

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠



●刘明祥 田宏杰 主编

刑事法探究

Research on Criminal Law

(第四卷)



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠

刑事法探究

(第四卷)

刘明祥 田宏杰 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法探究. 第4卷 / 刘明祥, 田宏杰主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0697 - 6

I. ①刑… II. ①刘…②田… III. ①刑法—文集 IV. ①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 241060 号

刑事法探究 (第四卷)

刘明祥 田宏杰 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 28

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 519 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0697 - 6

定 价: 70.00 元

网 址: www.cppsupsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

刑 事 法 探 究

编辑委员会

学术顾问：高铭暄 王作富

编委会主任：戴玉忠

成 员 （以姓氏笔画为序）：

冯 军 田宏杰 朱文奇 刘明祥

张小虎 肖中华 何家弘 陈卫东

赵晓耕 黄京平 韩玉胜 谢望原

主编助理：付立庆

主 编 絮 语

我们生活在一个“除了冒险别无选择的社会”。由于风险具有易碎性、裂变性的特质，风险在现代社会不仅无处不在，无时不在，而且不断地以几何级数般的速度和规模发生变异、进行传导，甚至风险治理本身也在制造着新的风险。面对风险社会的挑战，人权保障和社会保卫并重的传统刑法是否已经日薄西山，以安全保卫为核心的风险刑法终将成为风险社会治理的刑法选择呢？随着风险话语获得令人尊重的科学理性地位，以及詹姆斯·肖特（James Short）要求社会学将注意力转移到“风险分析的社会转型”的激情呼吁，刑法学者们也从不同角度、不同领域对此问题进行了诠释分析，从而有了摆在大家案头的这本《刑事法探究》（第四卷）。

透过本卷历时近一年的组稿、选编，不难发现，虽然论文主题各异，角度迥然，但昭示了一个共同的特征和学术研究旨趣：2011年伊始的刑法学研究将从坐而论道的理论推演转变为对现实世界中的社会问题的强烈关注，法经济学、法社会学等新型研究方法的大量引入运用与对社会实践重大问题的敏锐把握，不仅已经成为刑法学研究的主流，而且将会成为未来旷野探索的指引。

因此，在中国“十二五规划”开局之年，我们不惮“以偏赅全”的指责而激情满怀地预言，中国乃至世界刑法学的发展开始进入一个关键时期，在这个时期，不仅学术思潮迭起，而且学术思想也最为活跃开放。所以，本卷论文的编选，与其说是为了展示作者的研究成果和搭建学术交流的平台，毋宁说是和大家共同分享体味转型时期这种学术思想的活跃、学术研究的开放和学术眼光的高远。

本卷共分7个栏目，即【专题研讨】、【司法改革】、【理论探

索】、【实务观察】、【学术前沿】、【域外追踪】和【名家讲座】。其中，【专题研讨】选编了2010年中外学者在“中韩单位犯罪问题学术研讨会”上提交主题发言的7篇文章。本专题之所以关注单位犯罪问题，源于单位犯罪模糊内涵的内生风险及对其制裁不当引发的外在风险。在本专题中，中韩学者从不同的角度，对单位犯罪的构成特征、处罚措施以及预防等提出了各自的看法和独到见解，这些力作对于深化读者关于单位犯罪的认识不无裨益。

韩国洪英午博士的《韩国企业犯罪的实态》一文另辟蹊径，从实证的角度，通过对10年来“检察处理实态和起诉实态”统计资料的分析整理，剖析了当今韩国单位（企业）犯罪的实态，为预防单位（企业）犯罪提供了翔实的基础数据，其注重实证的研究方法值得我国刑法学界关注。

单位犯罪除具备一般犯罪特征之外，还应当具有“单位整体主体”、“单位整体意志”、“单位整体行为”所特有的构成特征；而“执行职务活动”、“谋取单位利益”并非单位犯罪的必然构成要素。张小虎教授在其《论中国刑法单位犯罪及其合理设置》一文中，通过对单位犯罪立法的中外比较分析，刻画了上述单位犯罪的特征，进而对单位犯罪范围的具体设置提出了中肯而富有见地的建议。

于志刚教授的《单位犯罪司法困境的解决之路》一文，立足于法条竞合理论，将单位犯罪条款视为相关自然人犯罪的特殊量刑条款，主张将单位犯罪视为自然人犯罪的特殊表现形式，以此解决司法实践中单位实施自然人犯罪的刑事制裁、单位共同犯罪刑事责任的分配、单位和自然人犯罪定罪量刑标准差异以及单位犯罪和自然人犯罪之罪名分立的实务难题。独特的视角切入，相信对于单位犯罪的理论研究具有极大的推动作用。

黎宏教授在其《论我国刑法中的单位犯罪处罚及其完善方向》一文中，立足于刑罚一般预防之目的，指出相当一部分单位犯罪是基于单位自身的组织构造、内部文化、奖惩制度等引起，因而在对单位犯

罪的单罚制进行否定的同时,建议我国在“双罚制”的基础上,借鉴域外对单位犯罪进行的“组织体和内部结构进行干涉”的处罚模式,将改造单位内部环境和制度作为制裁单位犯罪的重要一环。该文旁征博引,值得一读。

中国刑法学界围绕单位犯罪的学术论争尚未平息,2位韩国学者的主题发言激辩再起。朴相基教授和权秀真研究员虽然均认为研究单位(企业)犯罪不能完全无视大陆法系语境下法人犯罪能力的理论质疑,但研究路径各异,值得读者体味。其中,朴相基教授在《企业犯罪之对策的刑事制裁》的主题发言中,对大陆法系下“法人无法实施犯罪”的传统法原理进行了认真的检视,主张企业犯罪之刑事制裁的讨论核心在于刑事处罚的“方法”及其“范围”,与法人的本质或法人犯罪能力存否的理论证成并无紧密关系。权秀真研究员则在《在韩国针对单位(企业)的刑事处罚争论》一文中,通过对韩国目前两罚规定的法定性质的剖析,认为韩国刑法对法人的犯罪能力具有承认的必要性和可能性,对法人的处罚应成为对法人自身行为的归责,并就此提出了新的刑事制裁意见。

王良顺教授在《单位犯罪的处罚》一文中,同黎宏教授观点不谋而合,力主我国刑法应将单位犯罪的处罚方式统一调整为两罚制的模式。在两罚制模式下,建议在单位犯罪刑罚中增设针对单位的资格刑,并同时完善罚金刑的裁量原则。值得一提的是,王教授对如何明确“直接负责的主管人员”和“直接责任人员”提出了自己的见解,对对直接责任人员的处罚原则则持共犯否定说,认为应以直接责任人员在单位犯罪中的地位及其所起的作用为依据。该文对于全面系统地认识单位犯罪的刑罚无疑具有启发意义。

本卷【司法改革】栏目共选编了2篇文章。刑罚执行监督一直是理论界研究的薄弱点,也是司法实务中保障刑罚个别性和公正性的难点。以温长军副检察长牵头的北京市东城区人民检察院课题组在《刑罚变更执行同步监督工作机制研究》一文中,以刑罚变更执行的权力

性质为切入点,运用实证研究和规范分析的方法,通过对刑罚变更执行监督中的主要问题及其产生症结的分析探讨,就刑罚变更执行同步监督工作机制建立的必要性和可行性,以及具体的制度设计和安排进行了深入的分析研究,从而为检察机关在刑罚变更执行工作中的法律监督权的正当行使提供了充分的智力支持和理论论证,从中不难看出21世纪的检察官着力探索科学推进中国检察体制改革的胆识和睿智。

田宏杰教授和博士研究生王然合写的《在押人员未成年子女检察机制救助研究》一文,则立足于检察机关法律监督权的定位,对在押人员未成年子女检察救助机制的构建进行了理性思考和深入研究,不仅将在押人员未成年子女合法权益保障与在押人员案件处理科学有机地结合起来,而且为在押人员未成年子女救助体系的完善以及检察工作在此领域的科学发展提出了独到且富有建设性的建议,值得一读。

在【理论探索】栏目,本卷选编了7篇文章,不乏学术力作。其中,《新中国刑法的修改与完善》一文是刘明祥教授于2010年9月赴韩国出席东亚刑法改革国际研讨会作主题发言的文稿,作者通过对新中国成立以来刑法的修订历程、经验、教训的简要回顾,着重对现阶段刑法修正案修订刑法模式所存在的立法权限、稳定性、严谨性以及条文引用等问题提出自己的深入思考和独到看法,相信此文对于我国刑事立法水平的提升和刑事立法内容的科学完善均将起到有益的推动作用。

田宏杰教授和温长军副检察长合写的《理解制度变迁:刑法典的修订及其解读》一文,则以法经济学分析、法社会学考察的独特视角,经过深入剖析研究指出,作为所有部门法后盾和保障而存在于法律体系并运行于刑事司法实践中的刑法,对于经济社会生活的重大变迁和前提法的因应调整,以修正案的方式及时回应修订,其实是对刑法谦抑性的恪守,而备而不用或者少用,才是司法谦抑的最高追求。无论立法还是司法,只有以理性能动的态度深刻洞察法理和情理,科学把握经济运行的规律和社会变迁的实质,才能在实现公正的同时,

为经济增长和国民福祉的增进提供有效的规范保障和制度激励。论文不仅对刑法的立场和犯罪的本质进行了理性的检视和科学的重申,而且对于刑法学研究的方法论变迁以及刑法学人知识结构的拓展发出了理性而充满激情的呼吁,对于正在转型中的中国刑事法学研究有着重要的警示意义。

张亚军博士在《论德国客观归责理论之借鉴》一文中,提出秉承“结果原因”与“结果责任”的区分思维,在事实判断与价值分析相结合的基础上,通过检验行为是否制造了不被容许的风险、是否实现了不被容许的风险及该结果是否属于构成要件效力范围的三层次判断原则,有效弥补了我国刑法因果关系在理论和司法实践上的缺陷。囿于我国大陆地区与大陆法系国家之间不同的犯罪论体系架构,客观归责理论在我国因果关系研究中究竟应当如何融合,相信在相当长的一段时间内都是中国刑法学人深思的问题。

在罪刑法定的理性主义框架下,刑事和解到底路在何方?张森博士后和高红银副检察长合写的《刑事和解的基底探析及其中国路径》一文,从定分止争这一历史刑事诉讼的本质解读出发,在肯定刑事和解具有现实进步意义的同时,对刑事和解制度在中国的制度建构提出了谨慎而负责的建议,从而就刑事和解在中国当下的命运及其未来的发展走向留给读者充分的思索和研讨的空间。

而对理论界和司法实践中长期争论不休的挪用(公款或者资金)不退还的问题,黄福涛博士则在《挪用犯罪不退还问题暨转化犯形态研究》一文中指出,论争的根源其实缘于对结果加重犯与转化犯,以及对转化犯原理和条件的理论认识与司法适用过于片面、褊狭,在此基础上,论文提出了解决上述问题的独到看法。该文不仅论证严密,而且将理论问题与司法实务很好地结合在一起,因而具有较强的说服力。

中国人民大学刑法学博士研究生阮柏云和法国马赛高等商学院金融学硕士温少昊合写的《重新审视高利转贷罪》一文,从罪名之间的逻辑关系以及金融发展的内在要求提出,高利转贷罪在现行金融监管

体制下不仅在实践中实难发生，而且使得该罪的刑事立法条文被虚置，实无继续存在的必要。这一结论的提出虽然值得进一步研究，但在后金融危机时代，金融监管的放松或者加强之于刑事立法和司法实务的影响无疑是我们应当持续关注的话题。

北京市海淀区人民检察院反贪污贿赂局副局长罗猛博士与其同事蒋朝政检察官合著的《行贿犯罪若干疑难复杂问题研究》一文，以行贿罪立法沿革的追溯为切入，通过对行贿罪构成要件的条分缕析，深入探讨了行贿罪与受贿罪、行贿共犯与介绍贿赂罪、个人行贿罪与单位行贿罪之间的理论界分和司法认定，其独到的问题意识和系统深入的理论分析，对于贿赂犯罪尤其是行贿犯罪的司法适用和理论探索必将起到有益的推动作用。

在【实务观察】栏目中，我们共选编了2篇文章。司法部预防犯罪研究所助理研究员葛向伟的《未成年人犯罪的成因和对策研究》一文，运用法社会学的研究方法，采用大量的实证研究资料，从自我防范、家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护等方面，分析了影响未成年人犯罪的相关因素，并从预防犯罪和保护未成年人的角度，提出了建立儿童福利法、建立柔性少年司法制度、完善少年预防保护执法工作机制建设等对策建议。作为司法部部级理论课题“中国弱势群体犯罪问题研究”的中期研究成果之一，论文对于我国未成年人犯罪社会预防体系的建立完善无疑会起到积极的推动作用。

而在现代法治社会，刑辩制度不仅是诉讼制度的重要组成部分，而且在一定程度上影响乃至决定着国家刑事法治建构的方向与进程。但由于根深蒂固的官本位社会文化传统的影响，以平等为核心的对抗制诉讼模式的改革在我国一直徒有其形而难有其神，刑辩律师在诉讼活动中不仅难以平等充分地与控方对话交流，而且其在执业活动中的基本权利甚至都难以得到有效的保障。以“李庄案”为标志的刑辩律师执业遭遇尴尬的一系列事件的发生，使得社会各界在扼腕叹息的同时，对于中国刑辩律师的执业生存状况及其未来发展深感忧虑。

但与之形成鲜明对照的是,有关这一问题的研讨在我国法学界却未能充分地展开,而围绕刑辩律师执业生存状况开展的社会调研更是极为鲜见。基于此,敖冰洁、徐嘉捷等同学的《刑辩业务风险控制实证研究——以北京为样本地区的展开》一文,以北京地区这一中国政治、经济、文化中心地区的刑辩律师执业活动为调研对象,以单独面谈、群体座谈、问卷调查等方式,走访听取具有广泛代表意义的不同社会群体对此问题的体验、感受和看法,对我国刑辩律师当下执业生存状况及其未来发展走向,以及刑辩律师执业保障制度的发展完善进行系统深入的研究,不仅对于中国律师制度的发展和法学研究的深化拓展,而且对于中国司法体制改革与法治现代化的实现,均有着重要而深远的理论意义与实践价值。而更为重要的是,大学生调研组在此课题选取、研究开展过程中所表现出的关切现实、推动社会前行的深切人文关怀和社会责任感,以及立足社会、务实严谨的科学实证研究态度和勇于探索、渴望创新的可贵学术勇气,让我们看到了中国法治建设的美好明天。

本卷【学术前沿】栏目共选编了3篇文章。郝艳兵博士翻译的洛塔尔·库伦教授的《法益和新型犯罪》一文,介绍了近年来德国学界提出的适格犯、累积犯、预备犯和无法益犯等犯罪类型的划分,进而对侵害犯、具体危险犯和抽象危险犯的传统三分法理论提出了作者的修正主张。显然,新的犯罪类型弱化了法益理论的体系批评机能,势必对法益理论造成极大的冲击,因而该文无疑有助于读者及时了解把握大陆法系刑法发展的最新动态。

同样,在医事刑法领域,近年来德、日等国对于许多分论问题的研究也呈现出崭新的研究动向。对此,在日本早稻田大学做访学研究的中国人民大学博士研究生曹菲在《医事刑法分论的重要问题》一文中经过详尽考察和细致分析指出:尊严死领域的难点在于当患者终止治疗的意思完全不明时,家属的代行判断和医师的专业裁量何者优先。在器官移植领域,问题集中于脑死亡者器官移植的法律定位和对术前措施的同

意。生殖辅助医疗与胚胎研究的刑法规制，表现为规制模式的选择和规制范围的划定两个层面的问题。人体实验、药品临床试验的难点在于被实验者知情同意的效力与界限。医疗信息刑法保护的核心问题在于信息所有人患者的利益与研究利用等公共利益之间的平衡。

西南科技大学讲师廖天虎的《论金融危机对我国经济犯罪刑事政策的影响》一文，则对后金融危机时代如何惩治和预防经济犯罪进行了全面考察分析，并就经济犯罪刑罚的合理配置及其司法适用提出了自己的见解，对于金融刑事政策的研究具有一定的启发意义。

在【域外追踪】栏目，我们共选编了2篇文章。王莹博士翻译的罗兰德·海芬德教授的《经济犯罪防治刑法内与刑法外的措施》一文，不仅对经济犯罪的范围进行了独到阐述，而且在对经济犯罪传统法律调控模式现状进行认真检视和深刻反思的基础上，指出当代经济犯罪的防治，不仅需要法律层面的调控，而且需要事实层面的调控以及公司治理结构的完善，对于我国经济刑法研究方法论的变革有着重要的借鉴意义。确实，对于身为后盾法和保障法而存在的刑事法律的学术研究，既要立足于刑法之内，又应纵横在刑法之外，唯有如此，刑法的本质方能得以坚守，刑法学研究的品格方能得以提升。

最高人民法院刑三庭法官王亚凯在《论美国刑法中的正当防卫制度》一文中，通过对美国正当防卫的分类、主观标准或是客观标准的选择、撤退义务的有无以及警察在执法过程使用的暴力程度等进行介绍，揭示了司法人员在解决此类问题时为使防卫人利益和被防卫对象利益、国家权力和犯罪人权利之间保持平衡所作的思考与努力。条条道路通罗马，虽然囿于不同国情和不同民族的禀赋和传统文化，法治实现的具体路径纷繁多样，但法治的价值目标却是共同的，因而正如作者所期望，该文对于美国刑法中的正当防卫制度的考察分析，对于我国正当防卫制度的立法完善和司法适用必然具有启示借鉴意义。

本期【名家讲座】选编了2篇讲座文稿。《构成要件论：从贝林到特拉伊宁》一文系陈兴良教授2011年4月7日晚上在中国人民大学

法学院 501 阶梯教室举办的“中国刑法当代思潮系列讲座之二”的讲演文稿。如果说犯罪论体系是刑法理论体系王冠上的明珠，那么构成要件理论则不仅是犯罪论体系的外在型构，而且是其内在的灵魂。在此意义上，德国学者贝林在 1906 年出版的《犯罪论》对于构成要件理论的阐述，不仅为罪刑法定原则奠定了坚实的理论基础，而且为三阶层犯罪论体系的最终确立提供了深厚的理论滋养。而在贝林之后的苏俄学者 A. H. 特拉伊宁创建的四要件犯罪构成体系，其实是一个没有构成要件的犯罪构成。因此，陈兴良教授在讲演中主张，全面承继苏俄刑法理论的中国犯罪论体系的转型，既需要对特拉伊宁的犯罪构成一般学说进行批判性反思，又必须对贝林的构成要件论予以科学的重新审视。本次讲座纵横古今，贯通中外，言之有理，论之有据，实为难得的学术讲演佳作。

《刑法参与论的发展与检讨》一文则是台湾中正大学法学院柯耀程教授在中国人民大学法学院所作讲座文稿。刑法中的参与问题，不论是参与形态的认定还是对参与者的处罚，都是刑法中的难点。该文从参与角色的认定、各参与人的刑事责任进行探讨，对参与人是否需要区分正犯与共犯进行了详解，也为争论已久的共犯问题提供了重要的学术参考文献。

编辑完本卷文稿，书房窗外的人工湖已是“小荷才露尖尖角”的盛夏美景。记得二零零八今日事，正是《刑事法探究》创刊时。4 年的时光虽如白驹过隙，但在学界同人的关爱和倾力扶持下，成长中的《刑事法探究》前行的步伐愈益坚实，探索的视野越发开阔，激辩的思想愈趋成熟。因之，我们殷切期待并且坚信，在刑法学人一如既往的共同精心培育下，在各种社会思潮的激荡冲击和学术思想的碰撞洗礼下，《刑事法探究》终能成长为引领中国刑事法学前行的学术阵地和刑法学人共同的思想家园。

主 编 刘明祥 田宏杰
二〇一一年七月

目 录

主编絮语 (1)

◇ 【专题研讨】 ◇

韩国企业犯罪的实态 [韩] 洪英午文 郑军男译 (3)

论中国刑法单位犯罪及其合理设置 张小虎 (13)

单位犯罪司法困境的解决之路 于志刚 (31)

论我国刑法中的单位犯罪处罚及其完善方向 黎 宏 (45)

企业犯罪之对策的刑事制裁 [韩] 朴相基文 郑军男译 (60)

在韩国针对单位（企业）的刑事处罚争论
..... [韩] 权秀真文 [韩] 全载权译 李勇审校 (69)

单位犯罪的处罚 王良顺 (82)

◇ 【司法改革】 ◇

刑罚变更执行同步监督工作机制研究 温长军 田宏杰 宋凯莉 (99)

在押人员未成年子女检察机制救助研究 田宏杰 王 然 (112)

◇ 【理论探索】 ◇

- 新中国刑法的修改与完善 刘明祥 (127)
- 理解制度变迁：刑法典的修订及其解读 田宏杰 温长军 (141)
- 论德国客观归责理论之借鉴 张亚军 (152)
- 刑事和解的基底探析及其中国路径 张 森 高红银 (166)
- 挪用犯罪不退还问题暨转化犯形态研究 黄福涛 (178)
- 重新审视高利转贷罪 阮柏云 温少昊 (194)
- 行贿犯罪若干疑难复杂问题研究 罗 猛 蒋朝政 (203)

◇ 【实务观察】 ◇

- 未成年人犯罪的成因和对策研究 葛向伟 (227)
- 刑辩业务风险控制实证研究
——以北京为样本地区的展开
..... 敖冰洁 徐嘉捷 陈 宁 杨凌云 许修安 (261)

◇ 【学术前沿】 ◇

- 法益和新型犯罪 [德] 洛塔尔·库伦文 郝艳兵译 (293)
- 医事刑法分论的重要问题 曹 菲 (304)
- 论金融危机对我国经济犯罪刑事政策的影响 廖天虎 (323)

◇ 【域外追踪】 ◇

- 经济犯罪防治刑法内与刑法外的措施 … [德] 罗兰德·海芬德文 王 莹译 (333)
- 论美国刑法中的正当防卫制度 …………… 王亚凯 (362)

◇ 【名家讲座】 ◇

- 构成要件论：从贝林到特拉伊宁 …………… 陈兴良 (381)
- 刑法参与论的发展与检讨 …………… 柯耀程 (392)

