

浙江省哲学社会科学规划课题成果

超法规的正当化行为研究

王 骏 著



中国人民公安大学出版社

1174637

浙江省哲学社会科学规划课题成果

超法规的正当化行为研究

王 骏 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

超法规的正当化行为研究/王骏著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.6

(浙江省哲学社会科学规划课题成果)

ISBN 978-7-81109-750-4

I. 超… II. 王… III. 刑法—研究—中国

IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 095743 号

超法规的正当化行为研究

CHAOFAGUI DE ZHENGDANGHUA

XINGWEI YANJIU

王 骏 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: 2007 年 6 月第 1 版

印 次: 2007 年 6 月第 1 次

印 张: 8

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 210 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-750-4/D·708

定 价: 21.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

前 言

在刑法中，正当化行为是不构成犯罪的行为，因而是定罪的反面。因此，正当化行为是犯罪论不可或缺的内容。正当化行为在刑法理论上是一个争议较大的问题，关于正当化行为在犯罪论体系中的地位、正当化行为的理论根据、正当化行为的正当化要件，乃至正当化行为的称谓本身，都存在各种观点的分歧。从陈兴良教授的《正当防卫论》（中国人民大学出版社 1987 年版）出版至今，先后有多部致力于正当化行为研究的著作问世，包括姜伟的《正当防卫》（法律出版社 1988 年版），周国钧、刘根菊的《正当防卫的理论与实践》（中国政法大学出版社 1988 年版），刘明祥的《紧急避险研究》（中国政法大学出版社 1998 年版），王政勋的《正当行为论》（法律出版社 2000 年版），彭卫东在其博士学位论文基础上所著的《正当防卫论》（武汉大学出版社 2001 年版）和田宏杰的《刑法中的正当化行为》（中国检察出版社 2004 年版）。当然，发表的学术论文就更多了。

在一个法治社会里，正当化行为是基于法秩序的统一性而加以确立的，正当化行为虽然存在其固有的正当化根据，但是仍有必要在此根据的指导下，将各种正当化行为类型化。根据刑法对正当化行为是否有规定，可以把正当化行为分为法定的正当化行为和超法规的正当化行为。法定的正当化行为是指刑法有明文规定的正当化行为，正当防卫与紧急避险等涉及重大法益的正当化行为在各国刑

超法规的正当化行为研究

法中通常都有明文规定，即是法定的正当化行为。超法规的正当化行为是指刑法无明文规定、从法秩序的精神引申出来的正当化行为。对于法定的正当化行为，由于其正当化的根据在于刑法的明文规定，因而易于理解。而超法规的正当化行为，既然刑法无明文规定何以能够成为正当化行为，就需要从理论上加以解释。

一般认为，超法规的正当化行为与法秩序的统一原则有关。这里所谓的超法规，是指在刑法上未予明文规定，而并非指超越一切法规。法秩序的违法概念是统一的，有区别的只是在不同的法律部门的法律后果不同而已，这就是法秩序的统一原则。因此，所谓正当化行为也必须以法秩序整体作为基础，民法等其他法律部门的正当化行为应该同样适用于刑法领域；而刑法领域的正当化行为也同样使这一行为在其他法律领域里具有正当化。我国刑法只规定了正当防卫与紧急避险两种正当化行为，但是在刑法理论上也都论及超法规的正当化行为。然而，由于犯罪构成体系的不同，我国刑法理论并无违法性判断以及有责性判断的独立过程，所以并未像大陆法系国家刑法理论那样对超法规的正当化行为进行系统、深入的研究。从已经出版的专著来看，多是以法定的正当化行为作为研究重点，且已经非常深入，而对超法规的正当化行为的研究仍很薄弱。晚近一些时候，我国学者开始关注诸如被害人承诺的行为、正当业务行为、自救行为、法令行为等的适法性问题，但探讨还不够深入，许多问题也并未真正得到解决。虽然出版了像王政勋的《正当行为论》和田宏杰的《刑法中的正当化行为》这样对超法规的正当化行为给予了较多关注的专著，但尚缺乏对超法规的正当化行为问题的系统研究，更没有公开出版有关超法规的正当化行为问题研究的学术专著。有感于此，我决心以此为题撰写著作，希望对刑法理论和司法实务有所裨益。

前 言

在我看来,无论是从本体论的层面上,还是从制度论的层面上,对超法规的正当化行为进行系统的、深入细致的研究至为必要。从本体论的角度讲,有利于正确把握我国的犯罪构成体系,避免一味地急于引进国外的犯罪构成理论,有利于贯彻实质的解释论,有利于全面推动对犯罪论体系存在问题的研究。以刑事违法性为例,这一犯罪的法律特征的诸方面内容均在超法规的正当化行为的研究中进行着正面“交锋”:形式违法性与实质违法性的关系应是怎样?能否将主观要素作为违法性的评价基础,违法性能被主观化吗?违法性的根据到底是行为无价值还是结果无价值?通过对超法规的正当化行为的研究,可以更深入地对这些刑法理论中的重大基础性问题进行思考。而且,很多学者认为我国刑法理论中的犯罪构成没有消极判断的层次,包括超法规的正当化行为在内的正当化行为,在我国只能置于犯罪构成之外研究,并进而提出应仿效德日改造我国的犯罪论体系。对此,我们应如何看待?可见,对超法规的正当化行为进行探讨,可以丰富对我国犯罪构成体系的研究。从制度论的角度上看,有利于把握各种超法规的正当化行为的正当化要件,以更好地区分罪与非罪,这一点在诸如“安乐死”的正当性等现实化问题上凸显得非常充分。

本书分七章,第一章是概说,论述超法规的正当化行为的界定、根据、一般要件及其在犯罪论体系中的地位。后面六章分别论述被害人承诺的行为、正当业务行为、自救行为、法令行为、义务冲突下的行为和陷阱侦查行为。

由于学识浅陋,加之仓促付梓,校改不周,书中错漏定然难免,希望读者不吝赐教。

王骏

2007年3月于浙江宁波

目 录

前 言	(1)
第一章 超法规的正当化行为概说	(1)
第一节 正当化行为的界定	(1)
一、正当化行为的称谓之争	(1)
二、正当化行为的本质	(6)
第二节 超法规的正当化行为的理论基础	(11)
一、超法规的正当化行为的存在根据	(11)
二、超法规的正当化行为的正当化根据	(22)
第三节 超法规的正当化行为在犯罪论体系中的定位 ...	(31)
一、外国刑法中超法规的正当化行为的定位	(31)
二、我国刑法中超法规的正当化行为的定位	(33)
第二章 被害人承诺的行为	(39)
第一节 被害人承诺的行为概说	(40)
一、被害人承诺的行为的历史发展	(40)
二、被害人承诺的行为的立法与理论	(41)
第二节 被害人承诺的行为的刑法效力	(45)
一、被害人承诺的不同效果	(45)
二、区分“合意”与“同意”的观点	(48)
第三节 被害人承诺的行为的正当化根据	(54)

超法规的正当化行为研究

第四节 被害人承诺的行为的正当化要件	(57)
第五节 基于推定的承诺的行为	(72)
一、基于推定承诺的行为的界定	(73)
二、基于推定承诺的行为的正当化根据	(77)
三、基于推定承诺的行为的正当化要件	(80)
第三章 正当业务行为	(82)
第一节 正当业务行为概说	(83)
一、“业务”的含义	(83)
二、业务行为的正当化根据	(89)
三、业务行为的正当化要件	(95)
第二节 医疗行为	(97)
一、作为业务行为的医疗行为的范围	(97)
二、医疗行为的正当化根据	(102)
三、医疗行为的正当化要件	(103)
第三节 竞技体育行为	(106)
一、作为业务行为的竞技体育行为的范围	(107)
二、竞技体育行为的正当化根据	(109)
三、竞技体育行为的正当化要件	(111)
第四章 自救行为	(113)
第一节 权利行使与自救行为	(114)
一、民法上的权利行使	(114)
二、权利行使与犯罪	(117)
三、自救行为	(119)
第二节 自救行为的正当性	(122)
一、自救行为的刑事正当性之争	(122)
二、自救行为的正当化根据	(125)

目 录

三、自救行为的正当化要件	(128)
第五章 法令行为	(140)
第一节 法令行为概说	(140)
一、法令行为的类型	(140)
二、法令行为的正当化根据	(143)
第二节 依照法律的行为	(148)
一、职务行为	(148)
二、惩戒行为	(160)
三、扭送行为	(161)
第三节 执行命令的行为	(163)
一、执行命令的行为概说	(163)
二、执行命令行为的正当化要件	(164)
第六章 义务冲突下的行为	(169)
第一节 义务冲突概说	(170)
一、义务冲突的内涵	(170)
二、义务冲突的分类	(173)
第二节 义务冲突的本质与成立条件	(177)
一、义务冲突的本质	(177)
二、义务冲突的成立条件	(178)
第三节 义务冲突下的行为	(181)
一、义务冲突下的行为的正当化根据	(181)
二、义务冲突中“义务”的来源	(187)
三、义务冲突下的行为的正当化要件	(195)
第七章 陷阱侦查	(198)
第一节 陷阱侦查概说	(200)
一、陷阱侦查的特点	(200)

超法规的正当化行为研究

二、陷阱侦查的正当性	(203)
第二节 诱惑侦查	(206)
一、国外关于诱惑侦查的立法与理论	(208)
二、诱惑侦查正当性的判断	(218)
三、被诱惑者与诱惑者的刑事责任	(223)
第三节 卧底侦查	(226)
一、卧底侦查与相关概念的区别	(228)
二、卧底侦查的正当性	(229)
三、卧底人员的涉罪问题	(233)
参考文献	(237)

第一章 超法规的正当化行为概说

第一节 正当化行为的界定

研究超法规的正当化行为，正当化行为自然是起点。正当化行为是不构成犯罪的行为，这是没有疑义的。但是，为何以此名指称正当防卫、紧急避险等行为而不用其他？正当化行为的本质是什么？在我国，正当化行为的范围如何限定？这些问题都需要加以阐明。

一、正当化行为的称谓之争

（一）不同法系称谓的考察

正当化行为在各国刑法中的称谓不一，由此入手可以厘清正当化行为的基本理念。从各国情形来看，主要是三种称谓之别，下面就此展开分析。

1. 违法阻却事由与责任阻却事由的称谓

根据大陆法系犯罪论的通说，犯罪是该当构成要件、违法并有责的行为。行为是否构成犯罪，要经过构成要件该当性、违法性、有责性三个层次的评价。由于构成要件是违法行为的定型，该当构成要件的行为即可推定其具有违法性，此即构成要件的违法性征表

机能或者违法推定机能。^①但是,有的行为虽然该当构成要件,却不具有违法性,正当防卫等即是如此。这种排除了该当构成要件行为的违法性事由,就叫违法阻却事由。在这一犯罪构成理论中,违法阻却事由被纳入犯罪构成体系之内加以考察,因而在理论上也有人把它理解为消极的构成要素。^②尽管对此存在不同理解,但在犯罪构成之内解决违法阻却事由的体系性地位问题是一个确定的事实。在第三层次如果出现无责任能力、违法性意识可能性不存在以及期待可能性的不存在等情形,就会阻却行为人的责任,同样不构成犯罪,所以在大陆法系刑法理论中还有责任阻却事由的称谓。

就违法阻却事由这一称谓来说,在大陆法系中系指该当构成要件,但不具有违法性^③的行为;责任阻却事由则是该当构成要件、具有违法性但是没有责任的事由,这与其递进式的犯罪构成体系是吻合的。但是在我国,符合犯罪构成的行为就成立犯罪。也就是说,在我国刑法理论中,犯罪构成要件是蕴涵大陆法系犯罪论中的违法、责任因素的,构成要件就是具有刑事违法性的要件和应当据以追究刑事责任的要件,构成要件与违法性、有责性与生俱来,在我国,阻却违法与阻却责任没有区别,^④这与大陆法系刑法理论将阻却违法事由与阻却责任事由作为两个范畴、赋予它们不同的功效

① 但是,有学者指出,如果出现构成要件的违法性推定机能不起作用的情况,仅确定不存在违法性阻却事由是不充分的,这就有必要积极地把违法性作为基础。参见[日]福田平、大冢仁,李乔等译:《日本刑法总论讲义》,辽宁人民出版社1986年版,第87页。

② 消极的构成要素的说法是把以违法为基础的事由都理解为构成要件要素,由于违法性阻却事由欠缺违法性这一实现构成要件所必需的要素,所以把它称为消极的构成要件要素。对此加以批评的学者指出,这种说法是不区分构成要件和违法性的,致使丧失在违法性判断之前的构成要件的独立机能。参见[日]福田平、大冢仁,李乔等译:《日本刑法总论讲义》,辽宁人民出版社1986年版,第86页。

③ 对于是否该当构成要件的行为就是具备形式违法性的行为,尚有争论。

④ 正如后文将要指出的那样,这会给处理很多实务问题带来不便。

第一章 超法规的正当化行为概说

是大相径庭的。例如，大陆法系国家刑法中有正当化的紧急避险和阻却责任的紧急避险之分，而在我国，紧急避险只有是否成立的问题，并不存在阻却违法与阻却责任的区别。所以，违法阻却事由与责任阻却事由的称谓用之于我国，并不合适。

2. 合法辩护事由的称谓

在英美法系的刑法理论中，合法辩护研究的基本问题，就是行为具有刑法分则条文规定的犯罪本体要件的外在特征时为什么不负刑事责任的理由。它从反面说明，行为要成为负刑事责任的犯罪，除要符合犯罪本体要件（行为和心态）外，还应不能进行合法辩护，即排除合法正当性，这就具备了责任充足条件。根据英美刑法理论，刑法规范的适用是建立在这样一个普遍推定的基础之上的，即实施了符合法定犯罪的行为的人被推定为是有实际危害的和有责任的。因此，控告一方只需要证明被告人的行为是符合法定犯罪要件的即可。如果被告一方在其行为符合法定犯罪要件的情况下要否定其刑事责任，那就应当说明他的行为没有实际危害或者没有主观责任的，这就是所谓刑法上的合法辩护。^① 在美国，合法辩护分为两类，一类是“可得宽恕”，如未成年、错误、精神病、被迫行为等，相当于大陆刑法的责任阻却；另一类是“正当理由”，如紧急避险、正当防卫、警察圈套（也有人认为此项辩护应列为可得宽恕辩护）等，相当于大陆刑法的违法阻却。^② 因此，英美刑法中

① 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 2005 年版，第 64 页。

② 储槐植教授对此二类的差异，从社会价值、辩护权利的归属、行为性质的认识三方面进行了分析。并指出，上述分类除关系到辩护的证明责任这一诉讼意义外，有时甚至直接涉及刑事责任有无的实体法意义。例如，A 为 B 的伤害行为呐喊助威，事后查明 B 处于正当防卫（B 作正当理由辩护），因而 A 就无罪。又例如，C 为 D 的伤害行为呐喊助威，事后查明 D 是精神病患者（D 作可得宽恕辩护），因而 C 不能免除罪责。参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 2005 年版，第 65～66 页。这与大陆法系划分违法与有责的意义有异曲同工之处。

的合法辩护事由的范围远比大陆法系刑法中的违法阻却事由宽泛，其法律效力也并不必然阻却犯罪的成立，而是仅仅有可能减免责任。

合法辩护事由是英美刑法上的一个概念。其外延十分宽泛，不仅包括了正当防卫、紧急避险等大陆法系刑法所指的违法阻却事由，还包括了大陆法系刑法中的所有责任阻却事由，即使在英美法系的语境下，合法辩护事由也非“正当理由”的同义语，它实为后者之上位概念。所以，用合法辩护指称正当防卫、紧急避险等行为，更是难说妥当。

3. 排除社会危害性的行为的称谓

排除社会危害性的行为的称谓与社会危害性理论存在逻辑上的关联性。在前苏联及我国刑法理论中，社会危害性是犯罪的本质特征，因而正当防卫、紧急避险等作为非犯罪行为，被称为排除社会危害性的行为。我国学者对排除社会危害性这一用语提出质疑：行为既然不具有社会危害性，又从何而排除或免除呢？^① 陈兴良教授则认为，是排除社会危害性的行为还是没有社会危害性的行为，只是一个用语的问题，它都是以社会危害性为理论前提的。^② 马克昌教授在其主编的《犯罪通论》中第一次使用“排除犯罪性的行为”的称谓，以取代排除社会危害性行为这一概念。最近出版的部分教科书纷纷转用“排除犯罪性的行为”或者“排除犯罪的事由”的称谓。由于在前苏联及我国刑法理论中，社会危害性是犯罪的本质特征，而不是犯罪构成的一个要件，因而关于排除社会危害性的行为不是在犯罪构成体系之内论述的。因此，排除社会危害性的行为或者在犯罪概念之后或者在犯罪构成之后进行论述。

排除社会危害性的行为的称谓也不合适。因为无论是在何种法系，正当防卫等行为实质上都是为法秩序的整体精神所允许的不构

① 曾宪信等：《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第125～126页。

② 陈兴良：《正当化事由研究》，载《法商研究》2000年第3期。

第一章 超法规的正当化行为概说

成犯罪的行为。这类行为的这一属性是其在刑法中自始就有的，而非因某种犯罪因素的排除才取得。^① 同样，排除犯罪性行为的称谓也未能揭示这种属性。

（二）“正当化行为”称谓的确立

正是由于上述称谓都存在不足，陈兴良教授倡导了正当化事由说。在他看来，正当化就是非犯罪化，正当化事由之所以在刑法中加以研究，是因为它与犯罪存在形式上的相似性，需要在定罪的过程中予以排除。形式上符合犯罪构成，而实质上不具有社会危害性与违法性，因而不构成犯罪。在此，存在形式与实质的二元逻辑。定罪是一种肯定性判断；行为符合犯罪构成即为犯罪。定罪这一肯定判断依据的是刑法的禁止性规范。但是，刑法也存在个别允许规范，以限制禁止规范的内容，正当化行为就是此类允许规范。^② 从这种意义上说，正当化意味着合法化。当然，这种允许规范不是一般意义上的允许规范，而是作为禁止规范之例外的允许规范。因此，允许规范具有高于禁止规范的效力，形成对禁止规范的否定，使禁止规范失效。^③ 多数德日刑法学者认为区分正当化事由与阻却违法事由并不妥当，如木村龟二认为，行为或者违法或者适法，称为正当化事由的场合是从肯定适法性方面的表现，称为阻却违法事由是从否定违法性方面的表现，不外是同一事物单纯的表现非法的不同。从而，根据单纯表现的不同，不允许得出相异的第三种意义

① 田宏杰：《刑法中的正当化行为》，中国检察出版社2004年版，第19页。

② 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第421~422页。陈教授的这一思路可能来源于德国构成要件该当行为合法化的思想。在耶赛克等学者看来，法秩序并非仅仅由禁止规范构成，而且能够在一定条件下允许抵消该类禁止规范。该类允许是以与不法构成要件相对的合法构成要件的允许规范形式出现的。当存在合法化事由时，不法构成要件中所包含的禁止规范作为法义务不适用于具体的案件。参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特，徐久生译：《德国刑法教科书》（总论），中国法制出版社2001年版，第387页。

③ 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第422页。

的结论。^① 这样，正当化事由一般是作为阻却违法事由的同义语在大陆法系刑法理论中使用的。

正当化事由的称谓较前述各种更为准确。但是，正当化事由的外延如何确定？是仅指正当防卫、紧急避险等类行为，还是也包括意外事件、不可抗力等其他事由在内？显然，就正当化事由这一称谓来说，两类应当一并包括在内。所以，正当化事由的称谓尚无法准确反映正当防卫、紧急避险等类行为阻却犯罪，是与意外事件、不可抗力等不构成犯罪在实质原因上的根本区别，^② 从而难以发挥称谓应有的甄别作用。这样的称谓显然难说其科学。这样分析看来，以“正当化行为”的称谓指称正当防卫、紧急避险等类行为，就充分起到了称谓的甄别作用。

由是观之，“正当化行为”的称谓的变迁不仅仅是一个概念用语的问题，实际上是中外刑法理论尤其是犯罪构成理论不断发展变化的一个缩影。从各个历史时期以及各个法系国家的语境来讲，上述称谓都有相当的合理性。但是，就我国刑法理论来看，用“刑法中的正当化行为”来指称正当防卫、紧急避险等行为，更为妥当。

二、正当化行为的本质

在称谓取舍的过程中，始终存在的一个难题就是：“正当化行为”与“正当化事由”到底如何区别？仅从词义上讲，显然“事由”包括“行为”，但为何舍“事由”取“行为”？是要限制称谓的指称范围吗？正是如此！换句话说，必须将意外事件、不可抗力等其他事由排除出去，以维护“正当化行为”固有的类型性。但

^① 马克昌：《比较刑法原理：外国刑法学总论》，武汉大学出版社2002年版，第324～325页。

^② 至于根本区别何在，则是下文“正当化行为的本质”所要揭示的。

第一章 超法规的正当化行为概说

是,这种“类型性”到底是什么?可能有读者马上就会指出,上面的说法纯粹只是文字游戏,实际上“事由”与“行为”没有绝对的界限。意外事件、不可抗力本身难言是行为,只能称为“事由”,但是意外事件、不可抗力作用下的是行为,这些所谓的“事由”不都可以还原成“行为”了吗?不仅如此,基于认识错误、缺乏期待可能性乃至无责任能力都可以这样解释吗?即“认识错误下的行为”、“无期待可能性的行为”、“无责任能力的行为”!所谓的甄别作用何在?这种责难与我国犯罪构成体系有相当大的关系。在我国,犯罪构成四要件是交织在一起的,任何一个要件都难以脱离其他要件独立存在,这样很容易出现将此要件内容说成彼要件内容的思维方式。在大陆法系与英美法系立体推进的犯罪论体系中,这种“症状”便难以出现。既然“症状”已出,那就得好好医治。医治的药方很简单,就是正当化行为本质之阐明。

细心的读者可能已经发现,其实上述责难可以还原成这么一个问题:到底正当化行为应否包括大陆法系中的责任阻却事由或英美法系中的“可得宽恕”?换句话说,正当化行为是否仅限于大陆法系的违法阻却事由或英美法系的“正当理由”?在我国,有学者已经对此展开了研究。一种观点认为,“在外延上,刑法中的正当化行为既包括正当防卫、紧急避险等法定的违法阻却事由,又包括义务冲突等超法规的违法阻却事由,还包括阻却责任的紧急避险等部分责任阻却事由;而责任阻却事由虽然包括无责任能力或者限定责任能力、违法性意识可能性的不存在、期待可能性的不存在三种情形,但只有第三种情形,即因期待不可能而成立的责任阻却事由,才属于刑法中的正当化行为”。^①另一种观点则认为,阻却责任的紧急避险与阻却违法的紧急避险在性质上具有同一性,即都是基于紧急状态下行为特殊性的一种法律评价,这种评价结果是只有阻却

① 田宏杰:《刑法中的正当化行为》,中国检察出版社2004年版,第45~46页。