业务行为正当化问题探究

□王 骏 [武汉大学 武汉 430072]

[摘要] 作为正当业务行为中的“业务”，是指具有相应能力的人实施的具有危险性的，并且行为性质上是反复实施或者将反复实施的专门性工作。业务行为的正当化根据在于：该种业务行为的规则为实施行为设置了一定的允许范围，在此范围之内，存在更为优越的利益。业务行为只有符合一定的条件才能被正当化。

[关键词] 业务行为；正当化；优越利益；过失犯；允许的危險

[中图分类号] D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2010)01-0109-04

所谓正当业务，是指即便没有法律上的根据，也能认定为正当的业务^[1]。例如，医生为受伤者动手术，切去部分肢体，以保全其生命的，就不成立故意伤害罪。与法令行为相比，业务行为因为并无有关法令的规定，所以其正当性的论证就成为问题。本文拟就“业务”的范围、业务行为的正当化根据和正当化要件展开探讨。

一、“业务”的涵义

研究正当业务行为，首先就要澄清“业务”一词的涵义。有学者将业务活动的特征归纳为：社会性、专业性、非权力性、持续性和收益性^{[2]33-340}。下面，就刑法中认定业务时出现的几个疑难问题作一探讨。

(一) 如何理解业务行为的反复继续性

需要明确的是，反复继续性只是就业务行为本身性质而言，至于一个人具体实施某种行为时是否需要反复多次则在所不问。如具有驾驶资格的甲并不从事交通运输业务，有一天他临时代好友乙出车跑运输，结果违章造成重大事故。本案中甲并未反复实施交通运输行为，只是临时为之，但仍能作为业务行为对待。与此相关的问题是：是否只有熟练某一业务的人所进行的有关活动才能作为业务活动？也就是说，是否只有反复实施过某种行为，并进而熟练掌握该行为要领的人，其之后实施的行为才能论之以业务活动？本文认为，业务具有反复继续性与行为事实上是否反复实施了业务行为不是

一回事，在行为人并未熟练掌握某项业务时，同样可能期待其履行注意义务。例如，对于刚拿到驾驶执照，但第一次出车就出了重大事故的人，我们仍能期待他履行注意义务，因为他拿到了驾驶执照，具备上路驾驶的资格。

(二) 业务是否应该具有危险性

很多业务行为不具有发生刑法中某种危害结果的危险性，如教师在讲台上讲课的教学行为等，有无必要纳入这里的业务范畴？对此，存在两种不同观点^[3]。本文认为，从社会一般意义上理解业务的涵义，自然无需具备危险性的特征，但若从刑法意义上考察，则应当以具有危险性的业务为限。正当化行为在犯罪客观要件上即作为犯罪成立的事实层面上是与犯罪行为一样的，只是在规范层面上具有阻却违法的理由。既然在事实层面上与犯罪行为一样，那么当然应该具有发生刑法中某种危害结果的危险性，否则根本没有必要在刑法领域去予以关注。所以，正当业务行为一定是具有发生某种刑法上危害结果危险性的行为。

(三) 如何理解业务的存在空间——“社会生活”

对于“业务”，学界所下的定义基本一致，即“人在社会生活上反复或继续实施的行为”^[4]。而对于其中“社会生活”的理解，存在狭义、广义与最广义的不同观点。狭义的观点认为，只有与职务、职业、营业有关的行为，才是业务行为。广义的观点认为，社会生活上的地位，仅指社会生活上或者维持社会生活上程度之意义。因此，行为人只须在社会生活上属于驾车者或者狩猎者，纵然与其职业、

[收稿日期] 2009-06-03

[作者简介] 王 骏(1975-)男，武汉大学法学院博士研究生，浙江大学宁波理工学院法治与社会发展研究所副所长。

营业等主要业务毫无关联,只要具有反复继续性,都可以视为业务。最广义的观点则认为,所谓社会生活上的地位,纯属多余的要件,只要具有反复继续性及危险事务性两项要件,即可确定业务的范围。因此,出门旅游而开车或因娱乐目的而狩猎,均可以认为是业务^[5]。本文认为,认定“社会生活”,应立足于行为人本人是否具有相应的行为能力,至于是否与职务、职业、营业有关,则在所不问。例如某人是工厂技术员,但具有较丰富的法律知识,一次作为民事案件代理人参与诉讼,维护自己当事人的合法权益,这种行为很难说与职务、职业、营业有关,但同样属于一种业务行为。

(四) 业务是否应该具有合法性

“正当业务”提法中的“业务”,自然是指正当业务,不正当的业务自不在其列。所谓不正当的业务,是指为法律所明确禁止的专门性活动,如传销、销赃、买卖人口等。然而,性质正当的业务也有合法与非法之分,前者如行为人依法从事的医疗活动,后者如未取得医生执照而行医。有学者认为,卖淫、赌博等行为属于非法业务,但是,在判断业务的合法性上,又在事实业务说与许可业务说中采取事实业务说界定合法业务^{[2]341}。“事实业务说”主张国家机关是否核准、许可不影响业务的合法性;“许可业务说”则认为只有经过国家机关许可的业务才能成为合法业务。所谓“事实业务说”与“许可业务说”,都是在肯定业务性质正当基础上对如何判断合法业务与非法业务问题上形成的观点。所以,这里的合法性,是肯定业务性质正当基础上的合法性。对于合法性的理解,存在两种观点,一种观点认为,即使未经许可实施的业务,只要内容合法,或不违背公序良俗而为习惯所认可,仍然是合法业务;另一种观点则认为,未经许可实施的业务,当然不能仍谓之合法,但是非法从事某项工作并不意味着不能作为正当业务行为看待。二者虽然观点各异,但有一个共同点,即都不认为必须经过许可的业务才能作为正当业务。未经许可实施的业务,当然不能仍谓之合法,采所谓“事实业务说”进而认为未经许可的业务行为仍是合法业务行为,显然混淆了合法与非法的界限,实不足取。那么,问题就集中在:未经许可实施的业务行为,既然是非法的,为何仍能以正当业务行为看待,换句话说,为何仍能作为性质正当的业务行为中的正当行为看待?对此,台湾地区司法实务在处理一起无照驾驶案件时,司法部门认为,即使欠缺形式上的条件,不免违法,但须无碍于业务之性质。被告欠缺充当司机的形式条件,但既然以此为业,仍不得谓其非业务^[6]。之所

以认为欠缺形式要件的未经许可行为仍可能以正当业务行为看待,是因为其“无碍于业务之性质”。何谓“无碍于业务之性质”?以上述无照驾驶为例,即是“以此为业”,也就是说,行为人在实体上是具有相应的业务能力的,否则断然不可能“无碍于业务之性质”。既然是具有相应的业务能力,只是欠缺许可这样的形式要件,那么,其与具备形式要件的业务行为就无本质区别,无需区别对待。

综上,作为正当业务行为中的“业务”,是指具有相应能力的人实施的具有危险性的,并且行为性质上是反复实施或者将反复实施的专门性工作。它具有反复继续性、危险性,与行为人的职务、职业、营业不一定有关,也并不一定是合法从事该项工作。

二、业务行为的正当化根据

(一) 学说之争

业务行为为何能阻却违法性而成为正当化行为?对此,主要有四种不同的观点。1) 欠缺犯意说,认为正当业务行为因欠缺犯罪的故意而阻却责任,因此正当业务行为是阻却责任事由。2) 保护利益说,认为正当业务行为的目的在于保护重大利益,因而阻却违法性。3) 避难行为说,认为正当业务行为是为了避免现在的危难。4) 权利行为说,认为正当业务行为是法律所认可的权利行为^{[2]337}。

上述观点都不可取。欠缺犯意说认为正当业务行为只是阻却责任事由,这不但与事实不符,而且也不是用来解释正当业务行为正当化根据的学说。保护利益说立足正当业务行为的目的,而没有将落脚点放在法益衡量上,所以也不准确。避难行为说更是没有说服力,因为绝大多数业务行为的实施都不是为了避免什么现在的危难,比如竞技体育比赛,哪里存在现在的危难?权利行为说可能来源于有些国家将正当业务行为作为行使权力的一种加以规定的实际,对于我们理解正当业务行为的正当化根据有一定的参考意义,但是,“行使权力”与“正当业务行为”一样,都是正当化行为的下位概念,我们不可能说正当业务行为的正当化根据在于它是正当的业务行为,就像不可能说行使权力的正当化根据在于行使的是法律承认的权力一样,这完全是同义反复。

在将行使权力作为正当化行为规定的意大利,学者就认为其正当化根据在于,法律认为行使法律承认的权利,优先于其他受刑法保护的利益^[7]。应该说,业务行为正当化的根据在于存在优越利益,上述保护利益说实际上已经触及了利益衡量的问

题,其“保护重大利益”的表述就鲜明地体现出这一点,只是该说立足的是行为无价值论,所以不能为本文所赞成。但是,为何正当业务行为的正当化根据是存在优越利益?这不得不联系过失犯的构造与允许的危险理论论述。

(二) 过失犯的构造与业务行为的正当化

正当业务行为是不成立犯罪的,而且与过失犯罪密切相关,这一点从刑法学界对业务过失犯罪的着力研究可以看出来。过失犯罪与故意犯罪一样,也有阻却违法性或者说正当化的问题。要探讨过失犯的正当化问题,又不得不提到新旧过失论的交锋。

众所周知,新旧过失论对立的焦点在于,各个观点所主张的违法观不同。采用结果无价值论的旧过失论,从侵害法益的结果出发,意图把结果归属于行为的因果关系以及对结果的主观预见可能性作为概念工具,分析过失犯的构造。采用行为无价值的新过失论认为,和行为人有关的过失当然是以人的不法为基础的违法要素,对于过失来说,本质问题不是侵害法益这种结果无价值,而是疏忽了社会生活上所必要的防止结果的注意行为,过失犯的本质不在于结果,首先应当在于行为。

本文认为,为了将违法与责任区分,立足结果无价值的旧过失论是可取的,应将过失自身和过失行为分开考虑,对于过失行为的危险,考虑为和故意行为同样程度就可以了,因为实行行为的客观危险性,不管行为人对是故意还是过失,应当是没有差别的。

(三) 允许的危险理论与业务行为的正当化根据

过失犯所固有的排除违法事由(正当化事由),是所谓“允许的危险”^[8]。这种见解认为,正如危险的企业活动、高速度的交通工具、医疗行为之类的,在社会生活上不可避免地具有侵害法益危险的行为,由于其对社会有益,所以,即便发生了一定的侵害法益的结果,也要在一定范围之内予以允许。业务行为是有发生刑法规定的某种结果危险性的行为,而这种危险的行为之所以被允许作为业务开展下去,就是因为其存在对社会有益的一面,而且这有益的一面相较侵害的法益而言更为优越,这就是允许的危险理论与正当业务行为的正当化根据之间的共通之处。但是,需要指出的是,正当业务行为不是因为业务在性质上是正当的而被正当化,而是因为实施业务的行为本身是正当的,即性质正当的业务行为也只是“在一定范围之内予以允许”,这里的“一定范围”,就是下面要论述的正当化要件的内容。总之,允许的危险理论意味着,应当根据实施业务行为时行为的有效性、必要性和侵害法益的危

险性之间的衡量作为基准,划定根据允许的危险所进行的正当业务行为的界限。

所以,某种业务行为之所以能被正当化,是因为该种业务行为必须遵守的规则为实施行为设置了一定的允许范围,在一定的允许范围之内,存在更为优越的利益。

三、业务行为的正当化要件

业务行为只有符合一定的条件才是正当的,如果不符合这些条件,行为就只能被评价为违法。业务行为要正当化,应该具备以下要件:

首先,所从事的业务本身必须是性质合法的。业务的种类很多,无论农、工、商、医、体育等,只要为法律所允许,都是合法业务。一般来讲,只要行为人从事的业务,对社会有益无害,就不失为合法业务^[9]。这里涉及一个问题,是否只有经过主管机关许可执业的,才是合法业务?对此,本文的看法是,业务合法与否,与是否经过主管机关许可无关。如个体医生,即使未办理营业执照,但其业务仍属合法。至于无照经营,可能构成非法行医罪,但这与业务行为本身的正当性无关。

其次,所进行的业务活动不能违反有关的业务规则。只要是业务活动,总是存在与该业务有关的一整套操作规程。加之我们这里所讨论的业务又是具有相当危险性的,更是离不开规则的约束,否则,所谓“允许的危险”便会漫无边际。从事业务活动时严格遵守这些规则,就可以将业务行为的风险、可能发生的损害降低到最低程度,使业务活动产生出最大的社会效益。这些业务规则,既可能表现为法律、法规、规章,也可能表现为行业规范、习惯、惯例。所谓上述“优越利益”的存在,正是以遵守这些规则为必要的。否则,违反这些规则,难谓还有什么“优越利益”。至于被害人承诺以及业务行为在业务范围内的要求,应当认为已经包含在相关业务规则之中了,无需单列。

再次,行为人有相关的业务能力。业务活动是专门性的工作,既然是专门性的工作,尤其是具有相当危险性的工作,专业性是较强的,没有任何相关知识与能力的人,不可能胜任。所以,如果就某种业务来说,行为人没有任何业务能力或者业务能力相差甚远,就不能认为他是在从事这种业务。如某个体医生,只有为病人看看常见病、开开常用药的药方,却开展为病人摘取器官的外科手术,这种行为就不能以医疗业务行为看待了。但是,有的人没有取得主管机关的执业许可,却具有相应的业务

水平,这时论以业务行为则是可以的。但是,有学者将此要件表述为“执行正当业务行为的人,必须是具有一定专业知识和业务能力的人员”^[10],这就过于限制业务行为的主体范围了。因为非专业人员同样可能“具有一定专业知识和业务能力”,有何理由将其排除在外呢?

最后,所进行的业务活动是必要的。以医疗外科手术为例,必要性意味着对病人来说,不做手术的风险肯定不会小于实施手术的风险,而做手术的好处肯定大于不做手术的好处。

业务行为的正当化要件是否包括行为人必须具有执行业务的正当目的?本文认为,是否具有执行业务的正当目的,是行为人主观方面或者说是责任论中要研究的问题,与客观违法性或者说正当性无关。如某医生出于性满足的动机,在对女病人进行妇科检查时肆意猥亵,只要其没有违反任何操作规则,其手段和程序在医学上适当,那么行为的正当性不能被否定,也应当说该行为正当,而不能根据行为人当时的主观心理活动而认定行为人的行为违法,只是需要进一步明确其主观要件而已。这也是立足法益侵害说、结果无价值论得出的当然结论。

参考文献

- [1] 黎宏.日本刑法精义[M].北京:中国检察出版社,2004: 116.
- [2] 王政勋.正当行为论[M].北京:法律出版社,2000: 339-340.
- [3] 刘志伟,聂立泽.业务过失犯罪比较研究[M].北京:法律出版社,2004: 5-6.
- [4] 张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社,1999:175.
- [5] 刘志伟,聂立泽.业务过失犯罪比较研究[M].北京:法律出版社,2004:7.
- [6] 赵秉志.海峡两岸刑法总论比较研究(上卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1999: 392.
- [7] 杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理(注评版)[M].陈忠林,译评.北京:中国人民大学出版社,2004:41.
- [8] 曾根威彦.刑法学基础[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2005:120.
- [9] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999: 820.
- [10] 田宏杰.刑法中的正当化行为[M].北京:中国检察出版社,2004: 544.

An Exploration to the Justification of Business Behavior

WANG Jun

(Wuhan University Wuhan 430072 China)

Abstract The“business”in the justified business behavior is a specialized and adventurous work essentially repeated or will be repeated, which is conducted by someone having corresponding ability. The basis of its justification lies in that there exit superior interests in the scope which is set up by the business behavior’s rules. Only in line with certain conditions can a business behavior be justified.

Key words business behavior; justification; superior interests; guilty of negligence; allowed danger

编辑 范华丽