

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 30

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院

本卷要目

犯罪论体系专栏

【〔日〕山中敬一 著 陈家林 译】

刑法中犯罪论的现代意义

【〔韩〕金日秀 著 郑军男 译】

关于犯罪论体系的方法论考察

【彭文华】

犯罪构成的文化属性

中国刑法

【肖扬宇】

首要分子问题研究

【时延安】

法条评价范围的重合与竞合法律规范的选择

——以规范目的为视角对法条竞合问题的重新审视

【王志祥 段凰】

坦白从宽制度入刑的思考

外国刑法

【李希慧 马晖慧等】

马克思早期刑法思想研究

——以《关于林木盗窃法的辩论》为文本依据

犯罪学与刑事政策

【柳忠卫】

刑事政策与刑法关系模式探析



2012年第2卷

第30卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑法论丛

CRIMINAL
REVIEW

■ 高铭暄 /

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 袁 彬 张 磊 黄晓亮 / 学术编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2012 年. 第 2 卷: 总第 30 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3500 - 0

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091840 号

刑法论丛(2012 年第 2 卷)
(总第 30 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2012 年 6 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印刷厂

印张 18.125 字数 515 千
印次 2012 年 6 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3500 - 0

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【犯罪论体系专栏】

- | | |
|----|---------------------------------------|
| 1 | 刑法中犯罪论的现代意义
..... [日]山中敬一 著 陈家林 译 |
| 26 | 关于犯罪论体系的方法论考察
..... [韩]金日秀 著 郑军男 译 |
| 68 | 犯罪构成的文化属性 彭文华 |

【中国刑法】

- | | |
|-----|---|
| 92 | 首要分子问题研究 肖扬宇 |
| 124 | 法条评价范围的重合与竞合法律规范的选择
——以规范目的为视角对法条竞合问题的
重新审视 时延安 |
| 161 | 论情绪犯的责任能力及其评价 袁 彬 |
| 187 | 客观归责理论之提倡
——以渎职罪为例 李 勇 |
| 202 | 死刑制度改革与政府责任主导 姜 涛 |
| 228 | 基于刑法原则体系性视角之累犯透析 熊建明 |

- 254 坦白从宽制度入刑的思考 王志祥 段 凤
282 故意伤害罪量刑幅度分布实证研究
——基于八个地区十六家法院故意
伤害罪判决书样本的考察 董桂武

【外国刑法】

- 329 马克思早期刑法思想研究
——以《关于林木盗窃法的辩论》为文本
依据 李希慧 马晖慧等
353 两大法系故意理论的本源性问题
及其解决
——以英美刑法故意理论为视角切入 陈 磊
387 英国《贿赂法》立法创新及其评价 钱小平
406 中亚主要四国刑事和解研究 姜 敏

【比较刑法】

- 435 中外未成年人团伙犯罪比较研究 姚 兵

【国际刑法】

- 456 试论国际刑法中的上级命令不免责原则 赵 远
468 恐怖主义犯罪的刑事管辖问题研究 康海军

【犯罪学与刑事政策】

- 491 有组织犯罪的犯罪轨迹
..... [荷兰]维尔·范·科彭等著 林德核译
519 刑事政策与刑法关系模式探析 柳忠卫
540 对我国未成年人犯罪刑事政策的思考 王 海
550 维护食品安全的刑事政策之生成与调整 黄 星

CONTENTS

[Special Column for constitution of a crime]

The Modern Significance of Criminology in Criminal

Law Yamanaka keiichi Translated by Chen Jialin .1

Methodological Research on the System of Crime Theories

..... [South Korea] Iisu Kim Translated by Zheng Junnan 26

The cultural attribution of constitution of a crime

..... Peng Wenhua 68

[Chinese Criminal Law]

On the primary molecular Xiao Yangyu 92

Clarification of the Evaluation Scope and Choice

of Legal Norms: A New Analysis on the Overlap

of Legal Articles from the Perspective of the Theory

of Legal Norm Shi Yan' an 124

On the Criminal Capacity and Its Evaluation of

Emotion Crime Yuan Bin 161

Advocating the Theory of Objective Imputation Li Yong 187

Government Responsibility In Reform of Death

Sentencing System Jiang Tao 202

Analysis Recidivism Based on the Perspective of

Criminal Law Principle' s System Xiong Jianming 228

On the Criminalization of the System of Leniency to

Those Who Confess Their Crimes

..... Wang Zhixiang Duan Huang	254
Empirical Study on extent for Penalty Measurement	
of the Crime of Intentional Injury	Dong Guiwu 282
[Foreign Criminal Law]	
Marx's Early Thought of Criminal Law In "the	
Debate about Forest Theft" is Based on the Text	
..... Li xiHui Ma HuiHui Du Heng	329
The Fundamental Problems and Solutions of	
Intention Theories in Two Legal Systems;	
Using the Intention Theories in Common Law	
System as an Entry Point	Chen Lei 353
Introducing and Comment on Innovation of	
"Bribery Act" in UK	Qian Xiaoping 387
Research On the Criminal Reconcilation of	
4 Main Countries In Middle Asia	Jiang Min 406
[Comparative Criminal Law]	
The Research of Person of Relative Age Applying	
Convertible Robbery	Yao Bing 435
[International Criminal Law]	
On the Principle that Obedience to Superior Orders does	
not Exempt One's Liability in International Criminal Law	
..... Zhao Yuan	456
Research on issues for the criminal jurisdiction of terrorism crime	
..... Kang Haijun	468
[Criminology and Criminal Policy]	
Criminal Trajectories in Organized Crime	
..... M. Vere van Koppen, Christianne J. de Poot,	
Edward R. Kleemans, Paul Nieuwbeerta Translated by Lin Dehe	491
The Analyse of Mode of Relationship Between	

Criminal Policy and Criminal Law	Liu Zhongwei	519
Reflections on Criminal Policy of Minor		
Delinquency in China	Wang Hai	540
The Generation and Adjustment of the Criminal Policy		
Safeguarding Food Safety	Huang Xing	550

〔犯罪论体系专栏〕

刑法中犯罪论的现代意义*

〔日〕山中敬一**著 陈家林***译

目 次

一、序

- (一) 犯罪论及其诸原理
- (二) 犯罪论的变迁
- (三) 犯罪观与社会、国家观的变迁

二、现代社会与刑法机能

- (一) 体系社会与个人自由
- (二) 刑法的机能

三、现代社会与犯罪论

- (一) 犯罪论的意义
- (二) 规范体系的机能主义的犯罪论
- (三) 犯罪论中的行为规范与制裁规范

四、现代社会中罪刑法定主义的意义

* 本文是根据山中敬一教授在武汉大学法学院所做的同名演讲的原稿翻译而成。本文的翻译同时系赵秉志教授主持的国家社科基金重点项目“犯罪构成体系比较研究”(项目批准号:10AFX007)的阶段性成果。

** 日本关西大学法科大学院教授。

*** 武汉大学法学院教授,博士生导师。

(一)罪刑法定主义的思想基础

(二)禁止类推解释

(三)明确性原则与实体的正当程序(substantive due process)理论

五、违法论的现代的课题

(一)正当化原理

(二)违法的统一性与相对性

(三)可罚的违法性理论

六、责任论的现代的课题

(一)责任论的展开

(二)规范体系的机能主义的责任论

(三)体系社会中的责任论

七、小结

一、序

(一)犯罪论及其诸原理

刑法中的犯罪论不言而喻是讨论所有分则中的犯罪所共通的“犯罪的一般的成立要件”的理论。^①现在的刑法总论分为犯罪论(要件论)与刑罚论(效果论),犯罪论部分的中心是对所有犯罪所共通的犯罪成立要件进行体系性考察的犯罪理论。在犯罪论中,按照历来理论的考察或经验的原则所积累起来的各种“原理(原则)”,来论述犯罪的成立要件。

将犯罪的成立要件分为三个阶段,即满足“构成要件该当性”、“违法性”、“责任”这三个要件就成立犯罪(三阶段犯罪论体系)现在已经

^① 关于犯罪论的体系,请参照[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第117页以下。

成为受德国法影响的各国的通说。按照该种见解,可以将犯罪定义为该当构成要件的违法且有责的行为。

本次演讲是通过确认犯罪体系中各阶段重要的诸原理在现代刑法中的意义,来明确犯罪论在现代社会中所应该实现的机能。^① 不过由于篇幅的限制,在这里只能列举犯罪论有特色的几个范畴加以讨论。

(二)犯罪论的变迁

首先,为了举例说明存在多种多样的犯罪论构想,我们先简单回顾一下战后日本犯罪论是基于什么样的基本思路建构起来的。^②

日本在现行《刑法》(1907年公布)生效以前,刑法中的旧派(古典学派)与新派(近代学派)的对立就很激烈,^③犯罪论中在构想犯罪论体系时也反映了这种对立。按照旧派的观点,犯罪是客观的法益侵害行为;按照新派的观点,犯罪是通过行为表现行为人的主观性格。第二次世界大战后这种新旧两派对于犯罪的理解,仍然是犯罪论构建的起点。^④ 战后的犯罪论体系论,从20世纪50年代后半期起开始出现受德国目的行为论影响的论文。以目的行为论^⑤为基础的行为无价值论,认为故意与目的等所谓主观的要素不在责任论而在违法论上就已经具有重要意义,对此后的犯罪论发挥了决定性作用。另一方面,目的行为

① 作为补充本演讲内容的其他稿件,请参照山中敬一:“刑法理论的展望”,载《犯罪与刑罚》第15号(2002年),第33页以下。

② [日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第39页以下。德语版参见 Yam-anaka, Wandelung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg. Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, Jehle/Lipp/Yamanaka (Hrsg.): Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, 2008, S. 173 ff.

③ 日本首先由波索纳德(Gustave Boissonade; 1825~1910)的弟子们以旧派为依据提出理论,此后,主张社会防卫论的新派变得有力。科学的新派登场始于胜本勘三郎。参照[日]中义胜、山中敬一:“胜本勘三郎的刑法理论”,载吉川经夫等编:《刑法理论史的综的研究》,日本评论社1994年版,第140页以下。

④ [日]大塚仁:《刑法中新旧两派的理论》,日本评论社1957年版。

⑤ 作为日本代表性的论者,可以举出木村龟二博士、平场安治博士、福田平博士。

论以人是有目的的行动这一哲学认识为基础展开犯罪论的构想,认为犯罪论受到“事物逻辑构造”或事物的存在论构造所约束。

与此相对,20世纪60年代,刑法修改成为课题,刑事政策的目的和刑法的机能为人们所关注。当时,将道德从刑法中解放出来代表着一个重要的刑法原理。其背景是自由主义与权威主义、个人自由与国家权威(社会利益)哪一个应当更为优先的意识形态的对立。在这个背景下,自60年代末以来,从实现刑事政策这一观点来构想犯罪论的见解与存在论的犯罪论形成对立。在这一构想中,法益保护原则,即刑法不是为了维持道德秩序而是为了保护法益得到标榜,同时刑法的谦抑性、刑法的补充性被作为重要的刑法原则加以提倡。于是,将刑法理解为实现刑事政策的手段,犯罪论也应当从这一观点出发加以合理的构建的“机能主义”^①具有了重要的意义。

这样的话,犯罪论就不是单纯的犯罪的成立要件论,而是如实反映对犯罪的基本看法的理论立足点。对犯罪的基本看法与对刑罚的基本看法是互动的,与对社会体系的想法相对应。

(三)犯罪观与社会、国家观的变迁

例如,前期启蒙时期的犯罪观是以基于社会契约论和功利主义,避免“不快”追求“快乐(利益)”的合理的人类观为背景。与此相对,19世纪旧派刑法学中的犯罪观,是基于道义的国家观,将犯罪理解为违反道义。新派的犯罪观,认为犯罪是社会环境与生物学遗传的产物,主张刑法的任务是通过犯罪原因的科学探求以实行有效的刑事政策来进行社会防卫。20世纪后半期的刑法学,如果考虑最大公约数而将其单纯化,那么可以归纳为综合旧派与新派,在保护个人的自由、人权的同时,实现以抑制犯罪的特别预防为中心的刑事政策。

^① 作为代表性的论者,可以举出平野龙一博士的机能的考察方法。参照[日]山中敬一:“平野龙一博士的刑法理论”,载《ジュリスト》第1281号,第47页以下。

第二次世界大战以后直到 20 世纪 60 年代末为止,日本刑法学追求的是,在部分保持与战前理论的连续性的同时,以自由主义和民主主义为基础,确保国家作用的最小限度,防止国家侵犯人权,实现犯罪预防的课题。密尔(John Stuart Mill)的“加害原理”,即个人只要不侵害他人的权利与利益就是自由的,只有在侵害他人权利、利益时才可以发动刑罚权,成为犯罪观的基础。^①

没有法益侵害就不能将该行为作为犯罪加以处罚,刑法的任务不是维持道义、道德秩序而是保护法益,这种所谓的“法益保护的原则”得到提倡。而且,法益的保护必须服从于“谦抑主义的原理”。谦抑主义是指,由于刑法是对犯罪发动刑罚依靠这种强大的国家权力来剥夺犯罪者的自由,所以应尽可能地控制其发动,有抑制地行使、适用刑罚权的原则。刑法是具有强烈副作用的猛药,所以应尽可能地控制该药物的投放,只有在没有其他方法时才能发动刑罚。刑法是第二次性的手段,终极的手段(ultima ratio)^②指的就是这个含义。

二、现代社会与刑法机能

那么在 21 世纪的现代,应基于何种社会观与犯罪观来构想犯罪论体系呢?作为考察这一问题的前提,我们首先概览一下现代社会中刑法的机能。

(一)体系社会与个人自由

支撑自由主义刑法的法益保护原则、谦抑主义原则,在现代社会中也没有丧失其意义。但是,现代社会是高科技的社会,高度信息化的社

① [日]山中敬一:《刑法概说》I,成文堂 2008 年版,第 28 页。

② [日]山中敬一:《刑法总论》(第 2 版),成文堂 2008 年版,第 52 页以下。

会、危险社会^①、网络社会和全球化社会。将其特征简单化而言,即社会不再是单独地、孤立地存在,而是被网络化了。整体来看,是被作为一个有机体而被组织化、体系化。每个个人或制度或地域社会都被复杂的因果关系连接在一起。因此,如环境犯罪、大规模事故这样的微小的因果关系的变化,有时会通过整个网络而引起巨大的损害。^②在这种社会中,个人基于其关心与利害而采取的行动应被视为社会整体的一部分而纳入社会体系之中。这样的社会被统称为“体系社会”。

于是,在这种体系社会中,是否基于自由意思的个人行动成为整个社会体系的一个环节,个人只是体系的一部分呢?现代体系社会与全体主义国家不同,它是以民主主义和自由主义为前提的。现代体系社会以整体体系和个人的自由、自己决定权为两个支柱。个人的自由与自己决定权是推动社会发展、活性化的原动力。然而,违反环境、福祉、国际和平等整体利益的个人自由受到制约。体系与个人自由、权利的保障是表里关系,社会的体系也必须确保最大限度的个人的自由与权利。体系社会必须是将个人的自由、个人的主体性或自己决定权组合进去的超级体系,必须是内在包括个人自由的体系。^③

(二) 刑法的机能

在上述的体系社会中,刑法具有什么样的机能呢?众所周知,刑法的机能可以分为(行为)规制机能、(法益)保护机能及(人权)保障机能三类。规制机能通过规制国民的行为而体现着刑法的行为规范的侧面。保障机能是体现着从被害者的观点通过刑法防止被害的机能。与

① 关于危险社会中刑法的机能变化,请参照[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第50页以下。全文请见vgl. Yamanaka, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, Nomos-Verlag。

② 举一例而言,如同现代社会的特征被认为是电脑、网络社会那样,电脑线路的故障等能够引起机场、银行等重要的社会体制瘫痪的脆弱社会。为了保护这样的社会,对乍看起来并不重要的诸如“线路”有必要进行严格的保护。

③ [日]山中敬一:“刑法理论的展望”,载《犯罪与刑罚》第15号(2002年)。

此相对,保障机能是刑法通过刑事制裁来保障国民与犯罪者的自由和人权的机能。超越刑法规定的伴随有人权侵害的刑事政策是不被允许的。李斯特(Franz von Liszt, 1851 ~ 1919)所说的“刑法是刑事政策不能逾越的藩篱”、“刑法是犯罪者的大宪章”指的就是这种含义。

现代体系社会中的刑法机能,当然规制机能、保护机能和保障机能之间存在着相克和对立。为了实现保护机能,有效应对法益侵害,规制机能就要求必须早期防止与犯罪相关联的行为。为此,就不限于侵害犯,而是应该对危险犯而且是抽象的危险犯广泛地进行处罚。这种处罚的早期化在日本主要不是通过刑法典的修改而是通过各种行政刑法加以实现的。行政取缔法规通过对违反其行为规范的行为科处刑罚,来补强其实效性。为了实现道路交通法、各种环境法的行政目的而科处刑罚的规范被称为行政刑法。行政刑法的目的是诸如交通的圆满、安全地运行,为了达成这种目的而对违反限速规定、无视信号灯等行为科处刑罚,来补强应该遵守的规范。然而,违反限速规定、无视信号灯等行为并不直接威胁人的生命、身体、财产,这种行为是因为具有对法益侵害的抽象的危险而被禁止和处罚。大气污染防治法、水质污浊防止法等环境法规也都有处罚规定,处罚对人的生命、身体有侵害的抽象的危险的行为。这种抽象的危险犯,在高度技术化的充满危险的体系社会中对于预防法益侵害而言是必要和不可欠缺的。但是,从犯罪是侵害法益这种法益侵害原则来看,它处罚了(与法益侵害)有很大距离的行为,有违反法益侵害原则之虞。尤其是最近,作为与恐怖活动斗争的手段,为了在早期阶段预防压制犯罪行为而将处罚提前的立法例有所增加。^① 设置共谋罪和处罚属于犯罪组织(成员)的规定就是如此。这种立法必须慎重。

① 关于这一点,雅克布斯所提倡的,在国际上也引起巨大讨论的“敌人刑法”(Feindstrafrecht)是重要的问题,但在这里不涉及这一问题。Vgl. *Jakobs Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004, S. 88; ders., *Terroristen als Person im Recht?*, in: *ZStW* 117, 2005, S. 839 ff. Vgl. *Francisco Munoz Conde*, *Über das „Feindstrafrecht“*, 2007, S. 1 ff.; *Massimo Donini*, *Das Strafrecht und der Feind*, 2007, S. 1 ff.

三、现代社会与犯罪论

那么,在现代社会中应如何构想犯罪论体系呢?

(一)犯罪论的意义

刑法中的犯罪论,是对犯罪的一般性成立要件作体系性的论述。犯罪论的作用是通过构成要件该当性、违法性、有责性的判断,决定是否成立犯罪。因此,它必须是明确区分犯罪与非犯罪,对同样的案件能得出稳定的同样结果的合理的体系。归根到底,犯罪论必须发挥区分应处罚行为和不应受处罚行为的机能,必须能对该种行为给予合适的刑罚的评价。什么是能够达到这一目的的合适的犯罪论,就成为一个问题。

犯罪论的第一阶段是构成要件该当性判断。构成要件该当性的判断是划定应受处罚的行为的最外部界限。因此,发挥区分刑法所规定的犯罪行为与其他的行为的机能,是构成要件最重要的机能。它意味着法律没有规定为犯罪的行为不是犯罪。这可以被称为“构成要件的罪刑法定主义机能”。关于构成要件该当性的问题有多种多样,本演讲将限定在这种最重要的罪刑法定主义而进行论述。在这里,也会讨论处罚该犯罪在宪法上是否适当正确的适正处罚的原则。

犯罪论的第二阶段是违法论。侵害法益的行为原则上都违法,法益侵害或对行为客体的侵害的有无已经是构成要件该当性的问题,以外观上已经实施了有法益侵害或危险的行为为前提,判断这种形式的、原则的违法是否能在实质上认为是违法,就是违法论。因此,违法论的机能就是考虑原则上违法的行为是否例外地、实质地具有正当化事由。即追问意味着原则上违法的构成要件该当行为是否例外地被正当化。在这个阶段,应遵照以宪法为顶点的规范体系,对符合刑法构成要件判断行为在具体的法益或利益对立的状态下是否具有实质的违法性。在利益或法益的价值存在纠葛、冲突的状况下,应按照宪法的理念来决

定什么是违法。紧急避险(《日本刑法》第37条)就是这种利益对立状况的典型表现。此时虽然存在侵害法益的行为,但因为是为了获得更高的利益因而阻却违法性。在这种利益衡量中“优越的利益原则”是重要的。

第三阶段是责任论。责任论对于个人因其不法行为应承担何种责任以及应基于这种责任进行何种处罚具有决定性意义。因此,责任与个人的能力及心理状态有关。责任曾经被理解为具有责任能力、故意或过失、能够意识到违法(违法性意识的可能性),即主观的、心理的因素(心理的责任概念)。但现在责任被理解为对个人行为的非难可能性(规范的责任概念)。在责任论中,重要的是“无责任即无刑罚”这种责任主义的原则。于是,责任虽然是刑罚的基础,但只要不采取僵硬的报应刑,刑罚就被理解为不能超越责任的这种“消极的责任主义”。在考虑特别预防等因素的情况下,刑罚即量刑即使在责任之下也没有关系。最近,在责任论中考虑刑罚目的等因素而将是否值得处罚包含在责任概念之中的“可罚的责任论”被加以提倡。它也还是在责任主义的框架内考虑刑罚的目的,将责任论还原为预防论的机能主义的责任概念,有可能会丧失对刑罚的刹车(阻止)作用,而不能被采用。

(二)规范体系的机能主义的犯罪论

以刑事政策的目的为方向的、机能的刑法学或犯罪论本身,作为刑法的方法论无疑是合适的。但机能的、目的合理的犯罪论,不是单纯的以经验科学的知识为基础,以抑制犯罪这一目的为方向的犯罪论,而必须同时是为了实现以宪法为顶点的规范的价值的全体的体系。^①刑法中的犯罪论,并非仅是认定犯罪的合理目的的体系,还必须满足人权保障机能即保障所谓适正的处罚,而且行为規制机能也必须尊重国民的

^① 关于规范体系的机能主义的犯罪论体系,参照[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,第132页以下、[日]山中敬一:“刑法理论的展望”,载《犯罪与刑罚》第15号,第48页以下。