

原因自由行为下正当化前提事实错误之处理

陈建桦¹, 徐卫刚²

(1. 中国人民大学法学院, 北京 100872; 2. 株洲市人民检察院, 湖南 株洲 412008)

摘要: 原因自由行为下正当化前提事实错误属于认识错误的一种, 它应该定性为事实错误; 对它的处理一般是排除故意的成立, 如果刑法有规定过失犯罪的, 以过失犯罪论处; 在原因行为前便发生认识错误的, 如何处理需要结合案情具体讨论。

关键词: 原因自由行为; 正当化前提事实错误; 过失认定标准

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1674-117X(2011)06-0048-05

Treatment of Grounds for Legitimate Mistakes in the Situation of Action Liberal in Cause

CHEN Jianhua¹, XU Weigang²

(1. Law School, Chinese People's University, Beijing 100872, China;

2. People's Procuratorate of Zhuzhou City, Zhuzhou, Hunan, 412008, China)

Abstract: Grounds for legitimate mistakes in the situation of action liberal in cause is one of misunderstanding of criminal law, which can be attributed to factual mistakes. It requires a combination of specific case discussed when combined with action liberal in cause that can not be a deliberate criminal act.

Key words: action liberal in cause; grounds for legitimate mistakes; recognized standards of criminal negligence

酒后 A 起身离开酒吧, 到门口 A 想起落下了大衣, 便回取。不过错取 B 的大衣(外观和 A 的一样)后离去, 到了小巷, 身后传来 B 和 C 的嘶喊“还我大衣。”A 认为 B 和 C 为了让他停下来对自己实施抢劫。A 遂跑, 并喊:“就不给你大衣。”B 和 C 追上 A 后, 将 A 挟持住, 准备脱其大衣。A 无力徒手反抗, 便拿起一旁的板砖向 B 的脑门狠狠地砸去, B 立即倒下, 而 A 趁 C 照看 B 的伤势之际, 抽身逃跑。第二天, A 被逮捕, 并被公诉机关以抢劫罪起诉。

案中 A 表面上的确符合事后抢劫罪的构成要件, 非法占有了他人财物, 并在为了抗拒抓捕而当场使用暴力致 B 受伤, 完全符合事后转化型抢劫罪的构成要求。但是如果对案情全面分析, 实质上 A 并不构成抢劫罪, 甚至是否构成犯罪也值得研究。

因为综合分析可得出 A 是为了防卫 B 和 C 的“抢劫”的行为, 即 A 是对正当化前提事实产生认识错误的“防卫”行为, 而刑法如何处理正当化前提事实错误, 是存在争议的。而且本案中的 A 是在丧失责任能力的醉酒状态下实施的行为, 从而使这种认识错误的处理更加复杂。虽然, 我国刑法明确规定“醉酒的人犯罪, 应当负刑事责任”, 即立法上明确了醉酒之人法定上和一般人一样具有刑事责任能力。但是, 理论上对醉酒状态责任能力问题是有进一步研究价值的, 而大陆法系国家刑法理论主要是通过原因自由行为的理论解决醉酒状态的责任能力和行为不同时的的问题。所以, 本案给我们带来的实质问题是如何处理原因自由行为下正当化前提事实错误的情况。由于“原因自由行为”实质上是

收稿日期: 2011-09-18

作者简介: 陈建桦(1987-), 男, 广东梅州人, 中国人民大学硕士研究生, 主要从事刑法学研究; 徐卫刚(1972-), 男, 湖南株洲人, 湖南省株洲市人民检察院干部, 主要从事刑法学研究。

行为人陷入的一种状态(下文将介绍),因此只要得出处理正当化前提事实错误的标准,我们便可以将此标准运用到诸如醉酒状态的问题处理。因此本文将着重介绍分析正当化前提事实的一些基础性理论,探讨解决处理正当化前提事实错误的标准。并以此标准运用到原因自由行为下的错误的具体案例中去,以妥善处理原因自由行为下的具体情况。

一 正当化前提事实错误的基本问题及处理

(一)正当化前提事实错误的概念及范围

要全面准确的界定正当化前提事实错误的基本问题,必须厘清正当化前提事实的概念及表现形式。正当化前提事实,指使正当化事实存在的前提条件。其中正当化事实,意指排除符合构成要件的行为违法性的事由。正当化事实包括:正当防卫、紧急避险、法令行为、正当业务行为、自损行为、被害人的承诺、推定的承诺、治疗行为、安乐死与尊严死、自救行为和义务冲突。正当化前提事实的范围,是指能够使上述各种正当化事实成立的前提性条件事实,比如,存在客观的不法侵害是正当防卫的前提事实。

由上推知正当化前提事实错误的概念,便是错误认识了“对排除符合构成要件的行为违法性的事由”。其范围自然是错误的认识了上述各种正当化前提事实的各种情况,在这里便不赘述了。不过需要说明的是,正当化前提事实错误有以下三个特点:(1)主观上的错误性;(2)客观上的危害性;(3)罪过的唯一性。

(二)正当化前提事实错误的归属定性

对正当化前提事实错误进行定性前,首先我们要了解错误的分类。传统并且主流的观点一般分为事实错误说和法律错误说,事实错误说中又可分为消极的构成要件要素理论、事实错误说、独自错误说;法律错误说又可分为严格责任说、限制法律效果说。对正当化前提事实错误的归属定性涉及到如何处理正当化前提事实错误的问题,亦即如果认定为事实错误,一般可以阻却故意;如果认定为法律错误,一般不阻却故意。具体归属定性的争论,主要有以下三个观点:

1. 事实错误说。主张事实错误说的学者认为,正当化前提事实错误,并不是与评价相关联的误认,而是事实层面上的错误,因此在这点上可以说与构成要件符合之事实错误并没有什么区别。符合构成要件之事实和符合违法性阻却事由之事实,虽然以是否积极或消极定位于违法性层面上有

所区别,但是,两者在与违法性存在与否相关联的事实层面上并没有什么本质上的区别。因此,现在的中外通说将正当化事实错误之典型假想防卫归类定性为事实错误而非法律错误的范畴。^[1]

2. 法律错误说。此说认为正当化前提事实错误之“正当化”本身就包含着一种法律评价在内。它是指把实际上并非不法侵害的行为误认为不法侵害,可见原先就存在某种行为,只是行为人以其性质的判断发生了错误,并非根本就不存在这种行为而误以为存在,不能认为行为性质错误可以阻却故意,就将其归入事实错误之中。^[2]

3. 第三种错误说。此说是在打破传统错误二元分类的基础上,认为作为阻却构成要件故意的事实错误是不存在的,只不过与此种错误在结构上有些类似,所以类推适用事实错误的法理,把它视为阻却责任形式的故意。总之正当化事由的前提事实的错误,既不是事实错误,也不是法律错误,而是一种独立的错误形式。^{[3]155}

本文赞成通说的观点,原因如下:(1)要看行为人是错误地认识了事实,还是对事实本身有正确的认识,只是对该种事实在法律上的意义作了错误评价。就正当化前提事实错误而言,行为人首先是由于对某种客观事实产生了误解,才导致其对自己所实施的行为是否正当产生认识错误,其实质是行为人错误地认识了事实,而不是对事实在法律上的意义作了错误的评价,因此,正当化前提事实错误是事实错误而不是法律错误。(2)正当化前提事由错误与构成要件的事实错误虽然有所不同,但都是有关事实本身的错误,只不过前者是有关决定行为是否具有危害社会性质的前提事实的错误,而后者是关于犯罪事实的错误。所以,没有必要把行为性质错误作为独立于事实错误之外的另一种错误。

(三)正当化前提事实错误的处理

如何处理正当化前提事实错误,在我国一般简单认为阻却故意的成立,在刑法有相关规定的,按相关过失犯罪论处。这种结论的合理性暂不下定论,但是没有理论根据支撑的结果是没有说服力的。与之相对的大陆法系刑法学者对此提出了以下的学说,以期在理论上提出处理上的根据:

1. 消极构成要件理论。对于犯罪的判断,此说采取二阶段论。^{[4]194}二阶段论是指,不法构成要件以及有责性的两层判断。此说认为,构成要件所描述的状况必须积极地出现,才有不法的存在,阻却违法事由必须消极地不出现,才会有不法的存在,这两组积极与消极的要素,有相同的决定不法的功

能,前者是积极地描述不法;后者是消极地描述不法。也就是说,刑法规定的构成要件有两种:一是积极的构成要件;二是消极的构成要件。前者积极揭示行为的犯罪性,后者消极地否定行为的犯罪性。而作为正当化前提事实(或阻却违法事由的前提事实),属于消极地构成要件的构成事实,此种错误也属于构成要件错误,同样阻却故意的成立,但在行为人主观上有过失的情况下,可能成立过失犯。

2. 严格责任理论。这种理论首先是在目的主义理论的范围内发展起来的,它把正当化前提事实错误作为一种直接归类于禁止性错误(违法性认识错误)来处理。^{[5]405}也就是说,依照严格责任论,阻却违法事由不排除构成要件该当性,而只是排除违法性,质言之,这种错误被认为不是事实错误(构成要件错误),而是法律错误(禁止错误)。行为人误认为存在正当化前提事实,便是对于法益有认识而且有意破坏,只是违法性存在认识错误。而违法性的意识是罪责问题。申言之,行为人所实施的行为是一个故意的行为形态,责任形态当然也是故意。这种错误从来不排除故意,但如果这种错误在通常情况下是难以避免的,那么根据相关法律,故意的刑罚就能得到减轻,比如如德国刑法典第17条第2句有相关规定。不过也有不可避免的情况免于处罚的立法,比如“依台湾地区‘刑法’,如果具体情况显示,错误很难避免,行为人无责任,即免除刑罚。”^{[4]195}

3. 事实错误说。此说的主要理论基础在归属定性部分已经进行了说明,在这里不再赘述。需要进行补充的是,正当化事实前提事实是作为评价行为违法性的基础性事实,对这种事实的错误认识,当然属于事实错误,无条件地阻却构成要件的故意。在法律有处罚过失犯规定的情况下,只存在是否构成过失犯的问题,这是大陆法系刑法理论界的通说,我国的主流观点也类似于这种主张。^{[3]118}

4. 限制责任论。这个理论的出发点是,行为人对自已的行为,认定为是立法者所允许的,即在对于正与不正的评价,认为自己是守法的。表面上看,这个理论的理论基础是将正当化前提事实归属为法律错误,处理上也应该同处理法律错误的准则一样,即一般不排除故意。但是,事实上此论“获得了排除故意的结论。”按照这个理论,误认阻却违法事由的客观情状,虽然不能直接适用构成要件错误,不过,可以类推适用。所以,发生误认的行为人,故意的不法被排除,但可能成立过失犯罪。这种理论,被许多德国学者与大多数的实务采用,“在

文献中有着可观的呼声,以及总的说来也是司法判决的观点。”^{[5]404}

5. 独立错误论。这种观点认为正当化前提事实错误,既不是构成要件错误(事实错误),也不是禁止错误(法律错误),而是一种独立的错误。这种错误,不影响行为形态的故意,只影响责任形态的故意;行为人的错误如果是由于注意上的瑕疵,应类推适用过失犯的处罚。^{[3]115}另外,台湾学者林东茂教授将此说称为“法律效果的限制责任论”,并支持此论的观点。理由是:“这样的处理,可以有效掌握恶意的共犯(帮助犯或教唆犯)。假定有人知道行为人为人发生允许构成要件错误,而刻意帮助,可以成立帮助犯。如果采取严格的责任论,这刻意帮助的人也可以被处罚。之于采取其他理论,则形成漏洞,因为其他理论都在‘行为不法’的层面认为成立过失,而对于过失的不法行为,是不能帮助或教唆的。”^{[4]196}

以上五种学说对如何处理正当化前提事实错误进行了探讨。笔者认为,除了事实错误说之外,其他四种学说都有其理论上的弊病。首先,严格责任说认为正当化前提事实错误是禁止的错误,不阻却故意。但是,前文已经论证行为者是对存在的事实本身发生了错误的认识,而不是对不法存在认识错误,因此,把正当化前提事实错误解释为禁止的错误并不妥当。此外,故意是以行为人认识违法事实为前提条件的,既然他误认阻却违法的事由存在,以为自己的行为是合法的,当他实施此种行为时,也就不存在有犯罪故意,所以,认为正当化前提事实错误不阻却故意,也是没有道理的。其次,消极构成要件说同样存在问题。刘明祥教授认为:“消极的构成要件要素理论本身缺乏科学性。因为,按照德日等大陆法系国家的犯罪理论,作为构成要件内容的事实具有把某种犯罪加以类型化的职能,而作为违法性阻却事由之内容的事实可以使符合构成要件的事实合法,所以是非类型性的允许状态,不具有类型化的职能,不能与前者混为一谈。可见,把两种具有不同意义的事实都作为构成要件事实,从而把两种错误都作为构成要件事实错误,即使按大陆法系国家的刑法理论,也难以说通。”^{[3]116}再次,限制责任论尽管也认为阻却故意之成立,但是,这种理论的逻辑推理容易造成误解,并且“‘限制性罪责理论’的关系被引进来了,并不容易理解。”^{[5]404}也就是说,用这观点处理正当化前提事实错误并不具有操作直观性,绕了一圈得出的答案同事实错误说直接得出的答案一样。最后,独立

错误论的观点也是不可取的,因为其出发点是站在正当化前提事实归属为第三种独立的错误之上,其弊端在归属定性部分已经进行了说明,这里便不再赘述。

因此,本文赞成事实错误说的观点,除了此说所列举的论据外,笔者进行一定的补充。首先,由于正当化前提事实错误只是事实层面上的错误,虽然在判断其错误时融入了一定的规范和价值的判断,但是这并不因此而将正当化前提事实错误改变其事实错误的特征,因此不能运用解决法律错误的处理办法或者运用上述所谓的“第三种错误”的处罚办法,而应该运用解决事实错误的错误说的观点。亦即正当化前提事实错误的处理应当阻却故意犯罪的成立,如果成立过失犯罪的话,处以过失犯罪的刑事责任。

二 原因自由行为下正当化前提事实错误具体案例分析

(一)前置性问题

在将上述论证而得的处理标准——事实错误说运用到原因自由行为下的具体案例前,我们首先要解决两个前置性问题。

1. 原因自由行为简要说明。原因自由行为是责任时代的产物,主要是为了解决行为和责任不同时存在时,刑事责任如何认定的问题。基本上,行为人实施违法行为时,如果发生重大的精神障碍,无罪责能力,犯罪是不成立。但是,如果精神障碍的原因,是行为人在有责任能力时故意或过失为之,那么行为人的罪责不能被排除。此时的行为人,视情形成立故意或过失犯罪。这种情况,刑法学说称为原因自由行为。一般认为,原因自由行为包括故意的原因自由行为和过失的原因自由行为。^[6]

由于原因自由行为相对于一般的犯罪行为有其构造上的独特性,而且责任主义强调“行为和责任能力同时存在”,因此如何在理论上论证其可罚性,刑法学者们一直以来存在着广泛争议。具体而言,主要存在以下四种观点的争议:间接正犯类似说、统一行为说、“最终意志决定时”说和同时原则例外说。本文原则上同意同时原则例外说,由于篇幅原因,笔者不对其他三种观点进行分析,而是对赞成同时原则例外说进行简要说明:同时原则例外说为回避行为与责任同在原则,认为原因上的自由行为是该原则的例外。责任能力和实行行为并不需要同时存在,为了使原因自由行为的实行行为的

概念具有客观明确性,应把心神丧失状态的身体活动看成实行行为。责任主义要求行为与责任同时存在,具有历史性的意义,避免了客观归罪,但是在特殊情况下,存在行为与责任暂时性分离也要追究行为人之刑事责任的情况,而原因自由行为就是此一例外。

2. 判断标准的问题。这里的判断标准主要有两个:一是判断行为人有无可能成立故意犯罪的标准;二是判断行为人有无可能成立过失犯罪的标准。前者主要是解决幻想防卫和假想防卫的界限问题;后者主要是解决行为人是否需要承担过失责任的问题。而无论是解决哪个问题,都需要首先讨论是否“有理由相信”的问题,即以什么标准判断行为人“有理由相信”。一般认为如果行为人有理由相信不法侵害的存在,是阻却故意成立的,并且根据其是否存在过错,讨论其承担过失责任。关于“有理由相信”的判断标准,如果以行为人的注意能力、辨认能力和认识可能性标准作为判断基本参考,便是行为人标准说;如果以一般人的标准作为参考,便是一般人标准说;还可以折中地从以上两个方面来予以考察,便是折中说,标准的采纳需要结合具体案情分析。

(二)案例分析

由上可知,原因自由行为虽然具有的“行为与责任不同在”的特性,但是其罪过构造仍是故意与过失,和一般状态下的行为的主观归责要求是一致的。所不同的是这种情况下行为人的认识标准和普通人的认识标准有差异的问题,因此,解决一般状态下正当化前提事实错误问题的错误说标准同样可以适用于原因自由行为下的情况。众所周知,醉酒是典型的原因自由行为,因此下文例举醉酒的案例对原因自由行为下正当化前提事实错误的处理进行讨论。

1. 醉酒案分析。文章开头的案例,首先A属于阻却故意,因为一般人深夜面临着陌生人的追赶都会“有理由相信”自己将要面临不法侵害,自然可以进行“防卫”。但是,此案中如果B和C是在酒吧中以正常交流性言语取回大衣,A因醉酒以挑衅式语言(比如“老子就不给”)予以回应,双方争吵后,B和C动手取回财物之时,A若进行“防卫”无疑是不阻却故意的。因为以一般人的标准,通常不会走错地方拿错衣服,更不会对好言提醒时挑衅对方,亦即一般人没有理由相信自己面临着不法侵害,因此A对于结果负有过失的责任,构成过失致人重伤罪。

2. “酒壮英雄胆”情形分析。“酒壮英雄胆”的情形主要是指,行为人主观上认识到“不法侵害”时,喝酒壮胆对抗不法侵害。这种情形也同样是原因自由行为下的正当化前提事实错误的疑难问题,而且这种情形又可以分为以下几种具体情况:

案例一:A男见B男强行拉扯C女进入某树林,并且C女在拉扯中多次反抗和使用拒绝性言语,A男以为B男欲实施强奸行为,但由于胆子小,于是便喝酒壮胆,以期“英雄救美”。酒后,A男进入树林见B男骑在C女身上,大喊住手,B怒吼:“快滚!”A便上前与B男打斗,C由于害怕在一旁一直未做声。最后A将B男打成重伤,事后查证B和C是恋人关系,由于刚认识不久,C不愿发生性关系而与B有争执,但在进入树林后C已经答应了与B发生性关系。这是典型的“酒壮英雄胆”情形,笔者认为本案中A是否应当承担刑事责任,主要看B拉扯C进入树林的客观场景是否能使行为人或者一般人“有理由相信”这是不法侵害。如果A和一般人都认为这是不法侵害,那么无疑不能追究A的刑事责任,本案便属于这种情况。

案例二:在A进入树林前的场景与案例一一样,只是A进入树林后,A和B一起朝C喊道:“快跑”,C穿上衣服跑出了林子,B也朝C的方向跑去,A以为B仍不放过C,边追边用言语“教育”B;B了解到A的用意后,向其解释,但热酒下肚的A没加思索便认为B是狡辩,仍穷追不舍。B这时便以为A并不是英雄救美而是不法侵害,两人停下来厮打,A将B打成重伤,后续情节也同案例一。笔者认为,此案例的A应该承担过失致人重伤罪,在量刑时可以考虑其见义勇为情节予以适当从轻处罚。因为,尽管此案例中A在醉酒状态下因为过失的原因忽视了B对自己的提醒,但是主观上并没有对B的伤害故意,主观上只有为了阻止B继续迫害C的念头,因此并不存在犯罪的故意。但是其伤害行为造成了B重伤害的后果,因此,理应承担过失致人重伤责任。

案例三:主要情节仍然是前两个案例,不过在这里加入了C女的劝说,亦即B男和C女在知道A男的意图后,一起对A男解释,但是由于A男此时已经完全丧失了辨认分析能力,心中只记得自己进入树林是为了教训B男,最后A男仍将B男打成重伤。此案例,笔者认为应该对A男追究故意伤害罪

的刑事责任,并由于致B男重伤,应该适用故意伤害罪第二款的“三年以上十年以下有期徒刑”的加重刑,不过对于其醉酒原因以及伤害的原因是见义勇为,可以在量刑上对其适当从轻处罚。此案中,A的正当化前提事由认识错误只是发生在设置原因行为之前,而不像前两个案子在醉酒状态下仍然存在不法侵害的“假象”,即一般人同样可能会认识到存在B对C的不法侵害。因为此案中A进入树林后,B已经停止了“侵害”C的行为,并且C也主动和A说明了情况,这个时候并不存在任何让一般人造成误认的可能。这时A满脑子是教训B的念头,并将B打成重伤,当然构成故意伤害罪。因为故意伤害罪主观上只需要存在故意即可,无论是出于什么善意的动机或者目的,只要对其伤害行为具有故意便构成故意伤害罪。只不过,A的这种“英勇”动机可以在量刑时予以适当考虑,即从轻处罚。

原因自由行为下的正当化前提事实错误情况并不是仅停留在学术研究讨论上的“伪问题”,而是实践时常出现的问题。由于其涉及了刑法的许多理论,因此实践中如何妥善处理此类案件是司法官们面对的棘手问题。本文认为,应当在坚持事实错误说的观点前提下,充分考虑原因自由行为下行为人的认识能力的特点,以妥善处理此类情况的定罪量刑问题。

参考文献:

- [1] 郑泽善.论正当化事由错误[J].甘肃政法学院学报,2008(1):39-47.
- [2] 川端博.集中讲义刑法总论[M].东京:成文堂,1997:239-240.
- [3] 刘明祥.刑法中错误论[M].北京:中国检察出版社,2004.
- [4] 林东茂.刑法纵览[M].北京:中国人民大学出版社,2009.
- [5] 克劳斯·罗克辛.德国刑法学总论:第1卷[M].北京:法律出版社,2005.
- [6] 冯军.刑法问题的规范理解[M].北京:北京大学出版社,2009:236.

责任编辑:黄声波