

# 共犯之共犯的规范

## 理论研究

The accomplice of accomplice norm theory study

田  
森◎著



中国长安出版社


# 共犯之共犯的规范

## 理论研究

The accomplice of accomplice norm theory study

田森◎著



  
中国长安出版社

#### 图书在版编目 (CIP) 数据

共犯之共犯的规范理论研究/田森著. —北京: 中国长安出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5107 - 0608 - 0

I. ①共… II. ①田… III. ①同案犯—研究—中国  
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 235907 号

## 共犯之共犯的规范理论研究

田森 著

---

出 版: 中国长安出版社

社 址: 北京市东城区北池子大街 14 号 (100006)

网 址: <http://www.ccapress.com>

邮 箱: [capress@163.com](mailto:capress@163.com)

发 行: 中国长安出版社

电 话: (010) 85099947 85099948

印 刷: 河北新华第一印刷有限责任公司

开 本: 880mm × 1230mm 32 开

印 张: 7

字 数: 123 千字

版 本: 2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5107 - 0608 - 0

定 价: 24.8 元

## 序一

田森博士在中国社会科学院法学研究所博士后流动站从事研究工作期间，我是他的指导教师。本书是他在其博士后研究报告基础上修改而成的一部力作。

“共犯之共犯”这一选题，从博士后开题报告之日起就始终伴随着质疑之声。尽管听着像绕口令，但毕竟这个选题触及共犯理论中模糊的边缘地带和司法实践中的某些疑难问题。看到田森对之近乎痴迷的兴趣，也基于鼓励年轻学者探索和创新勇气的一贯立场，我毅然支持他对这一选题进行深入研究。在学术领域，即使是一次不太成功的探索也比似乎圆满的守成更值得尊重。

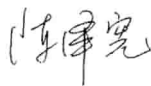
共犯之共犯，是从共犯中衍生出来的一种较为复杂的犯罪现象。德国刑法学者最早研究共犯之共犯现象，随之日本、韩国、我国台湾地区的同行也开始研究共犯之共犯问题。德国、日本、我国台湾地区在刑法典中都曾明确规定了

## 2 | 共犯之共犯的规范理论研究

对共犯之共犯的刑事处罚基准，但都没有形成系统的关于共犯之共犯的理论体系。这就给司法实践中遇到共犯之共犯的现象如何公正处理带来难题。

田森博士所写的《共犯之共犯的规范理论研究》一书，以现代性社会背景下萌生的风险社会、风险刑法为视域，分析了共犯之共犯存在的客观性；从共犯的本质及属性为理论立足点，分析了犯罪共同说、部分共同犯罪说、共同意思主体说、共犯的独立性、共犯的从属性等存在的理论缺陷；最后以凯尔森、哈特、拉兹分析法学派及罗克辛、雅克布斯、高桥则夫关于社会规范、行为规范、制裁规范的理论为原点论证了共犯之共犯理论体系构建的必要性和重要性，值得一读。

中国社会科学院国际法研究所所长  
中国刑法学会常务副会长、博士生导师



2013年8月29日

## 序二

田森博士于2011年—2013年在中国社会科学院法学研究所博士后流动站从事研究工作期间，我参加了他的面试、中期考核和出站报告评审，平时也有较多接触，对他从基层一步步不断走向高级司法机关甚至担任领导职务的丰富经历、敢想敢干的精神、真诚待人的态度留下了深刻印象。他的博士论文就是写的共犯之共犯这个主题，后来还在此基础上公开出版了专著《共犯的共犯》。我虽然对此缺乏研究，但得知他的博士后报告准备在博士论文的基础上继续深化对这个问题的研究时，当即表示支持和肯定。

共犯之共犯是刑法学界一个前沿而复杂的问题。这个问题在德国、日本、韩国和我国台湾地区已有过一些研究成果。我国大陆学者马克昌、吴振兴、姜代境在其相关论著中虽然提及过该问题，但都没有系统展开。随着我国刑法教义学向精细化方向发展，对这个问题的专题研究势在必行。田森博

## 2 | 共犯之共犯的规范理论研究

士得风气之先，先后在此领域出版两本专著，可喜可贺。

相比于作者的博士论文，我认为他的这本博士后报告《共犯之共犯的规范理论研究》在以下几方面补充和深化了原来的研究：一是将共犯之共犯现象作为现代性背景下的一种常态社会现象纳入社会规范的研究范围，二是将共犯之共犯现象作为共犯的特定形态纳入行为规范的研究范围，三是将共犯之共犯现象作为应受刑事处罚的行为纳入惩罚规范的研究范围，四是对共犯之共犯研究中的约化主义方法论和废弃主义立场大胆进行了反思。

虽然作者提出的教唆的教唆犯、帮助的帮助犯、组织的组织犯、教唆的帮助犯、帮助的组织犯、教唆的组织犯、组织的教唆犯、组织的帮助犯、帮助的组织犯这九种共犯之共犯的类型及其相互之间的转换显得有点拗口甚至费解，但书中提出的一个核心思想我认为还是很有价值和值得学界进一步去深入探讨的，那就是为了适应现代社会日趋复杂的共同犯罪现象，有必要正视共犯之共犯的存在，剖析其结构和功能，并从立法和司法上找到解决问题的出路。

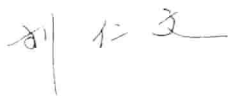
田淼博士两年的博士后应当也是丰富多彩而且丰收的，他曾挂职担任贵州省铜仁市人民检察院副检察长，北京市人民检察院侦查监督处副处长，铜仁市中级人民法院副院长。现在博士后报告又即将出版。这两年来，他不断往来于贵

州、武汉和北京，每次都来去匆匆，但他积极参加法学所刑法学科的学术活动，每次发言也大多能结合自己的司法实务优势，充满激情，因而效果良好。

基于与田森博士本人以及与他博士后合作导师陈泽宪教授的深厚友谊，我本想利用给他的大作作序之机，好好就共犯之共犯这个话题做点功课，以便将自己的若干疑问、困惑和心得与作者和读者作些交流。但无奈出版社要得急，而我目前手上又杂事成堆，所以只好留下遗憾，匆匆交差。虽然来不及专门研究，但通过参加他的博士后报告评审，以及此前的多次交流，我感到这个问题还有一个关键要解决，那就是对于这种带有连锁性的、原因之前还有原因的共同犯罪结构形态，到底刑法介入的度要把握在哪里，因果链要在哪里斩断，因为刑法学上的因果关系和犯罪学上的因果关系应当是有区别的，犯罪学上的因果关系可以不断往前追溯，但刑法学上的因果关系必须在一定的地方打住。

不管怎么说，作为一名青年学子，能从问题出发，勇于探索，又不断在理论上加以提升，都是值得鼓励褒扬的。

中国社科院法学所研究员、  
刑法室主任、博士生导师



癸巳深秋于北京西郊寓所



# 目 录

第一章 导论 .....	1
第二章 现代性话语中的共犯之共犯 .....	16
第一节 现代性话语中的法学 .....	20
一、现代性话语 .....	20
二、现代性话语中的法学嬗变 .....	22
第二节 风险社会与共犯之共犯 .....	34
一、风险社会中的共犯之共犯 .....	34
二、风险刑法视域中的共犯之共犯 .....	44
第三节 本章小结 .....	52
第三章 共犯之共犯的制裁规范理论 .....	55
第一节 共犯的本质与共犯之共犯理论 .....	58
一、犯罪共同说与共犯之共犯理论 .....	59
二、行为共同说与共犯之共犯理论 .....	70
三、共同意思主体说与共犯之共犯理论 .....	78
第二节 共犯的属性与共犯之共犯理论 .....	89

2   共犯之共犯的规范理论研究	
一、共犯从属性说与共犯之共犯理论	93
二、共犯独立性说与共犯之共犯理论	107
第三节 本章小结	117
<b>第四章 共犯之共犯的规范构造</b>	<b>122</b>
<b>第一节 规范论与共犯之共犯</b>	<b>124</b>
一、刑法解释学视域中的共犯之共犯	124
二、规范论视域中的共犯之共犯	132
<b>第二节 共犯之共犯的规范构成</b>	<b>151</b>
一、共犯之共犯的社会规范	151
二、共犯之共犯的行为规范与制裁规范	171
第三节 本章小结	191
<b>参考文献</b>	<b>197</b>
<b>后 记</b>	<b>211</b>

## 第一章 导 论

共犯之共犯是一种具有内在复杂结构的反社会现象，这一反社会现象在现代性背景中显现出来，在司法实践领域引起定罪、量刑上的混乱。这种混乱主要是由两个方面的原因造成的：一个原因是共犯之共犯的立法例规范稀少，且只规定制裁规范的内容。对共犯之共犯的社会规范、行为规范的本质和特征的内容缺乏规定。另一个原因是刑法学理论限于运用刑法解释学的方法分析正犯与共犯及共犯之共犯之间的事实关系，而对共犯之共犯的社会规范和行为规范的本质和特征缺乏系统分析，特别是刑法解释学没有从社会规范中提炼出来的刑事政策方面考察共犯之共犯的犯罪性、罪责、可罚性和答责问题。

本书致力于建构共犯之共犯的规范理论体系。共犯之共犯规范体系的建构分三个层次进行考察：

第一个层次考察共犯之共犯在现代性背景下凸显的事实、原因和显著特征。目的在于证明统一正犯体系无法解释共犯之共犯现象的历史变迁及其时代特征，同时也阐明传统共犯理论也无法圆满解释共犯之共犯的不同形态和类型。第一个层次的分析是为建构共犯之共犯的规范理论体系奠定基础。重在考查共犯之共犯的社会规范特征，系统阐明共犯之共犯不仅与正犯之间存在复杂的关系，也与共犯之间存在复杂的关系，更重要的是与社会规范之间存在复杂的关系。在社会规范的作用下，通过刑事政策的价值选择功能和目的导向功能，共犯之共犯不仅作为一个反社会事实被理解，也作为一个法律价值规范被理解。拉兹的法律渊源理论、雅科布斯的纯粹刑法规范体系和罗克辛的以刑事政策为基础的刑法规范体系从不同侧面均支持这一研究进路。这一分析进路对传统刑法理论的知识学背景产生了巨大的冲击力，在我国的刑法学界尚未完全被接受。但这一分析进路是建构共犯之共犯规范理论体系的基础，对于建构共犯之共犯的规范理论体系至关重要。

第二个层次考察从制裁规范角度分析共犯之共犯现象的理论成果和严重缺陷。立法例只规定了共犯之共犯制裁规范部分的内容，将共犯之共犯的社会规范部分和行为规范部分的内容留给了刑法解释学。刑法解释学按照传统的分析法学派的框架建立了共犯的本质理论和本质属性理论。在此基础上将共犯理论的分析范式应用于对共犯之共犯的分析 and 理解。共犯本质论

讨论了犯罪共同说、行为共同说和共同意志主体说对共犯之共犯的犯罪性认识，共犯本质属性论讨论了共犯从属性说和共犯独立性说对共犯之共犯的可罚性认识。部分犯罪共同说将符合正犯犯罪构成中的某些显性特征的犯罪行为纳入共犯范畴的方式修改了完全犯罪共同说的内容，从而减少了共犯与正犯之间关系的刚性条件。部分犯罪共同说只要求共犯之共犯符合正犯犯罪构成要件一般条件及其某些显著特征，因而，能较好地理解共犯之共犯的犯罪性问题。共犯之共犯的立法例并没有将共犯从属性说或共犯独立性说贯彻始终，而是在关涉教唆犯的共犯之共犯时贯彻了共犯独立性说，但在关涉从犯的共犯之共犯时贯彻了共犯从属性说。刑法解释体系中的具体问题具体分析的方法并不能使共犯之共犯的规范体系更为周延。因其根据不在于共犯从属性说或者共犯独立性说的解释体系本身，而在于包含在这两种学说中的正犯性与从犯性认识图式符合了刑法传统和刑事政策的要求。

第三个层次考察共犯之共犯规范体系的构造问题。社会规范、行为规范、制裁规范是共犯之共犯规范体系的必要元素。社会规范在共犯之共犯的规范构造中具有终极支配力。本书认为共犯之共犯规范体系的构造不仅需要考虑犯罪的事实特征，同时应该考虑犯罪控制的价值特征和目的论追求。正是在这一认识基础上，雅科布斯将社会理解为一个规范的共同体的纯粹刑法规范体系具有基础地位，罗克辛将社会规范化约为刑事政

策的规范体系具有结构性地构造共犯之共犯的功能，高桥则夫在罗克辛理论的基础上将共犯论的构造精细化了。当然，以社会规范为基础的共犯论在应用于共犯之共犯的规范构造时仍然有很多具体细节需要澄清，但这已指明了共犯之共犯规范构造的基本方向，确立了共犯之共犯规范构造的基本框架。

本书分四章，第一章为导论，后三章具体分析了共犯之共犯的规范理论三个不同层次的内容。

第二章的内容是根据法律规范论的理解来讨论共犯之共犯的规范理论的社会根据和规范起点问题，而不是根据社会学法学的方法论来讨论共犯之共犯的规范理论的社会根据和规范起点问题的。

在所有的法学流派中，分析法学派提供了法律规范理论的经典样式。从奥斯丁、凯尔森、哈特到拉兹，分析法学派与社会事实之间的关系由疏离渐渐密切，主要贡献在于哈特和拉兹。奥斯丁认为法律是主权者的命令，凯尔森认为主权者的命令的终极渊源是宪法规范，哈特认为法律规范由次级规范、行为规范与制裁规范构成，制裁规范必须以行为规范为合法性根据，行为规范必须以次级规范为正当性理由。拉兹认为，社会事实是主权者的命令、宪法规范、次级规范、行为规范和制裁规范的终局性理由。法律渊源不仅指法律创制行为，还指所有使法律陈述为真或假的各种事实。根据拉兹法律渊源论的理解，无论是奥斯丁的主权者的命令、凯尔森的宪法规范，还是

哈特的次级规范都没有揭示法律的终极理由，法律的终极理由是社会事实。终局性法律理由是一般性法律理由，因而它们本身是社会事实。它们是不可废除的（undefeated）的理由，因而它们也依赖于无效事实（defeating facts）的不存在。渊源论要求解决相冲突理由的方式也要来源于社会事实，在一定程度上它来源于法律，这些事实也是法律渊源。拉兹将法律规范论的范围深入到了社会事实本身的规范性结构之中，极大地拓展了分析法学派的理论空间，也为共犯之共犯的规范构造奠定了坚实的社会基础。

由于共犯之共犯的立法例仅从制裁规范角度确立了共犯之共犯的刑事责任分配原则和计算标准，同时，共犯之共犯的教义学仅仅从类型学角度讨论了不同共犯之共犯人的刑事责任分配方式，因此，共犯之共犯的规范理论至今仍然没有建立起来，甚至部分已确立共犯之共犯立法例的国家和地区还废除了相关规定，这与共犯之共犯现象普遍增长的趋势相反。也就是说，刑法理论严重落后于共犯之共犯现象普遍增长的趋势。

我们利用拉兹的法律渊源理论，将共犯之共犯现象置于现代性背景下进行考察，目的在于提示人们注意现代性背景下共犯之共犯现象日益增长的趋势，它们的新特征以及在风险社会和风险刑法中我们应该如何规范地理解和应对共犯之共犯现象，而不是将共犯之共犯仅仅交付给刑事政策、刑法解释学、法律修辞学和司法能动主义，听凭政治家的刑事政策指导或法

官的“具体问题具体分析”或者刑法理论的任意解释就万事大吉。刑法理论必须明白，共犯之共犯现象具有深刻的社会背景，它属于社会事实不可分割的一部分，特别是在现代性背景下，共犯之共犯现象只会呈增长趋势，刑法学理论必须认真对待而不是漠然处之。

第三章的内容主要考察共犯理论及其新发展对共犯之共犯规范体系建构的贡献及其内在局限。

共犯之共犯的立法例偏好制裁规范的规定，而制裁规范搁置了共犯之共犯构成论上的具体规定。因此，关于共犯之共犯的犯罪性与可罚性的认识完全依赖于共犯论的扩展解释理论。

从共犯论的本质角度讨论犯罪共同说、行为共同说和共同意志主体说有利于形成对共犯之共犯的犯罪性认识。由于共犯之共犯的连锁性和多层次性特征，共犯之共犯与正犯之间的关系通过共犯构成一个复杂的共同犯罪网络。如何理解共犯之共犯在共同犯罪网络中的地位和作用成为认识共犯之共犯犯罪性的关键。行为共同说和共同意识主体说抓住了共犯与正犯之间关系的某一显性特征，并以此为基点展开对共犯的认识，但其周延性受到质疑。由于行为共同说和共同意识主体说缺乏周延性，而这种周延性的缺乏在应用于对共犯之共犯犯罪性的扩展解释体系时进一步加剧。因此，共犯之共犯的犯罪性认识难以使用行为共同说和共同意识主体说这两种缺乏包容性的学说进行解释。犯罪共同说在理解共犯与正犯关系时以犯罪构成论为



基础，犯罪构成论本身考察构成犯罪的各个要素，属于综合考察的方法，加之各种修正的犯罪构成理论的发展，使得犯罪共同说具有解释学上的包容性，因此，以犯罪构成论为基础的犯罪共同说具有其他学说所不具备的优势。由于犯罪共同说在复杂的共同犯罪情境中难以解释共犯与正犯的犯罪构成之间的完全一致性这一难题，因此，部分犯罪共同说将符合正犯犯罪构成中的某些显性特征的犯罪行为纳入共犯范畴的方式修改了完全犯罪共同说的内容，从而减少了共犯与正犯之间关系的刚性条件。本质上，部分犯罪构成说将行为共同说和共同意识主体说的合理要素纳入其犯罪构成理论中作为下位要素进行考察，从而增加了部分犯罪共同说的合理性和包容性。共犯之共犯的犯罪性与正犯之间的关系处于极为复杂的共同犯罪网络之中，要求共犯之共犯完全符合正犯的犯罪构成要件是不客观的，也是不可能的。部分犯罪共同说只要求共犯之共犯符合正犯犯罪构成要件的一般条件及其某些显著特征，因而能较好地理解共犯之共犯的犯罪性问题。具体而言，部分犯罪共同说以法益侵害为判断的基本标准，以因果关系为基本线索，同时，亦不排除因果关系与条件关系之间的内在转化的可能性，能较好地解释共犯之共犯的犯罪性问题。

从共犯的属性角度讨论共犯从属性说和共犯独立性说有利于形成对共犯之共犯的可罚性认识。共犯从属性说以正犯的犯罪构成成立与否为标准判断共犯的犯罪构成及其答责性的有