

免除刑罚制度的比较考察

曾文科*

内容提要：通过比较考察发现，在我国、日本和德国，虽然刑法关于免除刑罚的规定存在差异，但在实务中免除刑罚的适用均属例外情况。适用免除刑罚既可以缓和制裁，又可以通过建构“刑事程序—（非刑罚性的刑事或）行政制裁”模式来发挥强化制裁的作用，并且具备审前分流措施及形式裁判所不具备的优势。为了充分发挥免除刑罚制度在制裁多元化中的作用，就必须承认刑法第37条具有作为独立的刑罚免除事由的一面；并且通过法解释学工作，可以将强化制裁的功能纳入该条的适用范围。同时，第37条还具有作为具体的刑罚免除事由的概括性规定的一面。在这两种情况下，都可以依据第37条对相应犯罪科处非刑罚性的刑事制裁措施。

关键词：免除刑罚 刑罚免除事由 缓和制裁 强化制裁

一、问题的提出

在刑法中，除了从犯罪成立要件的角度，将犯罪形式地定义为该当构成要件、违法且有责的行为，还常常从法律效果的角度，将犯罪实质地定义为值得科处刑罚的行为，即具有可罚性的行为。我国刑法理论也将“应受刑罚处罚性”确定为犯罪的一个特征。⁽¹⁾一般而言，构成犯罪的行为都应受到刑罚处罚，犯罪与刑罚被理解为要件与后果的关系。可是，刑法第37条又规定，“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。可见，在具体案件中，满足犯罪成立要件后，出于种种情节上的考虑，可以对犯罪人不科处刑罚。

免除刑罚制度一直被理解是针对轻微犯罪的缓和制裁的手段，其前提是通过实体裁判宣告犯罪成立。⁽²⁾所以，从诉讼的经济性与有利于行为人尽早脱离刑事程序的角度看，为达到同样的缓和制裁目的，选择审前分流措施或形式裁判的方法，乃至根本不启动刑事程序，径自依行政程序等来处理案件，似乎更值得考虑。因此，在主张制裁手段多元化的当下，学者们一方面注重刑罚执行阶段犯罪人的处遇问题，另一方面也积极关注行政制裁

* 中国政法大学讲师。

(1) 例如参见黎宏《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第50页。

(2) 实体裁判是指针对起诉的内容是否具有理由作出判断的裁判，与此相对，形式裁判是指针对起诉是否有效作出判断的裁判。参见田口守一『刑事訴訟法』弘文堂2012年6版426頁。

手段以及刑事诉讼过程中的分流措施等，可偏偏对刑法中的免除刑罚制度未抱有太大兴趣，甚至未对该制度的实际状况进行充分考察。⁽³⁾

但是，免除刑罚制度在缓和制裁上的作用可以完全被其他制度取代吗？此外，免除刑罚制度就完全没有强化制裁的一面吗？为了最大限度地发挥免除刑罚制度所可能蕴含的机能，能否通过法解释学的方法，在实体法上为其找到相应的条文根据？为了回答上述问题，本文选取与我国同属大陆法系，且对我国刑法学产生重要影响的日本和德国作为比较对象，基于三国的相关刑法规定及统计数据等，首先对三国刑法（特指刑法典）中有关免除刑罚的规定，以及实务中免除刑罚的适用现状予以确认，为进一步的论述提供必要的素材；然后分析免除刑罚制度在制裁多元化进程中所可能发挥的机能，探讨活用该制度的必要性；最后通过对刑法第37条的法律性质及适用范围的分析，为突破免除刑罚制度在实务适用中的闭塞状态，提供法解释学上的理论根据。

二、各国刑法有关免除刑罚的规定

（一）相关规定的现状

在我国刑法中，除了有关免除刑罚的一般性规定（第37条）外，有关免除刑罚的规定可以分为六种类型：（1）可以从轻、减轻或者免除处罚（第19条、第22条2款、第383条3款、第386条）；（2）可以减轻或者免除处罚（第10条、第68条后段、第164条第4款、第276条之一第3款、第390条第2款、第392条2款）；（3）应当从轻、减轻处罚或者免除处罚（第27条第2款）；（4）应当减轻或者免除处罚（第20条2款、第21条2款、第28条）；（5）可以免除处罚（第67条第1款第3句、第67条2款、第351条第3款）；（6）应当免除处罚（第24条第2款前段）。

日本刑法中的免除刑罚规定可分为以下四种类型：（1）可以减轻或者免除刑罚（第36条2款、第37条第1款但书、第170条、第171条、第173条）；（2）应当减轻或者免除刑罚（第43条但书、第228条之三但书）；（3）可以免除刑罚（第105条、第113条但书、第201条但书）；（4）应当免除刑罚（第80条、第93条但书、第244条第1款、第251条、第255条、第257条第1款）。

德国刑法中有关免除刑罚的规定可分为以下五种类型：（1）可以依裁量减轻或者免除刑罚（第83条a、第84条第4款与第5款前段、第85条第3款、第89条a第7款、第98条第2款第1句、第99条第3款、第113条第4款第2句后段、第114条、第125条第2款、第129条第6款、第129条a第7款、第129条b第1款第1句、第136条第4款、第157条第1款与第2款、第158条第1款、第162条、第236条第5款、第306条e第1款与第3款、第314条a第2款与第4款、第320条第2款与第4款、第330条b第1款第1

(3) 从发表的论文看，我国关于免除刑罚制度的研究屈指可数，且几乎都是围绕着刑法第37条的法律性质这一问题展开，缺乏对免除刑罚制度从实态到机能的整体性考察。借鉴俄罗斯的经验探讨相关问题的，参见蒋慧玲：《免除刑事责任：通向割断犯罪和刑罚必然联系的路径——俄罗斯刑法应对和预防犯罪的另一种制度安排》，载赵秉志主编《刑法论丛》第18卷，法律出版社2009年版，第300页以下。与本文类似，通过与德日进行比较展开研究的，参见郑超《无刑罚的犯罪——体系化分析我国〈刑法〉第37条》，《政治与法律》2017年第7期。

句与第2款);(2)应当减轻或者可以免除刑罚(第142条第4款);(3)可以免除或者依裁量减轻刑罚(第23条第3款);(4)可以免除刑罚(第46条a、第46条b第1款第4句、第86条第4款、第86条a第3款、第87条第3款、第89条第3款、第89条b第5款、第91条第3款、第113条第4款第1句、第114条、第125条第2款、第129条第5款、第129条b第1款第1句、第136条第4款、第139条第1款、第174条第5款、第182条第6款、第218条a第4款第2句);(5)应当免除刑罚(第60条)。

(二) 免除刑罚规定的对比分析

1. 免除刑罚的例外性

结合上述三国刑法关于免除刑罚的规定,从形式上看,可以确认免除刑罚具有例外性。

第一,从刑法各本条中制裁规定的表述方式看,原则上各本条规定为“……的,处……”。其中,“处……”的部分具体指示了刑罚的具体内容。与此相对,免除刑罚常常被规定为第2款、但书,或者作为独立条文邻接各本条个别地予以规定。因此,容易将刑罚理解为针对犯罪的原则性制裁手段,而免除刑罚属于例外情况。

第二,即便将免除刑罚规定设置在刑法总则中,从其位置看,仍然可以说刑罚才是针对犯罪的典型处理方法。例如,我国刑法第37条被规定在总则第3章“刑罚”第1节“刑罚的种类”中,被理解为是刑罚的补充或替代。⁽⁴⁾德国刑法第60条“作为犯罪的法律后果”被规定在总则第3章靠最后的位置;虽然未必将其视作刑罚的补充,但该条的适用条件受到了严格限制,终究属于例外性规定。⁽⁵⁾而在日本刑法的总则中,根本就不存在有关免除刑罚的一般性规定。

第三,在免除刑罚的事由中,包括了诸如自首、损害赔偿等实行行为终了,乃至犯罪结果已经发生之后才出现的事由,这些事由与犯罪行为本身没有关系,并且在犯罪后其也未必一定会出现。因此,一般而言,也将其理解为例外地带来免除刑罚效果的事由。

2. 可以免除刑罚的犯罪类型

比起相同点,三国的刑罚免除事由的不同之处更多。整体上看,我国的总则性刑罚免除事由最多,特别是有关一般性免除刑罚的刑法第37条,成了我国免除刑罚制度的一大特征。此外,由于该条将“情节轻微”作为适用条件,所以传统上将该条理解为应对轻微犯罪的规定。

形成对照的是,日本刑法规定的刑罚免除事由最少,而且刑法中的“免除刑罚全都是法律上的免除,不承认裁判上的免除”。⁽⁶⁾虽然日本刑法中没有设置有关免除刑罚的一般性规定,但日本在轻犯罪法第2条中规定,“对于犯前条之罪的,依情节可以免除刑罚或者并科拘留与科料”。根据该规定,针对轻微犯罪赋予了法官裁量性的刑罚免除权。另一方面,日本刑法第66条⁽⁷⁾赋予了法官针对所有犯罪裁量性减轻刑罚的权限,而且日本刑事诉讼法第248条⁽⁸⁾赋予了检察官极大的起诉裁量权限。这样的裁量权在我国和德国,都受

(4) 参见陈兴良《规范刑法学》上,中国人民大学出版社2013年版,第343页;周光权《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第415页;曲新久主编《刑法学》,中国政法大学出版社2016年版,第221页。

(5) 参见大原邦英「刑の免除序説(一)」法学51卷1号(1987)81頁。

(6) 高橋則夫『刑法總論』成文堂2013年2版536頁。

(7) 该条规定,“存在应予酌量的犯罪情节时,可以减轻刑罚”。

(8) 该条规定,“根据犯人的性格、年龄及境遇,犯罪的轻重及情节,以及犯罪后的情况,认为没有追诉的必要时,可以不提起公诉”。

到了相对较大的限制。

德国除了在刑法分则中规定大量的刑罚免除事由外，其刑法总则在对行为所产生的结果和行为人可能被科处的刑罚进行一定限制的基础上，设置了一般性的承认免除刑罚的规定（第60条）。^{〔9〕}并且，对于适用第60条的犯罪，在类型上没有进行限制。如学者指出的，“该制度不是对应于犯罪的轻微性的，而是应对由于对行为人造成的结果太严重，从而使科处刑罚本身丧失意义的情形”；^{〔10〕}该条“属于‘一般性的规定’，适用于全部种类的犯罪行为……不能像奥地利刑法第42条那样，将该条视为针对轻微犯罪的特别规定”。^{〔11〕}另外，防卫过当、避险过当或者犯罪中止等情节在德国虽然不属于刑罚免除事由，但可以导致“不处罚”（即不认定为犯罪）的法律效果。

从各具体的刑罚免除事由来看，我国重视法益侵害的程度、犯罪后的损害赔偿以及犯罪人对罪行的悔悟等，特别是针对贪污罪、受贿罪、行贿罪以及介绍贿赂罪等，明示了可以免除刑罚的条件。日本的特点则在于，设置了有关亲属间犯罪时免除刑罚的特例。^{〔12〕}而德国重视行为人责任的轻微性，特别是在有可能侵害国家及公共安全的危险犯中，以“自动且真挚的努力”为要件，规定了许多刑罚免除事由。

三、实务中免除刑罚的适用

（一）免除刑罚的适用现状

如表1、表2、表3所示，从2009年到2013年，我国受到确定刑事裁判的人数每年约100万，其中免除刑罚的每年不过17000—19000人，刑罚免除率（B/A）在1.6%—1.8%之间变动（表1）。在日本，从2009年到2014年，受到确定刑事裁判的人数每年在40万上下，而免除刑罚的每年不过1—2人，甚至如2013年和2014年，出现了免除刑罚的情形一例都没有的情况（表2）。从2009年到2013年，德国受到确定裁判的一般刑法犯^{〔13〕}人数每年80多万，其中被免除刑罚的人数每年在300人上下，刑罚免除率（B/A）在0.04%上下（表3）。

可见，无论在我国还是日本、德国的刑事审判中，与科处刑罚的情形相比，免除刑罚的确都只是被例外地适用。但是，我国刑事审判中被适用免除刑罚的人数及刑罚免除率仍然远超日本和德国。

〔9〕 关于德国刑法第60条，参见前引〔5〕，大原邦英文，第70页以下；西村克彦「裁判上の刑の減免について」同『罪責の構造』信山社1991年新版280页以下。关于德国刑法修正中刑罚的一般性免除规定的修正经过，参见内藤谦「轻微犯罪」同『刑法改正と犯罪論：日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開（下）』有斐閣1976年682页以下。

〔10〕 上引内藤谦文，第688页。

〔11〕 前引〔5〕，大原邦英文，第83页。另外，规定行为欠缺当罚性的奥地利刑法第42条，已在2007年的法律修正中被删除。

〔12〕 关于日本的刑罚免除事由的详细分析，参见前引〔5〕，大原邦英文，第96页以下；大原邦英「刑の免除序説（二）」法学51卷3号（1987）56页以下、同「刑の免除序説（三）」法学52卷3号（1988）41页以下。

〔13〕 一般刑法犯是与少年刑法犯相对的概念。一般刑法（Allgemeines Strafrecht）适用于成人以及部分的年长少年；根据德国少年法院法第1条第2款，年长少年（Heranwachsende）指行为时已满18周岁不满21周岁的人。对于年长少年，如果根据其个人发展情况，仍然能与少年（根据少年法院法第1条第2款，少年指行为时已满14周岁不满18周岁的人）等同视之，则要根据少年法院法第105条适用少年刑法。

表 1 全国法院审理刑事案件被告人判决生效情况 (2009—2013)

年份	生效判决		生效判决被告人处理情况									
			宣告无罪	免于刑事处罚 (B)	给予刑事处罚	其中						
	件	人 (A)				5 年以上至死刑	3 年以上不满 5 年	3 年以下有期徒刑	拘役	有期徒刑、拘役的缓刑	管制	单处附加刑
2009	644387	997872	1206	17223	979443	162675	459621		66125	250635	16833	23554
2010	656198	1007419	999	17957	988463	159261	461523		63848	265230	16171	22430
2011	700660	1051638	891	18281	1032466	149452	95043	365037	76683	309297	14829	22125
2012	816759	1174133	727	18974	1154432	158296	96039	395574	112766	355302	12853	23602
2013		1158609	825	19231	1138553	125015	79479	405032	133044	356523	14641	24819

出处 《中国法律年鉴》2014 年版第 1133 页、2013 年版第 1210 页、2012 年版第 1065 页、2011 年版第 1051 页、2010 年版第 919 页。

表 2 日本受确定刑事裁判人数统计 (按处理结果划分) (2009—2014)

年份	总数 (A)	死刑	惩役	禁锢	罚金	拘留	科料	免除刑罚 (B)	无罪	免诉	驳回公诉 (C)	管辖错误
2009	503245	17	68631	3362	427600	16	3086	1	75	6	447	4
2010	473226	9	64914	3351	401382	6	3067	1	86		409	1
2011	432051	22	59898	3229	365474	8	2964	1	77	1	376	1
2012	408936	10	58253	3227	344121	5	2868	2	82		367	1
2013	365291	8	52763	3174	306316	4	2559		122		345	
2014	337794	7	52585	3124	279221	4	2417		116		319	1

出处: 檢察統計統計表・年報 2014 年表 14 - 00 - 63 (<http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001137864>, 2015 年 12 月 10 日访问)、2013 年表 13 - 00 - 63 (<http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001126683>, 2015 年 12 月 10 日访问)。

表 3 德国受确定刑事裁判人数统计 (按处理结果划分) (2009—2013)

年份	依一般刑法受确定裁判者			依刑法第 59 条附刑罚保留者	依一般刑法受其他决定者				
	总数 (A)	被科刑者	受其他决定者		受独立的保安处分者	附保安处分的无罪判决	免除刑罚 (B)	停止程序 (D)	
								无保安处分	
2009	880425	727641	152784	7930	979	57	398	123295	28055
2010	854590	704802	149788	8083	869	61	379	120663	27816
2011	849850	705640	144210	8242	632	43	329	116308	26898
2012	821839	682206	139633	7893	682	36	287	112578	26050
2013	811569	674201	137368	7655	654	47	304	110284	26079

Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3 - 2013, S. 58f, 2012/2011/2010/2009, S. 56f., <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung.html>, 2015 年 12 月 10 日访问。

（二）例外适用免除刑罚的原因

关于适用免除刑罚的例外性以及三国在适用上的差异，以下几点原因值得注意。

第一，如前所述，从三国的立法形式看，免除刑罚被定位为例外性规定，实务中例外地适用该制度也是理所当然。同时，三国有关免除刑罚的规定的种类及数量也存在不少差异，这一点对各国适用免除刑罚的频率及比率产生了影响。另外，具有刑罚免除事由的犯罪的发生率及查获率等，也是应予考虑的因素。

第二，我国刑法将“应受刑罚处罚性”定位为犯罪的一大特征，犯罪成立要件中经常包含“数额较大”、“情节严重”等罪量要素，一旦认定犯罪成立，一般而言科刑的必要性也同时得到肯定。而且根据我国刑法第13条但书的规定，“情节显著轻微危害不大”时，本来就不成立犯罪。类似的，在德国、日本的实质犯罪概念之下，可罚性是犯罪的核心，在能够肯定可罚性时，当然也能够认定刑罚的必要性与相当性；与此相对，否定可罚性时，则多被认为本来就不应当否定犯罪的成立。⁽¹⁴⁾因此，在可罚性的观念之下，免除刑罚只能成为例外措施。⁽¹⁵⁾

第三，刑罚免除率的高低与形式裁判的运用有密切关系。例如，德国刑事诉讼法规定了大量的停止程序（Einstellung des Verfahrens）措施。根据该法第153条b第2款，可以免除刑罚时，从提起公诉到审判程序开始之前，在获得检察官及被告人的同意后，法院可以停止程序。⁽¹⁶⁾但该法第156条明确规定，“法庭审理程序开始后，公诉不能撤回”。如前文表3所示，从2009年到2013年，德国受到确定裁判的一般刑法犯中的程序停止率（D/A）在13.6%—14.0%之间变动，远远高于0.04%上下的刑罚免除率（B/A）。如果加上依停止程序进行处理的人数，则同时期内德国被告人不受刑罚处罚的比率将高达14%，大致是我国同期刑罚免除率的8.2倍。可见，德国的刑罚免除率之所以低，其中一个原因是许多可以免除刑罚的案件通过停止程序这一形式裁判得到了处理。⁽¹⁷⁾

类似的是，日本刑事诉讼法第257条明确规定了撤回公诉制度，即“作出一审判决前可以撤回公诉”；根据该法第339条第1款第3项，取消公诉时由法院作出驳回公诉的决定。如前文表2所示，从2009年到2014年，日本的驳回公诉率（C/A）在0.09%上下，该比例也远高于刑罚免除率。这种承认公诉可以取消的原则被称作起诉变更主义，是起诉便宜主义（Opportunitätsprinzip）在审判阶段的具体表现；也有见解将取消公诉定位为提起公诉后的分流措施。⁽¹⁸⁾

在我国刑事诉讼法中，不存在起诉后可以免除刑罚为由停止程序的规定。换言之，只

(14) 也存在这样的见解，即将免除刑罚理解为犯罪的可罚性阻却或减少事由，从而认为与“不处罚”（即不认定为犯罪）的情形一样，免除刑罚时也能阻却犯罪性。参见中野次雄『刑法総論概要』成文堂1997年3版補訂版221頁以下；前引〔6〕，高桥则夫书，第372頁。

(15) 免除刑罚制度在日本的适用极为罕见的一个原因在于，“裁判官被强烈的一般预防的意识支撑着”。参见大原邦英「刑の免除序説（三）」法学52卷3号（1988）83頁。

(16) 同时参见德国刑事诉讼法第153条第2款、第153条a第2款、第154条第2款、第154条b第4款、第154条e第2款等。

(17) 参见前引〔9〕，内藤谦文，第689頁。

(18) 井上正仁「犯罪の非刑罰的处理 『ディヴァージョン』の觀念を手懸りにして」芦部信喜ほか編『基本法学（8） 紛争』岩波書店1983年430—431頁。

要案件没有依据 2012 年刑事诉讼法第 173 条第 2 款被酌定（裁量）不起诉，那么，理论上对于存在刑罚免除事由的案件，也必须通过该法第 195 条规定的有罪实体裁判来宣告免除刑罚。可是，必须注意的是，虽然刑事诉讼法上没有规定撤回起诉制度，但 2012 年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第 459 条规定了可以撤回起诉的情形。撤回起诉具有终结诉讼进程的效力，⁽¹⁹⁾ 且应当接受法院的司法审查，即通过法院的裁定来判断是否准许撤回起诉，⁽²⁰⁾ 这种裁定即为一种形式裁判。所以，该当免除刑罚的案件即便被起诉，也仍然有通过撤回起诉来结案的余地。

第四，审前分流措施的适用也是极为重要的一个原因。免除刑罚的前提是必须提起公诉（或者自诉），如果更多地适用审前分流措施，则本应由免除刑罚来应对的部分案件就会被排除在审判程序之外。众所周知，日本采取的是起诉便宜主义，而我国与德国原则上采取起诉法定主义（Legalitätsprinzip）。在日本，许多该当免除刑罚的案件通过侦查阶段的微罪处分或起诉阶段的起诉犹豫而得到了审前分流处理。

如表 4 所示，从 2009 年到 2014 年，日本一般刑法犯的微罪处分率（B/A）为 31% 左右，每年有 7—10 万人未被移送检察机关就停止了程序。此外，2014 年特别刑法犯中违反道路交通法的取缔件数（告知案件与送检案件的总件数）为 7048722 件，其中 6717978 件属于告知案件。⁽²¹⁾ 所以，违反道路交通法的案件几乎全部（95.3%）都通过缴纳交通罚则金而终结了程序。在起诉阶段，如表 5、表 6 所示，从 2009 年到 2014 年，日本检察厅终局处理人数的 52%—56% 都通过起诉犹豫得到处理。而且，在不起诉的人数中，每年约有 68% 的犯罪嫌疑人以起诉犹豫为由没有被起诉。与此相对，请求审判的比率每年仅 7% 左右。另外，与以轻微案件为对象的微罪处分不同，起诉犹豫的对象案件不限于轻微案件，而是包括所有的犯罪类型。另外，根据日本的事件事务规程第 75 条第 2 款第 19 号的规定，法律上应免除刑罚时，可以不起诉。例如，日本的中止犯的法律效果是刑罚的必要性减免，

表 4 日本一般刑法犯查获人数及微罪处分人数统计（2009—2014）

年份	查获人数(A)	微罪处分人数(B)	微罪处分率(B/A)
2009	333205	108015	32.4%
2010	322956	105115	32.6%
2011	305951	99599	32.6%
2012	287386	88517	30.8%
2013	262823	76151	29.0%
2014	251605	73894	29.4%

出处 『犯罪白書』平成 27 年版 2、41 頁、平成 26 年版 2、44 頁、平成 25 年版 2、36 頁、平成 24 年版 2、42 頁、平成 23 年版 2、42 頁、平成 22 年版 2、42 頁。

(19) 参见张建伟 《论公诉之撤回及其效力》，《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期，第 103 页以下。

(20) 参见易延友 《刑事诉讼法——规则、原理与应用》，法律出版社 2013 年版，第 285 页。

(21) 『犯罪白書』平成 27 年版 24 頁。

免除刑罚制度的比较考察

表5 日本检察厅终局处理人数构成比率（按处理结果划分）（2009—2014）

年份	总数	请求审判		请求略式命令		起诉犹豫		其他的不起诉		移送家庭裁判所	
		人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率
2009	1648700	118547	7.2%	441047	26.8%	859768	52.1%	74455	4.5%	154883	9.4%
2010	1577369	109572	6.9%	408681	25.9%	839982	53.3%	73374	4.7%	145760	9.2%
2011	1487266	101755	6.8%	372370	25.0%	810344	54.5%	69943	4.7%	132854	8.9%
2012	1421514	96263	6.8%	347702	24.5%	789392	55.5%	71745	5.0%	116412	8.2%
2013	1340897	90486	6.7%	314930	23.5%	758164	56.5%	70929	5.3%	106388	7.9%
2014	1243019	90840	7.3%	286699	23.1%	701081	56.4%	71140	5.7%	93259	7.5%

注：依据检察统计年报。

出处 『犯罪白書』平成27年版 CD-ROM 表2-2-3-01-①。

表6 日本的不起诉人数统计（按理由划分）（2009—2014）

年份	总数	起诉犹豫		嫌疑不充分		撤销告诉等		心神丧失		其他	
		人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率	人数	构成比率
2009	171813	116062	67.6%	40589	23.6%	8052	4.7%	464	0.3%	6646	3.9%
2010	168837	114978	68.1%	38444	22.8%	7742	4.6%	523	0.3%	7150	4.2%
2011	160152	109746	68.5%	36000	22.5%	7305	4.6%	633	0.4%	6468	4.0%
2012	164210	112703	68.6%	36697	22.3%	7841	4.8%	590	0.4%	6379	3.9%
2013	164711	113353	68.8%	35853	21.8%	7826	4.8%	579	0.4%	7100	4.3%
2014	166192	114053	68.6%	35515	21.4%	7597	4.6%	589	0.4%	8438	5.1%

注：1. 依据检察统计年报。

2. 只限于一般刑法犯及除去了违反道路交通法的特别刑法犯。

3. “嫌疑不充分”中包括无嫌疑的情形。

4. “撤销告诉等”是指亲告罪的告诉、告发或请求的欠缺、无效或者取消。

5. “其他”是指届满时效、犯罪嫌疑人死亡等。

出处 『犯罪白書』平成27年版 CD-ROM 表2-2-3-03。

但最终免除刑罚的案件却极其罕见。⁽²²⁾ 这是因为可以免除刑罚的中止犯案件，几乎都在未被起诉的情况下停止了刑事程序。又如，可免除刑罚的轻微的过失驾驶致伤行为，也几乎都通过起诉犹豫等得到了处理。⁽²³⁾

我国和德国的检察官的起诉裁量权虽然没有日本检察官那么广泛，但根据2012年刑事诉讼法第173条第2款和德国刑事诉讼法第153条b第1款，对于可以免除刑罚的案件，也

(22) 参见前田雅英ほか編『条解刑法』弘文堂2013年3版178頁。

(23) 参见山口厚『刑法各論』有斐閣2010年2版70頁。

允许裁量不起诉。不仅如此,实际上德国刑事诉讼法自第153条至第154条f,给予了检察官停止程序的广泛权限。⁽²⁴⁾科尔内甚至指出,“起诉便宜主义逐渐压倒起诉法定主义”是当下德国刑事程序的实态;⁽²⁵⁾比起消极的起诉便宜主义,“实际上出现的状态是朝着积极的起诉便宜主义相对大幅度地靠近”。⁽²⁶⁾所以,虽说是起诉法定主义,但并不因此就不存在裁量不起诉的案件,而毋宁说是相当多可免除刑罚的案件,其实在起诉阶段就被积极地排除出了刑事程序。

四、免除刑罚与制裁的多样化

(一) 问题的整理

如上所述,无论是立法规定还是实务适用,免除刑罚确实都被定位为例外性的措施。但是,从立法规定看,各国具体的刑罚免除事由差异较大,如果能借鉴其他国家的刑罚免除事由,理论上当然能够为我国免除刑罚制度的适用开辟新的路径。

更为重要的是,从实务现状可以看到,免除刑罚制度之所以处于一种适用上的闭塞状态,主要是因为程序上存在可替代措施。一方面,可免除刑罚的案件大部分会经由裁量不起诉等审前分流措施,从刑事程序中排除出去;另一方面,即便提起公诉,也存在通过适用形式裁判来停止程序的可能。这两种做法较之通过实体判决宣告有罪再免除刑罚,既有利于节省诉讼成本,又有利于轻微犯罪的行为人早日复归社会。所以,即便扩大了免除刑罚的具体事由,实务中也未必会增加免除刑罚的适用。可是,必须注意到,无论是适用审前分流措施,还是适用形式裁判停止程序,其对象都是轻微犯罪(包括罪质本来就轻微的犯罪和罪质严重但具体案件中情节轻微的犯罪),其目的都在于缓和制裁。

因此,在制裁多元化的视角下,⁽²⁷⁾若要说明免除刑罚制度的价值,就必须从制裁的缓和与强化两方面着手。一方面说明在缓和制裁的方向上,免除刑罚制度较之审前分流措施、形式裁判等有何优势;另一方面说明在强化制裁的方向上,免除刑罚制度较之单纯增加刑罚量的方法又有何优势。

(二) 免除刑罚与制裁的缓和

关于缓和制裁诸措施在机能上的关联性,德国学者璩克明确指出,“缓刑、附刑罚保留的警告、免除刑罚、免于追诉、免于提起公诉及因轻微而停止程序(刑事诉讼法第153条、第153条a),在功能上紧密配套成一整体。这些制度中,缓刑(虽然科处了刑罚但暂不执行)与免于追诉(不对行为人的所为进行侦查以完全查明事实)确立了两个端点。附刑罚保留的警告与

(24) 关于德国起诉法定主义的例外表现, Vgl. Claus Roxin, Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., C. H. Beck 2014, S. 78 ff.

(25) Kerner, Hans-Jürgen (小川浩三訳) 『ドイツにおける刑事訴訟と制裁: 成年および少年刑事法の現状分析と改革構想』信山社2008年171頁。

(26) 用标语式的表述来表达的话,消极的起诉便宜主义是指,“所有的犯罪都依职权追诉,但犯罪例外地特别琐碎时,不在此限”;积极的起诉便宜主义是指,“任何犯罪都不依职权追诉,但犯罪例外地特别重大时,不在此限”。参见上引Kerner书,第181页。

(27) 关于制裁多元化的讨论,参见佐伯仁志『制裁論』有斐閣2009年。

免除刑罚(虽然认定了犯罪但不对其科处刑罚)则位于两端之间”。⁽²⁸⁾如此一来,随着以免于起诉为代表的审前分流措施益发丰富,越来越多地承担起缓和制裁的任务,免除刑罚的适用余地是否就越来越小?笔者认为并非如此。

例如,日本的起诉犹豫制度虽然具有诉讼上的经济性、回避短期自由刑的缺陷等好处,但对此一制度也不乏批判。如菊田幸一指出,起诉便宜主义存在以下诸多侵害司法权或缺正当程序的弊端:(1)受到政治性、社会性等与刑事司法目的不相容的考虑的影响颇多;(2)检察官的管辖区域不同,会产生刑法适用的不平等,动摇国民对于法的安定性的信赖;(3)对于因起诉犹豫而产生的不当不起诉,没有充分的救济措施;(4)被不当起诉时,如果不能获得无罪判决,则不能得到纠正等。⁽²⁹⁾

再如,我国1979年刑事诉讼法第101条本来规定了免于起诉制度,即“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以免于起诉”。但学界针对该制度提出了诸多批判,如有学者指出,“立法规定尚嫌粗陋,缺乏有效的制约机制,检察机关在应用这一制度时存在一定的偏差,在一些地方还存在滥用的现象,特别是免于起诉决定具有与有罪判决相同的定罪效力,从而使定罪权受到了分割,不利于公民权利的保障,也违背了现代法治的精神”。⁽³⁰⁾虽然后来取消了免于起诉这一制度,将其部分纳入不起诉的范围,但对其背后所隐藏的局限仍需注意。

因此,为了抑制检察官权力的膨胀,纠正检察官对起诉裁量权的滥用,保障行为人接受审判的权利,应将符合实务中裁量性不起诉标准的部分案件予以起诉,通过审判程序来宣告免除刑罚的有罪判决。⁽³¹⁾

当然,在审判阶段,作为缓和制裁的方法,除了实体裁判中的有罪免刑外,形式裁判也是可供选择的另一路径。如内藤谦主张,“在实体刑法中新设一般性的免除刑罚制度,与修改刑事诉讼法中的免诉与驳回公诉制度,相互之间并不矛盾,两者可以一起实施。但是,如果说哪种制度能够有效地发挥作用的话,恐怕是后者”。⁽³²⁾但需要注意的是,一方面,内藤谦的这一主张是针对轻微犯罪的处理而言的。换言之,刑事诉讼法上的免诉与驳回公诉完全是在轻微犯罪的情形中,才可能比免除刑罚制度更有效地发挥作用。该见解并不涉及非轻微犯罪,以及出于强化制裁的目的而定罪免刑的情形。另一方面,比起通过形式裁判来结案,宣告有罪但免除刑罚的实体判决,由于在法律上认定了犯罪的成立,其制裁效果较之前者更强。所以,当科处刑罚失之过重,形式裁判又有失评价的完整性时,在宣告有罪的基础上免除刑罚更具合理性。

综上所述,在缓和制裁方面,审前分流措施、形式裁判与定罪免刑三者并非对立关系,完全可以并用。的确,在诉讼的经济性与促进行为人早日脱离刑事程序等方面,免除刑罚必须通过实体裁判来宣告,故其优势不如另外两者明显。但是,通过实体裁判定罪免刑,

(28) Wolfgang Naucke, *Strafrecht: Eine Einführung*, 10. Aufl., Luchterhand 2002, S. 216f.

(29) 菊田幸一『犯罪学』成文堂2009年7订版136页以下。

(30) 张建伟《刑事诉讼法通义》,北京大学出版社2016年版,第465页。另参见谭昌华、王小平《免诉制度存废论》,《现代法学》1990年第4期。

(31) 引入宣告犹豫制度也是一个选择项。关于在日本的刑法修正中,围绕宣告犹豫制度及刑罚的一般性免除制度的修正经过,参见前引〔9〕,内藤谦文,第674页以下。

(32) 同上文,第700页。

一方面有利于保障犯罪嫌疑人接受审判的宪法性权利，另一方面有利于应对制裁必要性达到了需在法律上正式给予“犯罪”烙印程度的案件。此外，具体到我国，一方面检察官酌定不起诉的权限并没有日本检察官那么宽泛；另一方面，公诉权滥用论尚未充分展开，⁽³³⁾所以像日本那样主张不当起诉时应通过驳回公诉或免诉等形式裁判来处理的见解，在我国实务中也难以被采纳。所以，通过免除刑罚来缓和制裁，或许仍是比较现实的一种选择。例如，在推进刑事和解的过程中，2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第505条规定，“对达成和解协议的案件，人民法院应当对被告人从轻处罚；……综合全案认为犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免除刑事处罚”。

（三）免除刑罚与制裁的强化

提到强化针对犯罪的制裁，一般最先想到的是增加刑罚的量。的确，理论上刑罚是最为严厉的制裁手段，但从实效性的角度看，刑罚未必最为有效。严厉性与有效性并不等同，刑罚的量与制裁效果也并非完全成正比例，甚至动用刑罚能否有效实现刑事政策目的，有时也值得再考虑。⁽³⁴⁾尤其在一些经济犯罪中，“即便强化了对企业的刑罚（罚金刑），但只要设定的固定罚金数额未能达到使企业受到打击的程度，这种刑罚的控制力就存在界限”，⁽³⁵⁾或许行政制裁对于达成刑事政策目的是更加有效的。关于这一点，简单比较一下针对同一行为类型所设定的同种类的刑罚（如罚金）与行政制裁（如我国的罚款或日本的课征金等）的强度（如金额），就能明白。

在我国，虽然存在罚款与罚金数额相同的少数情形，甚至还存在罚款的额度设置的比罚金低的情形，但更一般的情形是罚款的额度设置的比罚金高。⁽³⁶⁾例如，对于虚假出资或抽逃出资的行为，刑法第159条规定，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上10%以下的罚金；而公司法第199条、第200条则分别规定，处以虚假出资金额、抽逃出资金额5%以上15%以下的罚款。又如，对于生产、销售伪劣产品的行为，刑法第140条规定，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下的罚款；而产品质量法第50条规定，并处违法生产、销售产品货值金额50%以上3倍以下的罚款。日本也存在相同情形。例如，根据反垄断法第95条，罚金的最高额为5亿日元，但对课征金却未设置上限。⁽³⁷⁾

另外，如果考虑到证据能力、证明程度等证据法上的限制或负担等，“比起行政程序，在刑事程序中有可能更难查明案情并基于此落实刑法”。⁽³⁸⁾如此一来，既为了确保制裁的有效性，又为了回避双重处罚（尤其指并科刑罚与行政制裁有违比例原则的情形），同时也

(33) 关于公诉权滥用的讨论，参见前引〔2〕，田口守一书，第177页以下；酒卷匡『刑事訴訟法』有斐閣2015年231頁以下。国内学者的讨论参见周长军《公诉权滥用论》，《法学家》2011年第3期；李蕴辉《公诉权滥用与制约研究》，《法学论坛》2004年第2期；孙长永《抑制公诉权的东方经验——日本“公诉权滥用论”及其对判例的影响》，《现代法学》1998年第6期；谢小剑《公诉权滥用形态的发展》，《中国刑事法杂志》2009年第11期。

(34) 关于目的设定与刑罚实效性的讨论，参见曾文科「可罰性と比例原則についての一考察（1）日中における制裁手法の比較を中心に」早稲田大学大学院法研論集150号（2014）253頁以下。

(35) 神山敏雄ほか編著『新経済刑法入門』成文堂2013年2版（神山敏雄）29頁。

(36) 参见張明楷（金光旭訳）「中国における経済犯罪の規制手法と手続」佐伯仁志＝金光旭編『日中経済刑法の比較研究』成文堂2011年13-14頁。

(37) 参见前引〔35〕，神山敏雄等编著书，第41页（神山敏雄）。

(38) 笹倉宏紀「法の實現と行政手続・刑事手続」長谷部恭男ほか編『現代法の動態（2）：法の實現手法』岩波書店2014年332頁。

为了减轻证明上的负担，是否可以考虑不通过刑事程序，而完全通过行政程序来处理相关案件？事实上，在涉嫌既触犯行政法规，又达到犯罪标准的经济案件中，这种情况并不少见。但是，单纯的行政处理模式又不得不面临以下质疑：

第一，我国刑法第3条前段规定，“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”；行政处罚法第7条第2款也规定，“违法行为构成犯罪，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚。”所以，完全以行政手段处理实体上构成犯罪的行为，有违上述规定的宗旨。⁽³⁹⁾

第二，在行为本身构成犯罪，尤其是造成较为重大的结果时，如果不通过正式的审判程序宣告犯罪成立，将难以满足被害人和国民对刑事司法的期待，也不利于恢复国民对法秩序的信赖。

第三，对于本应通过刑事程序接受处理的行为人，肆意变更为行政程序来处理，尤其是在我国的行政程序对被处分人的权益的保障还不充分的情况下，这种做法难免有违反正当程序原则之嫌。

第四，除了制裁本身的实效性，还必须考虑发动制裁的程序及调查权限。如笹仓宏纪所言，“为了实现公益，动用行政法好还是动用刑法好（又或者应该二者都动用）”，这属于“合目的性的政策上的价值判断问题。可是，尽管属于政策上的判断，但行政程序与刑事程序之间存在着程序架构上的差异，这会使得偏向于选择某种程序，或使得放弃选择某种程序”。⁽⁴⁰⁾例如，需要动用强制调查的权限时，比起行政制裁，会更倾向于优先采用刑事制裁。所以，即便从制裁本身来看行政制裁更加有效，但如果同时考虑到行使制裁的前提，即查获案件或进行侦查等的效率，就会发现，在将对象行为认定（或假定）为犯罪的基础上，通过刑事程序运用强制侦查等手段来处理相关案件，有时或许更加符合刑事政策目的。

因此，笔者认为，如果能够积极地适用免除刑罚制度，那么构建一种“刑事程序—（非刑罚性的刑事或）行政制裁”模式——在这种模式下，一方面通过刑事程序来侦查违法行为，⁽⁴¹⁾另一方面在根据刑法宣告有罪的基础上，不是动用刑罚而是运用（非刑罚性的刑事或）行政制裁作为最终制裁⁽⁴²⁾——就是十分有可能的，而且是合理的。⁽⁴³⁾

详言之，当行政制裁等比刑罚更加有效时，必须综合考虑制裁本身的实效性、发动制裁前的各种程序的效率，以及禁止双重处罚、⁽⁴⁴⁾罪刑法定与正当程序等原则的要求，来决定最终适用何种制裁手段。在尚未通过新的立法进行应对时，为了回应程序的适正性与效

(39) 该批判同样适用于对于轻微犯罪为了缓和制裁而直接通过行政手段来处理的情形。

(40) 前引〔38〕，笹仓宏纪文，第331页。

(41) 为了实现公益，有时也会谋求行政程序与刑事程序的协作。同上文，第332页以下，第352页以下。

(42) 宣告犯罪成立本身属于刑事法律后果，是刑事制裁的一种；而免除刑罚后的行政制裁属于什么性质，需要具体考察。如果是在刑事判决中依据刑法第37条给予了“行政处罚或者行政处分”，就属于非刑罚性的刑事制裁。与此相对，如果是在单纯宣告有罪的刑事判决作出后，由行政机关独立地作出行政处罚或行政处分，则属于行政制裁。

(43) 德国秩序违反法第53条第1款第2句规定，“负责警察事务的行政机关及官吏在查办秩序违反行为时，只要本法没有特别的规定，享有与追诉犯罪行为时相同的权利及义务”。在此，采用的是“刑事程序—（纯粹的）行政制裁”模式，即通过“刑事”程序来查办被科处“行政处罚”即秩序罚款（Geldbuße）的违法行为。该模式为构建本文所主张的，以（同时）构成犯罪行为而非单纯的秩序违反行为为对象的“刑事程序—（非刑罚性的刑事或）行政制裁”模式，提供了启示。

(44) 关于双重处罚的禁止，参见前引〔27〕，佐伯仁志书，第73页以下，第98页以下。

率性两方面的要求,应该一方面通过刑事程序来处理对象案件,坚持罪刑法定主义,依法追究行为人的刑事责任,认定犯罪的成立,实现有罪宣告本身的制裁机能;另一方面,通过积极地免除刑罚,只科处行政制裁等来避免双重处罚方面的非难。⁽⁴⁵⁾这样的方法对于实现犯罪预防这一刑事政策目来说,也最为妥当。⁽⁴⁶⁾

另一个问题是,既然在缓和制裁方面,审前分流措施、形式裁判与免除刑罚具有机能上的关联性,那么,在强化制裁的方向上,是否可以将前二者与行政制裁等联结起来以强化制裁效果,而不必取道免除刑罚制度?笔者的回答是否定的。一方面,审前分流措施与形式裁判的制度设计本身与制裁的强化这一方向不契合。审前分流措施的目的在于减轻司法负担,并促进犯罪人早日复归社会,⁽⁴⁷⁾是一种有利于犯罪人的处遇措施,这与强化制裁的性质截然相反。而形式裁判本身并未对行为人的所为进行实体上的判断,当然也就不可能对于是否要强化针对行为人的制裁作出实质性的判断。况且,对于罪质严重以至于要强化制裁的案件,仅通过形式裁判来结案,而不从实质上追究(至少是认定)行为人的刑事责任,恐怕一般国民也难以接受。另一方面,由于行为在被免除刑罚时,仍然在法律上被肯定地评价为犯罪,所以,比起审前分流措施与形式裁判,其制裁效果更为强烈,更加契合强化制裁的方向。可见,对于强化制裁的实效性这一功能而言,免除刑罚制度中重要的不是“免刑”,而是作为免刑的前提的有罪宣告,以及免刑后转而适用更具制裁实效性的行政制裁。

综上所述,免除刑罚制度未必只能以轻微犯罪为对象,其功能也不局限于缓和制裁的一面。毋宁说,为了凸显免除刑罚制度相较于审前分流措施及形式裁判的优势,更应在强化制裁的方向上探索该制度的意义与价值。

五、刑法第37条的法律性质及适用范围

(一) 争论的现状

虽然免除刑罚制度在缓和与强化制裁两个方向上都有意义与价值,但扩大免除刑罚的

(45) 德国秩序违反法第21条的规定有益于这一构想的形成。该条规定:如果某个行为同时属于犯罪行为与秩序违反行为,那么只适用刑罚法规。可以宣告其他法律中规定的附属效果(第1款)。但是,如果第1款的情形中该行为没有被科处刑罚,那么可将其作为秩序违反行为予以处罚(第2款)。在该条第2款所说的“没有被科处刑罚”的情形中,除了因不法或责任轻微等而被免除刑事追诉、因议员的免责特权、刑事追诉时效等而欠缺程序要件、大赦等情形外,还包括免除刑罚的情形(参见今村暢好「ドイツにおける犯罪行為と秩序違反行為の関係」法学研究論集34号(2011)15頁)。从前后文看,在文义上,未被科处刑罚的理由不限于犯罪性的轻微,但从犯罪行为与秩序违反行为的关系及区别、秩序违反法的立法经过等来看,德国秩序违反法第21条第2款实际上预想的是,适用于因犯罪性或预防必要性轻微而不被科处刑罚的情形,而犯罪性严重但刑罚实效性低的情形未被纳入其适用范围。这与本文所主张的面向强化制裁的免除刑罚,在解释的方向上截然不同,甚至恰好相反。

(46) 为了确保制裁手段的实效性而一方面免除刑罚,另一方面科处行政制裁时,成为问题的是,该行为人是否因此而具有前科,是否需承受附随本应科处的刑罚而来的资格限制(如丧失选举权,在一定期限内不能担任公职、不能从事特定职业)等不利益。从结论上讲,笔者认为,这种情形与因犯罪性或预防必要性轻微而免除刑罚的情形有质的区别,故应该在这种情形中承认前科效果,并且让行为人承受附随本应科处的刑罚而来的不利益。

(47) 参见川出敏裕=金光旭『刑事政策』成文堂2012年125頁。另参见前引〔30〕,张建伟书,第464页;前引〔20〕,易延友书,第288页。

适用在法律条文上是否有根据，却是不得不考虑的问题。如前所述，与德国、日本相比，我国免除刑罚制度的最大特色在于，刑法总则中设置了免除刑罚的一般性规定，其既不限制可以适用的犯罪种类，也不限定情节种类。与德国刑法第60条相比，我国刑法第37条在表述上限制更少，适用范围极为广泛，说得上是“真正的”有关免除刑罚的一般性规定。所以，如何理解该条的法律性质及适用范围，使其能够充分发挥免除刑罚制度在制裁多元化方面的作用，就成为至关重要的问题。反过来看，使第37条在缓和与强化制裁两方面都发挥作用，也成为解释该条时的指针。

根据通说和实务的见解，刑法第37条是独立的刑罚免除事由，只要满足了“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”这一要件，就可以免除刑罚。⁽⁴⁸⁾对此有批判指出，独立的刑罚免除事由说与刑法第63条第2款难以协调，并且第37条的内容欠缺明确性，故其不过是其他具体的刑罚免除事由的概括性规定；不符合具体的刑罚免除事由时，不能仅凭第37条就免除刑罚。⁽⁴⁹⁾这种非独立刑罚免除事由说在我国很有影响力。⁽⁵⁰⁾

笔者认为，一方面将刑法第37条理解为独立的刑罚免除事由，另一方面将其理解为具体的刑罚免除事由的概括性规定，二者之间并不矛盾。换言之，该条兼具两方面的法律性质。

（二）作为独立的刑罚免除事由的刑法第37条

在日本，有不少学者主张应当像我国刑法第37条、德国刑法第60条那样，设置有关免除刑罚的一般性规定，使得对任何犯罪类型都有免除刑罚的可能。⁽⁵¹⁾例如，西村克彦主张，“明明存在法律上的减轻刑罚与裁判上的减轻刑罚，却只存在法律上的免除刑罚，这种现状是残缺不全的”。⁽⁵²⁾“应当与酌量减轻一起，设置‘裁判上的免除刑罚’制度。这种制度不限于只在一定的轻罪中予以承认，而是可以慷慨地扩张其范围。这也不会招致胡乱开恩的口实，而是从动态的犯罪论得出的结果。因为可能出现不能判处无罪，裁量性的减轻刑罚却又显得仍然不够充分的案件”。⁽⁵³⁾

如果承认刑法第37条具有作为独立的刑罚免除事由的性质，那么应当如何回应针对通说和实务见解而提出的批判？即在不具有刑法规定的减轻处罚情节时，根据刑法第63条第2款的规定，必须得到最高人民法院的核准才能减轻处罚；而在不具有刑法规定的刑罚免除事由时，如果将第37条理解为独立的刑罚免除事由，任何一级法院都可以裁量性地免除刑罚。乍看上去，这的确不协调、不均衡。但是，这一不协调、不均衡不过是看上去如此罢了，这是因为：

(48) 参见前引〔4〕，陈兴良书，第359页；前引〔4〕，曲新久主编书，第221页；2006年最高人民法院《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17条。

(49) 参见张明楷《刑法学》上，法律出版社2016年版，第634页；张开骏《刑法第37条不是独立免除刑罚事由》，《检察日报》2015年2月11日第3版；郭越鸣《严格适用免除刑罚规定——兼谈对刑法第37条的理解》，《贵州警官职业学院学报》2010年第3期。

(50) 有学者虽然试图超越这两种观点的对立（参见前引〔3〕，郑超文，第135页），但不如说实际上回避了刑法第37条的法律性质问题。

(51) 参见前引〔15〕，大原邦英文，第83页；朝倉京一「犯罪論体系における可罰性の問題」莊子古稀第一法規出版1991年208頁；前引〔9〕，内藤謙文，第699頁。

(52) 前引〔9〕，西村克彦文，第260頁。

(53) 西村克彦「刑の態様について」同『罪責の構造』信山社1991年新版75頁。

第一，减轻刑罚、免除刑罚分别与刑罚的均衡性、必要性相关联，两者本来就不是一个层次的问题。根据比例原则，考虑刑罚的均衡性时，需以存在刑罚的必要性为前提。⁽⁵⁴⁾所以，在适用刑法第63条第2款之前，必须先讨论能否适用刑法第37条，唯有不能免除刑罚时，才应该基于第63条第2款向最高人民法院提出申请，请求减轻处罚。也就是说，虽然第37条与第63条第2款在实际适用上的确存在差异，但由于本来就欠缺比较二者的前提，所以，仅凭适用上的差异并不能直接推导出第37条作为独立的刑罚免除事由与第63条第2款不协调、不均衡这一结论。

第二，退一步讲，即便将刑法第37条和第63条第2款作为同一层次的问题来考虑，那么，根据当然解释的原理，符合作为独立的刑罚免除事由的第37条时，应该认定存在着第63条第2款所说的“本法规定的减轻处罚情节”。⁽⁵⁵⁾因此，可以不经该款规定的“最高人民法院核准”程序而径自免除刑罚。换言之，下级法院并不是在尽管不具有刑法上的减轻处罚规定的情况下，仍然基于第37条免除刑罚；下级法院之所以可以径自免除刑罚，是因为第37条属于第63条第2款所规定的“本法规定的减轻处罚情节”之一种，所以，适用第37条处于第63条第2款的适用范围之外。

第三，比起能够成为刑法第63条第2款规制对象的犯罪人，对由刑法第37条规制的犯罪人施加制裁的必要性与均衡性应该更低。因此，对于后者赋予不经最高人民法院核准而径自免除刑罚这一程序及实体上的利益，也无可厚非。

刑法第37条中的“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”这一要件的确有过于模糊、不够明确之嫌，以致该条的适用范围有无所限定之虞。但是，由于该条有利于被告人，即便其内容欠缺明确性，给予了法官较大的裁量权，但只要确保适用中的平等性和罪刑相适应，就不会产生违反罪刑法定主义、侵害被告人人权或者限制国民的行动自由等根本性问题。反过来，该条能够起到为（超法规的）违法或责任减少事由、乃至刑罚阻却事由提供法律依据的作用，在实际审判中为法官提供可援引的条文。此外，即便立法上未能及时借鉴其他国家或地区具体的刑罚免除事由并将其成文化，司法实务中仍然可以在出现这些事由时基于第37条免除刑罚，从而满足罪刑相适应原则或比例原则的要求，充分发挥免除刑罚制度在缓和制裁方面的作用。总之，当我们可以毫无障碍地承认或者较为容易地接纳超法规的违法阻却事由或责任阻却事由时，就没有理由对超法规的违法减少或责任减少事由持有过分警戒的态度。

2012年刑事诉讼法中除了第173条第2款外，几乎不存在将没有科处刑罚必要性的案件，迅速从刑事程序中排除出去的分流措施，⁽⁵⁶⁾审判实务对形式裁判的接受度也不高。所以，像刑法第37条这样的一般性规定可以补充程序法的不足，并且应将其理解为保障刑法谦抑性或比例原则的最后一道安全阀。因此，从预防犯罪行为、促进犯罪人复归社会的刑事政策目的出发，严格限定乃至排除第37条的独立适用未必妥当。

(54) 关于可罚性与比例原则的关系，参见前引〔34〕，曾文科文，第244页以下。

(55) 将（相对更轻的“免除处罚情节”理解为（相对较重的“减轻处罚情节”，属于当然解释。

(56) 未成年人刑事案件诉讼程序中的附条件不起诉（2012年刑事诉讼法第271条）属于特别程序。而当事人和解的公诉案件诉讼程序中检察院的不起诉（2012年刑事诉讼法第279条），不过是适用2012年刑事诉讼法第173条第2款的一种情形而已。

（三）作为概括性规定的刑法第 37 条

刑法第 37 条还具有作为具体的刑罚免除事由的概括性规定的性质。这是因为，在根据刑法各本条的保护法益、预防必要性及刑事政策目的，法律上规定了具体的刑罚免除事由时，在相关案件中，这些事由就成为判断是否满足第 37 条所规定的“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”的标准。相关案件符合具体的刑罚免除事由时，根据该具体规定即可直接免除刑罚，而没有适用第 37 条的必要。不符合这些具体的刑罚免除事由时，应当理解为也不满足第 37 条规定的要件。

此外，刑法第 37 条除了规定免除刑罚，还规定了“可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、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”这样的非刑罚性刑事制裁措施。⁽⁵⁷⁾如此一来，第 37 条在作为具体的刑罚免除事由的概括性规定的同时，还积极地提示了免除刑罚时的制裁手段。具备刑法各本条规定的具体的刑罚免除事由时，虽然不再需要依据第 37 条免除刑罚，但这并不意味着不能适用第 37 条规定的非刑罚性刑事制裁措施。在根据刑法各本条免除刑罚的同时，仍然可以依照第 37 条科处非刑罚性刑事制裁措施。⁽⁵⁸⁾

例如，根据刑法第 276 条之一第 3 款的规定，虽然拒不支付劳动报酬属于犯罪，但如果尚未造成严重后果（a），并在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬（b），并依法承担相应赔偿责任的（c），可以减轻或者免除刑罚。此时，上述 a、b、c 三项条件结合在一起构成了具体的刑罚免除事由，与此同时，它们也构成了判断是否“情节轻微不需要判处刑罚”的标准。如果不满足这三项条件，那么不仅是第 276 条之一第 3 款，连第 37 条都不能予以适用。但如果满足了这三项条件，就不是通过第 37 条，而是根据第 276 条之一第 3 款来免除刑罚，并且依情况可基于第 37 条施加非刑罚性刑事制裁。

（四）刑法第 37 条的适用范围

上述关于刑法第 37 条法律性质的争论与分析，基本上是在缓和制裁的方向上进行的。但如前所述，较之审前分流措施、形式裁判等，免除刑罚制度的优越性更多地表现在强化制裁的一面上。所以，第 37 条的适用范围是否能够包括诸如经济犯罪、行政犯罪等因刑罚的实效性不高，出于强化制裁的目的转而适用其他制裁手段的案件（以下简称“强化制裁案件”），就成为问题。

在强化制裁案件中，的确难以将犯罪的结果以及影响本身表述为“轻微”。倘若把“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”理解为“犯罪情节轻微且不需要判处刑罚”，那么，在适用刑

(57) 刑法第 37 条规定的“予以训诫或者责令具结悔过、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”，属于非刑罚处理方法，对此没有争议。但是，这些处理方法是刑事制裁，还是行政制裁乃至民事制裁，还值得讨论。从决定主体、执行根据等来看，这些处理方法有别于一般的行政制裁与民事制裁，仍然具有刑事制裁的属性（参见前引〔4〕，陈兴良书，第 343 页；前引〔49〕，张明楷书，第 635 页；前引〔4〕，曲新久主编书，第 223 页）。而且，行政处罚法第 7 条第 2 款规定，“违法行为构成犯罪，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚”。所以，为了避免逻辑上的矛盾，不能将刑法第 37 条所规定的“行政处罚”等同于行政处罚法上的行政处罚，而应当解释为追究刑事责任的刑事处罚或者刑事制裁措施。因此，笔者将之定位为非刑罚性刑事制裁措施。参见曾文科「可罰性と比例原則についての考察（2）日中における制裁手法の比較を中心に」早稲田大学大学院法研論集 151 号（2014）234 頁。

(58) 相同的见解，参见张明楷《论减轻处罚与免除处罚》，《人民检察》2015 年第 7 期，第 18 页。

法第37条时,就要判断犯罪情节本身是否“绝对轻微”。若如此,该条的适用范围显然难以涵盖强化制裁案件。可是,倘若把“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”理解为“犯罪情节轻微从而不需要判处刑罚”,那么,犯罪情节是否轻微的判断就不仅仅取决于犯罪情节本身,而是主要取决于与仍需判处刑罚的犯罪的情节相比是否属于轻微,即是否“相对轻微”。从而,第37条适用与否的重心就落在了处罚的必要性上。例如,与必须并用刑罚与行政制裁手段来进行处罚的案件相比,在宣告犯罪成立的基础上只需通过行政制裁就能实现预防犯罪目的的强化制裁案件,可以说得上是犯罪情节“(相对)轻微”从而不需要判处刑罚。如此一来,就可以将强化制裁案件纳入第37条的适用范围。

对于适用刑法第37条的前提要件,既然可以作出上述两种文义解释,那么究竟该选择哪种解释作为确定该条适用范围的标准?此时必须由目的解释来作最终决定。⁽⁵⁹⁾如果认为第37条的适用范围包括了强化制裁案件,那么,在审判实务中法官就有了可供援引的法条根据,从而可以极大地在实务中推进“刑事程序—(非刑罚性的刑事或)行政制裁”模式的适用,发挥免除刑罚制度在强化制裁方面的机能。在此意义上,笔者赞同把“犯罪情节轻微”理解为包括“相对轻微”的情形在内。另外,从刑法各本条规定的具体的刑罚免除事由来看,其中并不存在旨在强化制裁的情形,所以在强化制裁的意义上,第37条的法律性质也应当是独立的刑罚免除事由。

综上所述,在强化制裁的方向上,刑法第37条是独立的刑罚免除事由。在缓和制裁的方向上,当刑法各本条没有规定具体的刑罚免除事由时,第37条作为独立的刑罚免除事由发挥作用;⁽⁶⁰⁾而当各本条规定了具体的刑罚免除事由时,第37条不过是这些具体的刑罚免除事由的概括性规定。但无论在哪种情况下,都可以依据第37条对犯罪人科处非刑罚性的刑事制裁措施。

结 语

本文通过比较考察,对比了我国与日本、德国关于免除刑罚的刑法规定与实务适用情况,指出了其共性与差异之所在及其成因,提出了免除刑罚制度在缓和与强化制裁两方面都能发挥作用的构想,并为该构想提供了法解释学上的根据。

在制裁手段多样化的潮流中,“通过采用免除刑罚制度,刑事制裁的可能性朝着‘没有刑罚的刑法(Strafrecht ohne Strafe)’的方向扩展”。⁽⁶¹⁾日本和德国均出现了注重免除刑罚制度的趋势,反观我国,却对刑法第37条不够重视,甚至将其理解为不可独立适用的注意性规定。笔者认为,应当在承认定罪免刑是一种犯罪制裁手段的基础上,参照刑法各本条规定的具体的刑罚免除事由及实务中的判决,依罪名或犯罪类型对第37条中“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”的内容予以类型化,提炼出判断“情节轻微”的要素及标准,并积极

(59) 参见前引〔49〕,张明楷书,第38页。

(60) 当然,此时在判断是否属于“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”时,需要考虑相近罪质的犯罪是否规定了具体的刑罚免除事由。若有,则应对比参照以保证在免除刑罚的判断标准上的协调性与均衡性。

(61) 前引〔5〕,大原邦英文,第82页。

谋求与行政制裁在程序和手段上的联动（尤其是在轻微犯罪、经济犯罪等领域）。另一方面，对第37条的研究也有助于推进对2012年刑事诉讼法第173条第2款的理解，并为构建、扩充审前分流措施提供理论基础。当然，由于刑法或刑罚的目的与刑事诉讼本身所追求的目的未必完全一致，所以，在讨论以酌定不起诉为代表的审前分流措施的适用标准时，从第37条和刑法各本条中提炼出来的判断要素和标准，只不过是一个基础性的参考，还必须考虑我国的犯罪情势和动向，国民对法官的信赖和依存程度等情况，以及犯罪观对犯罪对策所具有的影响力等因素。⁽⁶²⁾ 关于这些问题，作为今后的课题留待另文探讨。

Abstract: From the viewpoint of criminal law provisions on punishment exemption and their practical application in China, Japan and Germany, compared to the imposition of punishment, exemption of punishment is an exception in all countries. The exemption of punishment system can not only mitigate sanctions, but also strengthen sanctions by constructing the “criminal procedure- (non-punitive criminal or) administrative sanctions” mode. When administrative sanctions are more effective than criminal punishment, the effectiveness of the sanctions, the efficiency of the procedures connected to the sanctions, the prohibition of double punishment, the principles of legality and due process must all be taken into account. Exemption of punishment has the advantages that are lacking in pre-trial diversion measures or formal trial. In order to give full play to the role of exemption of punishment in the diversification of sanctions, Article 37 of the Chinese Criminal Law must be interpreted as an independent cause of punishment exemption in the direction of strengthening sanctions. On the other hand, when criminal law provisions do not provide concrete causes of punishment exemption, this article play the role of an independent cause of punishment exemption in the direction of mitigating sanctions; but when criminal law provisions provide concrete causes of punishment exemption, this article is just a general provision on concrete causes of punishment exemption. And, in any case, it is possible to impose non-punitive criminal sanctions in accordance with this article.

Key Words: exemption of punishment, the cause of punishment exemption, mitigation of sanctions, strengthening of sanctions

(62) 参见松原英世「犯罪観の変遷と刑罰の役割」同「刑事制度の周縁 刑事制度のあり方を探る」成文堂2014年3頁以下。