

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 29

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

正当化事由专栏

【李希慧 李冠煜】

作为正当化事由的环境犯罪被害人维权运动：

实质根据与适用标准

中国刑法

【胡肖华 董丽君】

论行政罚与刑罚界限之制度保障

【卢建平 罗 猛】

职务犯罪中自首的司法适用研究

外国刑法

【江 溯】

《奥地利刑法典》犯罪参与体系研究

【保罗·H. 罗宾逊等】

犯罪性的客观观念和主观观念：

社会科学在刑法理论中的作用研究

国际刑法

【王强军】

阿桑奇引渡案的法理分析

区际刑法

【赵国强】

从欧文龙受贿案看受贿枉法和受贿不枉法的界限

2012年第1卷
第29卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 29

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 张 磊 黄晓亮 袁 彬 / 学术编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2012 年. 第 1 卷: 总第 29 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2012. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3139 - 2

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 023450 号

刑法论丛(2012 年第 1 卷)
(总第 29 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.75 字数 473 千

版本 2012 年 3 月第 1 版

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3139 - 2

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

	〔正当化事由专栏〕	
1	作为正当化事由的环境犯罪被害人维权运动： 实质根据与适用标准	李希慧 李冠煜
27	犯罪构成与正当化事由的体系契合：学 说、视角、立场与路径	孙道萃
	〔中国刑法〕	
80	现代刑法的生存空间 ——从刑法的二次规范属性谈起	许其勇
126	哲学本体论视角下的刑法民意“在场”	贾 健
153	实行犯对犯罪集团的首犯实行过限问题研究	王俊平
170	论行政处罚与刑罚界限之制度保障	胡肖华 董丽君
186	未成年人刑事判决宣告犹豫制度研究	胡春莉
203	风险社会视阈下食品安全犯罪的刑法规制	李 涛
221	司法实践中聚众斗殴罪的疑难问题及其认定	张 磊 朱 军

- 238 毒品犯罪主观故意认定问题研究 张洪成
 270 论贩卖毒品罪的未遂与中止 刘 夏
 286 职务犯罪中自首的司法适用研究
 卢建平 罗 猛

〔外国刑法〕

- 299 《奥地利刑法典》犯罪参与体系研究 江 潮
 320 日本的治安体制与可罚的违法性理论 赖正直
 346 犯罪性的客观观念和主观观念:社会科学在刑法理论中的作用研究
 保罗·H. 罗宾逊 约翰·M. 达雷 著
 王志远 柳冠名译
 400 对执法造成名誉损害的救济
 ——源自李文和案、史蒂文·哈特费尔案以及
 布兰顿·梅菲尔案的思考
 詹姆斯·B. 杰克布斯 丹尼尔·P. 科廷 著
 于 卿 连 航 译

〔比较刑法〕

- 431 中德货币犯罪比较研究 吴占英

〔国际刑法〕

- 446 阿桑奇引渡案的法理分析 王强军
 461 前南和卢旺达国际刑事法庭检察官裁量权研究
 陆 静

〔区际刑法〕

- 485 从欧文龙受贿案看受贿枉法和受贿不枉法的界限
 赵国强
 498 我国台湾地区“刑法”上的通奸罪考察 林贵文

CONTENTS

[Special Column for Justifiable Causes]

- The Rights Protection Campaign of Environmental Crime
Victims Being Justifiable Causes: Substantial Basis
and Applicable Standards Li Xihui Li Guanyu 1
- The System Consort Between the Constitution of Crime and
the Justified Actions: Doctrine, Perspectives, Stand-
point and Approach Sun Daocui 27

[Chinese Criminal Law]

- Criminal Law, as the Secondary Criterion Xu Qiyong 80
- The Public Opinion of Criminal Law with “ Presence ”
under the Perspective of Philosophical Ontology Jia Jian 126
- A Study on the Issue of Excessive Perpetration in the
Context of Ringleaders of Criminal Groups
..... Wang Junping 153
- The Institutional Guarantee of the Line between the
Administrative Punishment and Criminal Sanction
..... Hu Xiaohua Dong Lijun 170
- On the System of Delayed Pronouncement of Criminal
Judgment about Juvenile Defendant Hu Chunli 186
- The Criminal Regulation of Food Safety Crimes from the
Perspective of Risk Society Li Tao 203

The Problems and Countermeasures of Infringement of the Crime of Affray in Juridical Practice	Zhang Lei Zhu Jun	221
Research on Cognizance of Subjective Knowing in Drug - related Crimes	Zhang Hongcheng	238
Research on the Attempted and Desistance Crime of Drug Trafficking	Liu Xia	270
On Judicial Application of Surrender in Duty Crime	Lu Jianping Luo Meng	286
[Foreign Criminal Law]		
A Study on the Criminal Participation System in Austrian Penal Code	Jiang Su	299
The Public Security System of Japan and the Culpable Illegality Theory	Lai Zhengzhi	320
Objectivist versus Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory	Paul H. Robinson John M. Darley, translated by Wang Zhiyuan Liu Guanming	346
Remedying Defamation by Law Enforcement: Fall Out From the Wen Ho Lee, Steven Hatfill and Brandon Mayfield Settlements	James B. Jacobs Daniel P. Curtin, translated by Yu Qing Lian Hang	400
[Comparative Criminal Law]		
A Comparative Study on the Monetary Crime between Chinese Criminal Law and German	Wu Zhanying	431
[International Criminal Law]		
Study on the Extradition Case on Assange	Wang Qiangjun	446
On the Prosecutorial Discretion of ICTY and ICTR	Lu Jing	461

[Interregional Criminal Law]

On the Boundaries Between the Crime of Corruption with doing Illicit Act and the Crime of Corruption without doing Illicit Act from the Ou Wenlong Case	Zhao Guoqiang	485
Investigation on Adultery in “Criminal Law” of China’s Taiwan	Lin Guiwen	498

〔正当化事由专栏〕

作为正当化事由的环境犯罪被害人维权运动： 实质根据与适用标准^{*}

李希慧^{**} 李冠煜^{***}

目 次

- 一、正当化事由的原理概述
- 二、环境犯罪被害人维权运动的实质根据
 - (一)正当化事由的体系化
 - (二)维权运动的类型化
- 三、作为正当防卫的维权运动的适用标准
- 四、作为自救行为的维权运动的适用标准
 - (一)针对公共安全的自救行为
 - (二)针对单位商业信誉、商品声誉的自救行为
 - (三)针对公共秩序的自救行为
 - (四)针对人身权利的自救行为

^{*} 本文系横向课题“环境犯罪研究”阶段性成果。

^{**} 北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所所长、教授、博士生导师、法学博士,中国法学会刑法研究会秘书长。

^{***} 北京师范大学刑事法律科学研究院 2010 级博士研究生,北海道大学大学院法学研究科特别研究学生。

(五) 针对财产权利的自救行为

五、作为劳动争议的维权运动的适用标准

六、结语

环境犯罪侵犯了一定区域内居民、消费者或劳动者的环境享受权、生命权或健康权,因此被害人会发出强烈的权利诉求,呼吁减少公害、保护环境,积极采取行动维护自身权益。在与加害方交涉的过程中,被害人由于情况紧急、愿望迫切、情绪激动等原因可能实施某些非常态行为,这些行为在什么范围内能作为正当化事由而免除刑事责任,值得深入研究。

一、正当化事由的原理概述

正当化事由在大陆法系刑法理论中一般被称为违法性阻却事由、阻却违法事由,在我国刑法理论中则习惯被称作排除犯罪性的行为、排除社会危害性行为或正当行为。所谓违法性的阻却事由,是指行为符合构成要件但成为排除其违法性根据的事由。^① 正当行为,是指客观上造成一定损害结果,形式上符合某些犯罪的客观要件,但实质上既不具备社会危害性,也不具备刑事违法性的行为。^② 无论是在名称还是在概念表述上,大陆法系刑法理论与我国刑法理论均有些许差别。这种差别不是表面性的,而是有着深刻的理论背景。

关于违法性阻却的原理,存在:(1)基于正当目的而使用相当手段的目的说;(2)在不存在法益以及法益相冲突的场合,牺牲价值小的法益以保护价值大的法益的法益衡量说或优越利益说;(3)行为根据社会伦理规范被许可的社会伦理说;(4)法益侵害行为在社会相当性的

① 马克昌主编:《外国刑法学总论(大陆法系)》,中国人民大学出版社2009年版,第172页。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第136页。

范围之内,即行为在社会生活中历史地形成的社会伦理秩序范围内的社会相当性说之间的对立。^①这是一元论的见解。与之相对,多元论主张不存在能适用于所有正当化事由的统一根据,应通过对上述各种原理的组合实现探寻具体正当化事由根据的目的。例如,山中敬一教授主张有主要正当化原理和辅助的正当化原理之分,前者是根据利益衡量原理的优越利益原则,后者适用于不同的正当化事由的场合,在前者之中后者被运用,二者不是上位基准与下位基准的关系。^②与此不同,高桥则夫教授提出,正当化的一般原理是共同体关系的行为容许性。这种共同体关系的行为容许性是上位概念,优越的利益、利益的欠缺、行为有用性、目的性、目的等被作为下位基准置于其中,与各种正当化事由的固有根据相互关联。^③可见,由于组合形式的不同,在多元论内部也产生了分歧。

一元论是抽象、形式的,多元论是个别、具体的,这决定了二者在机能上的差异。一元论的机能有:第一,阐明违法与适法的界限;第二,在与责任阻却的关联上阐明正当化(违法阻却)的本质;第三,提供正当化事由类型化、体系化的指导基准;第四,对个别原理的支配、统合、规制和调整作用。多元论的机能在于:首先,为了明确每个正当化事由的构造、特质以及体系地位、类型差异,因而要求复数的基准、原理的多元性;其次,关于每个行为违法性被阻却的根据,在其场合没有必要每次都追溯到更高层次的原理。^④但是,这种机能上的界限也不是那么清晰。其一,一元论是立于全体法秩序的观点判别行为性质,至于如何判断个别行为合法、内在根据何在,还必须利用多元论的思考方法进行具体的考察。其二,一元论有利于正当化事由的体系构建,但作为体系中具体要素的每个正当化事由都有其特殊性,若不设法充实一元论的内

① [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),成文堂2007年版,第247~248页。

② 参见[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第433~434页。

③ 参见[日]高桥则夫:《刑法总论》,成文堂2010年版,第246页。

④ 参见[日]曾根威彦:《刑法中正当化的理论》,成文堂1980年版,第160~161页。

容,加强其解释功能,正当化事由的体系化就无法成功。其三,承认一般原理具有对个别原理的支配、调整等作用,本身就说明二者之间关系密切,其对立不是绝对的。

一元论因其抽象而稳定,具有普适性;多元论因其建造形式不一而不够确定,但不乏针对性。其实,二者并非完全不相容。因为,“正当化事由是在价值和利益的纠纷情况中产生的,从这点出发,根据价值及利益的比较衡量,在其具有优越一面时赋予其正当性是自然的想法”。^①这是利益比较法被普遍运用、法益衡量说具有广泛市场的根本原因。除了方法论的共通性之外,二者在内容上也部分重合,一元论内含多元论的部分要素,选择将多元论中的共同要素上升为一般原理。所以,无论多元论进行怎样的排列组合,都不可能脱离一元论的框架。一般原理与个别原理不是上位概念与下位概念的关系,而是抽象原理和具体原理的关系。考虑到一元论内容的简洁性和功能的多样性,笔者认为,正当化事由的原理应当采取一元论,只有在论及具体类型的场合,才有必要通过刑法解释予以明确。

在日本,一元论已通说化,尽管其内部还存在不同意见,但不妨碍对基本原理的说明。正当化事由是行为的实质违法性被阻却的情况,即行为虽然具备犯罪构成要件符合性,但还没有达到值得刑罚处罚的程度。“那么,学说中‘实质的违法性’本来意味着‘值得处罚的违法性’。只有是否值得处罚的违法性对于刑法解释论上的违法性判断而言具有实质的意义。”^②根据违法相对性的意义,上述实质的违法性即为可罚的违法性,也是刑法中专有的违法性。“违法性被阻却,无非是缺乏可罚的违法性,换言之,就是不存在实质的违法性。”^③因此,正当化事由的一般原理应当是缺乏实质的违法性即刑法中的违法性。这表明,一元论内部各说存在相同的理论前提。目的说、法益衡量说、社会

① [日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第433页。

② [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会1988年版,第126页。

③ [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第

相当性说之间不是水火不容,而是相互融合。目的说包括衡量型目的说和手段重视型目的说,前者与法益衡量说并无二致。社会相当性说本来就要求判断相当性时考虑目的正当性、手段相当性、法益衡量性等各种因素。以上各说都摆脱不了功利主义的唯物法益观。

我国学界对正当行为的根据也进行了深入思考。由于法益侵害说的巨大影响和相对合理,有学者直接倡导法益衡量说。^①然而,我国强调形式特征和实质特征相统一的犯罪概念,作为犯罪概念具体化的犯罪构成与其基本属性一致,既是主观与客观的统一,也是形式与实质的统一。所以,正当行为“形式上符合某些犯罪的客观要件”就意味着缺少构成要素,不符合犯罪构成的形式要求;“实质上不具备社会危害性”就说明处于刑法的调控范围之外,没有达到犯罪构成的实质要求。简言之,“在我国刑法中,排除犯罪性的行为,同时也是不符合犯罪构成的行为”。^②大陆法系奉行三阶层的犯罪构成体系,“构成要件该当行为作为原则是违法的,例外地存在违法阻却事由(=正当化事由)的话才阻却违法性(回溯自始不违法)”。^③此处被否定违法性的行为在观念上仍具有构成要件符合性,并未完全被犯罪成立的评价体系过滤出去。这表明,由于评价阶段和自身功能的局限,可罚的违法性不同于社会危害性。我国刑法中的正当行为之所以不负刑事责任,是因为不符合犯罪构成要件而没有达到相当程度的社会危害性。

二、环境犯罪被害人维权运动的实质根据

环境犯罪被害人的维权运动可能成立正当化事由,同样应以正当化事由的一般原理作为实质根据。尽管被害人的维权行为可能侵犯加害人的自由权、名誉权、财产权等权利,但如果还在刑法容忍的限度内,

① 参见田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2003年版,第116~120页。

② 马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第77页。

③ [日]木村光江:《刑法》(第3版),东京大学出版会2010年版,第112页。

未将个人权利过分凌驾于国家权力之上,没有严重危害社会秩序的,不具有严重的社会危害性。刑法具有谦抑性,作为防止犯罪的最后手段发挥作用时,尽量限于对维持社会秩序而言必要的最小限度的领域,而且,应当在充分考察法益受侵害的状况后对犯罪嫌疑人进行慎重处罚。在现代法治国家,维权运动作为行使权利的一种常态,私力救济的一种方式,必须符合刑法的功能预期和价值追求,在恢复正义所需的必要限度内开展。在此前提下,国家权力来不及救济被害人的权利时,有条件地选择后退,有限度地承认维权行为的合法性。根据宪政理念,国家权力必须得到规范行使,个人权利要予以适度张扬;个人权利应足以限制国家权力,但个人权利也不能被滥用。所以,维权运动仅是公力救济的补充手段。

环境犯罪被害人维权运动的正当化是国家机器对个人权利的确认,是刑法机能发挥的结果。但是,环境犯罪的发生机理极为复杂,在因果关系、主观罪过、刑事制裁等方面与普通刑事犯罪相比均有特殊之处。因此,环境犯罪被害人维权运动的正当化根据除了符合正当化事由的一般原理外,还必须结合环境犯罪的特征和维权行为的手段演绎出适用于特定类型的具体根据。那么,有必要先探讨正当化事由的体系化和维权运动的类型化。

(一)正当化事由的体系化

根据刑法是否明文规定,可将正当化事由分为法定的正当化事由和超法规的正当化事由;而以理论依据为标准,又可对正当化事由作出形形色色的分类。日本学者大多根据本国刑法有关违法阻却事由的规定,将其分为一般的正当行为和紧急行为,前者有:(1)法令行为和正当业务行为,包括职权(职务)和权利(义务)行使行为、基于政策理由在法令上解除违法性的行为、法令上注意合法性的规定等;(2)社会的相当行为,包括劳动争议行为、被害者的承诺、安乐死和尊严死;后者有

正当防卫、紧急避难、自救行为三种类型。^①德国学者绍尔把违法性阻却事由分为三种,第一是针对危险通过防卫进行自我保护和在危难中的救助;第二是形式的权利、权限的行使;第三是面向公共福利的生活利益的促进。在其中又进行了更为细致的划分。^②笔者认为,上述形式分类法和实质分类法都有可借鉴之处:前者标准明确,分类直观;后者不拘泥于条文,归纳了子项的共同点。相比之下,第一种方法不仅有法律依据,而且顺应条文之间的逻辑关系,所以,应当根据法律规定对正当化事由作第一层次的分类。在进行第二层次的分类时,除了条文本身的内容外,行为的共性是要着重考虑的因素。根据我国有关法律规定,应先将正当行为分为法定的正当行为和超法规的正当行为,前者又分为正当防卫、紧急避险、法令行为,后者包括自救行为、劳动争议、被害人承诺、正当业务行为等。

(二) 维权运动的类型化

作为正当化事由的被害人维权运动没有涵盖以上所有种类。有学者认为:“若从刑法上的违法性阻却事由的观点来看,目的的确是保护正当权益的自卫手段,作为贯穿着要求补偿过去损失的手段而实施,被叫做自救行为……一旦发生了旨在事前防止将来损失的紧迫行动的话,将其认定为刑法第36条的正当防卫是可能的。”^③即维权运动的正当化事由仅有自救行为和正当防卫两种。的确,大多数的被害人维权行为表现为正当防卫或自救行为,但这是相对于环境犯罪主体而言。当单位实施了危害环境的行为,其内部员工由于恶劣的工作环境损害自身健康,要求改善劳动条件或提高收入标准时,或者单位内部知情者出于同情心、正义感、责任感而向被害人、媒体通报所在单位危害环境

① 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1991年版,第201~254页。

② 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论)(第4版),有斐阁2008年版,第378页。

③ 参见[日]藤木英雄:《公害犯罪》,东京大学出版会1975年版,第177页。

的情况,被单位恶意报复甚至开除时,都会为了保护自己的劳动权而与单位交涉,若要求得不到满足,就会采取相应的斗争措施。于是,本是和单位站在同一战线的员工加入了被害者的阵营,与单位之间以劳动争议的方式开展维权。总之,作为正当化事由的环境犯罪被害人维权运动应当包括正当防卫、自救行为和劳动争议三种。

1. 作为正当防卫的维权运动。大陆法系学者一般从个人保全原理(正当防卫是在紧急情况中保全自己的法益,即存在个人主义的自己保全的利益)、法确证原理(针对急迫不正的侵害,在正当防卫中存在确证为了保护个人法益的客观生活秩序的法现存的利益)或优越的利益原理(除了法益的一般价值顺位,作为应当具体考虑的情况可以举出:对保护法益造成危险的程度、保护法益与侵害法益的量及范围、法益侵害必要性的程度、行为的方法、样态所具有的法益侵害一般危险性的程度等)探讨正当防卫的正当化根据。^① 与上述满足主体需要的论证角度相同,我国学者也认为,正当防卫也是法律权利的一种,不负刑事责任的形式根据是刑法的规定,实质根据是国家维持秩序的需要。^② 但是,由于环境承受能力和自净能力的作用,危害结果的出现需要较长周期,环境犯罪因果关系的各个环节之间的联系不够紧密,在认定维权行为是否成立正当防卫时,除了把握正当防卫权的本质外,还需要对其时间条件进行更严格的限制,不宜对刚开始实施的危害环境行为采取防卫行动,不过也不能等到危害结果发生后再采取防卫行动。因此,作为正当防卫维权运动的合法根据在于保护个人被威胁的重要环境权。环境权的重要性必须根据危害环境行为的具体方法、外部条件、影响区域和人数等来判断。

2. 作为自救行为的维权运动。日本现行《刑法》并未直接规定自救行为,所以,有学说和判例以此为据否定其阻却违法。但是,现在大部分学说以及最高裁判所的判例都肯定自救行为的阻却违法性。关于

① 参见[日]曾根威彦:《刑法总论》(第3版),弘文堂2000年版,第109、111~112页。

② 参见彭卫东:《正当防卫论》,武汉大学出版社2001年版,第6~15页。

自救行为阻却违法的根据,有主张法的自己保全的观点。可是,问题在于,为什么法要保全自己,法的自己保全的实质理由是什么?因此,还是应当求之于优越的利益原理。^① 自救行为与正当防卫之所以有相似的性质,是因为二者都发生在公力救济暂时失效的紧急情况下,都是面对不法侵害采取的权利行为。“如果在实在法体系之外考察自助行为排除社会危害性的原因,可以得出以下结论:实施自助行为的权利和国家权力一样,是由个人权利派生出的权利,是正义与秩序两种价值对立统一的产物。”^②那么,由于国家权力和个人权利的矛盾、刑法法益保护和人权保障的双重功能,自救行为的正当化根据就是符合刑法价值导向的一种弥补国家强制力不足的恢复个人权利的手段。在环境纠纷中,环境要素通常已被全部或部分破坏,被害人是在其健康权或财产权受到严重损害、国家未及时介入时不得已才实施自救。污染结果的滞后性以及自救行为的性质决定了作为自救行为的维权运动的合法根据在于恢复或补偿个人已经被侵害的重要环境权。自救行为的存续时空与正当防卫有严格区别。

3. 作为劳动争议的维权运动。现代西方国家都将劳动权和环境权视为基本人权,并通过法律确认。在日本,《劳动工会法》、《劳动基准法》和《劳动关系调整法》是调整劳资关系的基本法律,被统称为“劳动三法”。《日本宪法》第28条明文规定保障劳动者的团结权、团体交涉权和团体行动权,这些权利被统称为“劳动三权”或“劳动基本权”。“所谓劳动争议行为,是指具有劳资关系的劳动者以雇佣方为对象,为实现其目的而实施罢市、罢工、封锁工厂等妨碍业务活动正常进行的行为……问题在于什么是正当的争议行为,这要将通过争议行为所要保护的劳动基本权和争议行为所侵害的基本人权进行比较衡量,考虑目的正当性、手段的妥当性,应以争议行为最终是否具有社会相当性为标准进行判断。”^③既如前述,社会相当性说与法益衡量说、优越的利益

① 参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论》(中),有斐阁1986年版,第443~445页。

② 参见王政勋:《正当行为论》,法律出版社2000年版,第381~382页。

③ [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),成文堂2007年版,第253页。