

陈兴良 主编

CRIMINAL LAW REVIEW

40

THE CRIMINAL THEORY OF DOGMATICS

刑法评论

教义学的犯罪论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

陈兴良 主编

CRIMINAL LAW REVIEW

40

THE CRIMINAL THEORY OF DOGMATICS

刑事法评论

教义学的犯罪论

主办

北京大学刑事法治研究中心
北京冠衡刑事辩护研究院



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论:教义学的犯罪论/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社,2017.12
ISBN 978-7-301-29222-8

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(2018)第028420号

- 书 名 刑事法评论:教义学的犯罪论
Xingshifa Pinglun: Jiaoyixue de Fanzui Lun
- 著作责任者 陈兴良 主编
- 责任编辑 王丽环 苏燕英
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29222-8
- 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 43.25印张 872千字
2017年12月第1版 2017年12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

1997年的春天,无论是对于国家来说,还是对于我个人来说,都是一个值得怀念的季节,是一个难以忘怀的季节。这一年的3月14日,全国人民代表大会通过了刑法修订,这就是1997年《刑法》。这是国家法治建设之幸,也是刑法学人之幸。《刑法》的修订预示着我国刑法理论即将迎来发展的契机。正是在这种背景下,我主编的《刑事法评论》在中国政法大学出版社的大力支持下正式出版。《刑事法评论》的创办,为刑事法的学术研究开辟了一个发表的园地,也为刑事一体化提供了一个践行的契机。转眼之间,二十年过去了。如今,我们庆祝《刑事法评论》出版二十周年,同时也是庆祝1997年《刑法》修订二十周年。二十岁对于一个人来说,正值青春时节;二十年对于一部刑法典,对于一本出版物来说,也正是大好年华。

我在刊登在《政治与法律》2017年第3期的《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布20周年》一文中,对自1997年《刑法》颁布以来二十年的刑法学发展进程,以刑法教义学的发展脉络为中心进行了归纳性的描述。在该文中我提出了以下判断:“1997年至今是我国刑法教义学茁壮成长的阶段。我国刑法学经过二十年长足的发展已经脱胎换骨重获新生,刑法教义学的基础已然奠定。回顾这段刑法学发展的历史,对于明确我国刑法学的学术走向具有参照意义。”在这一立法与理论背景中,观察《刑事法评论》所刊登的刑法论文所反映出来的刑法理论研究的发展脉络,可以明显地发现从立法论到司法论的转变,其实也就是刑法教义学在我国生

根落地的历史进程。

在1997年《刑法》修订初期,也就是《刑事法评论》创刊之初,我们组织的稿件还是围绕着《刑法》修订展开的,更多地表现为一种立法论的研究。在《刑事法评论》第2卷的主编絮语中,我对此做了如下说明:“在《刑事法评论》第一卷组稿之时,正值刑法修改进入了最后阶段。为此,我们开设了一个栏目:‘刑法修改的理论期待’。现在,刑法修改已经完毕,修订后的刑法已于1997年10月1日实施。那么,修订后的刑法在多大程度上实现了理论期待呢?为此,本卷开设一个专栏加以探讨。这就是‘修订后的刑法:理论评判’。从独立的学术品格出发,我们坚持对修订后的刑法做一种客观的评价,这也就是本卷及下卷关于修订后的刑法的理论评判这个栏目设立的主旨。”在《刑事法评论》第1卷设置了“刑法修改的理论期待”专栏,在第2卷和第3卷设置了“修订后的刑法:理论评判”的专栏,分别对刑法的总则和分则的主要专题进行了评析和探讨。在此后一个时期,《刑事法评论》针对修订后的刑法的解释与适用发表了相关论文,为《刑法》的实施做出了学术贡献。

从以立法论的中心到刑法教义学的学术转变,是一个悄然而至的过程。这里值得一提的是,在《刑事法评论》第3卷的“判例研究”栏目,围绕着“宋福祥案”,发表了一组(6篇)有关故意不作为杀人案的论文(12万字)。宋福祥案件虽然只是个案,但对该个案的研究在某种意义上说,是我国刑法学界从案例分析向判例研究转变的肇始,也是我国刑法教义学的萌芽。根据《刑事法评论》第3卷的主编絮语的记载,当时是周光权提议对宋福祥间接故意不作为杀人案进行学理研究,我深以为然,并得到张明楷、曲新久等诸位同仁的积极响应,分头写出了研究论文。呈现在读者面前的这组论文,并不是简单的对“宋福祥案”的分析,而是从刑法教义学角度对该案涉及的不作为犯罪的作为义务、不作为犯罪的因果关系、不作为犯罪的罪过形式等专门问题进行的深入研究。不仅如此,还对疑难案件判决的合法性的获得,以及对宋福祥在权利场域中的个人命运等超越实在法的法理问题进行了论述。从现实案件中发现问题,并从刑法教义学上进行阐述,由此获得学理上的提升。自从《刑事法评论》第3卷刊载了对宋福祥案的研究论文以后,这个案件就成为在我国刑法学界最为著名的案件之一,时常被人们提起。尽管对于该案的定罪处罚在当时就存在意见分歧,至今这种分歧仍然存在,但这个案件的研究还是为我们打开了一扇走向刑法教义学的大门。

在刑法教义学发展过程中,涉及一个刑法的知识转型问题。对传统的刑法理论的批判与对国外刑法理论的引入成为推动这种刑法知识转型的必要条件,而《刑事法评论》在这两个方面都起到了重要的作用。例如,对作为传统刑法学核心观念的社会危害性,我在2000年就在《法学研究》第1期发表了《社会危害性理论——一个反思性检讨》一文,对此进行了全面的抨击。在2000年6月出版的《刑事法评论》第6卷刊登了刘为波的《论说的底线——对以社会危害性为核心话语的我国犯罪观的批判性考察》一文,我认为,这篇论文对作为一种元语言叙述模式的社会危害性话语进行批评的广

度与深度都要超过我的认知。刘为波的论文指出了社会危害性话语与罪刑法定原则及其所表达的自由主义思想之间根本性的无法消弭的紧张关系,触及了从专政刑法到法治刑法转变的一个要害问题。在论文中,刘为波并不仅仅局限于对社会危害性理论的“破”,而且致力于对一种人本犯罪本质观的倡导:阐扬犯罪本质的深层的批判、设限意义,就需要摒弃“社会危害性”这一阐释话语,移用西方的法益概念;从传统的对刑法已然保护利益的客观描述,转向对刑法可以保护(可以进入刑法视野)的利益的思考,从而为刑法有权染指的范围设定一条底线。在此,刘为波主张引入法益观念,尤其是强调人权保护的個人法益观。这些思想即使是现在,我认为仍然具有相当的针对性与现实性。紧随着刘为波的论文,在2000年10月出版的《刑事法评论》第7卷刊登了劳东燕的论文:《社会危害性标准的背后——对刑事领域“实事求是”认识论思维的质疑》。该文深入到社会危害性标准的背后,对支撑着社会危害性理论的实事求是的认识论思维提出了质疑。在该文中,劳东燕对作为意识形态的实事求是的批判,主要还是说它为社会危害性理论提供了哲学根据。例如,根据社会危害性理论,只要行为具备社会危害性的,就应当受到刑法处罚。刑法有规定的,按照刑法规定处罚;刑法没有规定的,通过类推进行处罚。确实,类推适用是以实事求是为根据的,从实事求是中获得了政治正确。而根据罪刑法定原则,只有刑法有规定的,才能认定为犯罪。就对于具有社会危害性的行为因为刑法没有规定所以不能认定为犯罪而言,是违反建立在社会危害性之上的实事求是的。因此,这种批判是具有一定的现实意义的。这些具有较强的思想性并容易引起争议的论文发表在“理论争鸣”栏目,表明《刑事法评论》对于一切有益于学科发展的学术争辩都持积极肯定的态度。在某种意义上可以说,这种前沿性的思维也正是推动学术向前发展的动力。

在刑法教义学的发展过程中,来自德日刑法学的知识涵养是不可或缺的。《刑事法评论》在翻译介绍德日刑法教义学方面也做出了自己的贡献。刑法教义学发源于德日,在过去相当长的时间内,受到政治因素的影响,这些刑法教义学知识被摒弃于国门之外。只是在改革开放以后,随着国门打开,德日刑法教义学知识才逐渐引入我国。为了增加对德日刑法教义学知识的了解,《刑事法评论》设立了“域外传译”和“域外视野”这两个常规性栏目:前者以刊登翻译作品为主;后者以刊登中外比较后的介绍性论文为主。在“域外传译”栏目中,翻译了一大批德日著名学者的论文,例如,德国的罗克辛、许乃曼、魏根特等;日本的西田典之、山口厚等。这些译文比其他出版物更早与读者见面,在我国刑法学界产生了较大的学术影响。例如,罗克辛教授的《刑事政策与刑法体系》一文,就是蔡桂生翻译,最初刊登在《刑事法评论》第26卷,后来中国人民大学出版社发行了单行本,对我国刑法教义学研究具有重要参考价值的一部作品。在该卷的主编絮语中,我指出:“罗克辛教授的《刑事政策与刑法体系》一文,着重探讨了如何将刑事政策引入刑法教义学的问题,这对于我国建立刑法教义学体系也是具有重要启迪的。以往我们对刑事政策与刑法关系的了解,都是一种外在的视角,或者说是一种

外在的相关性。而罗克辛教授则开启了一种考察刑事政策与刑法关系的内在视角,使刑事政策能够通过刑法教义学而发生实在的影响,这对于我国的刑事政策研究和教义刑法学的研究都是一种借鉴。”正是在罗克辛教授在该文中提出的思想的影响下,我在《中外法学》2013年第5期发表了《刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》一文。该文强调了在中国目前的刑法教义学研究中,既要以刑事政策作为刑法教义学的引导,更要注重通过刑法教义学对刑事政策的边界加以控制。我的这篇论文是在罗克辛教授的启迪下产生的学术成果,也是学习之作。可以说,在《刑事法评论》上刊登的大量翻译与介绍德日刑法教义学的论文,如同细雨般地滋润了我国刑法学术园地,催生了我国刑法教义学的成长壮大。

从《刑事法评论》发表的刑法论文来看,也可以明显地发现教义学的色彩越来越浓这样一个趋势。以对不作为的作为义务这个刑法教义学问题为例,1998年刊登在《刑事法评论》第3卷的我的《论不作为犯罪之作为义务》一文,与刊登在2015年《刑事法评论》第35卷上的孙立红的《规范性的事实支配与不真正不作为犯——基于对三种不作为犯理论的批判性思考》一文相比,之间相距了十六年时间,可以清晰地看出在不作为犯的作为义务问题上的理论进展。对于孙立红的论文,在主编絮语中,我指出:“这是近年来我所见到的关于不作为犯分析的一篇力作。作者以三种不作为犯理论为出发点进行思考,这里的三种不作为犯理论是指根据彻底的事实支配标准、单一的义务犯标准以及结合这两者对不作为犯的正犯性所做的分析。作者对这三种理论作了批判性考察,提出了规范性事实支配的观点,并对此进行了深入的论证。从该文可以看出,作者对于罗克辛教授的事实性支配以及义务犯理论都具有其本人的深刻理解,并将之运用于对不纯正的不作为犯的分析,表明作者具有较为扎实的理论功底,该文在我国关于不纯正的不作为犯的理论研究中独树一帜,具有鲜明的学术特色,值得嘉许。”确实,这两篇论文真实地展示了我国对不作为犯的作为义务问题上的学术水平从低到高的发展,这也正是我国刑法教义学水平提升的一个缩影。可以说,《刑事法评论》二十年来的成果逐渐展现了我国刑法教义学的进程,因而是一部我国刑法教义学的发展史。

从《刑事法评论》创刊之初,我就确立了《刑事法评论》的编辑宗旨,这就是:“竭力倡导与建构一种以现实社会关心与终极人文关怀为底蕴的、以促进学科建设与学术成长为目的的、一体化的刑事法学研究模式。”这里的一体化的刑事法学研究模式,也就是刑事一体化。刑事一体化的思想是储槐植教授倡导的,《刑事法评论》将刑事一体化作为自己的学术追求,竭力践行。当然,对刑事法各学科做贯通性的研究,这是存在难度的。因为,在刑事法各学科之间毕竟存在畛域之分。付立庆教授在《刑事一体化:梳理、评价与展望——一种学术史意义上的现场叙事》(载《刑事法评论》第14卷)一文中,曾经将《刑事法评论》称为刑事一体化理念的群体化实践,从而将储槐植教授的刑事一体化这一多少带有口号性质的个体化表述演变成为一种群体化的自觉实践。在我

看来,刑事一体化更意味着一种方法论,而不是一个人同时研究刑法与刑事诉讼法。整个刑事法是以犯罪为中心的,刑事是与犯罪相同的一个用语,而一体化是指将犯罪的形态(犯罪学)、对策(刑事政策)、程序(刑事诉讼法)、刑法(刑事实体法)和行刑(刑事执行法)贯通地加以把握。《刑事法评论》以刑事法为研究内容,包括刑法、刑事诉讼法、监狱法、刑事政策、犯罪学等相关学科,因而具有较大的理论辐射面。从二十年来《刑事法评论》发表的论文来看,虽然以刑法为主,但还是兼及刑事法的其他学科。即使在刑事诉讼法等其他学科,也发表了优秀成果。例如,马明亮发表在《刑事法评论》第17卷(2005年)的《协商性司法:一种新型的司法模式》,张庆方发表在《刑事法评论》第12卷(2003年)的《恢复性司法——一种全新的刑事法治模式》,以及汪明亮发表在《刑事法评论》第19卷(2006年)的《论犯罪饱和性生成模式:犯罪宏观生成模式研究》,在各自领域都是前沿性的成果。

《刑事法评论》出版二十周年,见证了二十年来我国学术发表在出版市场的重大变化。二十年前,我国学术界还存在着严重的发表难的问题,这也是当时大量连续出版物问世的主要原因。连续出版物是在我国对公开发行的学术刊物进行数量管制条件下所特有的一种现象,因为在公开发行的刊物上发表论文难,因此出现了所谓以书代刊的连续出版物。可以试想,如果没有刊物的严格管制,也就不需要以书代刊。当然,以书代刊现象的出现还与我国学术出版事业的蓬勃发展有关。对于出版物虽然采取书号管制,但这种管制相对来说宽松一些。因此,当时出现了大量以购买书号形式进行民间出版的所谓书商,成为出版业发展的重要推动力量。书商起初是青睐流行读物,后来又进入学术领域,尤其是法律出版物。随着我国立法的发展,对法律的研究不断深入,司法实践对于法学学术的需求愈来愈高,这就推动了法学的学术出版事业。《刑事法评论》正是在这样一种背景下应运而生,为刑法理论研究成果的发表提供了一个园地。将近二十年过去了,在这期间我国的学术发表情况发生了重大变化。随着法学刊物以及虽不是专门法学刊物但设有法学栏目的刊物增加,法学发表条件得到了较大的改善。因此,出现了各种对法学刊物的评价指标或者评价系统,包括核心刊物和权威刊物等的划分,不同的刊物对作者与作品提出了不同的要求。在这种情况下,呈现出了刊物的等级化与阶层化。出于评职称等需要,优秀学者偏向于在核心刊物和权威刊物发表论文,由此挤压了年轻学者以及在读硕士生、博士生发表的空间。可以对比,我在硕士生阶段就在《法学研究》上发表论文(1984年第2期《论教唆犯的未遂》),在博士生阶段就在《中国社会科学》上发表论文(1987年第3期,与邱兴隆合著《罪刑关系论》),而现在几乎是不可能的。基于以上原因,连续出版物就成为年轻学者和学生发表论文的主要场所。现在,《刑事法评论》的作者群主要就是年轻学者和学生。可以说,《刑事法评论》最值得骄傲的就是培养了一批年轻学者,这些年轻学者现在已经成为我国刑法学界的中坚学术力量。我期望,《刑事法评论》成为未来著名的刑事法学者发表处女作的场所,真正成为刑事法学者成长的学术摇篮。

从1997年到2017年,《刑事法评论》的二十年,也是我学术人生从40岁到60岁最为重要的二十年。在1997年之前,我完成了刑法哲学三部曲;从1997年开始,我向刑法教义学转向,开始更为关注实定法,开启了另外一段学术路程。回首往事,我可以自豪地说,我没有辜负时代,没有辜负学术。

本卷是《刑事法评论》第40卷,也是值得纪念的一卷。本卷的书名,我确定为《教义学的犯罪论》,是在法教义学的意义上构造犯罪论体系,这是我国刑法学理论当前面临的一种知识选择。

在“理论前沿”栏目,发表了三篇论文,第一篇是刘涛的《实质法益观的批判:系统论的视角》,第二篇是杜治晗的《假定的因果关系反思:具体问题与归因思维》,第三篇是蔡仙的《过失犯中结果避免可能性理论的法理展开——以“逾越能力则无义务”原则为解释中心》。这里需要指出,所谓理论前沿,是指采用新方法研究老问题或者采用老方法研究新问题,这种研究具有探讨与探索的性质,因而值得提倡。刘涛的论文采用系统论的方法,对实质法益观进行了批判。该文所说的系统论是指卢曼的社会系统论,这种观点将整个社会视为一个具有自洽性的系统。系统理论指出了现代社会系统的二阶观察建立在系统/环境区分的基础上。一种社会子系统的运作成为另外一个系统的环境,反之亦然。通过系统间的耦合机制(coupling),将对方看成是自身系统自我指涉的环境,将其他系统产生的沟通看作是自身系统符码运作和程式构建的信息,通过对外部指涉进行内部沟通,也就是将外部环境中其他系统的理性和价值判断,转化为系统自身的运作与沟通,是实现系统在二阶观察上延续的途径,也是保持现代社会功能分化条件下人们交往和社会整合的关键所在。从系统理论的角度来看,各种价值的判断问题、社会利益的衡量,都应当在坚持系统二阶观察和自我指涉的层面上得到转化。卢曼的系统论具有方法论的意义,可以用来解释各种社会现象,包括刑法法益。为此,该文对法益采用二阶观察的方法进行了分析,认为法益应当被视为一种社会沟通的媒介(media)。法益将刑法体系外部的信息,也就是将我们通常所称的各种价值判断、政策因素和利益衡量等纳入系统自我指涉的介质。作者站在这种以社会沟通媒介定义的法益观的立场上,对所谓实质法益观进行了批判。该文的话语是较为新颖的,引入的卢曼的社会系统理论也具有一定的启发性。但该文并没有对实质法益观进行严格的界定,反而在文中出现了实体性法益的概念。因此,我认为,与其称为实质法益观,不如称为实体法益观。实质与实体虽然只是一字之差,但其哲学含义是完全不同的,与建立在卢曼的社会系统理论之上的具有社会沟通媒介功能的法益概念相对应的应该是实体法益观,而不是实质法益观。杜治晗的论文对假定的因果关系进行了较为深入的反思,尤其是结合具体问题与归因思维展开的论述,对于深化该问题具有理论意义。蔡仙的论文是对过失犯中结果避免可能性理论的研究。该文以“逾越能力则无义务”为视角,对结果避免可能性的法理依据展开了较为深入的研究。随着德日刑法教义学进入我国,需要在消化的基础上,结合中国刑法和司法进行本土化的研究。

当然,从域外学说的引进到本土化存在一个时间差。只有先进行引进工作,然后才有可能展开自主的学术创新。这是一个过程,对此我们必须要有足够的耐心。

在“共犯研究”栏目中,发表了四篇论文,这些论文都涉及共犯理论的探讨。共犯是刑法教义学中的一个几乎是永恒的话题,其中的问题关涉对共犯的规范理解和司法认定,因此需要深入研究。马卫军的《超最小从属性说的展开》,是对共犯从属性程度的讨论。关于共犯的从属性程度,自从德国学者麦耶提出四种从属性程度的观点以来,受到刑法理论的认同,只不过在采用何种从属性程度上存在不同的选择。在该文中,作者提出了超最小从属性程度的观点,具有一定的新意。目前,在刑法理论上的通说是采用限制从属形式,但该文立足于行为无价值论,提倡超最小从属性说,即:共犯的成立,仅仅以正犯具有形式上的“正犯性质的行为”就够了,并不一定要求正犯行为具有刑事违法性。该文认为,超最小从属性说符合共犯的本质之客观主义的行为共同说,能够契合处罚根据之惹起说与行为无价值论的立场,从违法的相对性出发,也应当赞同超最小从属性说。在我国刑法学界,按照四要件的犯罪论体系,相当于采用极端从属形式。但按照三阶层的犯罪论体系,则通常采用限制从属形式,当然也有个别学者采用最小从属形式。而该文所主张的超最小从属形式的观点,具有一定的突破性,作为一家之说,是值得肯定的。姚培培的《承继共犯论的展开》一文,对承继共犯问题进行了较为深入的研究。承继共犯问题讨论的是后行为人是否要对先行为人的行为及其造成的结果承担责任。这个问题涉及责任主义在共犯理论中的贯彻,因而具有重要意义。该文结合司法案例进行的研究,深化了对承继共犯的认识。余秋莉的《过失共同犯罪的“共同性”探究及其应对》一文,对过失共同犯罪中的“共同性”问题进行了讨论。根据我国《刑法》的规定,是不承认过失共同犯罪属于共同犯罪的,对于过失共同犯罪应当按照所犯的罪分别处罚。这里的过失共同犯罪不属于共同犯罪,是指对于过失共同犯罪的定罪量刑不适用共犯的处罚原则,例如部分行为全体责任的原则等。但这并不能否定在现实生活中还是存在过失共同犯罪这种现象,当然在此还需要区分过失的共同犯罪和共同的过失犯罪,而共同的过失犯罪只不过是过失犯罪的竞合,并不是真正意义上的过失共同犯罪。显然,过失共同犯罪不仅具有不同于故意共同犯罪的处罚原则,而且也与共同的过失犯罪的处罚原则有所不同。为此,需要对过失共同犯罪的“共同性”问题进行界定,该文在此问题上下了较大工夫,对于此后进一步研究过失共同犯罪具有参考价值。莫宸屏的《共谋共同正犯理论的演进、审视与本土应对》一文,对共谋共同正犯的问题进行了研究,共谋共同正犯本来是一个日本刑法的问题。在日本刑法理论中,共谋共同正犯,是指二人以上共谋实现一定的犯罪,其中一部分参与共谋者实行了该犯罪,此时包括没有参与实行行为的共谋者在内,全部论以共同正犯的情形。在日本没有设立组织犯的法律语境下,共谋共同正犯有利于对幕后指使者的处罚,因此共谋共同正犯具有弥补立法不足之蕴含。而在我国《刑法》中,设立了组织犯,对于那些在幕后起策划、指挥作用的犯罪分子,即使没有参与犯罪的实行,也可

以认定为组织犯,以主犯处以较重之刑。在这个意义上,日本的共谋共同正犯似乎在我国刑法语境中并不合适。但我国司法实践中存在参与共谋而未参与实行犯罪如何处理的问题,因而近年来我国学者也开始对日本的共谋共同正犯问题产生兴趣,进行了较多的研究。该文基于日本的共谋共同正犯概念,对共同犯罪中的共谋问题进行了深入研究,提出了协同型共谋、功能性共谋和支配型共谋三种共谋形式。因此,与其说是对共谋共同正犯的研究,不如说是对共同犯罪中的共谋的研究,这种研究我认为具有新意的,值得肯定。

在“实证研究”栏目中,发表了何志伟的《政治因素对刑事审判的影响——基于最高人民法院工作报告(1980—2016年)的实证考察》。本文所选取的实证考察的样本是最高人民法院工作报告。这是最高人民法院院长在每年召开的全国人民代表大会上所作的工作报告,该工作报告具有汇报的性质,因此涉及各该年度的法院工作。该文的主题是政治因素对刑事审判的影响,而这个主题通常会在最高人民法院的工作报告中反映出来。该文既有对资料的梳理与归纳,又有对资料的解读与分析,客观地描述了政治因素,这里主要是指刑事政策对刑事审判的影响。卢建平教授曾经说过,刑事政策就是刑事政治。在这个意义上将政治因素对刑事审判的影响转换为刑事政策对刑事审判的影响似乎有一定道理。但刑事政策终究还是属于“刑事”的范畴,完全以刑事政策替代政治因素,在我看来,还是限缩了“政治因素”的范围。当然,该文还从人才强国和法治思维这两个维度进行了考察。该文的资料收集和分析,以及文字描述与论述都是较为规范的,这样的实证研究成果对于刑法理论研究也是极为有益的。

在“认罪认罚从宽制度研究”栏目中,发表了三篇论文。认罪认罚从宽制度是我国司法实践中正在试点的一项司法改革措施,其目的在于简化诉讼程序,加速案件的处理,并且体现宽严相济的刑事政策。王彪的《刑事诉讼中认罪认罚从宽制度争议问题研究》一文,从刑事诉讼的基本原理出发,对认罪认罚从宽制度的价值取向、认罪认罚案件适用何种证明标准、认罪认罚案件的被追诉人如何获得有效的法律帮助以及认罪认罚的从宽幅度等存在争议的问题,进行了较为深入的研究。这些争议问题关乎认罪认罚从宽制度的发展方向,因此对此的探讨是极为必要的。陈苏豪的《完善认罪认罚从宽应当坚持以审判为中心》一文,主要是从以审判为中心的角度对认罪认罚从宽制度的完善进行了研究。内容既涉及证明标准等程序法问题,又涉及从宽处罚等实体法问题,具有一定的参考价值。孔令勇的《认罪认罚辩护的理论反思——基于刑事速裁案件辩护经验的分析》一文,主要从辩护的角度对认罪认罚从宽制度进行了研究。应该说,认罪认罚从宽制度对于刑事辩护提出了挑战。如何在认罪认罚从宽的速裁程序中正确行使辩护权,这是一个值得研究的问题。该文提出了在办理刑事速裁案件的司法程序中认罪认罚的辩护方式,并将其归纳为:帮助被告人理解认罪认罚的性质与后果、会同侦查人员与公诉人员进行沟通与协商、全面且实质地行使固有辩护权、围绕特定审判对象参与庭审。这些观点具有合理性与可操作性,值得肯定与推广。

在“中日刑事法论坛”中,发表了四篇来自日本学者主旨发言的论文。2017年9月16日—17日,江南无锡,秋高气爽,“第六届中国刑事法研讨会暨中日刑法总论和分论中的先端课题研讨会”,在江南大学文浩馆国际会议中心隆重举行。由西原春夫教授、高铭喧教授一手创办和推动的“中日刑事法学术研讨会”是中日两国刑事法交流的最高层次的研讨会。本次研讨会由东南大学法学院主办,江南大学法学院承办,江苏开炫律师事务所、江苏泓远律师事务所协办。来自全国各地高校、科研院所共160余名专家、学者,以及来自日本东京大学、早稻田大学、京都大学、成蹊大学等学府的著名刑事法学者参加了本次研讨会。在本栏目发表的四篇论文正是日方学者的主旨发言。日本东京大学法学院桥爪隆教授的《当前的日本因果关系理论》一文,主要是对日本因果关系理论新发展的介绍,其中论及了相当因果关系说失去了通说的地位、危险的现实化说正在崛起,并对相当因果关系说与危险的现实化说之间的差异进行了分析,对于中国学者了解日本因果关系理论的最新发展具有重要参考价值。日本京都大学法学院盐见淳教授的《打架与正当防卫——以“打架两成败”的法理为线索》一文,对日本刑法如何处理斗殴与正当防卫的关系问题,以所谓“打架两成败”的法理为线索进行了历史梳理,并结合具体案例进行了精当的分析,对于解决我国司法实践中斗殴与正当防卫的关系具有重要的参考价值。日本东京大学法学院佐伯仁志教授的《日本的性犯罪——最近修改的动向》一文,对日本有关性犯罪的立法动向作了介绍。性犯罪与一个社会的性风俗之间具有密切的相关性,而性犯罪的立法变动往往是以性风俗变化为风向标的。日本立法机关对日本刑法典中性犯罪的规定作了较大的修改,其中涉及取消性别差异,将强奸罪这一罪名变更为强制性交等罪。这些修法对我国性犯罪的立法完善也同样具有参考价值。例如,如何定义我国刑法中的性交,这就是一个尚未得到解决的问题,而这个问题影响到强奸罪、卖淫嫖娼犯罪。我国刑法中,传统的性交是指性器官的结合,但在现实生活中出现了肛交、口交等形态,对此如何处理?目前在我国公安机关处理卖淫嫖娼违法行为的时候,一般都将肛交、口交等形态作为性交易的对象,但在《刑法》中则还是坚守性器官结合的性交概念。在有些国家和地区的刑法中,对于这个问题是采取扩大性交外延的方式解决的,但在日本则将肛交、口交与性交并列,称为性交等,因此强奸罪也就改为了强制性交等罪。例如,修改后的《日本刑法》第177条(强制性交等)规定:对13周岁以上的人,使用暴力或者胁迫实施性交、肛交或者口交(以下称为“性交等”)的,是强制性交等罪,处5年以上有期徒刑。对不满13周岁的人实施性交等的,亦同。这些立法例对于我国重新定义性交也是具有启迪的。日本早稻田大学法学院杉本一敏教授的《围绕诈骗罪的日本争议的现状——以“重要的事项”的问题为中心》一文,对日本刑法中的诈骗罪进行了介绍。应该说,与我国刑法中的诈骗罪相比,日本刑法中的诈骗罪的范围是极为宽泛的,几乎包括了我国刑法中的所有民事欺诈和其他的虚假陈述。而重要的事项是用来限制诈骗罪范围的,只有对重要的事项进行欺骗才能构成诈骗罪,否则不构成诈骗罪。当然,即使作了这种限制以

后,日本刑法中的诈骗罪的范围还是大大宽于我国刑法中的诈骗罪。在此,我要感谢日本学者同意在《刑事法评论》上及时发表这四篇论文。同时,还要感谢这四篇论文的译者。最后,我还要感谢东南大学法学院的刘建利博士,在获得日本学者的修改稿以后,刘建利博士不辞辛苦又对译稿进行了校译。

在“域外传译”栏目中,发表了四篇译文。德国学者卡斯帕教授撰著、陈尔彦翻译的《德国刑法中的保安监禁》一文,对作为保安处分措施的保安监禁作了介绍。德国刑法采取刑罚与保安处分的双轨制,在保安处分中,保安监禁是最为严厉的预防措施,因此饱受争议。保安监禁针对的是那些已经服过自由刑因而本应再次复归社会的行为人。然而,在自由刑实施完毕时,他们仍被认为具有相当程度的危险性,以至于必须继续监禁,而不应当被释放。保安监禁的唯一目标是为了保护社会公众免受危险行为人的侵害;其目标是预防,而非报复。这种具有剥夺人身自由性质的保安处分的正当性根据,确实是一个需要关注的问题。值得注意的是,我国《反恐怖主义法》规定了安置教育的措施,该法第30条规定,对恐怖活动罪犯和极端主义罪犯被判处徒刑以上刑罚的,监狱、看守所应当在刑满释放前根据其犯罪性质、情节和社会危害程度,服刑期间的表现,释放后对所居住社区的影响等进行社会危险性评估。进行社会危险性评估,应当听取有关基层组织和原办案机关的意见。经评估具有社会危险性的,监狱、看守所应当向罪犯服刑地的中级人民法院提出安置教育建议,并将建议书副本抄送同级人民检察院。罪犯服刑地的中级人民法院对于确有社会危险性的,应当在罪犯刑满释放前作出责令其在刑满释放后接受安置教育的决定。决定书副本应当抄送同级人民检察院。被决定安置教育的人员对决定不服的,可以向上一级人民法院申请复议。安置教育由省级人民政府组织实施。安置教育机构应当每年对被安置教育人员进行评估,对于确有悔改表现,不致再危害社会的,应当及时提出解除安置教育的意见,报决定安置教育的中级人民法院作出决定。被安置教育人员有权申请解除安置教育。人民检察院对安置教育的决定和执行实行监督。根据上述规定,安置教育是对恐怖主义犯罪分子采取的一种保安处分措施,虽然从字面上看不出安置教育的具体内容,例如,是限制人身自由还是剥夺人身自由等,对此有待于实施细则的制定。因此,除了刑罚以外,我们还应当关注保安处分措施,它是对刑罚的必要补充。瑞士的萨宾娜·格莱斯教授、德国的艾米丽·西尔弗曼和托马斯·魏根特教授合撰、陈世伟翻译的《若机器人致害,谁将担责?——自动驾驶汽车与刑事责任》一文,对自动驾驶中涉及的刑事责任问题进行了探讨,而这个问题是具有前瞻性的,因而值得我们关注。德国的汉斯·约阿希姆·鲁道菲撰著、李波翻译的《过失犯中的可预见性与规范保护目的》一文,讨论的是过失犯的不法问题。正如该文开头所言,过失犯的不法就像刑法教义学的继子一样被忽视。过失问题仅仅被当作责任要素予以考察。该文从可预见性与规范保护目的这两个视角对过失犯的不法作了论述。日本中央大学大学院法务研究科井田良教授撰著、陈璇翻译的《走向自主与本土化:日本刑法与刑法学的现状》一文,对日本刑法学

的发展路径进行了描述,这段学术史对于我国刑法学的发展也是具有启发性的。众所周知,日本近代刑法学是从德国引入的,从德国的刑法教义学到日本的刑法解释学,两者之间明显存在渊源关系。正如本文所述,在初期日本刑法学界存在对德国刑法学的生搬硬套的现象,日本学者或多或少不加批判地将德国刑法教义学的讨论移用于日本,并且经常热衷于进行学说代理人之间的论战。当时,离开了德国资料,就无法进行刑法学研究。此后,随着日本刑法理论的自主与本土化,日本刑法学已经脱离了德国刑法学这一母体,完全能够进行自主性的研究,同时也摆脱了对德国刑法理论的依附。今天,我国刑法学还处于吸收德日刑法学的学术成果的阶段,但我相信,随着时间的推移,我国刑法学也同样能够实现自主与本土化。

在“域外视野”栏目中,发表了三篇对域外刑法进行研究的论文。徐久生教授的《德国刑法典的重大变化及其解读》一文,对自2002年以来,德国刑法典在过去十五年间的修订情况作了详尽的介绍,对于我国学者了解德国刑法典的最新进展具有参考价值。尹露的《美国中间制裁研究》一文,对美国的所谓中间制裁进行了研究。对于这里的中间制裁,我国学者也许并不熟悉。根据本文介绍,中间制裁很大程度上是一种总括性的学术概念,是严厉程度居于缓刑和监禁刑之间的一系列制裁措施的总称。中间制裁在传统社区矫正的基础之上发展起来,集合预防犯罪和惩罚、矫治犯罪人的功能,依托社区资源和强调社会力量的参与,主要是为了解决传统监禁对犯罪人的惩罚过于严厉,传统的缓刑和假释对犯罪人惩罚力度又过轻的问题。由此可见,这种中间制裁具有一定的社区矫正的属性,但又不能完全等同于社区矫正,对此的深入研究有利于推动我国刑罚制裁措施的多元化,适应于不同的犯罪和犯罪人。曹兴华的《逾两百年来美国矫治刑罚观历史嬗变及其启示——自1790年核桃街拘役所改革至2016年Montgomery v. Louisiana案》一文,对美国矫治刑罚观的演变过程进行了历史考察,对于我国学者了解美国刑罚发展史具有一定的意义。

在“专题研究”栏目中,发表了十一篇论文,涉及刑事法各分支学科。徐兴涛的《教义学视野下刑法用语含义的厘定》一文,是对刑法解释方法的教义学分析,其中采用了符号学、接受美学等知识,因而对于我们具有启发。张志钢的《我国刑法语境中主、客观要件的审查顺位研究——基于方法论角度的考察》一文,指出了主、客观要件审查顺位中的某些误解,例如,将不法与有责的位阶性等同于客观与主观要件的位阶性、优先考察主观要件沦为刑法主观主义、将实体法上的评价问题混同于程序法上的证明问题。在以上三个问题中,除了最后一个问题以外,前两个问题属于实体法问题。这些问题的提出确实值得我国学者思考,以往的研究中可能存在简单化的现象。例如不法与责任的关系是否能够对应于客观与主观的关系等。其实,只有在古典派犯罪论体系中才存在这种对应关系,到了目的行为论的犯罪论体系,则完全不存在这种对应关系。优先考察主观要件就会沦为刑法主观主义的命题,也是难以成立的。当然,该文的有些结论也还有待于进一步商榷。例如,作者认为在认定犯罪时,客观要件优先判断并

非必然。在既遂犯中通常先审查客观要件后审查主观要件;在未遂犯中则需要先审查主观要件。这里的关键是:在未遂犯的认定中究竟是先审查主观要件还是先审查客观要件?在我看来,即使是在预备犯的情况下,也必须先审查客观后审查主观。例如,为杀人而磨刀,要先认定存在磨刀的客观事实,才有可能进一步考察主观上是否具有为了杀人的意图。至于未遂犯也是如此,只有实施了致使他人伤害的行为,才能进一步审查主观上是否具有杀人故意还是伤害故意。如果是杀人故意,则认定为故意杀人罪的未遂犯。因此,在通常情况下,刑法教义学的审查还是要遵循先客观后主观的原则,未遂犯也不例外。储陈城的《意外事件的阶层化判断》一文,论及意外事件判断的阶层性问题。这个问题在我国司法实践中是较为混乱的,对此该文作者举例作了说明。意外事件属于故意的范畴,应当在构成要件该当性,包括因果关系等客观要素之后进行审查,但在我国司法实践中往往与因果关系的判断相混淆。该文对此的研究,我认为具有理论意义和现实意义的。尹子文的《论量的防卫过当与〈刑法〉第20条第2款的扩展适用》一文,提出了量的防卫过当概念,认为防卫过当可以分为质的防卫过当和量的防卫过当,质的防卫过当是典型的防卫过当,而量的防卫过当则是非典型的防卫过当。该文所称的量的防卫过当包括超越防卫时间限度(量的过当)及对象限度的情形。这些情形是极度惊恐之下造成的,应当拓展适用《刑法》第20条第2款,予以减免处罚。该文提出的问题是具有现实意义的,当然,这种情形是否可以归属于防卫过当,还是值得推敲的。对于在紧迫情况下,产生防卫时间的提前或者延后,或者导致对象错误等,我认为还是不能归之为量的防卫过当,因为防卫过当对于正当防卫而言,都是量变引起质变,因此正当防卫与防卫过当之间还是存在性质上的区分。对于该文所称的这些所谓量的防卫过当情形,还是应当适用认识错误理论作为过失犯处罚,或者以责任减轻为由予以宽缓处罚等。马天成的《自杀行为之法外空间解释路径的批判》一文,对自杀行为的法外空间解释理论进行了批判。对于自杀行为在刑法上的性质,在学理上存在否定其刑事性质的观点与肯定其刑事性质的观点之争,但目前出现了第三种观点,即法外空间的解释理论。该文作者主要是从否定自杀行为的刑事性质的角度,对法外空间解释理论进行了驳斥,其中观点可供参考。郝艳兵的《产品犯罪归责的困境及出路》一文,以因果关系为视角,对产品犯罪责任进行了考察,对于司法实践正确认定此类犯罪具有借鉴意义。李菲菲的《取得错误汇款的行为性质研究》一文,通过分析224份判决文书,对错误汇款案件的类型、定性争议等进行研究。错误汇款是一个财产犯罪中的经典问题,同时具有理论性与实践性。该文作者以一名司法工作者的身份,对错误汇款案例进行梳理与归纳,并且从刑法教义学的理论上进行深入分析,其结论对于司法机关处理此类案件具有参考价值。这是难能可贵的,值得嘉许。马丽亚的《论我国反恐特别程序中律师参与规则的完善》一文,对于律师如何参与反恐特别程序的问题进行了较为专业和专门的论述,其选题具有现实意义,其论述具有理论价值。兰跃军的《审判中心视野下的新型侦诉审辩关系》一文,对在审判中心视野下的新型侦

诉审辩关系作了具有价值的论述,作者敏锐地捕捉到我国刑事诉讼程序采用以审判为中心以后,会带来侦查、控诉、辩护和审判这些诉讼角色的变化,并对此进行了深入的分析与论争。周维明的《中国刑法与国际公约的衔接问题研究》一文,论及国内刑法与国际刑法之间的衔接问题,这既是一个国内刑法问题,又是一个国际刑法问题。该文对此问题的研究,对于通过国内刑法的确认而落实与贯彻我国参与的国际公约规定的刑事义务,具有一定的意义。曹晟旻的《论服刑人员的再社会化权利及其保障》一文,在权利的意义论述服刑人员的再社会化问题,可见对于服刑人员的再社会化的认识高度,这对于预防再犯具有重要意义。

《刑事法评论》第40卷是我主编的最后一卷,从下一卷开始,交由北京大学法学院的江溯副教授主编,由此完成《刑事法评论》主编的首次交接。江溯具有中外刑事法的广阔理论视野和中外刑事法学界的广泛人脉关系,对于刑法教义学、犯罪学、刑罚学、刑事政策等专门领域都有较深的造诣。尤其是,江溯具有担任中国政法大学出版社和武汉大学出版社法学编辑的独特经历。我2006年在武汉大学出版社出版的《死刑备忘录》一书,江溯就是责任编辑之一。因此,我相信江溯能够胜任《刑事法评论》的主编之责,编得比我更好。江溯现在正好是我二十年前《刑事法评论》创刊时的年龄,我二十年编了40卷,江溯再编二十年就是80卷。祝愿《刑事法评论》与我国刑事法理论共同成长,伴随着我国刑事法学人共同老去。

是为本卷的主编絮语。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年10月11日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

理 论 前 沿

实质法益观的批判:系统论的视角/刘 涛	(1)
一、法益理论研究的困境	(1)
二、刑事规范的自我指涉与法益论的外部指涉	(6)
三、法益论与刑事司法系统的价值判断	(12)
四、系统理论下刑法法益观构想	(16)
五、结语	(21)
假定的因果关系反思:具体问题与归因思维/杜治晗	(23)
一、问题的提出	(23)
二、假定的因果关系问题的澄清	(25)
三、摆脱“假定事实”困扰的理论尝试	(29)
四、笔者观点:反事实思维的发现与检讨	(37)
五、结语	(43)
过失犯中结果避免可能性理论的法理展开	
——以“逾越能力则无义务”原则为解释中心/蔡 仙	(44)
一、问题的提出	(44)
二、“结果避免可能性”相关概念及哲学性前提的厘清	(45)
三、“逾越能力则无义务”作为广义结果避免可能性的法理依据	(47)