

公序良俗原则在刑法出入罪中的作用分析

刘嘉铮 杨 化*

摘要：在刑民融合的时代背景下，公序良俗原则在刑法之中能够起到重要作用。公序良俗原则的入罪功能仍然应当保留，但是这一功能应当受到一定程度的规范：对于违反社会公众普遍遵守的善良风俗的行为，司法机关应当充分发挥公序良俗原则的入罪功能将该行为作入罪处理，同时必须充分说明行为侵害的公序良俗的种类和内容以及该公序良俗是否是为社会公众普遍遵守的公序良俗。公序良俗原则的出罪功能在民法典时代应当得到更好的发挥，这一原则可以被刑法纳入法秩序的统一原理，对部分行为进行出罪处理。在安乐死案件中，刑法可以以公序良俗原则为依据，对实施了安乐死的行为人作无罪处理；在正当防卫案件中，公序良俗原则可以替代导致正当防卫制度适用不畅的法益衡量原理，成为正当防卫制度的正当化依据之一。

关键词：刑民融合 公序良俗原则 法秩序的统一原理 安乐死 正当防卫

一 问题的提出

2020年5月28日，我国颁布了《中华人民共和国民法典》，我国正式进入民法典时代。《民法典》的颁布是我国法治进程中的一座里程碑，不仅能够使各项民事活动有法可依，而且有助于刑法与民法的融合发展，

* 刘嘉铮，东南大学法学院博士研究生，研究方向为刑法学、大数据与互联网法学；杨化，西南政法大学经济学院，副教授，研究方向为心理学。

促进我国的刑民一体化进程。在《民法典》中,一项非常值得注意的规定就是公序良俗原则被写入。《民法典》第 8 条规定,民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。因此,在民法之中,公序良俗原则已经成为衡量民事法律行为是否合法的重要依据之一,如果某一法律行为违背善良风俗(比如为了少缴房产税与妻子假意离婚后与岳母登记结婚再购买房产),那么该行为就是无效的。

与此同时应当看到,公序良俗原则并不是民法领域的专利,“在公法私法日渐融合发展的世界性趋势之下,应加强民法与其他部门法之间的研究,打通学科之间的隔膜”。^①代表着公道、正义等国民最为朴素的法的感情的公序良俗原则不应局限于调整民事活动,而应应用于所有法律部门,成为整体法秩序的组成部分。在刑民融合的时代背景下,公序良俗原则在刑法之中也大有其用武之地。因此,公序良俗原则在刑法领域中如何应用,对于司法机关更加合理地判断某一行为是否构成犯罪具有不容忽视的作用。

但是,对于公序良俗原则在《刑法》中的作用,《刑法》尚未作出明确的界定。公序良俗原则是只能够作为出罪事由,还是既能作为入罪事由也能作为出罪事由,到目前为止并没有统一的结论,《刑法》中公序良俗原则的作用也随之产生了一些分歧。由此可见,明确公序良俗原则在《刑法》中的作用和能够应用的场合,对于这一原则在《刑法》中的适用至关重要。

本文将对公序良俗原则的现实作用进行总结,以相关案例对这一原则在入罪和出罪中的应然作用进行分析,同时阐述公序良俗原则能够在刑法中应用的领域,以期对公序良俗原则在《刑法》中的应用给出自己的见解。

二 公序良俗原则的现实作用

当前,我国刑事立法与司法实践对于公序良俗原则的态度是既将其作

^① 刘艳红:《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》,《现代法学》2020 年第 4 期,第 140 页。

为入罪的事由，也作为出罪的事由。我国刑法分则规定的若干罪名、刑事司法领域的多份判决都体现了保护公序良俗的一面。

（一）公序良俗原则在刑事立法中的作用

我国《刑法》分则明确将公序良俗原则作为入罪事由，在不同章节的若干罪名中都采取了将公序良俗作为保护法益的做法。

《刑法》分则中有的犯罪侵害的唯一法益就是公序良俗。例如，第6章第301条规定的妨害社会管理秩序犯罪中的聚众淫乱罪，为首聚集三人以上或者多次参加三人以上的淫乱活动的，其首要分子和多次参与者构成聚众淫乱罪，引诱未成年人参与的从重处罚。而我国刑法的通说是直接从公序良俗的角度对本罪中“淫乱”这一规范的构成要件要素进行理解的。曲新久教授就指出，淫乱是“3个以上的异性共同发生违反道德准则、令正常人感到羞耻的性行为，如群奸群宿”，“‘淫乱’的含义很难界定，大体只能认为是一种伤害公众健全性道德、使公众感到羞耻（或恶心）的性行为”。^①因此，在我国刑法理论的通说看来，聚众淫乱罪就是典型的侵害了性行为不能公开的善良风俗的犯罪，甚至可以说，本罪侵害的唯一法益就是善良风俗。又如，《刑法》第302条规定了盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪，此罪侵害的法益同样是“公众对尸体、尸骨、骨灰的虔敬感情”这一死者为大、入土为安的善良风俗。^②

还有的犯罪侵害的法益既包括公序良俗，也包括性自主权等其他法益。例如，《刑法》分则规定的赌博罪的构成要件行为是指以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业。本罪意在防止人们通过赌博这种不正当方式非法取得财物后，滋生不劳而获的思想，不再通过正常劳动和自己的双手合法取得财产，甚至为了获得赌资从而继续参与赌博而实施抢劫、抢夺等其他犯罪，因此本罪的保护法益包括“以劳动或其他合法行为取得财产这一国民健全的经济生活方式与秩序”。^③但与此同时，聚众赌博、以赌博为

① 曲新久主编《刑法学》（第五版），中国政法大学出版社，2016，第505页。

② 张明楷：《刑法学》（下）（第五版），法律出版社，2016，第1077页。

③ 张明楷：《刑法学》（下）（第五版），法律出版社，2016，第1077页。

业的行为“会使国民产生懒惰浪费之弊习,并有害于勤劳美风这种健康文明的社会基础”。^①因此,赌博罪的保护法益同样包括“以诚实劳动换取利益、维持生计的善良社会风俗”。^②

由此可见,我国刑事立法主要将公序良俗原则作为入罪事由,在许多犯罪的保护法益中,公序良俗原则都在发挥着入罪的作用。

(二) 公序良俗原则在司法中的作用

在我国《刑法》分则规定了许多以公序良俗作为保护法益的罪名的情况下,刑事司法为了保证《刑法》的正确实施,在应用这些罪名处理案件、作出判决的过程中也在运用公序良俗原则作为判决的依据之一。例如宋某某聚众淫乱案,太原市万柏林区人民法院以“侵害社会公共秩序和社会公德”的裁判理由认定被告人宋某某的行为构成聚众淫乱罪。^③而社会公共秩序和社会公德的实质就是公序良俗。又如沈某某侮辱骨灰案,该案的基本案情是,2017年10月4日上午,被告人沈某辉、沈某文、沈某茂和龙岩市永定区堂堡乡沈氏祭祖人员共二百多人手臂佩戴红布到永定区“羊泥坑”山场祭祖。同日10时许,被告人沈某辉、沈某文、沈某茂和沈某4、沈某丰、沈某5、沈某6、沈某7、沈某樟、沈某8、沈某15、沈某南、沈某9(均另案处理)等人认为沈某1父亲的坟墓在他们太公坟墓的上方会影响风水,便组织人员强行将沈某1父亲的坟墓挖掉并将骨灰盒取出。其中被告人沈某辉、沈某文、沈某茂等人参与用锄头将沈某1父亲的坟墓挖掉,沈某1父亲骨灰被抱出来后,被告人沈某茂还将杉树枝塞进墓道,并参与挖土将挖开的墓道掩埋。

龙岩市永定区人民法院在判决理由中指出,被告人沈某辉、沈某文、沈某茂伙同他人违反社会公序良俗,毁坏他人坟墓,强行将已入土为安的死者骨灰从坟墓中挖出,严重伤害社会风化,有较大的社会危害性,三被

① [日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社,2011,第601页。

② 周光权:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社,2016,第378页。

③ 山西省太原市万柏林区人民法院(2020)晋0109刑初96号刑事判决书。

告人的行为均已构成侮辱骨灰罪。^① 本案中，人民法院同样以行为人挖出死者骨灰暴露于外的行为违反入土为安、死者为大的公序良俗为判决理由，认定被告人的行为构成侮辱骨灰罪。在本案中，公序良俗同样属于入罪的事由。

与此同时，公序良俗原则在一些情况下也会被司法机关作为出罪事由，发生在山东省烟台市的林某讲案件就是人民法院通过公序良俗原则对行为人从宽处理的例证。该案中，被告人林某讲与被害人林某甲系同村村民，因相邻权纠纷素有矛盾。2012年6月23日13时许，二人又因圈养牲畜问题发生争执继而发生厮打，在厮打过程中，被告人林某讲持木叉击打被害人林某甲头部，致使林某甲头部出血受伤。山东省烟台市莱山区人民法院认为，被告人林某讲故意伤害他人身体，致一人轻伤，其行为构成故意伤害罪。与此同时，莱山区人民法院决定对被告人林某讲适用缓刑。该法院在判决理由中指出，被告人林某讲因被害人林某甲在其房后圈养牲畜，对其生活造成不便，双方多次协商无果，导致矛盾激化，但双方相邻权纠纷完全可通过诉讼等方式解决，尚不足以诱发犯罪行为，为指引社会公众遵纪守法、谨慎行事，维护公序良俗，本院认为本案被害人存在一般过错，可酌情对被告人从轻处罚。^② 此案是人民法院利用公序良俗原则对被告人从宽处罚的一个积极的方向。

从刑事立法和司法实践的现实来看，立法机关和司法机关主要将公序良俗原则作为入罪事由，而非出罪事由。现阶段我国刑事立法和司法实践中，公序良俗原则的入罪功能要大于其出罪功能。

三 公序良俗原则的应然作用

在《民法典》中，公序良俗原则是作为判断民事法律行为合法与否的标准之一。不仅在我国，在大陆法系主要国家的民法典中，公序良俗原则

^① 福建省龙岩市永定区人民法院（2018）闽0803刑初170号刑事判决书。

^② 山东省烟台市莱山区人民法院（2014）莱山刑初字第2号刑事附带民事判决书。

都是衡量民事行为是否合法的依据。《德国民法典》第 138 条第 1 款就规定,违反善良风俗的法律行为无效。

但是,在刑法之中也将公序良俗原则作为判断行为是否构成犯罪的依据,是值得商榷的。在民法领域,司法机关适用公序良俗原则的最严重后果只不过是该行为自始无效,当事人需要重新作出符合公序良俗的行为。但是在刑法领域,司法机关适用公序良俗原则的最严重的结果却是判决行为人的行为构成犯罪,这样的结果对于行为人乃至其近亲属的人生影响巨大。与档案中没有犯罪记录的公民相比,档案中有犯罪记录的公民在许多方面都会受到限制,比如报考国家级大型考试的资格。因此,虽然公序良俗原则“支配着整个法学领域”,但是这一原则在刑法领域中的适用却未必必要与其民法领域中的适用完全一致。^①

公序良俗原则的入罪功能对于发挥《刑法》的社会保护机能和一般预防机能有着不容忽视的作用,直接取消这一原则的入罪功能是不合适的,因此其入罪功能仍然应当保留,同时这一功能应当受到一定程度的规范;同时,公序良俗原则的出罪功能在《民法典》时代应当得到更好的发挥。

(一) 公序良俗入罪功能的规范

1. 对于违反社会公众普遍遵守的善良风俗的行为,司法机关应当充分发挥公序良俗原则的入罪功能

人是生活在社会中的个体,个人经历和对社会的认识都有所不同,“对于何为公序良俗的判断标准本身差别甚大”。^②我国《刑法》分则中许多罪名的保护法益包括公序良俗在内,部分风俗犯罪甚至以公序良俗为主要保护法益。《刑法》之所以将公序良俗列为保护法益,不是因为这些犯罪侵害了某一或某些个体所遵守的善良风俗,而是因为这些犯罪侵犯了为社会公众普遍遵守的社会伦理性规范。而犯罪正是“违反国家与社会的伦

^① 赵万一主编《公序良俗问题的民法解读》,法律出版社,2007,第208页。

^② 刘艳红:《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》,《现代法学》2020年第4期,第140页。

理性规范，给法益造成侵害或者产生侵害的危险的行为”。^① 因此，发挥公序良俗原则的入罪功能，将一些违背了我国国民普遍遵守的公序良俗的行为认定为相关犯罪，并不与我国国民的法的感情相违背。此外，在《刑法》分则已经对以公序良俗为保护法益的罪名进行了明文规定的情况下，适用公序良俗原则进行入罪也并不违背罪刑法定主义。

发生在上海市的褚某某侮辱案就是司法机关运用为我国国民普遍遵守的公序良俗进行入罪的典型案例。本案的大致案情是，2018年3月24日17时左右，自诉人祁某某在上海市浦东新区前程路海中舟餐厅举办婚宴，被告人褚某某为泄私愤，携带事先准备好的装有粪便的盒子来到该餐厅，趁着自诉人祁某某在餐厅中迎宾时，当众将盒中粪便泼到自诉人身上，随后逃离现场。上海市浦东新区人民法院在判决理由中指出，婚礼是一个人一生中的重要盛典，按照我国的公序良俗，婚礼更是喜庆祥和的时刻，而褚某某在自诉人婚宴的重要时刻，又是在酒店这一公共场合，公然将粪便泼向自诉人祁某某身上，手段恶劣，给当天身为新娘的自诉人的身心带来了很大的伤害，造成了恶劣的影响。最终浦东新区人民法院认定被告人褚某某的行为构成侮辱罪。^②

因此，对于触犯了为我国社会公众普遍遵守的公序良俗的行为进行入罪处理有利于保护被害人的法益，也有利于我国刑法一般预防功能的发挥，对于这样的行为，司法机关应当果断进行入罪处理。

2. 司法机关在依照为社会公众普遍遵守的公序良俗对某一行为进行入罪时，必须充分说明行为侵害的公序良俗的种类和内容，同时要说明该公序良俗是否为社会公众普遍遵守

公序良俗虽然已经被我国刑事立法作为部分罪名的保护法益，但是对于公序良俗的内容，刑事立法却并没有对其种类和内容进行详细规定。因此，司法机关在根据公序良俗原则对行为进行入罪处理时，很大程度上要依赖法官依据自己的良心和理性对行为触犯的公序良俗的种类和内容进行

① 〔日〕团藤重光：《刑法纲要总论》，创文社，1990，第188页。

② 上海市浦东新区（2018）沪0115刑初1513号刑事判决书。

判断。法官们在判决理由中不能只有“行为违反了公序良俗”这样抽象的表达,而是应当将行为具体违反的公序良俗的种类和内容,以及该公序良俗是不是为社会公众普遍遵守进行详细说明,这样的话,判决才能更具说理性。我国台湾地区的民法学泰斗王泽鉴教授就指出:“在现代多元化开放的社会,关于公共秩序或善良风俗,难期有定于一尊的见解,在审判上终究有赖于法官个人的认知。然法律乃在规范社会生活,实现正义,故法律的适用自需克服个人的主观性,排除可能的偏见,而使其评价‘事理化’。”^①因此,司法机关在应用公序良俗原则将某一行为入罪时,判决理由中必须具备三个因素:公序良俗的种类、内容,以及该公序良俗是否为社会公众普遍遵守。

截至目前,公序良俗原则的许多入罪判决并没有完全具备这三个要素,而只是在判决理由中使用了“违背善良风俗”等类似表述。但是也有一些判决满足了上述三个要素,说理充分。比如发生在山西省晋城市的程某泽等聚众扰乱社会秩序案的判决书。

该案的基本案情是:被告人程某泽等人事前对迎接程某泽出狱进行谋议,购买鞭炮,统一服装,2016年5月23日,被告人刘某等人在山西省晋城监狱大门外组织大量人员身着黑色服装聚集,并燃放鞭炮,喊口号迎接程某泽出狱,引起大量群众围观,严重干扰了晋城监狱正常的工作秩序。山西省阳城县人民法院一审判决程某泽等十四名被告人构成聚众扰乱社会秩序罪,被告人程某泽不服提出上诉,山西省晋城市中级人民法院裁定驳回上诉,维持原判,并在判决理由中指出:社会利益是包含在文明社会中并基于维护文明社会的正常秩序和活动而提出的各种具有普遍性的主张、需要和愿望,包含着公共秩序的和平与安全、公共道德维护等。公共秩序、道德的核心就是公序良俗。各上诉人和原审其他被告人聚众、列队、喊口号,向社会炫耀程某泽出狱,产生了恶劣的社会影响,严重破坏了公序良俗,扰乱了社会秩序,给社会公众带来了恐惧感和不安定感,造

^① 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社,2014,第278~279页。

成了社会利益的严重损失。^①

本案中，晋城市中级人民法院的判决理由中就具备了公序良俗的种类（公共道德）、内容（公共秩序的和平与安全）、是否为社会公众普遍遵守这三个要素，可谓适用公序良俗原则对行为人进行入罪的典范，值得其他司法机关进行借鉴和参考。

3. 对于并没有违反为社会公众普遍遵守的善良风俗的行为，立法和司法不适宜再作入罪处理

如前所述，只被部分个体信仰并遵守，而没有得到社会公众普遍遵守的善良风俗并不是作为相关犯罪保护法益的公序良俗。因此，当某一行为只触犯了为个别人或者一部分人遵守的善良风俗时，这一行为可能会受到许多人的道德谴责，也有可能被司法机关运用《民法典》中的公序良俗原则宣告为无效，但是具备严厉性的刑事立法和刑事司法却不适宜将其作为犯罪论处。比如说一些聚众淫乱行为。我国《刑法》分则只规定了为首聚集三人以上或者多次参加三人以上的淫乱活动的，首要分子和积极参与者构成聚众淫乱罪，但是并没有说明本罪是既处罚公开淫乱活动又处罚并未公开的淫乱活动，还是只处罚公开的淫乱活动。从该罪的保护法益来看，为首聚集或多次参加淫乱活动的行为构成犯罪的主要原因是如果淫乱活动公开进行的话就会让其他人乃至社会公众感到羞耻和恶心，但是如果聚众淫乱活动没有公开而是私密进行时，社会公众根本就不会知情，也就谈不上对淫乱活动感到羞耻和恶心，因此，私密进行的聚众淫乱活动，无论是为首聚集还是多次参与都不具备社会危害性，也不会侵害本罪的保护法益（性活动不得对其他人公开的善良风俗）。由此可见，《刑法》分则规定聚众淫乱罪的目的是惩治那些公开进行的聚众淫乱活动，而不是惩治私密进行的聚众淫乱活动。因此，尽管私密进行的聚众淫乱活动会触犯一部分人，尤其是老一代人所遵守的善良风俗，但是刑事立法和刑事司法却不适宜将这种非公开的聚众淫乱活动认定为聚众淫乱罪。

这样一来，一些聚众淫乱案的有罪判决可能值得进一步商榷，比如本

^① 山西省晋城市中级人民法院（2017）晋05刑终271号刑事判决书。

文前述宋某某聚众淫乱案。根据本案认定的事实,被告人宋某某是将庞某 2、李某约至其位于太原市万柏林区某小区的租住处进行聚众淫乱活动,而并没有公然聚众淫乱。被告人宋某某也辩称,本案发生在私密空间,造成恶劣的社会影响较小,依法可以从轻、减轻处罚。^①因此,太原市万柏林区人民法院对被告人宋某某聚众淫乱罪的认定以及九个月有期徒刑的刑罚可能并不合理。

与这一案件不同,近期引起热议的鲍某某事件,司法机关就没有只因为行为违反了善良风俗就将行为认定为犯罪。

2020 年 4 月以来,多家媒体报道鲍某某涉嫌性侵其养女韩某某,引起社会强烈反响,最高人民检察院、公安部成立联合督导组,山东、江苏、北京、天津等地成立专案组对鲍某某涉嫌性侵养女进行全面调查。

最高人民检察院 2020 年 9 月 17 日公布了鲍某某事件的调查报告,最高检在报告中指出:2015 年 10 月 10 日,鲍某某与韩某某以“收养”名义开始交往并发展为两性关系;2019 年 6 月两人关系破裂。其间两人实际共同居住生活 150 余天,因感情等问题曾多次发生矛盾;在两人交往过程中,鲍某某不知道韩某某真实年龄。经向民政部门了解,两人不符合法定收养条件,未办理收养手续,不存在收养关系。

2015 年 3 月,韩某某与其父亲提供虚假出生证明和证人证言,申请更改了出生日期。经查阅韩某某学籍材料和历史档案,询问相关当事人和韩某某亲属、同学、邻居等知情人,并结合韩某某骨龄鉴定结果,查明韩某某真实出生日期为 1997 年 10 月。韩某某与鲍某某见面时已满十八周岁,不属于未成年人。调查也未发现鲍某某违背韩某某意志,采用暴力、胁迫或者其他手段强行与韩某某发生性关系的证据。韩某某关于被鲍某某使用暴力手段发生性关系的陈述内容及提交的有关物证,经查证与事实不符,不能作为认定犯罪的依据。调查显示,韩某某多次报案、撤案、对外寻求帮助,均与其与鲍某某产生矛盾或两人关系出现问题相关,一旦两人关系恢复或和好,韩某某即否认报警或者要求公安机关撤案。

^① 山西省太原市万柏林区人民法院 (2020) 晋 0109 刑初 96 号刑事判决书。

调查报告最终指出，综合本案查证情况，鲍某某和韩某某存在同居行为和两性关系，但现有证据不能证实鲍某某违背韩某某意志，采用暴力、胁迫或者其他手段强行与其发生性关系，不能认定鲍某某的行为构成强奸罪。鲍某某明知其本人与韩某某的情况不符合相关法律规定的收养和被收养条件，且在自认为韩某某系未成年人的情况下，仍以“收养”为名与韩某某交往且与其发生性关系，严重违背社会伦理道德和公序良俗，应当受到社会谴责。^①

本事件中，当事人鲍某某与韩某某系以收养之名行交往之实。鲍某某主观上认为与其交往的韩某某系未成年人，实际上已经成年，也并没有使用暴行、胁迫或者其他手段强行与韩某某发生性关系，因此不构成强奸罪，鲍某某主观上存在想借收养的名义与未成年女性进行交往的目的，这一目的严重侵害了一部分人“中年男性不能与未成年女性进行情侣性质的交往”的善良风俗，两人借收养之名行交往之实的行为也严重违背了“养父禁止与养女进行情侣性质的交往”这一为社会公众普遍遵守的善良风俗。但是，鲍某某的行为不构成强奸罪，我国《刑法》之中也并没有将养父与养女自愿进行的情侣性质的交往规定为犯罪。虽然最高人民检察院和公安部公布的调查结果直接指出鲍某某的行为“严重违背社会伦理道德和公序良俗，应当受到社会谴责”，却并没有单纯依据公序良俗原则将鲍某某的行为直接入罪，这体现了国家最高司法机关对于罪刑法定主义的坚守。即使鲍某某的行为触犯了社会公众普遍遵守的善良风俗，最高检和公安部也没有将该行为入罪。

（二）公序良俗原则出罪功能的扩张

与已经比较成熟的入罪机制相比，我国《刑法》的出罪机制目前还很不成熟，公序良俗原则可以成为推动我国《刑法》出罪机制走向完善的方法之一。

① 《最高人民法院、公安部联合督导组通报鲍某某涉嫌性侵案调查情况》，最高人民法院官方网站，<https://www.spp.gov.cn/spp/qwfb/202009/t20200917-480227.shtml>，最后访问日期：2021年1月17日。

笔者认为,公序良俗原则可以被纳入法秩序的统一原理,对部分行为进行出罪处理。法秩序的统一原理是《刑法》对一些行为进行出罪的最重要依据之一。刑法以及民法、行政法等其他法律部门并不是相互孤立、毫无联系的松散状态,而是一个环环相扣、类似于楼梯的法律规范的有机组合。因此,判断一种行为是否违法乃至是否构成犯罪,不应当只依据刑法规范,而是应当从整体法秩序的视角进行考察,以刑法、民法、行政法等法律以及社会伦理道德组合在一起所确定的整体法秩序作为违法性判断的前提。正如日本学者曾根威彦教授所言:“违法性在根本上,在法秩序的整体当中是统一的,作为国家意思的‘违法还是合法’的判断,在整体法秩序之下,应当尽量没有冲突。”^①在明确了这一违法性判断的前提的情况下,判断某一行为是否成立犯罪,就应当从整体法秩序进行考察。“一方面,构成要件该当行为如果属于民法或者行政法允许的行为,必然不具有刑法上的违法性。另一方面,民法或行政法不予保护的利益,亦不应成为刑法予以保护的利益。”^②当一个人的行为符合严厉性更低的民法、行政法的要求,而司法机关却将这一行为认定为违反最具严厉性的刑法而构成犯罪时,这种处理与国民的法的感情相违背,也与法秩序的统一原理相冲突。由于公序良俗原则已经正式进入《民法典》成为判断民事法律行为合法与否的依据,因此,当行为人的行为符合为社会公众共同遵守的善良风俗时,即使这一行为该当某一犯罪的构成要件,也应当阻却违法性,不应当被认定为犯罪。因此,在已经成为《民法典》的重要原则的情况下,公序良俗原则完全可以被纳入法秩序的统一原理,对一些符合公序良俗的行为进行出罪。

但是同时需要说明的是,行为所符合的公序良俗必须是前述为社会公众普遍遵守、具备普遍约束力的公序良俗,而不能是行为人自己或者一小部分人所信奉的公序良俗。此外,借着公序良俗的外衣所实施的基于道德确信的确信犯也不能通过公序良俗原则进行出罪处理。比如张某扣案件,

① [日] 曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社,2005,第214页。

② 梁根林:《罪刑法定原则:挑战、重申与重述——刑事影响力案件引发的思考与检讨》,《清华法学》2019年第6期,第78页。

该案中张某扣为了为母亲报仇杀死三名仇人的做法是基于杀母之仇不共戴天这样的道德确信，但是司法机关并没有基于这种道德确信对张某扣进行出罪，而是将其行为认定为故意杀人罪。

四 公序良俗原则出罪的几种情形

如上所述，公序良俗原则可以被纳入法秩序的统一原理对部分行为作无罪处理，那么哪些行为可以依据“符合公共秩序和善良风俗”这一《民法典》的原则被司法机关作无罪处理？结合我国的国民规范意识以及“让人民群众在每一个案中感受到公平与正义”这一法治国家的要求，在以下两种情形中，司法机关可以通过公序良俗原则对行为人进行出罪。

（一）安乐死案件的出罪

晚近以来，安乐死案件成为我国《刑法》中的热点问题，关于为绝症患者实施安乐死的行为是否构成犯罪，刑法学界始终无法得出一致意见。但是随着公序良俗原则进入《民法典》成为整体法秩序的组成部分，为绝症患者安乐死的行为合法与否或许可以依据公序良俗原则进行判断。

我国法律目前并没有承认实施安乐死是合法行为，因此为晚期遭受病痛折磨的绝症患者实施安乐死的做法，仍然该当故意杀人罪“故意非法剥夺他人生命”的构成要件。但是从公序良俗原则的角度出发，一些为绝症患者实施安乐死的行为符合“不要让没有治疗希望的绝症患者继续遭受病痛折磨”这一为社会公众普遍接受的善良风俗。因此，在特定的行为人为饱受病痛折磨的绝症患者实施安乐死的情况下，刑法可以以公序良俗原则为依据，遵循法秩序的统一原理，对实施了安乐死的行为人作无罪处理。当然，并不是任何让绝症患者提前结束生命的行为都属于安乐死，进而都符合公序良俗原则。笔者认为，在满足四种因素的条件下，提前结束患者生命的行为才符合公序良俗原则，才能称得上是安乐死。

（1）患者身患按照现代医疗知识和技术无法治疗的疾病，所有治疗手段已经用尽，且死亡时间正在迫近。只有患者所患疾病按照现代医疗水

平、穷尽所有诊疗手段都无法治疗并且患者的死亡时间正在逼近的情况下,行为人为患者实施安乐死的行为才能够为社会公众所接受,才能为公序良俗原则所容许。如果患者所患疾病按照现代医疗水平仍然存在着治疗的希望,或者虽然身患绝症但是死亡时间还没有达到正在逼近的程度,行为人为提前结束患者生命的行为就无法被公序良俗原则容许,该行为就不属于安乐死。日本刑法判例也是这样的见解,横滨地方裁判所在判决中将安乐死的其中一个条件界定为:“为了去除和缓解患者遭受的肉体疼痛所能够采取的治疗方法已经用尽,除了实施安乐死以外已经不再有其他能够采取之诊疗手段。”^①

(2) 患者遭受难以忍受的肉体疼痛,继续治疗只会更加痛苦。当患者身患绝症饱受肉体疼痛折磨时,继续治疗不仅会延长患者遭受痛苦的时间,而且会导致患者因病情继续恶化而遭受更大程度的肉体疼痛。此时,行为人如果提前结束患者的生命,就并不违反善良风俗,因为提前结束患者的生命使其不再遭受痛苦的折磨,远远比继续已经没有作用的治疗令其因病情恶化而越来越痛苦、最终在剧烈疼痛中去世的结局更能为社会公众所理解和接受。

(3) 患者本人或者其近亲属对安乐死的行为自愿表示同意。任何重大治疗行为都要经过患者本人或者其近亲属的同意,提前结束患者生命的行为如果要阻却违法性就必须经过患者本人或者其近亲属的同意。在患者本人还有清醒意识的情况下,这种行为应当经过患者本人的同意;在患者遭受疼痛折磨已经意识不清甚至丧失意识的情况下,这种行为应当得到父母、子女等患者近亲属的同意。只有满足了这一条件,提前结束绝症患者生命的行为才符合公序良俗。

(4) 实施者必须是医生或者与患者关系紧密的人。许多观点认为,只有医生才有能力和资格实施提前结束患者生命的行为。但是这样的观点可能是值得商榷的,因为身患绝症、现代医学已经无能为力的患者有可能并不在医院里,而是在自己的家中。许多绝症患者因为没有能力负担昂贵的

^① 《判例时报》第 1530 期,1995,第 28 页。

治疗费用选择出院，在家里慢慢等待死亡的最终结局。这样的绝症患者身边并没有医生和护士，往往只有自己的家人，当这些患者遭受剧烈痛苦的折磨、渴望提前结束生命时，能实施这种行为的可能只有患者的家人，当患者的家人等关系紧密的人在患者的哀求之下，忍受着失去至亲的悲痛提前结束了患者的生命，那么社会公众同样能够理解，公序良俗原则也同样能够接受。如果仍然要求实施者必须是医生，那么患者的家人等关系紧密的人结束患者生命的行为可能就会被认定为犯罪，这样的认定并不符合法秩序的统一原理。因此，“只要得被害人同意将其杀害的行为是可罚的自杀关联行为，那么医生所实施的缩短患者生命的行为和非医生实施的缩短患者生命的行为在规范评价上不应该有不同”。^① 因此，安乐死的主体并不应当局限为医生，其他紧密关系者结束患者生命的行为在满足了前述四个条件的情况下同样符合公序良俗原则。

（二）正当防卫案件的出罪

1. 法益衡量原理的不合理性

最近两三年来，我国多起正当防卫案件的判决引起了热议，刑法理论和司法实务对于部分正当防卫案件的认定产生了分歧。例如辱母杀人案中，刑法理论认为防卫人于某的行为属于正当防卫，但是司法机关最终将于某的行为认定为防卫过当，类似的争议案件还有若干个。由此可以看出，虽然正当防卫的成立条件已放宽，并且对于正在行凶、杀人、强奸、抢劫、绑架等严重危害人身安全的暴力犯罪行使防卫权利，造成不法侵害人重伤、死亡者同样成立正当防卫，但是这一代表着公道与正义的制度在我国并没有收到良好的效果，逐渐沦为僵尸条款。司法实践中，许多与正当防卫有关的案件最后都被认定为故意伤害罪。劳东燕教授甚至直接指出，称其为僵尸条款都是“抬举了它”。^② 因此，关于正当防卫制度的适用，对防卫人的行为进行准确的认定，及时对符合正当防卫理念的行为

① 于佳佳：《刑法视野下临终患者的自主决定权及限制》，《当代法学》2015年第6期，第44页。

② 劳东燕：《正当防卫的异化与刑法系统的功能》，《法学家》2018年第5期，第84页。

进行出罪,是《刑法》必须解决的一个热点问题。

正当防卫制度适用困难的根本原因,就是我国刑法对于这一制度的正当化依据界定不合理。我国部分学者对于正当防卫的正当化依据包括个人保全原理与法秩序的确证原理普遍并没有太大分歧,但是对于其他的正当化依据却产生了观点对立。有的学者坚持法益衡量原理是正当防卫制度的正当化依据之一。^① 其他学者认为法益衡量原理并不是正当防卫制度的正当化依据。

笔者认为,正当防卫制度在我国并没有得到良好的贯彻甚至沦为僵尸条款的根本原因就是(极端的)结果无价值论者对于正当防卫制度正当化依据的错误界定。在结果无价值论坚持将法益衡量原理作为个人保全、法秩序的确证以外的第三个正当化依据,坚持认为在判断行为是否成立正当防卫时,应当将不法侵害可能造成的损害与防卫行为给不法侵害人造成的损害进行简单对比。这样的结果就是当防卫行为造成的损害大于不法侵害造成的损害时,正当防卫就不成立,本来属于正当防卫的行为就会被认定为故意伤害等罪。这样的认定就远远偏离了结果无价值论的本来主张,即犯罪的实体是法益侵害以及法益侵害的危险,而演变成只通过防卫行为是否造成不法侵害人重伤或死亡来认定防卫行为的性质。这样的话,结果无价值论的主张就与唯结果论无异,二者最终都只根据结果属于重伤、死亡结果来反推行为也明显超过必要限度,完全忽视了防卫行为是以正义面对不法的行为,防卫人的地位天生优越于不法侵害人,将防卫人与不法侵害人不做区分,“只要以结果为核心与起点来考虑正当防卫与防卫过当的区分,对立法修正的这种阳奉阴违态度必然难以避免”。^② 因此,极端的结果无价值论主张的法益衡量原理绝对不能成为正当防卫制度的正当化依据,必须进行替换。

2. 公序良俗原则的妥当性

在对法益衡量原理进行替换时,需要寻找能够让正当防卫制度应用得

① 张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察》,《环球法律评论》2018 年第 2 期,第 74 页。

② 劳东燕:《防卫过当的认定与结果无价值论的不足》,《中外法学》2015 年第 5 期,第 1327 页。

当、运转通畅的原理，而正式进入《民法典》成为整体法秩序的组成部分的公序良俗原则，就是替换法益衡量原理，重构正当防卫制度的正当化依据的合适原理。《刑法》在判断行为是否合法时应当遵循从行为到结果的判断模式，而不是结果反推行为的错误逻辑，即必须先判断行为是否合法，再判断结果是否合法。在正当防卫之中，司法机关也应当坚持先行为后结果的思路，即先判断防卫行为是否明显超过必要限度，再判断结果是否属于重大损害，然后才能判断行为成立正当防卫还是防卫过当。在判断行为是否明显超过必要限度时，公序良俗原则能够起到重要的作用，只要防卫行为符合为社会公众普遍支持的公序良俗，有利于有效保护法益，那么该行为就不属于明显超过必要限度的行为。“只要防卫行为确实为有效制止不法侵害所必须而又没有逾越社会伦理的限制，无论是否造成重大损害，都是正当防卫。”^①这样一来，一些案件就应当认定为正当防卫。比如发生在湖南永州的踹伤猥亵男反遭刑拘案件。该案的大致案情是：2020年6月1日18时左右，在永州市一商场内，行为人雷某某用手肘故意碰撞艾某某胸部，艾某某的同学胡某某为保护艾某某用脚踢中雷某某导致其受轻伤，案发后，胡某某被刑事拘留，舆论哗然，实施猥亵行为的雷某某甚至向见义勇为的胡某某索赔人民币20万元，后胡某某被解除刑拘，雷某某涉嫌猥亵被行政拘留。本案中，胡某某为保护同学艾某某不被猥亵将雷某某踢成轻伤的行为完全符合保护柔弱女性的性自主权和性羞耻心，坚决制止违法行为的公共秩序和善良风俗，其行为根本没有明显超过必要限度，属于正当防卫而非防卫过当甚至故意伤害，公安机关随后也解除了刑事拘留。以公序良俗原则替代法益衡量原理作为正当防卫制度的正当化依据，不仅有利于在正当防卫的认定中贯彻法秩序的统一原理，而且有助于纠正从结果反推行为的错误思路，重新拾起从行为到结果的正确判断逻辑，揭示正当防卫是以正义对抗不法的良好本质，更有利于说明极端的结果无价值论观点的不合理性。

由此可见，在正当防卫制度中，司法机关同样可以应用公序良俗原

^① 梁根林：《防卫过当不法判断的立场、标准与逻辑》，《法学》2019年第2期，第20页。

则对本来属于正当防卫的行为进行正确出罪，从而避免法益衡量原理的弊端。

五 结语

在刑法与民法相互融合的时代背景下，公序良俗原则在刑法领域大有用武之地。公序良俗原则入罪功能仍然应当保留，但是这一功能应当受到一定程度的规范：对于违反社会公众普遍遵守的善良风俗的行为，司法机关应当充分发挥公序良俗原则的入罪功能将该行为作入罪处理，同时必须充分说明行为侵害的公序良俗的种类和内容以及该公序良俗是否是为社会公众普遍遵守的公序良俗，对于并没有违反社会公众普遍遵守的善良风俗的行为，立法和司法不适宜再作入罪处理。公序良俗原则的出罪功能在《民法典》时代应当得到更好发挥，这一原则可以被刑法纳入法秩序的统一原理，对部分行为进行出罪处理。在安乐死案件中，刑法可以以公序良俗原则为依据，遵循法秩序的统一原理，对实施了安乐死的行为人作无罪处理；在正当防卫案件中，公序良俗原则可以替代导致正当防卫制度适用不畅的法益衡量原理，成为正当防卫制度的正当化依据之一。

Analysis of the Role of the Principle of Good Public Order in the Crime of Criminal Law

Liu Jiazheng Yang Hua

Abstract: Under the background of the era of the integration of criminals, the principle of public order and good customs can play an important role in criminal law. The crime function of the principle of public order and good customs should still be retained, but this function should be regulated to a certain

extent; for acts that violate the good customs generally observed by the public, the judicial organs should give full play to the crime function of the principle of good customs in public order to criminally deal with the act, and must fully explain the type and content of the public order and good customs violated by the act and whether the public order and customs are generally observed by the public. The crime function of the principle of public order and good customs should be better played in the era of civil code, which can be incorporated into the unified principle of legal order by criminal law, and some acts should be dealt with. In euthanasia cases, criminal law can be based on the principle of public order and good customs, the implementation of euthanasia of the victims of the acquittal, in the case of self-defense, the principle of public order and good customs can replace the principle of legal benefit measurement leading to the poor application of the self-defense system, become one of the legitimate basis of the self-defense system.

Keywords: criminal integration; the principle of public order and good customs; the unified principle of legal order; euthanasia; self-defense