责任编辑 徐慧 E-mail:xuadaly@126.com

■ 关注刑法出罪机制 (二)

刑事司法应做好"减法"

杨兴培 王冠

犯罪是人类社会的副产品,为了维护社会最基本的安全和秩序,人类社会必须做出必要的反应,运用刑罚手段惩罚各种犯罪。

日本当代著名刑法学者西园春夫在其《刑法的根基和哲学》一书中说道:"刑法是处罚人的法律。……虽然刑法是为处罚人而设立的规范,但国家没有刑法而要科以刑罚照样可以。从这一点上看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范。"

西园春夫先生为一个法治社会如何根据 刑法的实在规定进行定罪量刑勾画了一个理 想和浪漫的图景。但是从历史和现实的考察 来看,刑法依然没有脱离基本上是为了设定 犯罪和处罚犯罪而制定的一种社会强制性规 范的窠臼。

因此在刑事司法实践中, 高度遵循罪刑 法定的精神原则,深刻理解作为犯罪本质特 征的刑事违法性,严格按照犯罪构成的技术 要求,对触犯刑法的行为进行入罪认定是一 种"加法式"的操作过程和基本常态。对于 行为是否构成犯罪的"加法式"操作技术而 言,刑事违法性无疑是一个人门的向导和应 有的门槛,不符合刑事违法性,行为当然就 不可能构成犯罪,这是绝对的。但是,为了 保证社会最大程度的和谐,刑事立法当然也 会保留着一些出罪的规定,进而在刑事司法 实践中当然也会存在着一些出罪的空间。在 罪刑法定原则的前提下,准确理解领会刑事 立法中的出罪规定,在刑事司法实践中.学 会做好"减法"的技术操作,都是全面实现 刑事法治的重要内容。

在刑事司法实践中,做到和做好"减法 式"操作认定最起码应当体现在这样几个方 面:

犯罪阻却事由的"减法"

在这方面涉及到正当防卫等刑法明文规 定的规范要求。前段时间山东聊城于欢刺死 辱母者一案着实给我们上了一课,这么明显 属于正当防卫的案件依然按照"加法"观 念,做完全人罪的认定,无疑说明了我们人 罪观念的强烈和传统"加法"技术操作的娴 孰惯性。

长期以来,在刑法"加法"观念的影响下,正当防卫这一刑法明文规定的出罪事由 基本上成了"僵尸"条款。有些司法机关的

- □ 我国入罪观念的强烈和传统"加法"技术操作的娴熟惯性造成了刑事司法实践在刑法适用上的不和谐,不懂得刑事立法上的"减法"规定和刑事司法上的"减法"操作。
- □ 在司法实践中,对于那些虽然已经具备刑事违法性但情节显著轻微、社会危害性不大的的行为,进行必要的"减法"处理,既是刑事立法的规范要求,也是一种现代文明社会发展的内在要求。
- □ 对于那些刑民交叉的案件,我们尽可能通过刑法的前置性法律,包括民法、经济犯、行政法来解决,司法机关应当要有"让利于民"的雅量思维和做好"减法"的技术操作。

执法活动远离了现代社会的司法公正观念,远离了刑法规范评价的技术要求,也远离了人民群众的常情、常理和常识,因而产生了很大的负面效应。因此我们有必要从历史的深处、法治的深处和人性的深处探讨这类案件处置上的不足之处。

我国刑法第二十条规定: "为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人员成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任"。根据这一规定,对于正当防卫,面对等压力。在是一规定,对于正当防卫往往是被动的、仓促的、甚至是一种本能的反应,准确地认识到不法侵害人的行为已经构成之,是防卫人清楚地想到了刑法的明确规定,准确地认识到不法侵害人的行为已经构成的。正当防卫的本质在于私力救济,是防卫人在国家公力救济无法及时到位的紧急保卫。因此法律"同情"的天平理应当尽量倾向于正当防卫人。

于欢案的发生和由此产生的负面效应, 足以反映出我国的刑事司法实践在刑法适用 上的不和谐,不懂得刑事立法上的"减法" 规定和刑事司法上的"减法"操作。如此一 个属于正当防卫即使过当的案件,一开始贸 然认定为故意伤害犯罪判以无期徒刑的重 刑,公检法三家一路绿灯,直至将正当防卫 人送上坐穿牢底的路上,这种不懂得必须做 "减法"操作的"司法出丑事件"注定会在 中国的司法史上留下一道深深的污痕。

"但书"规定的"减法"

行为虽然符合了刑事违法性设定的人罪规范标准,但社会危害性的价值评价仍然有着"英雄用武之地"。我国刑法第 13 条规定:"情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪",清楚地表明对于那种游离于刑法边缘的行为,通过对其社会危害性的价值评价,是可以排除在犯罪圈外的。所以在司法实践中,对于那些虽然已经具备刑事违法性但情节显著轻微、社会危害性不大的的行为,进行必要的"减法"处理,既是刑事立法的规范要求,也是一种现代文明社会发展的内在要求。

诚然在中国刑法学界,对于社会危害性的 价值评价是一个让人爱恨交加的刑法问题。喜 欢它的学者们认为社会危害性是犯罪最本质的 特征, 舍此刑法无用武之地。怨恨它的学者们 认为社会危害性是一个前苏联刑法理论的产 物,害人不浅,所以今天中国刑法学界一个重 要的任务就是祛除社会危害性的概念。而另一 些学者认为我国刑法还需要社会危害性的理 论,所以应当善待它。我们认为对于社会危害 性观念和理论,绝不是简单的肯定与否定,关 键在于是在什么时候和什么地方承认它的应有 作用。其实在刑法立法的过程中, 当然要时时 刻刻注意社会危害性对于设立犯罪的奠基作 用。行为没有社会危害性,就意味着刑事立法 没有必要通过刑事惩罚性的提炼而进行犯罪的 设定,而在刑事司法过程中,通过对社会危害 性的价值评价, 可以将一些情节显著轻微危害 不大的行为从犯罪中排除出去,通过"减法"

以减轻社会的另一种负担。在罪刑法定原则下,刑法没有相应的明文规定,即使行为具有严重的社会危害性也绝不能成为其随意人罪的"通行证",但情节轻微、危害不大的社会危害性评价可以作为行为出罪的"特许证"。

2018年6月20日 星期三

刑民交叉案件中的"减法"

刑民交叉类的疑难案件是当下刑法理论和 司法实践的热点问题。对于刑民交叉的疑难案 件是采信"先刑观念"还是信奉"先民后刑", 往往会造成两种截然不同的司法结果和社会效 果。毋庸讳言,在我国目前的司法实践中, "先刑观念"的现象还十分明显和强烈,这里 既有历史的原因,又有现实的原因,更有功利 的原因。但"先刑观念"这一思维模式本质上 是一个错误的社会发展导向,它使得刑法日益 坐大、一法独强甚至甚嚣尘上,这势必会成为 中国社会不堪重负的累赘, 由此给社会的文明 发展和想要建设法治社会的目标带来诸多消极 的影响。梅因在《古代法》一书中指出:一个 国家的文明程度高低,看它的民法和刑法的比 例就能知道。大凡半开化的国家,民法少而刑 法多, 进化的国家, 民法多而刑法少。此言甚 重,但此言也甚是。法国启蒙思想家卢梭曾说 过:刑法在根本上与其说是一种特别法,还不 如说是对其他一切法律的制裁法。所以对于刑 民交叉的案件,尽可能通过刑法的前置性法 律,包括民法、经济法、行政法来解决,司法 机关应当要有"让利于民"的雅量思维和做好 "减法"的技术操作。

在众多的已引起争议的刑民交叉案件,我们有责任向全体民众传递这样一种观念:法律毕竟是法律,因为它是严肃的。即使是作为刑法的前置性法律,他们虽然没有刑法的暴力特征和强制特点,但它们也是法律,也是严肃的。因此凡是符合刑法前置性法的行为都应当要受到法律的保护,中国的法治权威性应当从刑法的前置性法律中得到全面体现才能够得到加强;即使违反了刑法前置性法的行为,能用前置性法律处置的,就千万不要轻易动用刑法,不然对国家和社会成员都不是一件好事;只有当行为超越了刑法前置性法的极限,刑法才能上场发挥其作用。

(杨兴培系华东政法大学教授、博士生导师;王冠系华东政法大学博士研究生、上海市静安区人民检察院检察官)

"患癌女求死案"折射出的法律与伦理

李霞 焦芙蓉

2018年4月20日, "女子患癌找人撞死自己"案经江苏句容市人民法院审理,判决被告人徐红伟犯故意杀人罪,判处有期徒刑3年,缓刑3年,被告人王斌犯故意杀人罪,判处有期徒刑2年。两被告均当庭表示服判,不提起上诉。这是一起集伦理、人性、法律于一体的案件。

此类案件最大的争议点在于,在生命的最后阶段,患者因为疾病等其他原因遭受身体和心理上极大的无法容忍的痛苦时,在本人主动请求的前提下,他人出于同情和帮助其免受病痛折磨的目的,提前结束患者生命的行为,是否具有合理性?

这种受他人委托杀之的行为,在我国现有法律制度框架下,无论在违法性与有责性的层面,还是从帮助自杀的角度,因被害人无权承诺重大身体法益而不能阻却违法,故被认定为故意杀人。但考虑到本案中两被告的行为是出于帮助被害人免受疾病痛苦的善良动机才实施的,其主观动机有值得宽宥之处,同时法院综合考虑本案的其他情节如两被告真诚认罪、悔罪,并取得被害人近亲属的谅解等,最终判处两被告缓刑。

这类案件在性质上可归结为帮助他人实施的"安乐死"。对于安乐死学界历来存在较大的争议。我国法律尚未承认安乐死的合

法性。学界对于安乐死概念的观点也层出不穷,但无论哪种观点,安乐死的出发点都是基于对患者要求的尊重,从人道主义出发,为减轻患者正在遭受的难以承受的痛苦和折磨,以无痛苦的方式提前终结患者的生命。安乐死是对患者人格尊严的维护,是对其生命的尊重,也是对其死亡的尊重。

随着医学水平的提高和人类文明的进步,人们关于安乐死的观念开始了很大的转变,但依旧受到各种传统伦理的质疑,且安乐死还未在刑法中找到出罪机制。

我国《宪法》第 38 条规定:中华人民 共和国公民的人格尊严不受侵犯。由此可 见,我国在保护公民生命权的同时,也保护 公民的人格尊严。但这种保护并不局限于消 极的不侵犯,还应该进行积极的保护,包括 尊重公民的人格尊严,支持公民积极维护自 身的人格尊严。人格尊严,涉及到公民具有 的自尊心以及应当受到社会和他人最起码的 尊重的权利。《宪法》的这一规定通过《民 法总则》和《刑法》的具体规定得以实现。

《民法总则》第 109 条规定:自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。人格尊严是公民最重要的人格利益,属于一般人格权,具有人格权属性。从人格尊严的角度来说,当一个人经受着长期的病痛折磨,心理

能力和身体功能等逐渐消失的时候,患者便会感觉到尊严感和自尊心的丧失。在这种情况下,允许患者选择有尊严地结束自己的生命状态,是对患者人格尊严的维护。人,有生的尊严,也应有死的尊严。认可患者自愿选择有尊严的方式结束自己的生命是对其临终人格尊严的尊重。患者请求提前结束自己的生命,是对自己享有的人格权的行使,是在维护自己的精神性人格利益。其有权基于自己的独立意志,为维护自身的人格尊严和生命价值,对属于个人人身专属性的生命权做出有限的支配。这不仅是对个人人格权的维护,也是对个人生命权的尊重。

生命的存在不能仅强调生命的神圣,而忽 视生命的质量和生命的价值。这是生命质量论 和生命价值论在生命神圣论基础上,对生命存在的更深层次的要求。

当生命的质量逐渐消减,生命的价值不再存在的时候,延长生命不仅没有任何意义,而且还会给患者带来更大的痛苦。因此,患者在生命的最后阶段,遭受精神和肉体的极端痛苦时,尊重其选择死亡的权利,维护其尊严,是人类文明在更高层次的一种体现。这些患者通常患有当前医疗技术无法救治的疾病,遭受难以忍受的痛苦且濒临死亡,此时其生命的价值

己接近为零。允许其为了减轻自身正在遭受的

巨大痛苦,选择平静而有尊严地终结自己的生命,符合人道主义对人的关怀,也遵循了法律对于人的基本权利的保护。

在当前的医疗水平还尚未能完全帮助濒临 死亡的病人找到缓解病痛的更好办法,而当患 有不治之症的病人,正遭受着难以忍受的痛苦 时,允许其自愿采取无痛、平静的方式提前结 束生命,在人性、伦理、道德层面都是可以接 受的

但从国家法律角度考虑,是否应该承认这种行为的合法性,还不能过早的下结论。至少从目前的社会发展程度来看,在法律上支持这种行为的条件还不成熟。

自二十世纪八十年代我国引入临终关怀以来,社会各界给予了广大支持和帮助,但是临终关怀的发展依然存在诸多问题。比如国家没有专门的政策对临终关怀机构予以规范,导致一些临终关怀机构存在不同程度的趋利倾向,效力低下。临终关怀机构因其性质特殊,其发展需要大量的资金支持,但国家对于临终关怀事业的投入严重不足,临终关怀机构数量少,且覆盖面窄,根本无法满足越来越多的患者需求。在法律尚不能支持安乐死的情况下,完善临终关怀显得尤为重要。

(李霞系江苏省盐城市检察院检察官;焦 芙蓉系上海对外经贸大学法学院研究生)