

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 21

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

共犯理论专栏

【胡选洪】

论共同犯罪的立法模式及根源

——兼与王志远博士商榷

中国刑法

【于志刚】

关于数额犯未遂问题的反思

【肖中华 张少林】

论刑法中的被害人行为的效力依据

【黄 龙】

“诉讼诈骗”批判

外国刑法

【弗尔克·艾尔布 著 喻海松 译】

刑法学、最高法院判决及刑事事实审实务

比较刑法

【朱建华 牛忠志】

两种对立立场的巨额财产来源不明罪解释之比较

国际刑法

【宋健强】

司法正义vs. 政治妥协：谁来保佑持久和平？

犯罪学与刑事政策

【李汝川】

严厉打击严重刑事犯罪刑事政策初论



D914.04

83

:21

2010年第1卷
第21卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW
REVIEW VOL. 21

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 袁彬 黄晓亮

张磊 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2010 年. 第 1 卷: 总第 21 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2010. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0331 - 3

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 010414 号

刑法论丛(2010 年第 1 卷)
(总第 21 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 15.375 字数 437 千

版本 2010 年 3 月第 1 版

印次 2010 年 3 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 - 0331 - 3

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔共犯理论〕

- | | | |
|----|------------------------------------|-----|
| 1 | 论共同犯罪的立法模式及根源
——兼与王志远博士商榷 | 胡选洪 |
| 20 | 大陆法系国家刑法理论中的“共犯与消极身份”
..... | 陈 山 |
| 35 | 我国共犯制度下的片面共犯研究 | 屈 钰 |

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|------------------------------------|---------|
| 54 | 关于数额犯未遂问题的反思 | 于志刚 |
| 98 | 论刑法中的被害人行为的效力依据
..... | 肖中华 张少林 |
| 128 | 量刑基准若干问题研究 | 姜 涛 |
| 147 | 未成年人刑罚适用的边界
——以刑法二元机能观为视角 | 陈 伟 |
| 166 | 醉酒驾车肇事的量刑规范研究 | 郑延谱 |
| 178 | “诉讼诈骗”批判 | 黄 龙 |
| 194 | 赌博行为非犯罪论 | 段启俊 黄毅波 |

〔外国刑法〕

- 213 刑法学、最高法院判决及刑事事实审实务
 [德]弗尔克·艾尔布 喻海松译
- 255 日本疫学因果关系理论及其对我国环境
 刑事司法的借鉴 蒋兰香
- 274 韩国死刑制度变革研究 郭健

〔比较刑法〕

- 290 未成年刑法焦点问题之中英比较
 ——以《儿童权利公约》的执行为切入点 蒋娜
- 305 两种对立立场的巨额财产来源不明罪解释
 之比较 朱建华 牛忠志

〔国际刑法〕

- 322 论我国境外追赃机制的完善 喻贵英 马长生
- 337 司法正义 vs. 政治妥协:谁来保佑持久和平?
 宋健强
- 377 中国—东盟打击海上犯罪刑事合作机制研究
 王君祥

〔犯罪学与刑事政策〕

- 401 关于刑事政策若干基本问题的思考 柳忠卫
- 422 严厉打击严重刑事犯罪刑事政策初论 李汝川

〔法学名家〕

- 456 京特·雅科布斯的刑法思想介评 吴情树

CONTENTS

[Special Column for Joint Crime]

The Legislative Model and The Root Causes of Joint Crime—

And Discussion with Dr. Wang Zhiyuan	Hu Xuanhong	1
Negative Status and Accomplice in the Criminal Law Theory of Civil Law Nations	Chen Shan	20
On One-sided Accomplice of Chinese Criminal Law	Qu Yu	35

[Chinese Criminal Law]

Reflection on the Attempted Crime of Amount	Yu Zhigang	54
On the Basis of Effect of Victim Behavior in Criminal Law	Xiao Zhonghua & Zhang Shaolin	98
On the Issues of Criterion for Imposing Penalty	Jiang Tao	128
On the Boundary of the Punishment Application to the Minor: From the point of criminal dualistic functions	Chen Wei	147
Study on the Sentencing Standards of Traffic Crimes Committed by an Intoxicated Person	Zheng Yanpu	166
The Comments on the Lawsuit Defraud	Huang Long	178
The Decriminalization Theory on Gambling Behavior	Duan Qijun & Huang Yibo	194

[Foreign Criminal Law]

Criminal Jurisprudence, the Judgments of the Supreme Court

and the Criminal Practice of the Trial on the Fact Written by Volker Erb. [Germany], translated by Yu Haisong	213
Theory of Epidemiologic Causation in Japan and Reference of Environment Criminal Justice to China	Jiang Lanxiang 255
Reform of the Death Penalty in South Korea and its Inspiration	Guo Jian 274
[Comparative Criminal Law]	
A Comparative Study of Focus Issues on the Juvenile Criminal Law between China and Britain	Jiang Na 290
Comparing Two Standpoint Interpretation of Crime of Holding A Huge Amount of Property with Unidentified Sources	Zhu Jianhua & Niu Zhongzhi 305
[International Criminal Law]	
On the Improvement of China's Mechanism of Booty Recovery	Yu Guiying & Ma Changsheng 322
Judicial Justice vs. Political Compromises: Who is the Guardian of Lasting Peace	Song Jianqiang 337
Mechanism on China-ASEAN Cooperation in Criminal Matters in combating crimes maritime crime	Wang Junxiang 377
[Criminology and Criminal Policy]	
Pondering on the Basic Problems of Criminal Law	Liu Zhongwei 401
Initial Study on the Criminal Policy of Cracking down Serious Crimes Severely	Li Ruchuan 422
[Jurists on Criminal Law]	
Introduce and Review on Günther Jakobs' Thought of Criminal Law	Wu Qingshu 456

〔共犯理论专栏〕

论共同犯罪的立法模式及根源

——兼与王志远博士商榷

胡选洪*

目 次

- 一、两种不同的共同犯罪立法模式
 - (一)德、日刑法的区分制
 - (二)中国刑法的单一制
- 二、两种立法模式的根源探讨
 - (一)德、日区分制立法模式的根源
 - (二)我国单一制立法模式的根源
- 三、结语——立法模式与体系论的关联性

对于共同犯罪的立法模式问题,学界鲜有专门和明确的探讨。王志远博士在“共犯制度模式比较研究——以解读我国共犯制度模式为线索”一文中对中国与德国、日本刑法(以下简称“德、日刑法”)中的共同犯罪的立法模式进行了分析,但一些观点难以为笔者所认同。立法模式(包括共同犯罪)与犯罪论体系的建构密切相关,澄清中国与德、日刑法关于共同犯罪的立法模式并揭示其如此立法之根源,对于深入

* 西南财经大学法学院博士研究生,讲师。

理解“三阶层”与“四要件”犯罪论体系与共同犯罪形态的关系至关重要。本文对此拟做一初步探讨,并就相关观点与王志远博士商榷。

一、两种不同的共同犯罪立法模式

(一)德、日刑法的区分制

对于德国、日本刑法(以下简称“德、日刑法”)关于共同犯罪的立法模式,王志远博士将其归纳为“‘区别参与犯样态规定处罚条件,对应规定个别处罚原则’的区分制模式”。^①根据德、日刑法对共同犯罪的规定,笔者同意该论者的“区分制模式”说,但也认为其所谓“区别参与犯样态规定处罚条件,对应规定个别处罚原则”的看法似乎难言妥当。因为德、日刑法在区分正犯与教唆犯、帮助犯的基础上,对教唆犯、帮助犯的处罚都是以正犯为参照标准的,即“教唆犯的处罚与正犯相同”或“教唆他人实行犯罪的,判处正犯的刑罚”以及“对帮助犯的处罚参照正犯的处罚,并依第49条第1款减轻其刑罚”或“从犯的刑罚,按照正犯的刑罚予以减轻”,因此,德、日刑法虽然“区别参与犯样态”,但并未“对应规定个别处罚原则”。德、日刑法只是根据共同犯罪中行为人为行为性质的不同,类型化地把共同犯罪人区分为正犯与狭义共犯(即教唆犯和帮助犯),并以正犯之刑为参照标准对狭义共犯进行处罚。因此,我们将德、日刑法对共同犯罪的立法模式概括为“正犯与狭义共犯类型化区分模式”,简称区分制。^②

对于“正犯与共犯类型化区分模式”这一界定,有必要做如下说明:第一,“类型化”的意义。此处的“类型化”主要是指,德、日刑法并

① 参见王志远:“共犯制度模式比较研究——以解读我国共犯制度模式为线索”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第15卷),法律出版社2008年版,第11页。

② 对于德、日刑法的共同犯罪制度,阮齐林教授称之为“二元共犯制”,即强调非实行行为与实行行为性质上的差异(异质)。参见阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2008年版,第195页。虽然“二元”也指正犯与狭义共犯,但“二元共犯”的称谓含混而不明确,易给人以误导,不如“正犯与狭义共犯类型化区分”的称谓来得简明。

不像我国刑法那样对共同犯罪的一般概念直接做出规定,而是将各共同犯罪行为人为类型化地区分为共同正犯、教唆犯和帮助犯,从而根据各共同犯罪人的参与行为类型来确定各自的成罪条件和刑事责任。从德、日刑法关于共同正犯、教唆犯和帮助犯的规定可以得出这一结论。笔者认为这一点正是德、日刑法的共同犯罪制度立法模式与我国刑法的共同犯罪制度立法模式的根本区别所在,也正是因为这一点,导致了德、日与我国在共同犯罪理论与实务问题上的一系列差异(包括犯罪论体系的部分争论也与此相关)。第二,“区分”的后果。此处的“区分”是指正犯与狭义共犯的区分,即德、日刑法对正犯与狭义共犯(包括教唆犯和帮助犯、无组织犯的概念)从立法上明确做出区分。同时,这种“区分”是以对正犯做出明确的界定为核心的,即正犯是犯罪的直接“实施”或“实行”者,而狭义共犯仅是对正犯“实施”或“实行”犯罪的“加功”者,正犯事实上就成为衡量狭义共犯实际承担刑事责任大小的标尺。正是源于德、日刑法对正犯与狭义共犯采取区分制的立法模式,从而一方面导致刑法理论对如何区分正犯与狭义共犯、正犯与共犯的关系等问题产生一系列的学说争论,另一方面也导致司法实务对本不符合正犯规定性的行为人(如组织犯情形)不得已而以正犯处罚,从而创立了“共谋共同正犯”或“正犯背后的正犯”等引起较大争议的概念和理论。

(二) 中国刑法的单一制

对于我国刑法关于共同犯罪的立法模式,王志远博士将其概括为“以共犯关系为核心范畴的区分制模式”。首先,我国共犯制度模式属于区分制。其次,我国共犯制度与意大利、俄罗斯共犯制度相似,采取了“统一规定参与犯处罚条件”的模式。王志远博士认为,在我国的共犯制度模式当中,最为关键的一个问题是如何解读“共同犯罪”——“共同犯罪”明显是一种“主体间的现象结构”,其核心的内容是主体间的相互关系,可以将其称为“共犯关系”。正是在这个意义上,王志远博士将我国的共犯制度模式解读为“以共犯关系为核心范畴的区分制

模式”。^①

对于王志远博士关于我国共同犯罪立法模式的概括,笔者有如下不同看法:

其一,把我国共同犯罪制度的立法模式概括为“区分制”模式并不妥当。德、日刑法对共同犯罪制度的立法模式是一种“区分制”(通常也称为正犯与共犯分立体系),但德、日刑法的这种“区分”指的是正犯与狭义共犯的区分,在区分正犯与狭义共犯的基础上,正犯实际上承担着定罪与量刑的双重功能,即狭义共犯的定罪与量刑是以正犯为转移的。如果把我国共同犯罪制度的立法模式也称为“区分制”,那么我国刑法的这种“区分制”与德、日刑法的“区分制”一样吗?“区分”的所指相同吗?回答必然是否定的。因为在我国刑法关于共同犯罪立法中,首先,虽然刑法理论根据各共同犯罪人所实施的行为样态和性质的不同对其可做实行犯、组织犯、教唆犯与帮助犯的区分,但刑法条文并未有实行犯、组织犯与帮助犯的明文规定,即便是刑法对教唆犯做了规定,但其重点仍然在于解决教唆犯在共同犯罪中的作用问题,而并非关注教唆犯的行为样态问题,正如有学者所言:“中国的共犯制度虽然也有共犯分类,但并不是根据行为类型划分,而主要根据共犯人在共犯中所起的作用划分,而且不讲求非实行行为对实行行为的依从性,不强调共犯的从属性。”^②其次,虽然我国刑法根据各犯罪人在共同犯罪中的作用大小对其做主犯、从犯和胁从犯的区分,但“在我国,正犯(即实行犯——笔者注)与主犯的概念与功能是分开的。正犯只意味着行为人实施了分则所规定的犯罪构成客观方面的实行行为,而并不说明犯罪人在共同犯罪中的作用大小。正犯自然可能是主犯,但却无——对应关系,而教唆犯、帮助犯同样也可能是主犯。正犯与主犯的分离使得正犯概念简单化、正犯功能单一化,这就充分确保了实行行为的定型性,

^① 参见王志远:“共犯制度模式比较研究——以解读我国共犯制度模式为线索”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第15卷),法律出版社2008年版,第26~29页。

^② 刘刚:“强奸共同犯罪中定罪量刑的分歧及其消除——兼谈‘一元共犯制’与‘二元共犯制’的实质差异”,载《政治与法律》2009年第2期。

也充分保证了对起主要作用的犯罪人的严惩。可见,我国刑法理论中的正犯与德、日刑法上的正犯有着本质区别”。^①这一点也同样为日本学者所认同。高桥则夫指出:“它(指前苏联式共犯体系——引者注)虽然将共犯分为实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯,但在量刑时并不以实行犯为转移,而是按照每一个人实际参与犯罪的性质和程度来加以决定,这与单一的正犯概念有共同之处。”^②虽然高桥泽夫所论是针对前苏联的共同犯罪立法,但前苏联刑法与我国刑法之间有着众所周知的渊源关系,其论述也同样适合于我国的共同犯罪立法。

其二,“以共犯关系为核心范畴”之说不具合理性。根据王志远博士的论述,其所界定的“共犯关系”核心实指共同犯罪主体之间须存在犯意沟通或犯意联络的关系,并且认为“共犯关系”是我国共同犯罪制度的特有范畴,视其为我国刑法中共同犯罪制度立法模式与德、日刑法中共同犯罪制度立法模式的根本区别所在,从而把我国的共犯制度模式解读为“以共犯关系为核心范畴的区分制模式”。但笔者认为,“共犯关系”概念,其实就是“共同犯罪关系”概念的简称而已,即指各共同犯罪主体之间相互协作、相互利用、相互补充的关系。无论中外刑法,只要有共同犯罪制度的规定,就存在这种共犯关系。差异之处仅在于由于立法的模式不同而导致共犯关系的成立条件各异。而这种成立条件主要是通过共同犯罪主体刑事责任年龄、主体间的犯意联系或犯意沟通、某种共同犯罪事实的不同要求等方面体现出来,并最终体现在共同犯罪成立的范围不同这一点上。如果仅仅把“共犯关系”概念定位为是指共同犯罪主体之间须存在犯意沟通或犯意联系的关系,则必将导致共犯关系概念的僵化而令其失去普遍意义。

其三,“统一规定参与犯处罚条件”之说有其合理性。王志远博士认为,我国《刑法》第25条第1款的规定是一种“统一规定参与犯处罚条件”模式。虽然我国《刑法》第25条第1款规定的是共同犯罪的概

① 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第148页。

② [日]高桥泽夫:《共犯体系与共犯理论》,成文堂1988年版,第38页。转引自阎二鹏:《共犯与身份》,中国检察出版社2007年版,第169页。

念即何谓共同犯罪,但通过该共同犯罪的概念,确实也可大致知道“参与犯处罚条件”为何。因此,“在此种处罚条件设置模式之下,参与犯是否应当受到处罚,将直接取决于同一犯罪事实的多元参与人之间是否形成了‘共同犯罪’”即是否符合“共同犯罪”概念的内在规定性。

通过前述分析,笔者认为,如果借用德、日刑法的讨论语言,与德、日刑法对共同犯罪制度的立法模式“区分制”相比,可以将我国刑法关于共同犯罪制度的立法模式概括为“统一规定共同犯罪成立条件的单一制模式”,简称单一制。^①我国刑法对“共同犯罪成立条件”所做的“统一规定”就体现在我国《刑法》第25条第1款的规定——共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。根据这一规定,已把二人以上共同过失犯罪明确排除在共同犯罪的范围之外了,但这不仅是第25条第1款的规定之推论,而且有第2款的明确规定。根据这种共同犯罪的概念可知,共同犯罪具有以下不可缺少的特征或条件:主体是二人以上(有刑事责任能力)的人,包括自然人与单位;主观方面必须有共同故意;客观方面必须有共同的行为。这样的共犯基本特征或成立条件,也是中国理论界关于共犯成立条件之通论观点。因此,共同犯罪的概念可以认为是我国共同犯罪制度的根本指导原则,判断某种行为是否属于共同犯罪行为,根本上就看该种行为是否符合共同犯罪概念的规定性。如此理解我国共同犯罪制度的立法模式,可能存在的一个问题是:我国《刑法》第25条与第26~29条之间是一种怎样的关系?笔者认为,我国《刑法》第25条与第26~29条之间的关系可以简单地成为一般与个别、共性与个性的关系,即第25条通过规定共同犯罪概念的方式统一规定了共同犯罪的成立条件,在共同犯罪得以成立的前提下(第25条),才存在进一步认定各共同犯罪主体是主犯、从犯、胁从犯还是教

① 对于我国刑法的共同犯罪制度,阮齐林教授称之为“一元共犯制”,即认为无论是教唆行为、帮助行为还是直接实施刑法分则规定的实行行为都是犯罪行为,不看重各种行为性质之间的差异,各行为人都参与了犯罪,都是犯罪行为人,不作正犯与狭义共犯的区分。参见阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2008年版,第196~197、240页。这种“一元共犯制”与单一制并无实质差异。

唆犯的问题(第26~29条)。如果共同犯罪这一前提本身都不成立,也就没有进一步认定各共同犯罪主体是主犯、从犯、胁从犯还是教唆犯的必要和余地。对此,德、日刑法关于共同犯罪制度“正犯与狭义共犯类型化区分模式”的区分制与我国明显不同。由于德、日刑法并未规定共同犯罪的概念,也并未对共同犯罪整体的成立条件做出规定,自然只能首先根据各行为人在共同犯罪中的分工差异对共同犯罪人类型化地区分为正犯、教唆犯和帮助犯,然后再根据正犯、教唆犯和帮助犯的行为特点各自确定成罪条件与处罚原则。而我国刑法关于共同犯罪制度的立法模式则是首先统一规定共同犯罪的成罪条件,在此前提下根据不同标准再进一步类型化地把各共同犯罪人确定为主犯、从犯或胁从犯,并对其分别确定处罚原则。

二、两种立法模式的根源探讨

(一)德、日区分制立法模式的根源

在德、日刑法共同犯罪的区分制立法模式下,故意行为与过失行为、共同过失行为、片面行为、与未达刑事责任年龄或不具有刑事责任能力之人的共同行为都有成立共同犯罪的位置与空间。例如,就与未达刑事责任年龄之人成立共同犯罪的问题,日本学者高桥泽夫曾举例说,被告人让12岁的养女实施盗窃和抢劫的情形,如果被告人对养女存在强制性支配,则被告人成立间接正犯;如没有强制性支配,则被告人与养女成立共谋共同正犯或共同正犯(这也是日本判例的立场),即该养女具有是非辨别能力,是基于自己的意思实施了盗窃和抢劫行为,只是由于未达14岁而对其不处罚。^①也就是说,在德、日刑法的共同犯罪立法模式及理论视野下,当被告人对养女不存在强制性支配时,该12岁养女的行为与被告人的行为构成共同犯罪。而在我国的共同犯

^① 参见马克昌、莫洪宪:《中日共同犯罪比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第79~80、264页。

罪立法模式及理论视野下,该12岁养女与被告人并不构成共同犯罪,仅存在被告人构成间接实行犯(或间接正犯)的问题。笔者以为,德、日刑法关于共同犯罪的这种立法模式根本上是与其刑法的整体立法模式和德、日刑法理论关于犯罪的本质或违法性的本质的理解相一致的。

首先,德、日刑法关于共同犯罪的这种立法模式是刑法整体立法模式的必然反映。从刑法整体的立法模式而言,与我国刑法相比,德、日刑法最大的特色在于定性不定量的立法模式。这种定性不定量的立法模式除表现为刑法条文仅描述行为性质或类型而并无行为程度(如情节严重、数额较大等)的规定外,最重要的表现还在于关于保安处分或“轻微犯罪”的立法模式。德国是把应受保安处分的行为也作为犯罪统一规定在刑法典中。在中世纪的德国,法律文献中就出现了“一些特定的、可以被视为发展‘保安处分’倾向的思想”。“17、18世纪所产生的众多的监狱和劳动教养所不仅用于自由刑的执行,而且也适用于执行此等保安处分,包括与青少年犯罪作斗争的教养和无人照管的预防。直到启蒙运动于18世纪末促使人们提出了‘刑罚与保安处分’的概念。”1799年不定期的保安刑罚被正式引进《普鲁士刑法》,德国其他州的立法紧随其后。^①日本刑法没有像德国刑法那样规定保安处分措施。“日本1956年开始了刑法全面修改工作。在这一工作中,对于保安和改善处分的采用予以研讨,并写进了1974年公布的‘刑法改正草案’,但是,当时全国范围内发生了广泛激烈的反政府运动,已无法实现全面的修改工作了。保安和改善处分,必须从社会防卫的观点出发,作为要件的是认为具有‘再犯可能性’,对精神障碍者等对象的人权侵害,被视为反对意见的最大理由。”^②因此,一方面,《日本刑法典》中并未规定保安处分方面的内容。

另一方面,和我国将日常生活中的违法行为分为犯罪行为和违反

① 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第402~405页。

② [日]西原春夫:“日本与德意志刑法和刑法学——现状与未来之展望”,载《法学评论》2001年第1期。

《治安管理处罚法》的行为一样,日本也将侵害他人利益的违法行为分为两个层次,一是普通犯罪,由刑法加以规定,对其处以死刑等刑罚;二是轻微犯罪,由《轻微犯罪法》加以规定,对其处以拘留或者罚款等措施。因此,基于德、日刑法整体的这种定性不定量的立法模式,必然在共同犯罪制度的设置上也要体现出与这种立法模式整体的协调性,进而刑法理论特别是犯罪论体系的建构逻辑自然也应是这种立法模式的反映。正如有学者所言:“区分违法性与罪责,除评价阶段与评价内涵不同外,对于刑法也有实质的作用。在犯罪论上,主要为对于共犯行为处罚认定标准的确立以及行使正当防卫之判断,即共犯行为的成立系从属于具违法性之主行为,主行为是否具有责任,并无关共犯之成立。另外,此种区分对于刑罚论亦有实际的意义。对于刑罚而言,行为必须为可罚行为,即需具备不法与罪责;但对保安措施来说,其目的系在于防卫构想,故仅需行为具有不法即为已足,至于是否应有罪责存在,对保安措施的科处,不生影响。”^①

其次,德、日刑法关于共同犯罪的这种立法模式是违法性本质——结果无价值论的立法反映。在违法性的本质(实体、根据)问题上,虽然德、日刑法理论一般存在行为无价值论(现在基本上是二元的行为无价值论,在德国是通说)与结果无价值论(主要是日本)的对立,但在日本,结果无价值论明显居于优势地位,正如山口厚教授所言:“在今天的日本刑法学界,即使那些不赞成结果无价值论的学者们,在主张自己的观点时已经不能回避或无视结果无价值论所提出的各种批判。如果说受到德国刑法学极大影响的日本刑法学有其自己特色的话,恐怕其最大的特色就在于结果无价值论在日本所占有的重要地位。”^②根据结果无价值论的主张,刑法规范主要是一种裁判规范,同时,犯罪的本质在于法益侵害,因而在违法性问题上主张客观的违法论。按照客观的违法论,行为是否侵害法益即是否具有违法性,和自然人的故意、过

^① 柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第27页。

^② [日]山口厚:“日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论”,载《中外法学》2008年第4期。

失、责任能力的有无大小无关,只要客观上出现了侵害或者威胁法益的事态,即便是自然灾害、动物所造成的被害,仍然具有违法性。而行为无价值论则认为,刑法规范主要是一种行为规范,犯罪的本质在于对规范的违反,因而在违法性问题上向主观违法论倾斜。按照主观违法论,要把行为人的行为评价为违法,行为人首先要能够理解规范,即要求行为人具有故意、过失、责任能力等条件,这就自然排除自然灾害、动物所造成的被害、未成年人和精神病人造成被害等情况的违法性问题,最终排除这些情况的犯罪问题。但客观违法性理论或结果无价值论在德、日刑法理论中明显居于主导地位,从而未达刑事责任年龄之人或精神病人的危害行为也应视为是一种“犯罪”而受保安处分、拘留或者罚款。

这种客观违法性理论或结果无价值论在共同犯罪制度的立法上反映出来,自然对共同犯罪的成立可以不要求共同犯罪主体之间存在犯意联系或犯意沟通(不限于故意犯罪),也可以不要求共同犯罪主体均达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力。因为共同犯罪主体之间是否存在犯意联系或犯意沟通、共同犯罪主体是否均达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力,对行为的客观违法或行为造成的结果无价值以及法益实际上受侵害并不产生影响。因此,可以认为,德、日刑法关于共同犯罪制度的立法模式即是德、日刑法理论关于违法性本质(结果无价值论)在立法上的反映——一种纯粹从客观方面(法益损害)视角出发的立法方式。而基于这种共同犯罪制度的立法模式,反过来又进一步强化了客观违法性理论或结果无价值论在德、日刑法理论中的主导地位,从而为共同过失行为、片面的加功行为、故意行为与过失行为、与未达刑事责任年龄和不具备刑事责任能力人的共同行为等均可以构成共同犯罪留下了解释的空间和余地。正如王志远博士所言:“在德、日共犯制度法律逻辑之下,没有成立余地的仅仅是片面的共同正犯,因为对共同正犯这种犯罪助力行为类型,德、日的刑法典都采取了多元主体的集合作为法条逻辑的主语,如《日本刑法典》第60条规定:‘二人以上共同实行犯罪的,都是正犯。’因此,主体间性在这里得到了法律上的认同,否定片面共同正犯的成立就成为通说的观点。”“至于日本学