

AN INTEGRATED APPROACH TO ACQUITTING

刑事法视野中的 出罪研究

杜 辉 著



中国政法大学出版社

AN INTEGRATED APPROACH TO ACQUITTING

刑事法视野中的 出罪研究

杜 辉 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法视野中的出罪研究 / 杜辉著. — 北京: 中国政法大学出版社,
2012. 4

ISBN 978-7-5620-4228-0

I. 刑… II. 杜… III. 刑事诉讼法—研究 IV. D915.304

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第048300号

- 书 名 刑事法视野中的出罪研究 XINGSHIFA SHIYEZHONG DE CHUZUIYANJIU
出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 8 印张 20.5 千字
- 版 本 2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4228-0/D·4188
- 定 价 24.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



序 言

整个刑事法学科都是围绕着犯罪问题展开的。立法圈定犯罪，司法认定犯罪。规范刑法学对立法中的犯罪条件进行整理并形成体系，从而规范司法定罪的思维过程；而刑事政策学则对立法和司法中的犯罪处理过程进行超然的批判。犯罪是整个刑事法学逻辑和理性的起点，但是犯罪现象的复杂性、相对性使得各个学科对犯罪性质的研究都无法形成一个唯一的终极的正确答案。而刑事立法和司法都要建立在对犯罪的本质性认识的基础之上。没有对犯罪本质的深刻把握，立法上就不可能划定一个合理的犯罪范围；同样，不建立在对犯罪的实质性认识的基础之上，司法定罪也会出现偏差。

司法定罪的过程并不单纯是一个将立法中的规定消极实现的过程，相反，其是一个运用自身的理论体系解释立法的模糊性、弥补立法规定的漏洞的过程。规范化的犯罪论体系，为司法定罪提供了定型的思维模式。这一体系模式不应当是一些法定概念的简单堆砌，而是以实质的犯罪观为指导而形成的一个动态的、开放的评价体系。司法定罪的过程是由两个相互排斥，却又相互依存的侧面组成：一个是入罪的侧面，另一个是出罪的侧面。在认定犯罪的逻辑推理过程中，如果入罪的因素排斥了出罪的因素，认定的结果就是有罪；反之，就是无罪。作为规范刑法研究成果之一的定罪评价模式，既



是入罪的模式，同时又是出罪的模式。入罪与出罪虽然都统一于定罪的评价过程之中，但是它们的关系并非一个硬币的两面，非此即彼。犯罪概念的复杂性和刑事司法的多重价值等因素，决定了入罪与出罪的关系的非对称性。

犯罪的概念和范围并不是一成不变的。随着社会的发展，一些新的领域需要刑法的介入，一些新的权利需要刑法的保护；同样，也有一些领域失去刑法保护的价值，一些行为逐渐被社会所接受、容忍。社会形势的发展变化需要刑法的规制范围不断的调整并与之适应，而刑法规范受到法律的稳定性、立法的滞后性因素的制约不可能及时地与实践保持一致。同时，随着社会价值标准的多元化，社会中不同阶层的人对同一行为的性质的评价也不尽相同。被主流价值认定为犯罪的行为可能会被亚文化群同情或者认同。犯罪概念的相对性需要刑法的研究者不时地对现行的犯罪圈进行批判性地审视，刑法的研究者也会自觉或者不自觉地将一些社会现象和行为纳入刑法的视野考察。然而犯罪圈不可能随着犯罪观念的变化，而灵活地调整自己的范围。刑事司法基于多种价值的考量不可能作无限制的扩大解释去惩罚本不属于犯罪圈之内的行为，即便是该行为的危害性足以动用刑罚。而犯罪圈之内的行为，如果失去了刑法规制的价值，是否必须通过刑事立法的完善来实现其非犯罪化呢？答案应该是否定的。因为犯罪圈只能是一个单项开放的集合。它的进入渠道应该是严格而又单一的，而它的退出渠道应该是灵活而又多元的。入罪与出罪的非对称性表现在：入罪的封闭性与出罪的开放性、入罪的形式性与出罪的实质性、入罪原因的单一性与出罪原因的多元性。定罪评价模式的逻辑周延性不体现于入罪，而体现于出罪；犯罪的实质性解释不作用于入罪，而作用于出



罪。这是本书选择以出罪为研究对象的原因。

对行为淡出犯罪圈的过程的研究涉及到刑事法学的很多学科。刑法学以犯罪构成为分析工具,对某种疑似犯罪的行为进行规范性的评价;从而可以得出行为不符合犯罪构成要件或者阻却犯罪的结论。刑事诉讼法从对事实的证明和追诉的角度,可以认为犯罪事实不成立、不能够证明或者不值得追诉。刑事政策学以理性的批判的态度对现有的法定犯罪行为进行审查,通过刑事立法或者司法解释,将其排除在刑罚处罚之外。本书所称之“出罪”并不包括上述所有的过程。“出罪”一词虽然被刑法学者频繁地使用,但它并不是一个规范的概念。它的外延存在着被合理拓展和限缩的空间。本书中所说的出罪,是指将进入刑法视野评价的某种行为通过司法评价而得出无罪结论的过程。本书所说的“出罪”只是司法定罪的一个侧面,而出罪的途径主要是通过对刑法实体规范的司法适用。

即便是笔者将本书中出罪的范围限制在规范刑法学的范围之内,以规范刑法作为出罪问题的核心领域,但是出罪问题也并不仅限于规范刑法学。规范刑法学以罪刑法定为原则,试图通过构建对犯罪事实进行事实评价和价值评价的犯罪构成体系来解决出罪问题。本书对出罪的研究是以刑事实体法为原点。刑事诉讼法学本着无罪推定的精神,通过诉讼权力的分配、举证责任的分担、疑罪的处理等,实现其在诉讼过程中的出罪评价。疑罪从无是刑事诉讼法中独立的通过对事实的规范认定来确定无罪的情况。但是本书中所涉及的刑事诉讼法中的出罪,只限于刑事实体法中的“溢出”问题。刑事政策学作为一门批判的科学,侧重于实质理性的立场,在超越罪刑法定的前提下,解决自己的犯罪圈合理化问题。其



研究的价值不仅可以指导刑事立法，也可以指导刑事司法。而本书只限于非犯罪化的政策对刑事司法的指导意义。本书所称之“出罪”虽然仅以刑事实体法的司法适用为本体，但是因为研究范围的适当“溢出”，也涉及到了刑事诉讼法和刑事政策的相关内容。所以，本书采用刑事一体化的研究方法，从规范刑法、刑事政策和刑事程序三个方面对司法出罪现象进行研究；通过探讨不同刑事学科中出罪问题的精神、原则、规则，提炼其共性、调和其矛盾，探寻一以贯之的法律精神。

我国刑法理论中的犯罪评价模式是一个以入罪为主导的简单粗犷的模式。在社会结构由简单而复杂、主流刑事政策由严厉转宽松的形势下，这种评价体系存在变更的内在因素和外在压力。其变更的方向应当是由简单型向细密型发展，由以入罪为主导向“出入并重”发展。总之，增加出罪评价的方式和途径是犯罪评价体系重构的关键内容。

刑事一体化作为一种研究方法追求不同刑事法学科之间的“深度融合”，笔者自知自己的研究还远未达到这种境界。所以，很多跨学科的研究还基本上停留在“两张皮”的水平，导致书中的很多问题在提出之后并没有作深度的探讨。这是笔者自身功力不及所致。笔者期望顺着这一思路对此问题研究的继续深化。

杜 辉

2012年2月



摘 要

本书以刑事司法中的出罪为研究对象，通过刑事一体化的研究方法对规范刑法学、刑事政策以及刑事诉讼法中的出罪相关问题进行研究。本书中只将出罪界定为司法定罪过程的一个侧面。而作为定罪侧面的出罪并不仅仅涉及刑法规范的司法解释问题，还牵扯到刑事政策对出罪化解释的指导意义，以及与实体出罪相关的诉讼法问题。本书从以上三个学科的不同角度对出罪问题进行探讨，从而试图达到对该问题的深度透视和融合。

本书由五章组成，分别论述出罪的范围、研究方法、研究意义、出罪的理念和原则、出罪的对象、模式和类型。前两章是出罪问题的基础理论，而后面三章是出罪问题的本体论。

第一章关于出罪问题的基本前提，主要是关于出罪的范围和研究方法的探讨。本书认为，出罪是刑事司法机关依据法律或者法理，对进入刑法视野的疑似犯罪行为进行评价，而最终做出不追究刑事责任的结论的司法过程和刑法解释过程。对出罪问题的研究应当选取刑事一体化的方法。首先出罪问题是一个诸多刑事学科共同涉及的问题，它并不是某一学科的专有领域。这是该研究方法使用的可能性。其次，不



同的学科,因为其精神、原则和立足点的不同,对出罪问题会存在着不可避免的冲突而需要协调。这是该研究方法使用的必要性。

第二章探讨出罪问题的理念与原则。作为实质理性在犯罪观中的体现,实质的犯罪观应当是指导出罪的核心理念。另外,刑法的谦抑主义和人权保障的法律思想也与出罪问题密切相关。规范出罪的法律原则最基本的就是罪刑法定原则和无罪推定原则,这两个原则一个从实体法的角度,另一个从程序法的角度对定罪进行原则性的限制。前者限制超越法律的入罪,允许符合法律或者情理的出罪;后者为入罪设定了严格的程序和证据标准,却保障出罪在程序上的渠道顺畅。

第三章是关于出罪的评价对象。出罪评价作为定罪的一个侧面,出罪的评价对象其实就是定罪的对象,或者成为定罪的事实根据。笔者认为,出罪的评价对象是疑似犯罪的行为。所谓疑似犯罪的行为是指与刑事立法中描述的犯罪特征具有某种相似性的行为。而疑似行为的判断标准就是整体的犯罪圈,或者成为刑事立法中类型化的犯罪行为的整体。

第四章中,笔者以出罪为视角对几种比较典型的定罪模式进行比较。德日刑法的出罪模式建立在其事实评价与规范评价分离并逐步排除的思维模式之上,英美法系的出罪表现在程序的对抗之中,具体体现于辩护方的诉讼职能。而我国的评价模式却是以入罪为主导的、简单粗犷的模式。定罪模式的选择有其深刻的社会政治背景,模式的变革也决定于其背后的经济社会的变革和刑事政策的转型。

第五章中,笔者对我国刑事法中的几种出罪类型进行探讨。以出罪评价的思维特点区分,出罪可以分为实质出罪和

形式出罪。形式出罪是因为不符合法定模式而出罪，而实质出罪是因为不具有犯罪的本质而出罪。实质出罪的司法标准应当是社会相当性。实质出罪之中，又有正当化出罪与轻微型出罪之分，前者是犯罪本质的质的不符合，后者是犯罪本质的量的不符合。根据出罪评价是否具有法定的模式，出罪又分为法定的出罪与超法规的出罪。超法规的出罪必须有合理的解释原理和充分的解释依据。可罚性评价与出罪也具有密切的关系，我国刑法中类似于德日国家的可罚性理论还处在理论探讨阶段，而我国的因可罚性而出罪的制度应是相对不起诉。最后，刑法中或者刑事诉讼法中规定的程序终止条件也发挥着出罪的作用。本书主张程序终止条件都具有双重的性质，所以程序终止应当作出无罪的结论。

目 录

序言	(1)
摘要	(5)
第一章 出罪的基本前提	(1)
第一节 出罪的概念	(1)
一、出罪的不同语境	(2)
二、出罪概念界定的不同学说	(8)
三、本书对出罪的界定	(14)
第二节 出罪涉及的刑事法学科	(19)
一、出罪与刑法学	(19)
二、出罪与刑事诉讼法学	(22)
三、出罪与刑事政策学	(24)
第三节 出罪的分类及其与相关概念的关系	(27)
一、出罪的分类	(27)
二、出罪与相关概念的比较	(29)
第四节 出罪的研究方法与研究价值	(31)
一、研究方法	(31)
二、研究价值	(34)



第二章 出罪的理念与原则	(36)
第一节 出罪的理念	(36)
一、实质的犯罪观	(36)
二、谦抑主义	(44)
三、人权保障	(48)
第二节 出罪的原则	(54)
一、罪刑法定原则	(54)
二、无罪推定原则	(67)
第三章 出罪的评价对象	(75)
第一节 出罪评价对象的界说	(76)
一、行为说	(76)
二、案件事实说	(76)
三、社会危害行为说	(77)
四、表明犯罪嫌疑的案件事实	(77)
第二节 出罪评价对象的确定标准	(79)
一、犯罪圈的意义	(80)
二、刑法中犯罪圈设定的模式	(82)
三、犯罪圈作为标准的理由	(86)
第三节 疑似行为	(88)
一、疑似行为的概念与特征	(88)
二、疑似行为的意义	(92)
第四章 出罪的评价模式	(94)
第一节 出罪评价模式的比较	(95)
一、三层次出罪评价模式	(95)
二、两层次的出罪评价模式	(104)

三、平面型的出罪评价模式	(109)
第二节 我国的出罪评价模式	(116)
一、我国刑法中的法定出罪途径	(116)
二、实体法中出罪的分类	(119)
三、我国的犯罪成立理论	(120)
四、我国出罪评价模式的缺陷	(123)
第三节 出罪评价模式的刑事政策分析	(132)
一、体系的繁与简	(133)
二、体系的开放与封闭	(136)
三、实质性评价的主导性与防御性	(139)
四、模式选择的社会政治因素	(142)
第五章 出罪的类型	(150)
第一节 形式出罪与实质出罪	(150)
一、概念的辨析	(150)
二、犯罪本质的界定	(153)
三、社会危害性理论的争议	(154)
四、社会危害性的判断标准	(157)
五、社会相当性理论的提倡	(162)
第二节 正当化出罪与轻微型出罪	(170)
一、正当化出罪的概念与特征	(170)
二、正当化出罪的类型	(172)
三、轻微型出罪的概念和特征	(173)
四、轻微型出罪的类型	(176)
第三节 超法规的出罪	(179)
一、超法规出罪的范围	(180)



二、超法规出罪的规范依据	(185)
三、超法规出罪的解释方法	(191)
四、超法规正当化行为的立法建议	(200)
第四节 免责型出罪	(205)
一、主观责任与刑事责任的区别与联系	(206)
二、免责事由	(208)
三、免责评价的原则	(210)
四、期待可能性评价在我国刑法体系中的价值 ...	(212)
第五节 可罚性与出罪	(213)
一、可罚性评价的范围	(214)
二、可罚性评价的出罪意义	(217)
三、可罚性评价的性质	(222)
四、相对不起诉与可罚性评价	(223)
第六节 程序性出罪	(228)
一、程序性出罪的范围	(228)
二、程序性出罪的性质	(234)
三、程序性出罪的后果	(236)
四、出罪的程序处理方式	(239)
参考文献	(242)
后记	(253)



第一章 出罪的基本前提

一个词语被人使用的越频繁，它的含义就会越多。“出罪”一词是经常被研究者提及的一个词语，不管是从规范刑法的角度，还是从刑事政策的角度。不同的视角，不同的语境中，虽然用词相同，但是其所指范围不尽一致。所以，研究的第一步应该是明确这一概念的范围。有一个明确的研究范围，就可以选取合适的研究工具。故笔者将研究范围和研究工具的选择作为出罪问题研究的基本前提。因为“出罪”一词至今并没有一个规范性的概念和广泛认同的定义，这无疑赋予了笔者在研究范围选择上的自由度。但是，研究范围的选取与研究工具密切相关。本书以刑事一体化为研究视角，以刑事实体法中的出罪问题为研究核心。所以，在范围的选取上尽量服务于工具的使用。

第一节 出罪的概念

在现有的文献中，“出罪”一词是作为一个非规范的通用词语使用的。虽然它使用的频度较高，但是很少有研究者



对它的范围进行较明晰地界定。^{〔1〕}这种使用的随意性造成了该词语的多义化。而与出罪相关的一些词语,比如“非犯罪化”、“排除犯罪性的行为”、“正当(化)行为”等,每被论及时,研究者都要从其定义入手,做大量的文献整理工作,从而给予其一个明确的界定。作为研究的开始,笔者也试图从“出罪”一词的语源和语境角度进行分析。但这一工作的目的,并不是为词语设定一个规范性的定义,更不是品评现有定义孰优孰劣,只是为研究设定一个必要的前提和范围。

一、出罪的不同语境

(一) 古代刑律文本中的“出罪”

1. 作为司法官员渎职行为的出罪

在中国古代的刑律文本中,“出罪”一词首先是作为司法官员的一种渎职行为出现的,所以才会有“出入人罪”的成语。“官司出入人罪”是唐律中的一个罪名,专指官吏在进行刑事司法时,故意或过失实施使无罪或罪轻之人被定罪判刑或判重刑,使有罪或罪重之人得以开脱或判轻刑的行为。“官司出入人罪”包括两个行为方式,即“出人罪”与“入人罪”。所谓“出人罪”是指把有罪判为无罪或重罪判为轻罪,所谓“入人罪”指把无罪判为有罪或轻罪判为重罪。司法官故意出入人罪的,依律处刑;过失出入人罪的,减等处罚。^{〔2〕}

〔1〕 在期刊文章中检索“出罪”一词,如果把检索范围设定为全文时,检索文章有423篇;而如果检索范围设定为题名时,检索文章只有5篇。

〔2〕 参见李艳芳:“论唐律中的‘出入人罪’”,载《河南公安高等专科学校学报》2003年第5期;明廷强,张玉珍:“试析唐律中的‘官司出入人罪’”,载《齐鲁学刊》2003年第3期。



按照《唐律》（第487条）的规定，“诸官司出入人罪者，谓故增减情状足以动事者，若闻知有恩赦而故论决，及示导令失实辞之类。……其出罪者，各如之。……断罪失于人者，各减三等；失于出者，各减一等。”从上述规定可以看出，唐律中对“官司出入人罪”的规定使用今天刑法中所谓的叙明罪状和引证罪状。律文对故出人罪的情形做了详细的描述，使用叙明罪状；而对于故入人罪和过失出入人罪的情形使用引证罪状。

按照《唐律疏议》中对该条文的解释，所谓“故增减情状足以动事者”是指“或虚立证据，或妄构异端，舍法用情，锻炼成罪”。也就是说，虚构事实、伪造证据，制造冤狱。“若闻知有恩赦而故论决”是指明知国家将有恩赦的情况下，故意提前处决人犯。“示导令失实辞”是指以暗示、诱导、教唆、指示等方法，使人犯翻供，作背离案件事实的供述。当然，这三种是法律具体列举的情状，但故意入人以罪并不仅仅是这三种行为。又因为出罪的行为是入罪的反其道而行，所以，律文中也没有对出罪的行为作出具体的列举性的规定，而只是泛泛指出“其出罪者，各如之”。也就是说，在认定出罪的行为时，可以比照入罪的罪状。

就司法官员渎职出入人罪的规定，最早可以追溯到秦汉时期，其不同在于当时的律文中没有出现“出罪”一词。与之相关的，在秦律中存在“纵囚”、“不直”和“失刑”三个罪名。《睡虎地秦简·法律答问》明确地解释了这几个罪名的含义，“论狱（何谓）‘不直’？可（何）谓‘纵囚’？罪当重而端轻之，当轻而端重之，是谓‘不直’。当论而端弗论，及易其狱，端令不致，论出之，是谓‘纵囚’。”律文