

# 刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第  
21  
卷

2007

陈兴良 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第  
21  
卷

北京大学刑事法理论研究所 主办

2007

陈兴良 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

刑事法评论. 第21卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 12  
ISBN 978-7-301-13244-9

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第195250号

**书 名:** 刑事法评论·第21卷(2007)

**著作责任者:** 陈兴良 主编

**责任编辑:** 杨剑虹 蔡桂生

**标准书号:** ISBN 978-7-301-13244-9/D·1944

**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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

**电 话:** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

**印 刷 者:** 三河市新世纪印务有限公司

**经 销 者:** 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 40.5印张 816千字

2007年12月第1版 2007年12月第1次印刷

**定 价:** 68.00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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

## 主编絮语

2007 年是具有纪念意义的一年。其中,1997 年刑法颁布 10 周年,就是一件值得纪念的标志性事件。作为一个刑法学人,我也是伴随着 1997 年刑法而成长的,因此对这一刑法是充满感情的。当然,刑法典如同人一样,也有一个生命的周期,尽管通过《刑法修正案》使刑法典能够不断地适应生活的发展,尤其是犯罪现象的变化。但是,《刑法修正案》对刑法的修改补充主要集中在刑法分则上,是对具体罪名的增补与调整。对刑法总则却未作修改,但恰恰是刑法总则体现了一部刑法的内在精神。1997 年刑法修订虽然使我国刑法获得了重生,尤其是在民主与法治的道路上大有进展。但 1997 年刑法修订是在 1996 年第二次全国性“严打”这样一个特殊背景下进行的,因此在 1997 年刑法,尤其是刑法总则中仍然体现了“严打”的政策精神。目前我国正在进行刑事政策的重大调整。作为对建构和谐社会的政治目标的回应,宽严相济刑事政策的提出与确立是具有极其重要意义的,它必然影响到刑事立法与刑事司法。尽管宽严相济刑事政策并不是对严打的否定与取代,而是将其看作是宽严相济刑事政策中体现严厉的政策侧面。但宽严相济刑事政策还是在宽严并论的同时更为强调刑法宽缓的一面,这也是不可否认的。在这个意义上,宽严相济刑事政策的基本精神是我国刑法进入一个全新的发展周期的主旋律,我国刑法应当随之而有所调整。同时,我国刑事法理论也应当关注随着宽严相济刑事政策的确立而带来的挑战,使我国刑事法学术水平得以提升。《刑事法评论》作为刑事法的一个理论基地,愿为此而努力。

共同犯罪,始终是刑法理论中的一个疑难复杂问题,尤其是在大陆法系刑法理论中更是如此。本卷将“共同犯罪研究”作为一个主打的栏目,对海峡两岸及美国刑法中的共同犯罪理论进行了深度探讨。这里不能不提及,纳入本栏目的前四篇论文是今年 4 月 10 日在台湾东吴大学法学院举办的“海峡两岸刑事实体法比较研究研讨会”的主题发言论文。在去年下半年,东吴大学法学院法律学系主任陈子平教授发起在台湾举办“海峡两岸刑事实体法比较研究研讨会”,并就主题征询我的意见,因为我和陈子平教授的博士论文均以共同犯罪为题,对该领域较有兴趣,因而就确定了这个题目,两岸学者分别提交了相关论文。在学术讨论会上,除主题发言以外,参与评论的大陆学者还有中国政法大学的曲新久教授和中国人民大学的刘明祥教授,台湾学者还有台湾辅仁大学的甘添贵教授和东吴大学的林东茂教授。虽然学术探讨只有短短的一天时间,但奠定了海峡两岸刑事法学术交流的基础,为此后的深入交流提供了样板。陈子平教

授的《论共犯之独立性与从属性》一文,结合德、日及台湾地区新“刑法”的立法例,对共犯的独立性与从属性之间的关系作了十分详尽的研讨,尤其是作者将共犯从属性与独立性之意义区分为两个层次:实行从属性与独立性(从属性之有无)和要素从属性(从属性之程度),这对于我们理解共犯的性质,尤其是共犯与正犯的关系具有重要参考价值。我的《共同正犯:承继性与重合性——高海明绑架、郭永杭非法拘禁案的法理分析》一文,主要涉及不同犯罪之间能否成立共同犯罪的问题,其中对承继的共犯与竞合犯的共犯的探讨,自认为还是较有新意的。东吴大学法学院助理教授蔡圣伟博士的《论间接正犯概念内涵的演变》一文,对间接正犯的概念谱系进行了发生学的考察,其中论及一个重要的概念,这就是支配的概念,由此使我们加深了对间接正犯本质的理解。张明楷教授的《论教唆犯的性质》一文,以我国刑法为范例,讨论了教唆犯的从属性与独立性问题,作者坚持我国刑法中的教唆犯具有从属性的观点,尤其是批判了在这个问题上的二重性说。本文可以与陈子平教授的论文参照阅读,还可以比较两岸刑法规定加以正确解读。阎二鹏的《共犯论中的行为无价值与结果无价值》一文,将行为无价值与结果无价值的分析框架引入共犯领域,作者得出了在共犯论中应当贯彻以客观主义为基础的结果无价值论的结论。这对于共犯论研究无疑是打开了一个视窗。江溯的《论美国刑法上的共犯——以〈模范刑法典〉为中心的考察》一文,在大量占有资料的基础上,对美国刑法上关于共犯的立法、判例与学说进行了深入考察。英美刑法与大陆刑法在理论形态上差异甚大。在共犯理论上也是如此。大陆法系刑法中的共同犯罪理论是以正犯与共犯的区分为线索的,但英美刑法分类标准就复杂一些。例如普通法上的主犯包括一级主犯与二级主犯,实际上相当于大陆法系刑法中的正犯,而从犯则是指帮助犯。而美国《模范刑法典》中的共犯,包括为自身行为承担责任的人与在法律上为他人行为承担责任的人,实际上既包括正犯又包括共犯(狭义)。因此,美国《模范刑法典》中的共犯,实际上与我国刑法中的共同犯罪含义大体相同。由此可见,英美刑法与大陆刑法之间法系上的差别,以及德、日、英、汉这四种语言之间语义上的差别,都是我们在理解美国的《模范刑法典》时的障碍。对英美刑法中共犯规定的介绍当然是重要的,但它与大陆法系刑法中的共犯制度之间的比较也许更有意思。总之,在共犯领域,除了立法例与理论学说的介绍与比较之外,我们还能做什么,这个问题值得深思。

在“死刑研究”栏目中,发表了三篇论文,可谓中外兼顾、理论与实务结合,也是对死刑持续关注的一部分。德国学者海因茨·舍许的《死刑的被害人学视角》一文,这篇论文是从被害人视角来观察死刑的,作者提出了抑制被害人要求以死刑的形式进行毁灭性报复的破坏性愿望,何其难也,尤其是在中国。也许,这种被害立场上的报应民意正是我国死刑存在的社会基础。樊文博士的辛勤译述,使我们有机会领略德国学者的深刻见解。欧阳玉静的《死刑缓期执行和死刑立即执行的量刑依据——以故意杀人罪为例的实证分析》一文,是作者的法律硕士论文,我认为是一篇具有较高学术质量的硕

士论文。作者欧阳玉静来自司法实践第一线,是一名检察官,在职在北大法学院攻读法律硕士学位。给我的感觉,欧阳玉静是一位学习非常刻苦、自觉的人,经常在我给本科生、硕士生讲课的各种课堂上出现,并提一些疑难问题,因此我对她的学习认真留下了深刻印象。看到本文,我就想起发表在《刑事法评论》第19卷上赵兴洪的《死刑缓期两年执行适用标准研究》一文,两文在研究方法论上具有相似性,但欧阳玉静的本文是以故意杀人罪作为一个范例所进行的分析,侧重点与赵兴洪的论文有所不同。尤其是欧阳玉静来自司法机关,论文中包含了其个人的司法经验,因而更具有参考价值。于佳佳的《论美国的死刑情节及对中国的启示——以死刑适用标准统一化为视角》一文,涉及死刑适用标准的统一化问题,并以此切入,对美国死刑适用规则中死刑情节的具体根据做了较为详尽的分析,尤其是结合中国的死刑适用作了分析。死刑将在相当长的一个时期内是刑法学界讨论的一个中心话题,尤其应当提倡在死刑中的实证研究方法。尽管目前存在死刑数据保密等客观障碍,但在一个局部的司法区域的死刑数据还是可以获得的,这种局部司法区域的死刑实证分析,仍然是具有参考价值的。

在“罪刑法定研究”栏目中,发表了两篇论文。今年正值1997年刑法颁布十周年,罪刑法定成为我国刑法的基本原则也已经十年,这十年是曲折而又向前的十年。何庆仁的《罪刑法定十年》一文,就为我们描述了罪刑法定原则在这十年间在我国司法中的命运。本文文采飞扬、资料翔实,其表述方式值得称道。杨磊的《成文法制度下罪刑法定原则的确证与强化——刑事案例指导制度与中国刑事法治建设》,以罪刑法定原则为背景,重点对刑事案例指导制度进行了研究。这里的刑事案例指导制度,就是具有中国特色的判例制度。在实行罪刑法定原则的成文法制度下,如何建构刑事判例指导制度,使之成为罪刑法定原则的确证和强化,而不是对罪刑法定原则的僭越与破坏,这确实是一个值得研究的问题。杨磊在本文中对此作了有益的探讨,我想这仅仅是一个开端。

在“刑事程序研究”栏目中,发表了两篇论文,这就是朱桐辉的《绩效考核与刑事司法环境之辩——G省X县检察院、司法局归来所思》和韦汉克的《论刑事诉讼中的当庭宣判》。这两篇文章/论文的风格完全不同,但结论都同样具有思考价值。朱桐辉的文章,严格来说还不能是论文,采用描述方法,对某县公安局、检察院和司法局的绩效考核现状作了叙述,并由此论及刑事司法环境。该文为我们提供了大量基层的司法信息,具有可读性,读后具有启发性。而韦汉克的论文则对刑事程序中的当庭宣判制度从理想与现实两个层面作了分析,选题较为新颖,论证也较为充分,值得一读。

在“犯罪学研究”栏目中,重点推出的是《“中国犯罪学基础理论高峰论坛”实录》。该论坛于2007年3月24日至25日在北京举办,主办单位是中国政法大学刑事司法学院和青少年犯罪与少年司法研究中心。来自全国各地的30多人参加了本次论坛,我也受邀与会。以我参加本次会议的感受,我认为这是近年来为数不多的、反映犯罪学最高学术水平的一次会议,不愧是“高峰论坛”。为了真实地再现这次会议的内容,在

我的建议下,皮艺军教授组织姜甜甜、陈浩然、王洁、李文婷、张兴慧、蔡国华六位同学经过辛勤工作,终于整理出了这份十多万字的实录,使会议讨论的内容以书面的形式呈献给读者,期望为推动我国犯罪学研究作出些微的贡献。严励的《再论犯罪学研究的路径选择——以中国犯罪学研究为视角》一文,是在犯罪学研究路径选择问题的继续探讨,这种学术上的追问精神值得肯定。郭东的《犯罪的宏观经济原因分析》一文,采用经济分析方法,对犯罪的宏观原因作了探讨,我以为是具有积极意义的。

在“刑法学人”栏目中,发表了 my《老而弥新:储槐植教授学术印象》一文,这是我应蒋浩邀请,为储槐植教授新作《刑事一体化论要》一书作的一篇导读性文字,论及储槐植教授的为人、为学,自以为是一篇学术人物的素描,或有几分新意,特此在《刑事法评论》的“刑法学人”栏目推出,我期望有更多的刑法学人进入我们这个栏目。

在“域外传译”栏目中,发表了两篇译文。美国达博教授的《积极的一般预防与法益理论——一个美国人眼里的德国刑法学的两个重要成就》一文的新颖之处在于以一个英美法学学者的学术眼光打量作为德国刑法学特有的积极的一般预防与法益这两个重要理论。这种不同法系之间的思想碰撞,或者跨法系的学术交流,对于我国刑法学研究是具有参考价值的,我要感谢译者杨萌独具慧眼的翻译选择。英国莫里森教授的《全球语境下的刑罚反思》一文,也是一篇具有全球视角的学术论文,对于我们了解刑罚的世界性发展趋势不无裨益。

在“专题研究”栏目中,刘树德的《刑法类型的政治分析》一文,主要采用政治学的分析方法,对刑法类型作了探讨,尤其是对非法治刑法类型的描述,具有警示意义。贾学胜的《非犯罪化与中国刑法》一文,对非犯罪化问题进行了较为系统的考察,尤其是对中国刑法的非犯罪化问题的探讨,具有一定的新意。陈檬的《正当化事由体系地位初探——以对犯罪构成的体系性思考为切入》一文,是陈檬的硕士论文,也是她对正当化事由问题一系列探讨的一个终结性成果。本文采用体系性研究方法,将正当化事由置于犯罪构成体系加以审视,角度与结论都具有一定的新颖之处。硕士毕业以后,陈檬进入实务部门工作,但我相信她仍会保留对刑法的学术兴趣,期待着陈檬还会有新作奉献给《刑事法评论》的读者。许强的《论正当防卫中的不法侵害——在现实刑法语境下客观不法的提出》一文,提出了客观不法的概念,并对其进行了系统梳理。张吉喜的《英美刑事证明责任的分配标准评析》一文,对英美刑事证明责任的分配标准问题进行了介绍并加以评论,对于我们了解英美刑事证明责任的有关理论具有一定的帮助。刘大群的《国际法上的国家刑事责任问题》一文,作为本卷的压轴之作推出。刘大群法官在参与前南国际法庭审判之余,辛勤著述,其独特的身份和独有的资料以及独到的见解,都是难能可贵的。

本卷是2007年第二卷,与以往各卷一样,本卷发表的都是刑事法各学科的创新之作,反映了这些学科的前沿性学术成果。尤其是犯罪学、国际刑法学这些较为边缘性的学科,能够在本卷中发表体现这些学科最高水准的学术成果,此乃《刑事法评论》之

幸。作为主编,我将更为关注这些刑事法学中的弱势学科,为从整体上提升刑事法的理论水平而努力。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年8月23日



# 目 录

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

## [ 共同犯罪研究 ]

|                          |      |
|--------------------------|------|
| 论共犯之独立性与从属性/陈子平 .....    | (1)  |
| 一、问题之提出 .....            | (1)  |
| 二、德国、日本与台湾地区之共犯立法例 ..... | (2)  |
| 三、共犯独立性说与共犯从属性说 .....    | (5)  |
| 四、实行从属性(从属性之有无) .....    | (13) |
| 五、要素从属性(从属性之程度) .....    | (23) |
| 六、结语 .....               | (30) |

### 共同正犯:承继性与重合性

|                                 |      |
|---------------------------------|------|
| ——高海明绑架、郭永杭非法拘禁案的法理分析/陈兴良 ..... | (31) |
| 一、案情及诉讼过程 .....                 | (31) |
| 二、罪名分析 .....                    | (34) |
| 三、共犯关系:承继性 .....                | (36) |
| 四、共犯关系:重合性 .....                | (40) |
| 五、结语 .....                      | (49) |

### 论间接正犯概念内涵的演变/蔡圣伟 .....

|                            |      |
|----------------------------|------|
| 一、前言 .....                 | (51) |
| 二、间接正犯概念的形成缘由 .....        | (53) |
| 三、间接正犯概念于现代犯罪论中的应有风貌 ..... | (59) |
| 四、间接正犯概念的扩张:正犯后的正犯 .....   | (72) |
| 五、结语 .....                 | (74) |

### 论教唆犯的性质/张明楷 .....

|                        |      |
|------------------------|------|
| 一、前提:共犯人的分类 .....      | (76) |
| 二、二重性说:难以接受的学说 .....   | (77) |
| 三、独立性说:缺乏实质根据的观点 ..... | (82) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 四、从属性说:本文的立场 .....         | (85)  |
| 共犯论中的行为无价值与结果无价值/阎二鹏 ..... | (91)  |
| 一、行为无价值论与结果无价值论初探 .....    | (91)  |
| 二、共犯处罚根据论 .....            | (96)  |
| 三、共犯从属性说与共犯独立性说 .....      | (100) |
| 四、共犯本质论——犯罪共同说与行为共同说 ..... | (106) |
| 五、简短的结论 .....              | (110) |
| 论美国刑法上的共犯 .....            |       |
| ——以《模范刑法典》为中心的考察/江溯 .....  | (112) |
| 一、共犯类型:从普通法到《模范刑法典》 .....  | (112) |
| 二、为自身行为承担责任的人 .....        | (115) |
| 三、在法律上为他人行为承担责任的人(上) ..... | (116) |
| 四、在法律上为他人行为承担责任的人(下) ..... | (122) |

## [ 死刑研究 ]

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 死刑的被害人学视角/海因茨·舍许 文 樊文 译 ..... | (149) |
| 死刑缓期执行和死刑立即执行的量刑依据 .....      |       |
| ——以故意杀人罪为例的实证分析/欧阳玉静 .....    | (159) |
| 一、研究对象与样本及研究方法的选择 .....       | (159) |
| 二、实证检验 .....                  | (164) |
| 三、规范死缓适用的路径 .....             | (182) |
| 四、结语:死缓事实上已经成为一个独立的刑种 .....   | (187) |
| 论美国的死刑情节及对中国的启示 .....         |       |
| ——以死刑适用标准统一化为视角/于佳佳 .....     | (192) |
| 一、死刑合宪性与死刑情节 .....            | (192) |
| 二、死刑情节的具体内容 .....             | (197) |
| 三、死刑情节与诉讼程序的推进 .....          | (203) |
| 四、中国死刑适用司法标准的统一化 .....        | (206) |

## [ 罪刑法定研究 ]

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 罪刑法定十年/何庆仁 .....    | (209) |
| 一、罪刑法定:新旧刑法之间 ..... | (209) |
| 二、寻找罪刑法定:十大争议 ..... | (211) |

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 三、走出罪刑法定:十大事件 .....          | (224) |
| 四、回到罪刑法定:代结语 .....           | (239) |
| <b>成文法制度下罪刑法定原则的确证与强化</b>    |       |
| ——刑事案例指导制度与中国刑事法治建设/杨磊 ..... | (241) |
| 一、问题的提出 .....                | (241) |
| 二、刑事案例指导制度的制度定位 .....        | (245) |
| 三、刑事案例指导制度的制度意义 .....        | (248) |
| 四、刑事案例指导制度的制度建构 .....        | (251) |

## [ 刑事程序研究 ]

### 绩效考核与刑事司法环境之辩

|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| ——G省X县检察院、司法局归来所思/朱桐辉 .....   | (253)        |
| 一、经过和一些交待 .....               | (253)        |
| 二、公安机关的绩效考核 .....             | (255)        |
| 三、检察机关的绩效考核 .....             | (258)        |
| 四、其他几个值得思考的情况 .....           | (262)        |
| 五、宁可呆在看守所——司法现状及司法的社会环境 ..... | (267)        |
| 六、绩效考核问题剖析 .....              | (269)        |
| <b>论刑事诉讼中的当庭宣判/韦汉克 .....</b>  | <b>(274)</b> |
| 一、引言 .....                    | (274)        |
| 二、当庭宣判在中国的过去与现在 .....         | (276)        |
| 三、大陆法系的当庭宣判及其理论依据 .....       | (278)        |
| 四、英美法系的当庭宣判及其理论依据 .....       | (286)        |
| 五、对两大法系宣判制度的总结 .....          | (292)        |
| 六、对可能的反证的分析 .....             | (294)        |
| 七、对当庭宣判可能存在的制度便利的分析 .....     | (296)        |
| 八、对我国当庭宣判障碍的思考 .....          | (299)        |
| 九、有关整理案件庭审的审理方式的设想 .....      | (303)        |
| 十、结语 .....                    | (306)        |

## [ 犯罪学研究 ]

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| “中国犯罪学基础理论高峰论坛”实录/王牧 等 ..... | (307) |
|------------------------------|-------|

## 再论犯罪学研究的路径选择

- 以中国犯罪学研究为视角/严励 ..... (393)
- 一、中国犯罪学研究路径的局限性 ..... (394)
- 二、中国犯罪学研究的基本路径 ..... (397)
- 三、中国犯罪学的突围途径 ..... (399)
- 四、中国犯罪学实现路径的几个关键点 ..... (403)
- 犯罪的宏观经济原因分析/郭东 ..... (406)
- 一、一般经济因素与犯罪 ..... (407)
- 二、我国主要宏观经济因素与犯罪的实证分析 ..... (416)
- 三、经济管理制度与犯罪 ..... (422)
- 四、经济形态与犯罪 ..... (426)

## [刑法学人]

- 老而弥新:储槐植教授学术印象/陈兴良 ..... (429)

## [域外传译]

## 积极的一般预防与法益理论

- 一个美国人眼里的德国刑法学的两个重要成就/
- [美]马库斯·德克·达博 文 杨萌 译 徐久生 校 ..... (443)
- 全球语境下的刑罚反思/[英]韦恩·莫里森 文 刘仁文 张晓艳 译 ..... (467)
- 一、一个惩罚或非惩罚的世界:哪个地区,谁来控制,怎样分析? ..... (467)
- 二、现代性的基础:托马斯·霍布斯的例子以及巨大分歧的开端 ..... (476)
- 三、全球意识下刑罚的重塑,或放弃 ..... (477)
- 四、结论:关于福柯观点的评论和全方位探讨问题的艺术 ..... (481)

## [专题研究]

- 刑法类型的政治分析/刘树德 ..... (485)
- 一、宪政刑法与非宪政刑法 ..... (486)
- 二、法治刑法与非法治刑法 ..... (489)
- 三、自由刑法与威权刑法 ..... (499)
- 非犯罪化与中国刑法/贾学胜 ..... (500)
- 一、非犯罪化简史 ..... (500)

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| 二、非犯罪化的概念 .....                             | (503) |
| 三、非犯罪化的思想渊源和理论根据 .....                      | (506) |
| 四、非犯罪化的价值 .....                             | (510) |
| 五、非犯罪化的范围和方式 .....                          | (512) |
| 六、中国刑法的非犯罪化问题 .....                         | (514) |
| <b>正当化事由体系地位初探</b>                          |       |
| ——以对犯罪构成的体系性思考为切入/陈豫 .....                  | (524) |
| 一、本文的方法论:体系性研究方法 .....                      | (524) |
| 二、域外学说之介绍:正当化事由体系地位的研究史 .....               | (525) |
| 三、法外根据之阐释:研究正当化事由体系地位的方法论探源 .....           | (533) |
| 四、本土资源之梳理:中国国内学者关于正当化事由体系地位的研究 .....        | (540) |
| 五、中国刑法之定位:构成要件位阶关系与建立后的正当化事由的<br>体系地位 ..... | (548) |
| 六、本文研究之归宿:探讨正当化事由体系地位的意义 .....              | (561) |
| 七、结语 .....                                  | (569) |
| <b>论正当防卫中的不法侵害</b>                          |       |
| ——在现实刑法语境下客观不法的提出/许强 .....                  | (571) |
| 一、不法侵害初解 .....                              | (572) |
| 二、不法侵害的判断 .....                             | (574) |
| 三、不法侵害与违法性 .....                            | (580) |
| 四、客观不法之提倡及本文小结 .....                        | (585) |
| <b>英美刑事证明责任的分配标准评析/张吉喜</b> .....            | (591) |
| 一、英国的刑事证明责任分配标准 .....                       | (591) |
| 二、美国的刑事证明责任分配标准 .....                       | (596) |
| 三、英美刑事证明责任分配标准之比较 .....                     | (598) |
| 四、英美刑事证明责任分配标准之评价 .....                     | (601) |
| <b>国际法上的国家刑事责任问题/刘大群</b> .....              | (604) |
| 一、国家刑事责任问题的历史沿革 .....                       | (605) |
| 二、国际法委员会对国家责任问题的编纂 .....                    | (609) |
| 三、学术界有关国家刑事责任争论的几个问题 .....                  | (611) |
| 四、国际公约的有关规定 .....                           | (621) |
| 五、国际法院的案例 .....                             | (625) |
| <b>《刑事法评论》征稿启事</b> .....                    | (632) |

## [ 共同犯罪研究 ]

# 论共犯之独立性与从属性

陈子平\*

### 一、问题之提出

我国台湾地区“刑法”自清末继受外国法制以来,即由中华民国暂行新刑律(1912年—1928年)、旧刑法(1928年—1935年)、原刑法(“刑法”)(1935年—2006年),乃至2005年元月通过、2006年7月施行的新“刑法”(主要属于总则部分)。在几次总则修正当中,内容变革最剧烈的,则非“共犯”部份莫属,尤其教唆犯、帮助犯(从犯)之规定,从最初几乎完全仿效日本刑法典之法例,发展到1935年原刑法(“刑法”)典内容的急遽改变,而形成与日本、德国刑法大异其趣、甚至是全世界独一无二的特异规定内容,也导致台湾实务与学说见解的一片混乱。换言之,不仅台湾地区“刑法”之规定,向来系以日本、德国刑法立法例作为主要仿效对象,台湾地区刑法学说理论,主要亦以日本、德国之学说理论为基础,尤其受到日本刑法与学说理论之影响最为深远;然而,任何国家之学说理论皆各自有其根据,所以,无论日本或德国之刑法理论,定然是以该国之刑法规定为根据发展而来,倘若全盘引用日本或德国之刑法理论来解释台湾地区原刑法(“刑法”)之共犯规定内容,势必难以周延。偏偏台湾地区实务界或学界,迄今依旧试图在日本或德国的刑法共犯理论框架下解读台湾地区原刑法(“刑法”)之共犯规定,其后果则可想而知矣。

要言之,根据日本或德国刑法向来之共犯规定,该两国刑法学界于共犯理论上,皆采所谓“共犯从属性说”立场而毫无异议;反观台湾地区原刑法(“刑法”)之共犯规定(尤其教唆犯之规定),究竟系采“共犯独立性说”或“共犯从属性说”立场,学说见解则

---

\* 作者系台湾东吴大学法学院专任教授。

严重分歧,有谓采“共犯从属性说”者<sup>[1]</sup>,有谓采“共犯独立性说”者<sup>[2]</sup>,甚至有谓采“半从属半独立说(即以共犯从属性说为原则,以共犯独立性说为例外)”<sup>[3]</sup>或“半独立半从属说(即以共犯独立性说为原则,以共犯从属性说为例外)”<sup>[4]</sup>者。如此紊乱之局面,既令实务界于适用共犯规定之际毫无章法可循,更令刑法学习者摸不着头绪。

于2005年元月通过、2006年7月施行之新“刑法”,就共犯之规定,修法理由中虽明示参考日本与德国之共犯立法例,亦即恢复旧刑法之共犯规定立场而采共犯从属性说,却由于条文呈现之内容,与日本之共犯规定较为一致,与德国之共犯规定有少许差异,即因而受到以德国刑法理论为根基之学者们强烈批判。针对此等批判,其理由根据何在?是否合理、妥当?实有必要逐一加以厘清、检讨。

本文希望能先厘清“共犯独立性与从属性”之意义,进而对于“共犯独立性说”与“共犯从属性说”之主张,提出详细之介绍与说明,同时藉此得以对台湾地区“刑法”第二十九条教唆犯、帮助犯之规定,掌握正确之解读,以厘清目前之混乱局面。此外,对于与共犯独立性说、共犯从属性说有密切关系之“教唆之未遂”(简称“教唆未遂”)、“未遂之教唆”(简称“未遂教唆”)之概念,由于近年来某些学者推翻了以往实务界与学界所共识之定义与解释,亦造成探讨或学习共犯问题上不必要之困扰,因此笔者亦欲藉本文,以说明与厘清此等概念,并期待能有共同之认知,而不至于一味地陷在主观恣意之定义与解释的泥淖中。当然,在进入主要讨论内容之前,仍有必要先就德国、日本以及台湾地区之共犯立法例加以介绍。

## 二、德国、日本与台湾地区之共犯立法例

### (一) 德国刑法

#### 1. 德国1871年刑法

第47条(共同正犯):“数人共同实施可罚之行为时,各皆以正犯论。”

第48条(教唆犯):“对于他人以馈赠、期约,或以威胁、滥用其威望、暴力,或蓄意地造成、促成一个错误,或以他法,故意地令其实行可罚行为者,以教唆犯罚之。教唆犯之处罚,依据其所明知而教唆之行为所适用之法律确定之。”

第49条(帮助犯):“对于重罪或轻罪行为之实行,提供意见或透过行动,明知地予

[1] 林山田:《刑法通论》(下册)(增订8版),2002年,第61—63页。黄荣坚:《基础刑法学》(下),2003年,第349—351页。

[2] 陈子平:《共同正犯与共犯论:继受日本之轨迹及其变迁》,第287—291页;《论教唆犯、从犯规定之独立性与其从属性》,载蔡墩铭、甘添贵编:《刑法争议问题研究》,1999年,第306页以下。褚剑鸿:《刑法总论》(增订9版),1992年,第275页。

[3] 韩忠谟:《刑法原理》(增订11版),1976年,第266、267页。陈朴生:《实用刑法》(10版),1985年,第160、161页。甘添贵:《刑法案例解评》,1999年,第180页。

[4] 周治平:《刑法总论》(台全订5版),1972年,第374页。蔡墩铭:《刑法精义》,1999年,第335、336页。

以协助,以帮助犯罚之。”

“帮助犯之处罚,依据其所明知而帮助之行为所适用之法律确定之,但按照未遂犯处罚之基本原则予以减轻。”

## 2. 德国 1876 年刑法

第 49 条 a:“促使他人实行或参与重罪行为者,或接受他人此项敦促者,且无其他之刑事处罚规定时,若该犯罪系死刑或无期徒刑之罪,处三个月以上之有期徒刑,若该犯罪系较轻之罪,则处两年以下之监狱刑或监禁。”

“自荐实行或参与刑罚所处罚之重罪行为者,以及予以接受者,亦同。”

“若促使或自荐以及其采纳仅系以口头之方式为之,其行为之处罚,以要求某一利益为限。”

“于监狱刑之外,得另处以剥夺公民名誉权之刑或警察监管。”

## 3. 德国 1943 年刑法

第 48 条(教唆犯):“对于他人以馈赠、期约,或以威胁、滥用其威望、暴力,或蓄意地造成、促成一个错误,或以他法,故意地令其实行刑罚所处罚之行为者,以教唆犯罚之。”

“教唆犯之处罚,依据其所明知而教唆之行为所适用之法律确定之。”

第 49 条(帮助犯):“对于刑法所处罚之重罪或轻罪行为之实行,提供意见或透过行动,明知地予以协助,以帮助犯罚之。”

“帮助犯之处罚,依据其所明知而帮助之行为所适用之法律确定之,但得按照未遂犯处罚之基本原则予以减轻。”

## 4. 德国 1953 年刑法

第 49 条 a:“着手于使他人实行刑罚所处罚之重罪行为者,依犯罪未遂所适用之规定罚之。”

“与他人约定实行刑罚所处罚之重罪行为者、接受他人实行该犯罪之提议者,或表示愿为一项重罪行为者,亦以相同规定罚之。有以下情形者,不罚:1. 于着手使他人实行刑罚所处罚之重罪行为或接受他人实行该犯罪之提议后,自愿地阻止该犯罪行为者,2. 于与他人约定实行刑罚所处罚之重罪行为后,自愿地放弃其犯罪之进行并阻止该犯罪行为者,3. 自愿地收回其愿为一项重罪行为之表示。”

“自愿且真挚地致力于阻止犯罪,但非由于行为人之协助而使犯罪中断,或犯罪之完成不受其先前曾为之行为所影响者,亦同。”

第 50 条:“不考虑其他参与者之责任,各个参与者仅根据自己之责任(罪责)而受处罚。”

## 5. 德国 1975 年刑法

第 26 条:“故意教唆(唆使)他人使之故意实施违法行为者,为教唆犯。”

“教唆犯之处罚与正犯同。”



第27条：“故意对于他人故意实施之违法行为予以帮助者，为帮助犯而处罚之。”

“帮助犯之刑依正犯之刑，且根据第四十九条第一项规定减轻之。”

第29条：“不考虑其他参与者之责任，各个参与者仅根据自己之责任（罪责）而受处罚。”

第30条：“企图使他人决意犯重罪，或企图使他人教唆犯重罪者，依该重罪之未遂规定处罚之。但根据第四十九条第一项规定减轻之。第二十三条第三项之规定准用之。”

“表明犯重罪或表明教唆犯重罪之意旨者，或接受他人请求犯重罪或接受他人教唆犯重罪者，适用前项规定处罚之。”

## （二）日本刑法

### 1. 1907年至今之刑法

第61条：“（1）教唆他人使之实行犯罪者，科正犯之刑。（2）教唆教唆者，与前项同。”

第62条：“（1）帮助正犯者，为从犯。（2）教唆从犯者，科从犯之刑。”

第63条：“从犯之刑，依正犯之刑减轻之。”

### 2. 1974年改正刑法草案

第28条：“（1）教唆他人使之实行犯罪者，以教唆犯处罚之。（2）教唆犯准正犯。（3）教唆教唆者，与前二项同。”

第29条：“（1）帮助（协助）正犯者，以从犯处罚之。（2）从犯之刑，依正犯之刑减轻之。（3）教唆从犯者，准从犯而处罚之。”

## （三）我国台湾地区“刑法”

### 1. 1912年—1928年暂行新刑律

#### 第六章“共犯罪”

第29条：“（1）二人以上共同实施犯罪之行为者。皆为正犯。各科其刑。（2）于实施犯罪行为之际帮助正犯者，准正犯论。”

第30条：“（1）教唆他人使之实施犯罪之行为者为造意犯。依正犯之例处断。（2）教唆造意犯者。准造意犯论。”

第31条：“（1）于实施犯罪行为以前帮助正犯者为从犯。得按正犯之刑减一等或二等。（2）教唆或帮助从犯者。准从犯论。”

第32条：“（1）于前教唆或帮助。其后加入实施犯罪之行为者。从其所实施者处断。”

第35条：“于过失罪有共同过失者。以共犯论。”

第36条：“于前教唆或帮助。其后加入实施犯罪之行为者。从其所实施者处断。”