



当代经济刑法研究丛书

总主编·顾肖荣 林荫茂

超法规排除犯罪性 事由研究

陈庆安·著



CHAOFAGUIPAICHUFANZUIXING SHIYOUYANJIU



上海社会科学院出版社



当代经济刑法研究丛书

总主编·顾肖荣 林荫茂

超法规排除犯罪性 事由研究

陈庆安·著



上海社会科学院出版社

CONGFAWENTILYANJIE

图书在版编目(CIP)数据

超法规排除犯罪性事由研究/陈庆安著. —上海:
上海社会科学院出版社, 2010
ISBN 978-7-80745-741-1

I. ①超… II. ①陈… III. ①刑事犯罪-研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 154746 号

超法规排除犯罪性事由研究

作 者: 陈庆安

责任编辑: 杨 国

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海新文印刷厂

开 本: 890×1240 毫米 1/32 开

印 张: 7.125

插 页: 2

字 数: 181 千字

版 次: 2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-741-1/D · 159

定价: 18.00 元

版权所有 翻印必究

序

本书是陈庆安同志的博士论文。作为他的指导老师,在他的博士论文出版之际为其作序,我感到十分高兴。

排除犯罪性事由是刑法学中一个重要的概念,重在强调行为的正当性,以便更好的发挥刑法的行为规制机能。“超法规”这一称呼是受到德日法系中“超法规违法阻却事由”、“超法规责任阻却事由”概念的影响而来的。德日法系皆为成文法国家,对排除犯罪性的事由在刑法中是明文规定的,但是,排除犯罪性事由的范围随着社会生活的变迁而不断变化,新出现的排除犯罪性事由因为没有在法律中得到明文规定,不利于司法中对该类行为性质的认定。为了弥补立法滞后带来的负面影响,学者们在理论上将此类行为定性为“超法规违法阻却事由”或“超法规责任阻却事由”,比较有代表性的如“超法规紧急避险”。“紧急避险”初进立法之时,仅限于针对行为人本人的法益受侵害时始得为之,但面临国家、他人的法益受到紧急不法侵害之时,否认现场其他公民的紧急救助权,显然于理不通。于是,在立法上未修改紧急避险范围之前,学说上已经认可了这种针对他人法益遭受侵害的紧急避险权,这就是“超法规紧急避险”。

近代以来,我国刑法受国外刑法影响日渐深远,“超法规排除犯罪性事由”即是受此影响而来的概念。我国刑法中明确规定为排除犯罪性事由的行为只有正当防卫和紧急避险两种,但这远远不够。现实生活中还有诸多行为,如“安乐死”、“被害人承诺”、“自救行为”等,从外观上看,和犯罪行为十分相似,在司法实践中也常常会被混

淆。此类案情基本相似的案件,在不同地方的审判结果有时会大相径庭。造成混乱的主要原因就是刑法对此类行为的法律性质没有明确的规定,但法律的稳定性决定了法律不可能随时进行修改,那么在刑法进行修改之前,在理论上对超法规排除犯罪性事由进行深入研究,对于该类行为排除犯罪性的特征可以起到特别的提醒作用。

这种提醒显然是非常必要的。其一,从目前我国刑事立法背景来看,随着我国经济的不断发展,人民受教育水平的不断提高,国民素质也在不断提高。随之而来的轻刑化将是时代发展的必然趋势,人道主义的刑法观也会更加深入人心。超法规排除犯罪性事由的研究,将有助于我们推进更多疑似犯罪的行为非犯罪化,这也符合刑法的发展方向。其二,由于立法者认知能力的有限性,法律语言的模糊性、概括性和抽象性,以及社会生活的复杂多变等因素,都导致了法律漏洞的不可避免。这样的漏洞如果不能及时得到修补,将随着刑法典实行时间的增长而日积月累、愈加明显,以至于形成阻碍社会进化的绊脚石。而超法规排除犯罪性事由作为补充刑法典漏洞的有效方法,能够在立法修改之前,起到积极的缓冲作用。

超法规排除犯罪性事由的研究也为目前刑事司法中的热点问题如宽严相济的刑事政策的落实、恢复性司法的本土化、刑事和解等提供理论阐释空间。宽严相济刑事政策中“宽”的一面如何实现?恢复性司法的本土化以及刑事和解的贯彻实施,尚需进一步的理论支撑以及实体法的配置和程序法的设计。例如,从实体法的角度来说,为促进社会和谐稳定,在加大国家与当事人、当事人与当事人之间的刑事和解之后,就应该相应减少刑法的介入和刑罚的启动,这就要求我们在理论和实践上有更多的出罪路径,以适应纷繁复杂的社会实情与千变万化的具体案件。超法规排除犯罪性事由的研究,致力于在传统思路之外寻找合理的出罪路径,探求法益衡量中更为广泛的正当性基础。

对于超法规排除犯罪性事由的研究,学界目前并不够深入,主要

还是偏重于对具体行为类型的研究上,如关于安乐死、义务冲突、自救行为等研究,但是,关于超法规排除犯罪性事由基本问题的研究还比较薄弱。其基本概念、理论基础、体系建构、司法实现等,学界研究尚付阙如。从这个角度来说,陈庆安博士关于超法规排除犯罪性事由的研究起到了填补空白的作用。本书着力于超法规排除犯罪性事由的基本问题的研究。作者在比较刑法的宏观视角下,借鉴法哲学、法社会学、部门法学、政治学的研究方法,厘清了超法规排除犯罪性事由的称谓,确定了概念。作者提出,超法规排除犯罪性事由的理论根据为:实质违法性、刑法的谦抑精神、罪刑法定的基本原则;刑事法漏洞的客观存在以及目前学术界对超法规排除犯罪性事由的认可以及大量的判例则是超法规排除犯罪性事由在实践中的支持。超法规排除犯罪性事由和犯罪构成的关系一向是一个很有争议的问题,作者认为,无论是排除犯罪性事由还是超法规排除犯罪性事由,其罪与非罪的认定都可以在犯罪构成的理论内得到解决。为解决超法规排除犯罪性事由类型散漫、边际模糊的问题,作者以社会危害性为基准,将各类超法规排除犯罪性事由体系化,以便于理论研究和指导司法。在第五章,作者还探讨了超法规排除犯罪性事由司法实现的程序法设计。无疑,上述这些研究成果都是很有新意的。

学术研究不能脱离社会现实,法学研究更应该为司法实践提供理论支持,脱离社会,纯粹为学术而学术的研究风格最终会使研究走向虚无。本书的出版,是陈庆安博士在刑法学研究中,贴近社会现实的一次重要尝试。他治学的严肃认真和孜孜求索的精神,是令我感佩的,衷心祝愿他在刑法学研究中不断取得新成果!

是为序。

孙 谦

2010年夏于北京

(作者:最高人民检察院副检察长,大检察官,法学博士,教授,博士生导师)

摘 要

超法规排除犯罪性事由,是指外观上和犯罪行为十分相似,符合犯罪构成的个别要件,但因为不具有社会危害性,不符合犯罪构成,虽然刑法未作出特别的规定,也应该排除其犯罪性的行为。在有关超法规排除犯罪性事由的各种称谓中,“超法规排除犯罪性事由”的称谓最为符合我国的刑法理论体系。准确界定超法规排除犯罪性事由的概念,应该注意到超法规排除犯罪性事由的以下几个特征:超法规排除犯罪性事由虽然在外观上和犯罪行为十分相似,但是只是符合了犯罪构成的客观方面,不具有社会危害性,不符合犯罪构成;超法规排除犯罪性事由的“超法规”,并不意味着排除其犯罪的理由在刑法典的规定之外,是对刑法规定的超越,而是意味着对于该类行为应当排除犯罪性的一种特别的提醒;排除犯罪性事由是没有严重的社会危害性的行为;排除犯罪性事由和超法规排除犯罪性事由的规范评价略有不同。

超法规排除犯罪性事由在理论上的根据首先是实质违法性。无论在我国还是在德日法系,实质违法性都是行为被认定为犯罪的根本原因。行为的形式违法性和实质违法性在大多数情况下是一致的,但在个别情况下也会产生冲突。产生冲突的情况之一就是行为具有实质违法性而不具有形式违法性,对于这种情况,根据罪刑法定主义,为了保护人权,不应当作为犯罪处理;另一种情况就是行为具有形式的违法性而不具有实质违法性,对于这种情况,如果坚持按照刑法的规定定罪,就会丧失个案的公正,因此,应以实质违法性的判

断为基准,排除行为的犯罪性。德日法系中的实质违法性相当于我国刑法中的社会危害性,超法规排除犯罪性事由虽然符合犯罪构成的客观方面,和犯罪行为十分相似,具有犯罪的外观特征,但既不具有严重的社会危害性,也不符合犯罪构成,应当排除其犯罪性。

超法规排除犯罪性事由在理论上的第二个根据是刑法的谦抑精神。谦抑精神是贯穿于刑事立法、司法全部过程,国家按照一定的规则,控制刑法的调控范围、调控程度以及行刑人性化的一种基本精神。刑法谦抑的有限性是超法规排除犯罪性事由在刑法功利层面的根据;刑法谦抑的迫不得已性使得超法规排除犯罪性事由成为一种必要的补充;刑法谦抑的宽容性,是超法规排除犯罪性事由对刑法人道主义的体现。可以说,刑法的谦抑精神是超法规排除犯罪性事由的内在根据,超法规排除犯罪性事由是刑法的谦抑精神在司法中得以实现的重要方式。

超法规排除犯罪性事由在理论上的第三个根据是罪刑法定的内在精神。对罪刑法定的正确理解应该是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。罪刑法定的内在精神中蕴含着“法有明文规定未必为罪”的法内出罪正当化解释技能,如果是“有利于”被告的法外宽容,与罪刑法定主义是不矛盾的,就没有运用罪刑法定主义进行限制的必要。超法规排除犯罪性事由是罪刑法定所允许的,不违反罪刑法定。而且,超法规排除犯罪性事由不是习惯法,不能以罪刑法定对习惯法的排斥来否定超法规排除犯罪性事由的存在。

超法规排除犯罪性事由在现实中的第一个根据是刑事法漏洞的存在。只要是制定法,都可能存在着法律漏洞,刑事法上的漏洞不外乎两种:其一,是关于赋予行为可罚性规定的漏洞;其二,是关于免除行为可罚性规定的漏洞。超法规排除犯罪性事由在刑法上的缺失显然是免除行为可罚性规定的漏洞,安乐死、自救行为、被害人承诺等行为,应当像正当防卫和紧急避险一样在刑事法上被明确规定为排除犯罪性的事由,从而使民众知道自己的权利之所在,避免司法者错误地将此类行为认定为犯罪。

超法规排除犯罪性事由在现实中的第二个根据是我国目前学界在理论上对其的认可和实践中判例的支持。在刑法规定的正当防卫和紧急避险之外,还存在着其他类型的排除犯罪性事由目前已经基本获得了学界的共识,理论上的认可已逐渐影响到了司法实务,以超法规排除犯罪性事由理论为支撑,解决实践中遇到的超法规排除犯罪性事由的案例愈来愈多。这些都从现实的角度说明,超法规排除犯罪性事由在我国刑法中是客观存在的。

超法规排除犯罪性事由在我国犯罪论体系中的合理定位是一个很有争议的问题,争议主要是围绕着超法规排除犯罪性事由和犯罪构成的关系来进行的。不同于德日法系中超法规违法阻却事由在其犯罪论体系中明快而简洁地存身于违法性阶段,我国的排除犯罪性事由(法规上的和超法规的)在以犯罪构成为核心的犯罪论中的地位在理论上一直难以形成统一认识。我们认为,争议的原因在于,超法规排除犯罪性事由在外观上和犯罪行为十分相似,符合犯罪构成的客观方面,所以易于使人将超法规排除犯罪性事由误认为是符合犯罪构成的。事实上超法规排除犯罪性事由没有严重的社会危害性,不符合犯罪构成因而不是犯罪,其在我国犯罪论体系中的地位依然是存在于犯罪构成之中的。

我国刑法并没有明确规定超法规排除犯罪性事由是排除犯罪的行为,我们主要是依据犯罪构成理论来排除其犯罪性的,对于超法规排除犯罪性事由的承认会对刑法典的规定造成一定的冲击。而且,超法规排除犯罪性事由的范围广阔,行为类型多样且随着社会生活的变迁而不断变化,有流于漫无边际的危险,因此,在理论上总结出其成立的理论基准,建立超法规排除犯罪性事由的行为体系,是十分重要的。在德日法系中,超法规违法阻却事由的理论基准是实质违法性,在我国,社会危害性承担着和实质违法性同样的功能和使命,因此,应该以社会危害性作为超法规排除犯罪性事由的理论基准,在此基准之下,借鉴日本学者团藤重光先生的一元论体系,我国的超法

规排除犯罪性事由具体可分为两大类:一类是超法规常态行为类型,包括被害人承诺、安乐死、正当业务行为、依照法律的行为四种;另一类是超法规紧急行为类型,包括自救行为、义务冲突两种。以社会危害性为理论基准、以一元论体系为表现形式建立的超法规排除犯罪性事由理论体系,使各种特点的超法规排除犯罪性事由由各安其位,并且在社会生活发生变化时,以此理论基础和理论体系为标准,可以不断调整超法规排除犯罪性事由所包含的行为类型。

超法规排除犯罪性事由目前还只是一种理论上的总结,理论上的认识成果只有在司法实践中得到应用才能体现出理论研究的意义并推动理论研究的进一步深化。在德日法系中,存在于理论中的超法规违法阻却事由主要是依靠法官类推适用法律和对法律进行合目的性的扩张解释,以及创造判例的方式进行的。借鉴德日法系中超法规违法阻却事由的价值实现方式,超法规排除犯罪性事由在我国刑事司法中的实现可以分为两个阶段:在侦查和公诉阶段,侦查机关和公诉机关根据自己对案件事实的认识,利用自由裁量权,以不再启动或者中断已经开始的刑事程序的方式,可以使超法规排除犯罪性事由在事实上获得非犯罪化的评价;在审判阶段,法官既可以依靠犯罪构成理论,以超法规排除犯罪性事由没有社会危害性,不具备犯罪客体为由,在犯罪构成理论之内排除超法规排除犯罪性事由的犯罪性;也可以以刑法第13条“但书”的规定为依据,以超法规排除犯罪性事由“情节显著行为、危害不大”为由,排除犯罪的成立。

对于超法规排除犯罪性事由的基本问题进行分析之后,本书选取了安乐死、自救行为和被害人承诺三种行为进行了研究,这三类行为是比较典型的超法规排除犯罪性事由,但学界对其相关问题争议较大,论文对上述三种行为类型的研究侧重在以下几个方面:一、界定上述行为的概念;二、分析上述行为能够成为排除犯罪性事由的理论根据;三、强调上述行为成为超法规排除犯罪性事由所必须具备的主客观条件,而这种成立条件的分析是以我国的犯罪构成理论为基础进行的。

Abstract

Super-law ground for elimination of criminality refers to acts that are similar to crime in appearance and agree with individual requirements of crime constitution but not with crime constitution because of no perniciousness. Though the criminal law makes no special provision for that, these acts' criminal characteristics should be excluded.

In theory, the first foundation of super-law ground for elimination of criminality is the substantial quality of illegality. Though super-law ground for elimination of criminality is similar to crime in appearance and agrees with individual requirements of crime constitution, its criminal characteristics should be excluded because of no perniciousness and no substantial quality of illegality. The second foundation is the theory of "ultima ratio of penalty". This theory is the internal basis of super-law ground for elimination of criminality and in turns the realization of this theory in justice depends on super-law ground for elimination of criminality. The third foundation is the intrinsic reflection of the crime punishment legal principle. Deep research into the crime punishment legal principle reveals explanation technique of legalisation of decriminalization in law that means expressly stipulated in law but not necessarily illegitimate. Super-law ground for elimination of criminality does not violate reg-

ulations of the criminal law.

In practice, the first foundation of super-law ground for elimination of criminality is the existence of loopholes in the criminal law. One of the loopholes is on exemption of regulation on the essence of penalty. Like self-defense and act of rescue, such acts as euthanasia, self-salvage and victim's commitments should be definitely regulated as acts without criminality in the criminal law. With it, the people know clearly what their rights are and then can prevent law-officers from determining such acts as crime. The second foundation is the theoretical approval of the academic circle in China and practical support of precedents. From these practical point, it is shown that super-law ground for elimination of criminality is in objective existence, which provides both practical and theoretical support for the existence of super-law ground for elimination of criminality in the criminal law theories in China.

On the reasonable orientation of super-law ground for elimination of criminality in criminal theory system of China, the thesis thinks that super-law ground for elimination of criminality is not in accordance with crime constitution and then it remains in the crime constitution theory.

Now that super-law ground for elimination of criminality is not expressly stipulated in the criminal law, its theoretical datum and behavior system should be summed up to avoid the hazard of limitlessness of super-law ground for elimination of criminality. The thesis believes that perniciousness should be the theoretical foundation of super-law ground for elimination of criminality. On this foundation and reference to Japanese scholar's monism, super-law ground for elimination of criminality in China can be classified into

two categories. One is super-law normal acts including victim's commitments, euthanasia, due professional conducts and acts according to law. The other is super-law urgent acts including self-salvage and obligation conflicts.

There are two stages in the realization of super-law ground for elimination of criminality in justice of China. The first one is investigation and prosecution stage. In this stage, in the sphere of equitable discretion of investigation organ and prosecution organ, criminal procedure can be refused to start or discontinued, which makes super-law ground for elimination of criminality virtually decriminalized. The second stage is trial stage. The judge can depends both on theories of crime constitution to exclude criminalization of super-law ground for elimination of criminality and on "proviso", the article thirteen of the criminal law, to eliminate the criminal composition with the reason that circumstances are significant but harm is not great.

After analyzing the basic theories of super-law ground for elimination of criminality, the thesis chooses euthanasia, self-salvage and victim's commitments as objects of research which are being disputed heatedly in academic circles but are with obvious characteristics of super-law ground for elimination of criminality. The extra emphasis of this research is placed on the basis on which the criminality of these acts are excluded and objective and subjective factors that are necessarily possessed to exclude criminality.

前 言

众所周知,刑罚是维持国家、保护社会秩序不得已而采取的强制措施,也是国家对破坏社会秩序的犯罪行为所附加之后果。前者为果,后者为因,有犯罪才有刑罚。

何时才有对特定人的特定行为论以刑罚制裁之必要,必须从犯罪成立理论入手。各个国家、不同的学者因为对犯罪概念的理解不同而建立了不同的犯罪论体系,但不论抱持何种见解,行为必需具有实质违法性或社会危害性,则为各说的共识。就我国而言,行为成立犯罪,必需具备犯罪的客体、客观方面、主体、主观方面四个要件,四要件缺乏其一,则不成立犯罪,因此,什么样的行为成立犯罪,法定的犯罪构成给出了明确的回答。但什么样的行为不是犯罪,我国刑法却很少有正面、积极的规定,唯一规定的正当防卫和紧急避险显然不能涵盖所有的排除犯罪性事由。法律的任务在于规定权利和义务,片言只语的规定都会对公民的行为及其结果产生重大的影响,和正当防卫、紧急避险具有相同法律价值的超法规排除犯罪性事由在法律规定中的缺失,必然会对公民权利的行使产生不利影响,立法上的缺失也使得理论上对超法规排除犯罪性事由的研究颇有必要。

科技文明的不断推陈出新、时代的进化以及社会伦理道德观念的递变和复杂化,有愈来愈多形式上和犯罪行为十分相似,符合犯罪构成的个别要件,从而被误认为是犯罪的行为,但这些行为或者已成为社会生活所必需的一部分,或因受社会普遍接受而没有社会危害性,刑法以明确的态度排除这些行为的犯罪性,既利于公民的权利行

使,也利于司法机关准确地认定行为的性质。事实上,在我国刑法理论中,超法规排除犯罪性事由的承认已是不争的事实,司法活动中也出现了很多支持超法规排除犯罪性事由的判例。比如,基于人道主义立场,以减轻目前医学上无法治疗而身心遭受巨大痛苦的病人的负担为目的的安乐死行为不再以故意杀人罪被看待;基于对公民权利自决的尊重,得到被害人承诺的侵害行为司法常常保持沉默;为娱悦社会大众,从事社会所能接受的伴有高度危险性的运动竞技行为,我们也没有论以伤害罪或杀人罪;在法律义务相冲突下,选择履行较重要义务而置较次要义务不顾之行为,普遍也都能予以理解和宽容。

上述行为,有些已成为社会生活不可或缺的部分,处理不当会使社会生活因而停顿乃至退步;有些则因受社会普遍肯定,若视之为违法的犯罪行为,必与伦理、道德观念格格不入。所以在现行刑法第20条和第21条法规上的排除犯罪性事由(正当防卫和紧急避险)之外,寻求法律所未规定的超法规排除犯罪性事由,就成为一项必然的尝试。

寻求超法规排除犯罪性事由之必要性,固然无可否认,可是在现行刑法理论体系下有无可能性?此点素来备受争议。主否定说者,以其有违罪刑法定主义而拒绝承认。主肯定说者,则从实质违法性之把握、刑法谦抑精神之内在要求和社会之现实需要等理由予以承认。相比之下,肯定说是合理的,这也是本书拟以探讨的重点。

其次,如承认超法规阻却违法事由的存在,则其在犯罪论体系中的地位如何,其与犯罪构成的关系如何,也是一个有待探究的问题。事实上,和犯罪构成的关系关系到超法规排除犯罪性事由概念的准确界定,关系到超法规排除犯罪性事由在我国犯罪论体系中的地位,关系到超法规排除犯罪性事由在司法中的实现方式等,此问题的解决将使其他很多问题迎刃而解。

再者,超法规排除犯罪性事由与法规上排除犯罪性事由,两者之间是一种什么关系?有无上位概念之原则以贯通其间(一元说),抑

或需分别情形适用不同的法则(多元说)? 则为进一步研究的问题核心。

超法规排除犯罪性事由目前只是存在于理论层面上,并没有走进立法。那么司法机关如何在审判中以理论上的认识为依据排除行为的犯罪性,也应当予以解决。

此外,超法规排除犯罪性事由的范围如何、日常生活上有哪些常见的类型? 亦将分别予以叙述。

超法规排除犯罪性事由是一个范围十分广阔的概念,在正当防卫和紧急避险之外,究竟有多少行为类型应当归属于超法规排除犯罪性事由? 每一种行为类型的成立条件是什么? 行为类型及行为的成立条件随着社会的发展会发生什么样的变化? 也应当在理论上给出答案。

笔者自知学力有限,思考也难以周全,在此简短的篇幅内欲将超法规排除犯罪性事由予以全方位的展现,无异于挟泰山以超北海,不尽人意之处一定很多。为此恳请前辈、先进及各界宏达不吝指正,多予赐教,当为幸甚与至盼!

目 录

摘要	1
Abstract	1
前言	1
第一章 超法规排除犯罪性事由概述	1
第一节 超法规排除犯罪性事由的称谓	1
一、超法规排除犯罪性事由的称谓之争	2
二、超法规排除犯罪性事由称谓的界说	5
第二节 超法规排除犯罪性事由的概念	6
一、国内现有概念的考察与评析	6
二、超法规排除犯罪性事由概念的界定	9
第二章 超法规排除犯罪性事由的根据	17
第一节 理论根据之一:实质违法性	17
一、实质违法性的基本问题	17
二、实质违法性的必然追求	21
第二节 理论根据之二:刑法的谦抑精神	28
一、刑法谦抑精神的基本问题	28
二、谦抑精神的内在根据	30
三、谦抑精神的实现路径	33
第三节 理论根据之三:罪刑法定的内在精神	35
一、罪刑法定的基本问题	36
二、罪刑法定的核心精神	39