

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第14卷 | 第1辑 Vol.14, No.1 (2016)

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

本辑主题

罪刑治理的逻辑、体系及限度

- ◎ 犯罪参与体系的博弈与共生——结合中国法的考察
- ◎ 犯罪论体系视角下的教唆犯属性
- ◎ 英国诈骗罪过度犯罪化问题及其解决
- ◎ 家庭暴力中的正当防卫限度论——兼论正当防卫教义学前提的反思
- ◎ 犯罪中止自动性判断理论
- ◎ 构建单位累犯制度的可能性
- ◎ 论特殊减轻处罚
- ◎ 减刑、假释程序司法化反思
- ◎ 学术理想与刑事法治变革
- ◎ “罪疑”与“疑罪”之法理界分
- ◎ 棘手刑事案件的舆论应对方案——以2005年—2014年十大影响性诉讼为样本
- ◎ 正义的神启时代：神明裁判及其历史演进——读《中世纪神判》

中山大学法律评论

(中大法学)



中山大学法学院主办

ZHONGSHAN DAXUE FALV
PINGLUN

第14卷 | 第1辑 Vol.14, No.1

主 编 谢进杰

Editor-in-Chief Jinjie Xie

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

·桂林·

图书在版编目 (CIP) 数据

中山大学法律评论. 第 14 卷. 第 1 辑 / 谢进杰主编.
桂林: 广西师范大学出版社, 2016.11
ISBN 978-7-5495-9157-2

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 276238 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 张艺兵

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码: 530007)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 15.5 字数: 223 千字

2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

定价: 45.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。



中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第14卷 | 第1辑 Vol.14, No.1 (2016)

主 编 谢进杰

编 委 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 杜 金 梁丹妮 廖艳嫔

刘 诚 毛 玮 王承志 王欢欢 杨 彪 张 亮

编 务 魏湘粤 赵一灵

学术委员会

蔡彦敏 郭天武 黄建武 黄 瑶 李挚萍 刘 恒 马作武

慕亚平 聂立泽 任 强 王红一 谢石松 谢晓尧 徐忠明

杨 鸿 杨建广 杨小强 于海涌 张民安 周林彬

邮 箱 sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址 http://law.sysu.edu.cn/Category_67/Index.aspx

地 址 中国广州市新港西路135号 邮 编: 510275

微 信 SUSYLawReview 微 博 新浪“中山大学法律评论”

博 客 <http://sysulr.fydz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学司法体制改革研究中心

中山大学法学实验教学中心

目 录

主题研讨——罪刑治理的逻辑、体系及限度

——
论文
——

- 171 学术理想与刑事法治变革(刘仁文)

——
评论
——

- 201 “罪疑”与“疑罪”之法理界分(张晓冉)

——
争鸣
——

- 217 棘手刑事案件的舆论应对方案
——以2005年—2014年十大影响性诉讼为样本(姜树政)

——
阅读经典
——

- 233 正义的神启时代:神明裁判及其历史演进
——读《中世纪神判》(刘志松/段知壮)

Table of Contents

Symposium

The Logic, System and Limits of Criminal Penalty

- 003 Two Modes of Criminal Participation between Symbiosis and Struggle—A Study of Chinese Law
Li Ruijie
- 026 The Normative Interpretation of Abettor Properties under the Perspective of the Crime Theory System
Zhu Daohua
- 053 Over-criminalization Problems of Fraud Crime in UK and Its Solutions
Hu Sha
- 078 On the Limits of Justifiable Defense in Domestic Violence
YuHaodong
- 105 Theory on the Automatic Judgment of the Discontinued Criminal
Chen Wentao
- 124 The Possibility of Constructing Unit Recidivism
Nie Lize/ Gao Meng
- 136 On Specialmitigation of Punishment
Liu Weihong

- 149 A Reflection on the Judicialization of Commutation and Parole Procedure

Yuan Yikang

Articles

- 171 Academic Ideal and the Reform of Criminal Law

Liu Renwen

Comments

- 201 Legal Boundary between “Suspected Crime” and “Doubtful Case”

Zhang Xiaoran

Academic Debate

- 217 The Public Response Plan on Chinese Criminal Cases —— Analyzed According to Criminal Affect Litigation of Ten Years (2005—2014)

Jiang Shuzheng

Reading of Classic Works

- 233 The Age of Justice from God’s Revelation: The Trial by Ordeal and Its Evolution —— On The Medieval Judicial Ordeal by Robert Bartlett

Liu Zhisong/Duan Zhizhuang

主题研讨——罪刑治理的逻辑、体系及限度

Symposium: The Logic, System and Limits of Criminal Penalty

犯罪参与体系的博弈与共生

——结合中国法的考察

李瑞杰^[1]

提 要：对于刑法必须进行体系解释，割裂规范之间的逻辑关系只会背离理论运用的完整性。如果将我国《刑法》关于预备犯、共同犯罪的有关规定进行体系性思考，单一制与区分制、从属性与独立性的区分又显现出另一番图景：其一，如果实行预备犯的普遍处罚制，共犯从属性说、共犯独立性说、单一正犯体系之间无万丈鸿沟，罪之有无立场一致，只是犯罪形态可能有异——预备与未遂；其二，客观主义之下，于定罪量刑而言，单一制与区分制之共犯从属性并无二致；其三，采区分制（主要是共犯从属性说）之学者，无视预备犯与单一制的理论可以共通，指摘其违背罪刑法定原则之论难以成立；其四，犯罪形态上，由于我国《刑法》未确立广义未遂之概念，单一制有效避免了“一个行为两种状态”的理论困境。在此基础上，如进一步结合超越国别之单一正犯体系的优势，不难发现，宣示共犯从属性之二元犯罪参与体系与一元犯罪参与体系的立场无根本对立，而且后者的论理高度一致、科刑亦属相对合理。因此，我国刑法理论与实践有必要采用一元犯罪参与体系。

关键词：预备犯；单一制；区分制；共犯从属性说；共犯独立性说；未成年人；利益；自由；权利；义务

[1] 作者李瑞杰，男，西南政法大学法学院学生。受陈忠林先生与付立庆先生指点，笔者也从《中山大学法律评论》审稿专家的意见与建议中获益匪浅，特此谨致谢忱。

在我们可以想象的时空范围之内,犯罪都将是社会生活的常态,而数人共同犯罪亦与之同在。尤其是数人共同参与实施犯罪的情形中,相互之间分工协作、各担任务,彼此之间依托“群集心理”,强化犯罪意图,并由此,某一犯罪参与者脱离团体甚至中止犯罪,将变成难以思议的现象。^[1]

如果不对共同犯罪人科以刑罚,显然有悖于民众的基本情感与生活常识。但是,如果对共同犯罪人科以刑罚,又不完全符合刑法基本理论,需要我们不断变换花招。^[2] 刑法理论不能成为刑法学家自我把玩的器物,其必须观照实践,必须对之妥善地予以回应。考察既往的理论与实践的历史过程,犯罪参与体系理论必须解答下列难题:①罪刑法定原则要求刑法只能处罚符合构成要件的行为;②罪责自负原则要求国家不能因为一人的不法行为而处罚其他人;③一个行为只有一种状态。由此,刑法学中最为黑暗、混乱而令人绝望之章,围绕数人参与的犯罪活动展开了繁杂众多的理论聚讼。

犯罪参与体系理论的研究对象,是二人以上(包括二人)的行为人基于单向或双向利用的意思而共同侵害法益的行为。我国传统刑法理论对于犯罪参与体系的理论探讨相当热烈,但是晚近以降,我国不少刑法学人在陷入讨论犯罪构成理论优劣与革新的巨大漩涡之后,就开始不加省察地在犯罪参与体系的路径选择上,偏重于二元犯罪参与体系。笔者以为,法教义学之研究应当树立中国主体性意识,参酌东西意在洋为中用,不要成为法律的捐客,误把他乡作故乡,切不可追随域外、亦步亦趋。其下,本文拟对此作进一步的探讨,期望能化解争议。

职是之故,正文概分三章,分别探索三种参与理论之定罪判定、澄清单一正犯体系之错误指摘、点明共犯从属性说之学理困境。合其旨趣,不外乎辗转于“黑暗之章”,循沿中国法的理路,于开放和比较的格局中,找寻我国刑法学理与审判实践的应然选择。吾人惟愿经此作业,辨章学术、考镜源流,坚持中国特色的犯罪参与体系,继续践履单一正犯理论。

[1] 详细评析可见[日]西田典之《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,北京:中国人民大学出版社,2007年,第265页。

[2] “不符合刑法基本理论”,其意指我们不能简单用处理一个人犯罪的原理进行处理,需要发展出众多的理论来对基本理论进行补充说明或者修正改造等。

一、三种理论于成罪判定无差别

在中国法的语境中,审视共犯论的刑法规范,结合预备犯的刑法规范,三种犯罪参与体系不同于域外出现罪与非罪的鸿沟;相反,罪之有无的判定无差别,仅可能犯罪形态有异。遗憾的是,不少学人尚未对此展开深入的研究,本部分先行澄清共犯从属性之含义,进而展现一幅近乎忘却的共生图景。

(一) 共犯从属性之误解

二元犯罪参与体系之下,共犯人自始便具有从属性,不存在真正独立的共犯。^[1] 共犯独立性与共犯从属性有着共同的理论渊源,又与一元犯罪参与体系有着相当的耦合之处,是逻辑不彻底的产物。

不过在开始讨论前,鉴于不少学者误读了共犯从属性,有必要澄清何为共犯从属性。以我国《刑法》第29条第2款中“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之规定为例,共犯从属性说一派的领军人物张明楷先生,就认为只能将其解释为“被教唆的人已着手实行被教唆的罪但没有既遂”。因为如果按照传统通说的解释,把被教唆的人尚未开始实施预备行为甚至拒不接受教唆也包含其中,明显不符合共犯从属性说。^[2] 共犯从属性阵营中的悍将钱叶六先生也认为:

由于单纯的教唆行为永远不会对法益形成威胁,更不会造成实际的危害结果,所以,在仅有教唆人的教唆行为,而没有被教唆人的实行行为的情况下,通常就没有处罚的必要(事实上,实践中也几乎见不到

[1] 所谓的共犯独立性是处理在共犯尚未着手实行犯罪时如何评价的问题。详言之,共犯从属性之说与共犯独立性之说,是在德日刑法对于预备犯采取个别处罚的情况下,而且多是正犯都不是犯罪的情况下,解决如何评价共犯的问题。传统的共犯从属性——坚持实行从属性说的共犯从属性论者认为共犯不是犯罪,而共犯独立性论者认为是犯罪。由于采取预备犯个别处罚制,多数情况都是一个人犯罪,不是数人共同参与犯罪的问题。进而言之,都不存在共同犯罪了,还有什么从属与独立的争论呢?故而,二元犯罪参与体系之下,共犯人自始便具有从属性,不存在真正独立的共犯。

[2] 参见张明楷《刑法学》(第四版),北京:法律出版社,2011年,第378页。

处罚单纯教唆行为的事例)。而只有当被教唆人着手实行犯罪,使法益面临侵害的具体、紧迫危险时,才有必要处罚教唆犯。〔1〕

不过笔者以为,刘明祥教授之见才属精当,然而亦有值得完善之处。〔2〕众所周知,教唆未遂是指教唆者尝试教唆被教唆者,但未能使被教唆者开始着手实行的阶段。未遂教唆是指被教唆者已着手实行所教唆之罪,但没有既遂。〔3〕对于教唆信息正传递给被教唆人但其还未接受、被教唆人明确拒绝教唆、被教唆人虽接受教唆但尚未开始实施预备行为等情形,被教唆人已经进行了犯罪预备活动等一系列情况,都是正犯着手实行犯罪之前的,那么按照代表性的共犯从属性论者之观点,这都是不能处罚的了。〔4〕

不难看出,要求“被教唆、被帮助的实行犯已经着手实行犯罪,才处罚作为共犯的教唆犯和帮助犯”的观点,〔5〕是对共犯从属性的明显误读。例如,某甲重金购求杀手某乙,并为其准备长刀,某乙接受而后回家计划中事发,依实行从属性,某甲当属无罪,显然与情理相悖。又如,德国联邦最高法院曾判决一名教唆他人作伪证但教唆信息未传给对方的犯人构成伪证罪。〔6〕有学者敏锐地指出,在行为入用重金收买对方从事大规模杀人的恐怖活动遭到拒绝的场合,按传统上支撑区分制的共犯从属性理论,由于被教唆者没有实行被教唆的罪,对教唆者就无法定罪处罚,这样处理无疑

〔1〕 钱叶六:《共犯与正犯关系论》,《中外法学》2013年第4期,第767页。

〔2〕 可见刘明祥《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释》,《法学研究》2011年第1期。可完善之处在于,“教唆者误以为被教唆者无责任能力,教唆者自以为己身为间接正犯却实则充当教唆犯の場合”亦属于“被教唆的人没有犯被教唆的罪”。当然,刘先生坚持单一正犯体系,这也不算是真正的漏洞。

〔3〕 蔡桂生:《〈刑法〉第29条第2款的法理分析》,《法学家》2014年第1期,第69页。

〔4〕 不过,西田典之教授表示,事实上,即使在日本对于“教唆行为已经实施,正犯尚未至于着手实行犯罪的情况”之教唆未遂也予以处罚。参见何荣功《共犯的分类研讨述评——以中日刑法的比较为中心》,载马克昌、莫洪宪主编《中日共同犯罪比较研究》,武汉:武汉大学出版社,2003年,第243、285页。

〔5〕 此种观点可见周光权《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》,《法学研究》2013年第4期,第180页。

〔6〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲译,北京:法律出版社,2013年,第218—219页。

会放纵这类危险的犯罪发生。〔1〕

（二）共犯从属性之正解

如前所述,在标榜共犯从属性说的学者那里,共犯从属性说的核心是,共犯具有实行从属性,即只有在正犯已实施实行行为的条件下,作为教唆犯、帮助犯的共犯,才可能构成犯罪或受刑事处罚。然而,实行从属性原则不具有理论上的合理性,成立共犯并不要求正犯必须具有实行行为。如此做法,只会不适当地缩小教唆犯和帮助犯的处罚范围,并有可能放纵一些特别危险的教唆犯罪和帮助犯罪的发生。〔2〕

笔者以为,实行从属性说忽略了共同犯罪与个人犯罪之预备行为,共犯从属性的核心应纠正为危害行为从属性。〔3〕亦即由共犯从属性的概念,只能导出的结论是:只要正犯没有着手实行犯罪,就不会发生将之作为该犯罪的未遂的评价的危险性,也就不能对共犯论以犯罪未遂。〔4〕

顺便指出的是,我国《刑法》“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之规定,不应包括被教唆者明确拒绝教唆与被教唆的人尚未开始实施预备行为的情形,〔5〕因为此时并不属于共犯论处理的问题,而成立单独预备犯,指称其为“教唆犯”有歧义,以“教唆者”冠名更为妥帖。同理,对于帮助者与帮助犯亦然。还有,前文所述实行从属性的漏洞之中,可能有的学者认为诸如“拒绝帮助”与“拒绝教唆”之类的行为不应以犯罪论,以笔者之见,此种行为实则为一般犯罪,可不用共犯规定。德日刑法的预备犯仅存在于极严重的犯罪之中,而且几乎一致认为预备犯必须是实行行为人,〔6〕或者至少要求实行行为人预备了犯罪才可能处罚共犯,这与我国刑法之中的预备犯普遍处罚制,二者呈现出显著的不同。

〔1〕 参见刘明祥《论中国特色的犯罪参与体系》,《中国法学》2014年第6期,第122页。另,“传统上”为笔者所加之字。

〔2〕 参见刘明祥《论我国刑法不采取共犯从属性说及利弊》,《中国法学》2015年第2期,第127页。

〔3〕 显而易见,危害行为不限于实行行为。

〔4〕 参见〔日〕今井孟嘉等《刑法总论》,东京:有斐阁,2009年,第344页。

〔5〕 此系对刘明祥教授前揭文观点之补正。

〔6〕 参见〔日〕大谷实《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,北京:中国人民大学出版社,2008年,第328页。

(三) 共生图景之展示

经过一番梳理,明晰了共犯从属性的要义之后,我们进入描绘三种犯罪参与理论的共生图景之中。

有主张区分制的学者曾言:“单一正犯概念将所有对犯罪有贡献的人都一视同仁地当作正犯。至于这些主体各自对整个犯罪过程和结果的重要性、影响力,在定罪上都在所不问。”^[1]这话大抵不错,但是值得注意的是,共犯从属性与之并无根本对立,而且单一制在定罪上理论更为周延,尤其是在犯罪形态的认定方面更为合理。同样,虽然共犯从属性与共犯独立性的理论基础迥异,但就同一案件中各行为人是否构成犯罪的问题上,如果实行预备犯普遍处罚制,仅有犯罪形态的差别,而无罪之有无的差别。

单就犯罪的认定,有以下情况,分述之:①被教唆者拒绝了教唆者之教唆;②被教唆者接受教唆,但只进行了预备;③被教唆者接受教唆,并进入实行行为(未遂、中止或既遂);④被帮助者自行犯罪,并进行犯罪预备(预备终了或预备未终了),此时有帮助者之帮助;⑤在他人尚未预备犯罪前帮助者就提供帮助,被帮助者进行了预备;⑥帮助人提供帮助(无论预备前/后还是实行阶段),被帮助者进入实行阶段(未遂、中止或既遂);⑦被帮助者拒绝了帮助者之帮助。

根据共犯独立性,共犯以上行为全部是犯罪,除去正犯实行行为既遂以及中止的情形,且都为未遂形态;根据共犯从属性,②③④⑤⑥之共犯以上行为全部是犯罪。至于①⑦根本不属于数人共同犯罪场合,直接依据预备犯之规定处理。根据单一正犯理论,①②③④⑤⑥⑦之共犯行为都是犯罪。

不难发现:区分制之下,共犯自始便具有从属性,不存在真正独立的共犯。而共犯独立性将本不属于共犯论的问题混同其中,造成预备犯与未遂

[1] 周光权:《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》,《法学研究》2013年第4期,第182页。