



刑法中社会相当性理论研究

陈璇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法中社会相当性理论研究

陈璇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法中社会相当性理论研究 / 陈璇著. —北京:
法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0979 - 7

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—社会法学—研究
IV. ①D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 135129 号

刑法中社会相当性理论研究

陈 璇 著

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 10.625 字数 257 千

版本 2010 年 9 月第 1 版

印次 2010 年 9 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 北京北苑印刷有限责任公司

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 - 0979 - 7

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

马克昌*

社会相当性理论是大陆法系刑法中的一个重要的概念,对于德、日不法的判断、犯罪论体系的建构乃至刑法研究路径的开拓均产生了较为深远的影响。1939年德国著名刑法学家韦尔策尔(Welzel)率先提出:所有处于社会共同体生活的历史形成的道德秩序之内的行为,都是具有社会相当性的行为。此后,经沙夫施泰因(Schaffstein)、齐普夫(Zipf)、罗克辛(Roxin)、哈塞默(Hassemer)和埃泽尔(Eser)等大批学者的进一步发展,社会相当性目前成为限制不法构成要件成立的一个重要解释原理。在日本,社会相当性理论也受到了学者们的高度重视。例如,团藤重光、大塚仁和大谷实等学者在他们的教科书中均将社会相当性作为违法阻却事由的一般原理;藤木英雄将社会相当性视为构成要件的解释原理;福田平则认为社会相当性既是构成要件同时也是违法阻却事由的解释原理。除此之外,社会相当性理论还涉及刑法学中各种十分重要的基础性问题:行为无价值在不法中的地位究竟如何?构成要件和违法性这两大阶层的

* 武汉大学资深教授、博士生导师。

实质性区分标准究竟何在？怎样在实质违法性的判断中引入社会学的视角？如何处理刑法的专业性解释与一般公民的法感情之间的关系？正因为社会相当性理论具有如此重要的研究价值，所以中国刑法学者对此给予了高度关注。但是长期以来受到语言和资料等因素的限制，在我国刑法学界一直缺少一部以丰富的德语文献为基础、系统深入地对社会相当性理论进行全方位研究的专著。陈璇的博士学位论文《刑法中社会相当性理论研究》一书可以说是填补了我国刑法学在这方面的空白。

陈璇是我指导的2006级博士研究生。在读期间，他刻苦阅读专业书籍，勤于思考，基础扎实，因此他无论是在科研成果、外语水平还是在课程考核等方面在博士生中都比较突出。进入博士学习以后，陈璇对发源于德国刑法学的社会相当性这一重要理论产生了浓厚的兴趣，并对之进行了持续的思考。从2008年9月至2009年9月，他在德国著名的马克斯普朗克外国刑法与国际刑法研究所接受我和汉斯—约尔格·阿尔布雷希特（Hans-Jörg Albrecht）教授的联合培养。期间，他广集资料，整理文献，焚膏继晷，深入思考，在此基础上写成了博士学位论文。论文进入答辩程序后，无论是校外匿名评审的专家，还是论文答辩委员会的成员，均对陈璇的博士学位论文给予了优秀的评价。作者在论文答辩结束和取得博士学位后，又利用重返马普刑法研究所从事博士后研究的机会，结合评审和答辩专家提出的意见，对博士学位论文进行了认真的修改和充实。

我认为，作为我国目前为止首部系统研究社会相当性问题的著作，《刑法中社会相当性理论研究》一书有如下特点：第一，文献丰富，资料翔实。作者凭借自己较为扎实的德语功底，以大量的德文一手资料为基础，对德国刑法中的社会相当性理论进行了全面梳理和系统评述。例如，本书通过对韦尔策尔最初的社会相当性理论，以及该理论在此后发展中的三个焦点性问题和产生的三方面影响进行了详尽细致的阐

发,还原了社会相当性理论在德国刑法学中的全貌,清晰地勾勒出社会相当性理论发展演变的脉络。第二,洋为中用,联系实际。作者并未停留在对国外理论的单纯介绍上,而是怀着一名中国刑法研究者应有的社会责任感,较为深入地探讨了社会相当性理论如何与我国犯罪论体系及司法实践相结合的问题。其中,对于现代社会条件下诽谤罪的解释、少数民族地区强奸罪的解释以及正当防卫的解释等,都以我国近年来发生的大量实际案例为研究素材对社会相当性的司法适用进行了大胆尝试。第三,见解新颖,论证充分。作者在论文中,提出了许多颇为新颖和独到的见解,具有相当的开拓性。例如:作者主张以社会相当性理论为途径促进规范刑法学与法社会学的融合,应当对社会相当性进行内涵和外延上的限制,必须将社会相当性与可罚的违法性、社会危害性以及因果关系的相当性等概念区分开来,社会相当性应当采取经验事实与规范价值两阶层的判断标准等,都是实例。同时,作者又能在观点论证上条分缕析、充分说理,做到以理服人。第四,逻辑严谨,文笔流畅。全书的布局谋篇和具体论证思路清晰、层层推进。此外,尽管本书是以大量德文文献为基础来研探艰深的刑法基础理论的著作,但行文和表达清新晓畅、深入浅出,实属难得。

综上所述,笔者认为,陈璇的《刑法中社会相当性理论研究》填补了我国刑法学对社会相当性理论研究的空白。尽管其中的某些具体观点尚有待完善,但它的确是一部关于刑法基础理论研究的不可多得优秀著作。笔者为这名有志于从事刑法学研究的青年学者能够写出这样有分量的力作而感到由衷的高兴,并希望他能在学术探索之路上取得更大的成绩。在本书行将出版之际,特缀数语,是为序。

马克昌

2010年4月25日于武汉大学

序 二

陈兴良*

陈璇博士从德国马普研究所给我寄来他的博士学位论文《刑法中社会相当性理论研究》，向我求序。我与陈璇博士素不相识，从自我介绍中，我获知陈璇系我国著名刑法学家马克昌教授的博士生，在读博期间曾经于2008年9月至2009年9月获国家留学基金的资助到德国马普研究所访学一年，完成了其博士学位论文的资料收集与写作工作，并于2009年11月27日在武汉大学法学院答辩通过了博士学位论文。目前，陈璇博士正在德国马普研究所从事博士后研究。在了解了陈璇博士的求学经历以后，拜读其博士学位论文，深感陈璇博士的博士学位论文对于我国学者深刻地理解德国刑法学中的社会相当性理论具有重要的意义，因此乐而为之作序。

社会相当性理论是德国著名刑法学家韦尔策尔于20世纪30年代(1939年)提出的，其初衷是为了纠正法益侵害说之不足。因为根据法益侵害说，只要存

* 北京大学法学院教授，博士生导师。

在法益侵害就存在不法。然而,在现实生活中并非如此。在某些情况下,虽然存在法益侵害,但法益侵害的结果是由处于共同体生活的历史形成之社会道德秩序之内的行为所造成,因而同样可以排除行为之不法性。由此,社会相当性理论将不法评价从结果无价值转向行为无价值,不法理论从法益侵害说转向规范违反说。当然,后者只是对前者的补充,而非对其颠覆。尽管如此,社会相当性理论的提出还是打破了结果无价值和法益侵害说的一统天下,为刑法教义学的发展带来了某种活力。从社会相当性理论可以引申出不法的相对性观念、法益衡量的观念以及人的不法观等原理,其对于不法理论的贡献甚巨。尽管社会相当性理论因其相当性标准的暧昧性而饱受诟病,但其对于刑法理论的贡献是不可抹煞的。

我是在刑法研究之初,遇到社会相当性这个概念的。之所以称为概念而不称其为理论,是因为社会相当性对于我来说,当时确实只是一个概念。确切地说,是一个词条而已。为写本序,我特意查找了相关资料,结果发现我国第一部刑法词典中的社会相当性这个词条居然还是我撰笔的。因为每个词条后面都有署名,要不然根本记不起来。这本词典就是《中国刑法词典》(学林出版社1989年版),而此时距离韦尔策尔提出社会相当性理论已经过去了整整50年。现将我所撰写的社会相当性词条的内容收录如下:

社会的相当性^①

外国刑法理论关于违法阻却的一种学说。指在社会生活中,历史所形成的社会伦理秩序所允许的行为。例如医生的外科手术行为、拳击、摔跤等竞技行为。就是具有社会相当性的行为的适例。社会相当性理论从动态的观点出发,将违法与社会生活的关系加以考察。根据

① 《中国刑法词典》编委会:《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第233~234页。

社会相当性理论,违法的标准不是单纯地看法益是否受到侵害,如果凡侵害了社会生活的一切法益都作为违法而加以禁止,那么,社会生活就停滞不前了。为了使社会发挥生气勃勃的机能,对于那些从静止、绝对的观点来看似乎是侵害法益,但从动态、相对的观点来看则是社会的相对行为,并不认为违法。只有那些超越了社会相当性的行为,才能视为违法。因此,社会相当性理论是对法益侵害说的否定。社会相当性理论为判断违法阻却提供了一般标准,并可以被用来解释构成要件该当性。因为构成要件是违法行为的类型,从而对社会也是不相当的行为。因此,凡是具有社会相当性的行为,就是构成要件的该当性阻却的行为。例如,利用职务上的便利收受非法利益的行为,是受贿罪的构成要件。但如果税务人员在调查对方时抽了几支招待的烟,就不构成受贿罪。其理由在于,根据社会相当性理论,这种行为没有超出社交习惯和礼仪的范围,与作为受贿罪的侵害客体的职务行为的不可收买性并无关系。一般认为,社会相当性理论根据社会生活的发展,从社会伦理秩序对违法性作出解释,比较符合社会生活的实际。但是,社会相当性理论因其内容过于空泛,标准失之抽象,令人难以掌握,使构成要件失去了明确性,并且减弱了其保障机能。因此,有些刑法学家认为,社会相当性理论不妥当;有的甚至持完全否定的见解,认为社会相当性如果视为构成要件该当性的阻却事由,则因构成要件的范围本身就不明确,所以阻碍了它的保障机能。如果把社会相当性视为违法阻却的原理,则因其内容与实质性违法理论的内容相同,因而没有立论的必要。(陈兴良)。

在以上论述中,说社会相当性理论是对法益侵害说的否定,显然是不准确的,但该词条还是大体上介绍了社会相当性理论的内容。我不太清楚撰写这个词条的资料是从哪里来的,后来发现我的这个词条的内容与日本学者木村龟二主编,顾肖荣、郑树周译校的《刑法学词典》

(上海翻译出版公司 1991 年版)一书是差不多的,但该书出版时间比《中国刑法词典》要晚一些。后来才想起来,《中国刑法词典》一书虽然署名是《中国刑法词典》编委会,但实际上是顾肖荣教授张罗的,当时顾肖荣教授正在翻译日本学者木村龟二主编的《刑法学词典》一书,就把尚未出版的译稿拿来供我们参考。这样,虽然《刑法学词典》一书出版在后,但出版在前的《中国刑法词典》一书实际上是参考了《刑法学词典》一书的。这段学术史如果不去回忆,以后则真就会变得阴差阳错。从社会相当性这个词条可以看出,当时我国刑法理论是在一片废墟上,在几乎是一无所有的基础上逐渐地发展起来的,这充分反映了我们这一代刑法学人筚路蓝缕的开拓。

我接触社会相当性这个概念之初,给我留下的是似曾相识的印象。看到社会相当性这个概念,让人想起社会危害性这个我国通行的刑法概念。其实,我国刑法学中的社会危害性与德国刑法学中的社会相当性,虽然词义相近,但各自的功能却是完全不同的。对此,陈璇博士在博士学位论文中略有涉及:社会危害性是犯罪的本质特征,也是四要件的犯罪构成的根本属性。而社会相当性只是不法的理论,它本身与责任无关。我认为,两者的根本区别还是在于:社会危害性是一种入罪理论,它为犯罪的认定提供了实质性根据。而社会相当性是一种出罪理论,它的功能永远在于限制刑罚权而不是扩张刑罚权。因此,尽管社会相当性的标准具有一定的含糊性,但作为出罪的实质性根据,社会相当性理论具有重要价值。

当然,对于社会相当性的体系性地位问题,从韦尔策尔本人的学术观点的演变来看,就是前后变动似无定见。正如陈璇博士在博士学位论文中所描述的那样,韦尔策尔对于社会相当性的体系性地位也一度在构成要件和违法性这两个阶层之间摇摆不定。最初,韦尔策尔是把构成要件看作可罚不法的类型化,因而将社会相当性定位为排除构成

要件该当性的事由。后来, 韦尔策尔转而认为构成要件只是对禁止之行为的具体描述, 它并不包含容许性规范的内容。构成要件只是规范违反性的成立, 并不必然表明行为的违法性的存在。容许性规范是在违法性阶层被排除的, 而社会相当性是排除容许性规范的违法阻却事由的实质根据。及至晚年, 韦尔策尔又认为社会相当性具有跨构成要件和违法性这两大阶层的双重功能。在构成要件该当性中, 利用社会相当性排除那些造成任何法益侵害的行为。在违法性中, 通过社会相当性为违法阻却提供根据, 排除那些具有法益侵害但被伦理秩序所容许的行为。韦尔策尔在社会相当性的体系性地位问题上的前后反复, 表明社会相当性理论本身的复杂性。

陈璇博士在其博士学位论文中论及从形式构成要件论到实质构成要件论, 期间, 社会相当性理论起到了重要作用。当然, 在这里还可以进一步探讨的是, 构成要件的实质化, 其实质化到底如何理解? 我认为, 是否可以把构成要件的实质化区分为事实的实质化与价值的实质化。事实的实质化是一个事物自身属性的问题, 换言之, 属于存在论的范畴。而价值的实质化是一个对事物的评价问题, 属于价值论的范畴。这两者实质化是有所不同的: 事实的实质化应当在构成要件阶层考察, 而价值的实质化应当在违法性阶层判断。例如, 把一种引起他人死亡的行为归结为杀人行为, 这只是形式上该当与杀人罪的构成要件。该引起他人死亡的行为本身是否具有致人死亡的客观危险性, 这就是一种实质判断。只有符合这一实质特征的杀人行为, 才具有杀人罪的构成要件的该当性。而在违法性阶层, 需要判断的是这一杀人行为本身是否为法所允许。如果为法所允许, 那就排除其违法性。如果不被法所允许, 那就具备了实质违法性, 这是一种价值的实质化。现在需要明确的是, 社会相当性到底是解决事实的实质化还是解决价值的实质化? 我认为, 社会相当性解决的是价值的实质化问题, 因而是违法阻却的一

般根据。至于构成要件的事实的实质化,目前主要由客观归责理论承担。对此,罗克辛教授指出:

虽然社会恰当性(指社会相当性。——引者注)的理论追求的是正确的目标,而不是从行为构成(指构成要件。——引者注)中消除符合举止行为方式的特别的不法类型,但是,它也没有为排除具有特殊“特征”的行为构成表现什么,并且能够作为解释的原则,由更准确的标准予以代替。今天,已经不再能够要求这种——在趋势上正确的——理论提供一种特别的信条性意义了。^①

当然,我以为罗克辛教授主要是在构成要件论的意义上对社会相当性作出如是评价的。不可否认,在不法理论中,社会相当性理论仍然具有生命力。而且,对于社会相当性的功能,各人可能会有不同的见解。例如,陈璇博士在其博士学位论文中认为客观归责理论并不能取代社会相当性理论的功能。社会相当性理论在其提出半个多世纪以后,围绕这一理论仍然存在如此之多的争议,足见该理论之学术魅力。

随着我国刑法知识的去苏俄化,德日刑法知识以一种强势的学术姿态进入我国刑法学界,这是一种历史趋势。我们当然应当保持学术的自主与自信,但也要对德日刑法知识的引入持一种开放与开明的学术态度。当然,我国刑法学研究对于德日刑法知识的需求与德日刑法学研究的前沿性学术问题可能并不是重合的。在这种情况下,我们固然应当了解德日刑法学研究的前沿性问题,但更要关注那些对于我国目前刑法理论所亟须的知识内容。我认为,社会相当性理论就是这样一个对我国刑法理论研究具有启示的问题。

陈璇博士在其博士学位论文中,对德国刑法学中的社会相当性理论作了全面而细致的介绍,其煌煌数十万言的大作与我在 20 多年前撰

^① [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第195页。

写的数百字的词条不可同日而语。由最早将社会相当性理论介绍到国内的我,来为一篇具有相当的理论深度与开阔的学术视野的关于社会相当性的博士论文写序,恍惚之间,真觉得冥冥之中存在某种缘分。我期待着,我国学者能够借助于社会相当性的理论资源,对我国的刑法学理论进行深化。例如,社会相当性与社会危害性就是一个可以在相当大的理论范围内展开的重大课题。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2010年5月18日

目 录

序一 马克昌 001

序二 陈兴良 001

引言 001

第一章 德国刑法学中的社会相当性理论 005

第一节 社会相当性理论的萌芽与初创 005

一、萌芽：针对传统法益侵害理论的反思 005

二、创立：韦尔策尔最初的社会相当性理论 007

第二节 社会相当性理论发展中的三大问题 014

一、社会相当性理论的去留存废 014

二、社会相当性的体系地位归属 022

三、社会相当性的具体判断标准 034

第三节 社会相当性在立法和判例中的表现 042

一、正当科研艺术教育活动 042

二、照顾管教者的特殊权利 042

三、家庭内部的侮辱性言论 043

四、体育竞技中的身体伤害 044

五、选举中正常的接受资助 045

第四节 社会相当性理论产生的三方面影响 046

一、促进了法社会学与规范刑法学的融合 046

二、从纯粹结果无价值到重视行为无价值 048

三、从形式构成要件论到实质构成要件论 050

第二章 社会相当性的概念和理论基础 054

第一节 社会相当性的基本概念界定 054

一、社会相当性概念的分歧 054

二、对分歧意见的整理分析 056

三、笔者的社会相当性概念 060

第二节 社会相当性与相关概念的界限 060

一、社会相当性与被容许的风险 060

二、社会相当性与可罚的违法性 064

三、社会相当性与社会危害性 071

四、社会相当性与相当的因果关系 072

五、社会相当的行为与符合法律的行为 074

第三节 社会相当性的理论基础:行为无价值论 075

一、完整的不法概念不应当缺少行为无价值 078

二、一般人观念是刑法解释不能背离的指针 086

三、二元论在解决实际问题时并无失当之处 098

第三章 社会相当性理论的价值与体系定位 108

第一节 我国“全方位机能说”述评 108

一、“全方位机能说”内容概述 108

二、对“全方位机能说”的质疑 112

第二节 社会相当性的价值探寻 124

一、社会相当性理论的各种“替代方案”概述 125

二、特殊使命:对纯粹结果无价值论的修正 130

三、核心精髓:为不法判断引入社会学方法 135

第三节 社会相当性的体系定位 161

一、社会相当性之两大基本功能的界定 161

二、社会相当性在犯罪论体系中的地位 187

第四章 社会相当性的判断方法 191

第一节 判断方法的基本构造 194

一、对国内相关学说的反思 194

二、事实与规范两步骤判断构造之提倡	196
三、独立正当化事由中的具体判断构造	200
第二节 社会事实判断:行为的通常性	202
一、范围限定:通常性的判断必须在特定时空条件下进行	202
二、标准确定:行为通常性的判断应以一般人为实质标准	204
三、通常性判断的具体操作	208
第三节 规范价值判断:行为的适当性	210
一、规范价值判断的标准界定	211
二、规范价值判断的操作初探	213
 第五章 社会相当性理论的实际运用	219
第一节 具体犯罪构成要件要素的解释	219
一、现代社会条件下诽谤罪的限制性解释	219
二、少数民族地区中强奸罪的限制性解释	240
三、职业活动领域内中立帮助行为的问题	248
第二节 各正当化事由成立要件的解释	275
一、正当防卫的解释	275
二、紧急避险的解释	293
 结语	298
 主要参考文献	302
 后记	317

引言

社会相当性(Soziale Adäquanz)对于中国的刑法来说,是一个既富有魅力但同时又颇显神秘的概念。我们仅从它的名称就可以觉察到,正如未遂犯论中的“印象说”一样,社会相当性的视野已经从原本封闭的刑法学世界扩展到了刑法规范以外的社会生活当中。它不再是一个纯粹由规范刑法理论体系内部自动推衍出来的产物,相反,它是一个综合了刑法学与社会学基因的“混血儿”。可能正是由于这个原因,中国学者对社会相当性的关注和兴趣溢于言表,他们时常将之作为论证的理据而频频引用:有的认为,社会相当性理论回应了刑法公众认同的要求;^①有的指出,社会相当性是刑法解释常识化的表述形式之一;^②有的提出,社会相当性是犯罪实行行为的判断标准;^③有的支持把社会相当性作为正当化事由的根据;^④有

① 参见周光权:“论刑法的公众认同”,载《中国法学》2003年第1期。

② 参见王钧:“刑法解释的常识化”,载《法学研究》2006年第6期。

③ 参见董玉庭:“论实行行为”,载《环球法律评论》2004年夏季号;祝圣武、李宏玉:“论犯罪实行行为及其判断标准——社会相当性理论之运用”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2008年第3期。

④ 参见陈兴良:“正当化事由研究”,载《法商研究》2000年第3期;杜宇:“作为超法规违法阻却事由的习惯法”,载《法律科学》2005年第6期。