

陈兴良 主编

CRIMINAL LAW REVIEW

HIERARCHY OF CRIMINAL THEORY

37

# 刑事法评论

犯罪的阶层论

北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

陈兴良主编

CRIMINAL LAW REVIEW  
HIERARCHY OF CRIMINAL THEORY

37

# 刑事法评论

## 犯罪的阶层论

主办

北京大学法治与发展研究院  
刑事法治研究中心



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论：犯罪的阶层论/陈兴良主编. —北京：北京大学出版社，2016. 6

ISBN 978-7-301-27400-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究 ②刑事诉讼法—研究 IV. ①D914.04  
②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 188326 号

- 书 名** 刑事法评论：犯罪的阶层论  
Xingshifa Pinglun: Fanzui de Jieceng Lun
- 著作责任者** 陈兴良 主编
- 责任编辑** 陈 康 王丽环
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27400-2
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京京华虎彩印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 36.25 印张 726 千字  
2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价** 98.00 元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

## 主编絮语

《刑事法评论》第37卷以《犯罪的阶层论》为主题，阶层论的犯罪论体系是德日犯罪论体系的主流。阶层式的思维是我国目前所欠缺的，值得大力提倡。可以说，阶层式思维是刑法教义学的思维方法的主要内容。

在“客观归责研究”栏目中，发表了3篇论文。马卫军的《刑法中的危险接受》一文，对危险接受理论进行了较为深入的研究。刑法中的危险接受，是指被害人认识到自己的法益可能有被侵害的危险，却甘愿实施冒险行为，而他人对该冒险行为予以参与，或者被害人认识到自己的行为与他人的行为可能会共动性地对自己的法益造成危险，但是却置法益侵害危险于不顾，共同实施了相关行为，或者被害人虽然认识到自己法益有受到侵害的危险的可能，却甘受他人实施某种行为，而发生法益侵害结果。危险接受涉及刑法中的归因与归责问题，因而具有重要意义。作者在大量地占有资料的基础上，对危险接受这一问题展开了较为系统的论述，深化了对这一问题的研究。应该指出，危险接受在传统的刑法教义学上并不属于客观归责领域的问题，但以客观归责理论解决危险接受的责任问题的观点日益被人们所接受。本文作者也是采取客观归责理论来论述危险接受的。因此，将危险接受纳入客观归责的研究领域还是具有一定根据的。邱思果的《论二阶层客观归责体系下风险增高理论的提倡》一文，是对风险增高理论的研究。本文是以二阶层客观归责体系为前提讨论风险增高的。应当指出，这里的阶层并不是犯罪论体系的阶层，而是客观归责体系的阶层。作者将客观归责体系区分为三阶层和

二阶层,三阶层是指制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及构成要件效力范围。而二阶层则是指将传统三阶层归责体系中的构成要件保护目的这一阶层取消,进而将刑法规范的两个侧面——行为规范、制裁规范分别纳入创设风险、实现风险中,进而分别与谨慎规范、谨慎规范保护目的相对应,形成客观归责体系。这些探讨对于加深对客观归责理论的理解,尤其是正确解读风险增高理论,具有一定理论意义。徐成的《假定因果关系、合义务替代行为与法所不允许风险的实现》一文,也是对客观归责理论中若干重要问题的研究。假定因果关系与合义务替代行为的区分,在刑法教义学上始终是一个较为疑难的问题。本文对此进行了细致的分析,值得肯定。

在“正当防卫研究”栏目中,发表了3篇论文。邓卓行的《论〈人民警察法〉第10条的刑法理论基础与具体适用》一文,从对《人民警察法》第10条的教义学考察出发,对警察使用枪支行为构成的正当防卫,进行了理论与实践相结合的论述,颇见作者的理论功底。警察正当防卫问题是一个实践中较多发生,但在理论上较少讨论的问题。尤其是这个问题与警察使用武器联系在一起,更增加了问题的复杂性。例如,张磊职务正当防卫过当案,被告人张磊系警察身份,在出警过程中处理袭警时,使用枪支,致使二人死亡。这是一个存在重大争议的案件,司法机关对该案的处理也极为谨慎。我在《张磊职务正当防卫过当案的定罪与量刑》<sup>〔1〕</sup>一文中对此做了法理的分析。本文以《人民警察法》第10条为出发点,对其刑法适用问题进行深入论述,具有一定的新意。马乐的《论基于合理信念的假想防卫》一文,是对假想防卫的理论考察。作者从“假想防卫是否有被认定为正当防卫之可能?”这一设问出发,对否定说和肯定说分别进行了考察。作者赞同肯定说,认为对于假想防卫中并不存在的非法侵害,不能从事实上确定,而是应该从信念上分析。即,基于合理信念的假想防卫,作者认为应当肯定其为正当防卫。在此,作者其实将假想防卫分为两种类型:一是基于合理信念的假想防卫,二是非基于合理信念的假想防卫。前者为正当防卫,后者不是正当防卫。这一结论是极为新颖的,作者对此也做了具有深度的论证,值得肯定。彭雅丽、邬丹的《正当防卫制度的司法症结和解决对策研究——基于全国2486件案例的实证分析》一文,是对正当防卫制度的一种实证研究。作者在收集全国2486件案例的基础上,对正当防卫的司法实践情况进行了分析。通过研究,作者得出了以下结论:当前司法实践中正当防卫的认定率极低,完全没有达到1997年修改刑法时放宽正当防卫认定的预期目标。这个结论的得出,验证了刑法学界有关正当防卫的司法认定过严、过紧的猜想,填补了学界经验分析和个案研究的局限,对司法认定的整体情况进行了确证。因此,本文对于我们全面而直观地了解正当防卫制度的实施情况具有重要的参考价值。

在“共犯研究”栏目,发表了2篇论文。王志远的《我国共犯制度之历史误读》一

〔1〕 参见陈兴良:《张磊职务正当防卫过当案的定罪与量刑》,载《刑事法判解》第15卷,人民法院出版社2014年版,第54—62页。

文,是对我国《唐律》所确定的“共犯罪”制度的深入研究,并对如今的“误读”进行了反思。“历史的误读”一语是我最早提出的<sup>[1]</sup>,当时是有感于1997年《刑法》的修订,只是未对这个题目进行深入的论证。王志远在本文中,基于对《唐律》关于“共犯罪”规定的深刻理解,对我国共犯制度的历史源流做了梳理,对误读问题进行了有理有据的分析。符天祺的《限制正犯概念的批判性考察——基于构成要件的视角》一文,对正犯理论进行了深入研究。在正犯与共犯二元制的视野下,正犯与共犯的关系成为这个共犯理论的核心问题,而限制正犯概念正是这个理论的核心概念。本文对限制正犯概念进行了批判性考察。作者基于自然主义和规范主义的分析框架,认为限制的正犯概念是自然主义的产物。因为在自然主义立场下,才会用修正构成要件来解释共犯作为可罚类型的问题。而在规范性立场下,构成要件本身就包括亲自实现和非亲自实现两种类型,彼此之间只是存在论上的区别而没有价值评判上的差异,由此作者导向了单一正犯体系。应该指出,单一正犯体系在我国受到某些学者的青睐,其与正犯和共犯的区分形成了理论对峙。对此的进一步研究,将会是一个具有吸引力的课题。

在“比较刑法研究”栏目中,发表了2篇论文。刘家汝的《但书规定:一个比较刑法下的考察》一文,采取比较刑法的研究方法,对我国刑法中的但书规定,进行了多重视角的考察。作者主要采用的资料还是苏联以及转型以后的俄罗斯、波兰等国。从知识谱系上来说,我国刑法的但书规定确实也来自苏联。本文丰富了但书规定的研究资料,其结论对于我国学者具有启发性。德国学者乌尔里希·齐白教授所著、王华伟、吴舟所译的《比较法视野下网络服务提供者的责任》一文,是对网络服务提供者的责任问题,尤其是刑事责任问题的研究。作者齐白教授采取比较法的方法,对于扩大我们的学术视野具有重要意义。正如齐白教授指出,关于网络服务提供者的责任,在特别法律条款缺失的情况下,网络服务提供者对于第三方所承担的责任,是根据刑法中区分积极作为和不作为的规定、保证人义务的规定以及正犯和共犯这些一般条款来确定的。不过,现在各国刑法都对网络服务提供者的责任做了特别规定,我国也是如此。我国《刑法修正案(九)》规定了专门针对网络服务提供者的义务犯,即拒不履行信息网络安全管理义务罪,这是一种中立帮助行为的犯罪化。在这种情况下,如何正确解读刑法规定,外国学者的观点值得我们参考。

在“刑事法教学”栏目中,发表了2篇论文。胡选洪的《犯罪论体系的教学功能——基于法学本科教育目的之反思》一文,揭示了犯罪论体系的教学功能。作者从德国学者关于犯罪论体系所具有的讲授功能中引申出了教学功能的概念,并从四要件和三阶层的犯罪论体系在本科教学中的选择问题进行了探讨,具有一定意义。王燕飞的《我国首部犯罪学教材知识谱系分析》一文,是对我国犯罪学教科书的知识社会学分

[1] 参见陈兴良:《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,中国政法大学出版社1998年第2卷。

析。作者所说的我国首部犯罪学教材是指华东政法学院陆伦章老师所著的《犯罪学》，作者对这部犯罪学教科书的知识谱系进行了深入的分析。教科书是某一学科知识的集大成者，对于这个学科的发展具有重要意义。犯罪学进入我国法学教学体制的时间并不长，犯罪学的教科书也只有数十年的历史。无疑，首部犯罪学教科书对于犯罪学这一学科的研究是具有开创意义的。作者以我国首部犯罪学教科书为对象所进行的知识社会学的分析，是值得充分肯定的。

在“域外传译”栏目，发表了4篇译作。德国学者阿恩特·辛恩教授所著、徐凌波、赵冠男所译的《论区分不法与罪责的意义》一文，对区分不法和罪责的意义这一阶层的犯罪论体系中的重大理论问题，进行了言简意赅的论述，值得一读。本文对区分不法与罪责的历史演变过程进行了描述，并对不法与罪责区分的意义进行了论述。尤其是作者对不法与罪责的区分论与一体论的争论的讨论。日本学者前田雅英所著、丁胜明所译的《故意的认识对象和违法性的认识》一文，站在实质的故意论的立场上，对故意的认识对象问题进行了讨论。如果是所谓形式的故意论，则认识对象是构成要件要素，这是十分明确的。但从实质的故意论出发，前田雅英认为，成立故意所必要的实质的认识，是指围绕该罪的违法内容（法益侵害性）的构成要件的重要部分的认识，是指如果一般人具备了这种认识，就能够认识到该行为的违法性的那种认识。由此可见，实质的故意论所要求的是所谓实质的认识。这种所谓实质的认识在一定程度上包含了对违法性的认识，因此，实质的故意是包含了事实性认识和违法性认识的一个综合性的故意概念。德国学者洛特儿·库伦教授所著、许恒达所译的《全球风险社会中的食品安全刑法》一文，是对食品安全刑法的研究。对于我们来说，这是一个较新的研究领域。作者从全球风险社会的语境下，以风险刑法为背景展开论述。尽管食品安全刑法是本文的主题，但对我来说，更感兴趣的是作者对风险刑法的介绍。例如，作者提及在风险刑法中发展出“风险释义学”，尤其是作者一再强调的在以刑法缩减风险的过程中，刑法的法治国界限仍应被遵守，这是极重要的前提。这给我留下了深刻的印象。德国学者克劳斯·梯德曼教授所著、周遵友所译的《经济刑法总论“序言”》一文，是作者的《经济刑法总论》一书的一个宏大的开篇叙事，对于我们了解德国的经济刑法理论具有重要意义。经济刑法学是德国发源的。我国从20世纪80年代开始，对经济刑法学进行了较为深入的研究，成为我国刑法理论具有特点的内容之一。但当时可供借鉴的国外参考资料极少，因此当时的经济刑法学的研究受到较大的限制。梯德曼教授在该文中所讨论的经济刑法的附属性与自治性、经济刑法总论与经济刑法各论的基本结构与框架，以及经济刑法与经济制度和经济学的关系等问题，极具理论张力，能够在很大程度上开阔我们的学术视野。“域外传译”栏目所刊登的外国学者的作品，尽管都是论文，篇幅较短，但其中包含了一些具有启迪性的观点，成为我们进一步思考的知识资源。

在“刑法与文学”栏目，发表了刘春园的《查理斯·狄更斯文学作品中的法学情

缘——以〈雾都孤儿〉〈荒凉山庄〉〈双城记〉〈游美札记〉为分析样本》一文，是《刑事法评论》所发表的刘春园系列作品中的又一篇。从文学中读出刑法的思想、观念和意识，这是刘春园的刑法与文学研究作品的价值之所在。这一研究，对于丰富刑法理论的蕴含具有重要价值。

在“专题研究”栏目，发表了9篇论文，涉及刑法、刑事诉讼法、青少年法、监狱法等相关学科，展示了这些学科的前沿性研究成果。李婕的《论抽象危险犯的法益构造与界限》一文，是对抽象危险犯的一个深度研究。作者以法益理论为中心，对抽象危险犯的法益构造问题做了具有新意的论述。郑勋勋的《论故意对附随结果主观归责的扩张效应——从具体打击错误展开》一文，主要是对具体打击错误的讨论。但在讨论中作者提出了故意的扩张效应的概念，即作者在本文标题中所说的“故意对附随结果主观归责的扩张效应”。作者认为，可以通过考察已有故意的辐射影响，认定行为人对失误对象具有故意的问题。换言之，此时如果经过确认存在故意，它不是独立存在的，而是不可脱离于甚至附属于已有的对目标对象的故意的。作者称之为故意的规范辐射效应，实质是已有的故意对故意附随结果主观可归责性的扩张。这些观点对于故意论研究，具有理论创新意义。陈洪兵的《以危险方法危害公共安全罪“口袋化”的实践纠偏》一文，对以危险方法危害公共安全罪所存在的“口袋化”问题进行了研究，侧重于进行实践纠偏。作者结合具体案例进行分析，实践资料丰富，具有现实意义。陈尔彦的《“多因一果”型故意杀人罪中的归因与归责——以林森浩故意杀人案为例》一文，以林森浩故意杀人案为例对故意杀人罪的归因与归责问题，进行了深入细致的分析。本文以林森浩案的判决书以及其他相关资料为研究对象，从刑法教义学理论上展开论述。本文内容虽源自个案，但却又高于个案，值得肯定。巫文勇的《公平清偿与刑法保护：破产债务偏颇清偿行为入罪》一文，是一种立法论的研究，因而不同于刑法教义学的研究。本文资料丰富，尤其是涉及破产清偿等经济法问题的知识基础深厚，对于完善我国刑事立法具有参考价值。汪明亮的《犯罪治理市场化与均等化》一文在犯罪治理中引入了市场化的理念，同时又强调了所谓均等化。在市场化与均等化这两者之间，市场化追求的是犯罪治理的效率，而均等化追求的是犯罪治理的公正。该文认为，当前我国犯罪治理面临着两方面的现实：一是犯罪率高，二是犯罪被害保护欠平等。前者反映的是犯罪治理低效率问题，后者反映的则是犯罪治理不公正问题。低效率和不公正有违犯罪治理的效率价值和公正价值追求，必须予以改变。从公共安全服务视角考察，犯罪治理是政府提供了一种公共安全服务，追求效率价值和公正价值是公共安全服务内在要求；犯罪治理市场化可以提高犯罪治理效率，犯罪治理均等化能够实现犯罪治理公正价值。应该说，汪明亮在该文中采取了较为新颖的分析方法，对于我们深刻认识犯罪治理的性质与功能具有重要参考价值。王彪的《刑事诉讼中的“过度起诉”现象评析》一文，讨论了刑事诉讼实践中的所谓“过度起诉”问题，对其进行了深入的分析，并提出了相应对策。作者具有较强的问题意识，从司法实践中发现问题，并解决问



题。这种研究态度是值得嘉许的。狄小华的《论我国少年司法体制的构建》对我国的少年司法体制进行了具有新意的探讨，对于完善少年司法体制具有参考价值。张晶的《监狱者说——一名35年监狱警察的从警感悟》一文，是一种随笔式的作品，抒发了作者个人从警的感悟，具有可读性。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2016年3月15日

# 目 录

主编絮语/陈兴良 .....	(1)
----------------	-----

## 客观归责研究

刑法中的危险接受/马卫军 .....	(1)
一、问题所在 .....	(1)
二、解决危险接受的相关理论述评 .....	(2)
三、本文的观点 .....	(18)
四、质疑回应:危险接受——没有实现不被允许的风险 .....	(28)
五、结论 .....	(30)
论二阶层客观归责体系下风险增高理论的提倡/邱思果 .....	(32)
一、问题的提出 .....	(32)
二、三阶层归责体系概述 .....	(34)
三、二阶层归责体系之提倡 .....	(36)
四、二阶层体系下风险增高理论之提倡 .....	(43)
五、总结 .....	(56)
假定因果关系、合义务替代行为与法所不允许风险的实现/徐 成 .....	(57)
一、问题的由来 .....	(57)
二、前提:假定因果关系与合义务替代行为的区分 .....	(59)
三、方法:结果可能避免时的风险归责 .....	(70)
四、结语 .....	(81)

## 正当防卫研究

论《人民警察法》第 10 条的刑法理论基础与具体适用/邓卓行 .....	(82)
一、相关立法背景回顾 .....	(82)
二、以《人民警察法》第 10 条作为刑法出罪事由的理论基础 .....	(85)
三、《人民警察法》第 10 条在具体适用中的教义学分析 .....	(91)
论基于合理信念的假想防卫/马 乐 .....	(113)
一、否定说的梳理——分歧与共通点 .....	(114)
二、否定说之批判 .....	(116)
三、肯定说之提倡 .....	(122)
正当防卫制度的司法症结和解决对策研究	
——基于全国 2486 件案例的实证分析/彭雅丽 邬 丹 .....	(130)
一、绪论 .....	(130)
二、司法认定情况概览 .....	(133)
三、问题的提出:司法现状与具体症结 .....	(134)
四、问题的检讨:解决对策探究 .....	(140)
五、结论 .....	(144)

## 共犯研究

我国共犯制度之历史误读/王志远 .....	(145)
一、问题的提出 .....	(145)
二、论说的前提 .....	(146)
三、我国古代共犯制度中的“共犯关系”范畴及其对当代认知的 影响 .....	(148)
四、“共犯罪制度”的效能范围 .....	(150)
五、我国古代共犯制度中“共犯关系”范畴适用的局部性及其 反思 .....	(155)
限制正犯概念的批判性考察	
——基于构成要件的视角/符天祺 .....	(157)
引论 .....	(157)
一、本体:限制正犯概念的根基和危机 .....	(158)
二、命运:倒向单一正犯概念? .....	(163)
三、重构:中国语境下犯罪参与体系立场 .....	(168)

结论 .....	(171)
----------	-------

## 比较刑法研究

但书规定:一个比较刑法下的考察/刘家汝 .....	(172)
一、概述 .....	(172)
二、苏联刑法 .....	(176)
三、转型国家刑法典 .....	(185)
四、小结 .....	(189)
比较法视野下网络服务提供者的责任/ [德] 乌尔里希·齐白 著 王华伟 吴舟 译 .....	(191)
一、引言 .....	(191)
二、技术基础 .....	(193)
三、比较法分析 .....	(194)
四、总结和评论 .....	(218)

## 刑事法教学

### 犯罪论体系的教学功能

——基于法学本科教育目的之反思/胡选洪 .....	(223)
一、犯罪论体系的教学功能 .....	(224)
二、法学本科教育目的之定位 .....	(225)
三、犯罪论体系之艰难选择 .....	(230)
我国首部犯罪学教材知识谱系分析/ 王燕飞 .....	(240)
一、概述:基本概念、主要观点与整体结构 .....	(240)
二、解析:知识形态、内在关系及其特色 .....	(250)
三、评论:积极、消极影响及启示 .....	(262)

## 域外传译

论区分不法与罪责的意义/ [德] 阿恩特·辛恩 著 徐凌波 赵冠男 译 .....	(276)
一、导论 .....	(276)
二、(正题)区分论:现代刑罚理论中的不法与罪责 .....	(277)
三、反题:不法与罪责的统一或者说没有无罪责的不法 .....	(278)
四、转向区分论的原因 .....	(280)
五、中间结论 .....	(283)

六、合题:人格——功能意义上的不法概念 .....	(284)
七、结语 .....	(287)
故意的认识对象和违法性的认识/[日]前田雅英 著 丁胜明 译.....	(289)
一、引言 .....	(289)
二、近来的实质的故意论 .....	(289)
三、构成要件的认识 .....	(292)
四、“下限”的认识 .....	(293)
五、“上限”的认识 .....	(296)
全球风险社会中的食品安全刑法/[德]洛特儿·库伦 著 许恒达 译 ...	(306)
一、食品安全 .....	(306)
二、全球风险社会 .....	(308)
三、刑法 .....	(311)
经济刑法总论“序言”/[德]克劳斯·梯德曼 著 周遵友 译.....	(323)
一、附属性与自治性的犯罪构成要件 .....	(323)
二、制度依赖性与制度中立性的犯罪 .....	(325)
三、经济犯罪的国际化及其惩治的“区域化”.....	(326)
四、行为指南和其他替代方案,以及刑法上的补充 .....	(327)
五、经济刑法总论(初论) .....	(330)
六、经济刑法分论(初论) .....	(330)
七、经济刑法与经济学的关系 .....	(337)
八、经济刑事诉讼 .....	(339)

## 刑法与文学

### 查理斯·狄更斯文学作品中的法学情缘

——以《雾都孤儿》《荒凉山庄》《双城记》《游美札记》为分析样本

/刘春园 .....	(348)
一、狄更斯作品中的法律情景 .....	(348)
二、善恶分明的人间童话:《雾都孤儿》 .....	(351)
三、一部导致司法改革的巨著:《荒凉山庄》 .....	(352)
四、“击碎皇冠,但请留下头颅”:《双城记》.....	(355)
五、一部杰出的比较法著作:《游美札记》 .....	(357)
六、结语 .....	(362)

## 专题研究

论抽象危险犯的法益构造与界限/李 婕 .....	(363)
一、超个人法益之质疑与澄清 .....	(363)
二、抽象危险犯法益之内涵 .....	(366)
三、抽象危险犯法益的正当化根据 .....	(369)
四、抽象危险犯法益的实然体现 .....	(371)
五、抽象危险犯法益扩张之界限 .....	(373)
六、结语 .....	(376)
论故意对附随结果主观归责的扩张效应	
——从具体打击错误展开/郑勋勋 .....	(377)
一、具体打击错误的理论困境和出路 .....	(377)
二、打击错误下目标故意的扩张效应 .....	(382)
三、故意扩张效应的推广适用 .....	(390)
四、余论 .....	(392)
以危险方法危害公共安全罪“口袋化”的实践纠偏/陈洪兵 .....	(394)
一、立法价值的追问 .....	(395)
二、“公共安全”的界定 .....	(397)
三、“其他危险方法”的限定 .....	(398)
四、“口袋化”的实证分析 .....	(400)
五、总结 .....	(415)
“多因一果”型故意杀人罪中的归因与归责	
——以林森浩故意杀人案为例/陈尔彦 .....	(416)
一、问题的提出 .....	(417)
二、“多因一果”中的结果归责 .....	(419)
三、对本案的定性 .....	(440)
四、结语：追问与反思 .....	(441)
五、补记：民意、以刑制罪与法教义学分析 .....	(445)
公平清偿与刑法保护：破产债务偏颇清偿行为入罪/巫文勇 .....	(446)
一、破产债务偏颇清偿行为界定及法律规则 .....	(446)
二、破产债务偏颇清偿入罪的社会经济逻辑 .....	(454)
三、破产债务偏颇清偿入罪原则及构成要件 .....	(459)

犯罪治理市场化与均等化/汪明亮 .....	(470)
一、问题的提出 .....	(470)
二、犯罪治理是一种公共安全服务 .....	(471)
三、犯罪治理市场化缘由及边界 .....	(473)
四、犯罪治理均等化依据及实现 .....	(479)
刑事诉讼中的“过度起诉”现象评析/王 彪 .....	(485)
一、引言 .....	(485)
二、刑事诉讼中的“过度起诉”现象实证考察 .....	(486)
三、刑事诉讼中的“过度起诉”现象成因探析 .....	(494)
四、刑事诉讼中的“过度起诉”现象利弊分析 .....	(499)
五、结语 .....	(502)
论我国少年司法体制的构建/狄小华 .....	(505)
一、我国现行少年司法体制存在的问题 .....	(505)
二、域外少年司法体制优劣比较 .....	(510)
三、我国少年司法“二元体制”构建的依据 .....	(517)
四、我国少年司法“二元体制”的建设 .....	(520)
监狱者说	
——一名 35 年监狱警察的从警感悟/张 晶 .....	(529)
小引 .....	(529)
一、监狱 监狱 .....	(531)
二、囚犯 囚犯 .....	(549)
三、警察 警察 .....	(556)
《刑事法评论》征稿启事 .....	(563)

## 刑法中的危险接受

马卫军\*

### 一、问题所在

刑法是公法,天然地具有家长主义形象。<sup>〔1〕</sup>即便如此,刑法也有尊重个人意思自治的侧面。古罗马法上“得同意者不违法”的格言,在刑法教义学中,即表现为广为人们所接受的作为超法规违法阻却事由的被害人承诺。同意出罪的原理在于对被害人自我决定权的尊重。对此,我国学界几乎没有任何争议。

而同样与尊重被害人自我决定权紧密相关的危险接受,并未成为理论界的宠儿。刑法中的危险接受,是指被害人认识到自己的法益可能有被侵害的危险,却甘愿实施冒险行为,而他人对该冒险行为予以参与,或者被害人认识到自己的行为与他人的行为可能会共动性地对自己的法益造成危险,但是却置法益侵害危险于不顾,共同实施了相关行为,或者被害人虽然认识到自己法益有受到侵害的危险的可能,却甘受他人实施某种行为,而发生法益侵害结果。不同于被害人承诺,危险接受的特点在于:第一,不法结果的发生是被害人与行为人(参与者)相互作用,共同惹起;第二,无论行为人(参与者),还是被害人都希望结果的发生;第三,与此对应,危险接受问题,主要是过失犯领域的问题,即一方面,是被害人“过失的”参与结果发生;另一方面,是行为人(参与者)主要作为“过失犯”的可罚性问题。因此,“对于危险接受案件,是不能用被害人承诺来解决的”。<sup>〔2〕</sup>

学术史上,对危险接受问题的关注,发轫于刑事司法实践。在德国,自帝国法院时

---

\* 宁夏大学政法学院副教授。本文是中国法学会科研项目“被害人参与型犯罪归责问题研究”(CLS(2014)D033)阶段性研究成果。

〔1〕 参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,载《中国法学》2012年第2期,第98页。

〔2〕 张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,载《法学研究》2012年第5期,第176页。



代梅梅尔河案件起<sup>[1]</sup>;在日本,以千叶赛车案件为契机<sup>[2]</sup>,对该问题的讨论相当激烈,观点层出不穷。在我国,司法实务中尽管有类似案例(如田玉富过失致人死亡案)<sup>[3]</sup>,但是,学界对此问题似乎并不十分在意。以至于对危险接受案件的处理,“出现了对于相似刑事案件判决认定被告人承担刑事责任,而民事判决认定被告人不承担民事责任的奇怪现象”。<sup>[4]</sup>

对危险接受问题的讨论,其一,能够深化刑法因果关系理论。因为危险接受的实质,在于解决将法益侵害结果是否要算到行为人头上的问题;其二,危险接受其实是一种“行为人—被害人”双向互动型的活动,通过对被害人作用的实质性考量,从而实质性地理解行为人的实行行为和法益侵害结果,能够典型地体现出客观归责理论重视“行为—结果”的规范化理论逻辑结构的特征,这样,构成要件的功能和观念得以被强调,不法的内涵得以被深刻地揭示。这种方法,在理论研究上和司法实务中可能都具有相当重要的方法论意义<sup>[5]</sup>;其三,能够加强被害人学与刑法学的互动,循此进入一个重新思考刑法问题的空间。危险接受的场合,必须实质性地考量被害人的行为对法益侵害结果的“贡献大小”,同时还要实质性地考察“该结果的发生是否侵入了他人的法领域”,如此,对一些似乎已成定论问题的研究,能够提供新的解释力资源和重新理解的合理空间。

## 二、解决危险接受的相关理论述评

### (一) 被害人承诺说

#### 1. 行为说

德国学者 Ulrich Weber 认为,危险接受是在极度例外的场合,被害人对实际产生

[1] 案件事实:某暴风雨之日,两名乘客打算渡过梅梅尔河,船夫向他们指出暴风雨的恶劣天气条件下,渡河会有极大的生命危险,但是,该两名乘客执意要过河。后小船被风浪打翻,两名乘客被淹死,船夫获救。

[2] 案件事实:被告人是赛车初学者,有七年赛车经验的被害人发觉被告人技术低劣,在被告人练习之时,被害人要求坐到车上对被告人进行技术指导。被告人按照被害人的指示,在赛车练习行驶中错误操作,致使自己的赛车失去控制,撞到防护栏后翻车。在翻车之际,防护栏的支柱刺穿被害人一侧的窗户,造成同乘的被害人死亡。参见[日]西田典之等:《刑法判例百选 I(总论)》(第6版),有斐阁2008年版,第314页。

[3] 案件事实:2005年6月,被告人田玉富与其妻康某为违法生育第三胎而被计生工作人员带至县计划生育技术指导站实施结扎手术。6月25日上午11时许,田玉富为使其妻逃避结扎手术,谎称其妻要到厕所洗澡。骗取信任后,田玉富掰开厕所木窗户,用事先准备好的尼龙绳将其妻从厕所窗户吊下去使其逃跑,但绳子中途断裂,致使其妻从三楼摔下后当场死亡。(法院认定被告人的行为构成过失致人死亡罪)。参见 [http://www.pkulaw.cn/case/pfnl\\_117613765.html?match=Exact](http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_117613765.html?match=Exact),最后访问时间:2015年4月7日。

[4] 张明楷:《刑法学中危险接受的法理》,载《法学研究》2012年第5期,第171页。

[5] 关于客观归责理论的方法论意义,周光权教授有一系列精确论述,可参见周光权教授相关论文和专著。