

刑事法前沿

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

(第六卷)

主编 陈泽宪



中国人民公安大学出版社

中国社会科学院刑事法学重点学科论坛
FORUM OF CRIMINAL LAW DEPARTMENT OF CASS

刑 事 法 前 沿

(第六卷)

NEW REPORTS IN CRIMINAL LAW

主 编 陈泽宪

执行主编 樊 文

撰 译 人

[德] 班德·许乃曼

[德] 福尔克尔·格伦迪斯

[德] 汉斯·韦尔策尔

[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特

[德] 克劳斯·罗克信

[德] 托马斯·魏根特

[希腊] 克里斯托斯·梅纳拉普洛斯

[日] 大塚仁

(以姓氏拼音为序)

陈 晖	蔡桂生	樊 文	方 明	冯亚东
何庆仁	黄 芳	黄兴瑞	江 溯	孔 一
李立众	李正日	李世阳	梁玉霞	刘瑞平
刘广三	刘媛媛	刘仁文	卢建平	马寅翔
米铁男	齐文远	阮齐林	苏彩霞	谭 淦
王利荣	王世洲	王政勋	王 莹	吴宗宪
魏 武	夏 勇	熊 琦	熊秋红	许道敏
袁 林	杨 萌	杨 柳	张鸿巍	张心向
赵秉志	郑齐猛	周光权	庄乾龙	

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法前沿. 第6卷/陈泽宪主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0780 - 5

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究②刑事诉讼法—研究
IV. ①D914.04②D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 027406 号

刑事法前沿 (第六卷)

主编 陈泽宪

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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 3 月第 1 版

印 次: 2012 年 3 月第 1 次

印 张: 40

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 760 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0780 - 5

定 价: 120.00 元

网 址: www.cppsups.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

Contributors

Zexian Chen (Chief editor): Professor and Director with Institute of International Law of Chinese Academy of Social Sciences (CASS)

Wen Fan (Acting editor): Associate Professor with Institute of Law, CASS

Guangquan Zhou: Professor with Qinghua University

Qilin Ruan: Professor with China University of Politics and Law

Shizhou Wang: Professor with Peking University

Bingzhi Zhao: Professor with Beijing Normal University

Jianping Lu: Professor with Beijing Normal University

Zongxian Wu: Professor with Beijing Normal University

Guangsan Liu: Professor with Beijing Normal University

Qihong Xiong: Professor with Institute of Law, CASS

Renwen Liu: Professor with Institute of Law, CASS

Fang Huang: Professor with Institute of Law, CASS

Lin Yuan: Professor with Southwest University of Politics and Law

Lirong Wang: Professor with Southwest University of Politics and Law

Wenyuan Qi: Professor with Zhongnan University of Economics and Law

Yong Xia: Professor with Zhongnan University of Economics and Law

Caixia Su: Professor with Zhongnan University of Economics and Law

Yadong Feng: Professor with Southwest University of Finance and Economics

Xinxiang Zhang: Professor with Nankai University

Zhengxun Wang: Professor with Northwest University of Politics and Law

Hui Chen: Professor with Shanghai Customs College

Hongwei Zhang: Professor with Guangxi University

Xingrui Huang: Professor with Zhejiang Police Vocational Academy

Yuxia Liang: Professor with Jinan University

Lizhong Li: Associate Professor with China Renmin University

Ying Wang: Lecturer with China Renmin University

Ruiping Liu: Associate Professor with Xuzhou Normal University

Yi Kong: Associate Professor with Zhejiang Police Vocational Academy

Qimeng Zheng: Associate Professor with Daxing Party School of C. P. C

Zhengri Li: Lecturer with Zhejiang University of Technology

Meng Yang: Lecturer with Jinan University

Gan Tan: Lecturer with Southwest University of Politics and Law

Qi Xiong: Lecturer with Wuhan University

Yuanyuan Liu: Lecturer with Tianjin University of Commerce

Qianlong Zhuang: lecturer with Shandong Institute of Business and Technology

Daomin Xu: Prosecutor of Supreme People's Procuratorate, China

Wu Wei: Former Associate Research Fellow with Supreme People's Procuratorate, China

Ming Fang: Director of Research Office of Zhuhai People's Procuratorate

Hans – Jorg Albrecht: Professor with Max – Planck – Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany

Bernd Schuenemann: Professor and Dr. jur. h. c. mult

Volker Grundies: Research Fellow with Max – Planck – Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany

Hans Welzel: Professor with Bonn University, Germany

Claus Roxin: Professor with Munich University, Germany

Thomas Weigend: Professor with Cologne University, Germany

Christos · Mylonopoulos: Professor with Athens University, Greece

Hitoshi Otsuka: Professor with Nagoya University, Japan

Qingren He: Postdoctoral researcher with Qinghua University

Su Jiang: Postdoctoral researcher with Peking University

Guisheng Cai: Doctor Candidate with Peking University

Shiyang Li: Doctor Candidate with Peking University

Yinxiang Ma: Doctor Candidate with Peking University

Tienan Mi: Doctor Candidate with Peking University

Liu Yang: Doctor Candidate with Institute of Law, CASS

卷首语

《刑事法前沿》是中国社会科学院刑事法学重点学科主办的学术论坛。

中国社会科学院刑事法学学科创建于1958年，其前身是中国科学院哲学社会科学部法学研究所刑法组（三组），研究领域包括刑法学、刑事诉讼法学及相关学科。40多年来，刑事法学学科的研究人员共出版专著、译著、教科书、工具书等200多部，发表学术论文、译文、研究报告和法制宣传文章2000余篇，其中许多著作获省部级以上优秀科研成果奖。学科先后有十多位知名专家应国家立法机关的聘任，直接参与了多项刑事法律及相关法律法规的起草、论证工作，并及时推出一批重要的研究成果，为我国刑事法律的不断完善与正确实施作出了积极贡献。学科有多位专家受聘在国家司法机关兼任顾问、专家咨询委员，经常就一些重要司法解释和疑难刑事案件提供咨询意见，在刑事法律实务界颇具声望和影响。刑事法学学科研究人员先后承担40多项国家、中国社会科学院和法学研究所的重点科研项目，所形成的主要科研成果对我国刑事法律学科发展和刑事法制建设产生了重要影响；在刑法基础理论、刑事立法改革研究、犯罪学、刑罚学、经济刑法学、刑事诉讼法学等领域均有突出建树，出版了一批具有一流水平的学术代表作；形成了理论刑事法学与规范刑事法学研究兼顾并重，刑事实体法学与刑事程序法学研究相得益彰，刑法学研究与犯罪学研究融会贯通，中国刑法学与国际刑法学研究交叉互动的学科特色。经2002年8月6日中国社会科学院院务会议批准，法学研究所刑事法学学科被确定为中国社会科学院“重点学科建设工程”项目。

《刑事法前沿》不仅是中国社会科学院刑事法学学科研究人员检验科研成果的园地，也是面向全国刑事法学界，反映学科前沿动态和发展趋势，展示名家研究精品和青年才俊优秀成果的窗口。

《刑事法前沿》诚邀中外刑事法学名家就刑事法领域的一些前沿问题、重大理论和实践问题，进行深入探讨，阐发精论。

《刑事法前沿》将密切关注国际刑事法学界的最新研究动态，选用国际知名刑事法学家授权首发的重要论文，荟萃高水平国际学术研讨会的优秀文章和精彩评论。

我们热切期待《刑事法前沿》成为中外刑事法学界切磋交流的乐园，为繁荣刑事法学研究，推进中国刑事法治增添一份动力。

陈泽宪

2003年11月18日于北京

目 录

卷首语·····	陈泽宪 / 1
----------	---------

【立法改革】

· 刑事诉讼法再修改的基本方向·····	熊秋红 / 3
· 论交往理性对刑事证据开示制度的价值重构·····	刘广三 庄乾龙 / 21
· 我国刑事诉讼法中“犯罪事实”的规定与修正 ——一个程序法与实体法之间的问题·····	夏 勇 / 29
· 减刑、假释程序改革完善的构想·····	黄兴瑞 / 43
· 检察职能履行效果的实证评估 ——基于检察公共表达的考量·····	梁玉霞 方 明 / 53
· 论当前刑法改革中的酌定减轻处罚权·····	赵秉志 刘媛媛 / 74

【刑法理论】

· 造意不为首·····	周光权 / 93
· 关于间接故意犯罪未遂形态的再讨论 ——兼从中德比较法视野进行的考察与反思·····	熊 琦 / 103
· 论故意在犯罪论体系中的地位 ·····	[日] 大塚仁著 李世阳译 / 127
· 从过失到故意：是认识升华还是认识偏差？ ——交通肇事罪主观方面界说·····	刘瑞平 / 141
· 所谓不纯正不作为犯或者以不作为实施之犯罪 ·····	[德] 班德·许乃曼著 王 莹译 / 156
· 我国共犯理论的合法性危机及其克服·····	何庆仁 / 165
· 期待可能性的理论与适用·····	谭 淦 / 189
· 革命刑法的概念与进步 ——以苏维埃刑法中的危害国家安全罪为例·····	王世洲 米铁男 / 206
· 中国刑法学应当注重塑造实践理性品格·····	齐文远 / 226
· 近百年的德意志刑法学理与目的行为论（1867—1966） ·····	[德] 汉斯·韦尔策尔著 蔡桂生译 / 233

【刑事司法】

- 刑法问题的规范理解····· 李立众 / 245
- 科学与人本：刑法解释范式整合的路径选择····· 袁 林 / 255
- “裁判中的刑法规范”之品性
——基于司法实践建构的视野····· 张心向 / 270
- 论检察机关的法律地位：昨日与今天
····· [德] 克劳思·罗科信著 魏 武译 / 294
- 看守所留所执行制度废除论····· 郑齐猛 / 315
- 盗回自己被扣财物的行为构成何罪？
——徐伟案件之分析····· 王政勋 / 323

【刑事政策】

- 加强对民生的刑法保护····· 卢建平 / 339
- 医疗技术发展与刑法····· 黄 芳 / 351
- 应对刑罚立法变化的制度对策
——写在《刑法修正案（八）》草拟之际····· 王利荣 / 359
- 增设“危险驾驶罪”不可行 ····· 冯亚东 / 371
- 当代环境刑法发展的走向及其启示
——以防范环境风险为关照····· 苏彩霞 / 376
- 刑事法治文化在社会生活中的渗透····· 许道敏 / 394
- 宗教的刑法保护与规制····· 刘仁文 / 410
- 应适当放宽“酌情减轻处罚”的权限 ····· 阮齐林 / 426
- 死刑存废的社会契约论基础····· 陈 晖 / 436

【犯罪学】

- DNA，侦查程序和安全忧虑
····· [德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特著 樊 文译 / 457
- 刑释解教人员回归社会的悖论
——兼论重新犯罪率作为衡量监管改造工作首要标准的
效度····· 孔 一 / 471
- 日本暴力团犯罪研究····· 李正日 / 482
- 伴随年龄积累的司法记录
——弗莱堡组群研究的发现 ····· [德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特
福尔克尔·格伦迪斯著 樊 文译 / 513

- 论基层监狱工作者的工作压力与应对…………… 吴宗宪 / 532
- 未成年人犯罪与偏差行为防控论
——以保护因素及危险因素为视角…………… 张鸿巍 / 543
- 比较刑法与比较刑事诉讼法 …… [德] 托马斯·魏根特著 杨 萌译 / 559

【国际刑法】

- 国际化的反腐败斗争
——是不成问题的解决办法吗?
…………… [德] 托马斯·魏根特著 樊 文译 / 575
- 《里斯本条约》之后的欧洲刑法学理
——关于欧洲刑法的实质合法性
…………… [希腊] 克里斯托斯·梅纳拉普洛斯著
马寅翔 江 溯译 / 592
- 国际刑事法院对被害人权利的保障及其面临的挑战…………… 杨 柳 / 608

CONTENTS

Preface	1
 I . Legal Reform	
• The fundamental direction of the second revision on Criminal Procedure Law in China	3
• The reconstruction of the value of the system of the criminal evidence revelation through communicative rationality	21
• The correction on the “criminal fact” provided by the Criminal Procedure Law of P. R. C ——An issue between the procedure law and the substantial law	29
• Proposes and suggestions on the reform of commutation and parole	43
• The evaluation on the performance of the prosecution ——On the Basis of the performance of the Prosecution	53
• Discernation for reduce penalty in reformation of Criminal Law	74
 II . Criminal Law	
• Mens rea Initiator is not a Principal criminal	93
• Discussion on the attempted crime with indirect intention ——Rethinking based on the Comparison between German and Chinese Criminal Law theories	103
• Status of criminal intention in system of the criminology	127
• From negligence to intention; cognitive progression or deviation ——An analysis of the subjective aspect of crime of traffic casualties	141
• Das sog. unechte Unterlassungsdelikt oder die Begehung durch Unterlassen	156
• Crisis of legality on the accomplice theory	165
• Theory and Practice about Reasonable Expectation	189
• The revolutionary Criminal Law ——As an example of the Crimes against National security in the Soviet Criminal Law	206

- The criminal jurisprudence in China should value the building of
the character of practical reason 226
- Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale
Handlungslehre 233

III. Criminal justice

- On the normative interpretation of the criminal issues 245
- Scientism and humanism; path selection in the integration of the
paradigms of the criminal law interpretation 255
- The character of the criminal norms in adjudicating
——From the Perspective of the judicial Construction 270
- Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft; damals und heute 294
- On the abolition of the system of prisoners to serve a sentence in
the detention houses 315
- What crime; to burglary one's own assets seized 323

IV. Criminal Policy

- Strengthening the protection of criminal law for the people's livelihood 339
- The development of medical technologies and criminal law 351
- System reply to legislative change of penalty
——By the drafting of the Amendment VIII to the Criminal Law 359
- The crime of dangerous drive have no feasibility 371
- The trend and inspiration of the environmental criminal law
——From the Perspective of Coping with risks environmental 376
- Infiltration of the Culture of the Rule of Criminal Law into Social Life 394
- Protection and Regulation of Criminal Law for Religion 410
- Due authority for Discernation to reduce penalty 426
- The basis of theory of social agreement for Keeping or abolition of
death penalty 436

V. Criminology

- DNA, Ermittlungsverfahren and Sicherheitsvorsorge 457
- Paradox of Reintegration into the Society
——Reflection on "The Primary Standard" 471
- A Study on the Crime of Japanese Boryokudan 482

- Justizielle Registrierungen in Abhängigkeit vom Alter
 - Befunde aus der Freiburger Kohortenstudie 513
- Work Stress of the Prison Staff and Its Coping 532
- Prevention and control of juvenile crime and delinquency
 - from the perspectives of protective factors and risk factors 543
- Comparative Criminal Law and Criminal Procedure 559

VI. International Criminal Law

- Internationale Korruptionsbekämpfung
 - Lösung ohne Problem? 575
- Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag von Lissabon
 - Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts 592
- The protection of the rights of victim in International Criminal Court and the challenges it faces 608

立法改革

刑事诉讼法再修改的基本方向

熊秋红^①

【内容提要】刑事诉讼法的再修改涉及方方面面、大大小小的问题，在纷繁复杂的各种意见和建议中，如何厘清刑事诉讼法再修改的基本方向，是其中的关键所在。联合国刑事司法准则代表了国际社会在刑事司法领域所达成的共识，具有普遍的适用性，是我国在修改刑事诉讼法时必须考虑的重要参照系。刑事诉讼法的再修改也需要从历史与现实相结合的角度加以把握；吸取历史的经验教训，践行法治国家原则，大力加强刑事程序的公正性。在刑事诉讼模式选择上，应推动由国家权力独大的传统型刑事诉讼，向国家权力与个人权利相对平衡的现代型刑事诉讼转换，同时兼顾文化传统、刑事政策、司法体制、资源状况等方面的考虑，着重解决司法实践中存在的一些突出问题，促进中国刑事诉讼传统与现代性的融合，并以法治精神贯穿始终，最终形成具有中国特色的刑事诉讼制度。

【关键词】刑事诉讼法再修改 司法规律 中国国情 刑事诉讼模式

我国刑事诉讼法的再修改工作目前正在紧锣密鼓地进行。这是1979年刑事诉讼法颁布后，经过1996年的大规模修改后的再一次全面修改立法的活动。此次刑事诉讼法的修改，从2003年首次被列入立法规划，到2008年再次被列入立法规划，至今围绕该问题的讨论已持续8年之久。从大改、中改、小改三种修改方案，到不同机构不同版本的立法建议稿，再到各种具体的修改建议，理论界和实务界较为充分地表达了各自意见。如何整合各种不同的意见和建议，在较大程度上达成对于刑事诉讼法修改的共识，是立法机关所面临的主要任务。刑事诉讼法的再修改涉及方方面面、大大小小的问题，在纷繁复杂的各种意见和建议中，如何厘清刑事诉讼法再修改的基本方向，则是其中的关键所在。一种较为常见的说法是：刑事诉讼法再修改应当尊重司法规律；而何为刑事司法的规律，正是需要我们深入思考的。本文拟从探讨刑事司法的规律出发，对我国刑事诉讼法再修改的基本方向问题提出自己的见解。

^① 中国社会科学院法学研究所研究员。

一 联合国刑事司法准则与刑事诉讼法再修改

一般而言,所谓规律,也叫法则,是指事物之间的内在的本质联系。这种联系不断重复出现,在一定条件下经常起作用,并且决定着事物必然向着某种趋向发展。规律是客观存在的,是不以人们的意志为转移的,但人们能够通过实践认识它、利用它。^① 在世界范围内,刑事诉讼制度的发展有规律可循吗?当然有,这就是在法治目标下形成的联合国刑事司法准则,它代表了国际社会在刑事司法领域所达成的共识,具有普遍的适用性,这是我国在修改刑事诉讼法时必须考虑的重要参照系。

在1996年的刑事诉讼法修改中,我国学者已开始关注国际性文件中有关刑事司法的规定,如陈光中教授在1995年出版的《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》一书中指出:“我国近年来参加了一些与刑事司法有关的国际会议,有的国际会议形成的国际公约或文件得到我们的确认或者为全国人大所批准。……我国刑事诉讼法的修改应当充分注意到与我国缔结或者参加的国际条约接轨,不宜与之发生明显不协调的现象。”^② 此后,关于联合国人权公约与刑事司法国际准则的研究蔚然成风,先后有一系列专著陆续问世。^③ 这些专著所关注的重点可以分为两个方面,其一是对《公民权利和政治权利国际公约》的研究;其二是对刑事司法国际标准的研究,这两方面的内容有所交叉。上述研究对于在中国刑事诉讼法修改中如何履行国际公约和遵循国际标准提供了较为具体的指导。

联合国目前共有七个核心条约,分别是《经济、社会及文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(以下简称《禁止酷刑公约》)、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《儿童权利公约》和《保护所有迁徙工人及其家庭成员权利国际公约》。针对上述七个公约,联合国成立了负责监督缔约国执行情况的各委员会,称为“条约机构”,每一个条约机构是一个专家委员会,是独立于其他委员会的。《世界

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2005年版,第514页。

② 陈光中、严端主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》,中国方正出版社1995年版,第89页。

③ 其中包括陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版;杨宇冠:《人权法——〈公民权利和政治权利国际公约〉研究》,中国人民公安大学出版社2003年版;陈光中主编:《〈公民权利和政治权利国际公约〉与我国刑事诉讼》,商务印书馆2005年版;岳礼玲:《〈公民权利和政治权利国际公约〉与中国刑事司法》,法律出版社2007年版;等等。