



浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

刑法中的正当化事由 基本问题研究

Xingfazhong De Zhengdang Huashiyou
Jiben Wenti Yanjiu

王 骏 著

中国社会科学出版社



浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

刑法中的正当化事由 基本问题研究

Xingfazhong De Zhengdang Huashiyou
Jiben Wenti Yanjiu

王 骏 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法中的正当化事由基本问题研究 / 王骏著. —北京: 中国
社会科学出版社, 2013. 7

ISBN 978 - 7 - 5161 - 2720 - 9

I. ①刑… II. ①王… III. ①刑法 - 研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 112740 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
特约编辑 乔继堂
责任校对 韩天炜
责任印制 李 建

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 7 月第 1 版
印 次 2013 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 15
插 页 2
字 数 256 千字
定 价 46.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

序

三江汇聚，海定波宁。浙江大学宁波理工学院自 2001 年在宁波这座极具人文气息的城市建校至今，在短短的 11 年时间里实现了跨越式发展。作为建校之初就已设立的法律系，伴随着学校的整体发展，在教学、科研、社会服务等诸方面也取得了丰硕的成果，赢得了社会的广泛好评。

专业学科的稳步发展，离不开教师们的努力工作与辛勤付出。法律系的教师队伍是一支年轻而富有活力的团队，他们在教学科研岗位上兢兢业业、踏实勤奋，有多名教师先后考取了武汉大学、南京大学、华东政法大学等国内著名高校的法学博士，并顺利毕业。青年教师学历提升不仅对自身职业素养的提高具有重要意义，也为法律系学科建设注入了强大推动力。

王骏老师就是其中的佼佼者，其毕业论文《刑法中的正当化事由基本问题研究》获得了 2012 年度浙江省哲学社会科学规划后期项目资助。该文按照范畴→根基→根据→定位→认定的进路展开论述，结构清晰简明，资料翔实，论证严密，行文流畅，叙说较为周延，深入浅出，体现出作者较深厚的刑法学功底。

希望作者在今后的科研道路上，不负众望，取得更丰硕的成果。我也衷心期望法律系朝气蓬勃、极具发展潜力的教师群体在漫漫治学路上，能够走得更为扎实和精彩！

是为序。

中国社会科学院法学研究所研究员
浙江大学宁波理工学院法律系主任



2013 年 1 月 3 日

目 录

导言	(1)
第一章 正当化事由范畴论	(3)
第一节 正当化事由的本质	(3)
一 正当化事由的称谓之争	(3)
二 正当化事由的本质	(6)
三 正当化事由与违法性	(11)
第二节 正当化事由的类型	(15)
一 不同分类体系述评	(15)
二 刑法中的正当化事由与超法规的正当化事由	(22)
三 紧急正当化事由与常态正当化事由	(24)
四 总则性正当化事由与分则性正当化事由	(26)
五 基于个人权利的正当化事由与基于职权的正当化事由	(28)
第三节 正当化事由与有关概念的界限	(31)
一 正当化事由与消极构成要件要素的界限	(31)
二 正当化事由与阻却可罚的违法性事由的界限	(34)
三 正当化事由与阻却责任事由的界限	(37)
四 正当化事由与非犯罪化行为的界限	(41)
第二章 正当化事由根基论	(44)
第一节 正当化事由根基之一——法秩序的统一性	(44)
一 违法一元论与违法相对论之争	(45)
二 违法相对论之肯定	(50)
三 违法相对论之运用	(52)
第二节 正当化事由根基之二——利益冲突	(54)
一 利益冲突及其法律调整	(54)

二	立法中的利益衡量与正当化事由	(58)
三	司法中的利益衡量与正当化事由	(63)
第三章	正当化事由根据论	(67)
第一节	违法性本质对立之一——规范违反说与法益侵害说	(68)
一	规范违反说与法益侵害说概览	(69)
二	规范违反说与法益侵害说的对立点	(70)
三	对法益侵害说诸误解的澄清	(71)
第二节	违法性本质对立之二——行为无价值论与结果无价 值论	(80)
一	行为无价值论与结果无价值论的对立	(80)
二	行为无价值与结果无价值二元论的疑点	(82)
三	结果无价值论的确证	(85)
第三节	正当化事由理论根据上的一元论与多元论	(90)
一	正当化事由根据的一元论	(90)
二	正当化事由根据的多元论	(92)
三	正当化事由根据一元论之肯定	(93)
第四节	正当化事由理论根据诸说评判	(96)
一	目的说	(96)
二	社会相当性说	(100)
三	被允许的危險说	(108)
四	法益衡量说	(111)
第五节	正当化事由的现实根据——规范漏洞	(123)
一	罪状的“类型”建构	(123)
二	罪状“类型”与规范例外	(126)
三	作为规范漏洞的正当化事由	(128)
第四章	正当化事由定位论	(132)
第一节	正当化事由体系性定位之域外考察	(133)
一	阶层犯罪论体系中正当化事由的定位	(133)
二	平面犯罪论体系中正当化事由的定位	(144)
第二节	正当化事由体系性定位之本土聚讼	(149)
一	保留现行四要件的局部改造说	(149)
二	颠覆现行四要件的全面改造说	(161)

第三节 正当化事由之合理定位	(170)
一 四要件体系中正当化事由的位置	(171)
二 构建阶层体系是正当化事由定位的必由之路	(173)
三 违法有责类型的四阶层体系是正当化事由定位的依归	(175)
第五章 正当化事由认定论	(184)
第一节 正当化事由中的法益均衡性	(184)
一 法益均衡性的判断要点	(185)
二 生命之间的价值衡量	(187)
三 主观性价值与客观性价值偏离时的衡量	(190)
第二节 正当化事由中的原因行为	(192)
一 自招侵害	(193)
二 自招危险	(196)
三 强制行为	(203)
第三节 正当化事由中的错误	(207)
一 正当化事由中的行为人认识错误	(207)
二 正当化事由中的被害人认识错误	(217)
参考文献	(223)
后记	(232)

导 言

违法性是刑法中的一个重要问题，也是犯罪的一个重要属性。大陆法系刑法学和苏俄刑法学对此采用了两种完全不同的处理方法：大陆法系刑法学将违法性作为犯罪成立的条件之一纳入犯罪论体系，而苏俄刑法学则在犯罪概念中讨论刑事违法性，并因受到社会危害性概念的遮蔽，违法性理论的内涵极度匮乏。我国刑法学秉承了苏俄刑法学的做法，在一定程度上造成了我国犯罪构成体系的逻辑混乱。所以，我国犯罪构成理论到底应该如何认识违法性在刑法中的功能与构造，就成为我国刑法学研究中不可回避的一个重大理论问题。而这一重大理论问题，集中体现在对作为违法性判断核心内容的正当化事由的认识上。

在我国，说正当化事由是犯罪论中最为歧义丛生、地位最尴尬的一个概念，应该不会有人反对。对于正当化事由，存在林林总总、不下十几个称谓。称谓上的争议不是小事，足以反映出学界对其认识极不统一，思想上普遍存在疑惑。最为突出的是，我国刑法理论通说将正当防卫、紧急避险等称为排除社会危害性的行为，但对于排除社会危害性的行为，既然没有社会危害性，为何要在刑法中设专条加以规定、在刑法学中设专章加以讨论，这些问题都没有从法理上予以解决。易言之，既然正当防卫、紧急避险等行为根本就不符合犯罪构成，那为何不在犯罪构成内予以解决，而要放到犯罪构成之外单独讨论？但是，一旦将其纳入犯罪构成，势必会牺牲正当化事由的类型性与体系性以保持四要件的犯罪构成体系的完整性。这种棘手的矛盾局面，恐怕是始终困扰学界的一大难题。

晚近学界对正当化事由体系性地位讨论的不断深化，是全面展开其基本问题研究的一大契机。一直以来，我国大陆学者对一些具体的正当化事由如正当防卫、紧急避险等研究颇为深入，但总体上仍缺乏原理上的支

撑，存在着各说各话的局面。对正当化事由的研究，最终落脚点应是指导司法实践，在现今对正当化事由一些基本问题（如范畴、根基、根据、定位等）尚未厘清的情况下，这一目标能否实现是有很大疑问的。例如，正当化事由是如何创设的？哪些情形可以列入正当化事由的范围？超法规的正当化事由应否予以认可？正当化事由到底基于何种根据被正当化？正当化事由在我国现行犯罪构成体系中有无容身之地？正当化事由认定的具体标准都有哪些？这些问题，都需要予以合理阐释。所以，展开对正当化事由基本问题的研究，有着十分重大的理论与现实意义。

第一章

正当化事由范畴论

论及正当化事由，当首先厘清其范畴问题。正当化事由在属性上是违法的反面，而违法性判断在德日犯罪论体系中是独立的一个阶层，这就决定了正当化事由有其固有的类型性。本章拟从正当化事由的本质、类型、与有关概念的界限等三个方面来展开其范畴论。

第一节 正当化事由的本质

一 正当化事由的称谓之争

在我国，对于正当化事由，存在“排除社会危害性的行为”^①、“排除犯罪性的行为”^②、“排除犯罪的事由”^③、“犯罪阻却事由”^④、“阻却责任事由”^⑤、“犯罪构成的非犯罪化”^⑥、“正当化事由”^⑦、“正当行为”^⑧、“正当化行为”^⑨等称谓，林林总总，不下十几个。出现如此之多的不同称谓不是偶然的，这充分反映出对其内涵及特征认识上的极不统一。人们不禁要追问：这些不同称谓到底指称的是何种事物？称谓之争决非文字游

① 高铭喧主编：《刑法学原理》第2卷，中国人民大学出版社1993年版，第196页。

② 高铭喧主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社1998年版，第272页。

③ 张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第219页。

④ 杨兴培：《论犯罪构成与犯罪阻却事由的关系》，《政法论坛》2002年第3期。

⑤ 肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社2000年版，第218页。

⑥ 何秉松主编：《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第394页。

⑦ 陈兴良：《正当化事由研究》，《法商研究》2000年第3期。

⑧ 王政勋：《正当行为论》，法律出版社2000年版，第18页。

⑨ 田宏杰：《刑法中的正当化行为》，中国检察出版社2004年版，第25页。

戏,“冠名”合适与否直接关系到对某事物本质的把握是否得当。

前面五种称谓有个共同点,即都使用了“排除”或者“阻却”的词语。在这里,“排除”与“阻却”均指“否定”。这些称谓表明,正当化事由是定罪的反面,是一种不构成犯罪的情形,即否定意义上的定罪。可是,仅仅说正当化事由是否定犯罪成立的事由,这并未指明其本质。陈兴良教授曾指出:“正当化事由是指刑法中排除犯罪性的行为。”^①应该说,这一说法并无错误,具有正当化事由的行为当然能够排除犯罪性。但是我们能否反过来说:刑法中排除犯罪性的行为就都是正当化事由?显然不行。“排除犯罪性”即“不具有犯罪性”,不具有犯罪性的行为缘由很多,严格说起来,只要是不具备某一犯罪构成要件的行为,都不具有犯罪性。这一说法实际上是将所有的出罪事由全盘纳入,而正当化事由不过是出罪事由中的一种而已。上述称谓中的“排除犯罪的事由”、“犯罪阻却事由”均是犯了同样的错误,即“以大盖小”,完全不能凸显正当化事由的特质。“阻却责任事由”的称谓则是走到另一个错误方向,即“以此小代彼小”。显然,这一称谓与德日犯罪论体系脱不了干系。在德日犯罪论体系中,出罪事由大别之无非是阻却违法与阻却责任,两者可谓泾渭分明,断不可以“阻却责任”指称“阻却违法”。在我国刑法语境中,犯罪构成中并不存在“违法性”、“责任”这样的阶层,即便移植德日犯罪论体系,正当化事由也不可能寓居于“责任”阶层中,而只可能在“违法性”阶层中讨论。当然,如果是把“责任”理解为“刑事责任”,则“阻却责任”变为“阻却刑事责任”,这就与“排除犯罪”的称谓没有两样了。

一直以来,最广为使用的称谓是“排除社会危害性的行为”,这缘于我国刑法理论直接师承前苏联。在前苏联与我国刑法理论中,社会危害性是犯罪的本质特征,具有正当化事由的行为没有社会危害性,所以是排除社会危害性的行为。但是,社会危害性这一特征是在犯罪概念中加以研究的,犯罪构成中并无“社会危害性”这一要件,这样,正当化事由便不可能纳入犯罪构成。因此,采用这种称谓的学者一般都认为,排除社会危害性的行为是“从形式上看符合某种犯罪构成要件,但基于某种特殊的情

^① 陈兴良:《正当化事由研究》,《法商研究》2000年第3期。

况而实质上没有社会危害性，因而不构成犯罪的行为”。^①但是，既然不具有社会危害性，又从何而排除或免除呢？^②既然只是“形式上”符合犯罪构成，自然不能为犯罪构成所容纳，只能在犯罪构成外另辟专章研究，这也是我国绝大多数教科书和专著的安排。但是，这样做显然难以在逻辑上自洽。犯罪构成是认定犯罪的唯一标准，怎么可以在犯罪构成之外另觅一个出罪标准，破坏这种唯一性呢？而且，我国刑法理论通说认为，行为的社会危害性及其程度，不只是由行为客观上所造成的损害来评价的，还包括行为人主观方面的要件，故意杀人的社会危害性之所以重于过失致人死亡，就在于加入了主观要素的评价。^③按照通说，排除社会危害性显然应包括排除“客观危害性”与排除“主观危害性”。可是，排除“主观危害性”与上述“阻却责任”称谓存在同样问题，自不足取。当然，也有学者认为，“社会危害性是危害行为的客观属性，其评价，不应当为行为人的主观内容所左右”。^④如果这样认识社会危害性，固然可以克服前述弊病，但是，即使是从行为的实际危害或者现实威胁的角度理解社会危害性，也存在如何解释“实际危害或者现实威胁”的问题。更何况，“排除社会危害性的行为”称谓存在的固有的逻辑上无法自洽的矛盾也是这一社会危害性“新说”难以回避的。还有一点，通说认为，社会危害性是犯罪的本质特征，出罪事由当然使行为不具有这种本质特征，那么，是否可以说所有的出罪事由都是不具有社会危害性的呢？如果是这样，正当化事由的特质从该称谓中如何体现？总而言之，“排除社会危害性的行为”难言妥当。

“犯罪构成的非犯罪化”这一用语用者极少，存在诸多弊病。正当化事由与非犯罪化行为之间不可混同，下文对此将有详述。

“正当化事由”、“正当行为”、“正当化行为”等称谓的出现在“排除社会危害性的行为”之后，这种术语上的转换“去除了苏俄刑法学的

① 高铭喧主编：《刑法学》，北京大学出版社1998年版，第136页。

② 参见曾宪信等《犯罪构成论》，武汉大学出版社1998年版，第125—126页。

③ 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》（上编），中国法制出版社1999年版，第73页；马克昌主编《刑法学》，高等教育出版社2003年版，第31页。

④ 黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第89页。

色彩”，“大有取代排除社会危害性行为与排除犯罪性行为这两个称谓之势”。^① 排除社会危害性行为与排除犯罪性行为这两个称谓之所以逐渐“淡出”，主要原因是其在很大程度上未揭示正当化事由的类型性。在这一点上，“正当化事由”、“正当行为”、“正当化行为”等称谓显然有优势。从称谓上看，某种行为具备正当化事由，就表明该行为是正当的，即为法律所认可。“为法律所认可”就是正当化事由能被类型化的缘由，这就充分体现了称谓所应具有甄别功能。至于是采用“行为”还是“事由”，很大程度上是一种用语习惯问题，并无实质区别，很多学者对二者是通用的。如果一定要说出一点区别的话，“事由”可能更带有“出罪理由”这种意蕴，比起“行为”稍胜一筹。当然，在“正当”与“事由”或者“行为”之间是否加入“化”字，取决于是否认同这样一种语境：因具有正当化事由而被出罪的行为，毕竟通过了入罪判断的某阶段检验或者符合了犯罪构成的部分要件，所以需要在某种肯定的基础上加以否定，用“化”字即可巧妙连接这种肯定与否定。本书倾向于加入“化”字，故选用“正当化事由”的称谓。

需要指出的是，在大陆法系和英美法系，采用的称谓是“违法阻却事由”和“正当理由”，这两种称谓与其犯罪论体系是完全契合的，这是众所周知的事实。但实际上，大陆法系中也有部分学者在同一意义上使用正当化事由与违法阻却事由。^② 英美法系中的合法辩护事由本就分为“正当理由”与“可得宽恕理由”，“正当理由”与“正当化事由”已是十分接近的表述。在我国，自陈兴良教授力倡“正当化事由”^③的称谓以来，该称谓也已为学界所广为使用。这样看来，“正当化事由”在不同语境中具有通用性和普适性，在对外交流与沟通上也方便易行。

二 正当化事由的本质

正当化是定罪的反面，正当化事由是一种出罪事由。那么，作为出罪

① 陈兴良：《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察》，《现代法学》2009年第6期。

② 参见〔日〕大塚仁《刑法概说（总论）》，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第300页；〔意〕杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第142页。

③ 参见陈兴良《正当化事由研究》，《法商研究》2000年第3期。

事由，它和其他不符合犯罪构成的事由有何区别？为何要设专章对其进行研究？这涉及正当化事由的本质问题。

在犯罪构成中，出罪事由在每个要件中都存在。按照现行四要件体系，包括：行为未侵犯犯罪客体；行为主体不具备刑法规定的特殊身份；行为人没有作为义务；行为人不具备某种犯罪成立所要求的目的；行为人无刑事责任能力；等等。从出罪意义上讲，正当化事由与这些事由所起的作用没有区别，即都是否定犯罪的成立。那么，是什么使正当化事由具有独特的研究意义？

我国通说对此的解说是：一种观点认为具有正当化事由的行为实质上不具有社会危害性^①；另一种观点则是主张具有正当化事由的行为不但实质上不具有社会危害性，相反，是对国家和社会有益的行为。^②二说很难说谁占上风。但有一点是肯定的，即都认同具有正当化事由的行为没有社会危害性，至于是否对国家和社会有益，那是另一回事。这样看来，在犯罪构成之外给予正当化事由专章进行研究的根源在于：某种行为似乎符合犯罪构成，或者说形式上是符合犯罪构成的，但因为不具有社会危害性而不构成犯罪。所以，“不具有社会危害性”便成为刑法理论界当下区分正当化事由与其他事由的标志。

的确，如果说社会危害性是指“客观危害性”与“主观危害性”，社会危害性标志可以区分正当化事由与绝大多数其他出罪事由。像“行为人没有作为义务”、“行为人无刑事责任能力”等事由，都不是因为没有社会危害性而出罪的。但是，是否能使正当化事由与其他所有出罪事由区分开来不无疑问。以“行为人不具备某种犯罪成立所要求的目的”这种出罪事由为例。上文已经指出，我国通说在判断社会危害性及其程度时，加入了行为人的主观要素。所以，像盗窃罪中的“非法占有目的”便具有使盗窃行为达到刑法上的严重社会危害性的程度的作用，从而，具有该种目的的行为才能成立犯罪。按此逻辑，“无非法占有目的”便成为盗窃罪中一种“无（严重）社会危害性”的出罪事由。既然这种主观的出罪事

^① 参见高铭暄主编《刑法学》，北京大学出版社1998年版，第136页。

^② 参见高铭暄主编《刑法学》，法律出版社1984年版，第162页；高铭暄等主编《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第145页；马克昌等主编《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1993年版，第111—112页；赵秉志、吴振兴主编《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第266页。

由也是以社会危害性作为标志的,那么,它与正当化事由又是如何区分的呢?^①按照社会危害性标准,“行为未侵犯犯罪客体”这一出罪事由与正当化事由就更难区分。按照通说,既然连刑法所保护的社会关系都未侵害,当然不可能具有社会危害性,与正当化事由没有社会危害性又区别何在?

严重的社会危害性是犯罪的本质特征,缺乏严重社会危害性的行为不可能使犯罪成立,这并无疑义。可是,社会危害性标准毕竟是一个极为“上位”的标准,用它定义下位的正当化事由,虽然能够统率,但未免太过抽象且不够贴切,给人一种大而不当的感觉。更何况,严重的社会危害性作为犯罪的本质特征,其规范质量已完全在刑法总则和分则规定中体现出来,完全融入犯罪构成之中。脱离规范的价值标准而求助于如此抽象的上位标准,是否合适、必要?这是很值得怀疑的。^②

倒是上述通说的第二种解说提供了一个更好的思考切入点。“具有正当化事由的行为不但实质上不具有社会危害性,相反,是对国家和社会有益的行为”,重心由“不具有社会危害性”转向“对国家和社会有益”。但是,“不具有社会危害性”的行为中存在一种“中性”或者“放任”行为,如为保全自己100万元的利益而牺牲他人价值100万元的利益这样的“避险”行为,以及吃饭、散步、睡觉等不经法律调整、不成为法律评价对象的日常生活行为,等等。这些行为难以说“对国家和社会有益”,是一种处于合法行为与违法行为之间的“放任”行为。^③既然吃饭、散步、睡觉等日常生活行为不经法律调整、不成为法律评价对象,自然无需列入所谓“放任”行为。只是,在损害与保全法益等值的情况下,如何认定行为性质?张明楷教授主张,符合构成要件的行为

① 当然,如果将社会危害性作为纯粹客观属性,主观出罪事由自然不可能以社会危害性标准加以辨别。

② 参见王安异《刑法中的行为无价值与结果无价值研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第217页。

③ 这只是“一般”认为,或者说是从“生活常识”上认为,并不意味着这类行为就不能被正当化。日本刑法理论通说认为,行为,只要是不违法的,就必须看做合法的。而且,对这些行为的侵害也能成为正当防卫的对象,受到法律的保护。因此,没有必要承认放任行为的概念。参见〔日〕大谷实《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第213页。

之所以阻却违法，是因为行为保护了更为优越或至少是同等的法益。^①从社会整体上说，法益并未受到损害，既然如此，就应将其正当化加以出罪。^②

李海东博士指出，在法秩序中，不仅存在禁止规范，同时也有允许规范。这种允许规范在一定情况下会取消某种规范的禁止性。^③德国学者耶赛克等也认为：“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。”^④允许规范是禁止规范的例外，在效力上高于禁止规范，能否定禁止规范，使其失效。正当化事由背后的支撑就是这种允许规范，依靠这种允许规范对抗禁止规范并能占据上风。那么，为何在禁止规范外会存在这种允许规范？因为在类型性地禁止某类行为时，这类行为中总例外地存在某些“社会整体法益未受损害”的情况，这些例外情况便会由允许规范加以规定，从而形成正当化事由。

“社会整体法益未受损害”承载了两个价值判断：一是某种行为侵害了刑法所保护的某种利益的负价值判断；二是此行为又维护了某种法律保护的利益的正价值判断。如果衡量的结果是正价值判断足以抵消其负价值判断，换言之，保护了更为优越或至少是同等的法益，那么，法秩序最终就会认可这种行为，该行为就能正当化。^⑤正当化事由的本质即在于此，与其他出罪事由不同之处也在于此。所以，经过价值判断后，社会整体上“法益未受损害”就成为了正当化事由。

① 参见张明楷《行为功利主义违法观》，《中国法学》2011年第5期。

② 后文论述法益衡量时，方便起见，有时只会提及法益优越，但并不是说法益相等时就另当别论。

③ 参见李海东《刑法原理入门：犯罪论基础》，法律出版社1998年版，第75页。

④ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第387页。

⑤ 参见邵维国《犯罪论体系——司法评价犯罪的标准、步骤和方法》，中国法制出版社2010年版，第182页。正当化事由必须与立法上进行利益衡量后作为出罪事由、但该行为本身并不具备上述两面性的情形甄别。就立法而言，可能不仅仅是对行为的两面性进行考察，有时会涉及将某种行为作为一种出罪事由“对待”是否更有利于对重要法益的保护。亦即，行为可能不具有上述两面性，但立法者对法益进行衡量后的“立法”赋予了“正当化”的效果。就此而言，该种事由具有的是刑事政策上的意义，而非正当化事由。

“社会整体法益未受损害”可以说是整体法秩序中所有正当化事由的本质，但是，它绝不是刑法中正当化事由本质的全部。其他部门法（如民法、行政法）中也广泛存在正当化事由，仅凭价值判断上的“法益未受损害”尚不足以区分刑法与不同部门法中的正当化事由。那么，刑法中正当化事由的另一本质是什么？

上文已述及，我国刑法理论通说一直认为具有正当化事由的行为“从形式上看符合某种犯罪构成要件”^①，这就意味着，之所以我们将这种行为纳入规范刑法学的研究视野，是因为其“外观”上与某种犯罪的构成要件是相符合的。在四要件中，犯罪主体要件是与此不相干的，与犯罪客观要件的符合一般是认可的，这也是“似乎”符合的主要落脚点。有学者将犯罪客体要件进行改造，将实质的价值衡量引入其中，进而认为具有正当化事由的行为不符合犯罪客体要件。^②以此为基础，按我国犯罪构成诸要件一存俱存、一亡俱亡的特点，既然该行为导致的侵犯结果不属于危害后果，那么能否认为行为人主观上没有犯罪故意或者犯罪过失？由此，问题便出现了纠结化。

上述争议，涉及正当化事由在犯罪论体系中的定位。从我国通说的观点看，现行四要件体系大体上是按照“客观+主观”的模式构建的，“客观”要件由客体要件与主体要件组成，“主观”要件由主体要件和主观要件组成。且不说这种构建模式是否得当，按此模式，如不对犯罪客体要件进行改造，则应认为正当化事由是符合客观要件的。而以中外对正当化事由的理解来看，在正当化事由与法秩序的一致性这一点上是达成共识的，法秩序的判断本身是客观化的，所以，不可能在主观要件中讨论正当化事由的本质，这样，正当化事由在我国通说语境中，就是“符合犯罪客观要件”，这也是我们需要着力在刑法理论中对其展开研究的原因。相反，德日占据主流地位的“三要件”论最重要的体系特征在于“把罪状当作整

① 高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社1998年版，第136页。

② 参见许发民《二层次四要件犯罪构成论——兼议正当化行为的体系地位》，《法律科学》2007年第4期；童伟华《犯罪客体之新视野》，《华侨大学学报》（哲学社会科学版）2006年第1期；肖吕宝《正当化事由在犯罪构成中的地位与根基》，陈兴良主编《刑事法评论》第18卷，中国政法大学出版社2006年版，第338页。