

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 36

◆ 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

【张伟】

我国犯罪参与体系与多层次共犯评价理论

中国刑法

【房清侠 许天】

食品安全问题刑法规制的理性立场

【左坚卫 王帅】

走得太远的司法与理论

——对受贿罪“为他人谋取利益”解读的反思

外国刑法

【乔治·弗洛伊德 厄纳拉·加洛·卡瑞拉】

论刑事损害补救与民事损害赔偿的关系

——欧洲各国刑法体系中具有普遍适用效力的实质性基础理论

比较刑法

【周佳宥】

德国事后安全管束监禁制度实施之问题

——以欧洲人权法院及德国相关判决为讨论中心

刑事执行法

【詹姆斯·邦塔 等】

社区矫正中的策略性培训创新：

真实世界中的风险/需求响应模式实验

犯罪学

【张远煌 赵军 等】

中国本土性犯罪被害人调查报告

——以某省会城市的抽样调查为基础



2013年第4卷

第36卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 36

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 黄晓亮 张磊 袁彬 / 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. 2013 年. 第 4 卷: 总第 36 卷 / 赵秉志主编.
—北京: 法律出版社, 2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5910 - 5

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(2014)第 004603 号

刑法论丛(2013 年第 4 卷·总第 36 卷)	赵秉志 主编	责任编辑 易明群 装帧设计 李 瞻
---------------------------	--------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 19.375 字数 547 千
版本 2013 年 12 月第 1 版	印次 2013 年 12 月第 1 次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司	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

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

书号:ISBN 978-7-5118-5910-5

定价:48.00 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	我国犯罪参与体系与双层次共犯评价理论……	张 伟
25	共犯关系脱离要件刍议 ——一个域外制度的中国化思考 ……	姚万勤
62	不纯正单位共同犯罪刑事责任之认定 ……	陈伟强
	【中国刑法】	
78	犯罪行为类型的立法设置问题研究 ……	陈 璐
97	故意在犯罪论体系中的地位之研究 ……	孙运梁
126	犯罪既遂标准的层次性之提倡 ……	徐光华
159	警察使用武器制度的批判与建构 ……	金翼翔
178	食品安全问题刑法规制的理性 立场 ……	房清侠 许天夫
213	论风险社会视野下我国药品犯罪的 刑事立法完善 ……	王 珂
227	中国履行《TRIPS 协定》刑事措施义务应 遵循的原则 ……	刘 科

- 241 侵犯商业秘密罪认定标准再探 雷山漫
256 走得远远的司法与理论
——对受贿罪“为他人谋取利益”
解读的反思 左坚卫 王 帅

【外国刑法】

- 271 论刑事损害赔偿与民事损害赔偿的关系
——欧洲各国刑法体系中具有普遍适用效力的
实质性基础理论 [德]乔治·弗洛伊德
厄纳拉·加洛·卡瑞拉 文 张正宇 译
300 论德国刑法中的“天罚免刑”规则及其启示
——以刑罚轻缓化的实现为研究视角 贺洪波

【比较刑法】

- 318 德国事后安全管束监禁制度实施之问题
——以欧洲人权法院及德国相关判决
为讨论中心 周佳宥

【国际刑法】

- 355 解决追索流失海外文化财产法律困境的
刑事化途径 周晓永
382 国际刑法中海盗罪的当代解读 王海军

【刑事执行法】

- 399 社区矫正中的策略性培训创新:真实世界中的
风险/需求响应模式实验 [加]詹姆斯·
邦塔 等文 何 挺 译
435 劳动教养制度改革:惩恶与本恶之间的取舍
——兼论劳动教养制度的轻罪化
改造 王志祥 韩 雪

【犯罪学】

- 458 中国本土性犯罪被害人调查报告

	——以某省会城市的抽样调查为 基础	张远煌 赵 军 等
540	美国性犯罪记录制度的滥觞与发展 ——兼论我国性犯罪记录制度的构建	刘 军
	【刑事政策】	
569	环境犯罪刑事政策论纲	李冠煜
607	稿 约	

CONTENTS

[Special Column for Joint Crime]

The Character of Accomplice Participation System in Criminal Law in China and Double-layers Accomplice Evaluation Theory	Zhang Wei	1
Complicity from Elements of Joint Crime—An Extraterritorial System Thinking of China	Yao Wanqin	25
Analysis of Criminal Responsibility about Non-pure Unit Joint Crime	Chen Weiqiang	62

[Chinese Criminal Law]

Research on Legislative Construction on the Types of Criminal Offence	Chen Lu	78
The Study of the Position of Intention in Criminal Theory System	Sun Yunliang	97
The Strata of Crime Accomplishment Standard	Xu Guanghua	126
The Problem of Shoot Down—Criticism and Construction of Regulation on Using Weapon by Police	Jin Yixiang	159
The Rational Standpoint of Criminal Law Legislation on Food Safety Issue	Fang Qingxia & Xu Tianfu	178
On Perfection of the Criminal Legislation of Drug Crimes in China from a Risk Society Perspective	Wang Ke	213
Principles to Be Observed in Implementing Criminal Measures of TRIPS Agreement in China	Liu Ke	227

A Study of the Recognized Standards of the Crime of Infringing on Commercial Secrets	Lei Shanman	241
The Judicial Interpretation and Theory Have Gone Too Far—For Reflecting the Interpretation of “Give Favors to Other People”	Zuo Jianwei & Wang Shuai	256
[Foreign Criminal Law]		
The Restitution of the Criminal Damage and the Relationship with Civil Compensation—For the Common Material Foundation in European Criminal Juridical System	Georog Freund & Enara Garro Carrera Translated by Zhang Zhengyu	271
The Rule of “the Natural Punishment Offsetting the Penalty” in German Criminal Law and its Enlightenment—On the View of the Mitigation of Punishment	He Hongbo	300
[Incomparative Criminal Law]		
On the Constitutionality of German Preventive Detention— Using the Judgments of European Court of Justice, Federal Constitutional Court of Germany and related Court of Germany as Examples	Zhou Jiayou	318
[International Criminal Law]		
Criminal Way To Resolve the Law Predicament on Recourse the Losing Culture Property Overseas	Zhou Xiaoyong	355
On Contemporary Interpretation of Piracy	Wang Haijun	382
[Criminal Enforcement Law]		
The Strategic Training Initiative in Community Supervision— Risk-Need-Responsivity in the Real World	James Bonta, etc. Translated by He Ting	399
The Choice between Punishing Wickedness and Inherent Wickedness—Collateral Studies on the Reform of Minor Offense of the System of Rehabilitation-		

through-labor	Wang Zhixiang & Han Xue	435
[Criminology]		
A Chinese Local Crime Victimization Survey—Based on the Sample of a Provincial Capital	ZhangYuanhuang Zhaojun etc	458
The Origin and Development of Sexual Criminal Records in America— Also on the Establishment of Sexual Criminal Records in China	Liu Jun	540
[Criminal Policy]		
The Outline of Criminal Policy of Environmental Crimes	Li Guanyu	569
Notice to Contributors		607

【共同犯罪专栏】

我国犯罪参与体系与双层次共犯评价理论

张 伟*

目 次

- 一、犯罪参与体系：问题、意义与认知
 - (一) 犯罪参与体系与共犯界限的关联性
 - (二) 犯罪参与体系的意义及其认知
- 二、我国犯罪参与体系归属解读
 - (一) 一种体系性误读——俄式共犯立法体系归属评析
 - (二) 我国犯罪参与体系归属——在一元与二元之间
- 三、双层区分制与双层次共犯评价理论
 - (一) 双层次共犯评价理论展开
 - (二) 双层次共犯评价理论的优势
- 四、“正犯主犯化”及其本土化思考
 - (一) “正犯主犯化”及其根基追问
 - (二) “正犯主犯化”的本土化反思
- 五、结语

犯罪参与体系是近年来我国刑法学界关注的焦点与研究的热点，

* 浙江财经大学法学院讲师，法学博士。

有关共犯论的研究也随之由制度内的探讨转向体系间的比较,上述转型或许为我们在更广阔的层面探讨犯罪参与问题开辟了新的研究视域,为我们重新认识并构建我国共犯评价体系提供了新的契机。

一、犯罪参与体系:问题、意义与认知

(一)犯罪参与体系与共犯界限的关联性

各国有关共犯的规定大致有两种立法体例:正犯共犯二元区分的参与体系与单一正犯体系。二元参与体系又称区分制体系,是指在法文中不仅就犯罪之成立在概念上区分正犯与共犯,而且在刑罚评价上也详加区别的体系。该体系有下属特征:(1)正犯是犯罪参与的核心角色,其他参与行为均以正犯为轴心展开,共犯在成立上从属于正犯;^①(2)重视参与形态的差别,参与形态很大程度上决定参与行为的不法与参与者的罪责;^②一般来说,就参与犯的严重程度而言,正犯、教唆犯与帮助犯呈现出由“多”到“少”的落差走向,从评价的角度观察,可称为规范上的层次关系;^③(3)根据参与形态差别规定处罚。采该体系的立法例较多,诸如《德国刑法典》(第25条以下)、《日本刑法典》(第60条以下)、《法国刑法典》(第121条以下)等,1998年通过的《国际刑事法院罗马规约》亦可归入区分制体例。

单一正犯体系不问参与犯罪的形式如何,只要是参与了犯罪的人,均为正犯。^④单一正犯体系采统一正犯概念,并呈如下特征:(1)不根

① 赵晨光:“论共犯区分制体系下国际刑法中的个人刑事责任原则”,载《刑法论丛》2011年第2卷。

② 王志远:“区分制共犯制度模式研究”,载《当代法学》2009年第5期。

③ [德]约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第333页。

④ [日]齐藤金作:“关于共犯立法”,载《早稻田法学》第33卷第3册,1958年,第185页。

据参与形态的差异区分正犯与共犯,一切参与犯均为正犯;(2)根据参与形态不同分别讨论各正犯的成立条件;(3)各正犯适用统一法定刑;(4)根据犯罪参与程度、性质分别量定刑罚。^①单一正犯体系复分两种:形式的单一性正犯体系与机能的单一性正犯体系,前者是指对全部犯行形式进行法条语言上的统一化,在构成要件该当性的层面放弃其概念的、范畴的区别;后者则一方面与形式的单一性正犯体系一样放弃对特定的犯行形式进行价值上的级别区分,另一方面却维持其概念性、类型性区别的体系。^②从立法史来看,采形式的单一性正犯体系的立法首推1930年《意大利刑法典》,^③《巴西刑法典》第25条与意大利刑法如出一辙;采机能的单一性正犯体系的立法首推《挪威刑法典》。^④此外,《丹麦刑法典》、《阿根廷刑法典》、《奥地利刑法典》也可归入机能的单一性正犯体系。

综上,不同犯罪参与体系在是否承认“共犯”问题上态度大相径庭:在单一正犯体系下,一切犯罪参与者均为正犯,“共犯”根本没有存在的必要;当然,正犯与共犯的界限也无从谈起;在二元犯罪参与体系下,原则上实施构成要件行为者为正犯,此外的皆为共犯。因正犯与共犯的成立条件、处罚根据及尺度截然有别,故严格区分正犯与共犯具有重要的理论意义与实践价值。

① [日]木村龟二:“包括性正犯者概念的比较法意义”,载《法律论丛》第39卷4~6号,1968年,第509页。

② [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军译,中国人民大学出版社2010年版,第21~23页。

③ 该法第110条规定:“在多人共同参与于同一可罚性行为时,各人均承担对其所规定的刑罚。但以下条文规定的场合除外。”

④ 该法第58条规定:“多人共同加工于一个可罚的目的,其中一人的参与是因其本质上从属于其他参与者而惹起的场合,或者与其他参与者相比较其参与仅具有轻微意义时,可以对其科处法定的短期刑罚或科处更轻的刑罚。”

(二) 犯罪参与体系的意义及其认知

客观地说,两种犯罪参与体系均有利弊。单一正犯体系:(1)有利于在共犯论中贯彻个人责任原则;(2)犯罪参与问题的逻辑论证具有一致性;^①(3)确有其相当便利和经济之处,至少可避免区分制在参与类型上所面临的困扰。^②但诚如批判者所言,该说弊病也极为明显:(1)统一正犯概念要求因果性,对举动犯而言,法定的行为记述也将转变为意味着惹起法益侵害性结果,并未把握构成要件的本来意义;(2)在可罚性依存于自受刑反省或特殊的行为人要素的场合,统一性正犯概念不起作用;(3)如果将所有针对犯罪的共动形式都视为正犯,则因不考虑参与的种类,共动的未遂都成为可罚,必然导致处罚范围蔓延;(4)采用统一正犯概念,虽然量刑时根据具体情况来确定个别的当罚性,但此时的标准又是什么并不明确;(5)放弃共犯形式的区别,将导致评价标准粗杂化。^③

二元参与体系区分正犯与共犯,一方面强调共同参与者的相互利用与紧密配合,另一方面又在构成要件层面严格区分为正犯与共犯,并根据参与形态分别规定法定刑。该体系不仅凸显了共犯罪与单独犯在法益侵害上的差异,而且合理限定了共犯的处罚范围与惩处幅度,为定罪量刑提供了一个相对明确的标准;当然,该体系亦存在一些“顽疾”:(1)二元参与体系以限制正犯概念为基础,但限制正犯在间接正犯和共同正犯的出现和发展中已被完全抛弃;(2)严格区分正犯与共犯至今没有得到令人满意的解决方法,况且上述区分的意义非常有限;(3)二元参与体系只能解决故意犯的犯罪参与问题,过失犯往往被排

① 阎二鹏:“扩张正犯概念体系的建构——兼评对限制正犯概念的反思性检讨”,载《中国法学》2009年第3期。

② 柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第200页。

③ [日]藤木英雄:“关于现时的正犯和共犯的概念”,载《法学协会杂志》1958年第75卷1号。

出的犯罪参与之外。^①

在共犯问题上,是固守通识、强调之解决,还是跳出既定框架、打破通识、重构体系,这涉及“体系的思考”与“问题的研究”这两种研究路径之争。有人主张应从体系的思考转向问题研究,有人则提倡从问题研究转向体系的思考,认为应建立适合于应该解决的问题的体系。^②笔者以为,体系的构建固然重要,但首先需要明确体系的价值,即体系之于问题的价值何在?首先,任何体系都是因问题而存在。任何问题的探讨、解决都必须有一个语境,如同任何对话首先需要有一个平台。体系存在的价值恰恰在于其为问题的解决提供对话的平台与参照的背景。就此而言,不应过分夸大体系构建的意义。其次,任何体系都以问题为内容。体系构建之所以有意义,是因为体系为问题的思考提供了一个参照背景、为有效对话提供了一个交流平台,而思考与对话终以解决问题为目的。任何犯罪参与体系均以两大问题为内容:(1)在指向法益侵害的所有参与行为中,如何合理确定处罚范围;(2)如何处罚构成犯罪的犯罪参与者,即解决构成犯罪的参与者的刑事责任问题;既存体系或多或少都是有问题的。人类认识能力的局限性与问题的复杂性决定了不可能构建一个一劳永逸的“完美”体系,就此而言,任何体系均有其弊端,发现或承认体系的不足并不意味着该体系必须被抛弃。上述两种犯罪参与体系均以客观存在的“共动现象”为研究对象,都以解决上述问题为使命,只是认识与诠释问题的方法不同而已,实因刑法解释方法论与研究范式差异所致。正因两种犯罪参与体系均有其长足之处,所以各有其立法典范;也正因各有其弊端,为弥补体系的不足,“实务和学说发展出了汗牛充栋的各种理论”。^③ 为避免单一正犯体系

① 江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第113~115页。

② [日]松宫孝明:“日本的犯罪论体系”,冯军译,载《法学论坛》2006年第1期。

③ 江溯:“单一正犯体系研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第24卷),北京大学出版社2009年版,第402页。

产生的体系与量刑问题,^①单一正犯体系也出现了分化,即由形式的、纯粹的单一正犯体系向二元犯罪参与体系倾斜,继而出现了功(机)能的单一正犯体系。最后,在问题思考与体系研究之间,有学者指出,脱离体系的思考,将会导致问题解决的片面化和繁琐化;脱离问题的解决,体系则是无法发展和脱离个案正义的空架子。理想的状态应为“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。”^②上述蓝图固然理想,但理想与现实、应然与实然之间总有差距,因此在既定理论体系下实现问题思考与体系完善的互动或许更有意义,毕竟“共犯概念完全是法律的产物”。^③换言之,解决问题必须以本国刑事立法所构建之犯罪参与体系为背景,而通过问题的思考所完善之体系亦为本国既存之法定共犯体系。

二、我国犯罪参与体系归属解读

(一)一种体系性误读——俄式共犯 立法体系归属评析

我国刑事法律制定受前苏联影响较深,共犯立法亦不例外。了解前苏联与现行俄罗斯刑法有关共犯规定,有助于明确我国与苏、俄在共犯立法上的异同;在与德、日共犯立法比较中,凸显前苏联与俄罗斯现行共犯立法之独特,对正确厘定我国犯罪参与体系归属,具有重要参考价值。

1960年《苏俄刑法典》第17条规定了共同犯罪的概念,根据参与

① Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitsäterschaft, in: Muller-Dierz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 28.

② 刘艳红:“论正犯理论的客观实质化”,载《中国法学》2011年第4期。

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。

形态将共犯区分为实行犯、组织犯、教唆犯与帮助犯;对共同犯罪人的处罚,依照共犯参加犯罪的程度和性质来决定。^① 现行《俄罗斯刑法典》秉承前例,第32条规定了共同犯罪的概念,^②第33条第2~5款分别规定了实行犯、组织犯、教唆犯和帮助犯,第34条规定参与犯的处罚:由其中每一个人实际参与实施犯罪的性质和程度决定^③。

有学者将前苏联与俄罗斯的犯罪参与体系视为包括性正犯体系,但该体系与单一正犯体系是何关系,尚存争议:有观点认为该体系虽然在名称上是包括性共犯概念,但实质上却与包括性正犯概念相同。^④ 在我国,有学者亦赞成将前苏联的共犯立法体例纳入功能的单一正犯体系。^⑤ 反对意见则认为,上述立法仍然重视实行犯与非实行犯的区别,只不过它在如何对共犯进行刑罚裁量的问题上与德日等国不一样,但这种认识上的差异不应当成为将其归于单一正犯体系的理由。^⑥

上述共犯规定与形式单一正犯体系区别较为明显,关键在于与功能单一正犯体系是否存在差异。对此,笔者持肯定意见。处罚共犯不仅在于参与者通过协力或加工正犯行为对法益造成侵害,更因与单独犯罪相比,共同犯罪的社会危害性更严重,此严重之程度一方面体现于客观行为上的配合与协作,另一方面在于参与者在精神上的相互激励。申言之,共同犯罪之本质在于通过主体间的意思交流与沟通,安排、协调各参与者,继而将原本分散、独立的个体整合为一个行动共同体,其破坏力则远非单独犯所能比拟。单一正犯体系在立法形式与思考向上强调单向度性,单独就各参与者的行为及可罚性分别考量,即强调参

① [日]夏目文雄:“‘共谋共同正犯’理论批判性检讨”,载《爱知大学法经论集法律篇》第63号,1971年,第68页。

② “二人以上故意共同参加实施故意犯罪,是共同犯罪”。

③ [俄]H. Ф. 库兹涅佐娃,И. М. 佳日科娃:《俄罗斯刑法教程》,黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第426页。

④ [日]木村龟二:《犯罪论的新构造》,有斐阁1966年版,第400~402页。高桥则夫:《共犯体系与共犯理论》,冯军译,中国人民大学出版社2010年版,第33~34页。

⑤ 江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第126页。

⑥ 陈家林:“正犯体系与正犯概念研究”,载《中国刑事法杂志》2005年第1期。

与者的独立性,放弃共犯对正犯的任何从属性,由此(1)对于“诱发正犯”和“援助正犯”而言,与其他参与者是故意实施了行为还是过失实施了行为,均无关系;(2)与其他参与者是否违法地实施了行为、是否符合构成要件地实施了行为、是否压根儿实施了行为,均无关系。^① 比较而言,二元参与体系运用“主体间”思维方式,在相互关联中确定共同犯罪的成立范围与处罚,即注重“共同犯罪关系”。^② 前苏联刑法第17条在共同犯罪概念中采用了“某项犯罪”,没有明确罪过类型,但俄罗斯刑法第32条规定的则极为明确,不仅将过失参与行为排除在共同参与之外,而且将参与过失犯罪也从共犯中排除。就此而言,将前苏联与俄罗斯刑法中的共犯立法纳入单一正犯体系恐与事实不符;前苏联刑法第17条、俄罗斯刑法第32条分别规定了共同犯罪的概念,有其共性:在相互关联的意义上界定共同犯罪,强调共同关系之于犯罪参与的实质意义,共同关系之存在不仅是表现为行为客观上的相互协力,而且要求上述协作需基于共同犯罪的意思,即主体间同心一体,这与单一正犯体系下单向度的考察方式明显不同。目前,俄罗斯主流的刑法思想明确反对扩张的正犯概念,多数学者认为总则中共犯规定的功能在于论证并不直接实施犯罪行为,但以各种形式协助犯罪的人的刑事责任。^③ 综上,前苏联与俄罗斯刑法共犯立法与典型的单一正犯体系明显有别,将其纳入单一正犯体系显然不妥。

将上述共犯立法纳入二元参与体系,恐也不当。与德国、日本刑法典型的二元犯罪参与体系相比,前苏联与俄罗斯共犯立法有其特色:(1)前苏联与俄罗斯刑法典在共犯部分首先明确规定共同犯罪的概念与成立范围,而德国与日本刑法典中则无此规定;(2)在犯罪参与类型与相应刑事责任(或刑罚)的关联性方面,前苏联与俄罗斯刑法规定,

① [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军译,中国人民大学出版社2010年版,第25~26页。

② 王志远:《共犯制度的根基与拓展》,法律出版社2011年版,第2页。

③ [俄]H. Ф. 库兹涅佐娃、И. М. 佳日科娃:《俄罗斯刑法教程》,黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第379页。