

代表作



# 犯罪论的基本问题

张明楷 著

法律出版社

张明楷  
著

# 犯罪论的基本问题

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

犯罪论的基本问题 / 张明楷著. —北京:法律出版社, 2017(2017. 7 重印)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0965 - 5

I. ①犯… II. ①张… III. ①犯罪学—研究—中国  
IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 130715 号

犯罪论的基本问题  
FANZUILUN DE JIBEN WENTI

张明楷 著

责任编辑 吴 昉  
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 固安华明印业有限公司  
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社  
开本 720 毫米×960 毫米 1/16  
印张 26. 75  
字数 394 千  
版本 2017 年 6 月第 1 版  
印次 2017 年 7 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0965 - 5

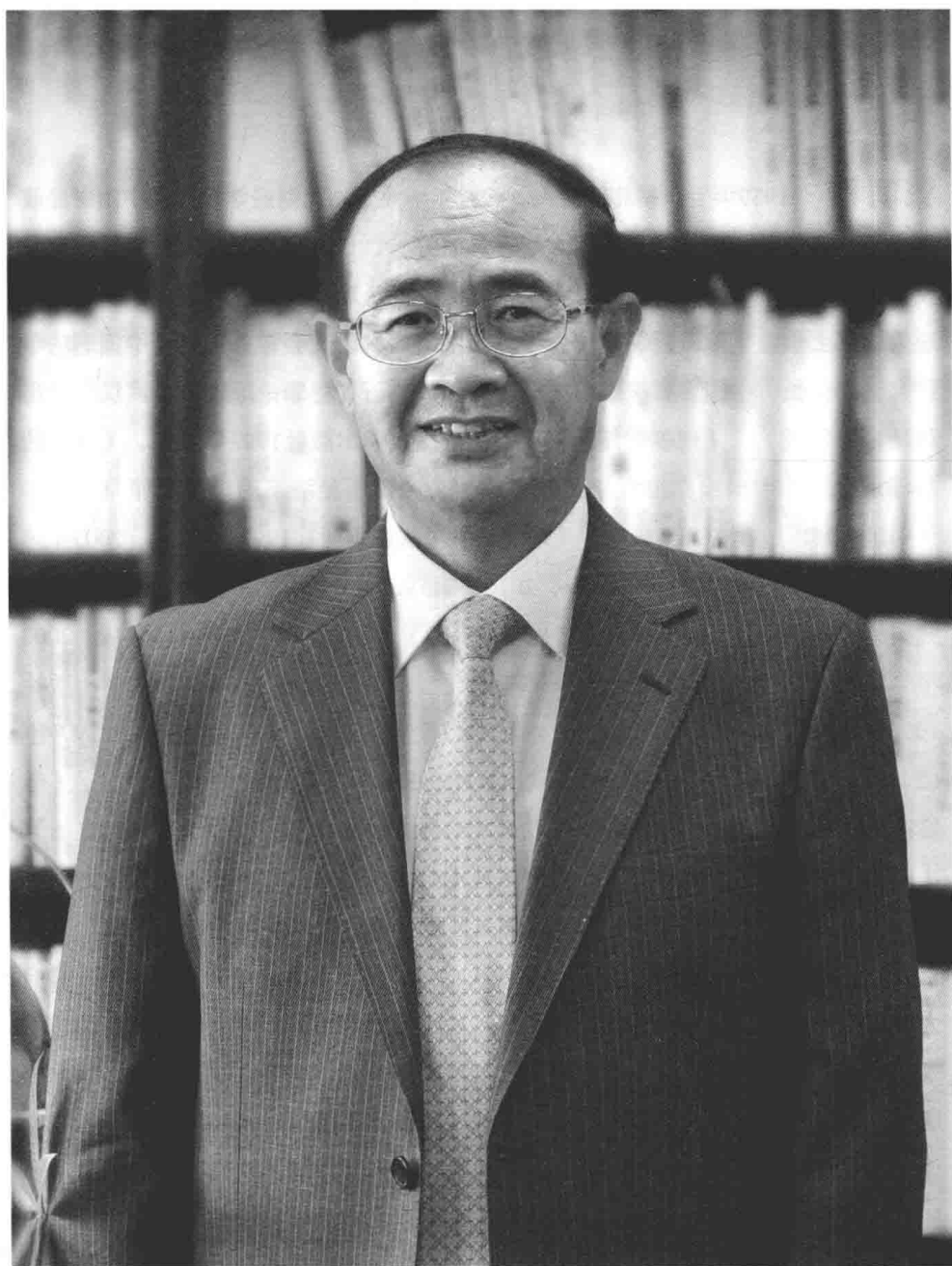
定价:58. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

代表作



张明楷代表作



**张明楷** 1959年生，湖北仙桃人。1982年毕业于湖北财经学院（现中南财经政法大学）法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南政法学院（现中南财经政法大学）教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师，中国人权研究会常务理事、中国刑法学研究会副会长、中国警察法学研究会副会长。独著《犯罪论原理》（武汉大学出版社1991年版）、《刑事责任论》（中国政法大学出版社1992年版）、《刑法的基础观念》（中国检察出版社1995年版）、《市场经济下的经济犯罪与对策》（中国检察出版社1995年版）、《刑法学》（法律出版社1997年第1版、2003年第2版、2007年第3版、2011年第4版、2016年第5版）、《未遂犯论》（法律出版社·成文堂1997年联合出版）、《刑法格言的展开》（法律出版社1999年第1版、2003年第2版、北京大学出版社2013年第3版）、《外国刑法纲要》（清华大学出版社1999年第1版、2007年第2版）、《刑法学（教学参考书）》（法律出版社1999年版）、《法益初论》（中国政法大学出版社2000年第1版、2003年修订版）、《全国律师资格考试指定用书·刑法》（法律出版社2001年版）、《刑法的基本立场》（中国法制出版社2002年版）、《刑法分则的解释原理》（中国人民大学出版社2004年第1版、2011年第2版）、《全国高等教育自学考试指定教材·刑法学》（北京大学出版社2006年第1版、2014年新版）、《诈骗罪与金融诈骗罪研究》（清华大学出版社2006年版）、《刑法学教程》（北京大学出版社2007年第1版、2010年第2版、2011年第3版）、《罪刑法定与刑法解释》（北京大学出版社2009年版）、《犯罪构成体系与构成要件要素》（北京大学出版社2010年版）、《刑法原理与实务》（北京大学出版社2010年版）、《刑法原理》（商务印书馆2011年版）、《行为无价值论与结果无价值论》（北京大学出版社2012年版）；《刑法的私塾》（北京大学出版社2014年版）、《责任刑与预防刑》（北京大学出版社2015年版）；译《日本刑法典》（法律出版社1998年第1版、2006年第2版）；在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物上发表学术论文四百余篇。

## 序 言

走上无比喜爱的学术之路后,我就给自己确立了一些规则,其中之一便是不出版论文集(当然,我从来不反对其他学者出版论文集)。确立这一规则是基于以下三点想法:第一,既然论文已经公开发表,读者就可以找到论文,出版论文集对读者的意义不大;第二,由于各种原因,收入论文集的论文可能已经不合时宜,如若修改,似乎又不是论文集;第三,许多论文是作为著作(项目)的前期成果发表的,后来已经融入相关著作中,出版论文集会形成重复发表。因为存在以上想法,所以,即使在清华大学法学院院庆二十周年出版“清华法学文丛”,要求每位老师编辑一本代表自己学术水平的论文集时,我也没有参与其中。

但是,法律出版社的吴昉编辑近年来反复劝说我出版一部“代表作”,我原本一直深闭固拒或者推三宕四,但吴昉编辑实在过于执着,可谓百折不挠,真让人盛情难却,终促成本文集出版。遵守规则真难!好在规则总有例外。

确定出版文集后,首先遇到的问题是如何筛选论文。如若在整个刑法学领域筛选已发表的论文,定会导致文集内容杂乱无章,于是我将选择范围限定在犯罪论领域。因为犯罪论是我国刑法理论近几年来争论最大的领域,选择这一领域的论文,或许还有一点学术价值与实践意义。由于篇幅有限,本文集只收录了以下十三篇论文。

《犯罪论体系的支柱》一文是针对我国传统的四要件理论体系撰写的论文。传统的四要件体系虽然强调犯罪的本质特征是社会危害性,但对犯罪实体的认识仅停留在“客观”与“主观”两个概念上,并且采取了主观的违法性论,也没有区分违法与责任(如犯罪主体要件中既有违法要素,也

有责任要素),导致诸多问题不能解决或难以自圆其说。例如,主客观相统一的四要件体系,不能区分违法阻却事由与责任阻却事由;主观的违法性论,不能说明作为正当防卫对象的“不法侵害”的内涵与外延,不能妥当处理共同犯罪的相关问题。犯罪论体系应当以价值或目的作为出发点,从而体现评价;以违法(不法)与责任为支柱构建犯罪论体系,具有充分根据与内在合理性。责任是对符合构成要件且违法的不法事实的责任,只有客观地判断了行为是否具备构成要件符合与违法性后,才能进一步判断行为人是否具有责任,而不能相反。很多司法人员在分析案件时,一张口就讲行为人具有故意、过失或者非法占有目的等,一些辩护人也是一开口就讲行为人没有故意、过失与非法占有目的。这是没有正确处理违法与责任的关系所致。该文所强调的是,犯罪的实质是违法与责任,所以,认定为犯罪要从违法到责任。在实行罪刑法定原则的时代,并不是任何违法行为都构成犯罪,只有当违法行为被刑法类型化为构成要件行为,因而只有当行为符合构成要件且违法时,才有可能构成犯罪。所以,认定犯罪时,首先要判断行为是否符合构成要件,然后判断是否存在阻却违法的事由,最后判断行为人是否具有责任。

《构成要件与量刑规则》一文所讨论的是,如何区分构成要件(尤其是加重构成要件)与量刑规则。构成要件是一个特殊的技术性概念,其中包括普通的构成要件、加重的构成要件与减轻的构成要件。但是,我国刑法理论与司法实践一直没有区分加重的构成要件与量刑规则,因而导致犯罪形态的认定与量刑出现偏差。例如,最高人民法院、最高人民检察院2013年4月2日《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条第2款规定:“盗窃既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以盗窃罪既遂处罚。”倘若数额特别巨大的数额起点为40万元,那么,对盗窃39万元既遂的行为人适用的是“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑,而对盗窃40万元未遂的行为人适用的是“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑。这显然不当。之所以形成这种局面,就是因为司法解释没有区分加重构成要件与量刑规则。刑法分则条文单纯以情节(特别)严重(恶劣)、数额(特别)巨大、首要分子、多次、违法所得数额巨大、犯罪行为孳生之物数量(数额)巨大作为法定刑升格条件时,只能视为量刑规则。刑法分则条文因为行为、对象



等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化,进而导致违法性增加,并加重法定刑时,才属于加重的构成要件。加重的构成要件存在未遂犯,量刑规则不存在未遂犯。例如,一个人还没有成为首要分子时,就不能认定为首要分子的未遂;一个人的犯罪情节并不严重时,不能认定为情节严重的未遂;同样,一个人的犯罪数额没有达到巨大时,就不能认定为数额巨大的未遂。

《不作为犯的先前行为》一文所讨论的是,先前行为能否成为不作为犯中的作为义务的来源,以及先前行为成为作为义务来源的条件。该文的基本观点是,应当以形式考察与实质考察相结合的方法,探讨不作为犯的作为义务的发生根据。仅肯定先前行为是作为义务的发生根据,或者完全否定先前行为是作为义务的发生根据,都不妥当。但是,如果不对先前行为进行实质的限定,就会无限扩大不作为犯的处罚范围。由于先前行为原本就是一种形式的法义务(不作为犯的行为主体就是实施了先前行为的人),所以,只要对先前行为进行实质的限定,使先前行为同时具备实质的法义务根据,一定的先前行为就能成为作为义务的发生根据。在我国,要求不作为与作为具有等价性,只是意味着不作为必须符合刑法规定的构成要件。在作为犯的场所,作为方式的杀人是死亡的原因,行为人支配了这一原因。因此,要认定不作为成立杀人罪,也要求行为人支配了死亡的原因。就此而言,将实质的法义务限定为对结果原因的支配,是正当的、可取的。问题在于,在行为人实施了危险的先前行为时,不防止实害结果发生的行为是否属于对结果原因的支配。该文持肯定回答。具体而言,具备下列条件的先前行为,能够成为不作为犯的作为义务的发生根据:第一,先前行为对刑法所保护的具体法益造成了危险。第二,危险明显增大,如果不采取积极措施,危险就会立即现实化为实害。第三,行为人对危险向实害发生的原因具有支配性,亦即,在当时的情况下,先前行为是最应当防止实害结果的发生的人。不作为、具备违法阻却事由的行为、过失犯罪行为与故意犯罪行为,均可能成为产生作为义务的先前行为。危险的先前行为不仅是不真正不作为犯的义务来源,而且也是非典型的真正不作为犯的义务来源。

《因果关系与结果归属》一文是针对周光权和刘艳红两位教授关于客观归责理论的观点所撰写的一篇商榷性论文。刘艳红教授不赞成引入德

国的客观归责理论,周光权教授撰写论文与刘艳红教授商榷,该文则同时与两位教授商榷。该文的基本观点如下:新康德主义是客观归责理论得以形成的理论基础;杀人、伤害等罪的实行行为缺乏定型性以及条件说的无限溯及,是形成客观归责理论的基本原因;客观归责理论以法益保护为导向,与结果无价值论并不矛盾。客观归责理论不是事实的因果关系理论,而是以事实的因果关系为前提的规范评价理论,也是构成要件理论。客观归责理论可以克服单纯采用条件说所形成的缺陷,能够从存在论到规范论进行类型化判断,但也有不能令人满意之处。例如,客观归责理论将所有限缩客观构成要件的问题都当作结果归责来处理,而且没有分别讨论构成要件要素。在我国,应当强调构成要件符合性概念以及各个要素的重要性,并应保留实行行为概念,故不能直接照搬德国的客观归责理论。但是,在构成要件部分维持实行行为、行为对象、结果、因果关系的基本构架下,应当充分借鉴客观归责理论的具体内容:“实行行为”部分,应当借鉴制造不允许的危险的全部具体内容,以及危险实现与构成要件的效力范围的部分内容;“结果”部分,应当采取规范判断的立场;“因果关系”部分,应当借鉴危险实现的基本内容,将现行的因果关系分为事实的因果关系与结果归属两部分,分别进行事实判断与规范判断。

《行为功利主义违法观》一文是将伦理学运用到违法性领域的论文。2010年3月20日下午,我在中国法学创新讲坛(第3期)做了题为“行为功利主义刑法观”的演讲。之后,我对演讲稿标题与内容进行了修改,形成了本文。行为功利主义与规则功利主义是功利主义的两种立场,其中,行为功利主义与结果无价值论完全一致,规则功利主义则与行为无价值论中的法规范违反说相一致。规则功利主义虽然也是相当有力的学说,但其地位十分尴尬,缺乏内在一致的理论体系。如果规则功利主义者强调,经验证明违反某些规则通常造成恶的结果时,人们就无论如何都必须遵守这些规则,便成为义务论者;如果规则功利主义否认自己是义务论者,时时刻刻用行为的结果来辩护规则,那么,它便转向了行为功利主义。之所以如此,是因为当规则与功利(最终结果)有冲突时,规则功利主义要么违反规则追求好的结果,要么维护规则舍弃好的结果。我比较喜欢并经常阅读伦理学方面的论著,感觉行为功利主义为自己所持的结果无价值论的立场提供了哲学依据。该文的基本观点如下:刑法绝对排斥对正当行为的处罚;因

此,如何评价行为正当与否,就成为刑法领域特别重要的问题。评价行为正当与否,应当采取行为功利主义,因而应当采取结果无价值论;在两种法益存在冲突的情况下,应当通过法益的衡量,判断行为正当与否;符合构成要件的行为,即使违反了某种规则,但只要保护了更为优越或者同等的法益,就成为正当化事由(在业务过失领域,符合规则的行为不可能成为符合构成要件的行为,例如,符合交通运输管理法规的行为,不可能成为符合交通肇事罪构成要件的行为);当然,侵害了法益的行为,如果不符合构成要件,或者虽然符合构成要件但缺乏有责性(行为人在行为时遵守规则的,难以认定其有故意和过失),就不能以犯罪论处。行为正当与否与行为人应否受谴责不是同一问题,因此,刑法理论必须严格区分违法与有责。

《偶然防卫的基本性质》一文所讨论的偶然防卫现象虽然十分罕见,但对偶然防卫的看法却标志着论者是结果无价值论者还是行为无价值论者。所以,讨论偶然防卫具有重要的理论价值。行为无价值论的既遂说认为,偶然防卫成立故意犯罪既遂,但这实际上是主观主义的观点,其理由存在缺陷。行为无价值论(二元论)的未遂说认为,偶然防卫时,行为人造成的结果是法律所允许的,故不存在结果无价值,但由于行为人出于犯罪故意实施了构成要件行为,存在行为无价值,因而应以未遂犯论处。但是,这一观点形成了“偶然防卫虽然违法但在行为当时必须允许”、“偶然防卫在行为当时应当允许但事后应当受到处罚”等诸多无法克服的矛盾现象,所以也不可取。结果无价值论的未遂论认为,正当防卫的成立不以防卫人具有防卫意识为前提,但偶然防卫没有造成法益侵害结果只是一种偶然,就像其他未遂犯没有造成法益侵害结果只是一种偶然一样,由于仍然存在侵害法益的危险,故应认定为未遂犯。然而,这一观点忽视了偶然防卫的危险判断与一般故意行为的危险判断的区别,其结论存在疑问。况且,既然认为正当防卫的成立不以防卫人具有防卫意识为前提,那么,偶然防卫就完全符合了正当防卫的成立条件;既然行为完全符合正当防卫的成立条件,就不应以行为具有危险为由认定为未遂犯。结果无价值论的二分说认为,紧急救助型的偶然防卫属于正当防卫,自己防卫型的偶然防卫成立犯罪未遂。这一观点的确有一定的合理之处,也可能符合一般人的法感情,但是,本文对此持不同看法。因为这种观点实际上认为,保护了第三者法益的偶然防卫不成立犯罪,但保护了自己法益的偶然防卫则成立犯罪未

遂。这多多少少将伦理的判断纳入了刑法领域。结果无价值论(防卫意识不要说)的无罪说认为,防卫意识不是正当防卫的成立条件,而且,偶然防卫保护了优越的法益,故不成立犯罪。该文即持结果无价值论的无罪论。当然,无罪说仅限于偶然防卫人的行为与故意针对客观上的不法侵害者而言。如果偶然防卫人的行为与故意是针对无辜者,而偶然造成不法侵害者伤亡时,则是需要另外讨论的问题。例如,逃犯甲、乙均持枪瞄准追逃的警察丙开枪射击,但甲的子弹射中了乙。在这种情况下,虽然甲对乙的行为属于偶然防卫,不成立犯罪,但由于甲是瞄准警察丙开枪的,其行为具有杀害警察丙的危险性,因而,对丙成立故意杀人未遂。此外,说偶然防卫无罪,只是就偶然防卫行为本身而言。所以,并不排除偶然防卫之前的行为成立犯罪预备。显然,得出上述结论没有任何矛盾。

《危险接受的基本法理》一文所讨论的问题在我国还没有展开深入研究。在德国、日本等国,刑法理论的主流观点似乎是,对危险接受的各种情形均不应以犯罪论处,但理由五花八门,因此,危险接受究竟属于哪一领域的问题,也存在争议。另外,在我国的司法实践中,对危险接受则几乎没有例外地均以犯罪论处。该文采取了折中的立场。根据是自己侵害还是他者侵害这一标准,危险接受分为两种情形:被害人自己支配实害结果发生的,被告人的行为属于自己危险化的参与;被告人的行为支配了实害结果发生的,则是基于合意的他者危险化。被害人承诺、规范的保护范围、被害人自我答责、被害人信条学、行为的危险性否定说等理论,均不能妥当说明危险接受的法理。其中几乎占据通说地位的被害人自我答责的理论,为了得出无罪结论所提出的各种具体条件,缺乏妥当根据;而且,被害人自我答责与被害人承诺是基于相同的理论根基——被害人的自我决定权,既然对基于合意的他者危险化不能通过被害人承诺排除不法,就没有根据通过基于相同理论根基的自我答责性原则来排除不法。在自己危险化的参与的场合,应当运用共犯从属性的原理,认定被害人支配实害结果发生的行为并不符合任何犯罪的构成要件,故参与者(被告人)的行为不可能成立犯罪。对被告人与被害人共同导致实害结果发生的情形,也应当视为自己危险化的参与,否认被告人的行为成立犯罪。在基于合意的他者危险化的场合,被告人支配实害结果发生的行为,符合过失犯的构成要件且不具有违法阻却事由,原则上并不排除犯罪的成立;但是,如果能够认定被害人对被

告人实施强制行为,或者具有优越的知识,支配了因果发生进程,对实害结果的发生处于间接正犯的地位,则被告人的行为不成立犯罪。

《罪过形式的确定标准》一文所讨论的问题是,如何确定刑法分则所规定的犯罪是故意犯罪还是过失犯罪。故意与过失是两种罪过(责任)形式。刑法第14条第2款规定:“故意犯罪,应当负刑事责任。”第15条第2款则规定:“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。”这两款规定既说明了刑法以处罚故意犯罪为原则、以处罚过失犯罪为例外,也说明分则条文没有规定罪过形式的犯罪只能由故意构成,分则条文规定了处罚过失犯罪时,该犯罪才能由过失构成。问题在于,如何理解和判断“法律有规定”?有的学者只是在对相关行为人的心理事实进行分析与归纳,仅仅考虑了行为人通常可能出于何种心理状态实施某种犯罪的客观行为,而没有关注相关犯罪是否属于刑法第15条第2款所称的“法律有规定”的过失犯罪,也未能提出确定罪过形式的标准与方法。有的学者提出了确定罪过形式的基本方法,即区分条文规定的犯罪是行为犯、危险犯,还是结果犯;行为犯只能是直接故意犯罪;犯罪为危险犯时,则需要比较法定刑;犯罪为结果犯时,应当分析结果与行为人的主观愿意是否矛盾。但是,这种确定罪过形式的方法存在明显的缺陷。该文的基本观点是,确定具体犯罪的罪过形式时,不能以“事实上能否出于过失”的归纳取代“法律有无规定”的判断,而应当充分考虑并贯彻刑法第15条第2款“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”的规定。将某种犯罪确定为过失犯罪的法定标准,是法律有文理规定。根据尊重人权主义的原理,对于法益侵害并非严重的行为,不宜确定为过失犯罪;按照责任主义原理,不能出现某种犯罪只能由过失构成而不能由故意构成的局面;依循刑法的谦抑性原理,罪过形式的确定不能以其他法领域规定的过错形式为标准。

《具体方法错误的处理》一文所讨论的是国内外刑法理论争议最激烈的问题之一。如所周知,事实认识错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误。具体的事实认识错误,是指行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致,但没有超出同一犯罪构成范围的情形(因而也被称为同一犯罪构成内的错误)。刑法理论一般认为,具体的事实错误包括对象错误、方法错误与因果关系的错误。就对象错误与因果关系的错误而言,刑法理论基本上没有争议或者争议不大。对于具体的事实错误,主要存在

具体符合说与法定符合说的争论(此外还有行为计划说)。前者认为,行为人所认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时,才成立故意的既遂犯;后者主张,行为人所认识的事实与实际发生的事实,只要在犯罪构成范围内是一致的,就成立故意的既遂犯。错误论是故意论的反面。换言之,刑法理论所讨论的事实错误,并非主观方面与客观方面之间存在不一致的所有情形,而是仅限于故意犯的成立与否存在疑问的情形。客观方面发生了某种重大的不法事实(如发生了他人死亡的结果),主观方面对一定的事态具有认识时,主观方面的这种认识能否成为与该客观事实相对应的故意(如杀人罪的故意),才是刑法理论讨论的错误论的问题。显然,认识错误与故意是表里关系,对认识错误的处理旨在解决行为人对发生的结果是否具有故意责任。换言之,对认识错误如何处理与成立故意犯罪要求行为人对不法事实认识到何种程度,是一个问题的正反面。不可否认,法定符合说与具体符合说都存在缺陷,行为计划说也不例外。但我还没有能力提出一种没有缺陷的学说(单纯将两种学说的合理结论拼凑起来所形成的学说,必然缺乏内在的一致性),当下只能在法定符合说与具体符合说之间选择缺陷较小的学说。从我国刑法分则规定的特点来看,选择具体符合说会存在较多的缺陷,而且容易形成理论上的自相矛盾。所以,该文选择了法定符合说。

《期待可能性的法理》一文对国内外有关期待可能性的理论进行了梳理,并提出了自己的看法。在笔者看来,有必要站在非决定论的立场来讨论期待可能性。有关期待可能性的部分观点分歧,缘于在不同意义上使用期待可能性概念。期待可能性理论虽然在德国受到冷落,但这仅限于故意的作为犯的情形,而且有其特定原因。例如,期待可能性理论是规范责任论的当然结论,但德国部分学者采取了功能责任论;期待可能性的基本原理在不同场合以其他概念发挥了不同作用;缺乏期待可能性的情形已基本上被德国刑法明文规定为责任阻却事由;由于社会的充分发展,国民在行为时缺乏期待可能性的情形确罕见。但是,功能责任论存在明显缺陷,我国当前应当采取规范责任论,使期待可能性理论发挥应有的作用;由于我国刑法仅规定了部分责任阻却事由,所以,缺乏期待可能性既是某些法定的责任阻却事由的根据,也是超法规的责任阻却事由;对于期待可能性的积极错误,宜在期待可能性的判断内部予以解决。另一方面,也不能随

意以行为人缺乏期待可能性为由宣告行为无罪;对于刑法应当类型化而还没有类型化的缺乏期待可能性的事由,刑法理论应当予以类型化;在类型化之外,只有在极为特殊的情形下,才可能得出因缺乏期待可能性而无罪的结论。

《中止犯的法律性质》一文讨论的是中止犯的减免处罚的根据问题。中止犯减免处罚的根据直接影响中止犯的成立条件,不管是在德国还是在日本,中止犯的法律性质都是刑法理论必须讨论且存在争论的问题,但德国刑法理论的通说是刑事政策说(刑罚目的说),日本刑法理论的通说则是法律说与政策说相结合的并合说。两国学说之所以不同,重要原因之一是刑法对中止犯的法律后果规定的不同。我国1979年刑法关于中止犯法律后果的规定与日本刑法的规定相同,故我国刑法理论一直借鉴日本的学说,即主流观点采取法律说(违法减少、责任减少)与政策说(金桥理论)的并合说。诚然,与既遂犯相比,中止犯的违法性与有责性明显减少,但是,中止之前的犯罪行为所形成的违法性与有责性不可能因为事后的中止行为而减少,所以,中止犯的违法性与有责性并不轻于未遂犯;金桥理论存在明显的缺陷,其与法律说的并合难以说明中止犯减免处罚的根据。我国刑法第24条规定,对于没有造成损害的中止犯免除处罚,这与德国刑法的规定相同。在我国,应当首先讨论中止犯免除处罚的根据,然后讨论为什么对“造成损害”的中止犯不得免除处罚。该文认为,中止犯免除处罚的根据,在于其违法性与有责性比既遂犯减少,以及行为人的自动中止表明其不具有特殊预防的必要性;对“造成损害”的中止犯减轻处罚,是因为其先前行为形成了轻罪的既遂犯,行为人必须对轻罪的既遂犯承担责任,因而不可能免除处罚。因此,只有当行为符合某种重罪的中止犯的成立条件,同时构成了某种轻罪的既遂犯时,才能认定为中止犯中的“造成损害”;在对“造成损害”的中止犯减轻处罚时,应当考虑与轻罪的法定刑的协调关系。

《共同犯罪的认定方法》一文是针对传统的共同犯罪理论所撰写的论文。我国认定共同犯罪的传统方法,存在不区分不法与责任、不区分正犯与狭义的共犯、不分别考察参与人行为与正犯结果之间的因果性三个特点,这种认定方法导致难以解决诸多复杂案件。例如,15周岁的甲入户盗窃时,请17周岁的乙为其盗窃望风。在乙的帮助下,甲顺利窃取了丙的2

万元现金。按照通说,由于甲没有达到责任年龄,故甲与乙不成立共同犯罪,对乙不能以共犯论处。但是,这种结论不能被人接受(对乙也不可能认定为直接正犯与间接正犯)。再如,甲意欲盗窃他人汽车,让乙提供了用于盗窃汽车的钥匙,但甲在使用乙提供的钥匙时,却不能打开车门。于是,甲用其他方法盗走了汽车。按照传统的认定方法,乙与甲有盗窃的共同故意和共同行为,故成立盗窃罪的共犯,乙对盗窃汽车的结果承担刑事责任。可是,乙虽然对甲盗窃汽车实施了帮助行为,但其帮助行为与甲盗窃汽车既遂的结果之间既没有物理的因果性,也没有心理的因果性,让乙承担盗窃既遂的刑事责任,明显不当。该文提出,认定共同犯罪应当采取相反的方法:第一,共同犯罪是不法形态,认定二人以上的行为是否成立共同犯罪,只是解决二人以上的客观归责问题,或者说,只是认定二人以上的行为是不是造成法益侵害结果(包括危险)的原因;只要认定共同犯罪的成立,就要将法益侵害结果客观归属于参与人(而不论参与人是否具有主观责任)。至于各参与人对归属于他的结果是否承担主观责任,则需要个别的判断,但参与人是否具有责任以及具有何种责任,在共同犯罪中没有任何特殊性。换言之,共同犯罪的特殊性仅存在于不法层面,应当以不法为重心认定共同犯罪;至于其中的责任判断,则与单个人犯罪的责任判断没有区别。第二,正犯是构成要件实现过程中的中心人物。因为犯罪的本质是侵害或者威胁法益,具体表现为对法益造成侵害结果或者危险结果,而支配这种结果发生的人正是正犯。所以,在处理共同犯罪案件时,先确认正犯,在正犯的行为符合构成要件且违法的前提下,判断是否存在教唆犯、帮助犯,就变得相对容易。这是认定共同犯罪的最佳路径,没有必要抽象地讨论共同犯罪的成立条件。易言之,应当以正犯为中心认定共犯;当正犯造成了法益侵害结果(包括危险)时,只要参与人的行为对该结果做出了贡献,就属于不法层面的共犯。第三,由于犯罪有既遂与未遂之分,所以,在共同犯罪案件中,参与人是否为共犯人与参与人应否对法益侵害结果负责是两个不同的问题。共犯的因果性问题,既关系到共犯成立与否,也关系到共犯应在什么范围内承担责任。只有当参与人的行为与正犯结果之间具有因果性时,才承担既遂犯的刑事责任,故共犯的认定应当以因果性为核心。在该文看来,刑法理论与司法实践完全可以淡化“共同犯罪”的概念。换言之,只要以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心



判断数人参与犯罪的案件,那么,首先要在不法层面认定正犯(包括共同正犯),确定了正犯之后,就必须将结果或者危险客观归属于正犯行为;其次,判断哪些参与人的行为与正犯结果之间具有因果性,只要具有因果性,就可以肯定其为不法层面的共犯;再次,分别判断各参与人的责任(如责任年龄、故意的内容等),进而确定参与人所触犯的罪名;最后,按照我国刑法关于主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的处罚原则,分别给各参与人量刑。不难看出,在其中的任何一个步骤,都没有必要提出和回答“谁和谁成立共同犯罪”、“共同犯罪犯的什么罪”这样的问题。所以,即使不使用“共同犯罪”的概念,也完全可以认定数人共同参与犯罪的现象。诚然,我国刑法使用了“共同犯罪”的概念,但我国刑法有关共同犯罪的规定的确存在多种解释的可能性。

《法条竞合与想象竞合》一文讨论的是法条竞合与想象竞合的区分标准。法条竞合与想象竞合的法律后果存在明显区别,必须严格区分。长期以来,我国刑法理论基本上采用了单一的形式标准区分法条竞合与想象竞合,甚至通过介入案件事实判断两个法条之间是否存在包容(包摄)与交叉等关系,结果是将大量的想象竞合纳入法条竞合(尤其是其中的特别关系),进而导致案件的处理不能贯彻罪刑相适应原则。换言之,我国的许多学者虽然严格坚持德国、日本处理法条竞合中的特别关系的原则(即特别法条优于普通法条),却又没有按照德国、日本的刑法理论确定特别关系,导致特别关系的范围包含了德国、日本的吸收关系与想象竞合。同样,我国刑法理论与司法实践虽然接受了源于德国的想象竞合概念,却忽略了想象竞合最重要的、德国刑法理论与司法实践最强调的明示机能,导致原本属于想象竞合的交叉关系都成为法条竞合。笔者始终反对宽泛地确定法条竞合的范围,不顾及处理结论是否合理而坚持特别法条优于普通法条原则的做法。换言之,为了处理结论合理,实现刑法的正义理念,实现特殊预防与一般预防目的,要么有限地适用重法条优于轻法条的原则,要么限缩法条竞合的范围,将需要适用重法条的情形排除在特别关系之外。笔者以前赞成有限地适用重法条优于轻法条的原则,采取的是前一路径;该文所提出的法条竞合与想象竞合的重新区分,采取的是后一路径。该文的基本观点如下:不借助具体案件事实的联结,仅通过对构成要件的解释就能够肯定两个法条之间存在包容关系或交叉关系,是法条竞合的形式标准;