

但书的机能是入罪限制条件

王昭武

对于刑法第 13 条但书的机能，存在“出罪标准说”与“入罪限制条件说”之间的对立。尽管前者是司法实务部门的主流观点，但该说是在“出罪”问题上，突破形式主义的罪刑法定原则的框架来判断社会危害性的程度，甚至不惜以犯罪构成的形式化、空洞化为代价而去追求所谓实质的正义，而后者坚持犯罪构成是认定犯罪的唯一标准，能最大限度地贯彻罪刑法定原则，防止司法突破立法，因而正确的做法应该是采取“入罪限制条件说”。

关于但书机能的两种观点

依据刑法第 13 条但书规定，只要同时满足“情节显著轻微”并且“危害不大”这一条件，其法律后果就必然是“不认为是犯罪”即原本就不是犯罪，因而但书具有限制犯罪圈的机能，这已经是刑法理论与司法实务的共识。但对于如何运用但书来限制犯罪圈，则存在观念与做法上的对立。在“出罪标准说”看来，犯罪的认定分为两步：第一步，看是否符合犯罪构成，如不符合，则直接排除其犯罪性（形式判断）；第二步，看是否属于“情节显著轻微危害不大”，如果属于就不认为是犯罪，反之则认为是犯罪（实质判断）。这种做法在我国的司法实务界具有广泛的影响力与认同度。

反之，“入罪限制条件说”则认为，犯罪概念不是认定犯罪的具体标准，但书也不是宣告无罪的直接依据；只要行为符合具体的犯罪构成，就应当认定为犯罪，而不能再以“情节显著轻微危害不大”为由宣告无罪；刑法在规定犯罪构成时，必然对符合犯罪构成的行为进行实质评价，刑法的解释者、适用者在解释、适用犯罪构成时，也必须从实质上理解，只能将值得科处刑罚的违法、有责的行为解释为符合犯罪构成的行为，因而应以行为不符合犯罪构成为由宣告无罪，而不是直接以但书宣告无罪。

“出罪标准说”与“入罪限制条件说”的宗旨都在于限制入罪范围，尽管在最终结论上似乎没有根本区别，但对于如何控制犯罪圈，两种观点却选择了决然不同的路径：前者是在犯罪构成之外解决，后者是在犯罪构成之内解决。这种路径选择的不同直接体现了两种观点在刑法观念上的根本对立：是否坚持犯罪构成是认定犯罪的唯一标准？具体而言，作为犯罪的认定标准，“出罪标准

□ “出罪标准说”与“入罪限制条件说”对于如何控制犯罪圈选择了决然不同的路径：前者是在犯罪构成之外解决，后者是在犯罪构成之内解决。

□ 采取“出罪标准说”实质上是说，一种行为只有经过了犯罪构成和社会危害性的双重过滤才能成立犯罪。这无疑使得犯罪构成退化为认定犯罪的一个必要条件，社会危害性才是决定是否追究刑事责任的实质根据。

□ 但书规定的实质意义在于确定入罪条件，其机能表现在指导法官实质地理解与适用犯罪构成上。因此，司法者应以行为不符合犯罪构成为依据宣告无罪，而不能直接以但书宣告无罪。

说”采取的是犯罪构成（形式标准）+社会危险性（实质标准）这种“双重标准”，从而强化了社会危害性在犯罪论体系中的地位（不仅是犯罪的所谓“本质特征”，更是出罪的实质标准），不承认犯罪构成是认定犯罪的唯一标准（即犯罪构成只是入罪标准而不是出罪标准）；“入罪限制条件说”则坚持犯罪构成才是认定犯罪的唯一标准（即犯罪构成既是入罪标准也是出罪标准），行为符合犯罪构成，就表明行为已经具有应受刑罚处罚性的社会危害性，当然构成犯罪。这种对立不仅涉及但书的适用，更事关犯罪构成的性质与定位，涉及犯罪论体系的根本问题，因而必须明确做出选择。

对“出罪标准说”的批判

“出罪标准说”的核心观点是：某行为符合犯罪构成，本应成立犯罪，但由于同时符合但书规定，因而不构成犯罪。姑且不论对已经成立犯罪的行为再出罪这种说法是否合乎逻辑，该说的问题更在于，不仅其内容本身未必完善，其立论根据也存在疑问，尤其是，采取该说不仅会在理论上付出犯罪构成形式化的代价，更有招致司法权僭越立法权之虞。

我国采取的是“立法定性+立法定量”的立法模式。对此，“出罪标准说”认为，但书仅对分则中那些不含定量因素的犯罪具有出罪功能，而对于那些含有定量因素的犯罪则仅具有“照应功能”，不具有出罪功能。然而，既然主张但书是刑法总则规定的出罪标准，就应对对刑法分则中的每个具体犯罪均有制约意义，仅对部分犯罪具有出罪功能显然有悖总则指导分则这一基本原理。事实

上，那些只含定性描述而未做罪量要求的分则条文绝不意味着没有定量要求，例如，扒窃型盗窃罪只能对那些非“情节显著轻微危害不大”的扒窃行为才能认定符合盗窃罪的犯罪构成。

采取“出罪标准说”实质上是说，一种行为只有经过了犯罪构成和社会危害性的双重过滤才能成立犯罪。这无疑表明，犯罪构成已退化为只是认定犯罪的一个必要条件，社会危害性才是决定是否追究刑事责任的实质根据。因此，直接以但书作为出罪根据，实质上弱化了犯罪构成的功能，会从事（社会危害性）与量（但书）两方面阉割犯罪构成作为犯罪成立的终局或者唯一规格的资格，最终所要付出的代价必然是将犯罪构成形式化乃至空洞化，否定犯罪构成是犯罪成立的终局标准。

然而，对于本是立法者设置罪刑时需要评价且已经实质评价的社会危害性因素，在司法实践中再由司法者以适用但书的方式再次评价，将闭合式的犯罪成立条件改造成开放性的体系，既在实践中增加了罪与非罪的判断变数，更是以任意性很强的司法出罪方式架空了法定的犯罪构成标准，将本应由立法者确定的罪与非罪的认定标准交由司法者来确定，导致的后果必然是犯罪认定标准的不确定性。进一步而言，一旦犯罪构成被形式化，甚至被虚置，就极有可能造成社会危害性判断最终取代犯罪构成这种“灾难性后果”，将司法者的自由裁量权扩大到定罪标准，这无疑会增加司法权僭越立法权的风险。

但书的机能在于“入罪限制条件”

既然但书是刑法总则有关罪量的指导性标准，势必要求所有人罪行为的社会危害性都不

得是“情节显著轻微危害不大”。因而可以说，判断“情节显著轻微危害不大”的过程就是对行为的社会危害性进行评价的过程，是通过判断社会危害性的程度而得出是否符合犯罪构成、有无刑事违法性的结论。若“情节显著轻微”并且“危害不大”，就可以肯定该行为的社会危害性尚未达到“依照法律应当受刑罚处罚的”程度，不具有刑事违法性，“不认为是犯罪”。而且，对“情节显著轻微危害不大”的行为“不认为是犯罪”，这并没有否定“不认为是犯罪”的行为具有社会危害性；更何况没有社会危害性的行为，根本就不是刑法的考察对象，也根本不存在是否属于“情节显著轻微危害不大”的问题。因此，但书作为犯罪概念的一部分，是“立法定性+立法定量”模式在刑法总则中的体现，其实质在于，在承认行为具有社会危害性的基础上，通过对社会危害性的程度进行实质评价，判断行为是否符合犯罪构成具有刑事违法性，而并非如“出罪标准说”所言，是将符合具体犯罪构成但社会危害性不大的行为排除在犯罪圈之外。

进一步而言，既然“出罪标准说”的根本目的在于限制犯罪圈，那么，采取“入罪限制条件说”，是否也能实现限制犯罪圈的目的呢？立法者之所以能通过设置犯罪构成来规制某种行为，其正当化根据就在于，该行为的社会危害性达到了应受刑罚处罚性的程度。在我国，犯罪构成是形式要件与实质要件的统一，是具有应受刑罚处罚性的社会危害性的行为的类型化，而“情节显著轻微危害不大”的行为根本不具有应受刑罚处罚性的社会危害性，因此，但书只是提示性地说明，符合犯罪构成具有刑事违法性的行为不得是“情节显著轻微危害不大”的行为，其机能在于“入罪限制条件”；司法者适用但书规定对社会危害性的程度进行实质评价的过程，就是对犯罪构成进行实质解释，直接将那些“情节显著轻微危害不大”的行为排除在犯罪圈之外的过程。这样一来，不用付出否定犯罪构成是认定犯罪的唯一标准这种“毁灭性”的代价，也完全可以达到限制犯罪圈的目的。

由上可见，但书规定的实质意义在于确定入罪条件，而非提出所谓出罪标准，其机能不是表现在直接依据但书认定某行为不构成犯罪，而是表现在指导法官实质地理解与适用犯罪构成这种解释机能上。因此，司法者应以行为不符合犯罪构成为依据宣告无罪，而不能直接以但书宣告无罪。

（作者系苏州大学王健法学院教授）

“被直播”事件中短视频平台的法律责任

焦芙蓉 邵旻

近日一段名为《小学生在家发抖音妈妈洗澡被直播》的视频在网上大范围传播，抖音官方回应称有人恶意推动。那么，作为短视频平台的抖音公司是否应承担责任呢？

网络服务提供者包括两类：网络技术服务提供者与网络内容服务提供者。抖音公司对视频的拍摄行为不负直接的管理义务，对视频内容一般仅限于事后监督，没有事前审查的义务，应属于网络技术服务提供者。

抖音公司作为网络服务提供者，在其用户协议中，也对用户使用抖音软件的行为进行了规定，明确了抖音公司与用户的权利义务。从抖音的用户协议来看，抖音公司有权基于自己的判断主动对用户发布的涉及侵权的视频予以删除，或者在收到权利方或通知方的情况下移除涉嫌侵权的内容。这是抖音公司的权利，也是其作为短视频平台的提供者对社会负有的一种义务。

《侵权责任法》规定，网络技术服务者只是在知道侵权行为存在的情况下或者在接到被侵权人的通知后，才负有采取必要措施避免损害发生或者防止损害扩大的注意义务。《侵权责任法》第 36 条第 2 款和第 3 款规定：网络用户利用网络服务实施侵权行

为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。这即所谓的网络服务提供者的“避风港规则”。网络服务提供者只有在接到侵权通知后没有及时采取必要措施的，才需要与侵权人承担连带责任。

除了“避风港规则”，网络服务提供者承担侵权责任的另一个重要原则是“红旗规则”。所谓“红旗规则”是指当网络服务平台上存在的侵权行为或信息已经像红旗一样在网络服务者面前飘扬，以至于使处于相同情况下的理性人能够发现时，网络服务提供者就不能装作看不见，或者以不知道侵权为由推脱责任。可以说，“红旗规则”是“避风港规则”的例外，一旦符合“红旗规则”，则网络服务提供者便无法适用“避风港规则”。

作为网络服务提供者，诸如抖音等短视频平台在常态下受“避风港规则”的法律庇

护，只是在特定的情形下才承担网络侵权责任。一般而言，短视频平台触发“红旗规则”适用的法律构成主要包括以下几方面：

首先，在短视频平台上必须有网络侵权行为或信息的存在。

其次，短视频平台在接到权利人通知或发现侵权信息后未采取合理的措施，构成对侵权行为应知或明知的侵权认定主观要件。按法律规定，合理的措施即：第一，配合权利人的要求，履行“通知—删除”义务，短视频平台在接到权利人的通知后及时履行了删除或断开链接、屏蔽或删除的措施。第二，对显而易见的侵权信息及时采取断开链接、屏蔽或删除的措施。

最后，短视频平台在经营过程中未履行“合理的注意义务”。合理的注意义务即一般人的注意义务，只要侵权行为或信息能够轻而易举、一目了然地发现，短视频平台就需要采取相应的措施。

网络服务平台对于自己经营的服务平台具有他人不可替代的控制能力，其最有可能了解平台的实际情况，预见平台中可能存在的安全隐患与问题，并且采取必要的措施防止损害的发生或减轻损害造成的后果。而且网络服务平

台都是以获取商业利益的目的经营网络服务平台，不论其所获得的收益是有形的还是无形的，是即期的还是潜在的，根据收益与风险相一致原则，从危险中获取各种利益者理应被视为负担制止危险义务的人，只要网络服务平台的经营存在安全隐患，并且其从中获取了利益，就应承担相应的排除危险的义务。而且网络服务平台控制着这个平台的总体运行，其更容易以较小的成本排除网络平台的安全隐患，制止网络平台中的侵权行为。

网络服务平台在提供服务时具有“开启、参与社会交往”和“给他人权益带来潜在的风险”的特征，网络服务平台基于其作为具体网络平台架构者、控制者与获利者的特殊地位，同时作为危险源的开启者和控制者，其不仅应对网络空间中正在发生的侵权负有排除义务，还应对未来的妨害负有审查和控制义务。

对于类似于抖音公司的短视频平台，其不能仅承担事后的止损义务，而应当对平台的经营和管理负有谨慎的注意义务，对视频保持高追求，推荐优质内容，在后台设置审核机制，加强对侵权视频的审查能力。

（焦芙蓉系上海对外经贸大学法学院研究生；邵旻系上海市杨浦区检察院检察官）