necessity of punishment, which can be divided into the following two perspectives: ‘not constituting a crime’ and ‘not considered as a crime’. The theory of the restrictive conditions for crimination emphasizes on the constitution of a crime as the sole criterion for the establishment of the crime, but overlooks the independent significance of the proviso, prone to result in a disconnection between theory and practice. The theory of the criteria of exoneration rationalizes the exoneration, but there is a suspicion that the criteria are vague and open to abuse. In consideration of the importance of the proviso in the system of exoneration, it is necessary to apply the proviso to narrow the scope of the constitution of a crime in an integrated mode. The exoneration function of the proviso is first and foremost to guide the substantive interpretation of constituent elements, playing a role as the normative guideline in the determination of the degree of illegality. Where the substantive interpretation fails to meet the need for exoneration, based on the factors related to or other than the actor, the proviso exonerates the actor on the grounds of ‘not considered as a crime’, playing a normative supplementary role.

(责任编辑:王 楷)