





国家出版基金项目
The National Publishing Fund Project

外国刑法理论的 思潮与流变

陈家林◎著

 中国人民公安大学出版社

 群众出版社

外国刑法理论的思潮与流变

陈家林 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

外国刑法理论的思潮与流变/陈家林著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-5653-3131-2

I. ①外… II. ①陈… III. ①刑法—法的理论—国外 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 293740 号

外国刑法理论的思潮与流变

陈家林 著

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: 艺莹印刷(天津)有限公司

版 次: 2017 年 12 月第 1 版

印 次: 2017 年 12 月第 1 次

印 张: 44.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 954 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3131-2

定 价: 150.00 元

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

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@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

作者简介

陈家林，男，湖南郴州人。现为武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士，兼任中国刑法学研究会理事、湖北省犯罪学会副会长。已出版专著四部，发表论文数十篇。教学科研成果曾多次获得省部级奖励。



目 录

第一章 刑事立法的新动向	1
第一节 刑事立法的活跃化	1
一、刑事立法活跃化的主要表现	1
二、刑事立法活跃化的社会背景	5
三、刑事立法活跃化的刑法应对	9
第二节 刑事制裁体系的三轨化	12
一、单轨制时代的刑罚	12
二、双轨制时代的保安处分	13
三、刑事制裁第三轨可能性的探讨	17
四、作为第三轨的没收	18
第二章 社会变迁与刑法理论的演进	26
第一节 资本主义的兴起与近代刑法理论的诞生	26
一、封建时代的刑法与刑法思想	26
二、资本主义的产生与启蒙刑法思想的萌芽	27
三、古典刑法学派的形成	28
第二节 资本主义的发展与刑法中的学派之争	32
一、19世纪末资本主义社会的变化	32
二、近代学派的兴起	33
三、后期古典学派的坚持	35
四、学派之争	36
五、学派之争的扬弃	39
六、战后早期的刑法学	42
第三节 风险社会的到来与刑法理论的应对	44
一、风险社会的概念	44
二、风险社会的特征	46
三、风险刑法的是与非	51
四、敌人刑法的对与错	55
第三章 罪刑法定主义的与时俱进	60
第一节 罪刑法定主义的渊源	60



一、罪刑法定主义的历史渊源	60
二、罪刑法定主义的思想渊源	62
第二节 罪刑法定主义形式内容的更新	63
一、法律主义	63
二、禁止事后法	68
三、禁止绝对不确定刑	70
四、禁止类推解释	71
第三节 罪刑法定主义实质内容的进化	77
一、实质内容产生的背景	77
二、刑法法规的明确性原则	77
三、刑法法规内容的适正原则	80
第四章 刑法任务的重塑	82
第一节 法益保护说和社会伦理秩序维持说的对立	82
一、法益保护说的基本立场	82
二、社会伦理秩序维持说的内涵与缺陷	83
第二节 法益保护说的危机与规范维持说的兴起	84
一、法益保护说的危机	84
二、规范维持说的兴起	90
第三节 法益保护说的改造	92
一、法益精神化的处理	92
二、法益概念内涵的扩充	94
三、对规范作用的重视	96
第五章 犯罪论体系的演化	98
第一节 犯罪论体系的概念与类型	98
一、犯罪论体系的概念	98
二、犯罪论体系的类型	99
三、犯罪论体系的优劣	102
第二节 阶层的犯罪论体系的展开	105
一、古典的犯罪论体系	105
二、新古典的犯罪论体系	106
三、目的行为论的犯罪论体系	108
四、现代新古典的犯罪论体系	109
五、目的理性的犯罪论体系	110
第六章 行为理论的转换	112
第一节 行为论的体系性地位	112
一、行为的意义与机能	112
二、行为论独立体系性地位的争论	113



第二节 行为的学说	116
一、因果行为论	116
二、目的行为论	118
三、社会行为论	120
四、人格行为论	121
五、否定的行为论	122
六、行为论的走向	126
第七章 构成要件理论的展开	127
第一节 构成要件的概念	127
一、狭义的构成要件	127
二、广义的构成要件	127
三、其他含义的构成要件	128
第二节 行为构成要件理论	128
一、行为构成要件理论的创立	128
二、行为构成要件理论的现状	129
第三节 违法构成要件理论	130
一、认识根据说的提出	130
二、存在（实在）根据说的发展	131
第四节 违法有责构成要件理论	133
一、违法有责构成要件理论的产生	133
二、违法有责构成要件理论的分化	134
三、违法有责构成要件理论的质疑	135
第五节 构成要件要素的填充	135
一、主观的构成要件要素的争议	136
二、规范的构成要件要素之认可	140
第八章 实行行为论的新发展	143
第一节 实行行为概念的确定	143
一、实行行为的概念和功能	143
二、传统的实行行为理论	144
第二节 实行行为概念的演变	145
一、实行行为与危险概念的挂钩	145
二、实行行为概念的危机	145
第三节 一连串行为论	147
一、一连串行为论的出现	147
二、一连串行为论的展开	147
第九章 危险犯理论的新趋势	152
第一节 危险概念的多义性	152



一、行为人的危险	152
二、行为的危险	153
三、主观的危险与客观的危险	154
第二节 危险犯的扩张	155
一、危险犯的概念	155
二、抽象危险犯的争议	156
三、过失危险犯的争议	158
第十章 从因果关系论到客观归属论	159
第一节 因果关系概说	159
一、因果关系的概念	159
二、因果关系的体系地位	159
第二节 条件关系	160
一、条件关系的公式	160
二、合法则的条件公式	165
第三节 条件说	167
一、条件说的含义	167
二、对条件说的批评及反驳	167
第四节 相当因果关系说	169
一、相当因果关系说的概念	169
二、相当因果关系说的类型	170
三、相当因果关系说的危机	172
四、相当因果关系说的修正	173
第五节 客观归属论	175
一、客观归属论的概念与沿革	175
二、客观归属论的体系地位	177
三、客观归属论的内容	178
四、客观归属论的争议	183
五、对客观归属论的评价	186
第十一章 不作为犯理论的深化	188
第一节 不作为概说	188
一、作为与不作为的区分	188
二、不作为犯的概念和种类	190
三、不作为犯和罪刑法定主义	191
第二节 不真正不作为犯成立条件概说	194
一、不真正不作为犯成立条件之争论	194
二、作为义务的体系地位	195
第三节 形式的作为义务论向实质的作为义务论的转换	197



一、形式的作为义务论	197
二、实质的作为义务论	198
三、形式、实质综合的作为义务论	202
第十二章 故意理论的发展	203
第一节 故意体系地位的变动	203
一、责任要素说	203
二、作为违法要素的构成要件要素说	204
三、作为责任要素的构成要件要素说（二重的故意说）	205
第二节 故意的认识内容	206
一、需要认识的内容	206
二、故意中事实认识的程度	208
第三节 故意的本质	209
一、可能性说、盖然性说与风险理论	210
二、希望说与容认说	212
三、实现意思说	213
四、动机说	215
第四节 故意的种类	215
一、侵害故意与危险故意	216
二、确定的故意与不确定的故意	216
三、事前的故意、事后的故意、附条件的故意	218
第十三章 过失理论的演变	221
第一节 过失犯概述	221
一、过失的概念	221
二、过失犯的例外处罚原则	222
第二节 过失的理论	224
一、旧过失论	224
二、新过失论	225
三、新新过失论	226
第三节 注意义务	228
一、注意义务的内容	228
二、预见可能性	230
第四节 被允许的危险理论与信赖原则	233
一、被允许的危险理论	233
二、信赖原则	235
第五节 过失犯的实行行为	239
一、过失犯实行行为的行为形态	239
二、阶段的过失中实行行为的认定	240



第六节 过失的种类	241
一、有认识的过失与无认识的过失	241
二、单纯过失、重过失与业务上过失	242
三、管理、监督过失	243
第十四章 错误论的铺陈	245
第一节 错误的概念和种类	245
一、错误的概念	245
二、错误的类型	246
第二节 具体的事实错误	247
一、方法的错误	247
二、客体的错误	249
三、因果关系的错误	249
第三节 抽象的事实错误	254
一、抽象的事实错误概述	254
二、抽象符合说	255
三、法定符合说	256
第十五章 违法性论的发达	259
第一节 违法性概说	259
一、违法性的概念	259
二、违法性的本质	260
第二节 行为无价值论与结果无价值论的对立	263
一、行为无价值论与结果无价值论的概念	263
二、行为无价值论与结果无价值论的主要区别	266
三、结果无价值论面临的主要质疑	268
四、行为无价值论面临的主要挑战	272
第三节 可罚的违法性理论的兴衰	273
一、可罚的违法性理论的概念与体系地位	273
二、可罚的违法性理论的理论前提	274
三、可罚的违法性的量与质	276
第四节 违法性阻却的一般原理	279
一、目的说与社会相当性说	279
二、法益衡量说和优越的利益说	280
第十六章 违法性阻却事由的扩展	282
第一节 违法性阻却事由概说	282
一、违法性阻却事由的概念	282
二、违法性阻却事由的分类	283
第二节 正当防卫	284



一、正当防卫概说	284
二、正当防卫的成立要件	285
三、特殊情况下正当防卫的成立与否	298
四、防卫过当	309
五、假想防卫与假想防卫过当	314
第三节 紧急避险	318
一、紧急避险的概念	318
二、紧急避险的本质	319
三、紧急避险的成立要件	324
四、特殊情况下紧急避险的成立与否	331
五、假想避险与避险过当	333
第四节 被害人承诺与危险接受	334
一、被害人承诺	334
二、危险接受	341
第五节 其他违法性阻却事由	346
一、法令行为	346
二、正当业务行为	351
三、安乐死、尊严死	358
四、自救行为	364
五、义务冲突	365
第十七章 有责性的变革	368
第一节 责任理论概述	368
一、责任的概念	368
二、责任主义的含义	368
三、责任主义的贯彻	370
第二节 责任观念的演变	371
一、责任非难本质的演变	371
二、责任非难对象的分歧	372
三、责任要素内容的演进	373
第三节 责任能力	378
一、责任能力的概念	378
二、责任能力的体系地位	378
三、责任能力的判断标准	380
四、无责任能力与限定责任能力	381
五、部分责任能力	385
第四节 原因自由行为	385
一、原因自由行为的概念	385



二、原因自由行为可罚性否定说	386
三、原因自由行为可罚性肯定说	387
四、实行行为开始后陷入无责任能力或限定责任能力情况的处理	393
第五节 违法性意识及其可能性	394
一、违法性意识及其可能性概说	394
二、违法性意识的学说	395
三、违法性的错误	400
四、违法性的错误与事实的错误的界限	402
第六节 期待可能性	403
一、期待可能性概说	403
二、期待可能性的适用范围	404
三、期待可能性的体系地位	406
四、期待可能性的种类	408
五、期待可能性的判断标准	410
六、期待可能性的错误	413
第十八章 未遂犯论的嬗变	416
第一节 未遂犯的存在领域	416
一、未遂犯的存在阶段	416
二、未遂犯的成立范围	417
第二节 未遂犯的处罚根据	420
一、传统的主观未遂论与客观未遂论	420
二、现代的客观未遂论与主观未遂论	421
三、未遂犯的处罚根据与处罚强度	422
第三节 未遂犯的成立条件	423
一、犯罪的决意	424
二、实行的着手	425
三、未达既遂	426
第四节 实行着手的认定	427
一、实行着手与行为人的主观	427
二、实行着手的判断标准	428
三、几种特殊犯罪的着手	439
第五节 不能犯	441
一、不能犯概述	441
二、不能犯的学说	442
三、不能犯理论争论的实质	459
第十九章 中止犯论的争讼	462
第一节 中止犯的法律性质	462



一、政策说	463
二、法律说	466
三、并合说	471
四、行为变更说	472
五、责任履行说	473
六、单独的处罚解放事由说	474
七、危险消灭说	475
第二节 中止犯的成立条件	475
一、任意性	475
二、中止行为	481
第二十章 犯罪参与体系的争鸣	488
第一节 单一正犯体系	488
一、单一正犯体系的概念与发展脉络	488
二、单一正犯体系的类型	490
三、单一正犯体系的理论基础	491
四、单一正犯体系的优势	492
五、对单一正犯体系的质疑	494
第二节 正犯、共犯分离体系	496
一、正犯、共犯分离体系的基本内涵	496
二、正犯的概念与种类	497
三、共犯的概念与种类	499
四、正犯与共犯的区别	501
第二十一章 共犯基础理论的建构	507
第一节 共犯的处罚根据论	507
一、共同正犯的处罚根据	507
二、狭义共犯的处罚根据	511
第二节 共犯的本质	516
一、犯罪共同说与行为共同说	516
二、共犯的从属性说与共犯的独立性说	520
第二十二章 间接正犯理论的突围	527
第一节 夹缝中的间接正犯理论	527
一、间接正犯概念的补救性	527
二、间接正犯否定论	528
第二节 间接正犯的正犯性	529
一、工具理论	529
二、实行行为性说	530
三、行为支配说	530



四、规范的障碍说	531
五、自律的决定论	532
第三节 间接正犯的类型	533
一、利用他人非刑法上的行为	533
二、利用无故意的行为者	533
三、利用有故意的工具	536
四、利用无责任能力者的行为	538
五、利用合法行为者的行为	539
六、利用被害人自身的行为	541
第四节 正犯后正犯与间接正犯	542
一、正犯后正犯概念的提出	542
二、正犯后正犯的学说	543
第五节 间接正犯的实行着手	546
一、利用者标准说	546
二、被利用者标准说	547
三、个别化说	548
四、实行行为、实行着手分离说	548
第二十三章 共同正犯的实质化	549
第一节 共同正犯的概述	549
一、共同正犯的概念与性质	549
二、共同正犯的成立条件	550
三、共同正犯的种类概说	553
第二节 共谋共同正犯	556
一、由判例衍生的共谋共同正犯概念	556
二、从否定到肯定的通说变迁	558
三、成为少数说的否定说	563
第三节 片面的共同正犯	564
一、片面的共同正犯的概念	564
二、片面的共同正犯否定说	564
三、片面的共同正犯肯定说	565
第四节 过失的共同正犯	566
一、问题之所在	566
二、过失的共同正犯肯定说	567
三、过失的共同正犯否定说	569
第五节 承继的共同正犯	571
一、承继的共同正犯的概念	571
二、判例中的承继的共同正犯	571



三、承继的共同正犯的肯定说	572
四、承继的共同正犯的否定说	574
五、限定的肯定说及其课题	575
第六节 不作为的共同正犯	578
一、不作为的共同正犯的概念	578
二、不作为的共同正犯的全面否定说	578
三、不作为的共同正犯的全面肯定说	579
四、不作为的共同正犯的限定肯定说	581
第二十四章 教唆犯的成立	586
第一节 教唆犯的概念与成立条件	586
一、教唆犯的概念	586
二、教唆犯的成立条件	586
第二节 教唆犯的类型	589
一、过失的教唆与对过失犯的教唆	589
二、片面的教唆	591
三、共同教唆	592
四、未遂的教唆与教唆的未遂	593
五、不作为的教唆与教唆不作为犯	598
六、对预备罪、阴谋罪的教唆	599
七、间接教唆与再间接教唆	600
八、独立教唆犯	602
第二十五章 帮助犯的成立	604
第一节 帮助犯的概念与成立条件	604
一、帮助犯的概念	604
二、帮助犯的成立条件	604
第二节 帮助犯的因果关系	606
一、因果关系不要说	607
二、正犯结果引起说	608
三、促进的因果关系说	608
四、实行行为促进说	609
五、心理的因果关系说	609
第三节 帮助犯的类型	610
一、过失的帮助与对过失犯的帮助	610
二、片面的帮助犯与共同的帮助犯	611
三、未遂的帮助与帮助的未遂	612
四、不作为的帮助与帮助不作为犯	613
五、对预备罪、阴谋罪的帮助	614



六、间接帮助、再间接帮助与教唆犯的帮助	615
第四节 中立行为与帮助犯	616
一、典型判例	616
二、理论学说	618
第二十六章 共犯与身份、错误论的交错	629
第一节 共犯与身份	629
一、共犯与身份概说	629
二、真正身份犯与共犯	630
三、不真正身份犯与共犯	631
四、消极的身份犯与共犯	632
第二节 共犯与错误	633
一、同一共犯形式内的错误	633
二、不同共犯形式内的错误	636
三、狭义共犯与间接正犯之间的错误	637
第二十七章 罪数论的演变	639
第一节 罪数论与竞合论的异同	639
一、罪数论的意义	639
二、罪数决定的标准	640
三、竞合论的含义	643
四、罪数论与竞合论的比较	643
第二节 本来的一罪	645
一、本来的一罪的概念	645
二、单纯一罪	645
三、法条竞合	646
四、包括一罪	649
第三节 科刑上的一罪	652
一、科刑上的一罪的概念和性质	652
二、观念的竞合	653
三、牵连犯	656
四、钩环现象	660
第四节 并合罪	661
一、并合罪的概念	661
二、并合罪的处理原则	662
第二十八章 刑罚理论的时代性	663
第一节 刑罚正当化根据论的对立	663
一、报应刑论的基本思想	663
二、目的刑论的基本思想	666



三、并合刑论的基本思想	671
第二节 积极的一般预防理论的兴起	672
一、积极的一般预防理论的内涵	672
二、积极的一般预防理论的利弊	676
第三节 死刑制度的争议	678
一、死刑的概念与死刑犯罪	678
二、死刑的存废与死刑的适用状况	679
第四节 死刑适用的具体标准——日本的实务经验	682
一、所谓永山基准	683
二、“光市母子杀害案件”与永山基准	685
三、裁判员时代的死刑适用标准	685
第五节 死刑替代刑罚的设想	688
一、死刑替代刑罚提出的必要性	688
二、绝对的无期徒刑	689
三、相对的无期徒刑	690
四、不定期刑	691
五、有期刑	691
六、死刑执行延期制度	692
主要参考文献	694



第一章 刑事立法的新动向

第一节 刑事立法的活跃化

一、刑事立法活跃化的主要表现

20世纪80年代以后,各国立法机关陆续开始重新制定刑法典或频繁修改刑法典,同时出台大量的单行刑法与附属刑法,刑事立法出现了明显的活跃化趋势。“凡是通过刑法法规的解释来进行应对会感到困难或者不可能的场合,就会出现立法论。而实际上(这些立法论)现在也有为数颇多的被作为特别刑法规定而加以了具体化(现在被称为‘刑事立法的时代’)。”^①其主要表现为:

(一) 犯罪化

将过去未被视为犯罪的行为犯罪化,是近年来各国刑事立法的一个重要特征。例如,德国2007年在刑法典中新增第238条“纠缠骚扰罪”,用于处罚无合法权限的持续性纠缠骚扰他人的行为;2015年在刑法典中新增第89条c“资助恐怖主义罪”、第202条d“窝藏数据罪”、第217条“业务性促进自杀罪”等。而日本自21世纪以来的十几年也对刑法典进行了十余次修改,在刑法典分则中增设了不少新罪。例如,2001年《日本刑法典》新设了“第十八章之二”,处罚“有关支付用磁卡电磁记录的犯罪”,即为了保护对支付体系的社会信赖,在刑法第163条之二到第163条之五追加规定了处罚对电磁记录的信用卡及其他支付用卡的非法制作、供给使用、转让、借让、输入、持有、准备非法制作等行为;2004年新设“集团强奸罪”;2005年新设“人身买卖罪”(第226条之二);2011年增设妨害强制执行行为(第168条之二)、妨害强制执行相关变卖等犯罪(第168条之三),增设第十九章之二“关于不正指令电磁记录的犯罪”;2017年将强奸罪修改为“强制性交等罪”(第177条),将男性也纳入该罪的保护范围之内,同时增设“监护人猥亵及监护人性交等罪”(第179条),加强对未成年人性自主权的保护。

这些新设的犯罪往往还在并不长的时间内被修正。例如,《德国刑法典》第261

^① [日] 上田正和:《保护法益论(Rechtsgutstheorie)的前途与展望》,载《大官法学评论》2011年第7号。



条的洗钱罪，2008年被修正了3次，2009年被修正了1次，2010年被修正了1次，2014年被修正了2次，2015年被修正了3次。日本的“危险驾驶致死伤罪”也是如此：2001年，日本在刑法典伤害罪一章中新设有关“危险驾驶致死伤罪”的规定（第208条之二）。与作为暴力行为结果加重犯的伤害罪甚至是伤害致死罪一样，将因危险驾驶而造成重大死伤结果的情形作为加重处罚的构成要件。2007年，又修正了刑法典第211条第2款，新设“驾驶机动车过失致死伤罪”。但到了2013年11月20日，日本又制定了“处罚有关驾驶机动车致人死伤等行为的法律”，并于2014年5月20日施行。该法律删除了刑法典中第208条之二“危险驾驶致死伤罪”以及第211条第2款“驾驶机动车过失致死伤罪”的规定，将类似行为的处罚移入特别刑法。该法主要包括5项内容：第2条“危险驾驶致死伤罪”、第3条“准危险驾驶致死伤罪”、第4条“发觉免脱罪”、第5条的“过失驾驶致死伤罪”及第6条“无证驾驶加重”。其中对原刑法典第208条之二的“危险驾驶致死伤罪”，在原有5种基本行为类型的基础上增加规定了在“通行禁止道路上”驾驶机动车和另2项“准危险驾驶致死伤罪”的类型。而原刑法典第211条之二的“驾驶机动车过失致死伤罪”则被更名为“过失驾驶致死伤罪”。再如，集团强奸罪是《日本刑法典》2004年新设的罪名，但在2017年刑法典修正时被废止。

使用特别刑法与附属刑法来进行犯罪化是各国刑事立法的常见做法。仍以日本为例，为了保护儿童的生命、身体、性自由和健康心理，制定有《处罚有关儿童卖淫、儿童淫秽书刊行为以及有关保护儿童的法律》（1999年）和《有关防止虐待儿童等的法律》（2000年）；为了保护女性的身体、自由、名誉，制定有《有关防止配偶暴力以及保护被害人的法律》（2001年）和《规制纠缠等行为的法律》（2000年）；为了保护一般大众的生命、身体安全以及公共安宁，制定有《有关防止沙林等伤害人身的法律》（1995年）和《有关对大量滥杀无辜的团体进行规制的法律》（1999年）；为了保护平稳、健全的经济生活，制定有《有关有组织犯罪的处罚以及规制犯罪收益等的法律》（1999年）、《处罚有关出于威胁公众等的目的犯罪行为而提供资金等的法律》（1999年）和《防止犯罪收益移转的法律》（2007年）；为了保障器官移植的妥当性以及人的尊严和生命、身体安全，制定有《有关器官移植的法律》（1997年）和《有关规制克隆人技术的法律》（2000年）；为了保护正常的电信通信秩序，制定有《禁止非法联网行为的法律》（2000年）；为了保护个人隐私，制定有《有关防止通过提供隐私性画像记录等导致的被害的法律》（2014年）。另外，日本近几年来新制定的行政刑法（附属刑法）也增设了大量行政犯罪。例如，2004年重新制定的《不动产登记法》就规定了泄露秘密罪、提供虚伪的登记名义人确定情报罪、不正当取得登记识别情报罪、妨害检查罪等罪名与法定刑。

尤其值得注意的是，日本于2017年6月通过了《修改〈有关有组织犯罪的处罚以及规制犯罪收益等的法律〉等的一部分的法律》，并于2017年7月11日生效。这次修改实质上设立了所谓的“共谋罪”，并将其规定为《有关有组织犯罪的处罚以及规制犯罪收益等的法律》第6条之二。该条内容为：“（与恐怖主义集团及其他



有组织犯罪集团实施的实行准备行为相伴随的重大犯罪实行的计划) 第六条之二对于该当以下各号^①行为, 作为恐怖主义集团及其他有组织犯罪集团(在团体中, 指作为其结合关系基础的共同目的是实行附表三中所列犯罪的团体, 以下各项相同)之团体性活动, 二人以上计划通过以实行该行为的组织来实施的, 在参与该计划的任何一人根据计划实施了筹备资金或物品、预先勘查相关场所等为实行所计划的犯罪的准备行为之时, 处以该各号所规定的刑罚。但在着手实行前自首的, 减轻或者免除其刑。

一、附表四所列犯罪中, 规定了死刑或无期或者超过十年的长期惩役或者监禁的刑罚的, 处五年以下惩役或监禁。

二、附表四所列犯罪中, 规定了四年以上十年以下的长期惩役或者监禁的刑罚的, 处二年以下惩役或监禁。

2. 对于前项各号所列犯罪的行为, 以使恐怖主义集团及其他有组织犯罪集团获得不正当权益、或者维持或扩大恐怖主义集团及其他有组织犯罪集团的不正当权益为目的, 二人以上计划该行为的实施的, 在参与该计划的任何一人根据计划实施了筹备资金或物品、勘查相关场所等为实行所计划的犯罪的准备行为之时, 与前项相同……”

由于《日本刑法典》历来以处罚既遂犯为原则、处罚未遂犯为例外, 故对预备行为的处罚少之又少、慎之又慎。而该共谋罪的设立, 通过该法的法律附表三和附表四, 将规定在刑法典和各单行刑法、附属刑法中的 250 多个罪名作为该罪的处罚对象。这就远超出了刑法分则新罪设置的范畴, 而构成对刑法总则重大原则的大幅度修改, 其正面或负面价值均不容低估。

(二) 处罚的早期化

刑事立法活跃化的一个重要表现就是处罚的早期化或称为刑法保护的早期化。各国近年来的刑事立法大量增加了未遂犯、危险犯、预备罪的处罚规定, 逐渐使其由例外处罚类型变成常态处罚类型。

例如, 对于经济犯罪, 2001 年日本通过修改刑法对信用卡等支付用磁卡(尤其是电磁记录部分)给予了仅次于货币的严格保护。通过修改, 将不当取得磁卡信息等制作准备行为以及其制作过程中的未遂行为纳入了处罚范围。对于网络犯罪, 也对不当链接行为以及通过提供 ID、密码而助长不当链接的行为设置了处罚规定。此外, 在环境领域与生命科技领域, 为了防止子孙后代可能遭受到的巨大损害, 刑法也将现阶段侵害性并不十分明确的行为纳入了处罚范围。再者, 为了有效应对有组织犯罪、政治或宗教团体的犯罪行为, 刑法也都提前了介入的时期。^② 德国 2015 年

^① 日本法律中的“号”相当于我国法律的“项”。在日本, “号”的标志是汉字数字“一”、“二”等, 而款(日本称为“项”)则一般从第 2 款开始在每一段前面标注阿拉伯数字“2”、“3”等。

^② [日]井田良:《讲义刑法学·总论》, 有斐阁 2008 年版, 第 23 页。