非遗传人制烟花不应构成犯罪

王恩海

流传于河北省赵县的五道古火会已经相传了2000多年,它除了极富观赏性外,还起到凝聚乡邻人心、保护传承传统手工制作技艺的作用,2011年被列为河北省非物质文化遗产。

作为古火会"会头",除杨风申外,没 人知道制作"梨花瓶"烟花的配方,每年元 宵节的表演现场,燃放焰火号令也由他发

2016年2月19日,杨风申为准备元宵节表演在家中制作烟花时被刑事拘留,2017年1月4日,赵县人民检察院以杨风申涉嫌非法制造爆炸物罪提起公诉,2017年4月20日,赵县法院以非法制造爆炸物罪判处杨风申有期徒刑四年六个月。

法院认定,侦查人员当场查获烟火药 15 千克、"梨花瓶"成品 200 个以及其他 原料和工具,烟火药具有爆燃性。

杨风申提起上诉,2017年12月29日, 石家庄市中院作出二审宣判:被告人犯非法 制造爆炸物罪,免予刑事处罚。

刑法理论角度的思考

自媒体报道该案后,一审法院的判决与 社会公众的朴素认知形成了巨大反差,又因 古火会被列入非遗项目,更引发了社会公众 的广泛关注。

从最终结果看, "非遗"并非挡箭牌, 因为我国《刑法》第 125 条第 1 款规定: "非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、 弹药、爆炸物的,处三年以上十年以下有期 徒刑;情节严重的,处十年以上有期徒刑、 无期徒刑或者死刑。"

最高人民法院于 2009 年修订的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称"《解释》"),明确了相应量刑标准,因此,只要在案证据能够印证被告人实施了制造爆炸物的行为并达到了《解释》规定的人刑标准,"以事实为根据,以

□ 刑法分则的规定并非孤零零的存在,其必须受刑法总则的制约,同时要接受刑法理论的指导。刑事判决与社会公众朴素认知形成的巨大差异,刑法理论应当有所作为。

- □ 违法性认识错误是指行为人的行为客观上为法律所禁止,但行为人由于 各种原因,却对此不知,而误认为自己的行为为法律所许可,也即行为 人由于错误而不具有违法性认识的情况。
- □ 单纯依靠刑法条文得出的结论有时会有所偏颇,毕竟刑法并非规定所有 的构成要件,比如因果关系、不作为犯罪,因此,在处理具体案件时, 应当考察刑法理论的研究成果。

法律为准绳"得出有罪结论是水到渠成之事。

但必须指出的是,刑事判决与社会公众 朴素认知形成的巨大差异,刑法理论应当有 所作为,否则理论与实践之间的鸿沟会越来 越大。

笔者认为,刑法分则的规定并非孤零零的存在,其必须受刑法总则的制约,同时要接受刑法理论的指导,基于此,本案不应被追究刑事责任,原因在于本案存在违法性认识错误。

什么是违法性认识错误

违法性认识错误是指行为人的行为客观 上为法律所禁止,但行为人由于各种原因, 却对此不知,而误认为自己的行为为法律所 许可,也即行为人由于错误而不具有违法性 认识的情况。

"不知事实免责,但不知法律不免责" 是沿袭千年的惯例,有的国家刑法对此有明 文规定,但严格执行"不知法律不免责"有 时会带来社会公众难以接受的结果,因此这 一原则在世界各国均存在松动趋势。

刑法理论就此提出,如确有证据证明行为人不知法律或者误解法律,则属于免责事

由,不能追究行为人的刑事责任。其中,误解 法律表现为行为人对判例和对公共机关解释的 信赖。

在本案中,杨风申从事制作"梨花瓶"活动已有多年历史,每年元宵节均组织烟花表演,据杨风申接受记者采访称: "镇政府、公安、消防等部门,出事前每年都来'古火会'"。非法制造爆炸物行为人刑始自 1983 年9 月全国人大常委会审议通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》,镇政府、公安、消防作为主管爆炸物管理的政府机关,在案发前并未向被告人提及该行为违反刑法,古火会被列入非遗项目后,文化馆有经费补贴,由此更加印证了被告人认为涉案行为合法的意识,显然,本案被告人因合理信赖政府机关而产生了违法性认识错误,理应免除其刑事责任。

如何适用违法性认识错误

一般而言,违法性认识错误系大陆法系国家三阶层犯罪构成要件理论体系下的概念,但这并非意味着难以在四要件理论体系下探求该行为的出罪途径。

笔者认为,在四要件理论体系下,被告人 欠缺犯罪故意由此不能被追究刑事责任。 我国《刑法》第14条规定: "明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。"

客观而言,刑法学界对该条争议极大,其中涉及到社会危害性认识与违法性认识的关系,但大都认为,故意犯罪的认识因素是指行为人认识到自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果。

五道古火会已有 2000 余年的历史,为当地民众所喜闻乐见,显然难以证明这一要件,由此本案被告人欠缺犯罪故意,难以被追究属于故意犯罪范畴的非法制造爆炸物罪的刑事责任。

对此观点持不同意见的可以考虑如下问题:假设被告人在制作"梨花瓶"或者在进行烟花表演时发生意外,如要追究刑事责任,是考虑爆炸罪还是过失爆炸罪?

或许有论者指出,《解释》第9条规定: "因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等 正常生产、生活需要,或者因从事合法的生产 经营活动而非法制造、买卖、运输、邮寄、储 存爆炸物,数量达到本解释第一条规定标准, 没有造成严重社会危害,并确有悔改表现的, 可依法从轻处罚;情节轻微的,可以免除处 罚",本案可以适用该条规定以达到消除社会 公众质疑法院判决的效果。

笔者认为,适用该条的前提条件仍然是行 为本身构成非法制造爆炸物罪,这与本文观点 存在冲突。

单纯依靠刑法条文得出的结论有时会有所偏颇,毕竟刑法并非规定所有的构成要件,比如因果关系、不作为犯罪,因此,在处理具体案件时,应当考察刑法理论的研究成果,尤其是当单纯依据刑法条文得出的结论与社会公众的朴素认知形成巨大反差时,司法工作人员应当以刑法理论为指导,合理解释刑法条文,以寻求两者的契合点,更好的实现法律效果与社会效果的统一。

(作者系华东政法大学刑法教研室主任, 教授,硕士生导师)

虚假疾病诊断书的规制建议

李国炜

疾病诊断书,又称诊断证明书、病假条,系针对患者疾病的诊断所出具的法定证明文件,其主要内容一般包括患者的个人基本资料、诊断意见和建议事项(如休假)等。

疾病诊断书可带来的利益

疾病诊断书是保障劳动者休息权和公民 在疾病情况下获得社会物质帮助权的重要凭 据,也是重要的诉讼证据材料。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十九条第一款规定,医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证,结合病历和诊断证明等相关证据确定;第二十条第二款则规定,误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。

此外,疾病诊断书还能带来诸多实惠。 以订购机票为例,国内各大航空公司普遍规 定,旅客因自身原因退票,需支付退票手续 费等费用;但旅客若能提交不适宜乘机的疾 病诊断书,则免收上述费用。

受制于法律要求,疾病诊断书不能像商品那样由市场来提供。但由于疾病诊断书可与经济利益挂钩,在利益的驱动下,虚假疾病诊断书禁而不绝,已成为顽疾。检索近年的新闻报道可知,"代开病假条"的违规广告在互联网上铺天盖地,买卖虚假疾病诊断书已经成产业。在电商平台上,有商家声称可提供全国各地医疗机构的疾病诊断书,更有商家宣称可提供与疾病诊断书匹配的病历和检验/检查报告单。

虚假疾病诊断书泛滥的原因

虚假疾病诊断书大行其道,究其缘由, 笔者以为有以下三个方面:

第一,规范不全。除职业病诊断证明文书外,依照执业医师法、医疗机构管理条例的规定,医师应在注册的执业范围内经亲自诊察,即可签署疾病诊断书,经医疗机构加盖印章,即可生效。但执业医师法、医疗机构管理条例并未就疾病诊断书的内容格式、出具程序、填写(书写)要求等作出具体的规定,国务院卫生主管部门也未进一步规范。

第二,验证不易。疾病诊断信息属于个人敏感信息,按照个人信息保护的有关规定,一般情况下,第三人如需验证疾病诊断书的真伪,须提交诊断书的本人出具委托书,及身份证明材料向医疗机构提出申请,经医疗机构批准,方可查验。比如,律师可以去医院查询挂号、就诊记录,以验证病假条的真假,但实践中很少这么做。原因是,并不是所有医院都会配合。

第三,惩戒不力。对于伪造、变造疾病诊断书,买卖或者使用伪造、变造的疾病诊断书和医疗机构出具虚假疾病诊断书的行为,治安管理处罚法、执业医师法、医疗机构管理条例已明定惩戒措施。上述法规规定的惩戒措施也不可谓不严厉,但出于执法人手、大众认同感等因素的考量,有些主管部门执行起来刚性不足,柔性有余。如依据治安管理处罚法第五十二条的规定,对于买卖或者使用伪造、变造的疾病诊断书的行为应

处拘留的行政处罚,可并处罚款。但一般情况下,使用虚假疾病诊断书主要目的是"多休息"、"少扣薪",不像出生医学证明、死亡医学证明对当事人影响甚巨,公安机关更愿意柔性执法。

如何扼制虚假疾病诊断书

虚假疾病诊断书泛滥并产业化消减社会诚信,减损相关当事人的合法权益,甚至妨碍社会秩序,如浙江省江山市人民法院在审理涉人身损害索赔类纠纷中发现,部分医疗卫生单位对诊断证明书的严肃性和规范出具诊断证明书的重要性认识不足,单纯凭患者简单主诉或因人情关系,衍生了乱开、虚开、补开诊断证明书等现象,给案件的正常审理带来了困扰,也在一定程度上损害了赔偿义务方的合法权益,引发了不必要的上诉、上访,导致案结事难了。扼制虚假疾病诊断书乱象,最为简洁明快的做法莫过于设计出一套全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种疾病诊断书的出具、使用、管理行为纳入高效而有序的轨道。具体来说,笔者以为可从以下方面着力:

其一,订明管理规范。以《出生医学证明》为例,卫生部与公安部先后共同印发了《关于统一规范〈出生医学证明〉的通知》和《关于印发〈出生医学证明〉管理补充规定的通知两个文件,对《出生医学证明》的规范填写、规范管理起到了积极作用。目前,依法统一制发《出生医学证明》已在全国普及。各地医疗保健机构与户口登记机关密切配合,使全国的《出生医学证明》使用率和出生人口登记

率逐年提高。国务院卫生主管部门应会同人社、公安、民政等部门参照规范出生医学证明的做法,尽快制定疾病诊断书管理办法。将疾病诊断书做为诊断证明文件的统一名称并发布统一其格式,细化医疗机构出具诊断证明的程序,聚合医师签署诊断证明书的行为规范(如须和病人建立诊疗关系、亲自诊察、不得超出注册的执业范围等),参照《人身损害误工期、护理期、营养期评定规范》等既有参照物确定的形中建议事项(如最长休息期)的填写标

其二,强调惩教结合。对出具明知与事实不符疾病诊断书,滥伪造、变造疾病诊断书以及买卖使用伪造、变造的严重行为,各相关执法部门应严惩不贷。对违法情节较轻,依法可以不处罚的,可将其违规行为依法录入社会信用系统。主管部门还可以借鉴域外的成熟经验,强调惩教结合,提升执法效果。如借鉴台湾地区医师法的规定,责令签署明知与事实不符疾病诊断书的医师接受额外一定时数的医学人文继续教育课程(如医事法律、医学伦理等)。

其三,重视科技手段。近年来,越来越多的医疗机构/地区开通互联网挂号、检查/检验报告网上查询等互联网服务。有条件的医疗机构/地区可以在借鉴税务部门"机打发票"的做法,在医疗卫生管理系统添加疾病诊断书管理模块,患者未经诊察医师在管理系统录人挂号信息和诊疗信息,无法打印疾病诊断书。一经录入的疾病诊断书,在保证个人信息安全标准的前提下,可在互联网上查验。

(作者单位:上海政法学院生命法研究中心)