

刑法中的正当化行为

田宏杰 著

精
品
文
库

《刑法精品文库》是一套涉及古今中外刑法理论的学术丛书，由法学界著名专家组成编委会，组织国内法学院校从事刑法理论研究的知名资深教授和中青年后起之秀撰稿，中国检察出版社出版发行。受编委会委托，我将出版这套丛书的情况作些说明。自1980年《中华人民共和国刑法》实施以来，特别是1997年刑法修订以来，我国刑法学界气氛活跃，硕果累累，发表了许多学术论文，出版了众多教材，案例分析和有关参考书，还有不少专著问世。然而，由刑法学专著组成的学术丛书并不多见。法学界的专家学者认为，当前我国刑法学的理论研究，已进入全面发展的阶段。今后刑法学界应就刑法理论和实践问题，作更深层次的探讨，出版更多高质量的学术著作。基于此种共识，亦为推动我国刑法学的发展，我们组织编写了这套学术丛书。经过编委会的几番磋商，最后确定这套丛书在选题方面，以研究现代刑法理论为主，兼顾对古代和近代刑法理论的历史考察；总结我国刑法学理论制度为主，兼顾介绍国外对我国有参考借鉴意义的学术观点和著作；以刑法基本理论为主，兼顾刑事司法实践；以刑法总论的课题为主，兼顾刑法各论的问题。力求通过整套丛书反映刑法理论的最新成果，填补刑法学领域的某些空白，为国家的刑事立法和司法实践提供借鉴，为刑法学的教学和科研提供参考资料，为构筑和完善我国刑法科学的理论体系添砖加瓦。这套丛书，不仅选题所涉领域广泛，而且以资料广博、思想深邃、富有创见为特色。另外，贯彻百花齐放、百家争鸣的方针，鼓励不同学术观点、不同学术流派、不同学术体系，又各有其特色。并且，各书作者均为中青年学者，朝气蓬勃。在我看来，既是难免的，也是有益的。因为真理越辩越明，学术越争越发展。《刑法精品文库》的出版，离不开广大法学界同仁的积极参与，做了大量细致有效的工作。中国检察出版社的领导和编辑，审定重任，使丛书的质量得到了保证。中国检察出版社的领导，勇于开拓的精神勤勉工作，使这套丛书注入了新鲜血液，使其焕发出勃勃生机。

中国检察出版社

刑法中的正当化行为

田宏杰 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法中的正当化行为 / 田宏杰著. — 北京: 中国检察出版社, 2004. 1

(刑法精品文库)

ISBN 7 - 80185 - 100 - 5

I. 刑... II. 田... III. ①刑法 - 研究 - 中国②人身权 - 保护 - 研究 - 中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 121806 号

刑法中的正当化行为

田宏杰 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 18.5 印张

字 数: 459 千字

版 次: 2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 100 - 5 / D · 1089

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《刑法精品文库》编委会

主 任 梁国庆

委 员 (以姓氏笔划为序)

马克昌 王作富 宁汉林

苏惠渔 何秉松 高铭暄

梁国庆 储槐植

谨以此书献给那些为实现刑法对人性自由的尊重和对人性弱点的宽容的终极人文关怀而孜孜以求的高尚心灵。



总 序

《刑法精品文库》是一套涉及古今中外刑法理论的学术丛书，由法学界著名专家组成编委会，组织国内法学院校从事刑法理论与教学的资深教授和中青年后起之秀撰稿，中国检察出版社出版发行。受编委会委托，我将出版这套丛书的有关情况作些说明。

自1980年《中华人民共和国刑法》实施以来，特别是1997年刑法修订以来，我国刑法学界气氛活跃，硕果累累，发表了许多学术论文，出版了众多教材、案例分析和有关参考书，还有不少专著问世。然而，由刑法学专著组成的学术丛书并不多见。法学界的专家学者认为，当前我国刑法学的理论研究，已进入全面发展的阶段。今后刑法学界应该就刑法理论和实践问题，作更深层次的探讨，出更多高品位的学术著作。基于此种共识，亦为推动我国刑法学的发展，我们组织撰写了这套学术丛书。

经过编委会的几番磋商，最后确定这套丛书在选题方面，以研究现代刑法理论为主，兼顾对古代和近代刑法理论的历史考察；总结我国刑法学理论制度为主，兼顾介绍国外对我国有参考借鉴意义的学术观点和著作；以刑法基本理论为主，兼顾刑事司法实践；以刑法总论的课题为主，兼顾刑法各论的问题。力求通过整套丛书反映刑法理论的最新成果，填补刑法学领域的某些空白，为国家的刑事立法和司法实践提供借鉴，为刑法学的教学和科研提供参考资料，为构筑和完善我国刑法科学的理论体系添砖加瓦。



这套丛书，不仅选题所涉领域广泛，而且以资料广博、思想深邃、富有创见为特色。另外，为贯彻百花齐放、百家争鸣的方针，丛书未设统一的总主编，每一本书均自成体系，又各有其特色。并且，各书之间可能在某些学术观点上有所对立。这在我看来，既是难免的，也是允许的，甚至在某种程度上也是有益的。因为真理越辩越明，学说之争势必带来学术的繁荣，推动学术的发展。

《刑法精品文库》的出版问世，得益于一些著名刑法学专家、教授的积极参与，做了大量细致有效的组织工作，而且承担了一些专著的撰稿、主编或审定重任，使丛书的质量得到了保证。一批中青年学者，以锐意进取、勇于开拓的精神勤勉工作，为丛书注入了新鲜血液，使之焕发出勃勃生机。中国检察出版社注重社会效益，积极支持学术著作出版，为丛书提供了经济保障。所有这些都是在应该在这里深表谢意的。

《刑法精品文库》虽含“精品”二字，也难能皆为精品；即使是称得上精品的著作，也难免会有某些疏漏。不当之处，敬请读者批评指正。但是，多出高品位、高质量的刑法学著作，是我们的愿望和宗旨。若本丛书的出版，能够成为引玉之砖，并在不久的将来，使我国的刑法学研究进入精品迭出的时代，为建设社会主义法治国家有所作为，那么，为之欣慰者就远远不止是这些献身于刑法学事业的人们了。

梁国庆

2003年4月



内 容 提 要

《刑法中的正当化行为》以正当化行为的价值分析为逻辑起点，综合运用哲学、伦理学、法学、社会学、历史学等多学科领域的理论成果和研究方法，在借鉴历史、关照现实，立足比较、致力沟通，注重理性思辨、强调服务实践的思想指导下，对正当化行为这一现代刑法至为重要、同时也是世界各国刑法理论和司法实务聚讼纷纭、广泛关注的重要事由的界定、正当性根据及其在犯罪构成体系中的地位，以及正当防卫、紧急避险、被害人承诺和推定承诺、安乐死、自救行为、义务冲突等具体的正当化行为中的一系列重大疑难问题，在大陆法系、英美法系、中国大陆当今世界三大法系的宏阔视野中，分别从宏观和微观两个层面上进行了系统而深入的研究，以充分张扬对人性自由的尊重和对人性弱点的宽容的现代刑法至上价值理念，培育公民对刑法制度的忠诚，推动中国刑法现代化的实现。



Abstract

Study has been conducted in the book on the definition and nature of justified act, a concept that is of great significance to modern criminal law and a focus of disputes in criminal theory research and criminal practices, its status in the system of crime elements, as well as many major questions involving its specific sub-categories such as justifiable defense, act of rescue, victim's commitment and euthanasia. While taking advantage of the fruits of theoretical researches and the various research methods, this author attaches much importance to drawing upon historic experience, taking into account the existing situation, conducting comparison, propelling communications, focusing on dialectical research of theory and serving practices. The in-depth, systematic research is conducted to fully display the modern conception of respect to human liberty and leniency of human weaknesses from the micro and macro perspectives in the broad background of the Continental Law System, Anglo-American Law System and the legal system of the Mainland, China. This thesis is aimed to foster the love of and loyalty for criminal law among citizens and add moment to the modernization of China's criminal law.



目 录



目 录

总 序	
内容提要	
英文目录	

上 编 本 体 原 论

第一章 刑法中的正当化行为的界定	/ 3
------------------	-----

一、称谓确立：语境、前见与逻辑	/ 4
-----------------	-----

(一) 引言 正当化行为：一个歧义丛生的称谓	/ 4
------------------------	-----



(二) 关于称谓的语境渊源	/ 12
(三) 关于称谓的语义逻辑	/ 18
(四) 关于称谓的甄别机能	/ 23
(五) 关于称谓的适用场景	/ 23
二、概念解读：规范与价值之间	/ 25
(一) 导论：中外定义考察	/ 26
(二) 规范考察还是价值评判：刑法中的正当化行为的界定标准	/ 35
(三) 阻却犯罪还是阻却责任：刑法中的正当化行为的法律属性	/ 36
(四) 主观正当还是形式罪过：刑法中的正当化行为的规范要素	/ 51
(五) 社会相当还是法律宽容：刑法中的正当化行为的价值意蕴	/ 61
(六) 结语：刑法中的正当化行为概念之提倡	/ 66
三、类型划分：致力于正当化行为体系的建立	/ 66
(一) 各国的实践和理论上的见解	/ 66
(二) 本书的立场	/ 84
 第二章 刑法中的正当化行为的根据	 / 93
一、理论回放：一元论和多元论的对立	/ 94
(一) 一元论的形成	/ 94
(二) 多元论的展开	/ 100
二、争议梳理：正当化行为根据的统一	/ 105
(一) 争论焦点及其实质：正当化行为根据的统一基础	/ 105
(二) 观点分析及其评述：正当化行为根据的	



统一原理	/ 106
(三) 结论：法益衡量论的倡导	/ 120
第三章 刑法中的正当化行为的地位	/ 121
一、外国刑法中的正当化行为的地位	/ 122
(一) 大陆法系犯罪构成体系中的正当化行为	/ 122
(二) 英美法系犯罪构成体系中的正当化行为	/ 131
二、中国刑法中的正当化行为的地位	/ 139
(一) 现行理论考察：中国犯罪构成体系的 存改之争	/ 139
(二) 未来走向辨思：中国犯罪构成体系的 重新架构	/ 155

下 编 制 度 分 论

第四章 正当防卫	/ 181
一、制度溯源：正当防卫的发轫及其演进	/ 182
(一) 中国刑法中的正当防卫制度	/ 184
(二) 外国刑法中的正当防卫制度	/ 189
(三) 小结	/ 199
二、本质探析：权利行为还是免责行为	/ 200
(一) 防卫权：正当防卫的实质	/ 200
(二) 价值追寻	/ 206
(三) 属性考察	/ 208
(四) 权利分类	/ 210



三、一般防卫：成立条件之比较	/ 212
(一) 前提条件：紧迫之不法侵害	/ 217
(二) 时间条件：不法侵害正在发生	/ 227
(三) 对象条件：不法侵害者本人	/ 233
(四) 主观条件：防卫意图的存在	/ 236
(五) 限度条件：没有明显超过必要限度造成 重大损害	/ 239
四、特别防卫：一种理性的审视	/ 250
(一) 立法背景	/ 250
(二) 法律特征	/ 254
(三) 司法适用	/ 256
(四) 价值反思	/ 262
第五章 紧急避险	/ 269
一、紧急避险的历史回顾	/ 270
(一) 大陆法系刑法中的紧急避险	/ 270
(二) 英美法系刑法中的紧急避险	/ 276
(三) 前苏联及独联体刑法中的紧急避险	/ 279
(四) 中国刑法中的紧急避险	/ 281
二、紧急避险的界定	/ 286
(一) 内涵梳理	/ 286
(二) 界限辨析	/ 290
(三) 类型划分	/ 301
三、紧急避险的刑事意蕴探寻	/ 305
(一) 法律性质的中外学说	/ 305
(二) 正当性根据追问	/ 322
四、紧急避险的成立条件	/ 328



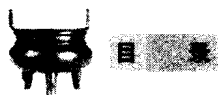
- (一) 中外刑法上的紧急避险条件 / 328
- (二) 简要比较：以我国内地和澳门特别行政区刑法典的规定为对象 / 333

第六章 被害人承诺 / 339

- 一、被害人承诺的历史缘起和现实发展 / 341
 - (一) 大陆法系刑法中的被害人承诺 / 341
 - (二) 英美法系刑法中的被害人承诺 / 345
 - (三) 中国大陆刑法中的被害人承诺 / 350
- 二、被害人承诺的刑法意义 / 352
 - (一) 正当化行为还是阻却构成要件行为：
被害人承诺的刑法效力 / 353
 - (二) 利益放弃还是法益衡量：被害人承诺的
正当性根据 / 365
- 三、基于被害人承诺的行为：成立条件 / 373
 - (一) 基于被害人承诺行为的前提正当要件：
承诺的正当性 / 374
 - (二) 基于被害人承诺行为的主观正当要件：
承诺认识的必要性 / 391
 - (三) 基于被害人承诺行为的客观正当要件：
行为方式的社会相当性 / 395
- 四、基于推定承诺的行为：类型、根据及其条件 / 397
 - (一) 基于推定承诺行为的界定 / 397
 - (二) 基于推定承诺行为的正当性根据 / 402
 - (三) 基于推定承诺行为的成立条件 / 408



第七章 安乐死	/ 414
一、历史回眸：安乐死的肇始及其演进	/ 415
(一) 引言 两则事例引发的思考	/ 416
(二) 古代溯源	/ 418
(三) 现实考察	/ 420
二、概念辨析：安乐死问题的切入	/ 442
(一) 词源追溯	/ 442
(二) 内涵厘定	/ 444
(三) 界限区分	/ 450
(四) 实质探寻	/ 458
(五) 种类划分	/ 460
三、正当性拷问：安乐死问题的灵魂	/ 470
(一) 聚讼观点	/ 470
(二) 争论透析	/ 478
(三) 反思性结论	/ 491
四、合法化条件：安乐死问题的展开	/ 498
(一) 外国的启示：理论与实践的发展	/ 498
(二) 中国的选择：实体正当与程序正当的同构	/ 502
五、两难抉择：安乐死在当代中国的命运	/ 514
(一) 现实困境	/ 515
(二) 法律出路	/ 521
(三) 远未终结的结语	/ 525
第八章 刑法中的其他正当化行为	/ 526
一、自救行为	/ 526



二、义务冲突	/ 530
三、法令行为	/ 534
(一) 法令行为的中外历史变迁	/ 534
(二) 法令行为的类型	/ 540
四、正当业务行为	/ 543
(一) 正当业务行为的刑法性质	/ 543
(二) 正当业务行为的类型	/ 545
五、自损行为	/ 548
附录：主要参考书目	/ 550



Contents

Part One On Noumenon

Chapter I: Definition of Justified Act in Criminal Law	/ 3
1. Terms; Context, Previous Views and Logics	/ 4
A. Introduction	
Justified Act: A Disputed Term	/ 4
B. The Origin of the Terms' Context	/ 12
C. The Semantic Logic of the Terms	/ 18
D. The Distinguishing Function of the Terms	/ 23
E. The Application Scope of the Terms	/ 23
2. Comprehension of the Terms; Norm and Value	/ 25
A. Introduction-Chinese and Foreign Definitions	/ 26
B. Norms Review or Value Appraisal: Standard for Defining Justified Act in Criminal Law	/ 35
C. Preventing Crimes or Preventing Responsibility: the Legal Properties of Justified Act in Criminal Law	/ 36
D. Being Subjectively Justified or Formal Guilty Mind: the Norm Elements of Justified Act in Criminal Law	/ 51
E. Social Correspondence or Legal Leniency: the Value Connotation of Justified Act in Criminal Law	/ 61