

刑事法新论集粹 II

何鹏教授八十华诞纪念文集

本书编写组 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑事法新论集粹Ⅱ

何鹏教授八十华诞纪念文集

本书编写组 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法新论集粹:何鹏教授八十华诞纪念文集/本书
编写组编. —北京:法律出版社, 2005. 6

ISBN 7-5036-5640-9

I. 刑… II. 本… III. 刑法—中国—文集 IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 061779 号

©法律出版社·中国

责任编辑/曾健 卞学琪

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/陶松

开本/A5

印张/28.125 字数/786 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5640-9/D·5357 总定价(全两卷):40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



何鹏 教授

何鹏教授八十华诞庆典暨学术思想研讨会留念 2014.5.28



总 目 录

前言

何鹏教授生平简介

【一九八〇级硕士生】

我国刑法中结果加重犯新探 吴振兴(1)

【一九八四级硕士生】

刑事违法行为类型与其他违法行为类型之关系

——以中日比较角度的研究 李 洁(14)

证据规则的正义理念 李贵方(37)

【一九八五级硕士生】

社会演进与刑法修改

——以德国为视角的研究 张 旭(56)

英美刑法犯罪心理若干问题研究 李韧夫(81)

美国警察社区警务理论与实践 张 军(93)

【一九八六级硕士生】

刑事诉讼证明概念的重新思考 闵春雷(101)

【一九九六级博士生】

中国律师刑事责任质疑——兼评刑法第 306 条 王 丽(112)

刑法的立法解释论 徐 岱(123)

公司资本犯罪刍议	王彦明 薛畅宇(137)
----------------	--------------

【一九九七级博士生】

侵吞违法物问题探究	于世忠(149)
-----------------	----------

【一九九九级博士生】

毛泽东的刑罚思想与中国刑罚制度	阎少华(163)
-----------------------	----------

【二〇〇〇级博士生】

有期徒刑适用的罪刑均衡研究	李晓林(170)
---------------------	----------

【二〇〇一级博士生】

货币犯罪若干问题研究	韩金柱(186)
关于洗钱罪主观方面的探讨	刘 飞(200)
巨额财产来源不明罪的理性思考	任继鸿(209)
扰乱法庭秩序罪探微 ——一个比较法视角的考察与思考	张英霞(217)
认定“入户抢劫”若干疑难问题探讨	沈志民(232)
商业瞒骗走私犯罪研究	陈 磊(242)
设陷行为性质研究	金 星(253)
数额犯要义	赵 威(265)
专利犯罪的两个界限问题	于阜民(276)
论现代刑罚体系的基本原则	薛畅宇(289)

【二〇〇二级博士生】

从行为无价值论到结果无价值论

——以战后日本刑法中原因自由行为理论的发展

为例	王 充(301)
----------	----------

刑法的限制机能的实现	王志远(314)
------------------	----------

犯罪论体系哲理基础的变动

——从古典体系到目的论体系的考察	
..... 陈劲阳	黄宪昱(332)
组织犯概念的展开	路 军(343)
醉酒人犯罪刑事责任问题探析	单晓华(357)
徇私枉法犯罪若干问题研究	崔胜实(371)
正确适用法律 公正审理未成年军人犯罪案件	
——浅析未成年军人犯罪在法律适用中的几个	
问题	孙 宏(383)
刑法司法解释存在的问题及其完善	高憬宏(398)
论情节加重犯的事实认定	陈雄飞 郭宏川(410)
邪教与恐怖主义	由明言(425)
挪用公款罪若干问题研究及立法完善	李 巍(435)
论我国非刑罚处罚的产生	杜雪晶(451)
试论洗钱犯罪的构成特征	曾文波(465)
恶意透支的催收要件分析	张 平(476)
试论完善私分国有资产罪及立法建议	周厚兴(493)
关于罪刑法定原则的时代性新思考	郑 伟(507)
计算机犯罪相关问题研究	刘亚娜(517)
略论犯罪阻却事由	王国宾(528)

【二〇〇三级博士生】

承继犯的概念与特征	张 森(549)
贪污罪中的罪数形态问题	唐保银(559)
日本刑法中正当防卫的若干问题探微	闫二鹏(573)
试述人权保障之下的中国刑法	
——中国刑事制度的发展完善与人权保障	刘金刚(586)
刑事犯罪与民事违法的边界探析	叶志伟(600)
论刑法中的行为危险性与结果危险性	王 强(616)
巨额财产来源不明罪存在的问题与对策	
——以刑法在反腐败中的功效为视角	孙恒山(626)
“预防职务犯罪”的理论解读	

——以刑事法学为视角的思考	李海滢(641)
基本犯定罪定量因素研究	刘 芳(656)
论包括一罪及其对我国刑法的启示	王明辉 唐煜枫(669)
漫谈涉伪犯罪之“伪”	杨佩正(681)
大塚仁的人格刑法学论要	赵丙贵(693)
毒品特殊累犯基本问题研究	任志中(704)
司法理念现代化的一种表达	
——从法官对判决理由的撰写说起	杨 波(719)
保险诈骗罪特殊犯罪形态的司法认定	韩 玲(731)
吉林省生态环境建设立法现状评析	刘晓莉(743)

【二〇〇四级博士生】

国际刑法研究范式论纲	王 勇(753)
国际刑事法院管辖的罪行研究	李綦通(769)
论国际犯罪刑事责任的承担主体	金玲玲(785)
刑事政策与跨国洗钱犯罪	单 勇(796)
刑法应该设立“舞弊罪”	
——关于“枪手”现象的法律思考	陈玉范(810)
受贿罪二题研究	吴飞飞(822)
“腐败”原意的刑法解读	李立丰(835)
私企可否作为单位犯罪主体之辨析	梁雪冰(852)

附录	(869)
----------	-------

二〇〇三级博士生

承继犯的概念与特征

张 森*

一、承继犯的概念界定

承者,“奉也,受也。”^①表示的含义是“继承;继续”和“接续,继承”。继者,“续也。”其表达的含义是“承受;继承。延续。连续;随后”^②和“连续不断,继承,接着。”汉语中“承继”的含义一般认为是“承接,承袭。”^③

所以“承继犯”就其语词逻辑所指称的范围来讲,说明的是犯罪行为或者犯罪者之间的接续和中途加入的形态。

汉语“承继犯”一词的提法最早来源于日本和我国台湾地区的刑法学著作,指的是共同犯罪的一种特殊形态,而且始于“承继共同正犯”的研究。由于各个学者所持的学说观点不同,承继所指称的范围有很大差别,尤其是对于这种犯罪形态的责任确定。但是,就其刑法学上本意来讲,承继的含义一般认为是“先行者在完成了实行行为

* 浙江大学宁波理工学院法律系讲师,吉林大学刑法专业博士研究生。

① [清]杜馥撰:《说文解字义证》,上海辞书出版社1987年版,第1049页。

② 辞海编辑委员会编纂:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第3342页。

③ 广东、广西、湖南、河南词源修订组、商务印书馆编辑部编:《词源》,商务印书馆1983年版,第1229页。

的一部分后,后行为者参与的”^① (共犯)形态。至于其表达的是罪之间的关系还是犯罪人之间的关系,那取决于对“犯”的理解。

这种犯罪形态由来已久,最先对这种形态进行表述的是德国刑法学者。德国刑法学对共同正犯进行研究的时候,根据参与人的同意和行为开始时间的关系,认为参与人“可以在行为过程中直至行为终了前表示同意”。^② 这种情况称为 sukzessive Mittaeterschaft,直译为“渐进的、渐次的共同正犯”,日本学者根据其表述的含义和特征一般用“承继的正犯”一词来进行意译。也有学者称这种情况为“相继的共同正犯、相继的共同正犯、继承共同正犯、继承性共同正犯和连接的共同正犯”。^③ 具体来讲,以上各种称谓各有各的优势,但是各有不足。“相继和相继”中的“相”表示“互相”的含义,其确定的范围可能过小;而“继承”在日常生活中和民法中有其确定的含义,用继承一词容易造成混乱;“连接”所表示的“相连而又接续的”关系很显然没有正确表达其含义。和这些用语相比,“承继”一词并没有明显的不足,而且已经被学界广泛接受,没有必要另创新词。

根据上面的分析,承继犯的语词逻辑和内涵具有很大的重合性,中国和日本文化背景相差不大,而且沿用起来也没有引起太多争议,又能保持中日刑法理论研究的相通性,所以这一称谓还是可取的。

有人认为应当把其称为承继共犯,以此来表明是共同犯罪的一种情况。我认为这种提法有些多余,承继共犯的称谓则先入为主的认为

① [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社1988年版,第420页。褚剑鸿:《刑法总论》,三民书局1995年版。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(中译本),中国法制出版社2001年版,第822页。

③ 韩忠谟:《刑法原理》,雨利美术印刷有限公司1981年版,第274页;韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第200页;高仰止:《刑法总论之理论与实用》,五南图书出版公司1986年版,第401页;黄仲夫编著:《刑法精义》,五南图书出版公司2000年版,第187页;林山田:《刑法通论》(下),台大法学院图书经销部经销1999年版,第399页;赵秉志主编:《外国刑法原理》(大陆法系),中国人民大学出版社2000年版,第215页;褚剑鸿:《刑法总论》,三民书局1995年版,第279页;黄村力:《刑法总论比较研究》(欧陆法比较),三民书局经销1995年版,第210页;甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》,北京大学出版社1984年版,第427页、第428页。

这种情况是共同犯罪,而且共同犯罪的情况下广义的共犯和狭义的共犯又往往容易发生混乱。所以为了避免混乱,承继犯的提法好于承继共犯。承继犯首先是对事实上发生的一种情况的描述,至于是否以共同犯罪来处理,还有待理论界对其进行更深入的探讨。

“犯”一般表示一种犯罪形态,而什么是犯罪形态,刑法理论界还没有一个确定的能被广泛接受的概念。但一般认为犯罪形态应当具有以下特征:犯罪形态是构成事实与法律评价的统一;犯罪形态源自犯罪行为的客观规律性;犯罪形态的变迁根源于犯罪构成的变异;犯罪形态是定罪与量刑的统一。^①就承继犯是否符合这些要求而成为一种犯罪形态,我个人认为确实有讨论的必要。法律对于这种形态如何评价,更是一个十分棘手的问题。因为我们对于这种事实发生的现象进行归纳,或者根据理论自身逻辑完备的推理所确定的这种现象,刑法典一般没有明文规定,所以法律评价的说法似乎不能得到确证。但是我们知道一些犯罪形态本身就是人们对一种犯罪现象的归纳和总结,其刑事责任的承担方式可能有几种情况,例如过当犯、假想犯等。无论是否共同犯罪,这种情况不仅在逻辑上可能发生,而且在实践中也是出现过的,所以对其加以研究不仅是理论上自我完善的需要,而且也有解决实际问题的实践意义。对其加以研究,不仅应当给出一个有实践意义的结论,而且应当在现有的刑法规范和相关的理论的基础上说明其根据和理由。所以我认为,不论是理论上还是司法实践上,承继犯都有研究的必要,可以认为是一种独立的犯罪形态,至于其所处的位置和体系结构,只有在确定其法律评价后才能对其进行进一步确定。

综上所述,把承继犯的定义表述为:行为人已经开始实施犯罪实行行为,而在犯罪事实没有结束的过程中,又有他人与之形成意思联络,从而加入其中的一种犯罪形态。

二、承继犯的总体特征

承继犯所以能够成为一种独立的犯罪形态,原因是其本身有一种

^① 范德繁:“犯罪转化研究”,吉林大学2000年硕士学位论文,第38页。

独特的不被其他犯罪形态所包括的禀赋。承继犯是一个具有总称意义的概念,是根据犯罪的某一方面特征得出的犯罪形态,所以这里论述的承继犯的特征具有总体性的特质,而每一个具体的表现形式又各有不同,下面将详细论述。就总体特征来讲,承继犯具有如下特征:

1. 实行行为已经开始作为承继犯存在的前提,而不包括实行行为前的预备行为

这也是概念中采用犯罪实行行为而没有采用犯罪行为的原因,犯罪行为应当包括犯罪的实行行为、犯罪的预备行为、犯罪的教唆行为和犯罪的帮助行为等。如果实行行为还没有开始实施,那么也就无所谓承继了。这一方面因为刑法规范以处罚实行行为为重点和核心,另一方面实行行为直接与犯罪客体(法益)有直接紧密的联系。虽然预备行为有相对的独立性和可处罚性,但是实行行为却更直接地体现犯罪的性质,预备行为可能相同,但根据其预备行为所预备实施的实行行为的性质,可以确定为不同的犯罪且做出不同的处罚。

这里需要说明的是,就共同共犯(参与犯)情形来讲,并非不可能出现承继现象,但不能就此而否定实行犯的实行行为是其存在前提。所谓共同共犯(参与犯)是指参与犯的参与行为是由数人协力实施的犯罪形态,也就是狭义共犯的行为由数人共同实施的场合。此时,共同参与犯间可能出现承继共同帮助犯和承继共同教唆犯的情况。但此时把其共犯参与行为独立出来,作为一种“实行行为”而又共同实施,然后能出现承继犯的场合,其实是割裂了实行犯和参与犯的关系和关联性。因为实行行为是共同犯罪的前提和根据,是共同犯罪的核心,没有与实行犯的犯意联络,没有对实行行为的认识,就无法确认共同犯罪的成立。所以,即便有共同共犯(参与犯)的存在,却没有必要对其承继形态加以研究。因为对于每一个参与犯来讲,其参与的行为是针对实行行为而言的,所以在这样的原则下,其无论何时加入,加入的故意都是对实行行为的加功,因而只需确定其对实行行为的作用就能确定其犯罪和刑事责任。

实行行为是刑法规范的标本和模型,作为罪刑关系的前提,实行行为是确定刑事责任的依据和标准。整个刑法分则的法定刑确定,都是依据实行行为的程度,因而对实行行为的作用程度和作用范围大小

也同样是确定共犯刑事责任的依据。所以,承继犯把实行行为作为前提,不仅仅是把其作为确定承继犯出现可能的起点(但不包括这一点),而且指实行行为对共同犯罪的重要作用。

2. 整个犯罪没有结束的状态使承继犯的行为加入其中成为可能

对于承继犯存在过程的终点,可能有诸多不同标准,有的以既遂为标准;有的以犯罪的实行行为的结束为标准;还有的以犯罪行为导致的结果发生为标准;也有的把“犯罪終了”作为其标准。其优劣各有,而且根据各自体系和要求不同,可能解释也往往不同。但以拙见论之,终了说可能更可取一些。

其中的“既遂标准”是以刑法规范确定的既遂为标准,完全依照刑法规范的规定。其前提是刑法规范的犯罪构成是有既遂形态的规定或者既遂形态是明确具体的。但其前提是否能够被实现,目前来讲也是有争议的。我国刑法理论界中就有犯罪构成是以既遂为标本和以犯罪成立为标本的争论。^①对于那些既遂标准存在争议的犯罪,其犯罪过程的终点也是有争议的。抛开这方面姑且不论,就是那些法定既遂标准十分明确或者学术上没有争议的犯罪,也不能直接以法律的规定而作为过程的终点。众所周知,法规的确定是多方面影响的结果,因而可能出现行为过程、事实过程和法规评价的非同一性。所以涉入立法者价值判断的既遂标准往往不能全面评价犯罪的过程。如果既遂前后行为者同一,可以由于评价和事实的价值相同而忽略后部分或者由前者包括后者,总体上做一个评价即可;但二者不同一的情况下,则不能一概而论。以举动犯和危险犯为例,举动犯是指“行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成和完全符合构成要件,从而构成既遂的犯罪”。^②也就是说法律实务和理论界的通说认为其犯罪的过程仅仅是一点,即起点和终点合而为一,此时根据行为的性质,显然能实现立法者对行为的价值评价,但却无法描述行为的过程性,根据立法者的选择和取舍,行为的过程性评价浓缩为对一点的评价。但整个行为却不一定到此而终止,而是继续向前发展,就整个犯罪来讲并没有结束,

① 李洁:《犯罪既遂形态研究》,吉林大学出版社1999年版,第62~64页。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上),中国法制出版社2000年版,第266页。

其他行为人有可能加入其中,但根据以既遂为标准的观点,则不能成立共犯,显为不妥。同样就危险犯来讲,实施完制造危险的行为,出现危险状态为既遂,由于某些原因而使危险状态之相对应实害侵害未能出现也把其作为既遂处理。但从危险状态出现到实害结果出现一般来讲也是作为过程而存在的,在犯意联络的情况下,也可能有人加入其中实现对最终结果的加功,此时若不以共同犯罪论则显有不妥。因而这种方法确定的标准很显然不能全面评价这种情况,具有逻辑上的不周延性。

以“实行行为”为标准,是指把犯罪构成确定的实行行为的实施过程作为犯罪的过程,在实行行为完成之前都有可能出现承继犯的形态。首先,我们应当理解实行行为是相对于客体(法益)侵害而言的,是质的定性而非量上的同既遂完全同一。如果那样的话,就又回到了既遂标准说。但并非既遂标准对实行行为毫无意义,有些情况下,实行行为虽然继续,但已既遂,所以此时虽然能够加入,但是论罪有异。这种标准有其自身的优点,因为根据前面所讨论的共同犯罪中实行行为的性质和决定性作用,所以把实行行为的完成作为标准似乎更为妥当,以实行行为的介入实现实行行为的共同,以参与行为介入实现对实行行为的加功。其次,就整体而论,这种介入可以是对整个犯罪的介入,而不一定必然直接对犯罪的实行行为发生影响。实行行为有其自己的特点,一方面,由于犯罪的实行行为和既遂标准有紧密联系,另一方面,实行行为的结束并不必然发生犯罪结果,不一定达于既遂,也就是整个犯罪未必结束,有时候还需要其他的因素发挥作用才能达到犯罪的最终完成,因而也会存在对整个犯罪加功和介入的可能。同时,以实行行为为标准,这种行为介入不能单独被作为实行行为加以处断。而且共同犯罪的复杂情况使得某些针对单独犯制定的刑法规规范和原则无法贯彻到底,一些在单独犯情况下被忽略和统一评价的情节和情况无法忽略,从而更有研究的价值和必要。另外,由于这种特殊性,正犯的范围往往发生扩大,接应抢劫银行者为正犯,但能否把正犯的实行行为扩大到逃跑,则不无值得思量之处。因而这种方法虽有优势,但缺陷仍不能小觑。

“结果标准”就是以犯罪行为导致的犯罪结果的发生为标准。在

犯罪行为导致的结果发生之前,都有其他入行为介入而成立承继犯的可能。这种观点弥补了行为标准说的不足。不仅把行为的实施,而且把行为导致的结果作为评价的标准。犯罪结果作为“犯罪行为通过影响犯罪对象而对犯罪客体造成的法定现实损害及具体危险的事实”,^①法定性是其特征之一,由此来看,其同法定的犯罪既遂是有密切关联的;而同客体的密不可分性,使得其表现形式是多样而且复杂的。而且由于其也认同危险犯的危险结果,所以虽然能实现对行为标准的弥补,却无法突破既遂标准的框架,因而也是不全面的。如果说,对犯罪结果重新界定,认为“犯罪结果是犯罪行为已经造成的侵害事实”^②就能消除危险结果和实害结果的纷争,从而能实现统一评价。但此时并非没有问题,就结果而论,根据主体的不同,有目的结果和构成结果的区分,目的结果是指人们所欲达到的结果,而构成结果则是指由刑法规范确定的犯罪构成所认定的结果因素。二者有时并不重合,因而虽然确定为实害结果能解决从危险结果到实害结果发展过程中的介入问题。但危险结果有相应的实害结果的规定和标准。作为个别的、具体的存在的结果,显然无法作为承继犯可介入状态结束的标准,法定的犯罪构成的实害结果成为惟一可取的标准。但是,犯罪本身是复杂而且可以转化的。复合结果是做统一的整体性理解,还是分做几部分来分别理解呢?此时其结果尚未发生是指整个结果没有实现呢,还是连其中的一部分也没有开始实现?另外,对于犯罪的转化形态和犯罪的变化情况来讲,其结果显然无法确定,如果仅指原罪的结果,则可能已经实现,但转化后的结果和变化的最终结果却未必达到。所以虽然其实行行为已经开始,且结果也已经出现,但就整个犯罪来讲却可能还没有结束。所以,这种标准虽然更进了一步,但还是不全面。

最后就剩下犯罪终了标准说,这种标准的范围不仅包括“实行行为中”而且包括“犯罪既遂后”的犯罪未终了前。根据前面的论述,这种观点是最为全面而且适用的了,但是其缺陷是没有自身确定的标准,容易发生范围的扩大。把一些连累犯和赃物犯罪都包括进承继犯

① 李杰:《犯罪结果论》,吉林大学出版社1994年版,第58页。

② 张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社1991年版,第189页。

的行列。但我以为不能据此而否认其价值和意义,其实以上的诸观点虽有不足,但都能解决大部分问题,因而终了说仅仅是一种补充的提法,是一种折中的方法,并没有排斥前述的各个犯罪终了标准,但其包括性之广,足可以解决各观点的局限性问题。对于其外延过宽的问题,也只能根据司法者对法律的理解和解释来实现,毕竟法律不是也无法是十全十美的,所以对法律从本质上进行自由心证的适用也是十分必要的。

综上所述,为了全面起见,我对承继犯可介入状态的终点采取了犯罪终了标准说。也正是犯罪没有最终结束,使得介入者的行为介入成为可能并且有评价的意义。

3. 意思联络发生在犯罪实行行为已开始,且犯罪未结束的状态下

就共同正犯来讲,承继正犯不同于“各共同犯罪人都自始至终参与共同犯罪的实行行为”的先行共同正犯,“先行的共同正犯是指个共同犯罪人在实施犯罪以前,对犯罪进行了预谋,继而共同实行某一犯罪行为,由此构成共同正犯”,^① 也被称为原始的共同正犯。

根据这种分类方法,我们可以把那些预谋于前,继而实行行为开始的共同犯罪称为原始的共犯或原始的共同犯。由于其共同犯罪形态从实行行为开始时就已形成,因而是对于刑法规范确定的模型的自始符合形态,同时共同犯罪是犯罪的组合形态而不是犯罪构成的形态,^② 因而可以根据刑法规范确定其责任的大小。

我们国家刑法理论中对共同犯罪的成立条件的要求,“除必须具备故意犯罪成立的一般条件外,还有其自身的特有的成立条件”,^③ 包括主体条件、客观条件和共同犯罪的主观条件。其中共同犯罪的主观条件强调必须有共同犯罪故意,“所谓共同犯罪故意,是指各行为人通过意思的传递、反馈而形成的,明知自己是和他人配合共同实施犯罪,而且明知共同的犯罪行为会发生某种危害社会的结果,而希望或放任

① 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第535页。

② 陈浩然:《理论刑法学》,上海人民出版社2000年版,第292页。

③ 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第205页。