

刑法“但书”规则的适用路径

江西省人民检察院课题组*

[摘要] 司法解释中的“不以犯罪论处”“不追究刑事责任”等条款、“两高”发布的指导性案例均对刑法第13条“但书”规则进行了细化。实践中,需要进一步激活“但书”规则的使用,依法适用司法解释、指导案例中的“但书”条款,并在司法解释没有直接规定时,从行为人的主体要素、行为的侵害对象、行为的危害结果、行为的动机、行为的时空条件、行为后的认罪悔罪表现等方面实质性判断行为的社会危害性,对于情节显著轻微、危害不大的,依法不认定为犯罪。建立健全“但书”规则适用中的配套管理机制,通过内外部监督制约,为刑事案件裁量权的公正运行“加把锁”。

[关键词] 轻微犯罪 情节显著轻微 但书规则

一、司法解释中的“但书”条款

《刑法》第13条通过正文和“但书”两段结合,共同划定了刑法中的犯罪圈。据初步梳理统计,自1997年刑法施行以来,亦有41部司法解释以专条专款的形式细化了“但书”规则。

(一)“但书”条款分为刚性条款与柔性条款

司法解释“但书”条款中,有的是刚性条款,有的是柔性条款,有的刚性条款与柔性条款并用。刚性条款以当然适用为特征,一般以“不以……罪论处”“不认为是犯罪”等确定性结论表述为主。柔性条款是以建议适用为特征,一般以“可以不作为犯罪处理”“一般不以犯罪论处”等倾向性意见表述为主。如非法吸收公众存款罪中,将所吸资金主要用于生产经营活动,且能及时退还的行为,情节显著轻微的,不认为是犯罪,这就是确定性的刚性条款。开设赌场罪中,在他人开设的赌场中从事

劳务,未获取利润分成或者领取高额固定报酬的行为,一般不认定为犯罪,这就是柔性条款。未成年人间使用轻微暴力索要少量财物的行为,如果是已满十四周岁不满十六周岁的未成年人实施的,不认为是犯罪,如果是已满十六周岁不满十八周岁的未成年人实施的,一般不认为是犯罪,这是刚性条款与柔性条款并用。

除司法解释外,“两高”一些指导性案例亦发挥着“但书”规则的柔性指引作用。如最高检指导案例阐释,对于短期内多次盗窃的行为,虽然表面上符合了多次盗窃追诉标准,但结合相关情节综合判断,这种贪图小利、顺手牵羊,盗窃少量财物、价值较小的,应认定为情节显著轻微、危害不大,不以犯罪论处。该指导案例的精神,为实践中的那些农村中偷菜,城市中偷盒饭、偷饮料等行为的罪与非罪判断提供了参照标准。

*课题组成员:潜艇,江西省人民检察院党组成员、副检察长;徐静,江西省人民检察院第四检察部副主任;詹文成,江西省人民检察院第一检察部一级检察官助理;李志良,江西省吉安市人民检察院第一检察部主任;项雄,江西省南昌市经济开发区人民检察院四级检察官助理;张梦园,江西省南昌市新建区人民检察院五级检察官助理;朱元玉,江西省高级人民法院四级法官助理。

(二)“但书”条款主要从七个方面判断社会危害性

1.从行为主体的特殊性判断社会危害性。相同的违法犯罪行为,不同的主体实施,具有不同的社会危害性。未成年人间发生侵犯人身财产权益行为的社会危害性明显轻于成年人对未成年人的侵犯,没有造成恶劣结果的,可以不认定为犯罪。对具有同类违法犯罪行为前科的惯犯再犯,虽然单次涉案行为可能表面上看情节显著轻微、危害不大,但考虑到其认知水平、再犯的主观恶性,社会危害性相对更大,应当作为犯罪惩处。

2.从行为人动机的合理性判断社会危害性。相同的违法犯罪行为,不同的主观动机反映了不同的主观恶性,也体现出不同的社会危害性。对于一些因生产、生活需要等现实原因实施违法犯罪行为的,社会危害性较低,不认为是犯罪。在毒品代购中,代购者截留少量毒品供自己吸食的或者收取小额跑腿费、辛苦费及价值不大的香烟的,该行为显著轻微,与代购毒品牟利所面临的法律风险明显不相匹配,实质上相当于吸毒行为和帮助吸毒行为,一般不认定为犯罪^①。

3.从行为对象的特殊性判断社会危害性。违法犯罪行为作用的对象不同,社会危害性亦不相同。盗窃、诈骗、敲诈勒索近亲属,近亲属表示谅解的,犯罪行为的社会危害性得到了降低,不以犯罪论处。在醉驾案件中,醉酒驾驶机动车人指使他人作伪证进行“顶包”的行为,符合妨害作证罪的犯罪构成要件,如“顶包”行为发生在亲友之间,没有对侦查办案造成实质性危害的,可以不按妨害作证罪论处^②。

4.从行为造成的结果判断社会危害性。相同的违法犯罪行为造成不同的危害结果,其社会危险性不同。行为人虽客观上具有加入黑社会性质组织的行为,主观上具有接受管理的意识,符合参加黑社会性质组织罪的构成要件,但是加入后没有实施违法犯罪行为的,其社会危害性显著较轻,可不作为犯罪论处。无证从事危险废物经营的,符合非法经营罪的罪状规定,但如果没有造成环境

污染后果的,可以不认为是犯罪。

5.从在共同犯罪中的作用判断行为的社会危害性。共同的违法犯罪行为造成危害结果,参与者作用大小不同,其社会危害性不同。在多名家庭成员共同实施收买被拐卖妇女、儿童行为的,要综合各行为人在犯罪中所起作用认定犯罪,依法追究其中罪责较重者刑事责任。在共同故意伤害案中,要坚持罪责刑相一致的原则考虑打击犯罪的范围,区分各行为人在犯罪中的作用,不能盲目化的运用共同犯罪条款将所有知情人、参与人一律按犯罪惩处。

6.从事后的认罪悔罪表现判断行为的社会危害性。实施违法犯罪行为后的认罪悔罪态度、对所破坏法益的补偿、赔偿、修复效果不同,社会危害性亦不同。破坏生态环境资源后,积极修复的,对资源破坏结果较轻,可不认定为犯罪。在拒不支付劳动报酬罪中,涉案行为情节显著轻微危害不大主要体现在未造成严重后果、刑事立案前支付、依法承担赔偿责任等要件中。

7.从时代背景判断行为的社会危险性。对于相同的客观行为,因时代变化,在刑法视野中的社会危害性也在发生变化。恶意透支型的信用卡诈骗行为,在2018年以前根据司法解释的规定,只有公安机关立案前全部归还所欠款息的,才属于情节显著轻微,危害不大;2018年对司法解释进行修改后,公安机关立案,检察机关提起公诉前全部归还的,也属于情节显著轻微,危害不大。

二、运用“但书”规则的实践问题

(一)司法解释“但书”条款不善用、不愿用

有的案件将不构成犯罪的案件认定为犯罪。裁判文书网公开的判决书显示^③,有577起案件中控辩双方围绕着被告人的涉案行为是否属于“情节显著轻微”存在分歧认识,其中109起案件法院未采纳检察机关有罪指控意见。2020年《关于依法惩治非法野生动物交易犯罪的指导意见》规定,买卖、运输国家重点保护野生动物时要区分野生种群和人工繁育种群等因素,综合评估涉案行为

①李睿懿等:《〈全国法院毒品案件审判工作会议纪要〉的理解与适用》,载《法律适用》2023年第10期。

②曹红虹、杨先德:《“两高两部”〈关于办理醉酒危险驾驶机动车刑事案件的意见〉的理解与适用》,载《人民检察》2024年第3期。

③数据截至2024年1月5日。

的社会危害性,确保罪责刑相适应。但在此后全国各地对收购、贩卖人工繁育野生鹦鹉类案件的法律适用上存在显著差异,有的判处实刑,有的建议判处缓刑,有的作出相对不起诉处理,有的作出绝对不起诉处理,基于此,2022年《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》又进一步明确规定,此类相关案件,一般不作为犯罪处理。

还有的案件符合“但书”规则,但被作出相对不起诉处理。“情节显著轻微”与“情节轻微”在犯罪性质的认定上,刑事诉讼权利的保障上具有实质性区别,不能认为最终作出的都是不起诉决定,对犯罪嫌疑人没有太大影响,而惯性的采用有罪推定思维将两者混用。实践中多见的有,对采用“两禁手段”非法狩猎、非法捕捞水产但未捕获到任何猎物(渔获物)的行为人作出相对不起诉决定;对未收取高额固定报酬,甚至未收取任何报酬的赌场人员,或者开设私人麻将馆固定收取每桌几十元报酬的案件,均可以评价为情节显著轻微,但被作出相对不起诉处理。

(二)司法解释未规定“但书”条款时不敢用

对没有相关司法解释明确规定“但书”条款的罪名,办案人员结合“但书”规则实质性判断行为社会危害性的主动性不够,加之适用“但书”规则不起诉后可能接受事后重点监督的心理顾虑,实践中普遍存在不敢用的问题。如在袭警案件中,行为人客观上实施了暴力方法阻碍执法,有的地方认为要考虑暴力行为造成的结果,没有造成轻微伤以上伤害结果或者恶劣社会影响的,不宜认定为犯罪;有的地方认为要区分暴力是主动实施还是被动实施,对于摆脱、挣脱等非主动性攻击行为,哪怕造成了轻微伤以上的危害结果也不宜认定为犯罪;也有的地方认为,只要实施了暴力袭击正在执行职务的人民警察,就触犯了刑法的规定,应当认定为犯罪。又如在伪造印章案件中,有的地方对只要客观上实施了伪造行为的一律认定构成犯罪,以致出现了将虽伪造印章但客观上没有使用的行为,或者因毕业证等证书遗失后补办程序困难的客观原因,伪造内容真实但印章虚假证书的行为“一证入罪”“一章入罪”的现象。

(三)行政犯刑事责任认定不精准

行政管理规范具有涉及面广、分散性强、变化性大的特点,全面查明行政法律规定,准确认定涉案行为的行政违法性,是认定行政犯的前提条件,也是实践的难点。如周某非法占用农用地案,周某在承接某防洪工程中,在未办理林地使用许可证的情况下,组织施工毁坏林地。周某的行为是否构成非法占用农用地罪,不仅要依据《土地管理法》进行判断,还需对相关行政法规、规章等规范性文件进行全面梳理。2015年国家林业局《建设项目适用林地审核审批管理办法》规定,“抢险救灾等急需使用林地的建设项目,可以先行使用林地”。本案中,周某是在当地县政府召开工作推进会,要求加快进度的情况下组织施工,其先建后批行为不宜认定为违反了《土地管理法》,应当作出绝对不起诉处理。

行政犯刑事责任认定不精准还体现在将行政违法等同于刑事违法。如无证采伐枯死树木案,虽然国家行政管理规定要求,对于因自然灾害损毁的林木,也需办理采伐许可证后才能进行采伐,否则属于行政违法;但从刑事违法性上看,盗伐、滥伐林木罪保护的既有林木资源,更有存活植物在保持生态多样性和维护生态平衡上的功能,对有证据证明在砍伐行为之前林木已经死亡的,认定为犯罪需要慎重。

三、“但书”规则适用路径的思考

(一)全面准确理解“但书”条款的涵义

犯罪的概念不能等同于认定犯罪的具体标准。我们认为,“但书”规则并不是对刑法第13条正文中关于犯罪概念的矛盾性规定,而是指导实践从“但书”的反面角度准确判断犯罪的具体标准,属于出罪要件。对涉案行为应进行分步判断,先看形式上是否符合刑法分则罪状规定的犯罪要件,再实质判断是否具备情节显著轻微、危害不大的标准,这将有利于更加准确的适用法律。比如,紧急情况下的醉酒驾驶机动车,司法解释区分了属于紧急避险的驾驶行为和具有避险因素的驾驶行为。符合紧急避险条件的危险驾驶,属于刑法明文允许的行为,不符合犯罪的构成要件,

径直不成立犯罪;具有避险因素的危險驾驶,是本已达到了犯罪的标准,但考虑到行为人在情急之下无法做出理性选择,在不具有相应的从重处罚情节下,且没有造成严重危害结果的,予以出罪处理。又如,立案追诉标准从正面划定了较为统一的犯罪圈,但不能简单将达到追诉标准的所有行为直接等同于犯罪行为,还需要结合“但书”条款从反面进行矫正,立体化的认定违法与犯罪的界限。江西省的盗窃罪追诉标准是1500元,初步划定了盗窃行为的犯罪圈;对于盗窃金额达到1500元的行为,如果是未成年人实施该盗窃行为的,或者盗窃的是近亲属财物且获得被害人谅解的,或者是属于盗窃未遂的,则应适用司法解释的“但书”条款进行矫正,排除出犯罪圈,不以犯罪论处。

(二)依法适用司法解释“但书”条款

要结合具体案件情况,强化理念引领,增强主动意识,依法敢用、善用司法解释中“但书”条款,切实把牢案件入罪关。刚性“但书”条款是司法解释对特定情形规定了明确结论,没有裁量空间,实践中必须不折不扣的执行,确保依法准确适用法律。柔性“但书”条款也应当依法积极适用。司法解释中“可以不作为犯罪处理”“一般不以犯罪论处”的相关规定,不是既可以认定为犯罪也可以不认定为犯罪,而应实质性分析涉案行为的社会危害性,在没有特殊情节的情况下,原则上不认定为犯罪;反之,根据案件具体情节需要认定为犯罪予以惩治的,则应着重说明认定为犯罪的必要性。此外,“但书”条款中一些要件的具体标准,要善于结合实际予以综合判断。如开设赌场案件中,对于在赌场内领取高额固定工资的判断标准,是比较统计部门发布的当地平均工资,还是比较当地市场中类似的劳务工资,是高出50%还是要高出1倍,甚至更多倍,实践运用中也存在较大的分歧。对于“但书”条款中“高额固定工资”、“少量财物输赢”、“钱财数量不大”“被害人有过错”等要件,不能因没有明确的标准就不适用,办案人员要善于结合当地的经济生活实践,结合社会公众的普通认知观念予以认定。

(三)从六个方面实质化判断社会危害性

1.行为人的主体要素。行为人的特殊身份,是判断涉案行为社会危害性的重要组成部分,它可能是犯罪构成要件的一部分,也可能是加重或减轻处罚的重要情节。如国家工作人员身份,既可能是贪污贿赂犯罪的主体要件,也可能是诬告陷害罪中从重处罚情节。对于侵犯被害人人身权、财产权时利用了相关管理者身份的,涉案行为的社会危害性相对更高。对于具有违法犯罪前科劣迹,特别是短期内实施了与犯罪行为相关违法行为的,反映出其对行为违法性的明确认知、重复再犯拒不悔改的意志,社会危害性相对较大。

2.行为的侵害对象。我国法律文化中,具有亲亲得相隐匿的传统,受此影响,对近亲属实施侵害行为的,或者为近亲属实施犯罪、逃避打击提供帮助的,相对从宽的看待其社会危害性。行为侵犯的对象是未成年人,老年人、残疾人等社会弱势群体的,其社会危险性相对升高。在行政犯社会危害性的认定过程中,要注重区分行为侵害的对象是行政管理秩序还是行政法所保护的具体法益,对违反了行政管理秩序,但未对其保护的法益造成实质性破坏的,其社会危害性相对较低。

3.行为的危害结果。对于不以实害结果作为犯罪成立要件的行为犯、危险犯,不能将实施了刑法分则具体罪状规定的行为就等同于实施犯罪行为,而要兼顾考量行为造成的现实危险,对于没有造成实际危害或者发生实际危害可能性较低的,其社会危害性相对降低。对于结果犯,不能将违反《治安管理处罚法》的危害结果等同于违反《刑法》的危害结果,防止在执法司法实践中刑事犯罪越位侵占行政处罚的空间。对于多因一果型犯罪,要注重区分形成结果的原因力大小,对产生危害结果作用明显较小的行为,社会危险性相对较小。对于共同犯罪案件,不简单基于共同犯罪中部分行为全部责任原则,对所有共犯人都认定为犯罪并应承担刑事责任,而要综合考察犯意提起、各行为人在促成危害结果的作用大小等因素综合判断行为人的危害性。

4.行为的动机。刑法中,除徇私枉法罪等少数

④梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

分罪名将行为人动机纳入犯罪构成要件予以考量外,绝大部分罪名并未将动机视为罪与非罪的构成要素。但是,犯罪动机与行为人实施涉案行为时的主观恶性息息相关,是审查判断社会危害性的主要内容。基于法律许可或支持的动机而实施一些符合刑法分则规定的行为,比如正当防卫、紧急避险等,表面上虽违反了刑法的禁止性规定,但此类行为未对社会造成实质性危害,不属于犯罪行为。对于虽不符合法定的违法阻却事由,但行为动机未明显偏离常情常理的,比如为挪车、停车入位而短距离醉酒驾驶机动车等,其社会危害性也是相对降低的。反之,对于有预谋、有分工的故意行为,或者是无事生非、借故生非的行为,其社会危害性则相对升高。

5.行为的时空条件。不同时代有不同的生产、生活特点,需要综合考虑行为时的客观时代背景,才能更好的评价行为的社会危害性。在企业改制、金融创新等历史特定背景下的相关行为,行为的违法性与经济改革的创新性之间的边界较难区分,行为的社会危害性相对降低。在抢险救灾、重大疫情等重要时刻、灾害现场,在司法机关开展专项斗争期间,或者在首都天安门等国家重要场所,实施违法犯罪行为的,其社会危害性相对升高。

6.行为后的认罪悔罪表现。行为人实施犯罪行为后的悔改表现能否纳入社会危害性内容进行评价?对此,我们持肯定态度。危害结果既可能与危害行为同时发生,也可能延后发生。将行为人事后认罪悔罪态度,弥补法益损失行为纳入社会危害性评价,有益于准确认定犯罪行为造成的危害。诸多司法解释将积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪、获得谅解、自愿接受行政处罚、积极修复生态环境、在刑事立案前支付劳动者报酬等事后悔改表现,作为判断行为人社会危害性的重要情节,已在实践中广泛使用。实施犯罪行为后,及时认罪悔罪,并积极创造条件挽回所造成损失的,其行为的社会危害性及行为人的社会危险性都相对较轻。而对所犯罪行拒不悔改的,不退赃退赔放任危害结果持续存在甚至不断扩大的,其社会危险性则相对升高。

(四)建立健全“但书”规则适用的配套机制

适用“但书”规则判断涉案行为的罪与非罪,

是办案人员行使刑事案件裁量权的重要体现,用之得当,能保障案件优质高效办理,用之失当,则会破坏公平正义的实现,需要建立健全配套管理机制,切实保障适用质效。对于司法解释中已经明确规定“但书”条款的,可以由办案人员集体讨论决定,防止适用中出现偏差;对于司法解释中未直接规定“但书”条款的,可以由办案机关的检委会审议决定,并报上级检察机关备案审查。要主动接受社会监督,对于适用“但书”条款的案件,一般均应当召开公开听证,接受各方的质询;对于司法解释中未直接规定“但书”条款的案件,还可以召开专家论证会,详细研判涉案行为的社会危害性,增强司法透明度,提升司法公信力。对错误适用“但书”规则的,要依法区分因能力不足的错误适用和徇私动机的违法适用,对造成严重危害结果的,依法从严追究司法责任。

(五)进一步完善司法解释的建议

现行的司法解释“但书”条款还需要进一步完善:一是明确部分罪名中情节显著轻微、危害不大的考量要素。有的司法解释中,“但书”条款只是提示性规定,司法解释没有提供考量判断的要素及标准,容易被办案人员忽视而不愿用。二是完善情节轻微与情节显著轻微的区分标准。有的司法解释用层层递进的方式对情节轻微与情节显著轻微规定不同的要素,比如针对醉酒危险驾驶行为的解释。但也有的司法解释并未对两者进行区分,情节轻微与情节显著轻微需要考虑的要件相同。三是建议明确柔性“但书”条款的适用规则。将“可以不认为”的表述修订为“一般不认为”,或者明确司法解释中的“可以”条款表述,是以适用该条款的内容为原则,以不适用为例外。

要充分重视案例在司法实践中的作用,积极运用指导案例、典型案例丰富“但书”规则内涵,结合具体案情解读“但书”规则适用中的法律逻辑和实践标准,为类似案件的处理提供了明晰的指引。因此,在制定相关罪名司法解释尚不成熟的情况下,可以积极探索运用指导案例、典型案例作为补充,为司法实践提供思路与方法,也为后续司法解释的制定和修改提供素材和实践经验。

(责任编辑:罗菁婷)