

《民法总则》第184条之刑民秩序冲突及其解决*

贾银生

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

摘要: 根据《民法总则》第184条, 重大过失致助人重伤或死亡的紧急救助行为不用承担民事责任却可能构成相应过失犯罪, 进而导致刑民秩序的冲突。其根源乃因该条免责范围过宽而存在立法漏洞。基于法秩序统一性的要求, 此种冲突有必要予以消解。对此, 目的性限缩方案存在相应疑问且无法挥却, 而适度扩张出罪路径进行出罪解释具有合理性。由此, 通过出罪路径的层层判断, 以不可避免的违法性错误为出罪路径具有可行性。因为法律法规存在明显的冲突漏洞时, 难以期待行为人做出违法行为, 违法性错误具有不可避免性。

关键词: 《民法总则》第184条; 秩序冲突; 出罪解释; 违法性错误

DOI: 10.13568/j.cnki.issn1000-2820.2018.04.006

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1000-2820(2018)04-0043-09

《民法总则》第184条对重大过失紧急救助行为的免责范围过宽导致了刑民秩序上的冲突。此种冲突涉及民法以及刑法上的诸多问题而有待学界深入研究。有鉴于此, 本文就所涉问题予以检讨以提出解决冲突的相应方案。

一、《民法总则》第184条导致刑民秩序的冲突

《民法总则》第184条^①俗称“好人条款”。根据条文内容, 可以明确以下几点: 一是救助行为紧急, 即受助人急需救助; 二是救助行为自愿且为善意, 即没有特定救助义务且没有恶意加害行为; 三是救助对象与受损对象是受助人而非他人; 四是因紧急救助造成了受助人损害^②; 五是无论救助人在一般过失还是重大过失都不用承担民事责任^③。

虽然该条积极意义显著, 但在救助过程中, 因重大过失造成受助人重伤或死亡, 可能构成过失致人重伤罪或过失致人死亡罪^④。因为, 重大过失“是一种偏主观的、行为人很大程度上可避免的过错, 是一种具有较强道德可责难性的过错”^⑤, 在主观层面相当于刑法上的犯罪过失。由此则导致了刑民法域秩序的冲突: 重大过失致助人重伤或死亡的救助行为, 在以经济赔偿或补偿为主的民法秩序上被允许, 而在惩罚最严厉、具有二次性与补充性的刑法秩序上却被禁止。

值得说明的是: 如何合理界定“好人条款”中的重大过失确实颇有难度。为防止救助者肆意以重大过失为由而免责, 有学者提出引入比例原则^⑥。笔者予以支持。即虽然救助者未尽到一般善良人的注意义务而存在重大过失, 但其救助手段与救助目的、最轻损害后果与救助目的等不匹

* 收稿日期: 2018-03-11

基金项目: 国家社科基金项目“刑法解释原理之系统归正研究”(17BFX075); 重庆市研究生(博士研究生)科研创新项目“网络不法行为的刑罚边界”(CYB17089)。

作者简介: 贾银生(1988—), 男, 四川南充人, 西南政法大学法学院刑法学博士研究生, 西南政法大学人工智能研究中心研究员, 从事刑法解释学研究。

① 该条在删除草案第三次审议稿第187条“除有重大过失外”的基础上规定: “因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的, 救助人不承担民事责任。”

② 由此可以看出, 自愿实施紧急救助与紧急避险有本质的不同: 后者基于“正对正”的法益冲突, 不得已牺牲较轻法益而保护较重法益; 而前者不仅没有法益冲突的存在, 更没有法益牺牲的选择性与必要性, 否则没有必要在紧急避险之外设立紧急救助制度。

③ 代表性的观点, 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》, 北京: 法律出版社, 2017年版, 第576页。

④ 参见王莉等《〈民法总则〉对刑法发展的影响》, 《人民检察》, 2017年第9期, 第45页。

⑤ 参见王道发《论中国式“好人法”面临的困境及其解决路径——兼论〈民法总则〉第184条的理解与适用》, 《法律科学》, 2018年第1期, 第126页。

配不均衡时,应当认定为超越了重大过失的范畴。如受助人只是轻伤且强烈反对救助人以某种方式进行救助,而救助者却偏执于该种救助方式结果导致受助人死亡的情形;再如救助者只是为了救助受助人的财产权益却导致受助人重伤或死亡的情形。因而,本文所检讨的因重大过失致受助人重伤或死亡的情形而导致刑民秩序冲突之问题,乃是在符合比例原则之内的情形。

现在秩序冲突已经形成,与其在立法上进行“责备”^①,不如通过解释予以“求全”。如魏德士所言,“如果(法秩序)没有统一,就只能由法律适用者通过和谐化的、解决规范矛盾的解释来创造统一。”^②接下来,本文首先检讨该条导致刑民秩序冲突的根源与解决的必要性。这里涉及立法漏洞与法秩序统一的问题,是解决冲突的前提。然后廓清解决冲突的整体方案,是对“不承担民事责任”的范围进行目的性限缩,还是扩张出罪路径进行出罪解释。这是解决冲突的关键。最后提出具体的解决路径,并论证解决方案的可行性。

二、冲突的根源与解决的必要性

(一)冲突的根源:存在立法漏洞

就“好人条款”导致的刑民秩序冲突,梁慧星先生认为其属于立法漏洞,因此提出以目的性限缩方法来解决^③。暂且不论其提出的解决方案是否合理,就其对冲突根源的判断,笔者予以赞同。诚然,立法始终是人类的智力活动,存在漏洞在所难免。但囿于立法漏洞对立法权威的损伤颇大,得出冲突源于立法漏洞时,必须“小心谨慎”且附随有力论证。而梁先生并没有对此做出相应阐述。

所谓立法漏洞,是指因未能充分预见待规范内容、未能有效调节与现行规范的关系或因社会生活的变迁,而导致立法存在缺陷。在漏洞的成因上:既有可能因“意识形态的多元而无法顾全”^④或因单纯的立法技术缺陷,对待调整内容没有规定、规定过宽、规定过窄、与现有规范产生冲突等,也有可能是社会生活变迁或新事物层出不穷,以

至于规范无法适应。在漏洞的表象上,主要有两点特征。一是因调整对象存在规范缺失或与其他规范相冲突。二是在文本文义边界之内,通过狭义的解释方法难以填补或消解^⑤。就漏洞的类型而言,学界争议较大,但常见的有自始漏洞与嗣后漏洞、公开漏洞与隐藏漏洞、冲突漏洞与非冲突漏洞等类型。有必要说明的是公开漏洞与隐藏漏洞。前者因规范过窄,应当就某事项作出相应规定而未作规定而致;后者因规范过宽,应当就某事项积极限定而未作限定而致。在隐藏漏洞的内部,既有可能出现冲突漏洞,即因规范过宽导致规范之间存在冲突,也有可能单纯的因规范过于宽泛,将不应包括的情形予以包括^⑥。

根据立法漏洞的成因、表象、具体类型等,结合“好人条款”的立法背景、立法目的与文本语义,其所导致的刑民秩序冲突属于隐藏型漏洞或冲突型漏洞。

基于立法背景、立法目的与文本语义的考察,如王利明教授等认为,“该条显然肯定了重大过失救助行为的民事免责权。”^⑦先考察该条立法背景。草案第三次审议稿本规定了自愿实施紧急救助免责止于重大过失这一限定要素。在该审议稿后续讨论中,不仅有代表认为重大过失这一限定要素不利于为救助者免除后顾之忧,还有代表认为紧急救助的场合重大过失本身难以界定。因而最终定稿时,将该限定要素予以剔除^⑧。再考察该条立法目的。毋庸置疑,该条之立法目的是为了弘扬社会主义核心价值观、鼓励公民见义勇为、避免“英雄流血又流泪”、回应“老人倒了扶不扶”等问题。既然如此,就有必要为重大过失的救助行为开通“绿色通道”,否则与立法之目的不符。更进一步,即便立足于客观解释的立场,但该条文本语义已经很明确的阐释:救助者存在一般过失也好,存在重大过失也罢,都不用承担民事责任。反之,如果得出重大过失救助行为须承担民事责任这一结论,则难以明确找到相应文本语义的支撑。

然而,在重大过失致受助人重伤或死亡的场合,行为已该当于相应过失犯罪的构成要件,在问

① 以崔建远教授为代表的部分学者直接对该条提出批判性意见。参见崔建远《我国〈民法总则〉的制度创新及历史意义》,《比较法研究》,2017年第3期,第183-184页。

② 参见梁慧星《〈民法总则〉重要条文的理解与适用》,《四川大学学报》(哲学社会科学版),2017年第4期,第64页。

③ 由此也可以说,因文本含义抽象模糊或存在歧义而导致规范适用困难,则并非立法漏洞。参见梁慧星《民法解释学》(第四版),法律出版社,2015年版,第254页。

④ 当然,冲突漏洞还可能因单纯的规范冲突而起。

⑤ 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,北京:法律出版社,2017年版,第576页。

责层面确实导致了刑民秩序的冲突。并且此种冲突的确因立法对紧急救助的民事免责范围规定过宽而起。再加之在文义边界之内,此种冲突难以通过限制解释等方法予以消解。因而应当认定为冲突乃因立法漏洞所致,且该漏洞属于隐藏型漏洞或冲突型漏洞。

(二)解决的必要性:法秩序统一的要求

厘清“好人条款”导致刑民秩序冲突源于立法上的隐藏型漏洞或冲突型漏洞,如需解决冲突,还需充分论证解决的必要性。就此而言,其必要性在于法秩序统一性的要求。所谓法秩序的统一,“是指宪法、刑法、民法等法域之间的无矛盾和无冲突。”^①在我国,在新近刑法立法修正上,在刑民交叉、刑行衔接案件中涉及违法性的判断与构成要件的解释时,法秩序的统一性要求已然获得了共识^②。但法秩序何以统一,仍然是个复杂的命题而有必要予以论证。在笔者看来,其具有《宪法》层面与法理层面的正当根据。

先看《宪法》层面。我国《宪法》第5条第2款“国家维护社会主义法制的统一和尊严”尽管属于所谓的“框架性秩序”^③,但已明确宣示了法秩序统一的正当性。因为,“统一的法秩序对于一个主权的国家来说是一个基本的要求”^④。虽然如何实现法秩序的统一性是个复杂的问题。但基于社会主义法治的建设,要求社会主义法制在性质上、理念上、原则和规范体系上统一,是相当明确的。尤其是规范体系的统一,“要求法律规范之间以及部分与整体之间在精神、原则、样式、风格、表达习惯等方面具有协调性,能够容纳在一个体系中。”^⑤基于此,在规范体系统一的层面,不仅要求法律法规不得与《宪法》相冲突,也要求同一位阶的部门法之间不应当在规范体系上存在冲突。由此,我国《民法总则》依据《宪法》制定,“好人条款”因立法漏洞所导致的刑民秩序冲突如不予以解决,势必与《宪法》第5条第2款相抵牾,从而损及《宪法》的实质地位。

再看法理层面。如恩吉施所认为,囿于立法技术等原因,法秩序内部往往存在着“概念矛盾”“规范矛盾”“价值矛盾”“目的矛盾”等矛盾,但规

范矛盾最不可容忍^⑥。因为,法律旨在规范行为,其本质是行为规范,其除了评价行为好坏之外(行为评价机能),更需要为行为提供导向(规范指引机能),以方便国民预测自己的行为和作出适法的动向。立足于法规范的行为评价机能,即便部门法域之间的立法目的有所差异,但一方允许而另一方又禁止,必然造成难以忍受的价值矛盾。立足于法规范的规范指引机能,如果部门法规范之间一方允许而另一方又禁止,不仅严重影响行为的预测可能性、让人无所适从,还严重损害立法权威与法的安定性。在此场合,如果禁止规范属于责任承担最为严厉的刑法规范,更不利于实现刑罚的预防功能。对此,即便是实质的违法相对性论者也认为,基于刑法的补充性,刑法处罚其它法领域明示允许的行为,是不妥当的^⑦。因此,“好人条款”所导致的刑民秩序冲突,无论是在规范评价层面,还是在规范指引层面,都有必要予以解决。

三、解决冲突的整体方案

因应“好人条款”所致刑民秩序冲突的根源,解决问题的整体方案无非有两种:第一种即立足于民法秩序进行目的性限缩,“将重大过失的救助行为逐出民事免责圈,认为此种行为应承担民事责任,构成相应过失犯罪的按犯罪处理。”^⑧第二种则立足于刑法秩序扩张出罪路径,通过出罪解释将重大过失的救助行为出罪。第一种方案虽具有务实作用可取,但在逻辑论证以及结论的合理性上则尚存疑问。接下来,笔者先对此进行剖析,再论证第二种方案的合理性与可行性。

(一)目的性限缩方法存在疑问

诚然,在隐藏型漏洞或冲突型漏洞的场合,目的性限缩是填补漏洞的有力方案。对“好人条款”进行目的性限缩,还可以适度照顾受助人因重大过失受损的利益;协调该条与第181条正当防卫、第182条紧急避险的关系。同时,对比英美“好撒玛利亚法”与德国、日本、法国、意大利等大陆法系国家的“好人法”,救助人的民事免责范围基本都止步于重大过失^⑨。但以该种方案解决本文所述

① 代表性的观点,参见周光权《非法倒卖转让土地使用权罪研究》,《法学论坛》,2014年第5期,第25—26页;王昭武《法秩序统一视野下违法判断的相对性》,《中外法学》,2015年第1期,第170页;孙万怀《违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评》,《政治与法律》,2016年第3期,第13页。

② 参见(德)卡尔·恩吉施《法律思维导论》(修订版),郑永流译,北京:法律出版社,2014年版,第200—202页。

③ 参见王骏《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》,2013年第5期,第133页。

④ 参见刘鑫《国外好撒玛利亚人法及对我国的立法启示》,《法学杂志》,2017年第9期,第46—48页。

冲突,确实值得推敲。

第一,目的性限缩方法是否具有正当性值得拷问。所谓目的性限缩,是指“因字义过宽而适用范围过大的法定规则,其将被限制仅适用于依法律规整目的或其意义脉络宜于适用的范围”^{[10]267}。质言之,与限制解释消极地将文义局限于其核心含义有别,目的性限缩以解释者所认为的“应然”的立法之客观目的为导向,积极的将不符合规范意旨的部分予以剔除,在“法律文本可能的文义范围之外寻找裁判依据”^[11]。先不考虑此种方法的结果超越文义边界是否合理,就其方法论的正当化根据而言,无疑是条文实然性的立法目的过于宽泛以至于存在缺陷,在应然层面应缩限到妥当且合乎正义的程度。但问题是,此种应然层面的目的是谁之目的?此种目的是否真的妥当且合乎正义、合乎法的安定性、合乎国民预测可能性?这一诘问,就连在文义边界之内、通常具有最高效力位阶的客观目的解释都面临诘难^①。可想而知,已然超越文义边界的目的性限缩更难以给出一个妥当的答复。其实,所谓的目的性限缩之目的,通常是解释者的前见。其前见虽源于客观生活的价值判断或利益衡量,但未必优于实然性的立法目的。

第二,目的性限缩方法的逻辑结论违反罪刑法定原则。之所以以目的性限缩来消解秩序冲突,其逻辑前提相当清晰——基于法秩序统一性的要求,同一行为既然不用承担民事责任,自然更不应构成相应犯罪。这一点笔者深为赞同。可是,如前所述,目的性限缩是在文本文义边界之外寻找解释依据,与限制解释仍然在文本核心含义内寻找解释依据有根本性的区别。就“好人条款”而言,通过目的性限缩,将重大过失致助人重伤或死亡的紧急救助行为逐出民事免责圈,虽然限缩了条文的立法目的,但已剔除了条文部分核心含义。在此逻辑下,为消解秩序冲突而将重大过失致助人重伤或死亡的救助行为认定为相应过失犯罪,显然属于不利于被告人的类推——将明知不承担民事责任的重大过失行为按照应承担民事责任的情形对待,进而以刑法的二次性或补充性为由“有理有据”的以相应过失犯罪论处。然而,不利于被告人的类推属罪刑法定原则所绝对禁止,为了消解刑民秩序冲突而以类推的逻辑将行为入罪,是不能得到支持的。

第三,目的性限缩方法不仅结论难言妥当,更

有损立法安定性。众所周知,最好的解释结论既要妥当(符合法律正义与目的)又要保证法律的安定性。在妥当性与安定性存在二律背反时,应当做到法的安定性优先、兼顾妥当性。如拉德布鲁赫所言,“正义和合目的性是法律的第二大任务,而第一大任务是所有人共同认可的法的安定性。”^[12]然而,通过对“好人条款”进行目的性限缩而解决刑民秩序冲突问题,不仅结论不妥当更有损法的安定性。就前者,上文已述,其逻辑结论属于不利于被告的类推,违反罪刑法定。就后者,在立法已经明确删除草案第三次审议稿第187条“除有重大过失外”后,又通过目的性限缩还原此种意思,影响民法秩序的安宁。也如拉伦茨所言,“在目的性限缩所得出的结论影响法之安定性时,则应当被禁止。”^{[10]268}

(二)扩张出罪路径进行出罪解释具有合理性与可行性

如何解决“好人条款”所致的刑民秩序冲突,在目的性限缩方案存在上述缺陷时,正当且可行的方案应当是扩张出罪路径进行出罪解释。

首先,扩张出罪路径进行出罪解释具有合理性。

第一,在刑民秩序冲突时进行出罪解释是罪刑法定原则的要求。虽然我国《刑法》第3条前半段规定“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”,但罪刑法定的机能旨在人权保障、防止司法擅断,而非“积极入罪”。即便行为具有社会危害性或处罚必要性,也必须在文义的边界内定罪处罚,而不得随意扩张乃至类推适用。由此,在因立法漏洞而涉及行为入罪的可能时,应当严格遵守“立法漏洞立法填补”的准则或有利于被告人的漏洞填补原则,不得为了填补漏洞而强行将行为入罪。如邓子滨教授所认为,“如果法条没有确切反映立法者意图(定罪处罚的意图),那么这个不利后果应当由立法者承担,而不能借助司法者的解释之手将责任推向国民。”^[13]申言之,在立法没有及时填补漏洞时,应当得出行为无罪的结论,如果一般的出罪路径过窄以至于无法出罪时,就只能合理的扩张出罪路径,直至行为能够出罪。

第二,在刑民秩序冲突时进行出罪解释更有利于救助者守法乃至忠诚于法。“好人条款”所导致的刑民秩序冲突总归是立法上的不足,就算因重大过失给救助者增添了不必要的伤亡,但为了事后弥补而要求救助者承受罪责,难免有“国家失

① 参见石聚航《谁之目的,何种解释?——反思刑法目的解释》,《现代法学》,2015年第6期,第117页。

误国民买单”的嫌疑。此时,救助人对刑法规范的认同感和忠诚感必然降低,甚至会出现藐视乃至敌对法秩序的情绪。因为行为一旦入罪,哪怕宣告缓刑或定罪免处,也为“好人”贴上了犯罪的标签。要知道,“在给犯罪贴标签的时代,犯罪人不仅一辈子背负罪名,自己的家人也会连带受辱”^①。因而强行将“好人”入罪后,刑罚预防犯罪的效果必然会大打折扣,反之进行出罪解释兴许会取得更好的预防效果。

第三,或许有人担心扩张出罪路径进行出罪解释会放纵犯罪,但其实不然,更应担心将重大过失解释为间接故意,进而顺理成章的入罪。应当认为,即便重大过失与一般过失难以区分,但其更加难以与间接故意相区分,尤其是在民事免责范围过宽导致刑民秩序冲突时。在民法秩序中,立法明文规定重大过失行为需承担民事责任的场合,其表述基本都是“故意或重大过失”。此种场合,重大过失与间接故意的暧昧关系可见一斑。在刑法秩序中,过于自信的过失与间接故意的界分一直是学界与实务界的难题。在重刑主义长存的我国,加之抽象模糊的“社会危害性”特征对犯罪认定的指引,行为人的主观罪责可能只是过于自信的过失结果被认定为间接故意,继而按故意犯罪论处也并不意外。因此有学者大力主张引入英美刑法上的“轻率”概念,作为整合过于自信的过失与间接故意,以创建故意与过失平稳过度的第三种责任形式^②。因民法上的重大过失行为可能构成过失犯罪时,不免存在过于自信的过失的情形。有鉴于此,不仅不应担心扩张出罪路径、作出罪解释可能放纵犯罪,更应担心以间接故意之名将行为入罪。

其次,扩张出罪路径进行出罪解释具有可行性。

基于出罪路径的层层考察,在笔者看来,既然因立法漏洞导致刑民秩序冲突,就有必要考虑行为人因对“不承担民事责任”的合理信赖,在相当紧急的救助场合中,会陷入不可避免的违法性错误。进而,按照不可避免的违法性错误的处理方式予以出罪,则秩序冲突得以解决。因为不可避免的违法性错误属于超法规的责任阻却事由,在

适用条件中包括了不同法域秩序冲突的情形。笔者将在下文详细阐述。

应当认为,选择此种路径具有可行性。要知道,出罪事由并不需要立法明文规定,已是学界共识^③。同时,在我国司法实践中,以不可避免的违法性错误作为出罪事由,本就相当保守。在“好人条款”因立法漏洞所致刑民秩序冲突时,扩张此种出罪路径不仅符合违法性错误理论的法律性格,还可以引起司法实践对此种出罪路径的重视。并且,也肯定了重大过失救助行为的违法性,在一定程度上给受助人提供了正当防卫的权限,以确保其没有默默忍受被错误救助的义务。

再者,选择其它出罪路径也并不恰当。主要因为:(1)既然重大过失致受助人重伤或死亡的行为该当于相应过失犯罪的构成要件,就应当肯定行为的违法性,而不能以“不承担民事责任”为由直接推导出行为的合法性。(2)我国刑事立法整体上属于“定性+定量”^④的二元模式,过失致人重伤罪与过失致人死亡罪的成立正属于此。在行为性质与结果属于过失,且在“定量”上该当于构成要件时,也不能以整体危害不大为由通过但书出罪,否则会颠覆“犯罪构成是认定犯罪的唯一铁律”这一命题。(3)因被害人同意止步于重伤的结果,即便推定被害人同意也无法阻却行为的违法性。(4)在责任层面,考虑到救助行为的自愿性以及救助人与受助人并非亲友或关系密切,即便情况紧急也无法通过期待可能性理论免除责任。

四、解决冲突的具体路径

(一)不可避免的违法性错误作为责任阻却事由

所谓不可避免的违法性错误,即是“不知法律”(不知法律的存在)与“误解法律”(误以为行为合法)^⑤而无法避免的情形。如所周知,刑罚预防犯罪以结果具有回避可能性为前提。在不可避免的违法性错误的场合,因无法期待结果有回避的可能,理当免责出罪。但出罪事由具有层次性,不可避免的违法性错误究竟阻却违法抑或责任,还需要廓清。

违法性错误与违法性认识^⑥属于一纸二面的

^① 参见劳东燕《犯罪故意理论的反思与重构》,《政法论坛》,2009年第1期,第82页。

^② 代表性的观点,参见方鹏《出罪事由的体系和理论》,北京:中国人民公安大学出版社,2011年版,第306页;陈兴良《但书规定的法理考察》,《法学家》,2014年第4期,第59页。

^③ 所谓违法性认识,即是指行为人对其行为违反刑法规范与否的认知,还包括违法性认识的可能。

关系:前者旨在面对问题时的技术操作,后者旨在理论价值上的观念宣誓。如有学者所认为,“廓清违法性认识在评判犯罪过程中的理论地位,就可以落实不可避免的违法性错误在出罪层次中的技术方略。”^[17]

当然,一个关键前提必须说明:在犯罪的评价体系中,违法性认识理当必要。因为绝对的“不知法不免责”,不仅“以维护国家权威之名而蛮不讲理、颠覆责任平衡”^[18],更会孕育行为人对法秩序的藐视与敌对情绪,从而使刑法预防犯罪的功能成为屠龙之术。同时,随着现代刑法对责任主义的重视,传统四要件犯罪论体系与责任主义在对话语境中的尴尬,催生了以违法与责任为支柱对犯罪论体系的重构。在此过程中,如陈兴良教授所言,“违法性认识已然获得了一席之地。”^[19]并且,即便是维护传统四要件体系的论者,也基本肯定了违法性认识在犯罪构成中的地位,只不过基本将之作为故意认识内容的一部分^①。

在德国刑法理论中,因为《德国刑法》第17条(禁止错误)的逻辑体系与价值定位,通说将之作为与故意、过失相并列的责任要素^②。在日本刑法理论中,虽然《日本刑法》第38条第2款、第3款将违法性认识的逻辑体系安排在该条第1款犯罪故意的内容之后,但随着判例对违法性认识理论的接纳^③以及违法性认识减免罪责功能的实体定位,通说也将之作为与故意、过失相并列的责任要素^④。在我国,囿于犯罪的社会危害性或刑法第14条中的“危害社会”之价值定位究竟是事实内容还是包括规范内容含糊不清,对违法性认识的体系位置存在故意要素说和责任要素说之争。但随着学界对规范责任论普遍接纳以及对四要件犯罪论体系在出罪层面所存逻辑障碍的清算,基于阶层犯罪论体系将违法性认识定位为与故意、过失相并列的责任要素说已成为通说。这在实务判例中已有支持^⑤。

诚然,在违法性错误不可避免的场合,无论是故意要素说还是责任要素说,所得出的结论都是

无罪。但基于出罪层次的考虑,在犯罪论体系中,不可对违法性认识的“摆放”淡然置之,且责任要素说更具有合理性。

如果将违法性认识置于故意要素,必然导致诸多知识疑虑。具体说来:(1)与刑法第13条相冲突。社会危害性的评价内容由案件事实裁剪而来,故意认知要素的射程正是如此。将违法性认识置于犯罪故意的认识内容,必然将刑法第14条中的“危害社会”理解为既包括事实要素也包括规范要素。这样的逻辑结论不仅与刑法第13条中“一切……危害社会的行为”在文义上相冲突更是在实体价值上相冲突。(2)容易造成事实错误与法律错误难以界分的局面。因为既然将“危害社会”理解为包括规范要素,在抽象的文义层面,何种情形为事实错误、何种情形为法律错误则难以通过文义进行规范评判。(3)在诉讼证明问题上成为难题。在诉讼程序中,侦查机关必须就行为人犯罪故意的认知内容搜集相应证据,公诉人必须在庭审中予以举证。但问题是,搜集违法性认识的证据以及就此举证证明不仅不现实,更是违背刑事诉讼法之法理。(4)容易导致出罪层次模糊不清。将违法性认识置于故意的认知内容,在行为出罪与否的评判上很容易将违法与责任来个“大锅煮”,进导致出罪层次模糊不清。这恐怕难以抵挡我国司法实践中长存的重刑主义观念。(5)对过失犯的违法性认识问题造成了处罚上的悖论。基于故意要素说的逻辑,过失犯罪便不需要违法性认识的可能。但这必然形成一种悖论——同一行为的故意犯罪可以基于不可避免的违法性错误出罪而过失犯罪则罪责难逃^⑥。

因而,将违法性认识作为责任要素是妥当的。基于此,违法性错误属于视情形从轻、减轻或免除责任的要素,不可避免的违法性错误应置于责任阻却事由之中。

(二)不可避免的违法性错误的判断

判断违法性错误是否可避免,主要涉及判断基准的选择、判断的具体内容以及可能出现的情形。

① 代表性的观点,参见田宏杰《违法性认识研究》,北京:中国政法大学出版社,1998年版,第94页。

② 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京:北京大学出版社2015年版,第269页。

③ 参见(日)木村光江《刑法》(第二版),东京大学出版会2002年版,第114页。

④ 参见(日)松原久利《违法性之认识》,(日)西田典之、山口厚编《刑法の争点》,有斐阁2000年版,第70页。

⑤ 参见浙江省绍兴市柯桥区人民法院(2015)浙绍柯刑初字第959号刑事判决书。该判决书“本院认为”中有这样的表述:“违法性错误属于独立于故意、过失的责任要素……不可避免的违法性错误属于责任阻却事由。”

⑥ 参见周光权《刑法总论》(第三版),北京:中国人民大学出版社,2016年版,第238页。

先说判断基准的选择。在判断基准的选择上,存在以行为人认知为标准的主观说、以社会一般认知为标准的客观说,以及兼顾行为人认知与社会一般认知的折中说的争论。其中,主观说是通说。在笔者看来,客观说与折中说都值得推敲。客观说没有考虑行为人的特殊情况。社会一般认知虽然体现着常识情理,但违法性错误是否可以避免本身就是个特殊、例外的情形,只有从行为人的立场出发才可能具体考察。折中说存在逻辑上的矛盾。部分折中说一方面以行为人为基准,另一方面又担心“完全以行为人为基准在某种程度上会漠视法律的存在”^{[20]707}。按照此逻辑,在一般人认知与行为人认知相冲突的场合,如何处理则存在疑问。还有部分折中说认为,“因为行为人工作行业特殊,是否存在违法性认识需要行业标准进行判断。”^[21]但即便如此,也是因为行为人身份特殊或义务特殊,归根到底还是行为人个人认知的问题,并非需要一般人的认知来辅助。主观说是合理的。基于责任主义与刑罚个别化的考虑,错误是否可以避免,关键还是考察特定场合中行为人的主观认知,尤其是在社会一般认知与行为人主观认知存在冲突时。当然,客观说并非不重要。在特殊案件中,社会一般认知与行为人的主观认知一致时,客观说可以进一步作为评判行为人主观认知内容的重要论据。

再说判断的具体内容。在判断违法性错误是否可避免的具体内容上,以注重伦理、良知为标准的良知紧张说颇有力度^①。但这显然过于苛刻。虽然立足于刑罚预防而值得拷问行为人在其工作与生活中、在为人处世的性格品行中所体现的守法良知,但显然将是否认识到违法的因果链条拉得过长,将毫无相干的其它因素也纳入其中。然而,“人非圣贤”,按照此种良知拷问的逻辑,不可避免的违法性错误可能压根就不存在。

应当认为,违法性认识错误是否可避免的具体评判内容涉及“一个定性前提”与“两个定量标准”。其中,“一个定性前提”是指行为人有无违法性认识能力;“两个定量标准”是指行为人认识到行为违法的机会有多少与行为人做出适法行为的程度如何。基于此,对违法性认识错误是否可避免的判断,应当分步进行考察:第一步,进行前提

性考察,即考察行为人是否具有主观认识能力。如果不具有,则违法性认识无从谈起,错误自然无法避免。第二步,在具备认识能力的情形下,能否期待行为人有机会了解其行为的违法性。如果没有机会或机会太渺茫而无法期待,则错误无法避免。如果能期待,则进入第三步考察。即在具备认识能力和可期待的现实条件下,行为人是否为了了解行为的合法性做出了真挚的努力。如果基于行为人的立场已经做出真挚的努力还没有认识到违法性及其可能,则违法性错误不可避免。

根据上述论证,违法性错误的不可避免性一般有三种情形:(1)“确实不知禁止性规范,主观无恶意且不具有道德可谴责性而认为行为正当”^{[20]714}。如“赵春华非法持有枪支案”中,赵春华确实不知《枪支鉴定规定》规定的枪支标准1.8焦耳/平方厘米,存在不可避免的违法性错误。(2)基于对政府具体负责部门的明确肯定、具有公信力机构的有效认定等方面的信赖而以为行为合法。如“杨风申制造烟花案”中,“五道古火会”传人杨风申因省文化部门为其颁发了“非遗传承人”证书,肯定其为传承古火会而制作烟花的行为^②,也存在不可避免的违法性错误。(3)法律规定不明确且无相应立法解释、司法解释,通过对法律的精细研读、经权威法律专家客观公正的论证后,认为行为合法。

周光权教授还提出一种情形,即“法律法规之间明显存在冲突而错误的理解刑法”^[22]。笔者将之作为违法性错误不可避免的第(4)种情形。此种情形不仅包括因规范模糊而导致冲突,还包括因立法漏洞导致冲突。因而,相对于前述三种情形的认定确实较为宽松。并且,将此种情形认定为不可避免的违法性错误也具有合理性。因为,规范的冲突意味着一方禁止另一方允许,其结果前文已述,不仅让人难以适从,更让法规范的效力大打折扣。此种场合,行为人虽有认识能力,但难以期待其行为一定适法。就此,“好人条款”因立法漏洞所致的刑民秩序冲突问题,可以以此进行出罪解释来消解冲突。

(三)《民法总则》第184条所致刑民冲突可按不可避免的违法性错误解决

诚然,在重大过失致助人重伤或死亡的紧急救助过程中,因对谨慎救助义务的疏忽,可能存

① 参见(德)克劳斯·罗克辛《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社,2012年版,第96页。

② 参见任小佳《“新找的接班人被吓跑了”》,《法制晚报》,2017年7月1日,A09版。

在“‘说不定是违法的’这种未必的意识”^[23],似乎并不能说是违法性错误不可避免,救助人理当入罪。而如此处理的话,不仅伤害了好心的救助人,也损害了法秩序的公正与权威。如松原芳博教授认为,“如果国家机关一方面采取该允许行为的态度,另一方面又将该行为作为犯罪来处理,这属于将国家的失误转嫁给国民,不仅被告人难以接受,反而会损害对国家的信赖。”^[24]

应当认为,在刑民秩序冲突源于立法的隐藏漏洞或冲突漏洞时,在紧急救助场合中,救助人不仅难以确切的知晓行为违法的可能,更在相当的程度上认为其行为是合法且高尚的,属于前述违法性错误不可避免的第(4)种情形。

其一,因行为的救助性和紧急性,救助人会陷入违法性认识的错误。既然是紧急的“救助”,哪怕因重大过失导致严重后果,基于行为人立场的考察,一般都认为救助人完全出于一片好心而非有意触碰刑律,否则难言为“救助”。质言之,即便救助的结果是“好心办了坏事”,但在根本上是“一片好心”。同时,既然救助行为具有“紧急性”,也就意味着救助人在救助过程中思考行为适法与否的机会渺茫,在一定程度上会陷入违法性认识的错误。否则,该条中的“紧急”二字完全多余。

其二,此种违法性认识的错误,归根到底是因“好人条款”的民事免责范围过宽导致刑民秩序冲突而起。在相当紧急的救助场合中,即便救助人存在一定的机会为行为适法而真挚的努力,但“好人条款”中的“不承担民事责任”已经明文允许了救助行为的重大过失性。并且,如前文所述,在第三次审议稿后续审议过程中,诸多人大代表更是认为,为鼓励见义勇为并消除救助人的后顾之忧,在法律上不要留下遗憾,且重大过失与一般过失难以界分,建议将重大过失的情形也纳入民事免责范围。

其三,在“好人条款”导致刑民秩序冲突时,此种违法性认识错误难以避免。在“好人条款”的立法背景上,社会早已呼唤与鼓励见义勇为、紧急救助^①。《民法总则》通过后,学界诸多人士都对“好人条款”持赞许态度。如认为,该条可谓立足于中国现实,聚焦中国问题意识的典型特征,可谓大力弘扬了社会主义核心价值观,救助人可以根据该条大胆“勇为”^②,等等。言外之意,立足于国情与国

家大政方针,对紧急的救助过程中因重大过失致受助人重伤或死亡的例外情形,学界相当有力的观点认为,不应受民法秩序的否定,更不应受刑法秩序的否定。可想而知,存在重大过失的紧急救助场合,救助人势必难以认识到重大过失救助行为的违法性。

如例:乙因出车祸翻车,躺在路边动弹不得。路人甲见乙痛苦不已且立即救助便会有生命危险,情急之中便背起乙火速送往医院救治。囿于乙受伤严重且情况紧急,甲疏忽了被碰伤或摔伤不能立即扶起的医疗知识而导致乙死亡。

该案中,甲显然存在重大过失且造成乙死亡的结果,但确实存在不可避免的违法性错误。因为甲并没有法定的救助义务,其救助乙仅出于好心自愿,属于善意且自愿的紧急救助。同时,甲因疏忽医疗知识导致乙死亡,确实存在重大过失且导致乙死亡的结果,已该当于过失致人死亡罪的构成要件。虽然甲的行为该当于过失致人死亡罪的构成要件,但按照“好人条款”,其完全不承担民事责任。并且,甲之所以过失的导致乙死亡,乃因为救助场合的紧急性而难有机会为行为的适法性做出真挚努力。再之,即便甲可能有机会为行为适法而努力,但“不承担民事责任”也就意味着法秩序对其行为的允许或至少不禁止。更进一步,即便基于社会一般认知,见义勇为乃高尚之举,哪怕“好心办坏事”也属“无心之过”,进而错误的认为自己行为当然合法,且此种错误难以避免。

按照不可避免的违法性错误作为责任阻却事由的体系位置:虽然救助人因重大过失致受助人重伤或死亡而该当于相应过失犯罪的构成要件,但因“好人条款”导致刑民秩序的明显冲突,救助人势必会陷入不可避免的违法性错误而应当阻却责任,进而阻却犯罪的成立。基于犯罪成立的阻却,“好人条款”所导致的刑民秩序冲突的问题便得以解决。

众所周知,法律不应当含有规定漏洞。既然冲突的根源因民事免责范围过宽而存在立法漏洞,就应当遵循“立法漏洞立法填补”的准则,在立法上予以填补。但现在《民法总则》刚好实施,即便作出相应立法解释或在制定整体《民法典》时予以修正,也还需时间等待。出于解决当下实际冲突问题的考虑,因冲突的刑民交叉属性,目的性限

① 参见霍兴文《制定全国性见义勇为法》,《人民法院报》,2013年11月16日,第5版。

② 参见张鸣起《〈中华人民共和国民法总则〉的制定》,《中国法学》,2017年第2期,第15页。

缩方案即便能够解决民法内部冲突问题,也无法解决刑法上的问题。因而,只能扩张出罪路径进行出罪解释。因应此种方案,以不可避免的违法性错误为出罪路径,应当是合理且可行的选择。

参考文献:

- [1] 叶名怡.重大过失的理论构建[J].法学研究,2009(6):77.
- [2] 伯恩·魏德士.法理学[M].丁晓春,吴越,译.北京:法律出版社,2013:326.
- [3] 吴炳新.法律漏洞补充理论的三个基本问题[J].法制与社会发展,2011(2):22-23.
- [4] 王利明,周友军.我国《民法总则》的成功与不足[J].比较法研究,2017(4):11.
- [5] 松宫孝明.刑法总论讲义[M].第4版补正版.钱叶六译,王昭武审校.北京:中国人民大学出版社,2013:81.
- [6] 姜涛.法秩序一致性与合宪性解释的实体性论证[J].环球法律评论,2015(2):152.
- [7] 夏正林.“合宪性解释”理论辨析及其可能前景[J].中国法学,2017(1):294.
- [8] 江必新.试论社会主义法治的几个新命题[J].中国法学,2010(4):74.
- [9] 梁慧星.《民法总则》重要条文的理解与适用[J].四川大学学报(哲学社会科学版),2017(4):64.
- [10] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003.
- [11] 王利明.法律解释学[M].第2版.北京:中国人民大学出版社,2016:375-376.
- [12] 古斯塔夫·拉德布鲁赫.法律哲学[M].王朴,译.北京:法律出版社,2013:82.
- [13] 邓子滨.中国实质刑法观批判[M].第2版.北京:法律出版社,2017:215.
- [14] BERNBURG J, KROHN M, RIVERA C. Official Labeling, Criminal Embeddedness, and Subsequent Delinquency: A Longitudinal Test of Labeling Theory [J].Journal of Research in Crime and Delinquency, 2006(1):68.
- [15] 储槐植.我国刑法中犯罪概念的定量因素[J].法学研究,1988(2):26.
- [16] 町野朔.违法性の認識について[J].上智法学,2002(3),226.
- [17] 木村光江.刑法[M].第2版.東京:東京大学出版会,2002:111.
- [18] 劳东燕.责任主义与违法性认识问题[J].中国法学,2008(3):152.
- [19] 陈兴良.刑法的知识转型(学术史)[M].北京:中国人民大学出版社,2012:262.
- [20] 孙国祥.违法性认识错误的不可避免性及其认定[J].中外法学,2016(3).
- [21] 车浩.法定犯时代的违法性错误[J].清华法学,2015(4):34.
- [22] 周光权.刑法总论[M].第3版.北京:中国人民大学出版社,2016:242.
- [23] 松原久利.违法性の錯誤と違法性の意識の可能性[M].東京:成文堂,2006:74.
- [24] 松原芳博.刑法总论重要问题[M].王昭武,译.北京:中国政法大学出版社,2014:208.

[责任编辑:王正良]

The Conflict between Criminal Law and Civil law as in Article 184th of the "General Provisions of the Civil Law"

JIA Yin-sheng

(Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing, 401120)

Abstract: According to Article 184th of the General Provisions of the Civil Law, the act of serious negligence causing serious injury or death of the injured person in emergency rescues shall not bear civil liabilities. However, this kind of behavior may constitute corresponding crimes, which leads to the conflict between the criminal order and the civil order. It is obvious that the root cause of the aforementioned conflicts is the legislative loopholes due to the wide scope of the exemption. Based on the unity of law order, this kind of conflict is necessary to be resolved. Based on this, the method of perpetrator contributing to the interest realization is not justified, and a proper expansion of the path of crime and interpretation of crime is justified and feasible. Therefore, it is feasible to take the inevitable illegality mistake as the path of crime. Because when there are obvious conflicts between laws and regulations, it is difficult to expect the perpetrator to make legal acts, and the illegality of the perpetrator is inevitable.

Keywords: Article 184th of the General Provisions of the Civil Law, Conflict of Legal Norms, Non-Crime Interpretation, Mistake of Violating the Law