

适用但书规定出罪的基本理论问题探究

刘明祥*

摘要:学界之所以对《中华人民共和国刑法》第13条但书规定的理解存有诸多争议,是因为部分学者未能正确认识到但书规定是排除行为犯罪性的原则性规定。但书规定非但不违反罪刑法定原则,反而对保障罪刑法定原则有重要意义。《中华人民共和国刑法》第13条表明犯罪的成立不仅形式上要具备犯罪的构成要件,而且实质上不存在排除行为犯罪性的事由。对危害性不大的行为直接适用但书规定出罪,与我国传统的犯罪构成理论并不冲突。但书规定原则上可适用于刑法分则规定的所有犯罪,只不过由于刑法分则明确将“情节严重”作为犯罪成立的条件,因此不必再重复适用但书规定出罪。适用但书规定出罪应以司法解释相关规定的精神为指导。

关键词:但书 出罪 构成要件 适用范围

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条在前半段规定犯罪概念的同时,后半段规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。传统刑法理论的通说和司法实务界通行的观念均认为,但书规定可以作为出罪的法律依据直接适用于司法机关对案件作出的无罪认定。但是,近年来我国刑法学界有不少学者对这一传统观念和司法实务中的一贯做法提出异议,认为《刑法》第13条但书规定不具有直接出罪的功能。^①当前,该理论主张有取代传统通说的趋势。不难想象,这种理论与实务的冲突将愈发突出并对司法裁判产生重要影响。要改变这种状况,就必须化解上述分歧。本文试图在剖析分歧焦点的基础上,重点论证但书规定的存在价值以及适用但书规定出罪的科学合理性,以期为促进理论与实务的良性互动提供参考。

一、但书规定有无存在的必要性

但书规定有无存在的必要性是首先需要澄清的问题。对此,学界主要有“必要说”与“不必要

* 广东外语外贸大学法学院教授

① 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期;张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第119页。

说”两种对立的观点。^①其中,持“不必要说”的论者认为,但书规定存在重大缺陷,根本无存在的必要,应当删除;^②而持“必要说”的论者认为,但书规定是犯罪概念不可或缺的内容,当然有存在的必要性。^③

(一)但书“不必要说”及相关反驳之剖析

笔者不赞成“不必要说”,认为该观点提出的两项应删除但书规定之理由,明显不能成立。“不必要说”的理由之一为:《刑法》第13条但书规定(后段)与犯罪概念规定(前段)在逻辑上存在矛盾,并且与前段所述的犯罪特征相冲突;理由之二为:但书规定与罪刑法定原则相悖。对于后一条理由,笔者将在下文予以反驳,在此仅对前一条理由提出异议。

持“不必要说”的论者认为,《刑法》第13条在“不认为是犯罪”的但书之前,存在“一切……都是犯罪”的表述,“在‘一切’这样的外延之下,但书是不应该存在的。要么,用‘一切’就不用但书,要用但书就不应用‘一切’。从另一方面看,在以规范为界定标准的情况下,‘依照法律应当受刑罚处罚的’这几个字所表达的内容完全可以把但书所讲的内容包含进去,如果再讲但书,就有重复之嫌”。^④

有论者反驳指出,这种认为但书使犯罪概念存在逻辑矛盾的观点,明显是以“但书是前段的例外”为出发点的,实际上“但书是前段的补充”,“即‘情节显著轻微危害不大’是补充说明‘一切危害……的行为’的社会危害程度……并不存在逻辑上的矛盾”。^⑤另有论者进一步反驳称,上述观点的不当之处是未将但书纳入刑法对犯罪的立法定义之中。理由如下:《刑法》第13条前段大致框定了我国刑法的犯罪圈,但框入圈内的行为有些并非犯罪,还需要根据后段的但书将一部分行为排除出犯罪圈,因此“对我国刑法关于犯罪的立法定义完整的理解是:除了情节显著轻微危害不大的行为外,一切危害国家主权……的行为都是犯罪”。^⑥

在笔者看来,上述反驳者立足于但书规定具有必要性的立场,这一点应予肯定,但其提出的反驳论证力度不足,甚至自身还存在缺陷。例如,认为“但书是前段的补充”,即“情节显著轻微危害不大”是用来补充说明社会危害性必须达到严重程度,该观点忽略了《刑法》第13条前段中“应当受刑罚处罚”一语,其本身就含有对行为社会危害性程度的限制之义;“情节显著轻微危害不大”的行为,其社会危害性显然未达到“应当受刑罚处罚”的程度,自然无须再通过但书作补充说明。又如,认为《刑法》第13条前段框入犯罪圈的行为有些并非犯罪,仍需通过但书将这些非犯罪行为排除,这种观点同样缺乏合理性。理由如下:一方面称但书规定的情节显著轻微危害不大的行为已被纳入犯罪圈,另一方面又主张用但书规定将其排除在犯罪圈之外,这一论证本身就自相矛盾。此外,将《刑法》第13条规定的犯罪定义理解为“除了情节显著轻微危害不大的行为外,

^① 参见彭文华:《刑法第13条但书规定的含义、功能及其适用》,《法治研究》2018年第2期。

^② 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》,《法律科学》(西北政法学院学报)1998年第1期。

^③ 参见陈兴良:《刑法适用总论》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第76页。

^④ 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》,《法律科学》(西北政法学院学报)1998年第1期。

^⑤ 王志祥、姚兵:《论刑法第13条但书的功能》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第18卷),法律出版社2009年版,第131页。

^⑥ 张永红:《我国刑法第13条但书研究》,法律出版社2004年版,第107~108页。

一切危害国家主权……的行为都是犯罪”，也不符合形式逻辑下定义的规则。实际上，为任何事物下定义，都无须特别注明将不属于该事物范畴内的现象排除在外。

另有持“必要说”的论者提出，《刑法》第13条前段“……是犯罪”与后段“……不认为是犯罪”的表述并不矛盾。其理由是：“两个‘犯罪’不是在同一层次使用的概念，后者显然是终极意义上使用的概念，而前者只能是前阶段性的犯罪概念……相当于三阶层犯罪论体系下符合构成要件的行为。”^①与之相似的另一观点是，《刑法》第13条前段中的“犯罪”是立法概念，后段中的“犯罪”是司法概念。^②概言之，这两种观点的共识是：《刑法》第13条前后段的“犯罪”含义不同，只有这样理解才能化解“一切……都是犯罪”与部分行为“不认为是犯罪”之间的矛盾。应当肯定的是，持这两种观点的论者都意识到，将第13条前后段视为对犯罪概念的统一描述存在逻辑矛盾。从形式逻辑下定义的规则来看，“‘前段’的表达属于全称肯定判断，即所有的都是，这一表达排斥例外——‘但书’的存在……在同一层面理解两者的关系，难以解释‘一切都是，部分又不是’的矛盾”。^③因此，将《刑法》第13条前段与后段分开审视，而非将两者融为一体对“犯罪”含义作统一界定，或许是更加合理的选择。只不过，将该条前后段中“犯罪”一词的含义作差异化解读并不妥当。尽管刑法中的同一词语在不同条文中表达的含义可能存在差异，但不可能完全不同，否则刑法规范会丧失可预测性或确定性。以第一位论者的解释为例，将《刑法》第13条前段中的“犯罪”解释为“相当于三阶层犯罪论体系下符合构成要件的行为”，即只是具备犯罪成立三个要素之一的行为，并非“犯罪成立意义”上的“犯罪”；而后段但书中的“犯罪”，则是“犯罪成立意义”上的“犯罪”。该解读虽然能在一定程度上避免出现将前后段视为对犯罪概念完整表述的矛盾，但由于其实际上是将前段中的“犯罪”解释为包含因不具备违法性或有责性要件而不成立犯罪的行为，因此又与前段规定明显不符。从前段所述“一切……危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪”的表述不难看出，其是在“犯罪成立意义”上使用“犯罪”一词，并不包含仅具备犯罪成立的一些要件却不成立犯罪的情形。因此，刑法理论通说认为，该规定所界定的“犯罪”是具备犯罪的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性三个基本特征的行为，不存在“不成立犯罪”的可能性。^④第二位论者的解释也存在类似问题：其将《刑法》第13条前段的规定理解为对立法者的要求，却无法解释前段中为何会有“依照法律应当受刑罚处罚”的表述。若前段规定是对立法者的要求（即应将具有社会危害性并应受刑罚处罚的行为规定为犯罪），则意味着相关行为尚未被法律规定为犯罪，此时“依照法律”的表述便失去了前提依据。由此可见，《刑法》第13条前段中的“犯罪”并非仅对立法者提出要求的一种“立法概念”。

（二）准确定位但书“必要说”的立足点

前述持“必要说”的论者认为，但书规定是犯罪概念不可缺少的内容，当然有存在的必要性。其中有两种代表性观点：一是“有机组成部分说”，认为“《刑法》第13条的但书是犯罪概念的必不可少的有机组成部分”；^⑤二是“正反两方面结合说”，认为《刑法》第13条是通过采取正反两方面

^① 王强：《我国〈刑法〉第13条但书规定新解——兼论但书在犯罪构成理论中的展开》，《法律科学》（西北政法大学学报）2011年第5期。

^② 参见孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第13条的功能解构》，《政治与法律》2020年第4期。

^③ 孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第13条的功能解构》，《政治与法律》2020年第4期。

^④ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第十版），北京大学出版社2022年版，第42~44页。

^⑤ 陈兴良：《刑法适用总论》（第三版），中国人民大学出版社2017年版，第76页。

相结合的形式来界定犯罪概念的。^①这两种观点与前文所述“不必要说”及反驳论存在一个共同的缺陷,即都将《刑法》第13条前后段视为对犯罪概念的完整表述。由于其立足点不妥当(前文已述),因此要么不能得出正确的结论(如前述“不必要说”),要么结论正确却给不出令人信服的理由(如前述“必要说”)。只有将《刑法》第13条前段与后段予以区分,将前段视为对犯罪概念的完整表述,将后段但书规定视为对形式上符合构成要件的行为排除其犯罪性的原则性规定(以下简称“排除行为犯罪性的规定”),才能准确定位“必要说”的立足点。

第一,在逻辑学上,定义是揭示事物本质属性的逻辑方法。定义由被定义项、定义项和定义联项三部分组成。《刑法》第13条前段关于犯罪的定义就包括这三部分。其中,“犯罪”是被定义项;“一切……危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的”是定义项;“都是”是定义联项。可见,《刑法》第13条前段已经形成一个较为完整的逻辑定义,无须再通过后段但书来补充,故“但书是前段的补充”之说缺乏合理性。基于相同逻辑,“但书是犯罪概念的必不可少的有机组成部分”之说,也与客观实际不符。原因在于,既然前段已为“犯罪”作出完整定义,就无须作补充说明,但书内容对“犯罪”的定义而言就是多余的。至于前段“从正面规定了什么是犯罪”,后段但书“从反面说明了什么不是犯罪”,前后两段从正反两方面结合阐释犯罪概念的观点,也忽视了逻辑学的定义规则:为“犯罪”下定义时,只要说明“什么是犯罪”即可,不必再从反面说明“什么不是犯罪”。

第二,前述持“不必要说”的论者注意到将《刑法》第13条前段与后段视为对犯罪的完整定义存在逻辑矛盾,这一判断值得肯定。但该论者认为后段但书内容是对前段内容的重复,则存在不妥。持“不必要说”的论者显然是将前后段内容都视为犯罪定义的组成部分,从而导致这一误判。如前所述,按逻辑学的定义规则,为犯罪下定义时只需明确“什么是犯罪”,无须说明“什么不是犯罪”。但书恰恰是在前段已完整界定“什么是犯罪”的前提下接着说明“什么不是犯罪”,因此是犯罪定义中多余的内容。然而,如果明确后段但书并非前段犯罪定义的组成部分,那么在界定“什么是犯罪”之后再说明“什么不是犯罪”,既不违反逻辑规则,也不存在前后重复的问题,且与人们的思维路径和叙事习惯相一致。令人遗憾的是,持“不必要说”的论者未能认识到这一点。上述持“必要说”以及站在此说立场反驳“不必要说”的论者同样未意识到这一点。

第三,将《刑法》第13条前段与后段所规定的内容分成相对独立但又密切相关的两部分来理解,即前段是对“犯罪”作出的完整定义而后段但书是“排除行为犯罪性的规定”,这样理解不仅能有效避免上述争议,还更具科学合理性。(1)《刑法》第13条后段但书所规定的内容,并非只有我国刑法才有。事实上,大多数外国的刑法典对情节轻微的行为都不予处罚。其中,含有犯罪的实质定义和形式定义的刑法典,往往会直接在关于犯罪定义的条款中规定对于情节显著轻微的行为不予处罚;对于含有犯罪形式定义的刑法典或者根本未规定犯罪定义的刑法典而言,要么是在刑事诉讼立法中,要么是在其他法律规范中,针对情节显著轻微的行为作出不予处罚的规定。^②可见,持“不必要说”的论者主张删除但书规定,这与一些刑事立法体例并不相符。(2)《刑法》第

^① 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第118页。

^② 参见[俄]H.Φ.库兹涅佐娃、[俄]И.М.佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程(总论)》(上卷·犯罪论),黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第154页。

13条中的但书渊源于1926年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法典》中犯罪概念的规定。^①1926年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法典》第6条犯罪定义的附则和1960年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法典》第7条(犯罪概念)第2款,在“但是”之前均包含“形式上虽然符合本法典分则某一条文所规定的要件”的表述。“在我国1979年刑法起草过程中,刑法草案的第13次稿、第34次稿和第35次稿中的犯罪概念也有类似规定,尽管1979年刑法没有保留这种表述,1997年刑法也未予以增加,但其意思却不可忽略。因为‘但是’一词足以体现这种意蕴,否则,不符合分则构成要件的行为显然不为罪,何来‘但是’。”^②从但书规定的立法渊源不难看出,其以肯定如下论断为前提条件:形式上符合犯罪构成要件的行为,仍可能因实质上不具有严重社会危害性而不成立犯罪。此外,在我国,自20世纪50年代到1979年《刑法》之间的多部刑法草案都将但书内容放在同一条文的犯罪概念规定之后,并以单列一款的形式存在。显然,但书内容不能被纳入犯罪概念之中,更不应被视为犯罪概念的组成部分。在犯罪定义之后单列一款规定但书内容,这是《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法典》和《俄罗斯联邦刑法典》长期沿用的立法模式。不难发现,但书内容明显是犯罪定义之外的关于排除行为犯罪性的原则性规定。如上所述,我国首部刑法典的草拟过程跨越20余年,其间多部草案足以证明我国借鉴了“犯罪定义+单列但书”的立法模式。尽管最终颁布的刑法典未将但书内容单列一款规定,而是紧随犯罪定义之后,但由于1978年的刑法草案第34次稿和第35次稿均将但书内容单列一款,且其规定与正式刑法典的但书内容基本相同,表明两者仅为编排和表述上存有微妙差异,实质内容并无不同,因此对两者应作同一理解——但书规定是排除行为犯罪性的原则性规定。(3)从《刑法》第13条前段与后段的逻辑关系来看,前段明确了犯罪概念及其基本特征,为后段但书规定排除行为的犯罪性奠定了基础。从某种意义而言,前段对犯罪概念及其特征的界定,正是为引出后段关于排除行为犯罪性的内容。前后段之间的逻辑关系清晰紧密,甚至规定后者的意义比规定前者的意义更大。这是因为具体犯罪及其成立条件在刑法分则中将有详细规定,刑法总则中规定宏观的犯罪概念及其基本特征,其意义较为有限,这也是德国、日本等国刑法总则未规定犯罪概念的原因之一。我国刑法之所以规定犯罪概念,很重要的原因是因为紧接其后需要设置一段或一句来规定排除行为犯罪性的内容,而这正是德国、日本等国刑法所不具备的立法结构。

二、但书规定是否违反罪刑法定原则

如前所述,持“不必要说”的论者否定但书的一项重要理由是但书规定违反罪刑法定原则。该观点基于如下判断:《刑法》第3条的规定“不仅包含了罪刑法定原则中的法无明文规定不为罪的一般概念,而且包含了法律规定为犯罪的,就要依法定罪处刑,要严格执法……但是,根据‘情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪’的规定,刑法分则已规定为犯罪的行为有可能被司法机关确定为不是犯罪,不予刑事处罚。罪刑法定原则要求刑法对个罪构成的规定要具体、确定,而情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪的规定则使刑法各罪的罪与非罪的标准永远处于一个不

^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》,《法学研究》2002年第3期。

^② 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》,《法学研究》2002年第3期。

确定的状态,从而与罪刑法定之确定性要求相悖”。^① 笔者认为,上述理由难以成立。

第一,认为但书规定违反罪刑法定原则,是以《刑法》第3条前半段规定了“积极的罪刑法定原则”为依据。我国有部分学者认为:《刑法》第3条表明,我国罪刑法定原则除了包含后半段“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”的内容之外,还包括前半段“积极的罪刑法定原则”的内容,即只要法律明文规定为犯罪行为的,就应当依照法律定罪处刑。^② 然而,将《刑法》第3条前半段视为“积极的罪刑法定原则”的内容并不合适。原因在于:(1)针对该条前半段“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”,不仅可以从文义上解读为“只要法律明文规定为犯罪行为的,就应当依照法律定罪处刑”,还可以解读为“只有法律明文规定为犯罪行为的,才能依照法律定罪处刑”。^③ 从前后段的逻辑关系来看,如果采取第一种解读,那么后半段所表述的就是与前半段相反的意思。既然如此,前半段之后就应当用“但是”一词进行转折,即与《刑法》第13条一般,将后半段设置为但书内容;如果采取第二种解读,那么前半段与后半段的语义就是相同的,后半段只是对前半段所述意思的强化或补充,自然无须用“但是”衔接,亦不能视为但书规定。显然,结合法条语义与逻辑关系不难判断,第二种解读更符合立法本意。(2)第二种解读意味着《刑法》第3条前后段的核心精神都是“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。将前半段理解为“只有法律明文规定为犯罪行为的,才能依照法律定罪处刑”,既明确了定罪必须有法律明文规定,也强调了定罪处刑必须严格依法,其精神实质无疑是“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。至于对后半段所述“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”,被学界公认为是罪刑法定原则的表述,其基本含义当然是“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。可见,《刑法》第3条前后段都是对罪刑法定原则的核心精神或基本含义的表述,并无所谓“积极的罪刑法定原则”的内容。(3)“积极的罪刑法定原则”之说,与罪刑法定原则的本义相冲突。罪刑法定原则起初旨在限制司法机关的入罪权、施刑权,后来将立法机关的制刑权也纳入限制范围。然而,按照“积极的罪刑法定原则”,《刑法》第3条前半段的规定并不是限制司法机关与立法机关的入罪权、施刑权与制刑权的,故与罪刑法定原则没有关联。从实质层面看,罪刑法定原则旨在对适用刑法保护法益进行制约,而“积极的罪刑法定原则”的内容显然不是如此。^④

第二,认为刑法分则已规定为犯罪的行为有可能被司法机关认定为非犯罪行为而不予刑事处罚,违反了《刑法》第3条前半段的规定。按照这种主张,只要行为符合刑法分则规定的某罪成立条件,又无正当防卫、紧急避险等法定排除犯罪性事由,即便是“情节显著轻微危害不大”或“不应受刑罚处罚”,也须按犯罪处罚,否则违反罪刑法定原则。但显然,这种主张与罪刑法定原则实质侧面的“禁止处罚不当罚的行为”之要求相抵触。^⑤ 此外,如前文所述,各国刑法均无法对所有犯罪的成立条件作出绝对具体的规定,司法实务中难免遇到形式上符合刑法规定的某罪成立条件而实质上不具有可罚性的案件,若一概当作犯罪处罚,则明显缺乏合理性。为了满足司法实务中恰当处理案件的需要,德国、日本等国的刑法学者提出了“超法规的违法阻却事由”与“超法规

① 王尚新:《关于刑法情节显著轻微规定的思考》,《法学研究》2001年第5期。

② 参见何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年版,第68页。

③ 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,《法学家》2014年第4期。

④ 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第57页。

⑤ 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第58页。

的责任阻却事由”的概念,将一些不具有可罚性的特殊情形纳入其中,作为排除行为犯罪性的根据。由此可见,在我国司法实务中,将形式上符合刑法分则规定为犯罪的行为适用但书规定予以出罪,非但不违反罪刑法定原则,反而与罪刑法定原则对处罚犯罪的实质要求相符。

第三,认为“情节显著轻微危害不大”是一个模糊概念,适用但书规定会导致刑法各罪的罪与非罪标准不确定,进而与罪刑法定之确定性要求相悖,这种认识忽视了罪刑法定原则的宗旨。罪刑法定原则的确定性要求是对刑法关于犯罪的成立条件和应受的处罚规定而言的,即定罪和处罚的规定应明确具体;至于出罪条件,立法虽然可以采取具体列举的方式加以规定,如正当防卫、紧急避险等,但法律无法穷尽列举所有出罪事由。因此,有必要设立如《刑法》第13条但书般的概括性规定,以囊括法律未能列举的出罪事由。这可以保证司法人员在处理千奇百怪的具体案件时,有依据司法经验或惯例作出出罪判断的空间。

三、适用但书规定出罪是否与犯罪构成理论相悖

关于危害行为适用但书规定予以出罪是否与犯罪构成理论相冲突这一问题,我国刑法学界存在较大争议,存在两种明显对立的观点。第一种观点是,若从形式上判断行为符合某罪的成立条件,但从实质上判断其属于“情节显著轻微危害不大”的情形,则应当根据但书规定予以出罪。这种观点被称为“出罪标准说”。^①第二种观点是,但书规定仅具有限制入罪而无直接出罪的机能,即只能以行为不符合犯罪的成立条件作为出罪的理由,而不能以但书规定作为出罪的依据,否则便与我国的犯罪构成理论相冲突。这种观点被称为“入罪限制条件说”。^②持第二种观点的论者大多认为,上述两说的核心差异在于是否坚持犯罪构成是认定犯罪的唯一标准。“入罪限制条件说”坚持犯罪构成是认定犯罪的唯一标准,“出罪标准说”则将犯罪概念尤其是但书规定视为独立于犯罪构成的单独出罪标准。因此,肯定但书规定可直接作为出罪依据的“出罪标准说”,不符合犯罪构成基本原理。^③这也是否定将但书规定直接作为出罪依据的一条重要理由。在持上述否定主张的论者看来,“出罪标准说”的见解“完全从形式的角度解读我国刑法中的犯罪概念,将行为符合犯罪构成仅仅看作表面或者形式上的符合,而没有从形式和实质统一的角度来理解我国刑法中的犯罪概念”。^④该类论者进一步主张,但书规定的“不认为是犯罪”的“情节显著轻微危害不大”情形,本来就不符合犯罪构成,不能认为但书规定的行为因只是形式上符合而实质上不符合犯罪构成而“不认为是犯罪”。^⑤笔者认为,这种观点存在误解。

第一,肯定“形式上符合犯罪构成的行为可能因实质上不具有应受刑罚处罚性而不成立犯罪”,既与《刑法》第13条的精神相符,也很容易找到一些实例予以佐证。例如,某邮政工作人员私拆一封没有重要内容的信件,未造成严重危害后果。对于此类行为,无论依据“出罪标准说”还是“入罪限制条件说”,都可能得出无罪结论。前者的依据是此例中的行为虽然形式上符合《刑

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》,《法学研究》2002年第3期。

② 参见张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社2021年版,第119页。

③ 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232页。

④ 黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第52页。

⑤ 参见周光权:《刑法总论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第5页。

法》第 253 条规定的犯罪构成,但实质上属于但书所指的“情节显著轻微危害不大”的情形,也就是不具备实质的犯罪构成,因而不成立犯罪。后者的解释是此例中的行为“不是符合刑法第 253 条所规定的犯罪构成要件的行为,应以行为不符合犯罪构成要件为由宣告无罪”。^①两种解释论的不同在于,后者不承认该邮政工作人员的行为在形式上符合《刑法》第 253 条规定的犯罪构成。但这种解释很难被普通民众接受。相反,按照前者的解释,认定该邮政工作人员的行为形式上符合《刑法》第 253 条所规定的犯罪构成,很容易被司法人员和社会公众理解。一方面认定该行为形式上符合该条规定的犯罪构成,另一方面以《刑法》第 13 条但书的规定为依据,肯定该行为不应受刑罚处罚,也就是在实质上不具备《刑法》第 253 条所规定的犯罪构成,不成立犯罪。这样从形式与实质两个不同侧面对行为作不同的分析和评价,明显比仅从实质的一面所作的评价更全面、合理。而持“入罪限制条件说”的论者对“出罪标准说”所作的几种指责,反而不妥当。(1)有论者认为“出罪标准说”将犯罪概念尤其是但书规定视为独立于犯罪构成之外的单独出罪标准,或者体系(即犯罪构成体系)外出罪的标准,^②这与上述实际情况不符。“出罪标准说”明显是从形式与实质两方面来判断行为是否符合犯罪构成,而并非在犯罪构成之外单独以但书规定出罪。其核心逻辑是:将形式上符合犯罪构成但属于“情节显著轻微危害不大”的行为,从实质上认定为不应受刑罚处罚,从而否定其成立犯罪。(2)有论者主张:“在行为与刑法分则的规定相一致、符合犯罪成立条件的情况下,又根据‘但书’的规定排除其犯罪性,是自相矛盾的说法,没有坚持构成要件观念。”^③这种指责显然也是基于论者自己的误解。因为按照“出罪标准说”,行为只是形式上与刑法分则的规定相一致或者与某种犯罪的成立条件相符合,但实质上并不一致,上述邮政工作人员私自开拆他人邮件就属于这种情形,根据但书规定排除其犯罪性(即认定其在实质上不符合犯罪成立条件),并不存在“自相矛盾”“没有坚持构成要件观念”等问题。(3)有论者认为:“犯罪构成要件被形式化,就可能直接根据社会危害性判断犯罪的成立与否,这是相当危险的。”^④在笔者看来,这种担忧是多余的。事实上,认为形式上符合犯罪构成要件即具备犯罪的刑事违法性,还要进一步从实质上以社会危害性及其程度为依据判断有无应受刑罚处罚性,从而确定犯罪是否成立,这并不会“导致直接根据社会危害性判断犯罪的成立与否”。因为按照“出罪标准说”,行为成立犯罪以形式上符合犯罪构成要件为前提条件,若不具备这一前提条件,则不可能成立犯罪;适用但书否定犯罪的成立,也同样要具备这一前提条件。既然只有在行为形式上符合犯罪构成要件的前提下才能进一步从实质上根据社会危害性判断犯罪的成立与否,自然也就不能认为这样判断“相当危险”。况且,按照“入罪限制条件说”,无非也是以行为的社会危害性没有达到应予科处刑罚的程度为依据,将形式上符合犯罪构成要件(如上述邮政工作人员私自开拆信件)的行为从实质上理解为不符合犯罪构成要件,以否定犯罪的成立。这种解释与“出罪标准说”的解释只是路径稍有不同,并无实质差异。

第二,如前所述,《刑法》第 13 条但书规定直接借鉴了《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国刑法典》的相关规定。2003 年修订的《俄罗斯联邦刑法典》第 14 条仍然保留如下内容:“虽然形式

① 张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 119 页。

② 参见左智鸣:《〈刑法〉第 13 条但书出罪机制的反思与重构》,《西南政法大学学报》2024 年第 4 期。

③ 周光权:《刑法总论》(第四版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 5 页。

④ 张明楷:《刑法学》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 119 页。

上含有本法典规定的某一行为的要件,但由于情节显著轻微而不构成社会危害性的,不是犯罪。”在我国,《刑法》制定过程中的多部草案也有类似规定。其中,“形式上含有本法典规定的某一行为的要件”是指行为形式上符合分则条文规定的某罪的犯罪构成或成立条件;“但由于情节显著轻微而不构成社会危害性的,不是犯罪”则是从实质上评价行为不具有犯罪的社会危害性或犯罪的成立条件,从而否定犯罪的成立。如果说“刑法分则关于各罪的犯罪构成要件规定是实质化的,在具体犯罪的构成要件(犯罪化规定)中,不可能把‘情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪’的情形规定为危害行为”,^①那么 2003 年修订的《俄罗斯联邦刑法典》和我国多部刑法草案就不可能出现上述“形式上含有本法典规定的某一行为的要件”或“行为在形式上虽然符合本法分则条文的规定”^②的内容,但书规定与刑法分则的规定便会出现明显矛盾。

第三,从德国、日本刑法中的实质违法性论或可罚的违法性论不难看出,德日刑法学界的通说主张,对形式上符合犯罪成立条件但实质上不必要作为犯罪处罚的行为,应当予以出罪。如前所述,《刑法》第 13 条但书规定的精神,与德日的实质违法性论或可罚的违法性论的核心要义相一致。不仅如此,“出罪标准说”与德日这两种理论的解释路径也基本相同,在对轻微违法行为如何选择出罪的路径方面,日本刑法学界也有与我国刑法学界相似的两种对立主张。一种观点是,此类行为虽然符合构成要件,形式上违法且主观上有责,但由于实质上不值得科处刑罚,从而阻却违法性;另一种观点是,此类行为不具有构成要件所类型化的可罚程度的实质违法性,应一律否定其符合构成要件。前者与我国的“出罪标准说”相似,后者与我国的“入罪限制条件说”基本一致。日本刑法学界的通说是,将形式上符合构成要件的行为从实质上解释为不具备构成要件该当性,不具有合理性,应将这类不具有可罚性的行为视为不存在实质的违法性而否定犯罪的成立。^③这与我国学界采取的“出罪标准说”要旨相同。这从侧面表明,将适用但书规定予以出罪的行为理解为形式上符合犯罪构成而实质上不具备犯罪的成立条件,同国际通行的犯罪成立理论并无矛盾。

第四,《刑法》第 13 条前半段本文和后半段但书从正反两方面说明“什么是犯罪”和“什么不是犯罪”,这不仅有助于人们更全面、准确地理解犯罪的内涵与外延,而且能够提醒理论研究者与司法实务工作者,在解释犯罪成立条件及认定犯罪时,要从正反两方面来考虑。只有能从正面肯定行为具备犯罪成立的一般条件,又能从反面确定无否定犯罪成立的排除犯罪性的事由,才能肯定犯罪成立。

第五,持“入罪限制条件说”的论者大多认为,但书仅是从属于评价犯罪构成要件的“提示性、注意性规定”,因此“只要坚持罪刑法定原则,形成正确的构成要件观念,即使取消刑法第 13 条关于‘但书’的规定,对于排除某些行为的犯罪性,在司法实务中也不会造成任何困惑,更不会扩大打击面”。^④这种观点被称为“虚置取消论”。在笔者看来,按照“入罪限制条件说”,对于情节显著轻微危害不大的行为,本就应当理解为不符合犯罪构成要件的行为;而在司法实务中认定某种行为是否构成犯罪,首先要看该行为是否符合犯罪构成要件。既然不符合犯罪构成要件,自然就

① 周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022 年第 1 期。

② 参见 1978 年 12 月《中华人民共和国刑法(草案)》(修订稿)第 8 条第 1 款的规定。

③ 参见王昭武:《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》,《法学家》2014 年第 4 期。

④ 周光权:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 5 页。

不能认定为犯罪。如此一来,适用但书规定以专门认定某行为情节显著轻微危害不大,就显得多余。因此,按照“入罪限制条件说”,但书规定势必被“虚置”。然而,正如前文所述,但书规定是排除行为犯罪性的原则性规定,其与正当防卫、紧急避险等排除行为犯罪性的具体规定具有同等功能。尽管对于正当防卫的杀人行为,也可以因不存在法益侵害性、不符合故意杀人等罪名的犯罪构成而排除其犯罪性,但在《刑法》第20条已规定正当防卫“不负刑事责任”的情形下,仅依据犯罪构成理论以其不具备成立犯罪条件为由出罪,显然不符合立法本意。基于相同逻辑,在《刑法》第13条但书明文规定情节显著轻微危害不大的行为不认为是犯罪的情形下,若不适用但书规定出罪而仅以该行为不具备犯罪构成的要件为依据否定犯罪成立,则难免给人造成“有法不依”的印象。

四、适用但书规定出罪的范围

(一)对刑法分则规定的所有犯罪均可适用但书规定出罪

司法机关在处理刑事案件时能否直接适用但书规定认定“不认为是犯罪”,刑法学界存在肯定与否定两种主张。肯定论是通说,亦为司法机关所采纳;否定论虽非通说,但在刑法学界也很有影响力。否定论中又有两种观点。一种观点是,符合但书规定的行为之所以无罪,是因为其无法满足刑法分则个罪的构成要件,故但书规定在司法适用中仅能发挥限制入罪的功能,而不能直接出罪。这也是“入罪限制条件说”的主张。另一种观点是,“《刑法》第13条‘但书’的规定,只是立法者给自己的‘宣言’,不具有司法适用的价值。立法者在制定刑法分则条文时,已将‘情节显著轻微危害不大’的行为排除在外”。^①

如前所述,立法者在设定刑法分则个罪的成立条件时,固然会考虑到将情节显著轻微危害不大的情形排除在外,但“刑事立法只能尽力将大部分情节显著轻微危害不大的情形排除,而在个别情形下,仍然需要刑事司法运用《刑法》第13条但书规定对刑法处罚范围予以二次调整”,^②即必须由司法人员酌情掌握予以出罪。这正是立法者设置但书规定的目的之所在。但按照“入罪限制条件说”,司法机关在处理具体案件时不能直接适用但书规定来宣告行为人无罪。其不合理性前文已有论述,在此不再重述。

认为能直接适用但书规定出罪的肯定论也有两种观点。一种观点是,但书规定仅对形式上符合犯罪构成要件而实质上不应受刑罚处罚的行为适用。这是前述“出罪标准说”的主张。另一种观点是,对于所有出罪的情形,无论是形式上符合而实质上不符合犯罪的构成要件,还是形式与实质均不符合的情形,都能适用但书规定。^③笔者认为,从但书规定的立法渊源不难看出,适用其出罪的前提条件是行为在形式上符合犯罪的成立条件。正如前文所述,如果行为在形式上不符合犯罪的成立条件,那么根据刑法分则以及犯罪构成理论,否定犯罪成立无任何疑问。当行为形式上符合犯罪成立条件而在实质上不应受刑罚处罚时,将其出罪就必须有法律根据。正当防卫、紧急避险等排除行为犯罪性的规定,就是应这种需求而产生的。由于法律不可能穷尽列举

^① 李翔:《论我国〈刑法〉第13条“但书”司法化之非》,《东方法学》2016年第2期。

^② 左智鸣:《〈刑法〉第13条但书出罪机制的反思与重构》,《西南政法大学学报》2024年第4期。

^③ 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。

规定所有排除行为犯罪性的事由,因此需要有排除行为犯罪性的原则性规定以应对特殊案件的司法需求,但书规定即具有这种功能。这也就决定了其适用前提只能是形式上符合犯罪成立条件的情形。

至于但书规定能在刑法分则规定的哪些罪中适用,亦是肯定论者中存在较大争议的问题。有论者认为:“刑法分则中的所有犯罪都应受到刑法总则‘但书’的约束。不管是轻微犯罪还是严重犯罪,都有出罪的可能性”,^①这种观点可被称为“所有犯罪均可适用说”;另有论者认为对刑法分则规定的部分犯罪可适用,部分犯罪(如故意杀人罪等)不能适用,^②这种观点可被称为“部分犯罪可适用说”。持后一种观点的论者在肯定论者中占绝大多数。

持“部分犯罪可适用说”的论者对刑法分则中哪些犯罪可适用、哪些犯罪不可适用但书规定存在不同观点。大多学者认为,对刑法分则规定的故意杀人等特别严重的犯罪,不能适用但书规定出罪;对部分较严重的犯罪以及最高法定刑为3年以下有期徒刑的轻罪,可以适用但书规定。然而,对最高法定刑为拘役的微罪能否适用但书规定,持此说的论者有肯定与否定两种不同意见。持肯定意见的论者认为,但书规定本来就是要将那些不应受刑罚处罚的轻微违法行为排除在犯罪之外,而危险驾驶等微罪比轻罪的危害性程度更低,难免有一些情节显著轻微危害不大而有必要出罪的情形,没有理由排除但书规定的适用。^③但持否定意见的论者认为,对于法定犯(行政犯)之微罪,不适用但书规定进行出罪更契合实践需要。因为微罪的增设实际上是将原有行政违法行为犯罪化而纳入刑法之中,若将形式上符合微罪构成要件的行为以情节显著轻微危害不大为由出罪,使之又回到行政违法行为范畴之中去,则显然与设立微罪的立法宗旨相悖。^④

在笔者看来,近些年刑法增设的轻微犯罪固然是将过去作为行政违法行为处罚的对象纳入犯罪范畴予以处罚,其最高法定刑也只是拘役,如果对这些微罪仍可适用但书规定出罪,那么在形式上符合微罪成立条件的行为中,就有不少行为存在出罪可能性;加之但书规定存在滥用风险,难免使人担忧:大量有必要作微罪处罚的行为将被排除在外,可能无法实现有效防控微罪的目的。然而,我国的刑法与行政处罚法将不少表现形式相似的行为分别纳入各自的处罚范围。传统法律观念认为,犯罪与行政违法行为有质的差异,正确区分两者是司法者的重要任务。实践中,不少轻罪案件均涉及与行政违法行为的区分问题,只有排除其不属于情节显著轻微危害不大的情形,才能认定为轻罪成立。微罪是比轻罪危害性更小的犯罪,当然更需要划清与行政违法行为的界限。至于说在司法实务中但书规定存在被滥用的风险,也并非仅在微罪案件中可能存在,在轻罪甚至较重罪案件中也可能发生,因此显然不能因存在滥用风险就放弃适用。

(二)对刑法分则明确规定了罪量要素的犯罪可以适用但书规定出罪

《刑法》第13条但书表明,犯罪的成立除了有罪质的要求之外,还须达到一定的罪量标准。若危害行为情节显著轻微危害不大,则表明罪量未达到成立犯罪的程度,因而“不认为是犯罪”。

“刑法分则中某些犯罪的罪状只含定性描述而未做罪量要求,形式上明文排除了罪量要素在

^① 储槐植、李梦:《论微罪の出罪事由》,《人民检察》2019年第18期。

^② 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,《法学研究》2013年第2期。

^③ 参见夏伟:《“但书”出罪运行机制实证研究》,《中国法学》2023年第4期。

^④ 参见王烁:《论刑事微罪应排斥“但书”适用——以醉酒驾驶为例的分析》,《中国监狱学刊》2022年第3期。

罪状中的存在,但这绝不意味着排除了但书对符合罪状类型特征的不法行为的入罪出罪规制机能。”^①例如,尽管《刑法》第 263 条对抢劫罪的构成要件未包含罪量要素,但这不代表只要行为在形式上符合抢劫罪的构成要件就可直接被认定为构成抢劫罪。2005 年《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第 7 条规定:“为个人使用,以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的,一般不以抢劫罪定罪处罚。”该规定的法律依据正是《刑法》第 13 条但书规定。

刑法分则中有许多犯罪的罪状包含情节、数额或结果等罪量要素,对于此类犯罪,是否存在但书适用的空间?笔者认为,不可一概而论。此类在罪状中包含罪量要素的犯罪可分为两种类型:一种是将“情节严重”(或“情节恶劣”)作为犯罪成立要件;另一种是将“数额较大”(或“数量较多”)、“后果严重”(或“造成重大损失”)等作为犯罪成立要件。在第一种类型的犯罪中,“情节严重”(或“情节恶劣”)既是成立要件之一,又是在对案件全部主客观事实整体判断后得出的结论,且但书中的情节显著轻微危害不大也是一种综合判断。这就意味着,若行为情节显著轻微危害不大,则当然不具备“情节严重”的要件,此类犯罪自然无法成立。据此,有论者认为此类犯罪中绝对不能适用但书规定。^②但在笔者看来,刑法分则明文将“情节严重”作为此类犯罪的成立要件,实际上是从侧面对“情节显著轻微危害不大”的重复表述。当行为不具备“情节严重”要件时,此类犯罪的成立条件本身即不满足,自然无须再重复适用但书规定出罪。基于同样的理由,具体犯罪将“情节严重”规定为成立要件,就表明情节显著轻微危害不大的行为必然不具备“情节严重”的要件,进而不构成犯罪。由此可见,在处理涉嫌此类犯罪的案件时,若通过认定行为不具备“情节严重”要件而否定犯罪成立,则本质上等同于已适用但书规定而并非排斥但书的适用。

相较于“情节严重”(或“情节恶劣”)这类综合性罪量要素,“数量”“结果”等罪量要素带有具体性、片面性,即只是构成犯罪的情节之一而非综合性情节。因此,即使具备上述具体性罪量要素,也未必能认定已达到犯罪所要求的罪量程度,故仍存在适用但书规定出罪的可能性。例如,“数额较大”是诈骗罪的罪量要素,但即便达到诈骗财物“数额较大”的标准,也并非一概构成犯罪。根据 2011 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,即使骗取财物“数额较大”,若属于“诈骗近亲属的财物,获得近亲属谅解”的情形,则一般不按犯罪处理。该规定的法律依据亦是《刑法》第 13 条但书规定。

五、司法解释有关适用但书出罪的规定及其运用

(一)但书规定在司法解释中的体现与运用

在司法实践中,对具体案件适用但书规定出罪面临的一大难题在于:但书规定的适用条件不明确,缺乏判断行为是否属于“情节显著轻微危害不大”的具体标准。这一现状不仅给司法人员适用但书规定带来操作困难,还导致许多司法人员不敢或不愿适用该规定。为了改变这一局面,笔者尝试从涉及适用但书处理具体案件的司法解释中,梳理提炼出具有规律性的做法,为司法人员提供参考与指引。

^① 梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,《法学研究》2013 年第 2 期。

^② 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 82 页。

第一,司法解释涉及适用但书出罪的规定大多会综合考虑与行为相关的多种主客观因素。例如,2019年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第15条规定:“综合考虑社会危害程度、认罪悔罪态度等情节,认为犯罪情节轻微的,可以不起诉或者免于刑事处罚;情节显著轻微危害不大的,不以犯罪论处。”即便明确列举出罪事由,司法解释通常也会要求综合考虑其他因素。例如,2023年《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条明确列举了可以考虑适用但书出罪的几种情节(如血液酒精含量不满150毫克/100毫升),但同时又将不具有该意见第10条规定的十几种应从重处理的情形(如造成交通事故后逃逸等)作为出罪的前提条件。从该司法解释不难看出,对具体案件能否适用但书规定,关键在于将案件的主客观事实综合起来评判后能否得出行为的社会危害较小、不应受刑罚处罚的结论。

第二,有关司法解释规定在未成年人实施某些行为社会危害程度明显较低的情形下,即使成年人实施同样的行为可能构成较重的犯罪,未成年人实施也不认为是犯罪。例如,2006年《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……可以认定为‘情节显著轻微危害不大’,不认为是犯罪”。该司法解释虽然对未成年人实施诈骗、抢夺、敲诈勒索、侵占等其他行为的出罪情形未作规定,但其精神可以指导司法人员裁量是否对上述行为作出罪处理。

第三,有关司法解释对行为人与被害人之间有近亲属关系的案件采取特殊出罪处理的原则。例如,2013年《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条规定:“敲诈勒索近亲属的财物,获得谅解的,一般不认为是犯罪”。有关盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪的司法解释也有类似规定。在笔者看来,对此类侵害个人法益的犯罪,如果行为人与被害人之间有近亲属关系,又能得到近亲属的谅解,那么不作为犯罪处罚,既与双方当事人的意愿相符,也能被民众广泛认可。对侵害相同法益的犯罪尚无类似司法解释的,“可以依照举重以明轻的规则进行有利于被告人的类推,如侵占罪要比盗窃罪、诈骗罪更为轻微,既然盗窃、诈骗近亲属财物的一般不作为犯罪处理,则侵占近亲属财物的行为更不应作为犯罪处理”。^① 不作为犯罪处理的法律依据仍是《刑法》第13条但书规定。

第四,有关司法解释将行为人因生产经营或生活所需而实施危害行为,没有造成严重危害后果,且有悔改表现的,规定为某些罪的出罪事由。例如,2022年《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》第6条第2款规定:“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,能够在提起公诉前清退所吸收资金,可以免于刑事处罚;情节显著轻微危害不大的,不作为犯罪处理”。这样处理的根据在于,行为人把行为对象用于正当的生产经营活动(如用吸收的公众存款经商办企业,用买来的炸药开山修路),比用于违法犯罪活动(如用吸收的公众存款去走私,用买来的炸药炸毁他人住宅)的社会危害性程度无疑低得多。因此,该司法解释的出罪规则同样可用以指导类似案件。

第五,有关司法解释针对集团性、团伙性犯罪案件规定可以根据参与者具有的一些特殊从宽情节作出罪处理。例如,2021年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗

^① 方鹏:《出罪事由的体系和理论》,中国人民公安大学出版社2011年版,第68页。

骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》第16条第3款规定:“对于电信网络诈骗犯罪集团、犯罪团伙中的从犯,特别是其中参与时间相对较短、诈骗数额相对较低或者从事辅助性工作并领取少量报酬,以及初犯、偶犯、未成年人、在校学生等,应当综合考虑其在共同犯罪中的地位作用、社会危害程度、主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等情节,可以依法从轻、减轻处罚……情节显著轻微危害不大的,不以犯罪论处”。该司法解释表明,在集团性、团伙性犯罪案件中,即使参与的人数较多且犯罪性质严重,也并非必须将所有参与者均定罪处罚,对于部分具有特别从宽情节的参与者,在综合考察其参与犯罪的主客观事实后,若确认其行为的社会危害性程度低、人身危险性小,则可认定为情节显著轻微危害不大,适用但书规定予以出罪。该司法解释的出罪规则,还可参照适用于其他参与人数较多的类似犯罪案件(如组织、领导传销活动罪等)。

(二)但书规定根据司法解释的精神在司法个案中的适用

如前所述,由于司法解释的数量有限且并非每部司法解释都有出罪规定,因此在司法实践中难免遇到一些案件需要作出罪处理,却没有具体明确的司法解释性规定作依据的现象。在一些特殊案件中,如果行为确实符合出罪的实质要求,那么可以根据相关司法解释的精神进行处理。在此,笔者拟选择“廖某贩卖毒品案”^①对适用但书出罪进行分析。

2023年7月8日上午,被告人廖某将其父亲去世后余留的药品照片(其中含有国家管控的麻醉药品、精神药品)发送至微信“病友交流余药转让群”,并且发布了“家中有这些药,想转让”的广告。吸毒前科人员董某看到广告后,于2023年7月8日12时许,通过微信群联系到廖某。廖某在明知董某是吸毒前科人员的情况下,与董某商定:2盒氨酚羟考酮、3盒盐酸曲马多缓释片以及拆封散存的2片氨酚羟考酮、20片盐酸曲马多缓释片的价格共260元。7月10日9时许,廖某通过顺丰快递将以上药品邮寄给董某,董某于同日9时许通过微信支付给廖某260元人民币。此案由山东省滨州市某县人民法院一审,以贩卖毒品罪判处廖某拘役2个月、缓刑3个月,并处罚金人民币1000元。廖某不服提出上诉。二审人民法院裁定撤销该判决,发回该县人民法院重新审判。尔后,该县人民检察院以证据发生变化为由撤回起诉,依法决定对廖某不起诉。

此案所涉人民检察院在不起诉决定书中,虽以“事实不清、证据不足”为由决定不起诉,但在笔者看来,实际上原因还是在于廖某的行为不构成犯罪。如前所述,从现行司法解释有关适用但书出罪的规定来看,尽管有些具体情节对某些罪的出罪起到重要作用,但也要综合考虑案件的主客观事实。就此案而言,廖某明知自己的药品是国家管控的麻醉药品、精神药品,仍出售给他人。这在形式上虽然符合扩张解释后的贩卖毒品罪的主客观要件,但综合考察以下几方面的案情,不难得出实质上属于“情节显著轻微危害不大”应予以出罪的结论。

其一,贩卖毒品罪的典型行为形式是,以出卖为目的先从他人手中买来毒品,尔后卖给第三者。“贩卖”有先买后卖或转手倒卖之意,并且其买和卖的行为均有非法性。此案中廖某的药品尽管也是买来的,但那是凭医生开的处方从医院买来治病用的,即通过合法途径取得的。这同那种从制造毒品者或贩毒者手中非法买来毒品后出卖在情节上存在重大差异。根据相关司法解释,贩卖毒品罪的“贩卖”被解释为“非法销售行为”,没有非法购买毒品的行为仅有非法销售行为,同样属于贩卖毒品行为。但从某种意义而言,仅有非法销售毒品的行为,在多数情况下,社会危害性程度轻于那种既非法购买又非法销售毒品的行为。

^① 参见山东省滨州市阳信县人民检察院阳检刑不诉(2024)80号不起诉决定书。

其二,贩卖毒品罪所贩卖的对象是毒品,《刑法》第347条明文列举的有鸦片、海洛因、甲基苯丙胺。与这些典型的毒品相比,廖某出卖的药品是医院提供给病人的止痛药品,所含成分虽然也具有有一些毒品性质,但毒害性明显低于上述3种毒品。就大众的朴素观念而言,毒贩所贩卖的毒品与这类特殊的药品存在较大差异。廖某少量销售父亲生前治病余留下的国家管控的麻醉药品、精神药品的行为,社会危害性程度通常低于销售海洛因等典型的贩毒行为。

其三,廖某虽然知晓自己销售的对象是医院控制使用的特殊药品,但对其性质、功能的认知仍停留在“治病”“止痛”层面。正因为如此,其才在网上的“药转群”转让药品,这是病友之间互相交换转让所需药品的常见形式,与通常贩卖毒品的形式有明显不同。如果廖某明知自己销售的药品属于贩卖毒品罪所指的那种“毒品”,那么其不敢也不会采取这种方式销售。

其四,廖某将药品以与其购买时相当的价格卖给他人,这与贩卖毒品者通常以明显高于购买价的差价出售的行为存在显著差异。可见,廖某并不具有牟利目的。从实际交易情况来看,近7盒药品仅售得260元,与从医院购买所花的费用大体相当,客观上并未从中获利。

综上所述,廖某出售父亲生前治病余留下的少量国家管控的麻醉药品、精神药品的行为,与典型的贩卖毒品行为在形式上具有较大差异,实质上其社会危害性程度相对较低,应认定为《刑法》第13条但书规定的“情节显著轻微危害不大”的情形,依法予以出罪。据笔者所知,类似案件在司法实践中通常不宜以贩卖毒品罪论处。出罪的实质根据是社会危害性不大,不应动用刑罚处罚。

Abstract: There exists considerable controversy within academic circles regarding the understanding of the proviso to Article 13 of the Criminal Law of P.R.C.. This controversy arises from the failure of some scholars to correctly recognize that the proviso is a principled provision for excluding the criminality of acts. The proviso not only adheres to the principle of legality of crime and punishment, but also plays a significant role in safeguarding it. Article 13 of the Criminal Law of P.R.C. stipulates that for a crime to be established, it must not only formally satisfy the elements of the offense, but also lack any substantive matters for excluding the criminal nature of the act. The direct application of the proviso to decriminalize acts with minimal social harm does not conflict with China's traditional theory of criminal constitution. In principle, the proviso is applicable to all crimes stipulated in the Specific Provisions of the Criminal Law. However, since the Specific Provisions explicitly prescribe "serious circumstances" as a condition for the establishment of a crime, there is no need to reapply the proviso. The application of the proviso for decriminalization shall be guided by the spirit of the relevant provisions in judicial interpretations.

Key Words: proviso, decriminalization, constitutive elements, scope of application

责任编辑 田国宝