

# 刑事一体化视野下的出罪路径探究

史立梅

(北京师范大学刑事法律科学研究院 北京 100875)

**内容提要:**随着我国刑法上的犯罪圈不断扩大,以及司法实践中法定犯、轻刑犯的比例大幅攀升,“少捕慎诉慎押”刑事司法政策在我国应运而生。然而这一政策的贯彻执行在很大程度上取决于立法和司法上的出罪路径是否畅通。从刑事一体化的视角来看,目前我国的出罪路径存在着实体法上规定的出罪事由与程序法上规定的出罪方式不匹配、实体法上规定的出罪事由类型化不足、程序法上规定的出罪方式单一等问题。欲解决这些问题,需要进行刑法和刑事诉讼法上的联动调整,具体而言包括:为刑法上已有的出罪事由匹配刑事诉讼法上相应的出罪方式,为刑事诉讼法已规定的刑事和解、认罪认罚从宽制度在刑法上匹配相应的类型化出罪事由,丰富刑法上的非刑罚处罚措施并配之以刑事诉讼法上的司法转处程序,并在此基础上进一步探索和完善企业合规、法益恢复等新的出罪路径。

**关键词:**刑事一体化 出罪路径 出罪事由 出罪方式

## 一、问题的提出

晚近以来,在积极主义刑法观和风险刑法理论影响之下,我国犯罪结构和刑罚分布发生了明显变化,法定犯、轻刑犯在我国刑事司法实践中所占比例大幅攀升,正如有学者所言,我国已迈进“轻罪时代”。<sup>①</sup>基于犯罪形势的变化,党中央在“宽严相济”刑事政策的基础上,进一步提出了“少捕慎诉慎押”的刑事司法政策,以期建立有效的轻罪治理体系,推进国家治理体系和治

**作者简介:**史立梅(1975—),女,汉族,河北遵化人,北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师。

本文为2021年度国家社科基金一般项目“非犯罪化视角下的认罪认罚从宽制度研究”(项目编号:21BFX184)的阶段性成果。

<sup>①</sup> 参见卢建平:《轻罪时代的犯罪治理方略》,载《政治与法律》2022年第1期,第51—61页。

理能力现代化。近年来我国检察机关积极践行“少捕慎诉慎押”政策并取得明显成效,随着认罪认罚从宽制度的推行,司法实践中的不捕率和不诉率均有较大幅度提升。然而,应当认识到我国现有的刑事司法体系仍未摆脱传统的以自然犯、重罪犯为治理对象的司法模式影响,有罪必诉、有罪必罚的观念仍然在很大程度上影响着司法者的决策,据中国法律年鉴统计,2020年我国人民检察院审查起诉适用认罪认罚从宽的人数为155万余人,其中不起诉人数为19.7万余人,占比仅为12.7%。<sup>②</sup>但同年人民法院生效判决判处三年以下有期徒刑、拘役、缓刑、管制等轻刑的人数占比高达82.2%(其中拘役和缓刑占比达40%)。<sup>③</sup>这意味着有相当一部分认罪认罚的轻微刑事案件被告人被判处了短期自由刑或缓刑,并由此而承受与其罪行极不成比例的刑罚溢出效应的影响。<sup>④</sup>

从总体上来看,我国现有的刑事立法和司法体系均存在明显的入罪功能有余、出罪功能不足的问题。针对这一现状,学界积极展开了关于出罪问题的研究,这些研究基本上可以分为实体法路径和程序法路径两大类,实体法路径着眼于对犯罪的实质解释,主张采取形式入罪、实质出罪的立场,<sup>⑤</sup>通过适用但书条款、需罚性理论、<sup>⑥</sup>法益恢复<sup>⑦</sup>(或称赎罪、<sup>⑧</sup>个人解除刑罚事由、<sup>⑨</sup>迷途知返条款<sup>⑩</sup>)等解释途径来实现对轻微犯罪或法定犯的出罪目的;程序法路径则着眼于刑事诉讼法规定的不起诉制度,主张通过扩张酌定不起诉的适用范围来达到轻微犯罪的出罪目的。<sup>⑪</sup>然而单纯的实体法路径和程序法路径都存在着自身难以克服的障碍:实体法路径极易混淆不构成犯罪与出罪之间的界限,导致实体上的无罪和司法处理上的无罪相混同<sup>⑫</sup>;程序法路径则容易陷入现有法律规定的出罪路径范围的限制,且提出的解决问题方案往往因缺乏实体法根基而难以获得实现。如果说严格意义上的出罪仅指司法活动中把有罪归为无罪的情形,<sup>⑬</sup>即出罪仅指对已构成犯罪之人在程序上不作为犯罪来追究,那么基于罪刑法定和罪责刑相适应的实体正义要求,这种程序上的出罪必须具备充足的实体理由。这就要求研究出罪问题必

② 参见中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2021)》,中国法律年鉴社2021年版,第1405页。

③ 同注释②,第1401页。

④ 参见解志勇、雷雨薇:《基于醉驾刑的行政罚之正当性反思与重构》,载《比较法研究》2020年第6期,第54—75页。

⑤ 参见刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,载《政治与法律》2020年第8期,第120—135页。

⑥ 参见姜涛:《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》,载《政治与法律》2021年第5期,第105—122页。

⑦ 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,载《中外法学》2017年第4期,第969—999页。

⑧ 参见储槐植、闫雨:《赎罪——既遂后不出罪存在例外》,载《检察日报》2014年8月12日,第3版。

⑨ 参见魏汉涛:《“个人解除刑罚事由”制度探究》,载《法商研究》2014年第4期,第82—89页。

⑩ 参见姜涛:《重构主义的刑法实践模式》,载《法学》2022年第1期,第80页。

⑪ 参见郭烁:《酌定不起诉制度的再考察》,载《中国法学》2018年第3期,第228—248页;刘甜甜:《解构与重建:论酌定不起诉从宽的困境消解》,载《中国刑事法杂志》2020年第5期,第140—157页。

⑫ 参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,载《中国法学》2022年第4期,第259页。

⑬ 参见夏勇:《试论“出罪”》,载《法商研究》2007年第6期,第45—46页;刘科:《论司法解释中的出罪规范:类型、依据与完善方向》,载《中国法学》2021年第6期,第244—245页。

须采取刑事一体化的思维,即在实体上探究出罪的实质根据,在程序上研究出罪的具体方式。

## 二、我国现有的出罪路径检视——程序法视角

我国《刑事诉讼法》上与出罪有关的条款包括:第16条规定的法定不追究刑事责任情形;第112条规定的“犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任”不立案情形;第177条第2款规定的“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”相对不起诉情形;第182条规定的特殊不起诉情形;第282条规定的附条件不起诉情形。上述条款共规定了三种不同的出罪路径,即但书出罪、缺乏诉讼条件的出罪和基于追诉裁量权的出罪。

### (一)但书出罪

根据《刑事诉讼法》第16条第1项的规定,对于情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的情形,公安司法机关应当不立案、不起诉或者宣告无罪。这是针对《刑法》第13条但书条款而规定的程序处理方式。

从逻辑上来讲,但书出罪本身并不属于有罪归为无罪的出罪规范,因为符合但书规定的行为根本就不构成犯罪,更谈不上构罪之后的出罪问题。但司法实践中经常把但书规定作为出罪规范来看待和使用,从而引起了很多理论上的争议和实践中的混淆。刑法理论界在但书与犯罪构成的关系上存在着“出罪标准说”和“入罪限制说”两种观点,<sup>⑭</sup>前者主张但书具有在犯罪构成要件外出罪的功能,即先判断行为是否符合犯罪构成要件,再判断符合构成要件的行为是否情节显著轻微危害不大;<sup>⑮</sup>后者则主张在犯罪构成要件内考虑但书规定的内容,因此符合但书规定的行为原本就不符合犯罪构成因而不构成犯罪。<sup>⑯</sup>两种观点在司法实践中均有影响力,但相较而言前者更占上风。笔者曾就醉驾案件法定不起诉的适用情形进行考察并发现,以情节显著轻微、危害不大不认为是犯罪直接作为法定不起诉理由的比例接近40%,而以没有犯罪事实为理由的比例为30%。<sup>⑰</sup>但正如有学者所指出的,将但书作为独立的出罪规范加以适用存在着较多风险,<sup>⑱</sup>其中之一就是容易造成司法上的滥用和误用。据学者考证,在适用但书作为出罪依据的判决书中,有64.17%的判决书属于排除构成要件该当性的情形,有23.33%的判决书是考量刑罚裁量因素作为但书适用依据的。<sup>⑲</sup>

基于但书出罪在逻辑上和实践中存在的诸多问题,“入罪限制”说的观点更具有合理性,即应当在构成要件内考虑但书的规定,当行为不符合实质性的犯罪构成要件时,应当做出无罪的实体性裁判,而不是先判断行为形式上是否构罪,再运用但书给予出罪。因此,具有但书规定的情形本身就属于没有犯罪事实,换言之,即行为本就不具有应罚性,应直接认定不构成犯罪,

<sup>⑭</sup> 参见杜治哈:《但书规定的司法功能考察及重述》,载《法学家》2021年第3期,第143页。

<sup>⑮</sup> 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97页。

<sup>⑯</sup> 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期,第60—61页。

<sup>⑰</sup> 参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,载《中国法学》2022年第4期,第255页。

<sup>⑱</sup> 参见李翔:《论我国〈刑法〉第13条“但书”的司法化之非》,载《东方法学》2016年第2期,第7页。

<sup>⑲</sup> 参见王华伟:《中国刑法第13条但书实证研究——基于120份判决书的理论反思》,载《法学家》2015年第6期,第90页。

无须考察行为人是否为偶犯、初犯或认罪悔罪,被害人是否有过错、是否谅解等刑罚裁量因素。反之,如认为行为已符合犯罪构成要件的规定,也不应通过上述刑罚裁量因素来适用但书规定达到出罪的目的。基于以上分析,但书规定不应作为独立的出罪事由,《刑事诉讼法》第16条第1项规定应予以删除。

## (二) 缺乏诉讼条件的出罪

《刑事诉讼法》第16条第2—5项规定了四种因为缺乏诉讼条件而不予追究刑事责任的情形:犯罪已超过追诉时效期限;经特赦令免除刑罚;犯罪嫌疑人、被告人死亡;告诉才处理的案件没有告诉或自诉人撤回告诉的。这几种情形也是以被追诉人的行为已然构成犯罪为前提,与刑法规定的精神病人或未达刑事责任年龄不负刑事责任有本质不同,属于有罪归为无罪的情形。<sup>②</sup> 尽管上述四种情形下有罪归为无罪的理由各不相同,但在司法处理上的方式相同,即公安司法机关应以不立案、法定不起诉或终止审理的程序性方式终结诉讼,但不能在实体上对被追诉人宣告无罪,除非已经查清被追诉人的行为确实不构成犯罪。在司法实践中,公诉案件因缺乏诉讼条件而做出罪处理通常集中于被追诉人死亡或犯罪超过追诉时效期限这两种情形,如在醉酒型危险驾驶罪不起诉案件中,犯罪嫌疑人死亡的案件占法定不起诉的20.5%,超过追诉时效期限的占比约9%。<sup>③</sup>

因缺乏诉讼条件而做出罪处理排除了公安司法机关的自由裁量权,实践中有关机关必须严格依照法律的规定加以适用。这就造成了如果出现导致诉讼无法进行但法律并未明确加以规定的情形,如被追诉人因持续陷入心神丧失状态不能恢复而丧失诉讼行为能力,此时应如何处理案件就成为一个难题。实践中各地司法机关的处理不尽一致,有的地区认为可以适用《刑事诉讼法》第16条第6项的规定,即其他法律规定免于追究刑事责任的情形,对案件做终止审理处理;<sup>④</sup>有的则在基层法院针对此种情形做出终止审理的裁定后,检察机关提起抗诉认为不属于《刑事诉讼法》第16条规定的不追究刑事责任情形,上级法院指令再审后,原审法院以被告人具有受审和服刑能力为由对被告人做出了定罪量刑的判决。<sup>⑤</sup> 为消除分歧、统一司法适用,应适时将“犯罪嫌疑人、被告人永久性丧失诉讼行为能力”纳入《刑事诉讼法》第16条的不追究刑事责任情形之中,同时将本条第6项规定修改为“其他因缺乏诉讼条件而免于追究刑事责任的情形”,以应对司法实践中出现的新情况、新问题。

## (三) 基于追诉裁量权的出罪

《刑事诉讼法》第112条、第177条第2款、第182条、第282条规定了公安机关、人民检察院在查明犯罪事实的基础上基于追诉裁量权可以对案件做出罪处理的具体情形。其中第182

<sup>②</sup> 参见夏勇:《试论“出罪”》,载《法商研究》2007年第6期,第46页。

<sup>③</sup> 参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,载《中国法学》2022年第4期,第255页。

<sup>④</sup> 参见刘某某滥用职权、挪用公款、贪污、受贿罪一审刑事裁定书,中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=relZp5rmNdtntGnLwTmOWHcllFfyxU59j8LJF54k8QOHBmt4AnnAoJ/dgBYosE2gFk8yScv2WWnTcmjLQGH7cADHWkWxJTzDlCjpus2RqfTsIkm7MjFXRCWCSKtKKgkg>, 访问日期:2023年1月15日。

<sup>⑤</sup> 参见被告人周某放火案,(2014)寿刑再初字第1号,北大法宝引证码 CLI. C. 16594482。

条的特殊不起诉和第 282 条的附条件不起诉适用范围受到法律严格限定,不具有普遍性,此处重点讨论第 112 条的不立案情形和第 177 条第 2 款的相对不起诉情形。此外,我国检察机关近年来试点探索的合规不起诉虽然目前尚无相应的法律依据,但已成为实践中企业犯罪的重要出罪路径,在此一并予以讨论。

1. 公安机关的不立案出罪。根据《刑事诉讼法》第 112 条的规定,公安机关在认为“犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任”的时候,可以做出不立案的决定。有学者认为本条规定是对《刑法》第 13 条但书的重复,并未赋予公安机关对轻微犯罪出罪的权力。<sup>⑭</sup> 笔者认为本条规定中的“犯罪事实显著轻微”实际上已经肯定了犯罪嫌疑人的行为已构成犯罪,与但书中的“情节显著轻微”有着罪与非罪的差别,因此公安机关根据本条规定享有对极轻微刑事案件的出罪权力。但是,在刑事诉讼的开始阶段便赋予公安机关这样的权力显然并不合适,因为对犯罪事实是否显著轻微、是否需要追究行为人刑事责任的判断涉及罪与刑的综合考量,只有在犯罪行为本身很轻微,且行为人无特殊预防必要性的情况下,才能对其做出罪处理,而立案只是刑事诉讼的开端,在公安机关尚未对案件进行侦查之前,要求其做出是否需要承担刑事责任的判断缺乏现实基础。

2. 检察机关的相对不起诉出罪。根据《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款的规定,人民检察院在“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的情况下可以做出不起诉的决定。对于此处的依照刑法规定究竟是指刑法的哪条或哪些规定,学界并没有形成统一的认识,有学者认为其仅限于刑法规定的 17 种免于刑罚处罚的情节;<sup>⑮</sup> 也有学者认为其指的是《刑法》第 37 条的规定,即“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”,<sup>⑯</sup> 但是对于第 37 条是否属于独立的免刑事由刑法学界存在着较大分歧:有学者认为第 37 条不是独立的免除刑罚事由,只是其他具体的免除处罚情节的概括性规定,<sup>⑰</sup> 但刑法理论上的通说认为第 37 条是独立的免刑事由,是关于酌定免刑情节的规定。<sup>⑱</sup> 由此一来,对于人民检察院根据《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款规定作不起诉决定的裁量标准就存在以下两种不同的理解:一是犯罪情节轻微且至少具有刑法规定的 17 种法定免刑情节之一;二是犯罪情节轻微并至少具有刑法规定的 17 种法定免刑情节之一,或者犯罪情节轻微,不需要判处刑罚。第二种理解更为合理,如果将酌定不起诉的适用情形仅限于刑法规定的 17 种具体免刑事由,其不仅极大地限制了检察机关的起诉裁量权,而且会导致实践中大量简单轻微刑事案件(如醉驾案件)因不具有法定免刑事由而无法获得出罪的机会,这有违宽严相济和“少捕慎诉慎押”刑事司法政策的要求,也与轻罪时代的犯罪治理需求相背离。

---

<sup>⑭</sup> 参见许山松:《不立案问题研究》,载《中国刑事法杂志》2000 年第 2 期,第 74 页。

<sup>⑮</sup> 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法学》(第六版),中国人民大学出版社 2019 年版,第 320 页;张明楷:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 813 页。

<sup>⑯</sup> 参见郭烁:《酌定不起诉制度的再考察》,载《中国法学》2018 年第 3 期,第 232 页。

<sup>⑰</sup> 参见张明楷:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 814 页。

<sup>⑱</sup> 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2021 年版,第 99 页。

3. 实践中的合规不起诉出罪。自2020年3月开始,最高人民检察院开始在部分地方开展企业合规改革试点;2021年3月,检察机关扩大企业合规改革试点,探索合规不起诉制度;2022年4月2日,涉案企业合规改革试点在全国检察机关全面推开。以合规不起诉为重心的企业合规改革开创了我国企业犯罪治理的新模式,对于优化营商环境,有效预防企业犯罪具有极为重要的价值和意义。从最高人民检察院已经发布的四批企业合规典型案例来看,合规不起诉主要适用于较为轻微的企业犯罪案件,通常以《刑事诉讼法》第177条第2款作为出罪的法律依据,因此可纳入相对不起诉的范围之内。但是为了发挥合规不起诉的激励效果,上海、江苏等多地试点机关已经开始探索将重大单位犯罪案件纳入合规不起诉的适用范围之内,最高人民检察院发布的典型案例中也出现了重罪案件合规不起诉的情形。<sup>29</sup>由此,实践中的合规不起诉已突破《刑事诉讼法》第177条第2款的规定,成为区别于相对不起诉的一种独立的程序出罪路径。尽管目前合规不起诉这种出罪方式尚缺乏相应的法律依据,但基于试点探索的成功经验积累,可以预计立法机关在不久的将来会通过进一步修改刑事诉讼法将其纳入法律规定之中。

### 三、我国现有的出罪路径检视——实体法视角

除去备受争议的但书出罪,以及免除刑罚事由可以通过刑事诉讼法成为出罪的实体依据,我国刑法及有关的司法解释中还规定了其他一些有罪归为无罪的出罪事由。

#### (一)《刑法》中的其他出罪事由

《刑法》中的其他出罪事由主要包括第7条第1款规定的中国公民在中国领域外犯罪但法定最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究;第8条规定的外国人在中国领域外针对中国国家或公民实施的法定最低刑为三年以上有期徒刑,所犯之罪依照犯罪地法律也应受处罚的,可以适用我国刑法,言下之意即也可以视案件具体情况不予追究。这两个条款均是在行为人的行为依照刑法规定已经构成犯罪的情况下,因不具有追究的必要性,在司法上可以不作为犯罪追究。

有学者认为《刑法》第201条第4款的规定,即“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任”,也是有罪归为无罪的出罪规范。<sup>30</sup>类似的规范还有第139条、第196条第2款、第276条之一、第286条之一、第290条、第296条、第330条等。针对这些条款中的经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金;经发卡银行催收后归还透支的信用卡;经政府有关部门责令支付后支付劳动报酬;等等这些性质,有学者将其归类为处罚阻却事由,其不是犯罪构成要件的内容,只阻止

---

<sup>29</sup> 比如,在最高人民检察院发布的第二批企业合规典型案例中,上海J公司、朱某某在未获得商标权利人许可的情况下,组织公司员工生产、销售假冒注册商标的商品,涉案金额达560万余元,根据司法解释的规定,属于“情节特别严重”,应对责任人判处三年以上七年以下有期徒刑,但本案最终经过合规整改程序获得不起诉决定。

<sup>30</sup> 参见刘科:《法益恢复现象:适用范围、法理依据与体系地位辨析》,载《法学家》2021年第4期,第58页;魏汉涛:《“个人解除刑罚事由”制度探究》,载《法商研究》2014年第4期,第86页。

刑罚权的发动,不影响犯罪本身的成立。<sup>①</sup>按照这种理解,这三个条款似乎可以成为有罪归为无罪的出罪规范,即行为人的行为已经成立逃税罪、信用卡诈骗罪、拒不支付劳动报酬罪,但因为存在有处罚阻却事由,公安司法机关就不能通过立案、起诉或审判来追究其刑事责任。但是,这种理解存在较大问题,如既然一个行为已经构成犯罪,为何就不能追究其刑事责任?与免除刑罚的出罪事由相比,刑罚阻却事由并未给予公安司法机关裁量是否出罪的权力。为解决这一逻辑悖论,有学者将上述条款中的后部处置行为界定为“程序性附加条件”<sup>②</sup>或“程序性犯罪构成要素”,<sup>③</sup>从性质上来看其属于犯罪构成要件,因此在这些情况下,行为人已经实施的行为尚未构成犯罪,只有经过相关机关或部门追缴、催收或责令之后仍不履行相应义务,才完成犯罪既遂。由此观之,上述条款并不属于有罪归于无罪的出罪规范,其本身就是限制入罪的条件。这种观点理顺了犯罪与刑事责任之间的逻辑关系,相较于处罚阻却事由更具有合理性。

## (二) 司法解释中的出罪事由

除了刑法之外,我国司法解释中也存在很多出罪事由规范,其中既包括犯罪构成体系内的“无罪”规范,也包括有罪归为无罪的出罪规范。<sup>④</sup>此外,司法解释中还有许多但书模式的出罪规范。<sup>⑤</sup>如前文所述,犯罪构成体系内的“无罪”和但书模式的出罪从严格意义上来讲就是无罪,不属于有罪归为无罪的出罪。故,此处仅考察司法解释中有罪归为无罪的出罪事由。具体而言,司法解释中的出罪事由可以分为法益恢复类和一般的罪后情节类两种。

1. 法益恢复类出罪事由。法益恢复是指行为人在犯罪既遂后通过自主有效的风险控制实际避免了危害结果的发生或者通过“法益恢复”行为,使得已经被先前犯罪行为侵害的法益恢复至“完好如初”的状态。<sup>⑥</sup>也有学者将这种现象称为“赎罪”“个人解除刑罚事由”“条件性出罪机制”<sup>⑦</sup>或者“迷途知返条款”。基于以上界定,法益恢复类出罪事由需符合以下四个特征:一是行为人存在前后两个行为;二是行为人的前行为已然犯罪既遂;三是行为人的后行为是行为人自主实施的,且具有法益恢复的效果;四是基于后行为的法益恢复效果,可以对行为人的前行为做出罪处理。虽然学界目前对法益恢复中的法益范畴尚未达成一致认识,但对于财产犯、经济犯、秩序犯在犯罪既遂后可以对被侵害的法益进行恢复则基本上没有争议。我国司法解释中不乏这种基于法益恢复而对行为人免除刑罚的规定。比如,《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2002〕18号)规定,具有下列情形之一的,免于

<sup>①</sup> 参见张明楷:《逃税罪的处罚阻却事由》,载《法律适用》2011年第8期,第38—42页;周治华:《逃税罪处罚阻却事由的理解适用》,载《人民司法》2019年第17期,第43—46页。

<sup>②</sup> 参见卢勤忠:《程序性附加条件与客观处罚条件之比较》,载《法学评论》2021年第1期,第70页。

<sup>③</sup> 参见杜宇:《程序性犯罪构成要素的性质》,载《中国法学》2022年第5期,第264—265页。

<sup>④</sup> 参见刘科:《司法解释中的出罪规范:类型、依据与完善方向》,载《中国法学》2021年第6期,第244页。

<sup>⑤</sup> 参见石聚航:《司法解释中的出罪事由及其改进逻辑》,载《环球法律评论》2020年第3期,第102—103页。

<sup>⑥</sup> 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,载《中外法学》2017年第4期,第969页。

<sup>⑦</sup> 参见乔青、张绍谦:《条件性出罪机制及其运用——兼论恶意透支型信用卡诈骗罪非犯罪化处理路径》,载《求索》2016年第10期,第75页。

刑事处罚……(2)主动投案、全部退赃或退赔的……;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕19号)规定,“恶意透支数额较大,在公安机关立案前已偿还全部透支款息,情节显著轻微的,可以依法不追究刑事责任”;《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕18号)第6条规定,非法携带枪支、弹药、爆炸物进入公共场所或者公共交通工具,危及公共安全……携带的数量达到最低数量标准,能够主动、全部交出的,可不以犯罪论处;《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》(法释〔2010〕18号)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,能够及时清退所吸收资金的,可以免于刑事处罚;《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕29号)第5条规定,“实施刑法第三百三十八条、第三百三十九条规定的行为,刚达到应当追究刑事责任的标准,但行为人及时采取措施,防止损失扩大、消除污染,全部赔偿损失,积极修复生态环境,且系初犯,确有悔罪表现的,可以认定为情节轻微,不起诉或者免于刑事处罚;确有必要判处刑罚的,应当从宽处罚”;等等。

值得注意的是,法益恢复事由在司法解释中经常与“认罪、悔罪、退赃、退赔”等罪后态度一起作为出罪事由出现,但仍需对二者进行区别。法益恢复虽然也属于罪后表现,且体现了行为人的悔罪态度,但与其他一般性的罪后态度或罪后表现相比:其一,法益恢复是行为人自主实施的法益修复行为,这就要求其必须在公安司法机关的追诉行为之前(立案前或起诉前)实施;其二,法益恢复的结果是使得先前犯罪行为侵害的法益恢复至完好如初的状态。基于这两个特点,法益恢复不仅使行为人的预防必要性缺失,而且也会导致报应必要性的降低乃至消失。这是法益恢复成为出罪事由的根本原因,也是我国刑法和司法解释并未将法益恢复这一出罪事由仅局限于轻微刑事案件范围之内的原因。<sup>③</sup>

2. 一般的罪后情节类出罪事由。一般的罪后情节类出罪事由是指行为人在其所涉嫌犯罪受到追诉的过程中,实施了认罪、悔罪、道歉、赔偿、退赃退赔、与被害人达成和解协议等积极行为,按照司法解释的规定可以对其作出罪处理的情形。与法益恢复事由相比,一般的罪后情节不一定是行为人主动进行的,有时甚至可能是在公安司法机关认罪认罚教育之下或者为避免定罪量刑的消极后果而实施的;而且一般的罪后情节作为出罪事由不受案件类型的限制,无论是自然犯还是法定犯,行为人都有通过认罪悔罪、道歉赔偿、退赃退赔等行为获得从宽处罚乃至免刑出罪的机会。但是,由于一般的罪后情节只表征行为人的危险性或再犯可能性的降低,即预防必要性的降低或缺失,难以对报应必要性产生影响,因此能够具有出罪效果的一般罪后情节只能限于报应刑(责任刑)较低的轻微刑事案件。比如,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2013〕8号)第7条规定,“盗窃公私财物数额较大,行为人认罪、悔罪,退赃、退赔,且具有下列情形之一,情节轻微的,可以

<sup>③</sup> 参见刘科:《法益恢复现象:适用范围、法理依据与体系地位辨析》,载《法学家》2021年第4期,第160页。

不起诉或者免于刑事处罚……”；《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕8号）第6条规定，当不具备某些量刑加重或者从重的处罚情节，并在案发后及时弥补的情况下，或者归案后认罪、悔罪、积极退赃，且系初犯、偶犯，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、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕10号）第10条规定，“实施侵犯公民个人信息犯罪，不属于‘情节特别严重’，行为人系初犯，全部退赃，并确有悔罪表现的，可以认定为情节轻微，不起诉或者免于刑事处罚；确有必要判处刑罚的，应当从宽处罚”。

#### 四、刑事一体化视野下的现有出罪路径反思

通过上文对我国程序法和实体法出罪路径的探析，可以看出实体法上规定的出罪事由和程序法上规定的出罪方式并不完全匹配，而且实体法上规定的出罪事由类型化不足，程序法上规定的出罪方式单一，多方面叠加导致了我国刑事司法出罪功能不足的问题。

##### （一）实体法的出罪事由与程序法的出罪方式不匹配

实体法规定的出罪事由与程序法规定的出罪方式不匹配主要表现在两个方面：一是刑事诉讼法对刑法或司法解释规定的出罪事由并没有完全匹配相应的出罪方式。这主要体现在：（1）刑事诉讼法将公安机关和人民检察院的出罪裁量权局限于轻微刑事案件，但是刑法和司法解释中规定的免除刑罚事由并不局限于情节轻微的犯罪，如刑法中的拒不支付劳动报酬罪，以及司法解释中的信用卡诈骗罪、非法吸存罪等，这就导致了一些在实体上可以免除刑罚的案件因不符合《刑事诉讼法》规定的不立案或不起诉条件而无法获得出罪的机会。（2）刑法上明确规定的出罪事由在刑事诉讼法中未规定相应的出罪方式。比如，前述《刑法》第7条、第8条规定的国外犯罪不予追究的情形，就很难通过适用《刑事诉讼法》第177条第2款的规定而加以处理。上述出罪事由和出罪方式上的不匹配体现了我国刑法与刑事诉讼法在衔接上的脱节。二是司法实践中出现的程序出罪方式缺乏相应的实体法依据。这主要表现为重大单位犯罪适用企业合规不起诉，无法通过现行刑法的规定获得实体法上的正当性。正如有学者所指出的，这将导致罪刑法定原则的危机以及并合主义刑罚的失衡。<sup>⑨</sup>

##### （二）实体法上规定的出罪事由类型化不足

实体法规定的出罪事由类型化不足主要体现在刑法分则和司法解释中以个罪或类罪方式呈现的法益恢复类出罪事由和一般的罪后情节类出罪事由，尚未得以类型化并规定在刑法总则之中，这极大限制了这些出罪事由发挥作用的空间。尤其是在2012年《刑事诉讼法》和2018年《刑事诉讼法》规定了刑事和解和认罪认罚从宽制度以后，由于刑法中并未将其作为法定从宽事由（及从宽幅度）规定在总则之中，实践中究竟能否基于双方当事人的和解和被追诉人的认罪认罚而对案件做出罪处理一直存有争议。2021年最高人民法院、最高人民检察院联合制定的《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（以下简称2021年《量刑指导意

<sup>⑨</sup> 参见刘艳红：《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》，载《中国刑事法杂志》2022年第1期，第112—113页。

见》)规定,对于达成和解协议或者认罪认罚的案件,综合考虑犯罪的性质、罪行的轻重、认罪认罚的阶段、程度、价值、悔罪表现等情况,犯罪较轻的,可以依法免除刑罚。这为刑事和解和认罪认罚作为从宽事由乃至出罪事由的法定化奠定了基础。刑法上的出罪事由类型化是出罪的基础,只有具备了这样的根基,程序法上才能够通过设置相应的程序来使其成为现实的出罪路径。

### (三)程序法上规定的出罪方式单一

实体法上规定的免除刑罚事由虽然具有对行为人免刑的效果,但这并不意味着行为人不需要承担刑事责任。《刑法》第37条规定了对行为人的非刑罚处罚措施,具体包括训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。非刑罚处罚措施作为刑罚替代措施,在行为人不承担刑事责任和承受刑罚之间提供了一个过渡,刑法通过设置这样的过渡以实现非刑罚化的宽缓目的,同时又不至于过于放纵犯罪从而导致报应与预防功能的丧失。然而我国《刑事诉讼法》中并没有针对这样的过渡措施设置相应的程序,根据其第177条第2款的规定,人民检察院对于符合《刑法》第37条规定的案件只能直接作出不起诉的决定。虽然《人民检察院刑事诉讼规则》第373条针对这一问题进行了补充,但也将其局限在不起诉决定作出之后,至于被追诉人是否真心悔过、是否真诚赔礼道歉、有否赔偿到位,或者行政处罚能否起到特殊预防作用,则无从予以监督考察。这造成了程序法在不起诉和起诉之间缺乏必要的缓冲地带,并导致司法实践中检察机关为避免面临放纵犯罪的非难而过于谨慎地行使不起诉裁量权。

## 五、刑事一体化视野下的出罪路径完善

针对上述实体法和程序法在出罪路径上存在的问题,我们可以在借鉴域外相关经验的基础上从实现实体法和程序法在出罪路径上的衔接、实现实体法出罪事由类型化、实现程序法出罪方式多元化等方面来加以解决和完善。

### (一)实现实体法和程序法在出罪路径上的衔接

将现有的实体法上的出罪事由和程序法上的出罪方式相衔接是完善出罪路径的第一步。一方面,需为刑法上已有的出罪事由匹配刑事诉讼法上的出罪方式。《德国刑事诉讼法》除了通过第153a条对轻罪案件的出罪方式进行规定之外,还在第153b条规定了免于刑罚的不起诉或者停止程序,并在第153c条规定了国外犯罪行为的不予追诉,<sup>⑩</sup>从而实现了与刑法上的出罪事由相衔接。以此为鉴,我国刑事诉讼法上也可以在不起诉的种类中增加规定免于刑罚不起诉或者国外犯罪不起诉两种情形。另一方面,对于即将纳入刑事诉讼法规定的企业合规不起诉,需同步在刑法中将企业合规作为从轻、减轻或者免除刑罚的事由加以规定,以为程序法上的合规不起诉提供明确的实体法依据。

---

<sup>⑩</sup> 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法(欧洲卷)》(上),中国检察出版社2016年版,第284页。

## (二) 实现实体法出罪事由类型化

在理论研究较为成熟,实践经验足够丰富的情况下,将目前司法解释中规定的酌定免刑事事由包括法益恢复、认罪认罚、刑事和解等,上升为法定免刑事事由规定在刑法总则之中。域外有许多将罪后情节作为类型化出罪事由的范例,如《德国刑法典》第46a条规定了行为人与被害人达成和解并赔偿或补偿,以及行为人自主对被害人的损害进行补偿,可以作为减轻处罚的情形,如果科处的刑罚不超过1年自由刑或不超过360单位日额金之罚金刑的,则可免除其刑罚。这一实体法规定通过《德国刑事诉讼法》第153b条的免于刑罚的不起诉或停止程序而成为出罪事由。《俄罗斯联邦刑法典》第75条第1款和第76条规定,对于轻度和中度犯罪,可以因行为人积极悔过或与被害人和解而免除刑事责任。相应的,《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第25条规定了鉴于双方和解而终止刑事案件、第28条规定了鉴于积极悔过而终止刑事追诉。《意大利刑法典》第六章第一节规定了犯罪消灭事由,除了罪犯死亡、大赦、告诉人撤诉、超过追诉时效、缓刑等情形之外,还规定了对仅处以财产刑的犯罪,以及处4年以下监禁刑,单独、并处或者作为替代之财产刑的犯罪,行为人可通过向法院提交并实施内容为消除犯罪后果、赔偿损失,以及从事公益服务的考验计划而使犯罪归于消灭的情形(第168条—2)。与之相应的,《意大利刑事诉讼法》第五章之二规定了通过交付考验而中止程序。

鉴于刑事和解与认罪认罚从宽制度在我国刑事诉讼法中已经确立,其作为酌定免刑事事由也已经被2021年《量刑指导意见》予以明确,加之司法实践中基于当事人和解或者认罪认罚情节而不起诉的案件数量逐年增加,积累的实践经验足够丰富,将其上升为法定从轻、减轻或者免除刑罚事由的条件已然成熟。而法益恢复现象虽然是学者针对司法解释中的部分出罪事由进行的理论概括和提炼,但由于该理论提出的时间尚短,学界在有关法益恢复的很多问题上仍存在不同认识,如针对法益恢复作为出罪事由能够适用的案件范围问题,有学者认为法益可恢复性犯罪应限于法益属性的非国家权力性、法益范畴的非人格性、法益侵害方式的非暴力性;<sup>④</sup>有学者则认为对于尚未造成实际危害结果的侵害国家权力性质的法益、人格性的法益,仍存在法益恢复及其出罪化的空间;<sup>⑤</sup>也有学者认为“迷途知返条款”应限于不涉及人身法益的经济犯、秩序犯。<sup>⑥</sup>鉴于这一状况,较为稳妥的做法是采用总分结合的方式在刑法总则中规定法益恢复作为从轻、减轻或免除刑罚的适用条件,在刑法分则部分具体规定可以适用法益恢复的罪名,<sup>⑦</sup>先将学界能够达成一致的诸如财产犯罪、经济犯罪纳入其中,再随着理论研究的深入和实践经验的积累逐渐扩展适用罪名的范围。

## (三) 实现程序法出罪方式多元化

对于目前我国刑事诉讼法上规定的出罪方式单一化问题,可以从扩张权力行使主体和增

<sup>④</sup> 参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,载《中外法学》2017年第4期,第985—988页。

<sup>⑤</sup> 参见刘科:《法益恢复现象:适用范围、法理依据与体系地位辨析》,载《法学家》2021年第4期,第161—162页。

<sup>⑥</sup> 参见姜涛:《重构主义的刑法实践模式》,载《法学》2022年第1期,第94—95页。

<sup>⑦</sup> 参见魏汉涛:《“个人解除刑罚事由”制度探究》,载《法商研究》2014年第4期,第88页。

加出罪与入罪之间的缓冲地带两个方面加以解决。

就前者而言,一方面可以改造和激活公安机关的微罪处分权,将公安机关的微罪处分权从立案阶段后移至侦查终结阶段,赋予公安机关对于已查清的案件如果认为犯罪事实显著轻微、不需要追究刑事责任的,有权做出不移送起诉并撤销案件的决定。为防止公安机关滥用权力,可借鉴日本、法国等国家的做法,<sup>⑤</sup>要求公安机关需经过人民检察院审查批准后再做出上述决定。另一方面可以赋予法院在审判阶段针对没有刑罚处罚必要性(可以判处定罪免刑)或没有刑罚立即执行必要性(可以判缓刑)的案件做出暂缓宣告判决的决定,并设置一定的考察期限,根据被告人在考察期内的具体表现决定是撤销还是宣告原来的有罪判决。

就后者而言,可以通过设置司法转处制度来缓和出罪与入罪之间的冲突。作为起诉与不起诉之间的过渡,域外很多国家都规定了司法转处(或称公诉替代)程序,如美国的审前转处制度,德国的履行负担、指示时停止程序,法国刑事和解制度中的恢复性治疗、公益服务、公民学习和培训等措施,意大利的缓刑制度和通过交付考验而中止程序等,以通过非刑事办法来“减轻过重的法院负担而且也避免受到审前拘留、起诉和定罪的污名以及避免监禁可能带来的不利后果”。<sup>⑥</sup>我国《刑事诉讼法》第282条规定的适用于未成年人的附条件不起诉和司法实践中正在探索的企业合规不起诉,从本质上来讲均属于司法转处制度,即由检察机关在征得当事人同意的前提下,将刑事案件暂时转出诉讼流程,通过制定个性化的教育、矫治、恢复方案,并根据方案实施结果决定案件的最终处理方式。<sup>⑦</sup>换言之,即将《刑法》第37条规定的非刑罚处罚措施加以丰富并配之以相应的转处程序,从而使其不仅具有替代刑罚的非刑罚化价值,而且具有替代诉讼的非犯罪化价值。因此,在刑事诉讼法中增设司法转处制度,既有以往的立法和司法经验做基础,同时也有实体法上的规定为依据。为发挥这一制度的最大功效,不必将其仅附着于附条件不起诉这一制度形式上,而是可以确立全流程的司法转处机制,即公安机关、人民检察院、人民法院对于具备出罪情形但又不宜直接做出罪处理的案件,<sup>⑧</sup>均有权对接相应的转处服务,由行政机关、社会组织或者社区矫正机构等第三方开展相应的转处项目,并根据项目实施情况对案件作出最终处理。

## 六、结语

如果说罪刑法定、罪责刑相适应是我国刑事司法不可僭越的基本准则,那么将有罪归为无罪即司法处理上的出罪,除了需遵循程序法上规定的步骤和方式之外,还必须具有实体法上的

---

<sup>⑤</sup> 根据《日本犯罪搜查规范》的规定,对于犯罪事实极其轻微,并且检察官已事先指定不必移送的搜查事件,可以不移送;根据《法国刑事诉讼法》第41-1条的规定,只要尚未发动公诉,经过检察官批准,司法警察就可以对本条规定的违警罪或轻罪与自然人或法人进行和解交易。犯罪行为人在规定的期限内完全履行了其同意和解产生的各项义务时,公诉消灭。

<sup>⑥</sup> 参见联合国《关于检察官作用的准则》, <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/OHCHR-1990-3.shtml>, 访问日期:2023年1月20日。

<sup>⑦</sup> 参见史立梅:《论刑事诉讼的多元治理范式》,载《政治与法律》2022年第12期,第107页。

<sup>⑧</sup> 从理论上讲,此类案件属于不具有需罚性(刑罚处罚必要性),但有一定的特殊预防必要性的案件。相关的理论阐述可参见史立梅:《论醉驾案件的程序出罪》,载《中国法学》2022年第4期,第259—262页。

依据。我国的立法、司法现状以及域外的经验均表明,欲解决刑事司法中的出罪路径不畅问题,必须秉持刑事一体化的思维,在实体法和程序法上进行联动调整。唯有如此,我国刑事司法中的出罪路径才能得以理顺,宽严相济和“少捕慎诉慎押”的刑事司法政策才能得以真正贯彻落实。

## **Research on the Path of Decriminalization from the Perspective of Criminal Integration**

Shi Limei

**Abstract:** With the continuous expansion of the criminal circle in China's criminal law and as the proportion of statutory offenders and minor offenders has increased sharply in judiciary practice, the criminal justice policy of "less arrest, prudent prosecution and careful detention" was born in China. However, the implementation of this policy depends to a large extent on whether the legislative and judicial path to decriminalization is smooth. From the perspective of criminal integration, the current path in China has problems such as the mismatch between the cause of decriminalization stipulated in substantive law and the method of decriminalization stipulated in procedural law, insufficient typification of the cause of decriminalization stipulated in substantive law, and single method of decriminalization stipulated in procedural law. In order to solve these problems, it is necessary to make joint adjustments to the substantive criminal law and the criminal procedure law. Specifically, it includes matching the existing causes in the Criminal Law with the corresponding procedural methods in the Criminal Procedure Law, matching the Criminal Settlement, Plea and Punishment Leniency System provided for in the criminal procedure law with the corresponding types of de-criminalization causes in the Criminal Law, enriching the non-penal punishment measures in the Criminal Law and matching them with the judicial diversion procedures in the Criminal Procedure Law, and further exploring and improving new decriminalization paths such as corporate compliance, legal interest recovery, and so on.

**Keywords:** criminal integration; path of decriminalization; cause of decriminalization; method of decriminalization

(责任编辑:杨志航)