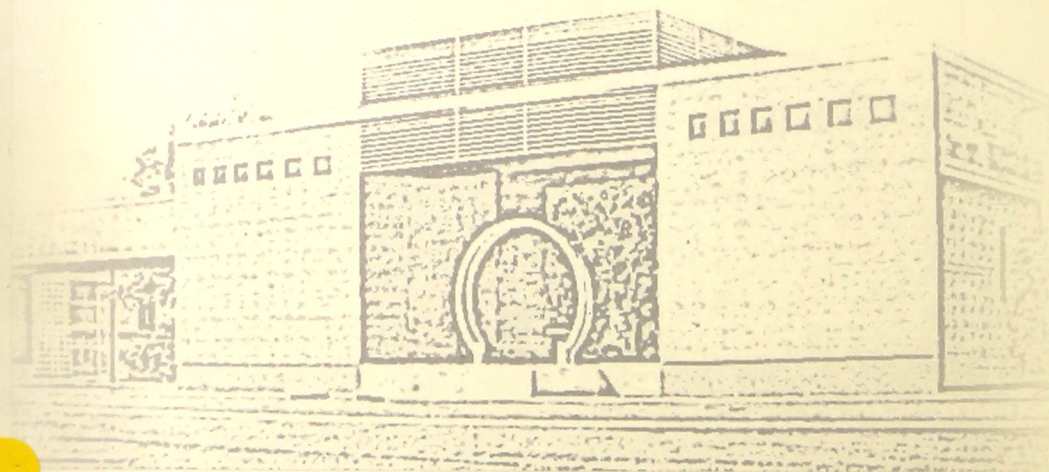


东|吴|法|学|文|丛·公法文丛



共犯论的基础及其展开

钱叶六◎著



中国政法大学出版社

014035795

D914.04

226

东|吴|法|学|文|丛·公法文丛

共犯论的基础及其展开

钱叶六◎著



D914.04
226



中国政法大学出版社



北航

C1723095

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

共犯论的基础及其展开 / 钱叶六著. — 北京：中国政法大学出版社，
2014. 2

ISBN 978-7-5620-5288-3

I. ①共… II. ①钱… III. ①同案犯—研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第034035号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印刷厂
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	14.625
字 数	240 千字
版 次	2014 年 2 月第 1 版
印 次	2014 年 2 月第 1 次印刷
定 价	36.00 元

前 言



共同犯罪素有“刑法学中最为黑暗、混乱而令人绝望之章”之称，涉及的理论和实践问题复杂而又艰深，因而历来都是国外刑法学界关注的重要课题。一直以来，我国刑法学界也较为重视共犯论的研究，但就总体而言，传统的刑法教义学关于共犯论的探讨突出地存在以下两方面的问题：一是研究的广度和深度有限，创新性明显不足。这主要表现在，目前我国绝大多数刑法教科书，都只是围绕着共同犯罪的概念、成立条件、共同犯罪的形式、共犯人的分类及其刑事责任以及共同犯罪与犯罪形态、共同犯罪与身份等几个有限的问题展开研讨，且相关论述可谓“千人一面”、“似曾相识”，低水平重复现象非常严重，而有关共犯体系、共犯处罚根据、共犯的因果性、共犯的本质、共犯与正犯关系等共犯论的根基性问题，一般较少涉猎，相关研究远未获得充分、深入的展开。二是一些观点已经明显过时，难以应对司法实践的需要。例如，关于共犯的处罚根据，即共犯没有直接实施侵犯法益的实行行为，何以也要受处罚的问题，我国刑法通说采行的是缺陷丛生、在国外已被完全淘汰的责任共犯论的立场；又如，在共犯的性质之问题上，早已为德、日刑法学界所摒弃，将心情刑法发挥到极致的共犯独立性说依然于中国刑法学界大行其道；再如，在共同犯罪的本质和共犯要素从属性之问题上，否定“责任个别作用”的犯罪共同说和极端从属性说仍在我国学界和实务界拥有相当广泛的学说市场。如此等等，不胜枚举。上述问题的存在，严重制约着我国共犯理论研究水平的提升。更重要的是，这些陈腐过时的共犯理论很难有效地指导和应用于实践，进而导致不能公正、合理地解决共犯人的刑事责任问题。

近年来，随着中外刑法交流的深入，尤其是德、日共犯理论渐次引入中

国刑法，共犯问题日益成为中国刑法学研究的“兴奋点”，相关的研究呈现出一片“欣欣向荣”的景象，这突出表现在：有关共犯论的著作如雨后春笋般地不断问世，这在一定程度上改变了中国共犯论研究一直固步自封、停滞不前的局面，的确让人感到欣喜。但是，这些研究并非完美无憾，具体表现在：其一，相关的研究多半是局限于共犯领域的一些专题展开，虽表现出明显的“问题意识”，但存在片断性、体系性思考不足的缺憾，让人有一种“只见树木，不见森林”之感。其二，学界关于共犯论“大厦”的一些根基性问题，争论和分歧仍然很大。例如，在中国共犯体系的定位上，存在着单一制和区分制的对立；在正犯与共犯的区分上，则表现出实质客观说和修正的形式客观说的严重分歧；有关共犯的处罚根据，主张混合惹起说和修正惹起说的论者之间，一直争论不休；关于共犯的本质，倡导罪名独立性说的行为共同说虽日益有力，但主张罪名同一说的“部分犯罪共同说”仍占据通说的市场。在共犯要素从属形式上，除几无学者支持夸张的从属形式之外，极端从属性说、限制从属性说和最小从属性说各有“市场”，如此等等，俯拾皆是。不容置疑，“真理越辩越明”，学术的进步在于不断地争鸣，但是，无休止的争鸣或争论势必会导致司法实务无所适从。因此，我们是不是应该认真地思考和探索：哪种学说更加“相对”合理，更加有益于实践中问题的解决？

正是基于上述问题意识，笔者自2008年下半年留学于日本时起，就开始有意识地关注共犯问题特别是共犯基础问题的文献资料搜集和研读，并于2009年底申报了司法部法治建设和法学研究理论部级青年项目。项目获批之后，笔者业已在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法商研究》、《法学》、《法律科学》等刊物上发表了一些有关共犯问题的文章，但同样觉得这些成果较为零散，系统性不强，不具体系性，于是也就有了拙著的写作和完成。^{〔1〕}

本书秉持以法益侵害说为中心、明确区分违法和责任的客观违法论之基本立场，从“共同犯罪是一种违法形态”和“责任个别作用”等基本原理出发，主要运用比较研究、规范阐释和案例分析等研究方法，立足于中国实际

〔1〕 本书的主体部分是笔者在清华大学法学院从事博士后研究工作期间完成的。在此要特别感谢我的博士后合作导师黎宏教授及刑法教研室的张明楷、周光权、劳东燕诸位教授对本书的写作所给予的悉心指点和大力帮助。同时，本书的写作也受益在于“黎门读书会”上同杨延军、邓毅丞、蒋玲博士等诸位同门的讨论，在此，一并致以衷心的感谢。

问题，着力围绕共犯论的基础领域及其延伸问题展开全方位的、深入的研究，追根求源、洋为中用、辩证扬弃、推陈出新、精致诠释，尝试构筑能够有效地指导司法实务的、科学的、合理的中国共犯论体系。

在本书中，笔者想要表达以下基本立场或者观点：

“共犯论是检视犯罪论体系合理性的重要试金石”，姑且不论刑法学的其他领域，单单就共犯诸问题如正犯与共犯的内涵及其界分、共犯处罚根据、共犯的本质、要素从属性等的讨论和解决而言，采行区分违法和有责之阶层式的犯罪构成体系，比采行传统教义刑法学关于四要件之间属于“一存俱存、一损俱损”关系之平面式的犯罪构成体系，更具妥当性。在共犯问题的探讨上，本书一以贯之地坚持和贯彻这样的原则和立场：违法是连带的、客观的，责任是主观、个别的。析言之，在两个以上的参与人的行为共同地惹起了法益侵犯的结果的场合，即参与人的行为与该结果之间存在因果性时，便可肯定共同犯罪的成立，进而将该违法结果归责于他们。而责任能力、故意、过失、期待可能性等要素，并不影响行为侵犯法益程度的违法要素，而仅仅属于判断行为人主观责任的有无及其程度的要素。而由于各参与人的责任年龄、责任能力、故意的内容以及是否具有适法行为的期待可能性等等，往往并不一致，因而需要因人而异地加以判断。可见，共犯成立的判断与责任具有阶层属性，二者应在不同的阶段加以解决，即共犯成立的判断仅与不法内涵有关，而无关乎责任。正因为如此，共同犯罪中的“犯罪”、“罪”的概念并非一元的，相反，应是相对的或者多元的。亦即，它有时不只是指违法、有责意义上的犯罪，而仅指违法层面上的犯罪。

德、日等大陆法系国家（地区）刑法在参与人的分类上，并未进行参与类型与参与程度的双层次的分类和操作，而是着眼于定罪量刑的一体性解决，且正犯与共犯的区分具有直接评判参与人的刑事责任的轻重功能。在此种区分制之下，弃实行行为说而采实质客观说是为了实现刑事处罚合理性而做的万不得已的选择。但不同于德、日，我国刑法在共犯人分类的规定上，首先以分工为标准，将共犯人分为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯等参与类型，此系共犯人分类的第一层次，主要涉及的是客观的构成要件或者违法领域的问题。共犯人的分工分类比较客观地反映了参与人在共同犯罪中从事了什么样的活动以及侵害法益方式的直接和间接的不同，旨在解决共犯人的定性及其间的从属关系问题。鉴此，正犯与共犯的界分宜采以构成要件为轴心的修

正的形式客观说（实行行为说）。但是，分工分类法没有充分揭示参与人在共同犯罪中发挥了什么样的作用，不利于解决各参与人的刑事责任。正因为如此，我国刑法在分工分类的基础上，进一步以作用的大小为标准对共犯人作了主犯、从犯的划分并设定了相应的处罚原则，系共犯人分类的第二层次，旨在解决共犯人的量刑问题。两种分类方法泾渭分明、功能各异，且并存不悖，遵循的是先形式后实质、先解决定罪后解决量刑的思维过程。正由于共犯人的分类目的不仅在于定罪，而且还要便于合理地量刑，所以，不论是正犯、教唆犯抑或帮助犯，最终都要根据其在共同犯罪中所起的作用相应地作出属于主犯或者从犯的判定。

“共同犯罪”，究竟是指共同地实施什么，或者说在什么方面共同之问题，关于这一关涉共同犯罪的本质之问题，学理上存有犯罪的共同说（部分犯罪共同说）和行为共同说的对立。前者主张共同犯罪中的“共同”是“犯罪”的共同，即唯有二人以上共同实施特定的犯罪，才承认共同犯罪的成立（罪名同一性说）。而后者则主张，只要二人以上实施的“行为”或者“违法事实”具有共同性，即可成立共同犯罪，而不要求数人必须实施特定的罪（罪名独立性说）。从“违法是连带的，责任是个别的”的基本原理出发，主张共同犯罪的认定只需考虑客观上是否存在共同的违法事实（共同犯罪是一种违法形态，而非责任形态）即可，即只要二人以上的行为共同地惹起了违法结果，就应肯定共同犯罪的成立。所以，主张罪名独立性说的“行为共同说”更为可取。

共犯不直接实施惹起法益侵犯结果的实行行为，为何也要受罚？这便是共犯处罚根据论所要研究的问题。围绕此一问题，学理上形成了责任共犯论、违法共犯论和因果共犯论等诸家学说争鸣的局面。从犯罪的本质在于侵犯法益和因果共犯论的立场来看，主张违法连带性的“修正惹起说”是可取的。具体言之，正犯与共犯都是侵害或者威胁法益的犯罪类型。其中，正犯是因为直接侵害法益而受处罚，而教唆犯、帮助犯是通过参与正犯的实行行为间接地侵犯法益而受处罚。在正犯与共犯的关系上，两者之间是“一荣俱荣、一损俱损”的关系，一个违法的话，另一个绝对不会合法。既不存在“无正犯的共犯”（合法行为的教唆或者帮助不可能变成违法），也不存在“无共犯的正犯”（违法行为的教唆或者帮助也不可能变成合法）。

共犯的性质，或者实行从属性所要研讨的问题是：教唆、帮助行为有无

独立的实行性，教唆犯、帮助的成立（未遂）是否以被教唆者、被帮助者着手实行犯罪为前提？就此，在大陆法系，主张主观主义的新派和支持客观主义的旧派曾围绕此问题展开了激烈的论战和交锋，形成了共犯独立性说与共犯从属性说的对立。但时至今日，随着主观主义刑法理论在大陆法系的衰退，共犯独立性说业已完全遭到摒弃。然在中国，居学说支配性地位的仍然是共犯独立性说。究其缘由，还是在于学者们从生活语言的逻辑出发，对《刑法》第29条第2款作了“忠实”于条文的直观解释。但是，共犯独立性说弊端丛生，应予坚决地摒弃。实行从属性说因具有——符合我国刑法客观主义的发展方向；体现因果共犯论的立场；能合理地限定共犯的处罚范围和避免处罚上的不均衡事态；合理地解释无身份者构成身份犯的共犯之问题，等等——诸多优点，应予提倡。但是，实行的从属性与预备参与是否可罚性并非同一问题。主张实行从属性，并不意味着否定严重犯罪预备的参与犯的可罚性。

共犯的成立，究竟需要正犯的行为具备何种构成要件要素，是要素从属性所要研究的内容。从“共同犯罪是违法形态”和“责任个别作用”的基本立场出发，限制从属性说具有妥当性。共犯的成立仅以正犯的行为具备构成要件符合性且违法为前提，至于正犯责任的情况如何，并不影响共犯的成立。而某一行为是否具有违法性，应进行客观的判断，即以行为是否造成了法益侵害或者危险为标准。而责任能力和故意等要素，并非违法要素（行为的要素），而仅仅属于影响正犯责任的有无及其程度的要素（行为人的要素），因而均非共犯成立的必要条件。只有采行这一观点，才能有效地堵塞可能出现的处罚间隙和实现刑法的法益保护机能。但是，缓和要素的从属形式并不等于是主张扩张的共犯论而否定间接正犯现象的存在。间接正犯作为固有的、本来的正犯形态，与采用何种要素从属性理论是两个不同的问题，其正犯性应另外地加以论证。换言之，即便是坚持限制从属性说，也应坚持正犯优先，只有在不成立（间接）正犯的情况下才考虑共犯的成立之判断路径。

作为刑法学中的“绝望之章”之共犯论所涉问题实在庞杂、艰深，笔者深知以自身肤浅的专业知识和修为，是难以将如此深邃的刑法学问题论述得全面而深刻的。所以，要构建具有体系性的、合理的共犯论，还需要往后的进一步努力。这绝不是笔者为自己找借口，而委实是本人能力有限。毫无疑问，本书中讹误之处在所难免，恳请各位同仁和读者诸贤不吝批评指正。

目
录

Contents

前 言	(1)
第一章 共犯体系	(1)
第一节 共犯体系的两种类型	(2)
一、单一制	(2)
二、区分制	(8)
第二节 中国共犯体系之归属	(13)
一、学理上的纷争	(13)
二、本书立场：区分制	(14)
第三节 中国区分制的特色	(18)
一、单层区分制与双层区分制	(18)
二、中国双层区分制的特色	(20)
本章小结	(21)
第二章 共犯与正犯的区分	(23)
第一节 德、日区分标准理论	(23)
一、形式客观说	(23)
二、实质客观说	(26)
三、主观说	(30)
四、小结：实质客观论之必然趋向	(32)
第二节 区分理论之中国选择	(33)

一、区分理论评析及本书立场	(33)
二、实行行为说受到的批判及其辩驳	(37)
本章小结	(40)
第三章 共犯人的分类	(41)
第一节 共犯人的分工分类	(41)
一、共同正犯	(41)
二、间接正犯	(49)
三、狭义的共犯	(59)
第二节 共犯人的作用分类	(66)
一、主犯	(66)
二、从犯	(67)
三、所谓的“胁从犯”——责任减免事由	(70)
本章小结	(70)
第四章 共犯的本质	(72)
第一节 犯罪共同说	(72)
一、完全犯罪共同说及其缺陷	(73)
二、部分犯罪共同说及其缺陷	(76)
第二节 行为共同说	(79)
一、主观主义的行为共同说与客观主义的行为共同说	(79)
二、本书立场：基于客观主义立场的行为共同说	(82)
第三节 行为共同说的应用	(85)
一、实行过限	(85)
二、实行不足	(86)
三、共犯与身份	(87)
本章小结	(88)

第五章 共犯的处罚根据	(90)
第一节 共犯固有的犯罪性和可罚性	(91)
第二节 责任共犯论、违法共犯论	(93)
一、责任共犯论	(93)
二、违法共犯论	(97)
第三节 因果共犯论	(99)
一、纯粹惹起说	(100)
二、混合惹起说	(103)
三、修正惹起说	(108)
第四节 修正惹起说的应用	(112)
一、参与自杀、嘱托杀人	(112)
二、片面对向犯	(119)
三、未遂的教唆	(125)
四、妨害司法罪与共犯	(128)
五、错误侵犯共犯利益	(132)
本章小结	(132)
第六章 共犯的因果性	(134)
第一节 共犯的因果性概说	(134)
一、共犯的因果性与同时犯	(134)
二、共犯因果关系的内容	(135)
三、共犯的因果性与单独犯的因果性	(138)
第二节 共犯因果性的应用	(139)
一、承继的共犯	(139)
二、共犯关系的脱离	(143)
三、片面的共犯	(148)
四、中立的帮助行为与共犯	(152)
本章小结	(154)

第七章 共犯的性质	(156)
第一节 共犯的性质概述	(156)
一、理论缘起：共犯从属性说与共犯独立性说	(156)
二、共犯独立性说的式微和从属性说的通说化	(159)
第二节 中国共犯属性之争——以教唆犯为中心	(160)
一、独立性说之提出	(160)
二、中国通说的立场：二重性之名、独立性说之实	(161)
三、独立性说之批判	(164)
四、实行从属性说之提倡	(167)
第三节 相关问题的研讨	(172)
一、实行从属性与拟制的正犯	(172)
二、实行从属与预备的参与	(174)
三、不同情形下的共犯之处理——以教唆杀人为例	(177)
本章小结	(178)
第八章 共犯的要素从属性	(180)
第一节 共犯的成立是否要求正犯具有责任能力	(183)
一、德国：从极端从属形式到限制从属形式的立法嬗变	(183)
二、日本：限制从属性说的通说化	(185)
三、中国：学说、实务与立场选择	(188)
第二节 共犯的成立是否要求正犯具有违法性	(196)
第三节 共犯的成立是否要求正犯具有故意	(201)
一、德国：立法上的肯定与学理上的批判	(201)
二、日本：作为肯定说的通说及其受到的质疑	(204)
三、中国：立法、学说及其评析	(208)
本章小结	(212)
主要参考文献	(214)

第一章

共犯体系

以参与犯罪的行为人人数的单复为基准,将犯罪划分为单独犯和共同犯罪两种形态是当今各国(地区)刑法普遍的做法。一般而言,单独犯是刑法评价关系的基本原型,是犯罪的典型样态,除了必要的共同犯罪之外,刑法分则规定的犯罪构成都是以单独犯为原型加以设计的。而多人参与的共同犯罪则是以刑法分则中的单独犯为基础,结合刑法总则中的共犯基本规定予以评价的非典型的犯罪结构。在数人联动、协作,共同“创作”、“加工”同一犯罪“作品”的场合,加功、作用于犯罪事实的行为往往表现各异,形态多样,既有直接实施构成要件行为的参与人,亦有仅仅对犯罪的实行起诱发、协力、促进或者加功作用的参与人。而就后者的参与犯罪的表现形态而言,则可能表现为组织、策划、指挥、共谋、教唆、帮助或者利用等复杂多样的行为参与类型。如何处理现实社会中复杂的犯罪参与现象,亦即如何解决共同犯罪中的各参与人(我国刑法学习惯称之为“共犯人”)的不法和罪责的问题,刑事立法上主要有两种迥然不同的共同犯罪体系(简称之为“共犯体系”):对参与人作正犯和共犯样态界分并原则上给予不同的法评价之“区分制”和将参与人统一地视为正犯并予以等值的不法评价之“单一制”。“共犯理论是以一定国家(地区)刑法关于共犯的规定为前提的,属于解释论的范畴。”〔1〕一个国家(地区)在立法上采取什么样的共犯体系,在很大程度上就直接决定着该国(地区)的刑法教义学将会构筑什么样的共犯理论体系。撇开立法论不谈,脱离一个国家(地区)刑法中的共犯制度的共犯理论体系,

〔1〕 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第631页。

不论它是多么的精致、绝伦,其现实意义也会大打折扣。

在我国,共犯理论的研究一直备受学界的重视。特别是近些年来,有关共犯理论研究的广度与深度不断得到拓展,并取得了一些令人瞩目的研究成果。然而,学界对于作为共犯理论大厦之根基即共犯体系问题的研究还只是近年来的事情,而且,学者之间的认识亦是仁者见仁、智者见者。^{〔1〕}在此意义上说,在学理上厘清我国共犯体系的性质,对于促进我国共犯论体系的理性构筑以及合理地解决各参与人的刑事责任,具有非常重要的意义。有鉴于此,本章试从比较法的角度,在对域外两种共犯体系的立法和理论予以梳理和评析的基础上,具体结合我国现行刑法中的共同犯罪的立法规定,以在解释论上揭示和阐明我国共犯体系的性质及其制度特色。

第一节 共犯体系的两种类型

一、单一制

单一制,亦称单一正犯体系、统一正犯概念体系,认为凡对构成要件的实现作出原因性贡献的每一个人,不论其行为贡献的事实上的分量如何,均为正犯。单一制关键的认定标准,唯一在于因果性;对行为贡献的种类和大小是在量刑的范围内才予以考虑。^{〔2〕}溯根寻源,为单一正犯体系赋予学说基础的是19世纪兴起的“条件说”(或称“等价说”)。条件说认为,所有通过对结果设定条件而共同分担结果发生的人,都对结果提供了原因,而且,对结果而言,这些条件都是等价的,所以,所有加功于犯罪事实,为结果提供

〔1〕 认为我国共犯体系是单一制的学者代表有阮齐林、江溯、陈洪兵、刘洪等,相关文献可参见阮齐林:《刑法学》(第3版),中国政法大学出版社2011年版,第169页;江溯:《共犯体系研究——以单一正犯体系为视角》,中国人民公安大学出版社2010年版,第242页以下;陈洪兵:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第252页;刘洪:“我国刑法共犯参与体系性质探讨——从统一正犯视野”,载《政法学刊》2007年第4期。与此相对,主张我国共犯体系属于区分制的学者代表主要有陈兴良、陈家林、叶良芳等,相关文献可参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第638~639页;陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第5页;叶良芳:《实行犯研究》,浙江大学出版社2008年版,第33~35页。

〔2〕 参见〔德〕约翰内斯·维塞尔斯:《德国刑法总论》,李吕珂译,法律出版社2008年版,第281页。

原因的人在参与形态上就不应加以区分。亦即，所有的起因者都是正犯。^{〔1〕}

作为一种立法现象，世界范围内采用单一正犯体系的代表性的立法例有：

1. 意大利《刑法》

第110条 当数人共同实施同一犯罪时，对于他们中的每一个人，均处以法律为该犯罪规定的刑罚，以下各条另有规定者除外。

2. 巴西《刑法》

第25条 以任何方法共动于犯罪的人，均对其科处就该罪所预先规定的刑罚。

3. 奥地利《刑法》

第12条 自己实施应受刑罚处罚的行为，或者通过他人实施应受处罚的行为，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 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。

4. 阿根廷《刑法》

第45条 参与了活动的实行的人，或者对一人或者多人的犯行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。

5. 丹麦《刑法》

第23条第1款 有关某一犯罪之刑罚，应当适用于以教唆、劝诱或者行动方式促成实施犯罪行为者。对于仅意图给予其他犯罪人较不重要之帮助者，或者在他人已经存在犯罪意图时强化其犯罪意图，且犯罪没有完成者，或者意图提供帮助而失败者，可以减轻处罚。

在学理上，单一制主要有三种体系或者结构：

（1）形式的单一正犯体系。此系单一制最为传统、最为典型的结构，意大利刑法、巴西刑法中的共犯制度便属之。该体系的基本特征如下：第一，对全部犯行形式进行法条语言上的统一化，在构成要件层面上放弃正犯和共犯等概念或范畴之区分。基于所有加工于犯罪行为等价的关系，因而其不法及罪责之认定，归于单一，亦即所有的参与人皆为正犯。^{〔2〕}区分制体系下的

〔1〕 参见〔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11页。

〔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190页。

间接正犯、教唆犯、帮助犯这些概念,都完全违反了形式的单一正犯原理的目的,都被改变为单一的概念、单一的类型,即改变为广义的“正犯”概念。广义的“正犯”,包括指向构成要件结果能够想得到的所有协作形式。在此意义上,又称之为“单一类型体系”。^{〔1〕}第二,单一制不区分正犯与狭义的共犯参与形式,从而区分制下的共犯从属性原则根本上就无适用之余地。^{〔2〕}第三,对于所有的参与人即正犯适用统一的法定刑(“同等对待”原则)。^{〔3〕}但这并非意味着所有参与者都要处以完全相同的刑罚。相反,各正犯的责任由法官在刑罚裁量阶段根据具体的案情特别是各正犯对犯罪事实的加功、作用程度个别地予以决定。^{〔4〕}

(2) 功能性的单一正犯体系。此由奥地利学者金阿普费尔(Kienapfel)倡导,其立法例主要有奥地利刑法、阿根廷刑法和丹麦刑法等。该体系在坚持“不问参与形式如何,只要作用于犯罪事实者,皆为正犯”的前提下,基于法治国的构成要件明确性的要求,将正犯区分为直接正犯、诱发正犯和援助正犯三种不同的类型。其中,直接正犯的概念是指自己以法律条文中的描述方式实现构成要件的人。对于诱发正犯和援助正犯,则统称为“间接正犯”。^{〔5〕}有别于对各参与人不作类型上的区分之形式的单一正犯体系,功能性的单一正犯体系对正犯的犯行形式进行了细化,即在构成要件的层面对正犯作了概念上、类型上的划分(学理上又称之为复数正犯体系、复数类型体系),^{〔6〕}从而维持了构成要件(实行行为)的定型性,彰显法治国的理念。但是,这种正犯的类型化仅仅就存在论意义上的行为样态加以区分,并

〔1〕 Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O., S. 27. 转引自〔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21页。

〔2〕 柯耀程:《参与与竞合》,元照出版公司2009年版,第38页。

〔3〕 Kienapfel, Erscheinungsformen, a. a. O., S. 27. 转引自〔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21页。

〔4〕 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第296页。

〔5〕 注意的是,区分制中亦有“间接正犯”的概念。但两种共犯参与体系中的“间接正犯”的内涵和外延并不相同。单一制理论体系下的间接正犯,意指凡是所有间接参与犯罪的行为人类型,包括教唆犯、帮助犯和区分制下的“间接正犯”,等等。而区分制下的间接正犯,仅仅是指将他人(如幼儿、精神病人、不知情者等)当作纯粹的工具加以利用而实现自己的犯罪目的的犯罪类型。

〔6〕 参见〔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23页。

且这一区分是在承认各正犯的不法在规范的评价上完全等值且否定从属性原理的前提下进行的，因而，其基本思想未能出形式的单一正犯体系之右。

(3) 限缩的单一正犯体系。该体系为奥地利学者布格施塔勒（Burgstaller）所提倡，立足于奥地利《刑法》第12条的规定，对单一正犯体系理论作了以下关键性的修正：一方面，用从属性的概念来诠释三种正犯形态之间的关系，即三种正犯形态的不法并非位于同一层级，诱发正犯与援助正犯的不法对直接正犯具有限制的从属性；另一方面，引入区分制中的“犯罪事实支配理论”，依据各参与人对犯罪事实加工的分量或程度，具体考量各正犯类型之间的界限。此说的优点不仅仅在于维持了构成要件的定型性，而且，限定了参与犯的处罚范围。但由于该理论承认各正犯不法的不等值性和其间的从属性，这已与区分制非常亲近，严格说来，并非本然意义上的单一制，或者说与真正的单一制已经相去甚远。

单一制在概念上放弃正犯与共犯类型的区分，如此做法，一方面，可以消解区分制下的学者们一直“疲于奔命”、倍感困扰的概念和范畴之分界的难题，减轻了法适用上的负担，从而有益于司法经济和思考经济。另一方面，单一制省却了对区分制下无法回避的诸多艰深理论问题诸如共犯的处罚根据、共犯的本质、共犯的属性、间接正犯之正犯性等的探讨，从而避免了理论体系的繁缛和复杂。尽管如此，鉴于单一制与生俱来的诸多缺陷的存在，一直以来，学者们对单一制的责难远远要多于赞誉：

第一，混同实行行为与共犯行为之界限，有损法治国的构成要件界限的明确性。德国学者罗克辛教授指出：“依法治国原则所确立的构成要件的界限，能满足构成要件合致性的，不仅仅是对法益有因果的侵害即可，而且，在多数犯罪中，限于特定的侵害方式，如果连因果关系疏远的加工行为也和构成要件行为等价，就会破坏构成要件的界限，而扩大法定刑的适用弹性，降低法律效果的明确性，最终会导致行为人刑法。”^{〔1〕}我国台湾地区学者林山田教授也指出，就依法治国原则的观点来看，单一正犯概念舍弃从构成要件行为的角度来定位正犯概念，系与根植于构成要件行为基础的刑事处罚原则相抵触，而且也背离社会上一般人对行为的理解方式，例如，很难把出借工

〔1〕 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第556页。