

北大刑法博士文丛(17)

陈兴良 总主编



BEIDA XINGFA BOSHI WENCONG

出罪事由的体系和理论

◎方鹏 著

CHUZUISHIYOU DE TIXI HE LILUN



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (17)

陈兴良 总主编

出罪事由的体系和理论

方 鹏 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

出罪事由的体系和理论/方鹏著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8

(北大刑法博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0602 - 0

I. ①出… II. ①方… III. ①刑事犯罪—研究—中国

IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 189952 号

北大刑法博士文丛
出罪事由的体系和理论
方鹏 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 8 月第 1 版

印 次: 2011 年 8 月第 1 次

印 张: 12

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 322 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0602 - 0

定 价: 38.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

总序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为总主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学术界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点质量高低的重要指数。在这种情况下，从已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优选择博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止，博士论文已有数百篇，已经出现了一些选题重复的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指它能开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留

下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是标新立异，而是要在承接前人研究成果的基础之上推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我认为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述能使观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版3~5本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中最优秀的。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他的最后一本，甚至是唯一的一本个人专著。因此，饱含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事，对此，我深有体会。想到十多年前我出版个人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

方鹏的博士论文《出罪事由的体系和理论》，经过精心的修改、增补，即将交付出版，嘱我为之作序。作为方鹏的博士生导师，我感到十分高兴。

在本书中，方鹏研究的主题是出罪事由，我认为这是一个具有现实意义的题目。尤其是方鹏能够从法理与学理上对出罪事由进行研究，力图建构出罪事由的体系和理论，这是值得充分肯定的。

入罪和出罪，是司法活动中两种互相对立但又高度同一的裁判活动。之所以说互相对立，是因为一个案件要么入罪要么出罪，别无其他结果。因此，从裁判结果上来说，入罪与出罪是明显抵牾的。但入罪与出罪又是在同一个司法过程中完成的，不能把入罪与出罪截然区分为两种不同的裁判活动。在这个意义上说，入罪与出罪作为裁判内容又具有高度的同一性。而对入罪与出罪，司法应当保持其中立性：确实符合入罪要件的，当然应当入罪；确实符合出罪要件的，当然应当出罪。中国有句成语，叫做“出入人罪”，这是指不应当出罪的出罪，不应入罪的入罪。“出入人罪”明显违反了法律关于出入罪的要件，具有实体上的不公正性。同时，“出入人罪”也是以罔顾事实、歪曲法律为前提的，其必然违背司法的中立性，具有程序上的不公正性。应该说，我国长期以来注重入罪而忽视出罪。我国的刑事司法制度主要是为入罪而设计的，出罪机制不畅。我国刑法理论更多是为入罪提供根据，出罪理论不彰。在这种情况下，方鹏提倡建立开放

性、多元化、阶层性出罪事由体系，我以为是极有见地的。

出罪事由体系的建立，涉及对罪刑法定原则的理解。罪刑法定原则的宗旨在于限制入罪权，这主要体现在“法无明文规定不为罪”这一法律格言当中。基于罪刑法定原则的要求，构成犯罪，法律必须有明文规定，因此入罪事由是封闭的。而出罪事由体系则是开放的。无罪（指刑法没有明文规定为犯罪）一定不罚，有罪（指刑法明文规定为犯罪）也不一定必罚。无罪不罚，当然是罪刑法定原则的应有之义，表明入罪事由须由刑法明文规定，因而入罪事由是封闭的体系。有罪不罚，也未必违反罪刑法定原则。如果确实存在出罪事由，不罚是合理的，也是合法的。例如，“何耘韬案”就涉及执行上级决定是否构成犯罪的的问题。2005年7月，时任廉江市国土局副局长的何耘韬，在开发区金都公司未缴足土地出让金的情况下被要求签发土地证。何耘韬称在此前曾多次以口头意见的形式向市政府领导反映此举违反规定。但出于招商引资等考虑，市政府修改会议纪要，允许暂收40%土地出让金办证。何耘韬自称被迫执行上级命令签发土地证。2010年7月6日廉江市人民检察院以玩忽职守罪向廉江市人民法院起诉，2011年4月14日何耘韬被逮捕，次日该案一审宣判，以玩忽职守罪判处何耘韬有期徒刑6个月。何耘韬提起上诉。2011年5月24日，湛江市中级人民法院认为，原审判决所依据部分事实不清，裁定撤销原判发回重审。2011年5月25日，廉江市人民法院另组合议庭重新审理该案，并决定对何耘韬采取取保候审强制措施。2011年5月27日，廉江市人民检察院以“案件事实、证据有变化”为由申请撤诉，廉江市人民法院准许撤诉，并取消对何耘韬的取保候审。在本案中，违法办理土地证的事实是客观存在的，何耘韬的行为是否构成犯罪，关键在于如何看待执行上级决定的问题。我国《公务员法》第54条规定：“公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，

可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任。”在本案中，何耘韬明知是违法的上级决定仍然执行，自应负其相应的责任。但就此是否构成犯罪，我认为是值得研究的。就出罪事由而言，在“何耘韬案”中，以执行上级决定作为违法阻却事由来考虑是有一定障碍的。也就是说，何耘韬的行为的违法性难以排除。但当这种上级决定是以组织决定的形式出现的时候，个人实际上是根本不可能与之抗衡的。因此，要求何耘韬与组织决定对抗亦即不签发违法的土地证，缺乏期待可能性。从这个意义上来说，以期待不可能作为何耘韬的出罪事由也许更为恰当。当然，发布具有违法性组织决定的责任人员如何承担相应的法律责任，尤其是应否承担刑事责任，又是另外一个值得研究的问题。在“何耘韬案”中，存在出罪事由应当予以出罪。而我国司法机关对于出罪事由的理论并没有很好地掌握，在这种情况下，往往是入罪容易出罪难。只有建立起一个具有开放性、多元化和阶层性的出罪事由体系，才能实现刑法的人权保障机能。

出罪事由体系的建构，首先是一个法律问题，即立法问题与司法问题。方鹏在本书中对我国刑法中关于出罪事由的规定和司法解释中关于出罪事由的规定，都作了系统的梳理，这是值得肯定的。本书围绕着我国刑法第13条关于犯罪概念的“但书”规定，展开了较为充分的讨论，这是特别引人入胜的。“但书”规定不是我国刑法的独创，而是从《苏俄刑法典》中引进的，这点是必须首先澄清的。对于“但书”规定，我国刑法学界赞颂者众而质疑者寡。对于“但书”规定的肯定主要是把其规定当做一种出罪事由来定位的。例如，我国学者对“但书”的适用

范围做了研究,根据能否适用“但书”规定,把犯罪分为三种:一是绝对不能适用“但书”的犯罪,这些犯罪以情节作为犯罪成立要件,因而没有必要适用“但书”规定出罪。二是一般不能适用“但书”的犯罪,这些犯罪要么是性质严重没有量的限制而不可能适用“但书”,要么性质较轻具有定量限制而没有必要适用“但书”。这些犯罪中,只有少数情况下可以适用“但书”。三是可以适用“但书”的犯罪,这些犯罪是指性质较轻而分则条文又没有定量因素限制的犯罪。^①但我认为,不能把“但书”规定作为一般性的出罪事由,它只是一种对刑法分则罪名设置具有指导性的刑法总则规范,而不是法定的出罪事由。在我国目前的司法解释和司法实践中,确实存在以“但书”规定作为一般性的出罪事由的现实,如2003年1月17日最高人民法院《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》规定:“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪。”在此,司法解释虽然未引刑法的“但书”规定,但其内容就是以“但书”规定作为出罪的法律根据。那么,在这种不知对方是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系的情况下,之所以无罪,应当引用刑法的“但书”规定吗?我认为,显然不是。在这种情况下无罪,是因为缺乏“明知”这一主观要素,因而构成要件不具备,并不是因为犯罪情节显著轻微。此外,在司法实践中也存在极为个别引用“但书”规定作为出罪事由的判例,如“蒲连升、王明成安乐死故意杀人案”。对此,在本书中方鹏也作了专门探讨。关于“蒲连升、王明成案”,法院判决认为:“被告人王明成在其母夏素

^① 张永红:《我国刑法第13条但书研究》,法律出版社2005年版,第52页以下。

文病危濒死的情况下，再三要求主管医生蒲连升为其母注射药物，让其母无痛苦地死去，虽属故意剥夺其母生命权的行为，但情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。被告人蒲连升在王明成的再三请求下，亲自开处方并指使他人给垂危病人夏素文注射促进死亡的药物，其行为亦属故意剥夺公民的生命权利，但其用药属正常范围，不是造成夏素文死亡的直接原因，情节显著轻微，危害不大，不构成犯罪。”以上裁判理由被我国学者所津津乐道，因为该判决直接援引了刑法的“但书”规定作为无罪法律依据。但我认为，这一判决的解释是有问题的。本案被告人蒲连升、王明成实施的是一种安乐死的行为，安乐死在我国当前尚未获得合法化，但是否可以成为违法阻却事由与尚未合法化之间并不矛盾。本来应当通过该案确立安乐死作为违法阻却事由的法律地位，但上述判决并没有从这个方面考虑，而是笼统地以“但书”规定作为无罪的法律根据，这是令人惋惜的。基于出罪事由的多元化的思考，不同的出罪事由应当具有不同的根据，而且出罪并不需要法律根据，只有入罪才需要具有法律根据。在这一点上入罪与出罪是完全不同的，但我们目前把“但书”规定当做出罪事由的唯一管道，这样一种做法与认识，究其深层次的思想原因，还是在出罪上依赖于有法律规定，这种思想本身就是值得商榷的。而且，这种做法也妨碍了多元化出罪事由体系的形成，因而我以为并不可取。

出罪事由体系的建构，不仅是一个法律问题，而且是一个理论问题，尤其是它与犯罪论体系之间具有密切关系。对此，方鹏在本书中也进行了较为深入的探讨。方鹏在本书中提倡阶层性的出罪事由体系，对此我深表赞同。这里涉及四要件与三阶层这两种犯罪论体系与出罪事由之间的优劣关系。四要件是平面的，各个构成要件之间并不存在阶层性。因而，在四要件的犯罪论体系中，并不存在阶层性的出罪事由体系。例如，在刑法中最为重要

的出罪事由——正当防卫、紧急避险，也没有纳入四要件的犯罪论体系之中。在这个意义上我们可以说，四要件是没有出罪事由的犯罪构成，出罪事由在四要件的犯罪论体系中并不存在应有的地位，这也正是四要件的犯罪论体系的根本缺陷之所在。而三阶层的犯罪论体系在各要件之间存在位阶关系，这就为出罪事由的阶层性提供了逻辑根据。在三阶层的犯罪论体系中，不仅违法阻却事由自成一体，而且存在可罚的违法性、责任阻却事由等各种不同的出罪事由，由此为定罪过程的出罪提供了法律空间。在本书中，方鹏提出建立正当化的出罪事由—可宽恕的出罪事由—不可罚的出罪事由的体系，我认为是具有合理性的，充分揭示了各种出罪事由之间的阶层关系。

在我国刑法理论中，研究入罪问题较多，研究出罪问题较少。但刑法理论是由入罪理论与出罪理论这两个方面构成的，两者缺一不可。方鹏对出罪事由的体系和理论的深入研究，对于推动我国刑法中出罪理论的发展，是具有重要意义的。方鹏是2006年从北京大学法学院博士毕业的，毕业以后进入中国政法大学从事教学科研工作，与此同时对博士论文进行了精心修订，终于以今天这样一种面目问世。经过修改，本书与博士论文相比，不仅在篇幅上有大幅增加，而且水平也大有提升。可以说，本书是我国在出罪事由研究领域的一部力作，特此向读者推荐。最后，我还要期望方鹏在学术上不懈努力，将来会有更高水准的学术著作问世。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2011年7月13日

目 录

序	(1)
绪 论	(1)
第一章 出罪事由的概念之界定	(4)
一、“出罪”的词源追溯和三种现代含义	(4)
(一) “出罪”一词在中国古代刑法中的两种含义	(5)
(二) “出罪”一词在现代刑法中的四种含义	(7)
二、本书对于“出罪”及“出罪事由”的界定	(9)
(一) 是立法出罪、司法出罪，还是刑法的 出罪功能	(9)
(二) 本书对出罪事由的定义	(14)
三、出罪事由与相关概念的比较	(20)
(一) 出罪事由与无罪行为	(20)
(二) 出罪事由与正当化事由、违法阻却事由、 责任阻却事由、辩护事由	(22)
四、研究出罪事由及其体系、理论的意义	(25)
(一) 使得犯罪成立问题的研究更加全面	(25)
(二) 有利于扩展阻却犯罪成立事由的范围	(26)
(三) 深入追问犯罪认定中的价值判断问题	(28)
(四) 彰显刑法的人权保障机能	(28)

第二章 中国刑法规范中的出罪事由之归纳	(32)
一、我国刑法中的出罪事由规定	(32)
(一) 对刑法中“不”字规范的检索	(32)
(二) 对“不”字规范的分析及出罪事由的得出	(35)
(三) 对刑法中“免”字规范的检索及 出罪事由的得出	(38)
(四) 对刑法中规定的出罪事由的归纳和小结	(40)
二、司法解释对有罪情形“不认为是犯罪”的规定 ..	(41)
(一) 盗窃、诈骗、抢劫近亲属财物一般可不按 犯罪处理：近亲属关系	(42)
(二) 少男(14~16岁)与幼女发生性关系情节 轻微不认为是犯罪：未成年	(48)
(三) 盗窃、诈骗、恶意透支型的信用卡诈骗 达到数额起点但情节轻微而不作为 犯罪处理：数额犯情节轻微	(51)
(四) 强奸因后续通奸而不宜以犯罪论处： 事后法律关系变更	(54)
(五) 为生活所迫重婚、出卖亲生子女的行为 认为不构成犯罪：陷于危困境况	(56)
(六) 盗窃、诈骗未遂情节不严重一般不定罪 处罚：犯罪未遂	(59)
(七) 因“双套引诱”而实施毒品犯罪的可免于 刑事处罚：“警察圈套”	(61)
(八) 对司法解释规定的出罪事由的归纳和小结 ..	(63)
三、对我国刑法规范中规定的出罪事由的初步分类 ..	(68)
(一) 形式分类：出罪事由的总则性规定和 分则性规定	(68)

(二) 法律效果分类: 正当化出罪事由和 不处罚出罪事由	(69)
第三章 中国刑事司法案例中的出罪事由之考察	(70)
一、安乐死案的司法出罪途径及认定之考察	(71)
(一) “蒲连升、王明成故意杀人案”被判无罪的 理由分析	(74)
(二) 安乐死能否成为一项定型化的出罪事由	(78)
(三) 对中国司法实践中“安乐死”案件的 实证考察	(82)
(四) 中国当前司法实务可以出罪的安乐死案的 情形小结	(90)
二、避险过当案的司法出罪途径及认定之考察	(92)
三、同居者盗窃案的认定	(101)
四、对我国刑事司法案例中的出罪事由的小结	(103)
第四章 德日、英美刑法中的出罪事由之比较	(105)
一、德日刑法中出罪事由的内容、种类和体系	(106)
(一) 德国、日本刑法典规定的出罪事由	(106)
(二) 德日刑法对出罪事由的分类	(115)
二、英美刑法中出罪事由的内容、种类和体系	(130)
(一) 辩护事由的内容和种类	(133)
(二) 正当理由和可得宽恕的分类方法	(137)
三、德日、英美刑法中出罪事由的体系特征	(140)
(一) 出罪事由种类多样、范围广泛	(141)
(二) 出罪事由分类阶层有别	(142)
(三) 开放性的出罪事由体系	(143)

第五章 开放性、多元化、阶层性出罪事由体系之提倡

.....	(146)
一、我国出罪事由规范规定与体系理论存在的问题 ...	(146)
二、开放性的出罪事由体系之提倡	(150)
(一) 封闭性的出罪事由理念之批判	(150)
(二) 开放性的出罪事由理念及体系之提倡	(155)
三、多元化出罪事由体系之提倡	(156)
(一) 出罪事由体系多元化之途径	(156)
(二) 认真对待“当然正当”的出罪事由	(160)
四、阶层性的出罪事由体系之提倡	(164)
(一) 对出罪事由进行阶层区分的意义	(165)
(二) 对出罪事由进行阶层区分的中国刑法基础 ...	(167)
五、建构“正当化的出罪事由—可宽恕的出罪事由— 不可罚的出罪事由”三层次的出罪事由体系	(168)

第六章 社会相当性

——正当化的出罪事由之理论基础	(175)
一、社会相当性——正当化的出罪事由之理论基础 ...	(178)
(一) 关于正当化的出罪事由的本质的聚讼	(178)
(二) 正当化的出罪事由可以统一于社会相当性 ...	(183)
(三) 社会相当性理论的基本内涵	(186)
(四) 作为正当化事由原理暨一般性的超法规 正当化事由的社会相当性	(188)
二、作为一般性违法阻却事由的社会相当性的 评判标准	(194)
(一) 界定社会相当性的评判标准的基本立场	(194)
(二) 社会相当性的评判标准的实体要素	(195)
(三) 以社会相当性为由阻却违法性的判例	(199)

三、正当化的出罪事由的价值诉求	(200)
(一) 更为精致、更为完整的正义观念	(202)
(二) 利益权衡的功利主义	(203)
(三) 社会秩序和公众情感的维护	(203)
第七章 期待不可能	
——可宽恕的出罪事由之理论基础	(205)
一、期待不可能——可宽恕的出罪事由之理论基础 ...	(206)
(一) 关于责任的学说及作为责任基础的 期待可能性	(207)
(二) 期待可能性的含义和定位之争	(209)
(三) 期待不可能既是整体可宽恕出罪事由的理论 基础又是一般性的可宽恕出罪事由	(217)
二、作为一般性责任阻却事由的期待不可能的 评判标准	(228)
(一) 判断期待不可能的标准本位	(228)
(二) 判断期待不可能的具体标准	(230)
(三) 期待不可能判断在我国刑法中的 地位和适用	(243)
三、可宽恕的出罪事由之价值诉求——刑法的人性关怀	(247)
(一) 刑法人性关怀的含义	(248)
(二) 刑法人性关怀追求的目标	(249)
第八章 不可罚性	
——不可罚的出罪事由之理论基础	(252)
一、不可罚性——不可罚的出罪事由之理论基础	(253)
(一) 关于可罚性概念的聚讼	(254)