

文章编号: !%/ ' 0 *#\$(#\$/) \$* \$! / ' ' α (\$!!)

共犯教义学中的德日经验与中国现实

——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考

阎二鹏

(海南大学法学院,海南 海口 */\$##())

〔摘 要〕 正犯概念之教义学功能在于解决犯罪参与者构成要件符合性之问题,主犯概念的教义学功能则在于量刑。我国关于共犯之刑事立法具有多重解释的空间,单一制抑或区分制的解释结论都不违背现行立法;以重要作用说与行为支配论为代表之当今德日学理上正犯概念的实质化倾向,使得正犯概念的教义学功能发生了异化,不仅面临体系内部逻辑自洽的难题,亦暴露出以德日为代表的区分制立法模式之弊端;在限制正犯概念立场下,通过对正犯进行形式化之解读,建构正犯、主犯分离体系,不仅合乎现行立法之规定,亦可确保正犯、主犯各自之教义学功能的独立。

〔关键词〕 正犯;限制正犯;主犯;中国主体性

) E73.0?3: ID@ ALBRP0;@ LM QHJ0;) B?@HP RD@ BL;B@>R LM M=;BR0L; OK RL KL?Y@ RD@ >PL8?@Q LM BP0Q@ >HPR0B0>H;R BLQ>?0H;B@ @?@Q@;RK , RD@ >P0;B0>H? BL;B@>R LM AL)QHROBK M=;BR0L; ?0@K 0; RD@ K@;R@;B0;) , 1D0;HK BP0Q0;H? ?@)OK?HROL; H8L=R RD@ HBBLQC >?0B@ DHK Q=?RO>?@ @7>?H;HROL; K>HB@ , @7>?H0; RD@ BL;B?=K0L; LM =;ORHPS LP AOKRO;)=OKD KSKR@Q AQA ;LR A@

收稿日期: #\$/ % 0 ! \$ 0 ! *

作者简介: 阎二鹏(!"/ / !) ,男,山西晋城人,海南大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

30
31
32

古代法...
...罪人,这里...
...不过,在以构成要件...
...大旗下,符合刑法罪刑规范之...
...系下亦因应被解读为构成要件该当、
...同时,基于“责任的个别性”原则
...之责任判断与单独犯罪无异,故正犯
...不法构成要件之人。而具体罪刑规
...件的检验,在直接实现构成要件之单
...不存在障碍,但在通过他人间接实现
...犯罪情形下不免发生疑问。正是对
...解读,形成了限制正犯概念与扩张正
...教义学立场:前者将亲自实施刑法分
...之人视为正犯,而对于构成要件的实
...关系,而非亲自实施者,不能称为正
...。相应的,在规范层面,正犯因其直
...构成要件而获得处罚之实定法根据,
...于他人所实施之法益侵害行为,若
...则必须另设处罚之根据,如此,刑法
...之规定即成为“扩张刑罚事由”^②。
...共犯处罚之实质根据出发对“扩张
...性进行说明,从而形成了“之所以
...其与他人所引起的法益侵害之间具
...“因果共犯论”之主张。^{(#)#//} 尽管共
...之间同样具备因果关系,但由于其
...侵害结果之形式性差别意味着其
...正犯的主行为,始足以成立%,^{(5)!!}
...原理。通过上述学理阐释,在“限制
...与共犯并非居于同一层次,正犯成
...概念”^③这样的观念成为共识,而限
...可归结为以正犯为中心之教义学
...犯概念)则认为,亲自实施构成要
...构成要件之人如教唆犯、帮助

...解读更
...助...要件的行为方
...正犯...之间不存在从属性
...刑法在规范的评价上,仅具有一个
...的概念...与区分制相类比的话,
...“相当...之下正犯与共犯的

短暂。我国刑法并未对我国境内共同犯罪之规定并未体现其独特的立法传统^[(10)]。现行刑法是古代刑法中“首从”之另一种话语。正犯之教义学功能在于通过“构成要件解释建构犯罪参与者的刑罚资格即那么,主犯之教义学功能则着眼于量刑之需要。我国共犯之立法传统人之定罪视为特别重要之课题,从上面可以看出,历代律典对共同犯罪之规

务均是对共同犯罪人如何量刑,现代秉承了此传统:从现行刑法“共同犯罪”来看,总计六个条文中除第25条关于共同犯罪之定义外,其余5个条文是关于主犯的认定及其刑事责任的规定,尽管第26条进行了规定,但很明显从条文表述来看如何对其进行处罚。

我国共犯立法传统上“重刑轻罪”观念刑法学者将德日等大陆法系国家共犯体系读为“分工分类法”之下的共犯体系,立法体例则相应的被归结为“以作用分类法为主,分工分类法为辅”的共犯体系,即分工对共同犯罪人予以分类,按照此分类将共同犯罪人分为两类,即一类为主犯,另一类为教唆犯。^[(11)]此一解释结论,我国共犯立法体系既不同于区分制亦有别于作用分类法,“分工分类法有利于定罪,作用分类法有利于量刑”的认知下,我国共犯立法体系则兼具作用分类法之优势,因而更具合理性。笔者解释结论,也不认为我国共犯立法体系兼具作用分类法之优势,但其原因

在于我国刑法并未对共同犯罪参与者类型进行明确区分,其分类标准过于简单,其分类标准在直接实现构成要件的行为与间接实现构成要件的行为做本质的区分,以此行为行为之定型性与非定型性,进而契合共同犯罪之刚性原则。我国共犯立法体系之所

根。反观以主犯

论证上,教唆自杀、帮助自杀行为,提出“因为行为人教唆行为或帮助行为与被害人死亡有因果关系,主观上有使他人死亡之故意或放任死亡发生”,是对他人生命权利的侵犯,应以故意杀人罪论处^[(12)]。但分工分类法所谓定罪的优势正是通过“限制正犯概念”来实现的,主观故意与因果关系之认定不能取代行为“构成要件符合性”之判断,而教唆自杀、帮助自杀行为本身并不符合刑法分则故意杀人罪之构成要件,传统学者仅以主观上的故意与客观上和法益侵害结果之间的因果关系作为犯罪参与行为的入罪理由很明显是扩张正犯概念的思路。此一思维之形成如果不是立法规定本身所导致,那就是解释者的解释立场的错位。

目前,多数刑法学者并未接受上述传统学者的解释结论,而是在以德日为代表的共犯教义学知识渗透下,将我国共犯体系之归属的解读因应从区分制与单一制两种路径上展开,且无论是主张二元参与体系抑或一元参与体系的学者,除个别学者明确从立法论的视角提出共犯体系之建构主张,绝大多数均是从解释论的视角出发对现行共犯体系进行合目的之解释,但却形成了不同的解释结论:例如,同样从《刑法》第25条“共同犯罪是指二人以上故意犯罪”的法条表述出发,既有学者据此认为,所有参与犯罪或为犯罪创造条件的人,都是共同犯罪人,进而得出我国共犯立法属于单一制之结论,^[(13)]亦有学者将该条理解为“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”,并未否认共同犯罪是一种违法形态,进而契入共犯从属性原则的结论。^[(14)]又如,基于《刑法》第27条第1款“被教唆者没有犯被教唆的罪,对教唆者可以从轻或者减轻处罚”之规定,既有学者据此认为我国共犯立法确立了共犯从属性说之观点,进而将我国共犯立法理解为单一制,^[(15)]亦有学者指出,此条并未规定教唆犯之处罚规定,而其处罚根据仍应参照正犯之处罚规定,进而契入共犯从属性之原理。

造成上述学理争议的原因或许只能归咎于立法不明确,但也恰恰表明,我国现行之共犯立法与区

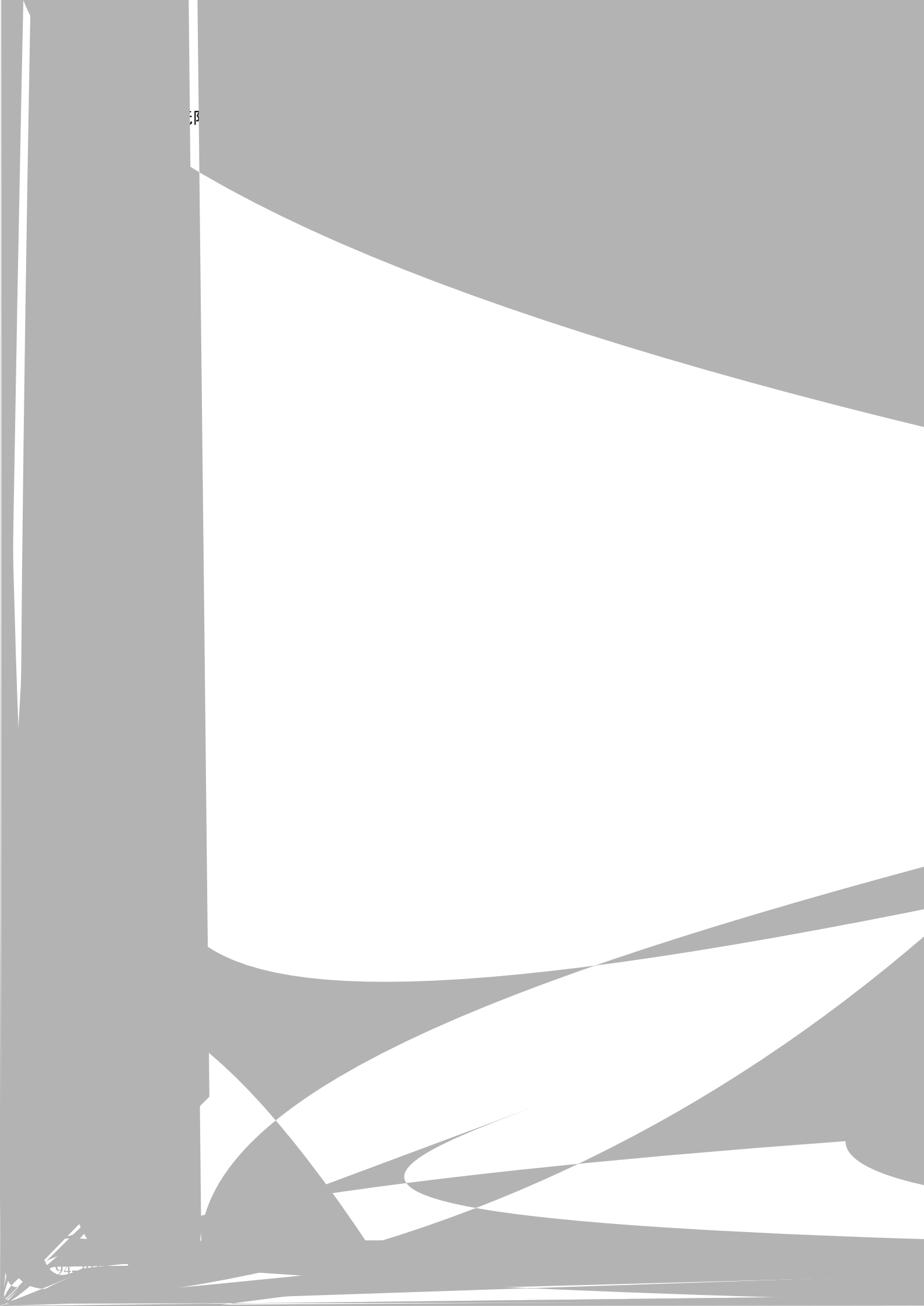
分制抑或单一制的立法例存在明显不同,这两种犯罪参与体系可能都无法合理说明我国共犯之立法现实。究其本质,以主犯为中心的立法传统缺少对定罪观念的足够重视,亦无法在立法中衍生出“正犯”的概念,构成要件符合性等观念更无从谈起。但从另一方面看,立法的不明确抑或缺失,亦可能为解释者提供足够的解释空间,我国刑法有关共同犯罪的规定,的确存在多种解释的可能^{〔1〕}。区分制抑或单一制之逻辑主张都难言为我国立法所排斥,究竟解释为区分制抑或单一制最终取决于解释者的基本立场。

%

£,
Ø

£-
1â

体的



者满足了正犯判断之形式标准,而幕后组织者则满足了正犯判断的实质标准,两种标准同时适用的结果便是,正犯也可以仅仅是一个随时被替换的部分零件而已,这与实质正犯概念所建构之“正犯是犯罪过程中的‘核心人物’”的前提明显相悖。

由上可见,正犯概念的实质化已经使得正犯概念偏离了其原始之教义学功能,在形式化与实质化之间摇摆不定的状态下,大陆法系共犯教义学体系已经成为杂糅自然与规范的“异类”,此一“异化”过程固然与大陆法系刑法教义学由存在论向规范论、由自然主义向机能主义转型的宏观时代背景密不可分,但同时亦暴露出德日区分制立法模式之弊端,硬性将参与类型与参与程度两个概念糅合到一起,其造成的后果是,客观上为了照顾到对具体案件判决的刑罚裁量不至于失衡,不得不以扭曲参与形式之间的界限为代价,⁽⁵¹⁾最终导致限制正犯概念的立场的崩溃。在此一基本认知下,反观我国学者所提出的“主犯正犯化”之主张显然是忽视了正犯概念实质化所暗含之逻辑悖论,亦对区分制立法模式之弊端缺乏必要之认识,如果说借鉴德日共犯教义学知识体系是一种共识的话,那么,上述主张显然是取其糟粕。

三、正犯、主犯概念之回归——共犯教义学的中国范式

以主犯为中心的我国共犯体系固然通过主从作用这一最为实质之标准实现了对共同犯罪人量刑上的均衡,但在定罪问题上的空白辅之以传统的平面的犯罪论体系势必难以发展出精致的教义学知识体系^①。鉴于德日为代表的区分制立法模式之固有弊端,笔者不主张全面移植区分制共犯立法模式,但对其合理内核则必须予以承认。显然,围绕构成要件符合性之问题所形成的正犯概念是大陆法系共犯教义学的精髓,在我国共犯立法存在多种解释的可能之前提下,将正犯概念契入其中,以补强我国共犯立法及教义学研究中的短板或许才是最理性之思考。

(一) 正犯契入之前提廓清

1. 区分制与单一制争点厘定

区分制与单一制立法模式之优劣比较历来是大陆法系刑法学者论争之焦点,而从学理论争的现状来看,区分制立法模式毫无疑问获得了最多学者的支持,德日等典型之区分制立法国家自不必说,即使在单一制立法例之下,亦衍生出区分犯罪参与类型之机能性单一正犯体系^②,以迎合“确保构成要件明确性,保障罪刑法定原则”之形式要求。反观单一正犯体系的思想形成至今,来自区分制视野下的责难亦从未

停止过。不同之学者对单一制模式之批判意见虽说法各异,但仍有规律可循,大体上可从宏观层面和微观层面两个维度窥其全貌:^(5#)“宏观层面上对单一制之指责主要集中在‘与法治国的思想相冲突’‘导致行为人刑法’‘不区分正犯、共犯有违一般社会通念’‘导致处罚范围不当扩大’等;相应之微观层面的批判意见则围绕‘无法为身份犯、亲手犯之犯罪参与行为提供合理之解释根据’‘导致量刑粗糙化’等方面展开。不得不说,来自区分制的支持者对单一正犯体系的上述批驳意见,有些是对单一正犯体系的误读,例如对单一正犯体系导致行为人刑法之批判,且不说行为入法与行为刑法之内涵原本就含混不清,学理上远未达成共识,即便是从单一正犯体系的支持者来看,亦没有突破‘犯罪是行为’这样的前提,故此,‘当今统一正犯体系与区分制两派对立已经不能再以往的主观主义与客观主义图式化模式加以理解’,^{(%)!!}单一正犯体系与行为刑法并不矛盾,毋宁说,区分制与单一制完全可能是客观主义阵营内部的理论分歧;还有的批驳意见则明显是站在区分制的立场下的责难,例如‘不区分正犯、共犯有违社会一般通念’之说法,早有区分制的学者将正犯与共犯视为一种先验之存在^③,此一主张显然来自于自然意义之观察,即亲自杀人与教唆杀人、帮助杀人在外观自然形态上就有差别。事实上,法律概念不是天生的,而是人所制造出来作为价值判断的工具,^{(1!)(\$#}所以,所谓正犯抑或共犯之概念本就是人们价值判断后的产物,以一种先验之存在作为概念成立之绝对标准在方法论上即有疑问。更为关键的问题是,区分制之学者一方面讲‘先验’自然,另一方面却通过前述‘实质正犯概念’将正犯概念实质化,理论体系之自治性已不复存在;除此之外,学理上提及之‘单一正犯体系导致处罚范围扩大’之命题,似乎也不成立。主张区分制的学者认为,单一正犯体系与共犯从属性原则相冲突,故会导致普遍处罚共犯的未遂。但仅仅

① 由于“正犯概念之欠缺”不仅使我国传统共犯教义学知识体系内容单薄、解释力匮乏,亦对司法实践中的诸多复杂、疑难问题无能为力。我国认定共同犯罪的传统方法之弊端详见张明楷《共同犯罪的认定方法》,《法学研究》2011年第5期。

② 学理上公认,《奥地利刑法典》中将正犯类型化为直接正犯、诱发正犯、援助正犯,因而与形式性的单一正犯体系有别,被归属为“机能性的单一正犯体系”,参见江溯《单一正犯体系研究》。

③

该

的教
立法例如《
定“援助正犯(帮助
是否处罚共犯的未遂并不能
制之标准,单一正犯体系扩大处罚范
立。而所谓单一正犯体系“导致量
为身份犯、亲手犯之犯罪参与行为
根据”亦不同程度的呈现出上述问
逻辑过滤,单一制所面临之最关键的
上归结为“使通过对构成要件的严
罪成立范围的刑法的‘法治国家机
正的发挥,因此,与法治国家的思

立场的本土化选择
正犯概念是区分制与单一制立法模
犯立法例尽管在立法模式上迥然有
心思考均是围绕正犯之认定展开
区分制抑或单一制立法模式之优劣
判断。限制正犯概念与扩张正犯
上接受为两种立法例之基本立场,
之优劣比较亦应从限制正犯概念与
利弊比较展开:限制正犯概念立场有
原则是区分制学者的共识,此一共
在于,在限制正犯概念下直接实现
实现构成两种行为样态不仅是自然、
在规范意义上,代表两种不同之
构成要件符合性样态上的差别,通过
实现了构成要件与实行行为的类型
、扩张正犯概念是否必然破坏构成
型性呢?在罪刑法定原则之下,
必须是通过构成要件所规定的行
这句话也只能推导出刑法所处罚的
‘亲手犯’的人,而不是仅限于‘亲

罪人均
要件思维贯彻到极
行为(如帮助等)行为在内”
思维当然是成立的。但问题是,在
看来,认定正犯的根据,不是行为侵
殊方式,对法律保护的特定
对犯罪参与

成要件
此种双重价值取向是
的学者只能依据各自之本土资
价值取向之间做出侧重点之选择。如果说,德
法系国家刑法教义学从19世纪自然主义之概念法学
向20世纪目的法学、利益法学、社会学法学等反自然
主义概念法学转型构成其特殊的时代背景的
话,⁽⁵⁾那么,可以说,在共犯教义学中通过对诸概
念进行规范、价值之把握进而推崇正犯概念的实质化
甚至是转向扩张正犯概念立场则正是此一时代背景
的产物。反观我国当下之司法现状,罪刑法定原则
尚停留在法条上,罪刑法定的司法化尚待努力,^(5/)
坚持罪刑法定所蕴涵之形式理性优先,坚持构成要件
之形式主义理念以实现刑法的人权保障机能或许才
是当务之急。以此作为时代背景,对于当下我国的共
犯教义学之前提立场而言,限制正犯概念无疑是妥适
的立场选择。

(二) 正犯与主犯共存之路径

1. 定罪与量刑体系之分离

无疑义的是,共同犯罪之立法以解决共同犯罪人
之定罪与量刑为依归,但在确定犯罪参与者是主犯还
是从犯之前,必须先确定共同犯罪的性质,而离开以
构成要件符合性为核心之“正犯”概念,这样的目的
就不可能实现。很显然,以主犯为中心的我国共犯立
法体系局限于对参与者的量刑问题,但针对定罪
能为力。由于立法中并未确立“正犯”概念加之司
法实务中“以正犯为中心认定共同犯罪”观念的缺
失,从法理上不得不从共同犯罪人之行为整体出
发确定共同犯罪的性质。这样的定罪思维在参与者

① 国内学者亦有类似之论述,如刘明祥教授直言“单一正犯体系有利于定罪”,即是指单一正犯体系有利于避免“共同犯罪”概念的模糊性。刘明祥,《论中国特色的犯罪参与体系》,《中国法学》2010年第3期。
② 由此也可以看出,限制正犯概念在“构成要件明确性”的同时,必然要求“刑法中存在漏洞,恰恰是罪刑法定原则所要求的。法律漏洞应由谁来填补”(《法治周末》2011年1月10日),申言之,着重罪刑法定原则要求天然的会导致处罚漏洞,但这也正是罪刑法定原则应有之义。

无分工的简单共同犯罪(共同正犯) 的场合或许仍然成立，

些参与人的行为 %⁽⁵⁾ 而因果共犯论又认为共犯之处
罚根据与正犯一样是因为其行为与法益侵害结果之
间存在因果关系 ,故因果关系为整个犯罪参与者入罪
的下限 ,在确定法益侵害结果归责范围的前提下 ,各
参与者刑罚之轻重根本不是依赖于因果关系程度这
一个因素所决定。纵观当今区分制国家的立法例中 ,
对于教唆与帮助这两种狭义共犯规定了不同之处
罚规定 ,这也从一个侧面可以看出所谓狭义共犯较之
正犯的因果力更弱的说法并不成立。总之 ,将犯罪参
与者之行为类型与违法性程度挂钩进而影响其量刑
的“一体化”思路不仅面临逻辑上的困境 ,亦无法兼
顾立法与现实本身 ,并不足取。

其二 ,与国外学者不同 ,

新·
刑法总论()
德国刑法学中的犯罪
三犯体系与正犯概念研究()
走向共犯的教义学 !!! 一个学术史的
斯·金德霍伊泽尔+ 刑法总论教科书(\) + 蔡
论常识主义刑法观(T) + 法制与社会发展 # \$! ! (!) : (# 0
共犯论中的直接 !!! 间接模式之批判(T) + 法律科学 # \$! ' (*) : * / 0 %
论间接正犯概念的消解(T) + 法学论坛 # \$! ! (') : % * 0 / # +
变动中的刑法思想(\) + 北京: 中国政法大学出版社 # \$ \$ +
论一正犯体系评估(T) + 国家检察官学院学报 # \$! \$ (5) : ((0 " * +
犯罪参与体系之比较研究与路径选择(\) + 北京: 法律出版社 # \$! ' +
共同正犯研究(\) + 武汉: 武汉大学出版社 # \$ \$ ' +
论间接正犯概念内涵的演变(\) 22 陈兴良+ 刑事法评论 # \$ \$ / (# !) : * ! 0 / * +
奥·帕多瓦尼+ 意大利刑法学原理(注评版 * \) + 陈忠林, 译 F 北京: 中国人民大学出版社 # \$ \$ ' +
春夫+ 犯罪实行行为论(\) + 戴波, 江湖, 译+ 北京: 北京大学出版社 # \$ \$ % +
成要件论: 从贝林到特拉伊宁(T) + 比较法研究 # \$! ! (') : / ! 0 (' +
正犯的观念(T) + 人民检察 # \$! \$ (/) : % 0 ! \$ +
论犯罪是违法形态(T) + 人民检察 # \$! \$ (! 5) : * 0 ! ! +
阶层区分制下正犯与共犯的区分(T) + 法学研究 # \$! # (!) : ! # % 0 ! ' 5 +
论+ 刑法总论(\) + 全力其, 何力, 译+ 北京: 法律出版社 # \$ \$! +
殷+ 法哲学(\) + 林荣远, 译+ 北京: 华夏出版社 # \$ \$ # +
论共同正犯的理论误区及其原因(T) + 法学 # \$! # (! !) : ! \$ \$ 0 ! ! ! +
国人文社会科学的近期走向(T) + 清华大学学报(哲学社会科学版) # \$! ! , (#) : * 0 ! / +
法知识的教义学化(T) + 法学研究 # \$! ! (%) : # / 0 5 \$
法教义学研究的主体性(T) + 法学研究 # \$! * (#) : ' # 0 * * +

(本文责任编辑 付玉明)