

Doi: 10.11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2024. 12. 002

欢迎按以下格式引用:黄明儒,刘涛. 轻罪时代“自首免罚”条款的适用:困境与因应[J]. 重庆大学学报(社会科学版),2025(4): 208-221. Doi: 10.11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2024. 12. 002.



Citation Format: HUANG Mingru, LIU Tao. Application of the voluntary surrender and exemption clause in the era of misdemeanors: Dilemma and response [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2025 (4): 208-221. Doi: 10.11835/j. issn. 1008-5831. fx. 2024. 12. 002.

轻罪时代“自首免罚”条款的适用:困境与因应

黄明儒,刘 涛

(湘潭大学 法学院,湖南 湘潭 411105)

摘要:我国刑法设置“自首免罚”条款的传统由来已久,自首免罚有其人性论、规范论与效率论基础,精准适用该条款有贯彻轻缓化理念、契合犯罪预防导向与节约司法资源三种功能。我国适用“自首免罚”条款有“定罪免罚”和“免罪免罚”两种方式,前者是实体的出刑路径,后者是程序的出罪路径。实务中,司法机关适用该条款存在方法不合理、标准不统一、逻辑不清晰与单独适用率低等问题,致使自首免罚条款难以发挥其独特价值。原因在于,司法解释将“自首免罚”条款的适用前提“犯罪较轻的”解释为“犯罪情节较轻的”,使得自首免罚条款成为其他免罚条款的附庸,丧失了独立的体系地位,进而导致适用该条款的方法只能是“估堆法”,在可以适用也可以不适用之间,沦为“折中处理”的工具。轻罪时代的到来,罪名与犯罪圈迅速扩张,轻罪案件数量持续增加,刑罚附随后果的弊端逐渐显现,进一步加剧了刑罚轻缓化、犯罪预防与节约司法资源方面的矛盾,亟待在司法层面探索限制刑罚发动的机制。与其他“免罚条款”相比,“自首免罚”条款是限制刑罚发动成本最低、最符合道德要求、最容易实现的激励条款,应当得到积极适用。首先,要改进自首免罚条款的适用模式,将“自首免罚”条款定性为特别规定或法律拟制,将现有综合适用模式改为“综合适用+单独适用”两种模式;其次,将“犯罪较轻的”解释为“犯轻罪,且没有预防刑的从严从重情节”,由于立法机关设置法定刑时,已经概括地考虑了行为的社会危害性,且“三年以下有期徒刑”是刑法和刑事诉讼法中诸多制度的分界线,故宜以法定刑三年有期徒刑界定轻罪的范围;再次,修正自首免罚条款的裁量逻辑,将“先计算法定减免情节+后计算其他情节”的裁量逻辑改为“先根据责任刑计算基准刑+后计算预防刑减免情节+最后计算预防刑从重情节”的模式;最后,根据“自首免罚”条款的人性论、规范论与效率论基础完善适用该条款的自首类型,将其限定为具备及时性、

基金项目:湖南省教育厅重点项目“中国特色刑法教学体系构建研究”(22A0111);湖南省研究生科研创新重点项目“共同犯罪违法所得共同退缴责任研究”(CX20230541)

作者简介:黄明儒,湘潭大学法学院教授,博士研究生导师,Email:81044390@qq.com;刘涛,湘潭大学法学院博士研究生,Email:1061449358@qq.com。

主动性与真诚性的自首类型,排除恶意利用自首规避法律制裁的情形。

关键词:轻罪;自首;出罪事由;定罪免罚;相对不起诉

中图分类号:D914 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2025)04-0208-14

一、问题的提出

近年来,我国犯罪结构发生了显著的变化,呈现出严重暴力犯罪数量与重刑率持续下降、轻微犯罪数量与轻刑率不断提升的特征,这表明我国已经进入“轻罪时代”^[1]。轻罪时代的到来,给犯罪治理模式提出了“轻罪轻治”的新挑战,构建轻罪治理体系的呼声也随之日益高涨。2023年8月7日,最高人民检察院发布的《2023—2027年检察改革工作规划》描绘了深化检察环节轻罪治理的改革蓝图,指出要“研究轻微刑事案件出罪入罪标准,促进构建治罪与治理并重的轻罪治理体系”。轻罪治理体系的构建,亟待将轻、快、宽的理念贯彻到轻罪处置的全流程中,其中,“轻”和“宽”就是要提高司法宽容和社会容忍的程度。相比之下,以往定罪必罚的理念较为严苛,过多适用监禁刑,扩大了短期自由刑的弊端,导致国家司法资源的浪费,效果并不理想^[2],甚至产生“犯因效应”(criminogenic effect),可能促使更多犯罪行为发生^[3]。随着轻罪数量的增加,如何化解短期自由刑的弊端,如何适用以免罚条款为核心的宽容措施,成为轻罪治理模式的新课题。轻罪时代如何减少违规违法行为数量,经济学的答案非常简单:激励(incentive),激励可分为正向激励和反向激励。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第67条后半段规定,“对于自首的犯罪分子……犯罪较轻的,可以免除处罚”,本条即所谓“自首免罚”条款。该条款是一种正向激励,旨在激励犯罪分子积极自首,重新树立对法规范的忠诚意识,同时节约司法成本。然而,目前这一条款的适用条件非常模糊,司法实践中不敢用、不愿用、不会用的现象较为普遍,当下轻罪时代治理体系的构建,亟待明晰“自首免罚”条款的适用条件并予以积极适用。

二、自首何以免罚:“自首免罚”条款的理论基础

关于自首免罚条款的规定,我国古代早已有之。例如,《唐律·名例》第37条规定:“诸犯罪未发而自首者,原其罪”,《大明律·名例律》第24条也规定,“凡犯罪未发而自首者,免其罪,犹征正赃”。国外既有刑法典规定自首免罚条款,也有刑法典仅规定“自首减轻刑罚”条款。对自首者究竟是从轻处罚,还是免除处罚,都要先回答自首何以免罚的问题。

(一)人性论基础

刑罚的目的是预防犯罪,一般预防与特殊预防的实现依赖于刑罚的威慑效果。刑罚之所以能产生威慑,是因为人性中涵盖了“知、情、意、欲”等因素,人能够根据利弊权衡实施行为。法律不会理会罕见之事,刑罚预设的威慑对象只能是具备“理性”能力与“自由意志”的理性人,同一刑罚威慑机制会对“理性人”产生相同的威慑效果,进而编织一个没有“漏网之鱼”的理想犯罪预防模式。在这个预防犯罪的模式中,刑罚的严厉性、剥夺性、痛苦性会使一般人产生“犯罪成本大于犯罪收益”的认知效果,进而放弃犯罪,刑罚的预防效果因此得以实现。尽管犯罪原因多种多样,行为人决定或者放弃犯罪的选择,是其心智、理性、成长经历和身处环境交互作用的即时结果、耦合结果,有的行为人可能不会对犯罪利弊进行抽象权衡、比较和计算^[4]。

但是,一般人能通过感知和理性判断“犯罪弊大于利”这一理论预设,是刑罚存在的主要理由,这种理论预设以人性为前提,即人有利己之心,有趋利避害的本性,有谋求利益最大化的欲望^[5]。

即便是作为一般预防对象的“局外人”，对其的人性假设也是人的“自我关切”能够被延伸，人能够通过置换场景的想象，扩展对自身的“自我关切”而关切他人所处状况，由此对他人的秉性、行为也能感受到一种快乐或不快^⑥。法律制定与适用必须建立在人性假设上，人性能够在价值维度给予法律创建、法律解释和法律适用无穷的力量，甚至是法律得以发展、存续的价值根基^[6]。尽管我们更愿相信性善论，但至粹至善的圣人毕竟罕见，社会秩序的稳定必然要对人性、人欲施加适当约束，性恶论在很大程度上直接推动了法律制度的形成。在我国法制史中，人生有好恶，治道有赏罚之论述早就阐释了惩罚与人的好恶相关，自首免罚条款就是以这样的人性假设为前提，即人实施犯罪之后，都有逃避法律制裁的动机，让行为人主动投案并如实交代自己的犯罪事实要求较高，国家想要行为人自首，就要给予其法律优待，减免其处罚^[7]。在法律原则中，“法不强人所难”已成为普遍共识，对不自首的行為人自然也不会加重处罚。

从人的趋利避害、求乐避苦的本性看，行为人实施犯罪必是建立在犯罪行为不会被发现的幻想中^[8]。这种幻想是一种侥幸心理，侥幸心理的强弱影响人的认识和辨认能力，其与犯罪动力具有直接联系。心理学研究成果表明，侥幸心理是人的本能，尽管不足以支配人的行动，但会在自控能力较差的基础上强化，更会因犯罪行为没有得到打击而迅速膨胀。实践中，大部分犯罪分子在实施犯罪行为后都认为“问题不大、发现不了、没出过事”等等，即便是在职务犯罪案件中，侥幸心理都被摆到了第一心理根源的位置^[9]。而自首要求行为人自动投案，如实供述自己的犯罪事实，期待行为人克服自己的侥幸心理，也与人的本能相悖，故需要给予其免除处罚的空间以激励其回归现实、坦然面对。

（二）规范论基础

基于行为无价值二元论立场，行为违法性的判断必然包含法规范的违反与主观的违法性要素，当法规范效力能够被确证时，对行为人应给予政策上的减免处罚。

根据实施犯罪行为的时间对犯罪情节进行划分，可将刑法中的免除处罚事由分为“事中情节”与“事后情节”两类。事中情节包括预备犯、中止犯、从犯等免罚情节，事后情节主要是自首、重大立功免罚情节。自首属于事后情节，如果根据自首免罚条款在检察起诉阶段作出相对不起诉决定，则自首属于事后行为出罪的典型。于是，自首何以免罚的问题可以转化为事后行为何以免罚或者出罪的问题。有观点认为，事后行为出罪的依据在于恢复法益^[10]。但是，刑法不能脱离行为规范谈法益侵害与恢复。有观点认为，既遂后不出罪存在例外，可通过“赎罪行为”阻却行为的实质违法性，进而予以出罪^[11]。但犯罪构成是判断犯罪成立的唯一标准，事后的“赎罪行为”不可能从犯罪构成上消解行为的违法性，“赎罪行为”只能影响刑事责任的承担与刑罚裁量。基于这一逻辑，有观点认为事后行为出罪的依据是“刑事责任熔断”，即行为人的“法益恢复”行为及其效果，使其先前的“基准刑”责任得以大幅稀释甚至消除，失去了实际科处的实质根据^[12]。但这种观点仍然以“法益恢复”为判断根据，由于法益可恢复的犯罪较少，其适用范围非常有限。最新观点认为，事后行为之所以能“出罪”是因为刑事责任的实现方式可以多元化，事后行为已经实现了刑事责任，就不需要再将此类行为作为犯罪处理^[13]。这种观点的问题在于，将刑事责任概念作宽泛化理解，甚至将赔礼道歉、强制措施都理解为承担刑事责任的方式，容易淡化法律惩罚措施的边界。

刑罚的裁量无非是基于报应刑和预防刑展开，自首这类事后免罚情节的规范依据是预防刑缺失。行为人自动投案，并如实供述自己的犯罪事实，表明已有悔悟，再犯的可能性小，特殊预防的必要性显著降低甚至缺失。当然，除了刑事政策上特殊预防减少，还应当具备社会秩序修复和刑法规范确证的理由^[13]。基于行为无价值二元论立场，刑法规范的目的在于保障行为规范的效力，强化国

民对行为规范的信赖和忠诚,进而通过行为规范的有效性、确证性间接保护法益。基于规范与法益的这种关系,自首这类事后行为免罚的关键是主观因素,即重新树立法规范意识,且为法益恢复做出了真挚的努力,但不一定客观上恢复法益,因为并不是所有的法益都能被恢复。所以,当一个行为符合构成要件并具备法益侵害性,就具备了应罚性,但如果行为人规范意识及时觉醒,修复了法规范,不影响法规范的确定性,则从国家刑罚目的角度看,此类行为就缺乏需罚性或者需罚性降低。通过行为人对刑罚的“深刻感受力”创造“赎罪”的契机,据此促进行为人的再社会化^[14],不仅有利于减少社会对立面,也能达到发动刑罚权同样的效果。当此类行为在刑法规范上又同时存在免罚条款时,就可以适用免罚条款。

(三)效率论基础

效率与公平是司法永恒的主题。公平背后蕴含着非常厚重的道德理论,具有宏观层面的理论支撑,而效率论属于功利主义的延伸与发展,具备功利主义的色彩和逻辑,这决定了其与经济学理论相结合的优势,可为法律的具体规则提供明确的指引^[15]。正是因为公平与效率代表着宏观理论与微观规则的结合,才使得二者的平衡成为司法的永恒追求。法学层面的效率论一般是指制度效率论,即效率是资源在一定制度条件下的有效配置,制度本身就是为了通过最小的成本给生产、经营提供最大的空间,效率的判断标准是,在现有制度体系内,某一制度为人的行为拓展可选择的空间还是压缩现有空间。

我国刑事司法体系的构建始终以公正作为最终追求,但同时注重提升司法效率,力求及时实现公正,因为缺乏效率的公正难以满足社会发展的需要,这种“公正”实际上也是从根本上对程序公正的背离^[16]。节约司法资源,提高诉讼效率,始终是我国司法改革的重心。无论是2016年的案件繁简分流,简案快结,繁案精审,还是2018年的认罪认罚制度与刑事速裁程序,都体现了节约司法资源,提高诉讼效率的改革目标。从自首免罚条款的设置脉络看,也体现了立法者对司法效率的追求。据立法机关介绍,我国“97刑法”在“79刑法”的基础上将《刑法》第67条中的“犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚”改为“犯罪较轻的,可以免除处罚”,这样修改是为了加大鼓励行为人主动投案自首,积极悔过自新的力度,有利于促使罪犯自动投案,为司法机关侦破案件提供有利条件,节约司法资源^[17]。显然,提升司法效率是立法者设置自首免罚条款的主要理由之一。因此,当一个自首情节同时符合自首免罚条款的人性论基础、规范论基础与效率论基础的价值预设,就应适用自首免罚条款。

三、轻罪时代积极适用“自首免罚”条款的必要性

轻罪时代的到来,给犯罪治理提出了新的要求。犯罪治理应摈弃严打重刑思维,从宽严相济转向以宽为主的刑事政策,刑罚应整体趋轻,更多关注出刑和制裁多元化,同时营造更为宽容的社会环境^[18]。自首免罚条款的适用,能够实现实体上的“出刑”与程序上的“出罪”效果,契合轻罪时代的治理理念。与其他免罚条款相比,自首免罚条款是引导犯罪人改过自新成本最低,最符合道德要求和最容易实现的激励措施,在轻罪时代应当得到积极适用。

(一)刑罚轻缓化维度的必要性

近年来,我国刑事立法呈现出犯罪圈不断扩张与刑罚轻缓化趋势。以《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)为例,新增包括袭警罪、高空抛物罪、非法催收债务罪在内的18个罪名;扩张原有罪名或处罚范围的条款15条^[19]。立法上犯罪圈的扩张意味着犯罪门槛的降低,更多的行为将被作为犯罪处理。为避免刑罚处罚范围过大,学界基本形成了立法扩张与司

法限缩的共识。司法层面的限缩除了犯罪构成要件的限缩解释外,更重要的是整体出罪路径的构建。实体出罪路径受制于当前刑事立法的整体趋势与犯罪治理的总体方略,在司法实践中无法有效缓和过度的犯罪化与刑罚化时,构建整体程序上的出罪路径具有更广阔的空间^[20]。但是,在刑事一体化的框架中,程序出罪路径仍需实体法上的依据。从这个角度看,自首免罚条款作为“定罪免刑”与“免罪免刑”的依据,理应得到适用。

与以往传统犯罪相比,刑法修正案增设新罪的法定刑大都在三年以下,这些新罪法定刑呈现出刑罚轻缓化趋势。以《刑法修正案(十一)》为例,增设的危险作业罪、冒名顶替罪、高空抛物罪,催收非法债务罪等罪名的法定最高刑均未超过三年有期徒刑;妨害驾驶安全罪、危险作业罪和高空抛物罪这三个罪名的法定最高刑仅为一年有期徒刑。

当然,传统犯罪中仍然存在着个别犯罪起刑点过高、部分犯罪第一档最高刑过重、对向犯的法定刑设计失衡等问题,这需要立法者后续在设计犯罪的法定刑时,应当尽可能朝着刑罚轻缓化的角度思考问题^[21]。但在立法尚未修改之前,立法上就出现了传统罪名重刑化与增设罪名轻刑化并存的局面,为化解对部分刑事案件中的被告人处罚要么很重,要么很轻的局面,需要在司法上贯彻刑罚轻缓化理念,防止增设新罪与传统犯罪的轻重失衡,故需要对轻罪进行扩大解释,对重罪进行限制解释^[22]。由于轻罪涵摄范围不断扩大,其内部也会呈现出较轻与较重的差别,故在刑罚处罚上,需要调整刑罚结构,构建一个符合轻罪时代刑罚轻缓化趋势的多元法律后果体系^[23]。关键在于,要切断犯罪与刑罚一一对应的关系,如果不能切断二者必然对应关系,则只会针对同一行为在既有刑罚后果的前提下,增加新的后果,并不符合刑罚轻缓化理念。相反,应当认为成立犯罪和刑事处罚并不一一对应,进而充分适用包括自首免罚条款在内的宽宥条款,以其他法律后果替代刑罚法律后果,轻罪时代的多元法律后果体系才能成为可能。

(二)预防犯罪维度的必要性

从《刑法修正案(七)》开始,我国就已经逐渐体现出“预防性刑事立法”的迹象,该修正案对贪污罪的修改,标志着反腐败治理从“打击型”向“预防型”转型^[24]。此后的《中华人民共和国刑法修正案(八)(以下简称《刑法修正案(八)》)》和《刑法修正案(九)》相继在网络犯罪、环境犯罪、食品药品犯罪等领域进行预防性立法,职业禁止、禁止令、终身监禁等措施也表明刑罚目的的预防性偏向^[25]。2015年,《中华人民共和国国家安全法》将总体国家安全观确定为国家安全工作的基本准则,这为刑事法治的重心从“打击型”向“预防型”转变提供了政策和法律依据,此后的《刑法修正案(十一)》将危险行为犯罪化的程度达到所有刑法修正案之最^[19]。当下,以刑罚预防社会危险行为的立法实践已经成为常态。

“预防性刑事立法”与传统的“注重报应的自然犯立法”存在较大差异。“注重报应的自然犯立法”侧重犯罪的害结果与刑罚的报应,这种立法重视“德”与“善”,强调眼前某种严重后果的主观罪过,与传统社会的价值评价体系吻合^[26],这类犯罪的责任刑或主观罪过较重,刑罚裁量时,影响刑罚轻重的因素往往是责任刑。预防型刑事立法则注重在害结果出现之前展开预防^[27],并将帮助行为正犯化,预备行为实行化,或者增设各类危险犯,进而与轻罪时代的刑法功能保持协调。这类犯罪的责任刑往往相对较轻,刑罚裁量时,影响刑罚轻重的主要是预防刑因素。

在司法裁量上,责任刑决定刑罚的上限,预防刑决定刑罚的下限。裁量预防刑时,重点追求特殊预防,不得使积极的一般预防优于特殊预防,不能将惩罚犯罪作为促使其他人遵循法规范的工具,但当一般预防的必要性较小时,则应从宽处罚^[28]。从刑罚裁量和处罚必要性角度看,由于轻罪的责任刑较低,决定是否处罚与处罚轻重的因素是预防刑,故特殊预防成为轻罪时代裁量刑罚的重

心,也最终影响司法机关对缓刑、免除处罚与相对不起诉的判断。相反,在严重犯罪中,由于责任刑较高,难以根据预防刑因素决定缓刑、免除处罚或者相对不起诉。

尽管我国刑法中也有诸多“事中免罚情节”,但这些情节都属于责任刑情节,在司法过程中,这些责任刑情节已经实施完毕,即便适用这些免罚条款,对行为人也没有激励效果,而这些免罚条款的理论基础是罪责刑相适应原则。特殊预防情节分为法定情节和酌定情节两类,其中法定情节包括自首、坦白、立功、积极退赃退赔、认罪认罚等因素,但在这些因素中,自首、重大立功和积极退赃退赔这三个情节的激励性最强,符合条件的,可以免除处罚。但是,根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定,重大立功的条件非常严格,一般人难以达到。积极退赃退赔主要与行为人的经济状况有关,在缺乏经济条件的情况下,也是“巧妇难为无米之炊”。能够直接反映认罪悔罪态度、处罚可能最轻,且能够由行为人自主掌控的只有自首。法律作为最基本的道德要求,在实施过程中,真正有价值的是自愿性的约束,而非屈从于强迫性的手段,后者看上去毫无道德价值可言^[29]。从这个角度看,积极适用自首免罚条款是当下引导犯罪人改过自新成本最低,最符合道德要求和最容易实现的激励措施。

(三)效率提升维度的必要性

轻罪时代的犯罪手段和方法已经发生了改变,如网络犯罪已经表现出纵向切割精细化,横向分工细致化,利益链条交错化等现象^[30]。尽管侦查技术也在进步,但犯罪的侦查成本也是“水涨船高”。立法层面积极增设轻罪,致使轻罪案件数量剧增,基层“案多人少”的矛盾仍然存在。以检察机关近三年的办案数据为例,2021年,全国检察机关共决定起诉174.9万人^①;2022年,全国检察机关共决定起诉143.9万人^②;2023年,全国检察机关共决定起诉168.8万人^③,平均每年决定起诉的人数在150万,此外还有民事检察、行政检察、公益诉讼检察案件等等,案件数量压力仍然在加大,案件办理效率亟待提高。面对轻罪时代“快”的新挑战,通过添人增编的“人海战术”,加班加点的“疲劳战术”,顺其自然的“无为战术”都难以有效应对轻罪治理的现实需要。

虽然认罪认罚制度与刑事速裁程序能够在刑事诉讼中实现繁简分流,但其功能毕竟有限。一是,认罪认罚制度只能从宽,不能达到免除处罚的效果,对行为人的激励有限;二是,此类提高诉讼效率的制度,其效果仅限于已经进入刑事诉讼流程的案件,从源头上激励犯罪嫌疑人自动投案的效果并不明显,自首率并没有显著提升;三是,目前司法资源的消耗更多地体现在侦查环节,需要提升侦查效率。侦查模式效率的提升,要么在成本既定的情况下优化侦查资源的配置,要么在收益既定的情况下减少侦查成本^[31]。尽管从犯罪学角度看,侦查资源的优化配置可以起到“哨兵效应”,但这些提升,都需要花费大量的人力物力,即便是通过数据驱动型侦查,也是如此。有学者认为,在共犯之间营造信息不对称、增设置量刑优惠递减规则等措施,可以提高从犯与网络主犯自首的积极性^[32]。但是,如果司法机关能够积极适用自首免罚条款,从源头上激励犯罪嫌疑人自动投案,如实供述自己的犯罪事实,使侦查机关能够将重心放在严重犯罪的侦查上,从根本上节约司法资源。

从犯罪治理角度看,积极适用自首免罚条款能够起到示范效应,有利于激励犯罪嫌疑人自动投案。其实,司法实践中,鼓励犯罪嫌疑人自首的举措并不罕见。例如,司法机关多次联合发布《关于

① 最高人民检察院.2021年全国检察机关主要办案数据[EB/OL].(2022-03-08)[2024-09-08].https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1.

② 最高人民检察院.2022年全国检察机关主要办案数据[EB/OL].(2023-03-07)[2024-09-08].https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230307_606553.shtml#1.

③ 最高人民检察院.2023年全国检察机关主要办案数据[EB/OL].(2024-03-10)[2024-09-08].https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1.

敦促在逃人员投案自首的通告》，强调犯罪情节较轻的，可以依法免除处罚。可是，此种做法纯属“运动式”的激励措施，如欲实现长期激励效果，应倡导积极适用自首免罚条款的理念，实现自首免罚条款适用的制度化、规范化与常态化。

四、当下自首免罚条款的适用现状、问题与原因

我国自首免罚条款的适用方式有两种：一是审判机关通过裁判的方式宣示行为构成犯罪，对行为人不判处主刑或附加刑，即“定罪免罚”；二是人民检察院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第177条第2款的规定，作出不起诉决定，即“免罪免罚”。

（一）根据自首免罚条款作出“定罪免罚”裁判的情况与问题

自首免罚条款的适用以“犯罪较轻的”为前提条件，理论上一般将其理解为“犯了轻罪”^[33]。形式标准说主张以法定刑为标准划分轻重等级，实质标准说主张以犯罪性质、社会危害性程度等因素划分轻重等级，综合标准说主张以形式和实质标准综合划分轻重等级^[34]。实质标准说和综合说考虑的犯罪性质、社会危害性程度等判断标准都较为模糊，事实上，法定刑之设立本身就考虑了行为的性质和危害性程度，无须在法定刑以外再去寻找实质划分标准^[35]。轻罪与重罪的区分应以法定最高刑为判断标准。

轻罪与重罪的区分标准主要存在法定刑3年说和5年说的争议。但刑法第7条的属人管辖，第8条的保护管辖，第69条的管制期限，第72条的缓刑适用条件，都以三年有期徒刑为界；刑事诉讼法中适用简易程序与刑事和解的条件也以三年有期徒刑为界；自《刑法修正案（八）》以来，增设了大量法定刑为三年以下有期徒刑的犯罪，这一趋势还将进一步延续^[33]；2021年，《最高人民检察院工作报告》以三年有期徒刑作为区分轻罪与重罪的标准^[36]。因此，宜以法定刑三年有期徒刑作为轻罪与重罪的区分标准。

根据“举轻以明重”的原理，法定的罪名越高，适用自首免罚条款的条件也越严格，另一方面，法定刑三年以下罪名较多，难以精准统计现有数据。故本文以法定刑为拘役和一年以下有期徒刑的罪名的自首免罚条款适用情况为样本，2023年9月，使用北大法宝对检索的裁判文书进行分析，没有检索到审判机关适用自首免罚条款规定，进而对行为人作出“定罪免罚”的判决。具体数据参见表1。

表1 审判机关适用自首免罚条款的情况

| 罪名 | 法定刑 | 案件数量 | 含自首情节的数量 | 综合适用 | 单独适用 |
|------------------|------|----------|----------|------|------|
| 危险驾驶罪 | 拘役 | 122 159件 | 86 472件 | 1件 | 0件 |
| 代替考试罪 | 拘役 | 84件 | 62件 | 0件 | 0件 |
| 使用虚假身份证件、盗用身份证件罪 | 拘役 | 96件 | 67件 | 0件 | 0件 |
| 妨害安全驾驶罪 | 一年以下 | 15件 | 9件 | 0件 | 0件 |
| 危险作业罪 | 一年以下 | 85件 | 52件 | 0件 | 0件 |
| 侵犯通信自由罪 | 一年以下 | 27件 | 2件 | 0件 | 0件 |
| 高空抛物罪 | 一年以下 | 49件 | 25件 | 0件 | 0件 |
| 偷越国(边)境罪 | 一年以下 | 6 072件 | 2 817件 | 0件 | 0件 |

从裁判结果看，只有涉危险驾驶罪的裁判文书中有一份“定罪免罚”的判决书，而且还是行为人存在自首、认罪认罚、悔罪、初犯、情节轻微等诸多情节^④。显然，根据自首免罚条款作出“定罪免罚”

④ 参见：山西省襄汾县人民法院（2019）晋1023刑初153号刑事判决书。

裁判的路径未能被激活。实践中,只要案件进入审判阶段,即便符合免除处罚的条件,一般也要判处缓刑。例如,在何某某危险作业一案中,虽然何某某具备自首情节,且自愿认罪认罚,在案发后退缴赃款,法院也援引了自首免罚条款,但法院仍然判处何某某拘役六个月,缓刑一年^⑤。相反,在审查起诉阶段,检察机关对类似案件也有根据“定罪免罚”条款作相对不起诉决定的情形。例如,在李某危险作业案中,李某尚不具备自首情节,但检察机关仍作出相对不起诉的决定^⑥。

从已公布的裁判文书和相对不起诉决定书看,审判机关作出“定罪免罚”裁判的要求严于检察机关作出的“免罪免罚”决定,二者的适用标准并不统一。不仅如此,从审判机关的裁判文书看,审判机关几乎忽视了自首免罚条款的规定,进而直接以“自首从轻”或“自首从宽”的表述淡化自首免罚的规定。例如,在开某某、卞某代替考试一案中,法院认为开某某是自首,可以从轻处罚^⑦。又如,在何某等人危险驾驶一案中,法院认为和某系自首,可以从轻处罚^⑧。再如,在于某等人偷越国(边)境一案中,法院认为,于某系自首,可以从轻或者减轻处罚^⑨。

实践中,即便在法定刑仅为拘役或者一年有期徒刑的轻罪案件中,只要案件进入审判阶段,审判机关也一般不会考察行为是否符合“自首免罚”的规定,即使辩护律师援引自首免罚的规定,审判机关通常也不予采纳且不说明理由。在有的案件中,行为人具有自首情节和认罪认罚等诸多情节,审判机关即便判处行为人拘役两个月,缓刑两个月,也不会作“定罪免罚”的裁判^⑩。总体来看,审判机关不太可能单独适用自首免罚条款,自首免罚条款在审判阶段属于一条“象征性条款”。

(二)根据自首免罚条款作出“免罪免罚”决定的情况与问题

2023年11月,使用北大法宝数据库对近三年的不起诉决定书进行检索,以含自首情节的不起诉决定书是以自首免罚条款为依据,还是以自首免罚条款+其他免罚条款为依据,将其分为单独适用与综合适用,进而对具备自首情节的不起诉决定书进行分析。发现2021年检察机关单独适用自首免罚率为2.04%;2022年单独适用自首免罚率为3.30%;2023年单独适用自首免罚率为2.94%。具体数据参见表2。

表2 根据自首免罚条款作出“免罪免罚”决定的情况

| 年份 | 不起诉决定书 | 含自首情节 | 综合适用 | 综合适用率 | 单独适用 | 单独适用率 |
|-------|----------|--------|-------|--------|------|-------|
| 2023年 | 4 862份 | 34份 | 33 | 97.06% | 1 | 2.94% |
| 2022年 | 22 293份 | 423份 | 409 | 96.70% | 14 | 3.30% |
| 2021年 | 199 470份 | 4 214份 | 4 128 | 97.96% | 86 | 2.04% |

在上述含自首情形的不起诉决定书中,综合适用自首免罚条款的依据大致有以下几种组合类型:1.自首免罚条款+《刑法》第37条(以下简称37条)免罚条款^⑪;2.自首免罚条款+《刑事诉讼法》第290条和解免罚条款^⑫;3.自首免罚条款+刑法第37条免罚条款+司法解释免罚条款^⑬。综合适用难以精准体现自首免罚条款的出罪功能,如果具备其他免罚事由,即便没有自首情节,也可以作出

⑤ 参见:广东省佛山市三水区人民法院(2023)粤0607刑初66号刑事判决书。

⑥ 参见:长春市双阳区人民检察院双检刑不诉(2023)9号不起诉决定书。

⑦ 参见:江苏省连云港市海州区人民法院(2021)苏0706刑初674号刑事判决书。

⑧ 参见:云南省迪庆藏族自治州中级人民法院(2021)云34刑终2号刑事判决书。

⑨ 参见:沈阳市浑南区人民法院(2023)辽0112刑初145号刑事判决书。

⑩ 参见:青海省祁连县人民法院(2021)青2222刑初67号刑事判决书。

⑪ 参见:青海省都兰县人民检察院都检刑不诉(2023)8号不起诉决定书;龙海区人民检察院龙检刑不诉(2022)181号不起诉决定书;米林市人民检察院米检刑不诉(2022)8号不起诉决定书;漳州市龙海区人民检察院龙检刑不诉(2022)175号不起诉决定书。

⑫ 参见:当雄县人民检察院当检刑不诉(2023)1号不起诉决定书。

⑬ 参见:山西省阳泉市城区人民检察院阳城检刑不诉(2023)62号不起诉决定书。

相对不起诉决定,在上述近三年的不起诉决定书中,不含自首情节的案件就占了绝大部分。在审查起诉阶段,单独适用才能体现自首免罚条款出罪功能。但是,检察机关单独适用该条款的比例仅占2%左右,单独适用率较低。

在单独适用自首免罚条款的不起诉决定书中,大部分不起诉决定书的依据形式上仅有自首免罚这一实体法依据,但实质上采用的是综合适用的思维。例如,在熊某某故意伤害案中,不起诉决定的法律依据是《刑法》第67条,但强调行为人犯罪情节轻微,自愿认罪认罚,取得被害人谅解^⑭。此类单独适用自首免罚条款的不起诉决定书都强调犯罪情节轻微,但是,行为人具备“犯罪情节轻微”的情形,就可以根据37条免除处罚,因而这种处理本质上仍是综合适用的情形。当然,在个别案件中,即便没有犯罪情节轻微的情况,也有直接根据自首免罚条款作不起诉决定的。例如,黄某某诈骗案中,检察机关认为,行为人诈骗数额为11 858元,主观恶性不大,无从重、从重情节,属“犯罪较轻”,行为人又自首,故根据自首免罚条款作出不起诉决定^⑮。总之,在审查起诉阶段,单独适用自首免罚条款,是否需要满足情节轻微这一条件,实践中存在不同做法,标准也尚不统一。

(三)自首免罚条款适用问题的原因

自首免罚条款的适用之所以会出现上述问题,本文认为主要有以下三个方面的原因。

第一,裁量方法上的“估堆法”,司法人员不愿单独适用自首免罚条款。实务界人士大多都认为,适用自首免罚条款,要对事前、事中与事后行为进行综合考虑,上述检索的大多数不起诉决定书也都是使用的估堆法。理论上也有学者主张要结合《刑法》第13条“但书”与社会危害性构建综合性评价标准^[37],这种方法确实比较稳妥,遵循了全面均衡原则^[38]。但也容易使得自首免罚条款在各种量刑要素中缺乏独立的体系地位,无法厘清自首免罚条款与其他免罚条款的关系,致使大部分情况下,全案要具备两个以上的免罚事由才能“定罪免罚”或“免罪免罚”。这种量刑上的估堆法,无法体现司法机关的认定逻辑,容易引发民众对“同案不同判”的诸多质疑^[39],严重影响其激励功能的发挥。

第二,司法解释的限制,司法人员不敢单独适用自首免罚条款。目前,司法解释将自首免罚条款的前提“犯罪较轻的”解释为“犯罪情节较轻的”,致使自首免罚条款难以被单独适用。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(1998年)(以下简称《98年解释》)第3条规定,具体确定从轻、减轻还是免除处罚,应当根据犯罪轻重,并考虑自首的具体情节。然而,《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》(2010年)(以下简称《2010年意见》)第八点规定,对具有自首情节的人,犯罪情节较轻的,可以免除处罚。与《98年意见》相比,《2010年意见》将自首免罚条款的适用条件从“单一因素+自首的具体情节”改为“综合因素+自首情节”,由于“犯罪情节”这一综合因素涵盖范围过广,司法机关不敢单独适用自首免罚条款。而且,将犯罪情节较轻作为自首免罚的前提条件,与刑法分则部分轻罪的成立相矛盾大多数轻罪的成立以情节严重为前提,在类似犯罪类型中,自首免罚条款没有适用的空间。

第三,理解上的限制,部分司法人员不会单独适用自首免罚条款。从检索的文书看,检察机关将自首免罚条款理解为37条的注意规定或者是分则中免罚规定的一般条款,即适用自首免罚条款,必须结合相关免罚条款综合适用。有实务部门的人指出,对自首免罚条款的适用,应当以不单独适用为原则,单独适用为例外,这是因为该条规定对于刑法分则第164条、第351条、第390条等条文的规定而言,属于自首情节的一般规定,如果符合刑法分则相关条款的规定,则可免罚,相反则一般不

^⑭ 参见:西宁市城中区人民检察院中检刑不诉(2022)33号不起诉决定书。

^⑮ 参见:宁夏回族自治区同心县人民检察院同检刑不诉(2022)51号不起诉决定书。

能适用自首免罚条款^[40]。但是,分则中的免罚条款并不影响自首免罚条款的单独适用。例如,《刑法》第351条规定,非法种植罂粟或者其他毒品原植物,在收获前自动铲除的,可以免除处罚。该罪之所以规定免除处罚,是因为这种行为虽违反法规范,但法益侵害性阙如,与自首免罚的功能并不相同。将自首免罚条款理解为37条的注意规定或者分则的一般规定,可能会抽空自首免罚条款的独立价值,难有单独适用的空间。

五、轻罪时代积极适用“自首免罚”条款的路径

从适用路径看,虽然自首免罚条款是“可以型”免罚条款,但“可以型”条款一旦决定要予以适用,即与“应当型”条款具有同样的效力^[41]。适用自首免罚条款的关键在于“可以型”情节在何种情况下与“应当型”情节具有同等效力,换言之,应当具备何种条件,才能适用自首免罚条款。

(一)改进自首免罚条款的适用模式

首先应当改进自首免罚条款的适用模式,允许单独适用自首免罚条款。即对行为人适用自首免罚条款时,无须要求其具备其他免除处罚的情节。单独适用自首免罚条款,需要界定该条款与37条的关系,这涉及37条的体系地位问题。有学者认为,37条不是独立的免除处罚规定,只是其他具体免除处罚条款的概括性规定,故该条也不能单独适用^[42]。该观点虽在限制裁量权和体系解释层面具有优势,但将37条理解为不可单独适用的概括性规定,意味着第37条要与其他免罚条款综合适用。而37条又强调犯罪情节轻微,导致其他免除处罚事由也要以犯罪情节轻微为前提,进而将37条的“犯罪情节轻微”和“不需要判处刑罚”这两个要件理解为“犯罪情节轻微”+“刑法规定的17种免除处罚情形”^[43]。而“犯罪情节轻微”是一个综合判断的因素,故此种观点容易使37条演变成一个“半综合半法定”的条款,过度限缩了其他法定免罚条款的适用范围。

有学者认为,从效力上看,37条前段是有关免罚制度的一般性规定,本质在于将分散在刑法中的具体免罚条款原则化,具有独立性和普遍适用性^[2]。该观点表明了该条的体系地位,也强调了独立适用的价值,且与当前司法实践普遍适用37条的现状相符,较为合理。站在37条是一般性规定的立场上,就需要讨论自首免罚条款是第37条的注意规定还是法律拟制。如果是注意规定,则表明自首免罚条款与37条没有实质差异,自首免罚条款以37条的基本原理为前提;如果认为该条是法律拟制,则表明自首免罚条款与37条的原理并不相同,二者的适用条件也有所差异,只是立法通过拟制的方式赋予了二者同样的法效果。

笔者认为,自首免罚条款不是37条的注意规定,而是法律拟制。

第一,从立法层面看,修改自首免罚条款有特殊的价值。《中华人民共和国刑法(1997年)》第63条就规定了自首免罚条款,但当时的规定是,“犯罪较轻的,可以减轻或免除处罚。”1997年《刑法》删除了“可以减轻处罚”的规定,直接修改为“可以免除处罚。”这样的规定,进一步体现了宽严相济的刑事政策,加大鼓励犯罪人投案自首和积极悔过的力度^{[17]194-195}。自首免罚条款“从相对从宽”到“绝对从宽”的立法转变^[44],不是37条的逻辑推理或应有内涵,而是基于特殊的刑事政策。

第二,从量刑原理看,自首免罚条款不符合一般量刑原理。根据《刑法》第61条规定,量刑时,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度进行判断,需要同时考量事前、事中与事后行为的责任刑与预防刑。37条中的“犯罪情节轻微”和“不需要判处刑罚”这两个条件,第一个条件是对事前事中行为责任刑的考量,第二个条件是对事后行为的预防性的考量,符合量刑的基本原理。但是,从责任刑角度来看,自首免罚条款中的“犯罪较轻的”与第37条中的“犯罪情节轻微”并不相同,根据学界通说,“犯罪较轻的”是指犯“较轻之罪”^[45],不一定是情节轻微;从预防性角度看,自

首免罚条款只需要考虑自首的具体情形,无须进一步考察其他预防性因素。因此,自首免罚条款与37条的免罚逻辑并不相同,不是37条的注意规定,而是法律拟制。既然自首免罚条款是法律拟制,故适用该条时,就应当允许单独适用。

在犯罪附随后果尚未被废止的当下,即便决定适用自首免罚条款,仍要区分究竟是判处“定罪免罚”,还是决定“免罪免罚”,目前区分二者的标准主要是程序性标准,即案件如果处于审查起诉时,通过相对不起诉“免罪免罚”,如果进入审判阶段,则一般折中式地裁判“定罪免刑”或判处缓刑,这样的程序性标准并不符合犯罪成立的法定性要求。即刑事案件不能因为所处阶段不同,就存在罪与非罪的重大差异。有学者指出,如果法院决定适用免罚条款,就表明行为人不具有刑事政策意义上预防的必要性,这是预防刑视域下的无罪判断,应当成为刑法中的罪责阻却事由^[46]。换言之,法院也应当作无罪判决。因此,如何划分“定罪免罚”和“免罪免罚”的实体标准,以及“定罪免罚”是否有存在的必要,值得进一步研究。当下,可以考虑尽量从“免罪免罚”的角度单独适用自首免罚条款,以发挥其最大限度的激励功能。

(二)修正自首免罚条款的裁量逻辑

将“犯罪较轻的”解释为犯轻罪的,并不意味着所有犯轻罪的都可以适用自首免罚条款。从《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(以下简称《指导意见》)的规定看,无论是从轻、减轻情节的量刑,还是从严从重的情节的量刑,都规定了较为严格、具体的幅度,基本符合量刑精准化、规范化的要求,但在规定免除处罚条款的适用时,却非常模糊。例如,《指导意见》规定,具有自首情节,犯罪较轻的,可以减少基准刑的40%以上或者依法免除处罚。问题是,如果能减少基准刑40%以上,究竟要减少多少比例,才能免除处罚?显然,《指导意见》对自首减少到40%以上的基准刑和免除处罚之间的关系缺乏明确的界定。

从量刑精准化角度看,如果能单独根据自首条款减少基准刑的100%,或者根据自首条款和其他减免情节能够减少到100%时,则应当适用免除处罚的规定,这种计算方法完全符合《指导意见》中的多个量刑情节“同向相加”的规定。又因为自首免罚条款是法定免罚情节,故符合上述标准的,无须根据《刑法》第63条的规定上报最高人民法院核准。

根据《指导意见》的规定,具有多个量刑情节的,且情节之间既有减免情节,又有从严从重情节时,采取“逆向相减”的方法调节基准刑。其中,如果具有犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止,从犯等法定减免处罚情节的,先适用该量刑情节对基准刑进行调节,在此基础上,再适用其他量刑情节进行调节。此种量刑方法是先计算法定减免情节+后计算其他情节的模式,即“先减后加”模式。这意味着即便行为人具有法定免罚情节,如果又具有其他从严、从重情节,则在减免的基础上又会增加量刑,最终不能适用免除处罚的规定。

有观点认为,当行为人具备多个逆向量刑情节时,在确定了责任刑之后,在裁量预防刑时先适用从重情节,再适用从宽情节^[28]。这种观点是先根据责任刑计算基准刑+根据预防刑计算从重情节+根据预防刑计算从宽情节,即在区分责任刑与预防刑的前提下,采取“先加后减”模式,与《指导意见》相比,该观点区分了责任刑与预防刑,并主张先根据责任刑裁量基准刑。但其缺陷在于,即便行为人具有累犯等预防刑的从重情节,也可能免除处罚,这种观点也并不妥当。在人性的深处坚定地环绕着对于法律的生长发生重大影响的力量,这些远在一切之上的力量,就是心性、习惯、和平的欲望和秩序欲望^[47]。人遵循法律的心性、习惯与欲望是一种“事实的规范力量”,也是法律最深的渊源,累犯的常习和习惯表明,其缺乏对法律的内心确认,自首也可能只是功利上的驱使或对刑罚的恐惧,宜从方法上限制累犯适用自首免罚条款的幻想。妥当的做法是,先根据责任刑计算基准刑+

根据预防刑计算从宽情节+根据预防刑计算从重情节的模式更为合理。此种方法同样区分了责任刑与预防刑的裁量,遵循了责任刑决定刑罚的上限,预防刑决定刑罚的下限的量刑原理,而且对具有预防刑的从严从重情节的案件,不能适用自首免罚条款。因此,从特殊预防的角度看,宜将“犯罪较轻的”理解为“犯轻罪且没有预防刑的从严、从重情节”。

(三)明确自首免罚条款的适用条件

自首和自首免罚是两个不同的问题,前者是自首的成立范围问题,后者是自首免罚条款的适用范围问题。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》将“自动性”的判断标准限于客观方面的内容。但是在刑罚裁量时,《指导意见》规定,要综合考虑自首的动机、时间、方式、罪行轻重、如实供述罪行的程度以及悔罪表现等情况,且恶意利用自首规避法律制裁不能从宽。可见,规范性文件采取了“自首成立范围从宽把握”和“自首影响刑罚裁量从严把握”的立场。

根据自首免罚的理论依据,符合免罚条件的自首应具备克服人性、修复规范、提升效率三个维度的正当理由。首先,“自首免罚”中的自首应当是行为人克服了“趋利避害”与侥幸心理本能的情形。只有在“人”或者“事”尚未被司法机关发现时,行为人才具备克服“趋利避害”与侥幸心理本能的条件,这要求自首应当具备及时性。及时性的判断标准是,犯罪行为未被司法机关发觉,或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,对被立案、通缉、追捕中的自首不能单独适用自首免罚条款。其次,“自首免罚”中的自首应当是行为人恢复法规范意识,真诚悔悟的情形,具体表现为对法的认知性尊重和对法的实践性尊重。在有被害人的案件中,自首免罚条款的适用通常还应以被害人谅解为前提,因为行为规范的有效性还要考虑社会公众的接受程度。在轻罪案件中,如果行为规范得以修复,则没有必要对行为人继续施加以修复行为规范为最终手段的刑罚。最后,“自首免罚”中的自首应当是能够提升侦查、司法机关办案效率的情形,即行为人投案自首必须如实供述自己的犯罪事实,并认罪认罚,减少侦查、司法机关办案资源的投入。

结语

实务界和学术界的主流观点认为,“可以型”条款可以适用,也可以不适用,究竟是否适用,取决于对具体案件的综合判断,要考虑的因素包括所有的责任刑和预防刑情节。自首免罚条款又属于典型的“可以型”条款,故实务界对自首免罚条款的适用普遍采取综合适用的方法。但这种做法不仅会导致自由裁量权过大,而且抽空了自首免罚条款的独特价值,致使该条款沦为“折中处理”的工具,难以发挥自首免罚条款的功能。随着轻罪时代的到来,刑罚的轻缓化和出罪路径的拓展成为刑事治理的两大任务,而自首免罚条款同时具备实体上免罚与程序上出罪的双重功能,符合轻罪时代的治理理念,应当得到积极适用。这就需要从理念上改变“可以型”情节是“既可以适用也可以不适用的情节”的模糊成见,将“可以”理解为“有条件的必须”,即如果决定适用,就与“应当型”条款具有同等效力。如此,就需进一步探讨“决定适用”自首免罚条款的条件,改变实务中司法人员不敢用、不愿用、不会用自首免罚条款的现状。

参考文献:

- [1] 卢建平. 为什么说我国已经进入轻罪时代[J]. 中国应用法学, 2022(3):132-142.
- [2] 孙本雄. 定罪免刑制度的价值与功能:《刑法》第37条前段的效用研究[J]. 江西社会科学, 2023(6):132-140.
- [3] 本雅明·范·罗伊, 亚当·费恩. 规则为什么会失败:法律管不住的人类行为暗码[M]. 高虹远,译. 上海:上海三联书店, 2023:23.

- [4] 李中良. 从“抽象性”到“生成性”:刑罚威慑理论的认知视野转向[J]. 山东社会科学, 2021(12):182-187.
- [5] 程红艳. 教育制度如何释放人性之善:论制度与人性的良性互动[J]. 全球教育展望, 2024(7):13-26.
- [6] 陈亚飞. 法律价值渊源的人性审视[J]. 浙江社会科学, 2023(8):35-42, 157.
- [7] 何永军. 中国古代法制的思想世界[M]. 北京:中华书局, 2020:215.
- [8] 陈和华. 犯罪人的适应性非理性及其防控[J]. 政法论丛, 2012(4):54-63.
- [9] 黄建军. 领导干部贪污腐化的心灵根源[J]. 人民论坛, 2018(24):34-35.
- [10] 庄绪龙. 论经济犯罪的“条件性出罪机制”:以犯罪的重新分类为视角[J]. 政治与法律, 2011(1):19-27.
- [11] 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(03).
- [12] 庄绪龙. “法益恢复”刑法评价的模式比较[J]. 环球法律评论, 2021(5):133-148.
- [13] 孙本雄. 事后行为出罪的法理依据及判断标准[J]. 现代法学, 2023(1):75-89.
- [14] 松原芳博, 郑军男. 刑法与哲学:关于刑罚的正当化根据[J]. 刑事法评论, 2022(2):48-66.
- [15] 李想. 商业秘密保护的正当性基础解构:以效率论与道德论的博弈为视角[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 2024(4):113-123.
- [16] 陈卫东. 认罪认罚从宽制度研究[J]. 中国法学, 2016(2):48-64.
- [17] 王爱立. 中华人民共和国刑法:条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京:北京大学出版社, 2021:194-195.
- [18] 卢建平. 轻罪时代的犯罪治理方略[J]. 政治与法律, 2022(1):51-66.
- [19] 刘艳红. 积极预防性刑法观的中国实践发展:以《刑法修正案(十一)》为视角的分析[J]. 比较法研究, 2021(1):62-75.
- [20] 王迎龙. 轻罪治理背景下出罪模式研究:实体与程序路径的双重反思[J]. 比较法研究, 2023(4):18-32.
- [21] 周光权. 法定刑配置的优化:理念与进路[J]. 国家检察官学院学报, 2022(4):38-53.
- [22] 张明楷. 重刑化与轻刑化并存立法例下的刑法适用[J]. 法学论坛, 2023(3):38-49.
- [23] 刘仁文. 再法典化背景下我国刑法犯罪法律后果体系的完善[J]. 法学研究, 2023(5):171-188.
- [24] 刘艳红. 中国反腐败立法的战略转型及其体系化构建[J]. 中国法学, 2016(4):218-244.
- [25] 高铭暄, 孙道萃. 预防性刑法观及其教义学思考[J]. 中国法学, 2018(1):166-189.
- [26] 姜敏. 刑法预防性立法:罪型图谱和法治危机消解[J]. 政法论坛, 2021(6):176-188.
- [27] 黎宏. 预防刑法观的问题及其克服[J]. 南大法学, 2020(4):1-21.
- [28] 张明楷. 论预防刑的裁量[J]. 现代法学, 2015(1):102-117.
- [29] H. L. A. 哈特. 法律、自由与道德[M]. 钱一栋, 译. 北京:商务印书馆, 2021:52.
- [30] 喻海松. 网络犯罪形态的碎片化与刑事治理的体系化[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2022(3):58-70.
- [31] 杨婷. 论大数据时代我国刑事侦查模式的转型[J]. 法商研究, 2018(2):25-36.
- [32] 周振杰. 共犯自首的实践检视与问题思考:基于2136名共犯的研究[J]. 中国应用法学, 2025(2):131-151.
- [33] 张明楷. 轻罪立法的推进与附随后果的变更[J]. 比较法研究, 2023(4):1-17.
- [34] 郑丽萍. 轻罪重罪之法定界分[J]. 中国法学, 2013(2):128-138.
- [35] 陈兴良. 轻罪治理的理论思考[J]. 中国刑事法杂志, 2023(3):3-18.
- [36] 张军. 最高人民检察院工作报告[N]. 人民日报, 2021-03-16(03).
- [37] 徐岱. 论从轻罪到轻犯罪及出罪路径[J]. 当代法学, 2025(1):66-73.
- [38] 李诗灿. 自首犯量刑应确立三原则[N]. 检察日报, 2009-06-12(03).
- [39] 陈禹橦.《刑法》第37条免予刑事处罚条款的刑事一体化解读[J]. 中国应用法学, 2024(2):162-172.
- [40] 侯周溥. 自首“免除处罚”的适用[J]. 中国检察官, 2021(10):15-17.
- [41] 肖怡. 解决量刑情节冲突的依据及方法[J]. 人民检察, 2008(23):59-60.
- [42] 张明楷. 论减轻处罚与免除处罚[J]. 人民检察, 2015(7):13-18.
- [43] 陈光中. 刑事诉讼法[M]. 4版. 北京:北京大学出版社, 2012:306.
- [44] 沙君俊. 自首制度比较研究[J]. 现代法学, 2003(1):100-106.
- [45] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 10版. 北京:北京大学出版社, 2022:269.
- [46] 姜涛. 从定罪免刑到免刑免罪:论刑罚对犯罪认定的制约[J]. 政治与法律, 2019(4):18-31.
- [47] 博登海默. 博登海默法理学[M]. 潘汉典, 译. 北京:法律出版社, 2015:175.

Application of the voluntary surrender and exemption clause in the era of misdemeanors: Dilemma and response

HUANG Mingru, LIU Tao

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, P. R. China)

Abstract: China's criminal law has a long tradition of setting up the clause of voluntary surrender and exemption from punishment, and exemption from punishment by voluntary surrender is based on the theories of human nature, normativity, and efficiency, and the precise application of the clause has three functions: implementing the concept of leniency, conforming to the orientation of crime prevention and saving judicial resources. There are two ways to apply the clause in China: conviction but exemption from punishment and exemption from punishment for guilt. The former represents a substantive avenue for release from criminal liability, whereas the latter constitutes a procedural avenue for exoneration. In practice, there are problems in the application of the clause by judicial organs, such as unreasonable methods, inconsistent standards, unclear logic and low rate of separate application, which make it difficult for the clause to give full play to its unique value. The reason is that the judicial interpretation interprets the premise of the application of the clause—the crime is relatively minor—as the circumstances of the crime are relatively minor, which makes the clause become a vassal of other exemption clauses and loses its status as an independent system, and in turn leads to the application of the clause only by the method of estimation. Between application or non-application, the clause is reduced to a tool for compromise treatment. With the advent of the era of misdemeanors, the number of misdemeanor cases continues to increase, and the disadvantages of punishment with consequences have gradually emerged, which has further exacerbated the contradictions between leniency of punishment, crime prevention and saving judicial resources. Compared with other exemption clauses, the voluntary surrender and exemption from punishment clause is the most cost-effective, most morally demanding, and easiest incentive clause to limit the initiation of criminal punishment, and should be actively applied. First of all, it is necessary to improve the application mode of the clause, characterize the clause as a special provision or legal fiction, and change the existing comprehensive application model to a mode of comprehensive application + separate application. Secondly, the crime is relatively minor should be interpreted as committing a misdemeanor without the aggravating circumstance of a preventive sentence, since the legislature has already taken into account the social harmfulness of the act when setting the statutory sentence, and the fixed-term imprisonment of less than three years is a dividing line of many systems in the Criminal Law and the Criminal Procedure Law, it is appropriate to define the scope of misdemeanors with the statutory sentence of three years imprisonment. Thirdly, the discretionary logic of the clause should change from calculating the statutory mitigating circumstances before calculating other circumstances to calculating the base sentence first according to the responsibility penalty + then calculating the mitigating circumstances of the preventive sentence + finally calculating the aggravating circumstances of the preventive sentence. Finally, based on the theory of human nature, normativity, and efficiency, the types of voluntary surrender that apply the clause should be perfected. They should be limited to those characterized by timeliness, initiative, and sincerity, while excluding situations where voluntary surrender is maliciously exploited to evade legal sanctions.

Key words: misdemeanor; surrender; grounds for exoneration; immunity from conviction; relative non-prosecution

(责任编辑 刘 琦)