

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 51

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

共同犯罪专栏

【魏东 周海浪】

对共犯的正当防卫：法理基础与解释进路

中国刑法

【刘子巍】

论刑法上的“枪支”及其认定

——以天津老太赵春华摆射击摊入刑为切入

外国刑法

【〔美〕Douglas A. Berman】

美国现代死刑制度“改良”面临的挑战

比较刑法

【高铭喧】

中日两国刑法典总则若干问题比较研究

国际刑法

【舒洪水 党家玉】

网络恐怖主义犯罪现状及防控对策研究

刑事执行法学

【王弘宁】

论社会管理创新中的刑法处遇

犯罪学与刑事政策

【陈世伟】

我国犯罪学知识谱系的完善研究

——以绿色犯罪学知识本土化构想为视角



2017年第3卷

第51卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 51

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 彭新林 张磊 苏明月 / 专业编辑

■ 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



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2017年. 第3卷; 总第51卷 / 赵秉志主编. -- 北京: 法律出版社, 2017
ISBN 978-7-5197-1852-7

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(2017)第328867号

刑法论丛(2017年第3卷·
总第51卷)

XINGFA LUNCONG(2017 NIAN DI 3 JUAN ·
ZONG DI 51 JUAN)

赵秉志 主编

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 17.5
字数 495千
版本 2018年1月第1版
印次 2018年1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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号: ISBN 978-7-5197-1852-7

定价: 75.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔共同犯罪专栏〕

- 1 区分制共犯体系之主张及其根据
——基于刑法教义学的立场阐释 项婷婷
- 31 主从犯特殊区分制下“教唆未遂”的理解与
适用 田 然
- 71 对共犯的正当防卫:法理基础与解释进路
..... 魏 东 周海浪

〔中国刑法〕

- 128 中国刑法犯罪成立的立法定量模式之历史
渊源考 黄云波
- 161 我国刑法对法益保护前置化问题研究
..... 王 姝 陈 通
- 181 论刑法上的“枪支”及其认定
——以天津老太赵某摆射击摊入刑
为切入 刘子巍

205	民间融资的类型分析及刑法规制路径的 选择	谢治东
225	论商业秘密与国家秘密的界分及犯罪竞合	赵香如
241	网络账号犯罪的刑法学分析	李 睿 李梦雅
262	论贪污罪中的“非法占有公共财物”	胡东飞
	〔外国刑法〕	
287	美国现代死刑制度“改良”面临的挑战 [美]Douglas A. Berman 著 陈 丹 译	
306	试析合意型被害人自陷风险的刑法归责 王焕婷 卢勤忠	
	〔比较刑法〕	
337	中、日两国刑法典总则若干问题比较研究	高铭暄
359	论英国终身监禁刑罚演变与中国终身监禁制度改革 ——以假释为切入点	李 普 苏明月
381	医师协助死亡的域外治理经验与中国抉择	蒋 娜
	〔国际刑法〕	
395	网络恐怖主义犯罪现状及防控对策 研究	舒洪水 党家玉
	〔刑事执行法〕	
417	论社会管理创新中的刑法处遇	王弘宁
431	论治理视域下的社区矫正双重困境及出路	江华峰
451	“隔代养”现实下“责令管教”的困境及对策 研究	罗苟新

〔犯罪学与刑事政策〕

- 474 我国犯罪学知识谱系的完善研究
——以绿色犯罪学知识本土化构想
为视角 陈世伟
- 506 实然与应然:我国腐败犯罪预防策略
省思 张兆松 王瑞剑
- 525 新时期高校反腐倡廉制度建设存在的
问题及对策 彭新林 王 磊

CONTENTS

[Special Column for Anti-terrorism]

Assertion and Foundation of Differentiated Accomplice
System

—Based on the Analysis of the Position of Criminal Law

Dogmatics Xiang Tingting 1

Explanation and Application for Abetting Attempted under

Special Distinction of Principal and Accessory Tian Ran 31

Justifiable Defense on Accomplices; Legal Basis and Path of

Explain Wei Dong & Zhou Hailang 71

[Chinese Criminal Law]

A Study on the Historical Origins of the Legislative

Quantitative Model in Criminal Law of China Huang Yunbo 128

Research on the Earlier Protection of Legal Interests in

Criminal Law Wang Shu & Chen Tong 161

On the Concept and Recognition of “Gun” in Criminal
Law

—The Perspective of Mrs Zhao Illegally Guns Possession

Case Liu Ziwei 181

The Type Analysis of the Folk Financing and the Path

Choice of Criminal Regulation Xie Zhidong 205

The Boundary and Crime Coincidence of Trade Secret with

State Secrets Zhao Xiangru 225

Analysis of Network Account Crime in the Perspective of Science of Criminal Law	Li Rui & Li Mengya	241
On Illegal Possession of Public Properties in the Corruption	Hu Dongfei	262
[Foreign Criminal Law]		
The Challenges of “Improving” the Modern Death Penalty	Written by Douglas A. Berman Tran. by Dan Chen	287
The Criminal Imputation Inconsensual-type Victim’s Self- involvement in Risk	Wang Huanting & Lu Qinzong	306
[Comparative Criminal Law]		
Comparative Studies on General Parts of Chinese and Japanese Criminal Law	Gao Mingxuan	337
The Inspiration We Can Get from the Life Imprisonment System in England —focused on the parole system	Li Pu & Su Mingyue	359
Overseas Governance Experience and China’s Choice on Physician-Assisted Death	Jiang Na	381
[International Criminal Law]		
The Study of the Current Situation and Prevent of Cyber Terrorism Crime	Shu Hongshui & Dang Jiayu	395
[Criminal Enforcement Law]		
The Innovation of Social Management and Criminal Rule of Law	Wang Hongning	417
Research on the Dual Dilemma of Community Correction from the Perspective of Governance	Jiang Huafeng	431
The Practical Difficulties and Cracking of Discipline in Criminal Law	Luo Gouxin	451

[Criminology and Criminal Policy]

On the Improvement of Chinese Criminological Knowledge

Pedigree

—From the Perspective of Localization Green

Criminology's Knowledge Chen Shiwei 474

What-it-is and What-to-be: Study on the Prevention

Strategy of the Corruption in China

..... Zhang Zhaosong & Wang Ruijian 506

Institutional Building of Anti-corruption in Universities:

Problems and Measures Peng Xinlin & Wanglei 525

〔共同犯罪专栏〕

区分制共犯体系之主张及其根据

——基于刑法教义学的立场阐释*

项婷婷**

目 次

- 一、区分制共犯体系主张之前置性问题
- 二、区分制共犯体系之基本立场
- 三、区分制共犯体系之理论根据诠释
- 四、区分制共犯体系之标准根据诠释
- 五、区分制共犯体系之规范根据诠释
- 六、结语

共同犯罪是相对于个人犯罪而言的,它属于犯罪的特殊形态之一。犯罪通常情况下是由一个人单独实施,当由数人参与实施时被称为共同犯罪或犯罪参与。^①不同国家或地区对犯罪参与现象本身,以及参与人的地位和作用,有着不同的认识和评价,便产生了共犯体系的争

* 本文系安徽省高校人文社会科学重点项目“大数据时代下的我国腐败犯罪刑罚配置研究”(SK2016A0863)的阶段性成果。

** 湘潭大学法学院博士研究生,淮南师范学院法学院讲师。

① 需要说明的是,“犯罪参与”只是一个事实概念,而非刑法概念。参见黄荣坚:《基础刑法学》(下)(第3版),中国人民大学出版社2009年版,第488页。

论。共犯体系是共犯研究的前提和基础,共犯研究意义重大,共犯体系研究的重要意义自不待言。

共犯体系的确立,以处理犯罪参与现象为使命。申言之,共犯体系问题的研究不应仅停留在体系研究上,还应建立在对问题思考之上。从刑法教义学角度而言,应“同时做到体系的思考与问题的思考,将问题放在体系之中,通过体系解释问题,以问题的思考推动体系的完善”。^①一方面,刑法理论体系的建构必须以刑法规范为基础。共犯体系作为一种共犯理论,它理应以一定国家刑法关于共犯的规定为前提的。另一方面,在既定的理论体系之下,还应该跳出既定的框架,实现理论与现实、应然与实然的互动。而刑法教义学正是在解说刑法规定的基础上,建构刑法理论体系的。当然,刑法教义学并不满足于把各种理论简单地合并在一起,并且一个一个地对它们加以讨论,而是努力把在犯罪行为的理论中产生的全部知识,有条理地放在一个“有组织的整体”之中,通过这种方法,使人们能够清楚地认识各个教义之间的内在联系。^②因此,共犯体系的确立离不开刑法教义学立场的阐释。

在现代各国刑事立法中,在共犯体系的向度选择上,存在单一的共犯体系和区分制共犯体系的争论。而这种争论的实质就是正犯与共犯有无必要区分。换句话说,正犯、共犯区分理论可谓区分制共犯体系的“前置性”问题。^③然而,文献上关于共犯体系的研究或者说关于单一的共犯体系、区分制共犯体系的研究,几乎都缺乏刑法教义学讲究概念性、体系性和规范性的理论品质,不仅没能为刑事司法实务提供有效的理论资源,反而滋生了诸多问题。因此,从刑法教义学的立场阐释我国主张区分制共犯体系的根据,已然成为不可忽视的问题,而且为我国共犯体系的研究提供了新的路径。

① 刘艳红:《论正犯理论的客观实质化》,载《中国法学》2011年第4期。

② Roxin, Strafrecht AT. Band I, Muenehen: C. H. Beck Verlag, 2003, p. 195.

③ 参见阎二鹏:《区分制共犯设立模式之前提》,载《国家检察官学院学报》2008年第5期。

一、区分制共犯体系主张之前置性问题

有关共犯理论研究的过程,实则是由制度内探讨转向体系间比较的过程,而这种体系间的比较主要集中于区分制共犯体系与单一的共犯体系之比较。换句话说,区分制共犯体系是基于对共犯体系问题的抉择而产生的,从语词角度分析,区分制共犯体系讨论的逻辑前提即是“共犯”。因此,区分制共犯体系与单一的共犯体系的演进以及对“共犯”概念的理解成为区分制共犯体系主张的两个前置性问题。

(一) 区分制共犯体系与单一的共犯体系的演进

区分制共犯体系与单一的共犯体系是两种不同的立法例。从共犯体系模式演变发展的过程来看,单一的共犯体系模式是为了解决区分制共犯体系模式所面临的困境而产生的。单一的共犯体系的出现主要基于两个原因:其一,区分制共犯体系之下正犯与共犯之间区分标准的困难;其二,近代刑法学派主观理念的影响。这一理念认为,构成要件规定不必具体详尽,反而应当抽象、简单明了,从而尽量包括一切犯罪样态。一方面可以避免立法上的复杂,另一方面可以对最广泛的犯罪予以处罚。^① 这一理念对于刑法的定型化意义的否定倾向,促使了单一的共犯体系模式的出现。

单一的共犯体系,又称为单一正犯体系、统一正犯体系,是指在数人共犯一个犯罪事实的语境下,将所有参与者均统一评价为正犯,或者仅在形式上根据参与样态区分为数种正犯类型。在量刑阶段上,则依据各个参与者在犯罪事实中的参与程度和性质分别确定各自的刑罚。单一正犯概念标榜不区分正犯与共犯,所有对构成要件有因果贡献的人都是正犯,但终究免不了在决定刑罚轻重时,仍然要在共同犯罪的数人中,依个人的不法和罪责分别定其刑罚,这其实是把区分正犯与共犯

^① 参见蔡墩铭:《现代刑法思潮与刑事立法》,汉林出版社1977年版,第35页。

的问题推移到量刑时考虑而已,并不是完全不区分每个人贡献的多寡。^①作为一种立法现象的单一的共犯体系,并非目前刑法理论的通说,但仍然为少数国家的刑事立法所采用,以意大利、巴西、奥地利、丹麦等国刑法的规定最具有代表性。如《奥地利刑法》第12条规定:“自己实施应受刑罚处罚的行为,或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的,均是正犯。”第13条规定:“数人共同实施应受刑罚处罚的行为的,按责任的大小分别处罚。”又如,《阿根廷刑法》第45条规定:“参与了活动的实行的人,或者对一人或者多人的犯罪进行了援助或者协助的人,除活动未能实行以外,均处以就该犯罪所预先规定的刑罚。直接支配他人实施犯罪的人,亦同。”

然而,在共犯体系的选择上,无论是从对刑法研究的方法理论的遵循,还是从解决正犯与共犯的区别等问题而言,单一的共犯体系都因存在很大的缺陷而受到反对。首先,单一的共犯体系内部从物理性到功能性的变化,表明其在方法论上及内容上向区分制共犯体系靠近。其次,单一的共犯体系抹杀正犯与共犯之间的区分,不利于对共犯人的区分量刑,不符合构成要件的定型性和罪刑法定原则。最后,单一的共犯体系无法解决既、未遂的认定问题。如果对共犯与正犯不加区分,则犯罪未遂中以着手实行行为为标准还要继续坚持吗?如果不坚持则与犯罪既、未遂的基本理论相违背。因此,单一的共犯体系不仅没有解决区分制共犯体系的问题,而且会进一步违背相关的刑法理论,毫无疑问应该受到抛弃;而基于教义学理论本身的细致而烦琐性,区分制共犯体系的提出不仅印证了刑法教义学发展的必然性,而且使区分制共犯体系成为必然的选择。

(二)对“共犯”概念的理解

若要从实质上正确理解区分制共犯体系,就必须弄清楚何为“共犯”。要明确“共犯”是什么,有赖于对共犯概念的内涵及外延的把握。

^① 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第564页。

从外延上来看,在采区分制共犯体系的大陆法系国家中,将“共犯”区分为不同层次予以理解,即最广义、广义和狭义之分。最广义的共犯,是指两个以上的人共同实现犯罪构成要件的情况,可以分为任意共犯和必要共犯。任意共犯是偶尔复数的人涉及能够单独实行的犯罪;而必要共犯是已经预先设定了,该犯罪构成要件的实现是取决于复数的人去实施犯罪行为,具体包括对向犯与集团犯。^① 广义的共犯,是指作为任意共犯的共同正犯、教唆犯以及帮助犯;而狭义的共犯,是指教唆犯和帮助犯。^② 在我国刑法理论中,对“共犯”的理解要区分不同的语境。通常意义上的“共犯”,是广义的共犯概念,但当“共犯”与“正犯”并列使用时,通常仅指狭义上的共犯。

基于广义的共犯概念,各共犯人在犯罪中所起的作用或者分工均是不同的。我国现行刑法将共犯人分为组织犯、主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。其中主犯、从犯和胁从犯是根据作用分类法作出的划分,结果是区分了共同犯罪各行为人的作用大小及量刑问题;但共同犯罪人的分工定性问题并没有得到解决,于是根据分工分类法又区分了组织犯和教唆犯。

“共犯概念完全是法律的产物”,^③是被法定化的。从内涵上来看,“共犯”即是“共同犯罪”,在罪刑法定原则下,“共犯”应是由刑法总则和刑法分则共同建构的不同类型的组合。关于共同犯罪,我国刑法第25条明确规定了共同犯罪的含义:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”。其中,共同犯罪中的“犯罪”,必须是刑法分则中明确规定的犯罪,因为刑法总则仅仅是关于主犯、从犯的规定,并不存在对各犯罪构成要件的具体规定,有关正犯的原型规定存在于刑法分则之中。质言之,要准确确定各共犯参与人的犯罪性质并予以处罚,必须先依据刑法

① 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2000年版,第379页。

② 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第358页以下。

③ [德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第352页。

分则具体犯罪构成要件的规定予以定罪,然后依据刑法总则中有关主犯、从犯的规定予以量刑处罚。那么,这里的“共同犯罪”是指广义的共犯还是狭义的共犯?或者说这里的“犯罪”是指正犯还是也包括狭义的共犯?笔者认为,这里的“共同犯罪”应该被理解成广义的共犯,既包括正犯也包括狭义的共犯,即包括了直接实施构成要件行为的正犯和未直接实施构成要件行为的“犯罪参与”人。^①而区分制共犯体系中的“共犯”概念是狭义的,仅指“参与实施的行为属于由刑法总则规定的行为,而没有实施刑法分则所规定的行为”。^②因此,区分制共犯体系下根据参与的形式区分正犯与共犯。

二、区分制共犯体系之基本立场

围绕区分制共犯体系和单一的共犯体系的论证是共犯体系的核心问题。目前,我国刑法学者对于共犯问题的讨论一般在区分制共犯体系的框架内展开,然而,对区分制共犯体系本身的讨论却并不充分。要确证我国共犯体系究竟是否属于区分制共犯体系以及论证采用这一共犯体系的根据是什么,其前提和基底问题即为对区分制共犯体系的实质化考察。因而,对区分制共犯体系主张的实质化考察是不可忽视的。

区分制共犯体系,又称二元参与体系、正犯共犯分离体系,“是以基本的犯罪构成为前提,对多数人参与实施犯罪的情形,在总则中设立一般规定,使其成为分则各本条规定的基本犯罪构成要件的组成部分或者必要的补充。换言之,共犯是基本犯罪构成的修正形态”。^③目前,此种体系之下,将广义共犯区分为正犯和狭义共犯,以正犯、共犯的区分作为其逻辑前提。区分制共犯体系是目前刑法理论的通说,主要

① 陈兴良教授对此问题也给出了答案,认为这里的共同犯罪包括共同故意实行犯罪、组织犯罪、教唆犯罪或者帮助犯罪。参见陈兴良:《走向共犯的教义学——一个学术史的考察》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第465页。

② 林亚刚:《刑法学教义(总论)》,北京大学出版社2014年版,第445页。

③ 陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第4页。

是以德国、日本、瑞士等为代表的大陆法系国家所采用。例如,《德国刑法典》以“正犯与共犯”标题规定了共犯的所有形式,并以一般的要素进行描述。其中,第25条规定:“自己实施犯罪,或者通过他人实施犯罪,依正犯论处。数人共同实施犯罪的,均依正犯论处。”第26条、第27条分别对教唆犯和帮助犯做了规定。^①

那么,区分制共犯体系的基本主张包括哪些?这一问题的探讨是我们确立共犯体系及其根据的前提和基础。

(一) 建立在刑法典规定之上

以刑法典为代表的刑事法律规范,是立法者基于特定的犯罪观和刑罚观制定出来的,是国家动用刑罚权的基础。因此,一个国家的任何犯罪体系或刑罚体系内容的定位或归属,都应该以该国的实定法内容为依托,否则一切讨论都是脱离现实的。同样的,任何一个国家的共犯体系的定位或归属,也都应该是建立在该国刑法典之上的评价。具体而言,在共犯体系的争论上,区分制共犯体系与单一的共犯体系是两种不同的立法例,是各国立法基于对数人共同参与犯罪问题而概括演化出来的对所采取的共犯体系的描述。例如,在日本,就是将单一的共犯体系“作为共犯立法形式的一种加以说明”^②的。因此,共犯体系的选择上,无论是采取单一的共犯体系还是采取区分制共犯体系,都应以刑法典的规定为依托,脱离刑法立法规定所作的任何探讨,都是毫无价值和意义的。

基于此,我国对于区分制共犯体系的采用,也必须从我国现行刑法规范本身出发,使之与我国现实相匹配,与我国刑法规范语境相适应。详言之,我国共犯体系的定位应该参照我国《刑法》第25条至第29条

^① 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第778页。

^② [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第5页。

规定的内容,从中判断这种立法方式和内容究竟是否属于单纯地统一评价为正犯,还是区分不同参与人不同类型、不同参与程度的区别对待,进而通过刑法典的规定评价我国共犯体系的归属。唯此,得出的关于我国共犯体系归属的解释结论才不显粗疏和不足,才会是科学和可靠的。故我国区分制共犯体系之主张,必定是建立在刑法典规定之上的。

(二) 区分正犯和狭义共犯

区分制共犯体系是建立在我国刑法典基础之上的共犯体系,这种共犯体系主张在构成要件定型意义上,区分正犯和狭义共犯。因此,这种正犯与狭义共犯的区分也应是建立在实定法基础上的区分。结合我国刑法典的规定,这里所讲的正犯与狭义共犯的区分,主要是指正犯(包括共同正犯)与教唆犯、帮助犯、组织犯等的区分。

正犯与狭义共犯之间区分的问题,其实就是正犯与狭义共犯的关系问题。关于这一关系,存在不同的见解,而这一不同见解争论的过程其实就是对正犯概念理解的过程,大体有客观主义和主观主义两种不同的观点。在客观主义标准之下,主张“限缩的正犯概念”,以行为人亲自实施犯罪构成要件的行为作为正犯的标准,此时的正犯与共犯存在本质上的差别。而主观主义标准之下,主张“扩张的正犯概念”,结果与实施行为之前有条件关系者,都是正犯,此时的正犯与共犯并没有本质上的区别,相反,认为两者原本是相同的,只是基于实定法规定的不同而有所不同。无论是“限缩的正犯概念”还是“扩张的正犯概念”,都存在一定理论上的瑕疵:“限缩的正犯概念”仅从形式的犯罪构成要件认定正犯,这样的结果是,间接正犯只能归结于共犯,而不能成为正犯;“扩张的正犯概念”完全忽视犯罪构成要件的定型性意义,模糊了正犯与教唆犯、帮助犯等共犯的界限,导致正犯的范围过大。这样一来,即使实定法中明确区分了正犯与共犯,而实质上却没有明确两者的本质区别,即形式上相区分,而实质上却相等同。

暂且抛开两者关于正犯与共犯的具体关系,或者有关正犯概念的