

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2012.01.015

试论正当业务行为正当化的根据与价值

王洪龙

(湖南中医药高等专科学校 思想政治理论部,湖南 株洲 412012)

[摘要] 正当业务行为形式上符合犯罪构成的特征,其正当性的根据在于它是一种具有机能作用的社会相当行为,且保护和促进的法益要大于所侵害的法益。正当业务行为具有人权、正义和自由的价值,我国刑法有必要予以法规化。

[关键词] 正当业务行为;正当性根据;价值蕴涵;法规化

[中图分类号] D924 [文献标识码] A [文章编号] 1674-117X(2012)01-0085-04

On the Grounds and Value of Legitimacy of Proper Professional Action

WANG Honglong

(Department of Ideological and Political Theory,
Hunan Traditional Chinese Medical College, Zhuzhou, Hunan, 412012, China)

Abstract: The proper professional act formally conforms to the characteristics of the constitution of a crime. Its grounds of legitimacy lie in a kind of socially accepted behavior with functional roles, and the legal interests which is protected and promoted, are greater than the damaged ones. With value of human rights, value of justice and value of freedom, the proper professional action in the criminal law must be legalized.

Key words: proper professional action; legitimacy grounds; value containing; legalization

正当业务行为是指行为人基于正当业务的需要而实施的客观上有损于某种法益,但因其主观要素的正当性和客观行为的必要性,而为刑法所宽容,并阻却犯罪成立的行为。正当业务行为客观上有损于一定法益,形式上符合犯罪构成的特征。人们允许这种行为存在并使其排除于犯罪之外的根源在于,它既是一种有益于促进社会利益的正当性行为,也蕴涵和体现了法律的人权、正义和自由价值,不仅不能予以否定,而且有必要由立法加以肯定和规范。

一 正当业务行为正当化的根据

在正当业务行为的根据问题上,从现有研究成果来看,有两个重要问题值得探讨:一是包括正当业务行为在内的所有正当行为的统一根据是什么,二是正当业务行为正当化的独有根据是什么。前

者体现了正当业务行为作为正当行为一个组成部分的共性,我们称之为正当业务行为的一般根据;后者体现了正当业务行为的个性,我们称之为正当业务行为的特殊根据。

1. 正当业务行为的一般根据。正当业务行为的一般根据,也就是正当行为的统一根据。对此,理论界主要存在一元论与多元论的观点。一元论者认为所有的正当行为有本质上的相同性,应当在统一的原理下予以理解。但由于学者们对实质违法性这一正当行为理论赖以成立的基础认识不同,又存在多种学说,其中有代表性的主要有目的说、法益衡量说和社会相当性说等。多元论者认为,违法行为具有各自的特别事由而有多种形态,作为违法性对立物的正当行为,也必然是建立在各不相同的正当化要素基础之上的。由于正当行为的性质各有区别,必然导致正当行为的存在根据也各有区

收稿日期: 2011-09-05

作者简介: 王洪龙(1973-),男,湖南株洲人,湖南中医药高等专科学校讲师,法学硕士,主要从事医疗卫生法制与犯罪研究。

别,难以用一个原理加以概括。德国刑法学家麦兹格就将违法阻却原理分为优越利益原理和利益欠缺原理,以优越利益原理作为公务员之职务行为、基于适法命令行为、惩戒等优越之行为义务,正当防卫、紧急避险等特别之行为,权能、超法规的一般法益衡量原则的正当化根据;以利益欠缺原理作为被害人承诺、推定之承诺的正当化根据。^[1]

我们认为,一元论与多元论并非不能相容,一元论强调正当行为的共性,而多元论强调各种正当行为的个性,共性和个性是可以统一的。我们既需要承认正当行为有一个统一的原理,即承认一元论的主张,为正当行为的类型化和体系化提供一个基本的标准和理论论证;也需承认各类正当行为的实质内容具有多样性,以便在统一的正当行为根据的指导下,探寻各类正当行为正当化的特殊原理,为正当行为的正当化提供一个体系化的论证。对此,有学者曾指出,在揭示正当化事由统一根据的基础上,仍然可以对各种正当化事由的特殊原理加以说明。^[2]

社会生活由人们之间相互交往与活动而形成,只有对个体的行动自由加以限制才能形成良好的社会共同生活状态。然而,如果法律对所有造成法益侵害的行为都认为是客观的违法而加以禁止,社会生活就会停滞。因此,应当在历史所形成的国民共同秩序内,将具有机能作用的行为排除于不法概念之外。行为若符合历史所形成的社会伦理秩序,其行为就具有社会相当性。^[3]社会相当行为理论是基于一种动态的、相对的立场,对正当行为的根据加以把握。它是一种以实现结果无价值与行为无价值兼容并蓄的理论,作为正当行为的统一根据能够较为合理地诠释所有正当行为正当化的内在根据。

2. 正当业务行为的特殊根据。社会相当行为理论作为正当业务行为的一般根据,能够从抽象的角度上,概括地说明正当业务行为正当化的一般本质,但无法具体准确地说明业务行为正当化的特殊本质,因而有必要探讨其独有的正当化根据。

就正当业务行为特有的正当性根据来说,理论上主要有以下几种学说:(1)欠缺犯意说。该说认为正当业务行为主观上没有危害他人的犯罪意图是其行为阻却违法的根本原因。(2)权利行为说。即正当业务行为是法律所规定或认可的权利行为。(3)避难行为说。认为正当业务行为的实施是为了避免正在发生的危难,因而阻却违法。(4)承诺行为说。该说认为正当业务行为是基于相对人的同

意所实行的行为。(5)保护利益说。即认为正当业务行为正当化的根据在于行为人的目的是为了保护法益。

上述各种学说都从一定角度阐述了正当业务行为正当化的原因,具有一定的合理性,但未能准确揭示出正当业务行为的本质特征和根本原因。欠缺犯意说认为正当业务行为主观上缺乏犯罪意图,从而阻却犯罪的说法很难解释业务行为人所使用的方法与手段违法而构成犯罪的情形。权利行为说把正当业务行为说成是一种权利,那为什么在医疗手术中还要征求患者的意见呢?避难行为说无从解释在没有发生危难情况下的正当业务行为的正当性根据。承诺行为说也难以解释所有的正当业务行为,例如律师从业中所实施的某些辩护行为,是不需要当事人承诺或同意的。应当说,保护利益说接触到了问题的实质,但其缺陷是过于强调行为人的主观目的,有重视行为无价值而忽视结果无价值之嫌,且很难证明每个正当业务行为人都存在这种保护重大价值的主观目的。

我们认为正当业务行为正当化的特殊根据应当以包容了利益保护说在内的法益衡量理论为基本指导。其一,利益是人类社会发展与一切活动的基因。天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往。人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。^[4]不同的利益主体有着不同的利益需要,因而在一个社会共同体中,利益冲突的现象就不可避免,社会矛盾成为必然。正当业务行为客观上的损害结果与主观正当目的之间的冲突与对立,也是一种利益冲突的表现。这种利益冲突理应以现代法律精神的利益平衡原则为指导,进而以其作为行为正当化根据的首要原则。其二,法益衡量说以社会的利益冲突状态作为判断刑法中的正当行为的前提,主张发生法益冲突时,为保护价值较大的法益而侵害价值较小法益的行为,不具有违法性。这种以法益受损与要保护的法益进行比较衡量,再作出违法与否判断的方法坚持了客观主义的精神,能够对正当业务行为的正当性作出比较客观、中允的有力说明,并能立法上的制度安排和司法实践中的操作提供明确、具体的标准和理论依据。例如,患者小腿长有恶性肿瘤,存在生命危险,医生征得病人的同意,采取适当的方法而截除其小腿的行为,虽然也伤害了病人的身体,但却保护了价值更高的生命,因而属于阻却违法的正当业务行为。或许保护利益论者认为,此例中的截肢行为以治疗疾病为目的,所以目的的正当性是治疗行为正当化的根据。

其实,以治疗疾病为目的,正是为了说明治疗行为必须保护价值更高的法益。^[5]所以,正当业务行为的特殊根据在于正当业务行为所促进和保护的法益要大于其侵害的法益,这是正当业务行为存在并阻却违法的本质所在。

二 正当业务行为的价值蕴含

“价值”是一种表征关系的范畴,反映的是客体满足主体需要的有用性。在人类的实践中,凡是能够满足人们某种需要,有助于实现人的目标的东西,就是有价值的,就会得到人们的肯定性评价。法律制度作为一种与人相对应的客体,必然要求其能对作为主体的人有意义,能够满足主体的需要。在现代法治社会中,法律对人们需要的满足最基本的价值在于法律的人权保障功能,赋予人们的自由与权利,以及对公平、正义的保护等方面。正当业务行为在理论与实践中的确立,无疑促进并保障了人权、正义和自由等基本价值精神。

1. 正当业务行为的人权价值。人权是指作为人应享有的、不可非法剥夺或转让的权利。它是人类社会最高形式和最具普遍性的权利,是人区别于动物的观念上的、道德上的、政治上的、法律上的基本标准。^[6]随着时代的发展,人权的内容和范围也在不断发展扩大。然而,任何权利都需要法律的确认和保护,人权也是如此。如果没有法律的保护,人权要么只能停留在道德权利的应有状态,要么经常面临受侵害的危险。

法律对人权的保障机能是通过各种法律制度来实现的,就刑法来说,现代社会的大多数国家都遵循了罪刑法定原则的要求,从无罪不罚的角度出发,任何人只要未实施刑法所规定的犯罪行为,都不能被追究刑事责任。所以,刑法被认为是“好人的大宪章”。但是,法律必然是带有抽象性、概括性的,不可能事无巨细把各种社会现象和行为全部加以规定下来。而社会生活却是错综复杂的,有些现象或行为的性质具有相当的隐蔽性。正当业务行为制度的确立,为人们正确区分罪与非罪提供了一个标准,为正当业务行为者提供了一个法律上的出罪机制,其人权精神可见端倪。

2. 正当业务行为的正义价值。自从人类社会发生公正与不公正的社会问题以来,正义一直被视为人类社会的美德和崇高理想,法律一直被视为维护和促进正义的艺术工具。思想家和法学家们都强调正义是法律的实质和宗旨,法律只能在正义中发现其适当的和具体的内容。勿容置疑,正当业务

行为制度的确立蕴含着法律所追求的正义价值之精神。首先,正义指一种平等。这里的平等可以下面这句格言表示:“同样情况同样对待”(Treat like cases alike)。当然还可以补上:“不同情况不同对待”(Treat different cases differently)。^[7]正当业务行为制度的确立使正当业务行为人能因正当防卫、紧急避险等行为造成一定法益损害的行为人一样不承担刑事责任,体现了刑法的公平精神。而且,此种制度使从事特定业务行为(即刑法上的正当业务行为)的人与一般意义上的业务行为人一样,不因为自己从事某些特定业务而受到法律的追究,体现了整个社会的公平价值观念。其次,正义意味着一种法治状态。正义观念的核心在于消除任意性,特别是消除任意权。正当业务行为制度限制了刑罚权的随意发动,体现了正义所追求的法治精神。最后,正义代表着一种公正的体制。美国法学家庞德认为,正义意味着对关系的调整和对行为的安排,以使人们生活得更好,满足人类对享有某些东西或实现各种主张的手段,使大家尽可能地在最少阻碍和浪费的条件下得到满足。正当业务行为制度的确立正体现了人们对更好生活的追求和对社会关系与行为的合理调整。

3. 正当业务行为之自由价值。在当代法治社会中,自由主要是指社会生活中的自由,特别是社会政治生活、经济生活和文化生活中的自由,即个人在社会关系中可以按照自己的意志活动的权利。当然,权利与义务是相对应的。而且在个人与社会的对立统一关系中,权利与义务总是此消彼长的。但是,随着人类文明的发展和社会的进步,国家与社会应当赋予个人更多的自由与权利。尊重公民个人的自由与权利,使无辜者不受刑事追究,是人道主义刑法所应追求的目标。彼得·斯坦、约翰·香德指出:“在刑事法庭上,只要对刑法的干涉范围究竟如何存在一些疑问,人们就会要求法庭将个人自由价值观放在第一位”。^[8]正当业务行为制度为社会成员自由从事一定的业务活动开辟了道路,拓宽了人类活动的范围和领域,使特定业务行为人能更充分地挖掘自己的潜能为社会作出更大的贡献,以满足社会丰富多彩的物质和精神文化需要,促进了法律自由价值精神的实现。

三 正当业务行为的法规化

在我国,尽管刑法理论和司法实践都承认正当业务行为的正当性和价值蕴涵,但由于我国的犯罪构成理论是在行为要素的基础上发展起来的,形成

了以犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体和犯罪主观方面四大要件为内容的耦合式的犯罪构成体系。与英美法系、大陆法系将正当业务行为置于犯罪构成体系之中的做法截然不同,我国刑法理论是在犯罪构成理论体系之外来考察正当业务行为的,不可能为包括正当业务行为在内的正当行为提供合法的“避风港”。从立法上看,我国现行刑法,在总则中未规定正当业务行为是阻却犯罪成立的正当行为。有学者指出,这种法定的犯罪构成体系在实现刑法一般公正的同时,面临着可能丧失刑法个别公正的危险。^[9]如何处理正当业务行为在我国刑法中的正当地位是一个值得人们思考的问题。

我们认为,从实现刑法对人权保障功能和社会保障功能的双重意义出发,正当业务行为完全有法规化的必要。首先,正当业务行为的法规化有利于保障正当业务行为的人权。尽管理论和实践中广泛承认了正当业务行为的适法性,但立法上的欠缺总是给人们一种为正当业务行为者“出罪”无法可依之感。而且,立法的欠缺不能让所有的人都清楚正当业务行为的正当性,容易造成对人权的侵犯。如果让这种类似犯罪的正当业务行为都交给法官来裁判,必然造成大量时间与精力的浪费,在这一待审过程中侵犯人权的现象也就极有可能发生。况且,由于正当业务行为的种类随着时代的发展而不断变化,正当业务行为成立条件的分歧等诸多原因,使人们对什么是正当业务行为,怎样才算是正当业务行为存在模糊认识。人们的思想无法统一,在这样的情况下,更易对正当业务行为带来人权侵害。只有把正当业务行为以法律条文的形式加以明确规定,才有利于广而告之,统一人们的思想,进而起到保护正当业务行为人的作用。其次,正当业务行为的法规化有利于保障社会公众利益和社会正常秩序,防止纠纷的发生,实现社会和谐。正当业务行为的法规化使符合法律或社会伦理观念的正当业务能正常进行,而防止诸如开颅戒毒手术等不合法“业务”活动的实施。随着正当业务行为的法规化和正当业务行为成立条件的深入研究和广泛宣传,必将促使业务行为人增强责任感,严格按照业务规章进行操作,减少诸如整形美容手术中因美容而毁容现象的大量发生,达到保障社会公众利益和社会正常秩序的目标。最后,正当业务行为的法规化也是借鉴吸收中西先进法制文

化的需要。目前,在相当多的大陆法系国家刑法中,都明确规定了有关正当业务行为的制度,例如瑞士、日本和韩国等。在我国,历史上也有关于正当业务行为的法律规范或原则,如《唐律·杂律》中规定:“诸医为人合药及题疏、针刺,是不如本方,杀人者,徒两年半。”这反映了如果医生为人和药及题疏、针刺是完全按照本方的,即使发生了杀人结果,也不予论罪的原则。^[10]而清末以后,由于受西方法律文化的影响,统治者一般都在其刑法中明文规定了正当业务行为,如清末的《新刑律》。

正当业务行为如何法规化呢?尽管我国刑法中的犯罪构成体系没能为正当业务行为提供一个安全的“避风港”,但我们仍然可以在立法上对正当业务行为作出规定,即在刑法中的正当防卫制度、紧急避险制度之后增加正当业务行为制度。其条文可表述为:从事为法律所许可或为社会伦理观念所认可的正当业务造成一定损害,符合其业务规章而成立正当业务行为的,不负刑事责任。

参考文献:

- [1] 甘添贵. 刑法之重要理念[M]. 台北:台湾瑞兴图书股份有限公司,1996:59.
- [2] 陈兴良. 正当化事由研究[J]. 法商研究. 2000(3):24-34.
- [3] 黄丁全. 社会相当性理论研究[C]//刑事法评论:第5卷. 北京:中国政法大学出版社,1999:321.
- [4] 马克思恩格斯全集:第1卷[M]. 北京:人民出版社. 1956:82.
- [5] 张明楷. 法益初论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:215.
- [6] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社、北京大学出版社,1999:96.
- [7] 哈特. 法律的概念[M]. 北京:中国大百科全书出版社. 1996:157.
- [8] 彼得·斯坦,约翰·香德. 西方社会的法律价值[M]. 王献平,译. 北京:中国人民公安大学出版社, 1989:177.
- [9] 田宏杰. 刑法中的正当化行为与犯罪构成关系的理性思考[J]. 政法论坛,2003(6):54-64.
- [10] 孙晓慧. 中国古代排除犯罪性事由的法律规定[J]. 江苏公安专科学校学报,2001(3):141-145.

责任编辑:骆晓会