

文章编号: 1674-5205(2017)05-0174-(011)

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 570228)

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

Abstract: The doctrine of making clear the concept of function is to solve the problem of crime participant compliance elements, the principal concept of dogmatics function lies in the sentencing, China's criminal legislation about the accomplice has multiple explanation space, explain the conclusion of unitary or distinguish system did not deviate from the current legislation. As an important role and behavior control theory as the representative of the German and Japanese theories on the concept of criminal essence tendency, the concept of alienation makes the principal doctrinal function, not only faces the problem of system of internal logic self consistent, also reveals the distinction between system and legislative model of malpractice. In the restrictive concept of actor perspective, by interpreting the formalization of principal, principal, principal construction of separation system, not only accord with current legislative regulation, but also to ensure that the principal, the principal of their doctrinal function independently.

Key Words: principal; the principal limitation; perpetrator; Chinese subjectivity

中图分类号: DF61 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2017.05.017

在“刑法知识去苏俄化”的今天, 刑法学研究言必及德日的现象似乎成为一种共识, 共犯论领域则尤为典型。时至今日, 德日共犯教义学中的诸多命题如限制正犯概念、共谋共同正犯概念、行为支配论等逐渐成为我国共犯论研究中的信条被继受。一方面, 通过德日等诸多共犯教义学知识的移植过程, 不仅可以习得一些具有“普适性”的法学思想精髓, 亦可以丰富我国共犯教义学知识体系, 但另一方面, 这种“拿来主义”的分析路径亦可能伴随既有之域外理论模型与中国立法、时代背景存在偏差, 进而引发其是否与“本土资源”相协调, 是否会遮蔽中国经验, 忽视中国问题的特殊性⁽¹⁾的危机。毫无疑问, 正犯与主犯分别构成以正犯为中心的德日犯罪参与体系与以主

犯为中心的我国共犯体系的核心, 故厘清正犯与主犯之关系, 不仅可管窥各国共犯立法、学理上的诸多分歧, 亦是建构中国范式的共犯教义学之前提。

一、前提厘清——正犯、主犯之教义学功能定位

正犯与主犯可谓德日等大陆法系国家与我国共犯立法及教义学中最具代表性之概念, 亦成为德日为代表之犯罪参与立法与我国之标志性区别。如果说共犯论乃“刑法学中最黑暗、混乱和令人绝望之章”之现象描述于大陆法系及我国刑事法理一体适用的话, 那么, 某种程度上正是由于对正犯、主犯这一对概念的教义学功能定位存在认识偏差所致, 正犯、主犯之教义学功能定位应为犯罪参与体系研讨之前提。

(一) 以正犯为中心的德日犯罪参与体系

作为德日共犯教义学体系普世性命题的归结, 正犯概念莫属, 当今大陆法系共犯论领域, 无论是主

收稿日期: 2016-10-15

作者简介: 阎二鹏(1977—), 男, 山西晋城人, 海南大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。

张一元抑或二元犯罪参与体系之学者,无不以正犯概念作为其体系建构之基点。“正犯”概念虽是由日本刑法学者将德语中的 TÄTERSCHAFT 一词翻译而来,但明显是受到我国古代法律中“正条”概念之启发,意指“触犯正条的犯罪人,这里的正条,即刑法中的罪刑式条文”^①。只不过,在以构成要件为核心所建立的罪刑法定原则大旗下,符合刑法罪刑规范之行为在阶层之犯罪论体系下亦因应被解读为构成要件该当、违法、有责之行为,同时,基于“责任的个别性”原则之要求使得正犯之责任判断与单独犯罪无异,故正犯乃指行为该当于不法构成要件之人。而具体罪刑规范之不法构成要件的检验,在直接实现构成要件之单独犯罪的场合并不存在障碍,但在通过他人间接实现构成要件的共同犯罪情形下不免发生疑问。正是对于此基本问题之解读,形成了限制正犯概念与扩张正犯概念两种基本教义学立场:前者将亲自实施刑法分则构成要件行为之人视为正犯,而对于构成要件的实现仅仅具有因果关系,而非亲自实施者,不能称为正犯,只能视为共犯。相应的,在规范层面,正犯因其直接符合刑法分则构成要件而获得处罚之实定法根据,共犯则是“借助”于他人所实施之法定侵害行为,若要对之进行处罚,则必须另设处罚之根据,如此,刑法总则关于共同犯罪之规定即成为“扩张刑罚事由”^②。学理上亦因应从共犯处罚之实质根据出发对“扩张刑罚事由”的正当性进行说明,从而形成了“之所以处罚共犯,就在于其与他人所引起的法定侵害之间具有因果性”的所谓“因果共犯论”之主张。⁽²⁾²⁷⁷ 尽管共犯与法定侵害结果之间同样具备因果关系,但由于其与正犯实现法定侵害结果之形式性差别意味着其“必须依存于一个正犯的主行为,始足以成立”,⁽³⁾¹⁷ 此即共犯从属性原理。通过上述学理阐释,在“限制正犯立场下,正犯与共犯并非居于同一层次,正犯成为先行于共犯之概念”^③这样的观念成为共识,而限制正犯概念体系亦可归结为以正犯为中心之教义学体系;后者(扩张正犯概念)则认为,亲自实施构成要件之人与利用他人实施构成要件之人如教唆犯、帮助犯,在与法定侵害结果具备因果关系这一点上并无差别,故从确认刑法评价主体资格的角度看,都是“正犯”^④。较之限制正犯立场,扩张正犯概念的解读更为实质化,教唆、帮助等间接实现构成要件的行为方式在规范意义上与正犯一样,两者之间不存在从属性之问题。换言之,刑法在规范的评价上,仅具有一个单一的行为主体的概念,如果与区分制相类比的话,单一制下的正犯“相当于区分制之下正犯与共犯的上位概念”。⁽⁴⁾

以限制正犯概念与扩张正犯概念为基本立场所形成之区分制与单一制之立法例成为当今大陆法系国家犯罪参与立法的典型代表^⑤,当然“无论采取哪一种犯罪参与体系,都只是一个表象而已,在两种体系背后均存在根本的核心思考”,⁽⁵⁾¹³⁹ 通过上述学术梳理,可以得知,无论区分制抑或单一制立法,其赖以建构之逻辑前提均为正犯概念,此一概念提出之原初意义在于确定犯罪参与者之刑罚资格或地位,在大陆法系刑法语境下,正犯概念的教义学功能就是在解决不法构成要件该当性之问题,而大陆法系共犯教义学所建构之基本命题如共犯从属性原则亦由此演化而来,故此,“认为共犯论问题归根结底是个构成要件论问题,或许是至当之言”。⁽⁶⁾¹¹

(二) 以主犯为中心的我国共犯体系

如果说德日等大陆法系犯罪参与体系是以正犯为中心的,那么,我国共犯论体系就是以主犯为中心的,正犯与主犯分别构成德日与我国共犯论体系之核心概念。

我国现行刑法没有正犯的概念,相反,在立法中按照共同犯罪人所起的作用划分共犯人类型的做法则具有相当悠久的历史。从距今四千年前的《尚书·胤征》中所记载的“歼厥渠魁,胁从罔治”已见首恶与胁从之界分端倪,及至封建刑法的集大成者《唐律》中“诸共犯者,造意者为首,随从者减一等”之区分首从之规定,以及《唐律疏议》中“共犯罪者,谓二人以上共犯,以造意为首,余并为从”的关于共同犯罪之解释最终成为主导中国古代共犯刑事立法的经

① 参见陈兴良《本体刑法学》,商务印书馆2004年版,第520页。由此亦可以看出,正犯这一概念之产生其根本之出发点是围绕何谓触犯刑法罪刑规范之真正犯罪人这样的问题,我国台湾地区学者将德语中的正犯一词译为犯罪人、行为人等说法亦是出于如此之缘由。

② 参见 Jescheck, AT5, § 61 III (S. 648); Samson, SK22, 1993, 25/3; Roxin, LK11, 1993, Vor25/12; Schönke, 1991, Vor25/6. 转引自许玉秀《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第569页。

③ 学理上亦有“正犯属于‘一次责任类型’,而共犯归属为‘二次责任类型’”之相似表述。参见〔日〕山口厚《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第310页。

④ Eb. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Frank - FG II, 1969, S. 106, 117ff. 转引自许玉秀《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第570-571页。

⑤ 有必要说明的是,学理上亦存在通过扩张正犯概念解释区分立法例的主张,此一立场下,刑法总则中关于狭义共犯之规定被视为“减轻刑罚之规定”。参见黄荣坚《基础刑法学》,元照出版有限公司2006年版,第803页。很明显,此一解读与多数区分制国家的立法本身存在抵触,故只具有历史沿革之意义。而学理上与为区分制之下的上述扩张正犯概念立场相区别,遂提出“单一正犯概念”以与单一制立法模式对应,究其根本,“可以说它(扩张正犯概念——引者注)与以参与者的自立性答责为基础原理的统一正犯原理立足于共通的基础”。〔日〕高桥则夫《共犯体系与共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第13页。

典模式。⁽⁷⁾³ 尽管清末修律过程中公布的《大清新刑律》及新中国成立之后的《中华人民共和国刑法大纲草案》(1950年)、《中华人民共和国刑法草案》(1957年)等立法文件中短暂的出现过“正犯”之规定,但也只是昙花一现,并未对我国现行刑事立法构成实质影响,“我国现行共同犯罪之规定并未从根本上改变‘共犯罪首从’的立法传统”,⁽⁸⁾²²² 现行刑法中主犯、从犯的确立只是古代刑法中“首从”之另一种话语表述。如果说正犯之教义学功能在于通过“构成要件该当性”的解释建构犯罪参与者的刑罚资格即其定罪资格的话,那么,主犯之教义学功能则着眼于共同犯罪人合理量刑之需要。我国共犯之立法传统并未将共同犯罪人之定罪视为特别重要之课题,从上述立法史的梳理可以看出,历代律典对共同犯罪之规定,其最重要之任务均是对共同犯罪人如何量刑,现行刑法之规定亦秉承了此传统:从现行刑法“共同犯罪”一节的规定来看,总计六个条文中除第25条关于共同犯罪概念之规定外,其余5个条文是关于主犯、从犯、胁从犯的认定及其刑事责任的规定,尽管第29条对教唆犯进行了规定,但很明显从条文表述来看,立法重点在于如何对其进行处罚。

正是由于我国共犯立法传统上“重刑轻罪”观念的事实存在,传统刑法学者将德日等大陆法系国家共犯之立法体例解读为“分工分类法”之下的共犯体系,而我国共犯之立法体例则相应的被归结为“以作用分类法为主,以分工分类法为辅”的共犯体系,即以作用为主兼顾分工对共同犯罪人予以分类,按照此种分类方法划分出两类四种共同犯罪人,即一类为主犯、从犯、胁从犯,另一类为教唆犯。⁽⁹⁾¹⁸⁸ 此一解释结论意味着,我国共犯立法体系既不同于区分制亦有别于单一制,同时在“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分工分类与作用分类之优势,因而更具合理性。笔者并不认同上述解释结论,也不认为我国共犯立法体系结合了分工分类法与作用分类法之优势,但其原因不仅仅是部分学者提出的“将教唆犯视为独立的共犯人种类导致共犯人分类逻辑规则的混乱”⁽¹⁰⁾²⁹² 之类的理由。如前文所述,限制正犯概念乃区分制共犯立法例建构之前提,按照分工分类法将犯罪参与者类型化为正犯与共犯绝非仅仅是分类标准那么简单,其背后所暗含之逻辑立场在于将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,以此实现构成要件、实行行为之类型性与定型性,进而契合罪刑法定原则之刚性需求,区分制的共犯体系之所以有利于定罪,其根本缘由即在于此。反观以主犯为

中心的我国共犯立法体系,作用分类法与共同犯罪人的行为类型无涉,更与构成要件符合性之判断无涉,故尽管在立法上也对犯罪参与者进行了类型化,但此种参与类型与正犯、共犯之参与类型绝不可同日而语。故即使认可我国共犯立法中确认了教唆犯这一犯罪参与类型,也不能将其与主犯、从犯并列。

由于对区分制共犯立法例之逻辑前提缺少必要的认识,传统刑法学者在对某些具体共犯问题的逻辑论证上亦使得其提出的所谓“优势”成为泡影:如对教唆自杀、帮助自杀行为的入罪根据,传统刑法学者提出“因为行为人教唆行为或者帮助行为与他人自杀死亡有因果关系,主观上有使他人死亡的故意(希望或放任死亡发生),是对他人生命权利的侵犯,应以故意杀人罪论处”,⁽¹¹⁾⁸¹² 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“共同犯罪是指两人以上故意犯罪”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,⁽⁴⁾ 亦有学者将该条文解释为“共同犯罪是指两人以上共同去故意犯罪”,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思考。⁽¹²⁾³⁴⁹ 又如,基于《刑法》第29条第2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明确否定了共犯从属性说之观点,进而将我国共犯立法解释为单一制,⁽¹³⁾ 亦有学者指出,此条款仅仅是教唆预备之处罚规定,而其处罚根据仅在于预备犯之法理中,与共犯从属性之原理无关。⁽¹⁴⁾

造成上述学理争议的原因或许只能归咎于立法的不明确,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”,^[15]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。

二、正犯、主犯内涵之趋同——比较视阈下的歧途

如上文所述,以主犯为中心的我国共犯立法模式在定罪问题上的空白恰为我国刑法学者提供了更多的解释空间。晚近以来,在向德日共犯教义学的知识转型过程中,为迎合从主犯为中心的共犯论体系到以正犯为中心的共犯论体系之建构,不断有学者主张对德日共犯教义学从宏观体系到微观概念全面移植,从而对我国既有之共犯论进行全面改造。类似“在我国现行共犯体系维持不变的情况下,对其研究必须采取以正犯而非我国主犯为中心的思维模式”^[16]之主张正成为学理上的主流,更有学者提出将我国刑法中的主犯解释为正犯,从犯解释为帮助犯,^{[12]405}抑或直接将正犯与主犯、帮助犯与从犯等置^[17]的逻辑主张。但德日刑法学理上所建构之共犯教义学原理既有被大陆法系刑法所广为接受之共识性命题,亦存在某些体系性弊病,对此,必须有清醒之认识。

(一) 正犯概念的实质化——逻辑诱因

德日共犯教义学中正犯概念的实质化,是我国刑法学者形成上述解释结论的直接诱因:限制正犯概念乃区分制立法例之基本立场,在此一基本立场下,正犯原本被界定为“亲自实施构成要件行为(实行行为)之人”,而共犯则是通过构成要件以外的行为参与构成要件实现的人,此一“形式客观理论”的标准乃是限制正犯概念之本意,遂成为最早被学理所接受的区分正犯与共犯的学说,嗣后学理上虽陆续提出如主观说、综合说等理论学说,但并未成为主流,客观化作为正犯理论的逻辑方向为学界所公认,只不过,在此维度内正犯概念正呈现出由形式向实质转变之态势。

“它(形式客观理论)虽然有无可争辩的明确性之优点,但这一点因与法条的僵硬联系的形式主义而付出太高的代价”,^{[18]783}目前学理上对形式客观说之责难大多如此。形式客观理论之下,未亲自实施构成要件行为者被排斥在正犯之外,故间接正犯及犯罪集

团的幕后组织者等只能作为共犯处罚,申言之,在共同犯罪过程中对整个法益侵害流程起支配作用的犯罪人无法被认定为正犯,从而有违一般之归责法则。为合理圆说上述难题,学理上抛弃了形式客观理论,转而从更为实质的角度提出所谓的“实质客观理论”用以界定正犯。实质客观理论并非一种具体之学说,其“只是一个泛称,意思是指从行为之实质支配作用的角度来论断犯罪参与人的刑事责任范围”,^{[19]829}此一理论内部又包含必要说、同时说、优势说和重要作用说、行为支配论等具体学术主张。其中,尤以重要作用说和行为支配论影响最大,两者亦分别成为当今日本及德国共犯学理上的通说:前者从犯罪参与者对共同犯罪结果的发生所起的作用这一实质角度出发,将对结果的发生起重要作用者归属为正犯,而判断是否起重要作用,则需要以共同者内部的地位、对实行行为加攻的有无、样态、程度等为标准;^{[20]491}后者在其理论内部仍存在诸多分歧,但罗克辛(Roxin)教授在学理上被公认为行为支配论之集大成者,其所倡导的多元犯罪支配论亦获得了多数学者的支持。“核心人物”是理解多元犯罪支配理论的关键词,无论何种犯罪类型之正犯均可统摄在此一关键词之下,申言之,正犯是实现符合行为构成的行为实施过程中的核心人物,而支配犯、义务犯与亲手犯分别依据“犯罪支配”、“义务违反”和“己手性”来构建核心人物之判断标准。^{[21]108}对于义务犯与亲手犯,大多数故意犯罪属于支配犯,即应由“犯罪支配”构成正犯判断具有决定性之要素,但犯罪支配的概念自提出伊始即面临“过于抽象性、规范性、多义性”的责难,^{[22]80}罗克辛(Roxin)教授虽将犯罪支配之内涵具体化为行为支配(Handlungsherrschaft)、意思支配(Willensherrschaft)与功能性支配(Funktionale Herrschaft),以便与直接正犯、间接正犯、共同正犯对应,但也不得不将其定位为“开放性概念”(offener Begriff),以使其具备更大的包容性。^{[23]32}通过重要作用说抑或行为支配论,德日等大陆法系共犯论体系终于“摆脱”了形式客观理论的束缚,间接正犯、共谋共同正犯等概念虽在成立范围上仍存有争议,但终于在实质化的正犯概念之下获得了一席之地。

若细加思索,重要作用说与行为支配论的基本内涵并无本质区别,两者均是以行为人在共同犯罪中的作用或者地位作为正犯成立与否的标准,所谓“在共同犯罪中起重要作用”与“在共同犯罪中的核心人物”之间基本是重合的,很明显,根据重要作用说抑或行为支配论所界定之正犯概念“在事实上便成了按照作用分工法所确定的主犯”,^[24]从而与我国刑法

中的主犯概念无限接近^①,同时亦为我国刑法学者将主犯与正犯等置提供了解释空间。

(二) 正犯概念实质化的逻辑悖论

如果说“我国共犯理论的发展在很大程度上受法条的制约”,⁽²⁵⁾那么,德日共犯教义学之形成亦如此,正犯概念从形式化到实质化之演变与区分制立法存在莫大关联。如前文所述,区分制共犯立法模式如果以限制正犯概念为基本立场,则正犯概念的教义学功能在于确立犯罪参与者之刑罚资格或者地位,所谓犯罪参与类型之确立原本就是解决构成要件该当性之问题,而与量刑无关。但在当今德日区分制立法例之下,正犯不仅是共同犯罪中的核心人物,亦构成其他犯罪参与者的量刑基准,换言之,正犯被赋予了定罪与量刑的双重功能,学理上亦随之形成了“不法程度上正犯最重,教唆次之,帮助最轻”⁽²⁶⁾⁴⁰²的教义学命题。正犯功能的异化不可避免的导致了以限制正犯概念为基本立场的共犯教义学内部的逻辑混乱。

一方面,实质正犯概念与限制正犯的基本立场向左。德日刑法学者一直认为,限制正犯概念将直接实现构成要件之行为类型与间接实现构成要件之行为类型进行区隔,一方面符合普通国民的一般的直观认识观念,如教唆杀人、帮助杀人与直接杀人者本来就存在本质区别,而“刑法是从生活常识主义、经验判断出发所做的一种理性的价值判断”,⁽²⁷⁾此即构成区分制下通过上述所谓“直接——间接模式”解构犯罪参与现象的原始动力;⁽²⁸⁾另一方面,更为重要的是,之所以将直接实现构成要件的行为类型与间接实现构成要件的行为类型进行区隔,其重要价值在于通过此一区隔维持构成要件的类型性、定性型,亦通过行为类型与构成要件符合性之对应关系实现了实行行为的类型性、定型性,最终为罪刑法定之实现提供保障,此亦构成区分制学者批判单一制理论的最重要理论武器。但在实质的正犯概念下,正犯之成立并不取决于其行为样态,重点在于对构成要件之实现具有何种作用,这就意味着,同样之行为类型是否构成正犯,与其构成要件符合性之判断无关,端视其在共同犯罪中是否处于支配地位,逻辑演绎之结论使得限制正犯概念的上述所谓优势完全化为乌有。而通过正犯概念的实质化所解决的形式客观理论下的“难题”亦付出了惨重代价,以间接正犯为例,在实质的正犯概念视阈下,间接正犯因获得支配地位固然属于正犯,但“既然经过实质化和规范化后直接还是间接充足构成要件均应同等对待,间接正犯就都是直接正犯,间接正犯的概念因此应当废弃”^②,间接正犯这一概念存在本身即成为限制正犯概念下无法圆说之难题。

与之类似之责难必然引发限制正犯立场下区分所谓的直接犯罪与间接犯罪之意义究竟为何。不仅如此,间接正犯之成立范围自最初之利用无责任能力者之单一情形已扩展至利用欠缺构成要件该当性、欠缺违法性甚至是利用有故意的工具之场合,间接正犯概念已从例外变为常态,⁽²⁹⁾在无法通过从属性原则论之以教唆犯、帮助犯之场合,通说便会通过间接正犯概念予以解释,但亦会衍生出“在不法程度比较轻的共犯的情形,都可以借用从属原则之名而否定其不法,如何到了不法程度比较重的间接正犯情形,反而从属原则又丧失其出罪功能”⁽¹⁹⁾⁸⁴¹等类似之疑惑。毋宁说,实质的正犯概念通过颠覆限制正犯概念基本立场的途径虽解决了部分问题,但却制造了更多的难题。

另一方面,所谓“实质的正犯概念”徘徊在形式与实质之间,即使在其理论体系内部亦未实现逻辑自治。实质的正犯概念意在突破限形式客观理论所导致的“机械、僵化”之弊病,但却并未将实质贯彻到底,时至今日,无论何种实质正犯理论仍坚持“亲自实施构成要件者恒属正犯”这样的观念,此亦被视为实质正犯概念仍坚持限制正犯概念立场之佐证。⁽¹⁷⁾但此一形式标准与实质正犯概念所追求之实质标准显然存有冲突,因为直接实施构成要件之人不一定就是在共同犯罪中处于支配地位者。如此认定正犯中的“双重标准”在所谓“正犯后的正犯”场合暴露无遗,“正犯后的正犯”概念的产生来源于对间接正犯成立范围之思考,典型之间接正犯中被利用者作为被支配的工具一般不构成犯罪,但少数例外情形下,被利用者之行为已经具备故意犯罪的全部要素,在此情形下,幕后利用者仍有成立间接正犯之可能,学理上将其作为间接正犯的例外形态冠之以“正犯后的正犯”的称谓。⁽³⁾²⁷“史塔辛斯基案”作为正犯后的正犯概念的适例被学界广泛讨论,该案之基本案情即情报人员史塔辛斯基受命于情报组织负责人的派遣将被害人杀死。⁽³⁰⁾按照罗克辛教授所首倡的“组织控制”原理,直接实施故意杀人行为之人无疑构成故意杀人罪之直接正犯,而下命令之情报组织负责人凭借国家机器在幕后控制整个事件,亦成立正犯,这是因为直接实行者在一个运行的国家机器(组织)中只是可以被随时替换的“螺丝钉”而已。⁽²¹⁾³⁸很显然,直接实行

① 之所以说“无限接近”,是因为重要作者说与行为支配论之下,仍坚持“亲自实施构成要件者恒属正犯”这样的观念,故与我国刑法中的主犯在内涵上有一定之出入。

② Schild. Täterschaft als Tatherrschaft. Berlin u. a: Walter de Gruyter, 1994. 转引自何庆仁《共犯论中的直接——间接模式之批判》载《法律科学》2014年第5期。

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”,⁽³¹⁾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:⁽³²⁾⁹⁸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,且不说行为人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用以往的主观主义与客观主义图式化模式加以理解”,⁽⁶⁾¹⁷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”,⁽¹⁹⁾⁸⁰²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》2014年第3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》,《刑事法评论》2009年第1期。

③ 例如日本学者所提及之“教唆犯或帮助犯是否与正犯(单独的或共同的)的性质完全相同,这不仅是个解释论的问题,而且也是个先于法律的、存在论性质的、即实体逻辑性质的问题”〔日〕小野清一郎《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社1991年版,第92页。

从区分制国家立法例来看,德国作为典型代表亦在其刑法典第30条明文规定“命令或者教唆他人实施重罪而未遂的,依该重罪的未遂论处”,此即意味着被教唆者未至犯罪的,教唆者仍有构成犯罪之可能。相反,在单一制国家立法例如《奥地利刑法典》第15条第2款却明确规定“援助正犯(帮助犯)的未遂不处罚”,由此看来,是否处罚共犯的未遂并不能成为区分单一制和区分制之标准,单一正犯体系扩大处罚范围的说法并不成立。而所谓单一正犯体系“导致量刑粗糙化”、“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”亦不同程度的呈现出上述问题。经过如上之逻辑过滤,单一制所面临之最关键的逻辑弱点被学理上归结为“使通过对构成要件的严格解释来限定犯罪成立范围的刑法的‘法治国家机能’不可能得到真正的发挥,因此,与法治国家的思想相矛盾”。⁽³³⁾³

2. 限制正犯立场的本土化选择

如前文所述,正犯概念是区分制与单一制立法模式之前提,两种共犯立法例尽管在立法模式上迥然有别,但其背后之核心思考均是围绕正犯之认定展开的,因此,对所谓区分制抑或单一制立法模式之优劣比较亦应循此路径判断。限制正犯概念与扩张正犯概念立场已被学理上接受为两种立法例之基本立场,故对两种立法例之优劣比较亦应从限制正犯概念与扩张正犯概念之利弊比较展开:限制正犯概念立场有利于贯彻罪刑法定原则是区分制学者的共识,此一共识形成之根本原因在于,在限制正犯概念下直接实现构成要件与间接实现构成两种行为样态不仅是自然、物理意义上之区别,在规范意义上,代表两种不同之犯罪参与类型在构成要件符合性样态上的差别,通过此种差别之设定实现了构成要件与实行行为的类型性与定型性。那么,扩张正犯概念是否必然破坏构成要件的类型性、定型性呢?“在罪刑法定原则之下,造成法益侵害结果必须是通过构成要件所规定的行为方式实施,但从这句话也只能推导出刑法所处罚的对象是‘实现法定构成要件’的人,而不是仅限于‘亲自’实施法定构成要件行为的人”,⁽³⁴⁾如此类似之逻辑论证亦被用来证明扩张正犯概念并不会破坏构成要件的确切性。⁽⁴⁾从最广义的范畴讲,所有犯罪人均是“实现法定构成要件的人”,将实质思维贯彻到极致,那么“构成要件行为包含教唆、帮助等行为在内”的扩张正犯概念思维当然是成立的。但问题是,“在扩张的正犯理论看来,认定正犯的根据,不是行为侵害某种利益的特殊方式,而是行为对法律保护的特定利益的危害”,⁽³⁵⁾²⁸⁰扩张正犯概念不对犯罪参与类型

进行区隔的缘由正是着眼于法益侵害这一点,也因此,犯罪参与行为入罪之根据必然只能求之于与法益侵害结果之因果关系这样的抽象原则,此一路径固然可以最大程度的避免处罚之漏洞^①,亦可简单明了的将所有需纳入犯罪圈之行为轻易入罪,但随之而来的问题便是模糊了构成要件之界限,进而引发与罪刑法定相悖之忧虑。申言之,扩张正犯概念立场在最大程度的发挥刑法的法益保护功能的同时,是以弱化“构成要件明确性”所指向之人权保障功能为代价的^②。此种双重价值取向之实现必无法做到完全均衡,不同的学者只能依据各自之本土资源、时代背景在两种价值取向之间做出侧重点之选择。如果说,德日等大陆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,⁽³⁶⁾²³²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”,⁽³⁷⁾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当的立场选择。

(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,但针对定罪则无能为力。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,导致在说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处罚漏洞。参见刘明祥《论中国特色的犯罪参与体系》,《中国法学》2013年第6期。

^② 由此也可以看出,限制正犯概念较之扩张正犯概念在坚持“构成要件明确性”的同时,必然面临可能出现处罚漏洞之难题,但“刑法中存在漏洞,恰恰是罪刑法定原则存在的理由”(邓子滨《法律漏洞应由谁来填补》,《法治周末》2014年4月16日),申言之,着重罪刑法定之形式要求天然的会导致处罚漏洞,但这也正是罪刑法定原则中应有之义。

无分工的简单共同犯罪(共同正犯) 的场合或许仍然成立,但是在复杂共同犯罪的场合就显得捉襟见肘。如甲邀约乙、丙、丁“教训”被害人,在犯罪现场甲直接殴打被害人,在被害人逃走时,乙绊倒被害人使甲及时追上继续进行伤害,而丙则负责望风的场合,整体的认定共同犯罪的思路先将甲乙丙之行为视为一个整体,才能将乙、丙之行为视为犯罪行为,但孤立来看,乙和丙之行为并不符合任何犯罪之构成要件,只有围绕正犯甲才能对乙和丙之犯罪性质进行正确的判定。换言之,在上述场合,首先必须确定正犯之犯罪性质,才能确立整个共同犯罪之性质,也只有以正犯为中心才能确立其他共犯之犯罪性质。不仅如此,在多人共同犯罪且不同参与者可能成立不同犯罪的场合,整体认定共同犯罪思维的缺陷更暴露无遗。如司法实践中向来争议颇大的非国有公司的工作人员甲与国有公司委派到该公司的国家工作人员乙各自利用其职务便利共同侵占该公司财物的情形,由于孤立来看,甲与乙之行为可能分别构成职务侵占罪与贪污罪,故如何确定共同犯罪的性质在整体的认定共同犯罪的思路下将成为无解的难题。而相关司法解释中“按照主犯的犯罪性质定罪”的观点不仅存在“倒果为因”式的颠覆罪刑关系的缺陷,且在不同身份者均为主犯的场合亦无法得出合理之结论。很显然,在以正犯为中心确立共同犯罪性质同时破除共同犯罪乃“共犯一罪”的前提下,上述案例中就甲行为而言是职务侵占罪的正犯,同时构成贪污罪之共犯,而乙则为贪污罪之正犯,职务侵占罪之共犯,即甲、乙的行为均同时构成了职务侵占罪与贪污罪,共同犯罪之性质亦随着正犯之性质不同而不同。凡此种种,说明“任何一个主犯或者从犯都必须是与刑法分则所规定的正犯有关联的主犯或从犯”,^[38]这既是刑法中罪刑关系之基本意旨,更是准确界定共同犯罪性质的保证。

如前文所述,既然我国现行共犯之立法规定仅仅解决了共犯人之量刑问题,而在“构成要件符合性”亦即定罪层面上的犯罪参与类型立法尚属空白,那么,通过将正犯概念契入我国共犯论体系在解释论上就是可行的。相较于德日等区分制国家立法例中将正犯之定罪与量刑功能进行“绑定”所引发之不良后果,我国共犯立法为解释论上建构定罪与量刑相区隔之共犯教义学体系提供了空间,亦为正犯与主犯各自之教义学功能的实现提供了可能。换言之,在当下以主犯为中心的共犯教义学体系下,应通过契入正犯概念,建构分别以正犯为中心之定罪体系和以主犯为中心的量刑体系,使正犯与主犯的概念共存其中,从而

克服区分制与单一制模式之弊端,形成一种既有别于区分制亦有别于单一制模式的符合我国时代背景与立法设计的教义学体系。

2. 正犯概念之纯化

在确立了以正犯为中心的定罪体系与以主犯为中心之量刑体系之后,选择何种正犯概念仍是必须直面之难题。笔者主张,在限制正犯概念作为基本立场的理论预设下,应将正犯概念纯化,还原其本来面目:正犯概念的实质化所导致的大陆法系共犯教义学体系的逻辑混乱已如前文所述,将此种正犯概念进行移植不仅会导致共犯教义内部逻辑无法自治之难题,亦必然会导致“正犯、教唆犯、帮助犯的区分与主犯、从犯的区分形成完全重叠的关系”,^{[10]292}最终使得正犯与主犯之教义学功能合二为一,重蹈区分制立法模式之“覆辙”。故在这一体系中,正犯概念必须形式化,即必须坚持正犯界定中的“形式客观理论”,将正犯、共犯之区别还原为一种行为类型之区别,并与其违法性程度做剥离,直接实现法益侵害和间接实现法益侵害仅在构成要件该当性之判断上存在差别,并不代表违法性程度之高低,一来还原限制正犯概念的基本立场达到体系内部的逻辑自治,二来确保正犯、主犯各自之教义学功能的独立。就此,有两点需要说明:

其一,在限制正犯立场下,正犯是直接充足了构成要件、直接侵害法益之人,而共犯则是间接充足构成要件、间接侵害法益之人,套用犯罪支配原理来解释则正犯为共同犯罪中的核心人物,而共犯则是边缘人物,与正犯相较,共犯是一种更弱的参与形式,这似乎意味着正犯与共犯对法益的侵害程度存在量差关系,故对直接导致法益侵害之人重罚,而对间接者则可以从轻处理成为自然之理。上述结论可谓存在论意义上的直观感觉,但就规范意义来看并非当然^①。一方面,不法与责任是建构阶层犯罪论体系之支柱,违法性的意义在于刑法对法益侵害行为的否定性评价,有责性的意义在于确立能否就法益侵害结果对行为人进行非难。而不法构成要件的设定正是表明刑法所禁止的行为类型,围绕构成要件符合性所形成的正犯、共犯概念,仅代表两者不法构成要件实现的形式差别,在表征刑法所禁止的行为类型层面不可能有量差关系存在。另一方面,以正犯为中心的共犯教义学体系确立了共同犯罪作为违法形态的共识,换言之,共同犯罪“所解决的问题是将违法事实归宿于哪

^① 学理上已有学者对共犯论中直接——间接模式这一基于直观认识观念下产物的合理性基础提出质疑。参见何庆仁《共犯论中的直接——间接模式之批判》,载《法律科学》2014年第5期。

些参与人的行为”。⁽³⁹⁾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,我国学者对形式客观理论的责难主要是其标准并不明确,即何种行为是符合基本构成要件的行为,何种行为是符合修正构成要件的教唆、帮助行为,往往难以确定,如望风行为究竟属于哪种行为类型,必然因人而异。⁽¹²⁾³⁵⁷与之类似之批判意见明显是受到实质客观说之影响,其实,在形式客观理论之下,既然坚持直接实施犯罪与间接实施犯罪之自然差别,那么,所谓基本构成要件与修正构成要件的判断就是清晰的,如望风行为,无论是为何种犯罪望风,其行为类型显然无法归属于“直接实施基本构成要件之行为”,自然不属于正犯。论者之所以提出上述责难,很大程度上是出于对望风行为论以共犯可能导致的量刑失衡结果的担忧,但在正犯与主犯教义学功能各自独立的体系设计下,犯罪参与者被论以正犯抑或共犯并不会与其量刑挂钩,望风行为根据其在共同犯罪中的作用既可能是主犯也可能仅是从犯,从而实现量刑的均衡。同理,笔者亦不赞成将所谓“符合构成要件之行为”做规范之理解进而将间接正犯甚至是共谋共同正犯纳入在内的主张,⁽⁴⁰⁾间接正犯概念在限制正犯概念立场下是一个“异物”,从根本上来说,“只要根据这个限制的正犯概念对实行行为作形式上的理解,就不能说以他人为手段实施犯罪的间接正犯是自己实现犯罪构成要件”。⁽⁴¹⁾³⁸⁴无论将自己之理论标榜为“规范的实行行为说”抑或是“实质客观说”,只要承认间接正犯概念就意味着模糊限制正犯立场下的直接与间接实现构成要件的行为类型之差别,从而与扩张正犯概念的思维仅一线之隔,从而限制正犯立场所具有之坚持构成要件类型性、定型性之优势亦会崩溃。至于消解间接正犯概念之后,“间接正犯”所涉及之情形的处理,在形式客观理论下自然应被归属于共犯,对其量刑则由主从作用对应,不会导致量刑失衡的问题;而对于共谋共同正犯概念,在上述体系设计下则更没有存在之价值,共

谋共同正犯概念之存在在本质上与间接正犯类似,均是为解决在共同犯罪中未实施实行行为但却起重要作用的行为人之合理量刑问题,但在正犯与主犯分离之体系设计下,无论是共谋者抑或实行者其行为样态与其在共同犯罪中的作用并无直接关联,故对“共谋而未参与实行者”认定为共犯亦可实现量刑之均衡。

一个合理的疑问或许是,上述正犯、主犯分离体系在认定路径上可归结为先形式、后实质的思维模式,而区分制模式下的实质正犯概念,如前文所述,似乎也并未完全放弃限制正犯概念立场下“形式”性的判断标准,只不过是以为更为实质之标准作为正犯概念的补充,如此说来,实质正犯概念亦可说是兼含形式与实质的判别路径,最终两种思维路径似乎并没有本质差别。暂且不考虑实质正犯概念所引发的逻辑体系内部的自治性问题,如果说,“法律语言需要一些话语用于各种抽象的、高于一切个别现象的概念”⁽⁴²⁾¹⁷⁶是一种必然从而刑法适用过程中的实质判断必不可少的话,那么,问题就是将此种实质判断控制在哪个阶段更为合理。故此,论者不必指责我国主从犯的划分标准“主观随意性强”,而引入实质正犯概念这一“客观”标准就可以避免主从作用认定中的主观色彩的争议。⁽⁴³⁾重要作用说、行为支配论等实质客观理论同样需要进行价值判断。相较于实质正犯概念在定罪阶段就模糊构成要件的界限进而模糊整个犯罪圈外延之做法,正犯、主犯分离体系下对正犯做形式化之解读起码在定罪阶段维持了一种形式判断,实质判断留在量刑阶段解决,司法恣意的风险亦只存在于处罚轻重的权衡中,而作为底线的定罪判断是明确的,此种思维路径应该说弊端更小。

四、结语

“整个当下中国正在朝着更加本土化的方向发展,近30年来社会科学高速发展繁荣的局面正在告一段落,人文学术、特别是中国古典学术和传统文化研究正在从边缘重返主流。”⁽⁴⁴⁾如果说当下中国整个学术气候正在朝着更加本土化的方向发展是一种规律性共识的话,那么,建构法学研究中的中国主体性就是大势所趋,但此一共识尚未在我国刑法教义学之研究中得到应验,不仅如此,“西方中心论”从以前的苏俄化演变为当下之德日化,几乎构成我国刑法教义学数十年发展之主题。不可否认,德日等作为法治发达国家构筑了精致、成熟的教义学知识体系,而我国尚处在法治启蒙阶段,移植大陆法系刑法教义学中的诸多共识性命题对我国刑法教义学知识转型功莫大焉;以共犯论领域为例,传统刑法学者单纯从我国共

犯立法模式出发,基本无视德日等大陆法系共犯教义学的共识性原理或命题,对共同犯罪之研讨内容亦形成某种定式,即共同犯罪的概念、共同犯罪的形式、共同犯罪人的分离及其刑事责任的所谓“三段论模式”。⁽²⁵⁾其后,在以德日为代表的犯罪参与理论体系渗透下,共犯教义学之研讨亦呈现出从“共同犯罪”向“犯罪参与”之转变,传统的“三段论模式”逐渐式微,“以正犯为中心”的犯罪参与体系正成为学理主流,我国共犯论之研讨内容亦成功实现了从零星之共犯论知识到体系化的共犯教义学框架的逻辑转型。但在此转型过程中,当下的学理研讨似乎在不自觉的转向另一个极端,即不加思索的将德日共犯教义学理论中的诸多理论亦视作我国共犯教义学中的信条而继受,时至今日,如果说,“刑法知识的去苏俄化”在刑法教义学其他领域内尚存争议的话,那么,在共犯教义学内部其实已经实现了上述目标,当下我国刑法学者所研讨共犯论课题似乎已“与国际接轨”,在共犯教义学领域内“中国问题”正在被淡化^①。

可以预见的是,在今后相当长的历史时期内,以德日为代表的域外刑法教义学知识仍然会构成我国刑法学理研究中的主要借鉴对象。但“法教义学是以实证法,即实在法规范为研究客体的”,⁽⁴⁵⁾受实在法约束的法教义学决定了特定的教义学知识体系是以前所在国家现行之实证法规范为前提形成的,故此,刑法教义学知识天然所具有之地域性意味着在刑

法教义学知识移植过程中不可能完全照搬国外。我国刑法教义学之建构应该是“通过教义学的方法自主更新原有刑法学知识的过程,而非单纯移植外国已经成型的刑法教义学知识”,⁽⁴⁶⁾正犯、主犯分离体系的设计亦是循此思路的拓展:以正犯为中心的德日犯罪参与体系与以主犯为中心的我国共犯体系分别享有定罪与量刑之优势,在我国共犯立法存在多重解释空间的前提下,引入正犯概念不仅不会与我国现行立法冲突,反而会补强传统共犯论研究之理论弱点,丰富我国的共犯教义学知识体系。但在引入正犯概念的同时,又必须注意到区分制立法模式下通过犯罪参与类型之设定将定罪与量刑挂钩的所谓“一体化”解决思路已经使得正犯概念的教义学功能发生异化,正犯概念的实质化已经导致限制正犯概念立场发生扭曲。通过正犯、主犯分离之体系设计,将正犯概念做形式化之解读以回归限制正犯概念立场,不仅可以有效避免德日区分制立法模式及理论体系之弊端,亦可实现共犯教义学体系的本土化,是一种兼顾域外“普适性”教义学知识与我国立法现实的理想路径。

① 我国少数学者在多年之前通过比较中日共犯研究差异所提出的“中国独有之研究课题”并未引起学理上的足够重视。参见李洁:《中日共犯问题比较研究概说》,《现代法学》2005年第3期。

参 考 文 献

- (1) 齐文远. 中国刑法学该转向教义主义还是实践主义(J). 法学研究, 2011(6): 30-33.
- (2) [日]西田典之. 日本刑法总论(M). 刘明祥, 王昭武, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- (3) 林山田. 刑法通论(下册) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- (4) 刘明祥. 论中国特色的犯罪参与体系(J). 中国法学, 2013(6): 117-130.
- (5) 蔡圣伟. 刑法问题研究(一) [M]. 台北: 元照出版公司, 2008.
- (6) 任海涛. 共同犯罪立法模式比较研究(M). 长春: 吉林大学出版社, 2011.
- (7) 陈兴良. 共同犯罪论(M). 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- (8) 江湖. 犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角(M). 北京: 中国人民公安大学出版社, 2010.
- (9) 高铭暄, 马克昌. 刑法学(M). 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2007.
- (10) 张明楷. 刑法的基本立场(M). 北京: 中国法制出版社, 2002.
- (11) 高铭暄, 马克昌. 刑法学(下编) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2007.
- (12) 张明楷. 刑法学(M). 北京: 法律出版社, 2011.
- (13) 刘明祥. 论我国刑法不采取共犯从属性说及利弊(J). 中国法学, 2015(2): 282-303.
- (14) 周光权. “被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授的商榷(J). 法学研究, 2013(4): 180-194.
- (15) 张明楷. 共同犯罪的认定方法(J). 法学研究, 2014(3): 3-25.
- (16) 刘艳红. 共谋共同正犯论(J). 中国法学, 2012(6): 113-131.
- (17) 杨金彪. 分工分类与作用分类的同一——重新划分共犯类型的尝试(J). 环球法律评论, 2010(4): 47-56.

- (18) [德]耶塞克 魏根特. 德国刑法教科书(总论) [M]. 徐久生,译. 北京:中国法制出版社 2001.
- (19) 黄荣坚. 基础刑法学 [M]. 台北:元照出版有限公司 2006.
- (20) 陈家林. 外国刑法通论 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社 2009.
- (21) [德]克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论(第2卷) [M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社 2013.
- (22) 陈子平. 刑法总论(下) [M]. 台北:元照出版公司 2006.
- (23) 廖北海. 德国刑法学中的犯罪事实支配理论研究 [M]. 北京:中国人民公安大学出版社 2011.
- (24) 陈家林. 正犯体系与正犯概念研究 [J]. 中国刑事法杂志 2005 (1): 20-28.
- (25) 陈兴良. 走向共犯的教义学——一个学术史的考察 [J]. 刑事法评论 2009 (2): 432-467.
- (26) [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔. 刑法总论教科书 [M]. 蔡桂生,译. 北京:北京大学出版社 2015.
- (27) 周光权. 论常识主义刑法观 [J]. 法制与社会发展 2011 (1): 82-94.
- (28) 何庆仁. 共犯论中的直接——间接模式之批判 [J]. 法律科学 2014 (5): 57-68.
- (29) 阎二鹏. 论间接正犯概念的消解 [J]. 法学论坛 2011 (4): 65-72.
- (30) 科耀程. 变动中的刑法思想 [M]. 北京:中国政法大学出版社 2003.
- (31) 任海涛. 统一正犯体系评估 [J]. 国家检察官学院学报 2010 (3): 88-95.
- (32) 阎二鹏. 犯罪参与体系之比较研究与路径选择 [M]. 北京:法律出版社 2014.
- (33) 陈家林. 共同正犯研究 [M]. 武汉:武汉大学出版社 2004.
- (34) 蔡圣伟. 论间接正犯概念内涵的演变 [M]//陈兴良. 刑事法评论 2007 (21): 51-75.
- (35) [意]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理(注评版) [M]. 陈忠林,译. 北京:中国人民大学出版社 2004.
- (36) [日]西原春夫. 犯罪实行行为论 [M]. 戴波,江溯,译. 北京:北京大学出版社 2006.
- (37) 陈兴良. 构成要件论:从贝林到特拉伊宁 [J]. 比较法研究 2011 (4): 71-84.
- (38) 周光权. 论正犯的观念 [J]. 人民检察 2010 (7): 6-10.
- (39) 张明楷. 共同犯罪是违法形态 [J]. 人民检察 2010 (13): 5-11.
- (40) 钱叶六. 双层区分制下正犯与共犯的区分 [J]. 法学研究 2012 (1): 126-143.
- (41) [日]野村稔. 刑法总论 [M]. 全力其,何力,译. 北京:法律出版社 2001.
- (42) [德]H. 科殷. 法哲学 [M]. 林荣远,译. 北京:华夏出版社 2002.
- (43) 刘艳红. 共谋共同正犯的理论误区及其原因 [J]. 法学 2012 (11): 100-111.
- (44) 王学典. 中国人文社会科学的近期走向 [J]. 清华大学学报(哲学社会科学版) 2011 (2): 5-17.
- (45) 陈兴良. 刑法知识的教义学化 [J]. 法学研究 2011 (6): 27-30.
- (46) 丁胜明. 刑法教义学研究的主体性 [J]. 法学研究 2015 (2): 42-55.

(本文责任编辑 付玉明)