

# 但书条款的体系定位与轻罪出罪适用

张楠

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年12月11日; 录用日期: 2024年12月20日; 发布日期: 2025年1月16日

## 摘要

在积极刑事立法观的影响下, 刑法第13条但书条款承载的出罪功能对于犯罪圈的调控具有重要作用。实践中适用但书条款出罪存在无序现象, 根源在于但书在犯罪论体系中的定位不明而导致其实质内涵含混。基于但书条款与轻罪出罪的契合性, 应重构其理论运行路径, 在区分犯罪构成体系内的应罚性和体系外的需罚性的前提下, 将但书条款定位为体系外的独立出罪事由。经犯罪构成标准确证而具有应罚性的行为, 若综合全案各因素判断不具有刑事政策上的预防必要性或由非刑罚手段制裁亦无损于社会生活秩序, 则可以行为不具有需罚性为根据而适用但书条款予以出罪, 从而在司法实体层面平衡轻罪的合法入罪与合理出罪。

## 关键词

但书条款, 出罪, 需罚性, 罪量因素

# The System Location of the Proviso Clause and Its Application to Substantive Decriminalize Misdemeanor

Nan Zhang

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Dec. 11<sup>th</sup>, 2024; accepted: Dec. 20<sup>th</sup>, 2024; published: Jan. 16<sup>th</sup>, 2025

## Abstract

Under the influence of the positive view of criminal legislation, the 13th proviso clause of the "Criminal Law", which carries the function of substantive decriminalization, plays an important role in regulating the criminal circle. In judicial practice, there is a disorder in the application of the proviso

clause, which is rooted in the unclear positioning of the proviso clause in the criminal theory system, resulting in its ambiguous substantive connotation. Based on the compatibility between the function of the proviso clause and the decriminalization of misdemeanors, its theoretical path of application should be reconstructed. On the premise of distinguishing between the deservedness of punishment and the need for punishment, the proviso clause should be regarded as a reason for substantive decriminalization outside the system of criminal composition. If an act has been confirmed to deserve punishment by the standard of criminal composition, we should make a comprehensive judgment based on various factors of the entire case to ensure whether the act has the necessity of prevention in criminal policy or is detrimental to social order by non-custodial sentences. If the act does not have the need for punishment, it may not be considered a crime according to the proviso clause. This approach can balance the legal conviction and reasonable decriminalization of misdemeanors at the judicial entity level.

## Keywords

Proviso Clause, Substantive Decriminalization, The Need of Punishment, Elements of Quantity of Crime

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

“轻罪化”在我国过去十余年里的刑事立法中有明显的体现，社会治安、刑事犯罪结构也随之发生了深刻变化。官方数据显示，近些年我国被判处三年有期徒刑以下刑罚的案件比例一直保持在 80% 以上，刑事犯罪重罪率与重刑率不断下降，而轻罪率与轻刑率不断上升，呈现“双降”与“双升”现象。[1]可以肯定地说，我国已经进入轻罪时代。[2]据此，有学者即认为刑事法网的进一步严密、轻罪成为犯罪治理的主要对象，正是我国刑法结构从“厉而不严”到“严而不厉”发展、转变的具体表现。[3]然而“法网严密”本身也意味着“刑罚之厉”，因为罚与不罚、轻罚或重罚的判断具有相对性。刑事立法持续将更多社会失范行为纳入犯罪圈、大量增设轻罪的后果是案件数量猛增、司法压力加大。最高检发布的《刑事检察工作白皮书》披露了 2023 年检察机关审查起诉案件中，危险驾驶罪、盗窃罪、帮信罪数量稳定前三。可见立法增设一个轻罪，司法就会随之“制造”大量犯罪人。以新兴轻罪帮信罪为例，每年十多万年轻人因出售两卡行为而成为罪犯，已经成为备受各方关注的一大社会问题。对此有学者尖锐地指出“在刑罚之‘厉’的旧习被解除之前，追求以严密法网为导向的轻罪化立法，最终呈现的必然是‘又严又厉’的罪刑结构。”[4]这种对我国轻罪化立法趋势所表现出的担忧不无道理。

刑法谦抑性的核心是“罪的谦抑”，然而在当前立法进程无可阻挡、不可逆转的形势下，为避免过度严厉或不必要的刑事制裁，司法审判环节必须承担起重要担当，必须重视轻微犯罪出罪机制的建构。我国刑法第 13 条但书条款作为实体法途径出罪的立法例，在司法实践中承担了重要的出罪功能。一般而言，相较于侵害刑法给予绝对保护之法益的重罪，侵害财产法益、秩序法益等的轻罪犯罪性质较轻、社会危害性较小的本质特征，与但书所蕴含的“法不理会琐碎之事”的出罪精神有着天然的契合性。然而我国刑法学界对但书条款的研究分歧多而共识少，现有理论在对其出罪功能的诠释上总遇瓶颈，因此，拓展但书条款在轻罪出罪化中的适用空间的关键在于如何圆满回答从宏观抽象的但书条款到微观具体的个案出罪的完整运行机制。

## 2. 但书条款与犯罪构成体系的关系厘定

刑法理论的发展历程在相当程度上可以说是犯罪构成理论的发展历程，尤其在我国的刑法学界，长期就传统四要件犯罪构成体系和阶层论体系进行外部理论争辩与内部精细化构建。但书条款的体系地位作为理论上长久未决的问题，明确其与犯罪构成之间的关系是探究其出罪功能发挥机制的前提。

### 2.1. 适用但书条款出罪的理论困境

基于我国“法定性 + 定量”的犯罪界定模式，出罪一般基于两个原因：一是由于罪质阙如，二是因为罪量稀薄。<sup>[5]</sup>毫无疑问，轻微违法行为无论从罪质还是罪量来看，都具有出罪的依据与可能。从1997年但书条款的表述形式完全定型后，虽然刑法几经修改，不过其作为实体法途径出罪的立法例一直沿用至今。然而，但书条款在司法实践中已展开应用，在刑法理论层面却仍然面临着犯罪构成理论的诘难，其能否作为独立的出罪事由被直接援引存在很大争议。对此学界大致形成了两种观点：一是“出罪标准说”，该说将但书的机能定位于出罪，主张先形式地判断行为符合犯罪构成要件，再实质地判断行为不具有值得刑罚处罚的社会危害性，进而可以直接引用但书条款出罪，也即但书只是在行为符合犯罪构成的基础上阻却实质违法性。<sup>[6]</sup>二是“入罪限制说”，该说将但书的机能定位于对入罪的限制，主张符合但书的行为原本就不符合犯罪构成，只能将但书的判断融入刑法第13条前段是否具有依法应受刑罚处罚的社会危害性的判断，因此但书只具有指导法官实质地理解与适用犯罪构成的提示性意义，而非宣告无罪的直接依据。<sup>[7]</sup>

一方面，诚如“入罪限制说”所批评的，若在犯罪构成的认定完成后，再进行社会危害性的独立判断，无疑破坏了“犯罪构成是认定犯罪的唯一标准”的基本准则。因而在不对犯罪构成体系伤筋动骨的前提下，有学者试图将但书条款的出罪功能与犯罪构成理论相融合以促进实现体系内部的目的理性。为此做出了诸多努力，如在犯罪构成阶层体系当中引入日本刑法“可罚的违法性”理论<sup>[8]</sup>、区分犯罪成立的积极条件与消极条件<sup>[9]</sup>等等，但舶来理论的排异反应与构成要件重构论的缺陷导致在犯罪构成体系内为但书条款寻找栖身之地的做法收效甚微。另一方面，实务上适用但书条款进行无罪宣判的普遍做法无不体现“出罪标准说”在实际意义上的合理性和可操作性，但将第13条前段与但书理解为犯罪成立条件与社会危害性的关系，这种两步骤判断法也确有不妥之处。可见，上述两种学说都有其坚守的理论依据之合理性，却也都存在不可忽视的理论瑕疵和与司法实践脱节的问题。因此，关键在于如何构建但书条款合理适用的运行机制，才能在对虽符合犯罪构成标准但相较而言“情节显著轻微、危害不大”的行为予以出罪的同时实现刑法理论的自恰。

### 2.2. 但书情节与分则罪量因素的关系

传统刑法理论认为，总则第13条但书的情节以及分则个罪罪状中表征行为程度的数额较大、后果严重以及情节严重等因素，是我国刑法中犯罪成立定量的体现，<sup>[10]</sup>因而“总则但书情节与分则罪量因素是相互照应关系”，即成为围绕但书条款进行犯罪构成体系建构的立论前提。笔者认为这种传统观点是值得商榷的，而欲考察但书条款作用于分则罪名的功能及其范围，首先应关注到分则罪量因素在犯罪构成论体系中的地位。

#### 2.2.1. 罪量因素的体系定位

关于数额较大、严重后果、情节严重等法定罪量因素在犯罪论体系中的地位，我国刑法学界存在的争议大体上可归纳为客观处罚条件说、构成要件要素说和区别对待说三类。就此，笔者对分则罪名罪状的设置以及相关司法解释进行全面考察发现，绝大多数罪量因素与犯罪构成要件的不法程度密切关

联,具体可以分为以下几类:① 表征行为不法程度的罪量因素,包括量定行为方式与手段、行为对象范围、行为时间地点等具体程度限制。② 体现危害结果的罪量因素,包括以数额、结果为内容的情节。由于结果是行为于对象客体所造成的危险或实际损害,所以这部分与行为有重合,在规范中也最为常见。③ 表征行为人犯罪的主观目的、动机的罪量因素,少量散见于司法解释中,如《刑事案件立案追诉标准的规定(二)》规定,虽未达到数额标准但为进行违法活动而虚假注册资本仍符合该罪之“情节严重”。④ 表征某种状态不法的因素。如在走私普通货物、物品罪和种植毒品原植物罪等罪名的司法解释中,均存在将“因实施违法行为被给予二次以上行政处罚又再次实施该违法行为”规定为“情节严重”的情况。

由此可见,为判断行为的严重性所设置的罪量因素,并未逾越构成要件通常的语义学边界和价值衡量域围。<sup>[11]</sup>因此,笔者认为采取多数学者主张的“区别对待说”<sup>[12]</sup>更为合理,即不论对客观处罚条件这一理论进行怎样的理解、持何种态度,就我国现行刑法规定来看,被认为与客观处罚条件相关的罪量规定只是极少数的例外,绝大多数罪量因素都属于成文化、类型化为犯罪成立的构成要件要素,发挥着从纵向上表征某一具体犯罪程度特征的功能,而客观处罚条件只能在个别罪名中作为特殊和偶然的刑法现象进行讨论,随意或者扩大承认其存在的范围会造成对责任主义原则的极大违背。<sup>[13]</sup>

### 2.2.2. 但书条款之“情节”的实质内涵

刑法第13条对于平衡刑法规制范围具有重要作用,但书条款作为独立于前段的规范条文,规定的是“不认为是犯罪”的情节,因此不能称为犯罪情节,尽管如此,但书情节与犯罪的相关性仍是不容否定的。且分则中的数额、后果等规定的表述实际上都属于广义的情节。笔者认为虽然都体现犯罪成立的定量精神,但分则罪量因素只是总则但书情节的表现形式之一,但书“情节”所囊括的情形更为庞杂,两者不是平行关系而是种属关系。但书之所以成为但书,其独立性就在于组成结构中出罪情形起着决定性作用,但书出罪情节区别于分则入罪罪量、但书承担的出罪功能区别于分则罪量承担的入罪功能。并且基于地位上的统摄性、语义上的概括性,但书条款为司法实体层面出罪的价值判断提供了充足的解释空间,笔者对现行司法解释中以但书形式规定的出罪事项进行梳理,发现其情节具体包括:① 客观上未脱逸社会相当性的行为。如在行为人自己家庭中或近亲属间实施的盗窃、诈骗、敲诈勒索行为,虽达到犯罪数额门槛但仍可不按犯罪处理。② 主观上不具有可责难性的行为。例如迫于生活困难或受重男轻女思想影响的民间送养行为,不以拐卖妇女、儿童罪论处;不以牟利为目的走私珍贵动物制品的行为,不作为犯罪处理。③ 犯罪后正行为。<sup>[14]</sup>即指行为人实施犯罪行为后,又采取防止损害扩大、弥补被害损失等能实际产生修复受损法益效果的正价值行为。<sup>1</sup>④ 对未成年人犯和共同犯罪中从犯的进一步宽宥。<sup>2</sup>⑤ 未列明具体事项的综合判断型提示规定。如帮信罪的司法解释中规定,即使行为符合情节严重的构罪标准,但只要综合全案认为情节显著轻微,仍然可以认定为不构成帮信罪。

### 2.2.3. 但书条款的规范内涵

当然,承认但书条款的统摄力并非主张对其价值判断不予限制,就其规范条文来看,“情节显著轻微”和“危害不大”不是择一并列关系而是递进关系,必需同时符合才能认定为“不认为是犯罪”。<sup>[15]</sup>首先,“危害不大”在根本上指向法益,判断刻度包括行为对法益侵害的后果和性质,故对于危害公民生命健康、公共安全、国家安全法益的行为,在价值导向上应当认定为不属于“危害不大”。其次,“显著轻微”的文义说明但书是定量而非定性的判断,对于客观上未实施危害行为、主观上无罪过、犯罪对

<sup>1</sup>例如,非法集资类犯罪、拒不支付劳动报酬罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪的司法解释中,均把行为人犯罪后自行恢复法益侵害的努力及其状态直接作为免罪处理或减免刑罚的理由。

<sup>2</sup>例如,《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、《关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第9条等规定。

象不存在等出罪情形，不能援引但书条款。如“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”<sup>3</sup>此解释将缺乏主观故意作为但书涵盖的情形，就是对但书条款的错误适用。再如“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿”，此规定虽在表述上类似于但书，实际上是行为不符合受贿罪犯罪构成，仍属于体系内部出罪。

此外，但书条款本身高度精炼化、抽象化的语言表达必然会导致具体判断上的模糊性，实践中援引但书进行出罪的裁判说理不足、个别情形的乱用和滥用以及标准不统一等现象也确实存在。<sup>[16]</sup>但这本就是司法裁量权自由运用天然会产生的弊端，法官的法律解释水平、运用能力良莠不齐造成的上述问题是司法审判中普遍存在的，不是适用但书产生的独有问题，不能据此排斥实体上但书条款的出罪空间。且刑事立法的粗疏与细密是一项较难协调的立法技术，过于细密，有损刑法的稳定性和普遍性。<sup>[17]</sup>但书的条文表述虽具有模糊性，却不属于过于粗疏的立法，因为它的存在不可避免，尽管模糊但对其实质内涵的判断依然有章可循。

综上所述，总则但书情节与分则罪量因素不是简单的照应关系，在确定罪量因素属于犯罪构成要件范畴的前提下，仍有适用但书条款出罪的空间。未达到法定罪量程度要求的行为不是犯罪，这是发挥罪量因素作为构成要件要素的入罪过滤功能；而但书蕴含实质上的出罪功能，其所评价的情节主要是体现法益侵害程度、违背社会相当性程度、非难性程度、预防必要性等各种主客观情节，因此但书条款不仅仅只是信条性、指引性的提示规范，而是具备综合性、混杂性和个案性特征的独立出罪事由。

### 2.3. 但书条款的体系外地位证成

犯罪构成理论作为刑法理论殿堂当中最为璀璨的瑰宝，对其坚守具有两方面的重要意义：一是贯彻罪刑法定原则；二是明确认定犯罪的依据。无论是四要件还是三阶层的犯罪构成体系都自有其出罪功能，在其中任何一个环节得出否定结论，行为则自然而然地退出犯罪构成的审查过程，此则体系性出罪，这是犯罪构成体系之所以成立的题中应有之义。<sup>[18]</sup>犯罪构成是将刑事不法行为类型化地规范在成文法中，所以就定罪判断的第一步构成要件符合性而言，就存在形式解释论与实质解释论之争，而两种解释论的对立，其实质就是对罪刑法定原则的理解之辩。<sup>[19]</sup>那么坚持构成理论而试图将但书融入其中时，必然要回答但书条款与上述构成要件解释论选择立场的关系为何之问，无疑将本就棘手的问题进一步推进理论争辩的泥潭。反若将但书条款视作一项独立的出罪事由，则不需要再考虑这个问题。传统、规范的犯罪构成体系发挥出罪功能的空间较为有限，破解这一难题必须带着反思与重塑的思维、借助刑法外的思考来审视现有体系之问题，并且结合司法实践为其注入新的基因。因此，笔者主张适用但书条款进行出罪的前提是行为经过犯罪构成各阶段的确证构成规范意义上的犯罪，再对全案综合考虑是否符合“情节显著轻微、危害不大”实质内涵的各种因素。就此而言，但书在性质上区别于体系性出罪，在出罪的优位顺序上体系性出罪判断也应先于但书。

为但书条款在体系外定位寻找一个坚实的落脚点，笔者认为区分犯罪论体系内的应罚性和体系外的需罚性，以需罚性标准作为其出罪根据是合适的。应受刑罚处罚性与社会危害性、罪刑法定性和刑法谦抑性构成了刑法第13条前段犯罪认定的范畴体系，应受刑罚处罚性统摄社会危害性、罪刑法定性和刑法谦抑性。<sup>[20]</sup>原则上具备应罚性的行为即可认定为犯罪而承担相应的不利负担，但若这种入罪判断不符合宪法意义上的比例原则或不具有刑事政策意义上预防的必要性，则应当阻却犯罪成立。因此，就犯罪认定而言，需罚性意味着在应罚性的基础上增加了额外要求，多了一道出罪的过滤工序，这种做法并不破坏原有的犯罪构成体系，亦无损于“犯罪构成是认定犯罪的唯一标准”这一规律。可以说，刑法第13条

<sup>3</sup>《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》，此项司法解释现已废止。

前段和但书条款二者相互协作，共同发挥着平衡立法与司法、入罪与出罪过程中犯罪圈划定的各种利益纠葛的作用。[21]

### 3. 适用但书条款出罪的具体动因

但书条款作为犯罪构成体系外的独立出罪事由，其适用的根本依据在于行为是否具有刑事需罚性的判断，为进一步明确但书在轻罪出罪化中发挥作用的正当性，应当探究出需罚性标准相对固定和客观的维度。

#### 3.1. 刑事政策上的预防目的

刑法体系严密而非封闭，规范的教义文本应加入政策性的价值考量使其整体保持一定的开放性，以防止执着于内部构建精致性的追求而忽视了适用上的灵活性和社会化。“法律上的限制和合乎刑事政策的目的，这二者之间不应该相互冲突，而应该结合到一起。”[22]刑法将行为评价为犯罪而施以刑罚的最终目的在于预防犯罪、实现刑法的社会功能，因而借助目的管道能够实现刑事政策与刑法教义学体系之间的有效贯通，同时又不至于对体系根本造成过多打扰。此时，刑事政策就不再只是刑罚论中的课题，也是犯罪论中应该顾及的课题。在区分应罚性和需罚性判断的前提之下，需罚性作为刑事政策上应思考的课题，考量实现的是刑罚的预防功能，需罚性功能理论与刑事政策目的论二者具有功能目标的同质性。[14]因此，需罚性就是以刑事政策上预防的必要性为理论根据，架设起体系与政策之间的桥梁，把政策的价值引导功能提前至定罪阶段，具有兼顾体系正义与个案正义的合目的性。[23]

在我国，“轻罪”在很大程度上还是一个政策性范畴而非严格的法律概念。而但书条款作为宽严相济基本刑事政策之“从宽”方面最为核心的实体法依据，能够整合行为人实施犯罪过程中各种具有出罪性质的主客观因素，从而对犯罪行为进行综合性评价。可以说，积极适用但书条款能够把刑事政策上的预防犯罪价值判断运用于犯罪论层面，逐渐确立起“应罚性主导入罪，需罚性主导出罪”的新观念。此外，在适用范围上，但书条款“递进式”的判断规则蕴含特定的裁量幅度，与犯罪有关的各种主客观情节，都可以根据刑事政策的需要纳入进去。不过这种做法不可避免地会出现政策与法律之间如何保持“兼容性”的底层担忧，但只要刑事政策及其实施细则、刑事司法改革、试点工作等，没有背离或者超越刑事法治的立场以及罪刑法定原则的底线，这种出罪考量的兼容性便是安全和可控的，不会真正出现有悖于刑事法治体系的情况。[24]由此可见，行为构成现实意义上的犯罪必须同时符合应罚性与需罚性的要求，但书条款正是刑事政策与刑法规范在个案上互动的场域。

#### 3.2. 轻罪出罪化机制建构呼唤司法的主动担当

我国近十余年的刑事立法深受宽严相济刑事政策的影响，在做减法的同时也在做加法。刑事司法实践则徘徊于严格规则主义与绝对能动主义之间。[25]在罪名不断扩充但整体轻量化的立法时代，大批量惩治犯罪人所产生的威慑效应退去之后，刑事法网的扩张是否真正有益于社会的整体治理是我们应当认真考虑的问题。首先，适用但书条款出罪主要体现为司法审判中的无罪判决，而现实情况是，根据不完全统计数据，2014年至2021年间全国法院通过但书出罪的判决数量为1807份。[26]2022年刑事判决无罪率不到万分之五。[27]与之相对，英美法系国家多在程序上实现轻微罪分流出罪，无罪判决率仍保持在20%左右。[28]而我国在审查起诉阶段酌定不起诉适用率仍不高的情况下，无罪判决率持续低迷，更加凸显实体出罪难的困境。以醉驾为例，由于涉及饮酒的生活习惯以及我国传统酒文化，即便已经入刑也没有从根本上遏制发展态势，醉驾案件在刑事案件中的比重居高不下。值得注意的是，为良好组织对犯罪的反应，刑事司法层面已经开始在入罪时采取审慎克制的态度，逐渐考虑到在日常生活中发生的醉驾案件可

能包含的各种情形，试图依靠但书条款打通该罪的出罪路径。<sup>4</sup>

其次，一旦犯罪行为人被纳入追诉轨道，司法机关随之进行刑事诉讼的程序负累可见一斑，且一旦被定罪，轻罪带来的道德谴责和附随性后果的分量也不绝对低于重罪。因此，从轻罪出罪化所承载的价值目标来看，其所追求的价值应是多元的而非单核的，在高效率惩罚轻罪的同时，为了避免相继而来的犯罪浪潮和累犯压力，在不危及刑法的确定性和安全性前提下，也要秉持刑法谦抑主义和经济理性主义的刑事政策思维，重视轻罪出罪化蕴含的“效益”价值，对情节显著轻微、危害不大的行为网开一面，尽量另谋其他防治对策，用最少的司法资源投入取得公正、自由、秩序等的最大收益。因而就宪法意义上的比例原则而言，如果从法律效果上动用刑事制裁与其他制裁手段无甚差异，就应当尽量以其他法律手段来调整，以免冲淡刑法最后一道防线的角色。

### 3.3. 充实但书条款的具体内容

理论体系的变革尚待时日，要使但书条款在实践中得以积极运用，须基于现有司法解释，进一步拓宽但书情节的实质内涵，以完善整个轻罪出罪体系的现实选择。笔者对此提出如下设想：

① 法定犯的违法性认识错误。国内学者关于违法性认识错误的相关理论研究颇为丰富，但其出罪能力大小受体系定位之争的影响而未有定论，<sup>[29]</sup>实践中难以展开适用，因此考虑将行为人具有违法性认识错误作为但书的具体情形是合适的。行为人具有完全责任能力，也具有违法性认识可能性，但违法性认识可能性较低时，也应当认为不具有需罚性而按照但书出罪。此处适用但书条款同时具有澄清作用，借以告知社会一般人，行为不法和责任都是存在的，也有利于实现规范的行为指导作用和刑罚的一般预防功能。

② 抽象危险犯的抽象危险与实害结果的关联程度。刑事立法基于预防风险的目的设立了众多抽象危险犯，因而在入罪时不能通过未发生实害结果的反证予以否定，但危险与实害的关联程度有所不同。关联越紧密，危险性越高；关联越疏远，危险性越低，相应需罚性也越低。当抽象危险与实害结果的关联程度极低甚至趋近于零时，就可以视为情节显著轻微，从而根据但书出罪。<sup>[30]</sup>以醉酒型危险驾驶罪为例，醉驾的危险与实害结果的关联程度大小，取决于醉酒程度、机动车种类、行车速度、路段和时间点等。即便行为人驾车时酒精含量达到入罪标准，但若是具备驾车通勤、总路程较短、时间已近深夜、路上行人稀少等情节，没有证据显示其驾驶行为有任何异常，则难以认定有放任危害公共安全的故意，更没有发生交通事故，即可考虑适用但书条款予以出罪。<sup>5</sup>

③ 犯罪后行为人主动实施法益恢复行为。刑法保护法益不仅意味着行为人具有法益侵害或危险而惩罚行为人，而且也体现为在特定情况下激励行为人积极恢复被破坏的法益。<sup>[31]</sup>行为人犯罪后又主动采取退赃、退赔等正向措施，实质上是通过“赎罪”<sup>[32]</sup>实现了其因违反刑法规范所应承担的刑事责任，没有必要再通过刑事诉讼程序继续追究。在行政法、经济法积极刑法化而导致轻罪立法活跃的情况下，可以适当在一些经济犯罪中增设这种解决方案，以缓和犯罪化与非犯罪化对立的棘手问题。

## 4. 结语

总而言之，我国刑法第13条但书条款作为世界各国刑事立法中鲜见的直接贯彻刑法谦抑性理念的条款，基于当前积极刑事立法观影响下的犯罪结构和案件特征，在司法实体层面应当充分释放但书条款的

<sup>4</sup>最高人民法院2017年发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)》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”。最高人民法院、最高人民检察院以及公安部、司法部2023年联合发布的《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第12条，规定了四项具体属于“情节显著轻微、危害不大”予以出罪的情形以及一个兜底事项。

<sup>5</sup>参见(2020)粤0606刑初2648号刑事判决书。

出罪功能。这意味着在刑事司法审判时不仅需要法定犯罪构成进行实体性、规范性判断,还应就行为的需罚性,结合案件证据、事实、法律进行整体分析,综合考虑有利于瓦解预防犯罪、减少社会对抗、促进社会和谐等因素,以谋求实现法律效果、政治效果与社会效果的合一。

## 致 谢

感谢导师张亚平教授对本论文的指导。

## 参考文献

- [1] 卢建平. 犯罪统计与犯罪治理的优化[J]. 中国社会科学, 2021(10): 105-125+206-207.
- [2] 周光权. 短期自由刑的适用控制与轻罪治理策略[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2024, 26(1): 132-139.
- [3] 储槐植, 何群. 刑法谦抑性实践理性辨析[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016, 37(3): 59-67+191.
- [4] 冀洋. 我国轻罪化社会治理模式的立法反思与批评[J]. 东方法学, 2021(3): 124-139.
- [5] 储槐植, 李梦. 论微罪的出罪事由[J]. 人民检察, 2019(18): 11-14.
- [6] 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[J]. 法学研究, 2002(3): 87-99.
- [7] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 119-120.
- [8] 王昭武. 犯罪的本质特征与但书的机能及其适用[J]. 法学家, 2014(4): 65-82+178.
- [9] 王政勋. 定量因素在犯罪成立条件中的地位——兼论犯罪构成理论的完善[J]. 政法论坛, 2007(4): 152-163.
- [10] 储槐植, 汪永乐. 再论我国刑法中犯罪概念的定量因素[J]. 法学研究, 2000(2): 34-43.
- [11] 王莹. 情节犯之情节的犯罪论体系性定位[J]. 法学研究, 2012, 34(3): 126-145.
- [12] 周光权. 论内在的客观处罚条件[J]. 法学研究, 2010, 32(6): 114-134.
- [13] 梁根林. 责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察[J]. 清华法学, 2009, 3(2): 39-59.
- [14] 莫洪宪, 刘峰江. 犯罪后正行为模式的功能主义形塑[J]. 刑法论丛, 2019, 59(3): 121-141.
- [15] 张永红. 我国刑法第 13 条但书研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 98.
- [16] 刘树德, 潘自强. 裁判文书说理视角下的“但书”研究——基于 157 份无罪裁判文书的分析[J]. 中国应用法学, 2020(1): 133-149.
- [17] 张明楷. 妥善处理粗疏与细密的关系力求制定明确与协调的刑法[J]. 法商研究(中南政法学院学报), 1997(1): 15-20.
- [18] 王复春. 但书: 一种体系外出罪机制[J]. 刑法论丛, 2016, 46(2): 110-139.
- [19] 陈兴良. 罪刑法定主义的逻辑展开[J]. 法制与社会发展, 2013, 19(3): 50-60.
- [20] 马荣春. 《刑法》第 13 条新解: 范畴提炼及其内在关联[J]. 法治研究, 2024(1): 127-138.
- [21] 孙本雄. 入罪与出罪: 我国《刑法》第 13 条的功能解构[J]. 政治与法律, 2020(4): 111-124.
- [22] [德]克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系[M]. 蔡桂生, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 15.
- [23] 姜涛. 需罚性在犯罪论体系中的功能与定位[J]. 政治与法律, 2021(5): 105-122.
- [24] 孙道萃. 政策出罪的法理表述与完善逻辑[J]. 中外法学, 2023, 35(4): 1022-1042.
- [25] 梁根林. 刑事法网: 扩张与限缩[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 30.
- [26] 夏伟. “但书”出罪运行机制实证研究[J]. 中国法学, 2023(4): 240-262.
- [27] 陈光中, 李作. 轻微犯罪无罪化处理问题探讨[J]. 法律适用, 2024(1): 53-64.
- [28] 欧阳晨雨. 无罪判决率还有不少提升空间[N]. 中国青年报, 2017-01-12(2).
- [29] 陈璇. 责任原则、预防政策与违法性认识[J]. 清华法学, 2018, 12(5): 89-111.
- [30] 张亚平. 法定犯违法性判断“从属性说”之坚守[J]. 法商研究, 2023, 40(5): 103-117.
- [31] 姜涛. 重构主义的刑法实践模式[J]. 法学, 2022(1): 80-97.
- [32] 储槐植, 闫雨. “赎罪”——既遂后不出罪存在例外[N]. 检察日报, 2014-08-12(3).