

“出罪”的两个范畴

金泽刚 王振华

随着罪刑法定原则和人权保护观念深入人心，刑法在发挥维护社会秩序功能的同时，其权利保护价值也日益受到重视。如果行为没有给具有刑法上重要意义的某种利益造成严重损害，或者制造某种严重的现实危险，就不能被认为是犯罪的观点逐渐成为共识——“出罪”一词由此应运而生，并受到广泛关注。

司法出罪

1.刑法理论中的“出罪”

目前我国刑法理论中存在两种意义上的“出罪”概念：一种是指行为虽然符合了犯罪构成要件，但由于具有违法阻却事由或责任阻却事由而不构成犯罪；另一种是把已经构成犯罪的行为作无罪来处理。双方各执一词，难分高下。本来，如果按照我国刑法理论的一般观点，“当某种危害结果已经发生时，必须先查明是谁的行为造成的，考察一般意义上的因果关系。如果查明是甲的行为造成的，然后便进一步考察甲是否达到法定责任年龄、是否具有辨认和控制能力、是否具有法定的主观罪过……如果都得出肯定结论，则认为甲的行为符合犯罪构成，成立犯罪。”换言之，只有不对与法益受损结果出现具有因果加功关系，且没有违法阻却和责任阻却事由的行为人进行刑事处罚，才是在司法实践中将犯罪圈内的情形排除在了犯罪圈外，才是“出罪”。因此，在后一种意义上使用“出罪”一词，既遵从了“出罪”二字的字面涵义和一般经验，也能够得到公众的支持与认可，亦为本文所取。但问题在于，既然行为已经该当了刑法分则条文规定的构成要件，在没有违法性阻却事由和责任阻却事由时就应该宣告犯罪成立，司法过程中的这种“出罪”处理，是否具有法律上的依据？

2.司法出罪的法律依据

程序法依据：刑事诉讼法在 2012 年修改后，存在多处可以作为司法“出罪”的立法依据，如在该法第 15 条和第 173 条第 2 款规定的情形中，行为人的行为无疑都构成犯罪，即前提都是有罪，而人民检察院在法定情形下可以做“出罪”处理。此外，修改后《刑事诉讼法》在司法“出罪”方面还增设了两项新的制度，即附条件不起诉制度和

□ 刑事诉讼法上的不起诉、不追究刑事责任的司法处理，是把有罪归为无罪，是典型的“出罪”；而刑法第 13 条“但书”的规定，并不是司法上可以直接加以运用的“出罪”依据。

□ 告诉才处理的案件在受害人没有提起告诉时，不是刑事实体法规定的“出罪”事由，而我国《刑事诉讼法》第 204 条规定的自诉案件中，在受害人没有提起告诉时，可以视为刑事诉讼法上的“出罪”事由。

刑事和解制度。

实体法依据：既然在程序法上存在司法“出罪”的依据，那么实体法中是否有类似的法律依据呢？——问题主要集中在对我国刑法第13条“但书”的理解上——即在行为该当构成要件的前提下能否直接根据第13条“但书”的规定排除犯罪的成立？对此问题一直存在着赞成和否定两种激烈对立的观点。本文认为，刑法最主要的目的与作用在于保护法益，基于谦抑性的要求，没有侵犯法益的行为刑法自始不应该予以关注，而现阶段判断某种特定行为是否具有法益侵犯性的唯一标准在于刑法分则条文对不同犯罪实行行为的类型化规定。该当构成要件的行为就是具有法益侵害性和严重社会危害性的行为，就是刑法要处罚的行为。如果刑法不处罚该当了构成要件的行为，那么刑法还能（还要）处罚什么行为？刑法分则各本条规定的构成要件行为就是立法者从实践中总结的、具有法益侵害性行为方式的高度类型化，立法者不会把没有法益侵害性、不值得刑法关注的行为规定为犯罪。换言之，刑法第13条但书不具有直接的司法出罪功能，如果认为行为在符合了构成要件的前提下，又可以直接根据第13条“但书”的规定宣告无罪，就使得刑法分则各本条规定的构成要件（犯罪成立条件）丧失应有的意义，也与罪刑法定原则相违背。

综上所述,同样是做无罪处理,我国刑事诉讼法和刑法给司法机关工作人员提供了两条完全不同的路径选择。刑事诉讼法上的不起诉、不追究刑事责任的司法处理,是把有罪归为无罪,是典型的“出罪”;而刑法第13条“但书”的规定,并不是司法上可以直接加以运用的“出罪”依据,其判断结论要不是有罪、要不是无罪(非罪),刑法分则各本条规定的构成要件依旧是判断犯罪

成立与否的唯一依据。

立法出罪

按照法律规定的程序，在某种行为成立犯罪，宣告刑确定之后，就会进入到刑罚执行阶段，但在某些特殊的情形下，“由于法定的或者事实的原因，致使司法机关不能再对犯罪人行使具体的刑罚权。”由于刑罚是犯罪的必然后果，刑罚的消灭事实上也是刑事责任的消灭。如我国刑法规定的追诉时效、赦免制度都是刑法总则中将刑罚归于消灭的事由。当司法机关追究犯罪人刑事责任时涉及到这些制度时，可否认为是刑法中规定的“出罪”事由？

1.赦免制度。从我国宪法的规定和新中国成立以后的赦免实践来看，我国只存在特赦而不存在大赦。既然赦免（在我国主要是特赦）制度只要规定于宪法或者行政性法律当中，又通常被视为国家元首的特权，那还能将其视为我国刑事法律当中的“出罪”事由吗？本文认为，赦免制度并不是一项严格的刑法意义上的“出罪”事由，而且只具有部分刑事程序法上的意义，不能将其认为是刑法中规定的“出罪”事由，因为特赦制度的效力只是“赦刑而不赦罪”，这就意味着行为依旧成立犯罪，只是出于特定国家特定时期的特殊国情，改变了原判刑罚的执行方式而已，相关行为人的犯罪记录依据存在。

2.时效制度。根据我国刑法第 87 条的规定,按照对犯罪可能判处的法定最高刑,特定犯罪经过一定期限后,司法机关就不能再追究行为人的刑事责任,即国家的求刑权和行刑权归于消灭。从这样的表述不难看出,国家求刑权和行刑权归于消灭的前提在于国家对特定行为和行为人有求刑权和行刑权,即行为人的行为构成犯罪。经过法定期限后,国家便不能再追究行为人的刑事责任,公安机关应该撤案。

件、检察机关机关应该作不起诉处理，审判机关应该终止审理或宣告无罪，是典型的把有罪归于无罪，因而时效制度可以被视为我国刑法中规定的为数不多的“出罪”事由之一。

3.战时缓刑制度。除赦免和时效外，我国刑法中还规定了另一项“出罪”事由——刑法第449条规定的战时缓刑制度，这也是一条关于附条件将有罪归于无罪的立法规定，是典型的立法“出罪”事由，司法工作者无需考虑程序上的规定，只要满足“战时”、“法定最高刑三年以下”、“可以宣告缓刑”、“犯罪主体为军人”、“确有立功表现”等条件，就可以作无罪处理。

4.告诉才处理的案件。如果被害人放弃告诉，那么司法机关就不能追究加害人的刑事责任，这能否视为一种刑法上的出罪事由？一般而言，告诉才处理的案件，经常是被害人与加害人具有家庭等亲属关系或者涉及到被害人隐私等案件，之所以规定为告诉才处理，是因为这类案件的法益侵害性和社会危害性较小，只有在被害人向司法机关提起告诉的前提下，才能认为该行为的法益侵害性达到了需要发动刑法的程度。因此，可以将被害人向法院提起诉讼作为此类案件的构成要件要素之一，在被害人没有告诉的情况下，就没有构成要件该当行为，加害人的遗弃、侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由等行为就不是犯罪行为，也就不存在“出罪”的前提和可能。因此，告诉才处理的案件在受害人没有提起告诉时，不是刑事实体法规定的“出罪”事由，而我国《刑事诉讼法》第204条规定的自诉案件中，在受害人没有提起告诉时，可以视为刑事诉讼法上的“出罪”事由。

最后，立法修正对出罪的影响。在刑法修改过程中出现多次废除罪名的情况，但这是否属于刑事立法中的“出罪”事由呢？总览1979年以来我国历次刑法修改的结果，无论是97刑法对79刑法的修改，还是97刑法内部的罪名调整，基本上都是将原罪名下的行为方式作为新修改后罪名下的行为方式之一，原罪名虽已废除，但基本不存在将原来的犯罪行为修改为非罪的现象。因此可以说，我国目前刑法修改过程中罪名的变化并不存在放纵犯罪的可能，也就不存在本文所称的将有罪归为无罪“出罪”情形。

(金泽刚系同济大学法学教授;王振华系同济大学法学博士研究生)

涉老型监护案件的审理思路

沈烨 刘鑫

国务院发布的《“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划》指出：“预计到2020年，全国60岁以上老年人口将增加到2.55亿人左右，占总人口比重提升到17.8%左右。”我国很可能在未来50年里成为世界上人口老龄化形势最为严峻的国家之一。可以预见，涉老型监护案件势必随之增多。此类案件在案情、审理思路上与未成年人监护案件往往有着明显区别。尤其需要注意的是，被监护人是一位丧失生活自理能力的老人，较之于监护问题，赡养问题显然对其更具现实意义。对此，应当在明晰监护与赡养的异同后，确立妥当、务实的审理思路。

赡养与监护虽然在内容上互有关联,但各有独立的法律文义。依《民法总则》第三十四条、第三十五条等条文所释,监护是指监护人对被监护人的人身权利、财产权利等合法权益进行监督、管理和保护,以弥补被监护人民事行为能力之不足。而依《老年人权益保障法》第十一条所释,赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务,照顾老年人的特殊需要。就法律文义而言,赡养与监护的相同之处在于:其一,两者均系法律义务。其二,两者的基本原则相同,均应以被监护人利益最大

化为基本遵循。

两者的相异之处在于：其一，监护的外延广于赡养。监护人还要履行对被监护人的

的人身和财产进行保护和管理，代理被监护人实施法律行为等职责。而赡养一般仅涉及、调整赡养人与被赡养人的内部关系。其二，两者内容各有侧重。就实践情况看，监护侧重指监护人对

外履行监护职责；赡养侧重指赡养人对内承担赡养义务。其三，监护人资格的撤销并不意味着赡养义务的免除。《民法总则》第三十七条明确：“依法负担被监护人抚养费、赡养费、扶养费的父母、子女、配偶等，被人民法院撤销监护人资格后，应当继续履行负担的义务。”

综上，监护与赡养在内容上虽有重合之处，但绝非包含关系，即便监护人资格被撤销，仍应承担赡养责任。

在涉老型监护案件中,监护争议的评判往往仅是问题之“表”,更为重要的是妥善、合理地兼顾被监护人的赡养问题。在有充分证据证明监护人严重侵害被监护人合法权益(包括人身权、财产权),应依法撤销其监护人资格。同时,法官应顾及被监护人的赡养、财产监管等问题,既要向监护人释明监护与赡养的区别,防止各方推诿赡养义务;又要在审理过程中了解被监护人财产情况、确定

具体监护方案，防止因共同监护转为单独监护后，当事人之间彼此监督、制约失衡的问题。

一要充分且全面地释明监护与赡养的区别。为防止当事人混同赡养与监护的法律文义,从而在被撤销监护人资格后,拒绝或者怠于履行赡养义务,法官不仅需在判决书中详释监护与赡养的区别,还应在审理过程中,对不履行赡养义务导致的法律后果(丧失继承权等),向当事人作出详尽释明。争议双方既要杜绝侵犯被监护人财产权益的行为,同守法律底线;更要以提高被监护人生活质量为前提,共担赡养义务。

二要在审理笔录中详细载明具体监护方案、赡养方案。处理此类案件，明确当事人争议焦点仅是审理工作的一部分，更为重要的是固定争议双方对于监护、赡养问题所持的态度。审查要点至少包括：1、列明被监护人财产范围。如被监护人的退休工资、存款、名下的不动产、对外债权等。一般而言，此类案件中被监护人的财产足以负担其养老支出，法官需明确其财产的具体来源、项目、大致价值，此为保障被监护人今后生活的重要依凭；2、赋予对方必要的监督权。较之于单独监护，共同监护的优势在于能够有效实现各监护人之间的互相监督，从而防止监护权的滥用。当一方监护人资格被撤销后，为防止另一方不当履行

监护职责，应赋予被撤销方必要的监督权。如将被监护人收入支出列表，在固定期限内，由双方对账。这可以有效防范共同监护转为单独监护后可能产生的权利滥用问题；3、列明具体赡养方案，如经济上如何供养、生活上如何照料、精神上如何慰藉等。若申请人一方无法对监护方案、赡养方案做出明确、可行的意思表示，则表明其不适宜单独履行监护职责，对其提出的撤销申请，可依法予以驳回。

三要合理补强法官心证。如“法官后语”的创设为补强法官心证提供了重要途径。审理此类案件，法官可在判决书后附以“法官后语”，对当事人施以伦理道德教化、矫正当事人的不正确认识、唤起人性的良知、最终将法律的“他律”转化为当事人的“自律”。

当前我国老龄化社会所面临的最大、最现实的问题，就是如何能够实现每位老年人身体健康的恰当照料、财产的适当管理以及各项相关事务的妥当处理。在处理涉老型监护案件时，法官不仅仅是简单地找寻和发现案件事实与法律的对应之处，更多地是给予弱势群体必要的司法关照。对此，需要的是协同、整体、多元的综合性干预手段，唯此，才能更为有效地满足家事纠纷背后所隐藏的家庭功能障碍与情感需求。

(作者均为上海市静安区人民法院审判员)