



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

北大刑法博士文丛(13) 陈兴良 总主编



BEIDA XINGFA BOSHI WENCONG

犯罪参与体系研究

——以单一正犯体系为视角

◎江 溯 著

FANZUI CANYU TIXI YANJIU



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛（13）

陈兴良 总主编

犯罪参与体系研究

——以单一正犯体系为视角

江 溯 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

犯罪参与体系研究：以单一正犯体系为视角/江溯著. —北京：
中国人民公安大学出版社，2010.1

(北大刑法博士文丛/陈兴良总主编；13)

“十一五”国家重点图书出版规划项目

中国法律适用文库

ISBN 978 - 7 - 81139 - 885 - 4

I. ①犯… II. ①江… III. ①刑事犯罪—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 001485 号

犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角

FANZUI CANYU TIXI YANJIU——YI DANYI ZHENGFA TIXI WEISHIJIAO

江 溯 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：北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次：2010 年 1 月第 1 版

印 次：2010 年 1 月第 1 次

印 张：11.625

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数：313 千字

印 数：1 ~ 3000 册

书 号：ISBN 978 - 7 - 81139 - 885 - 4/D : 723

定 价：28.00 元

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

电子邮箱：cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话（批销）：(010) 83903254

警官读者俱乐部电话（邮购）：(010) 83903253

读者服务部电话（书店）：(010) 83903257

教材分社电话：(010) 83903259

公安图书分社电话：(010) 83905672

法律图书分社电话：(010) 83905637

公安文艺分社电话：(010) 83903973

杂志分社电话：(010) 83903239

电子音像分社电话：(010) 83905727

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

经济学是一种统一的方法，适用于解释全部人类行为。

加里·贝克尔（美国芝加哥大学教授，1992 年度诺贝尔经济学奖获得者）

经济学是一门使人生幸福的艺术。

乔治·萧伯纳（英国戏剧家）

——题记

总 序

“北大刑法博士文丛”即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为总主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学术界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点质量高低的重要指数。在这种情况下，从已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的“北大刑法博士文丛”是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止，博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指它能开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我认为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述能使观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中最优秀的。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，饱含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事，对此，我深有体会。想到十多年前，我出版个人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生们的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

序

江溯的博士论文《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》即将出版，作为导师的我，对于本书的出版感到十分高兴，因为它以全新的视角对共犯体系进行了考察，对于我国共犯理论来说，是前沿性的学术成果。

我的博士论文（1988年）也是关于共同犯罪的，当我着手撰写名为“共同犯罪论”的博士论文的时候，我国刑法学的学术园地可以说是满目疮痍，而共犯论更是一片废墟。当我小心翼翼地在各个大学图书馆的角落翻出尘土掩面的民国刑法学著作，从中发掘出诸如正犯、共犯、片面共犯、间接正犯这样一些当时不见于刑法学教科书的“旧法名词”时，是缺乏一种学术自信的。转眼之间，二十年过去了，我国刑法学恢复重建，学术成果丰硕。在共同犯罪领域，研究的深度与广度不断拓宽，已经从我以一级标题为博士论文题目，发展到以三级甚至四级标题作为博士论文的题目。当2006年我的博士论文《共同犯罪论》第二版再版时，我已深感落后。只不过作为一个我国共同犯罪的学术史的标志性作品，仍然具有其历史的价值。当我的博士生江溯在开题之初向我提出以共犯论为题的时候，我还是予以肯定的，因为共同犯罪的理论确实有更新的必要。但当江溯以单一正犯体系为题，并且对单一正犯体系作出肯定性评价的时候，还是吓了我一跳。因为以单一正犯体系为内容的犯罪参与论，是德日最新流行的共犯理论，它几乎颠覆了传统的建立在正犯与共犯相区分基础之上的共犯理论，甚至消解了正犯与共犯的分界，并以犯罪参与

取代了共同犯罪，可以说这是一个相当叛逆性的题目。当然，出于对学术自主性的尊重，我还是同意了江溯的博士论文选题。现在，江溯经过辛苦的写作，终于完成了博士论文并顺利通过答辩。

从我的共同犯罪的博士论文到江溯的犯罪参与体系的博士论文，其间学术的变迁是十分巨大的，可以说我国赶上了国际刑法的学术思潮，这与二十年前的封闭隔绝是有天壤之别的。即使从我和江溯的两篇论文的内容来看，其间的差别也是难以道里计。二十年前，当我提出以正犯与共犯的区分为中心线索建构我国的共同犯罪理论的时候，我国刑法学界对于正犯与共犯这些概念都还是陌生的。这些年来，正犯与共犯的概念逐渐被我国的立法与司法所接受，成为处理共同犯罪案件的一种分析工具。而现在江溯的论文则完全否定了正犯与共犯的区分，认为这种区分在理论上是是不可能的，在实务上是不必要的。江溯在本文中按照单一正犯体系对我国刑法关于共同犯罪的立法规定进行了全新的塑造，认为我国刑法关于共同犯罪的规定更为接近于单一正犯体系，并对相关问题进行了法理上的探讨。可以说，在共同犯罪的根本问题上，我与江溯是完全对立的。当然，这是一种法教义学上的对立。

在哲学上，古希腊著名哲学家亚里士多德曾经说过一句名言：“吾爱吾师，但吾更爱真理。”因此，哲学上的创新往往是以对师门的一种叛逆的形象出现的。只有这样，才能突破传统的藩篱，开创理论上的新思。但我发现在法教义学上却存在一种十分有趣的现象，这就是师道的传承，因为教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”（康德语）。因此，在法教义学中，教义或者信条（Dogmatik）是法律逻辑推理的起点，具有某种“先验”的性质，对它是不容置疑的。在这样一种教义学研究基础上形成的刑法知识，本身并没有对错之分，只是提

供在不同条件下以及不同案件中可以选择的各种规则。通过法教义学向司法活动提供的规则，不像立法提供的规则那样具有强制性，而是可以在不同的教义学观点之间进行竞争的，如果被广泛地采用就成为通说，但即使是个别说也仍然具有其合理性。因此，通过法教义学向司法活动提供规则，类似于一种市场经济，其间充满了教义规则之间的竞争性。在这种情况下，师承关系及现象就成为这一学术市场中的一个景观。这一师承关系在刑法学中也体现得十分明显，尤其以德国与日本为甚。例如，2008年9月至12月，台湾东吴大学法律系的陈子平教授与我共同在北大开设“两岸刑法案例比较研究”课程。因为陈子平教授在日本早稻田大学留学时师从曾根威彦教授，因此在刑法学立场与观点的选择上，陈子平教授无一例外地以曾根威彦教授的观点为自己的观点，充分反映出师承性。虽然我也早有耳闻，但还是第一次亲眼所见。当时我在心里就暗自地想：一切以老师之说为自己之说，万一老师错了呢？老师错了学生也就跟着错了吗？学生个人见解的独立性又何在呢？这个想法是很朴素的，也是十分自然的。这一想法恰恰表明我对法教义学精神的领悟还不够深刻。其实，在法教义学上，学术观点是无所谓对错之分的，而且法教义学本身就是以“先验”的规则作为逻辑推理的起点的。因此，在复杂的学术背景中，选择一个老师作为自己的学术师承对象，以老师的观点作为学术研究的起点。这样，就能够不断地将某一师门的学术观点持之以恒地传承下去，从而极大丰富学术资源。由此看来，这样一种师承关系本身就具有教义学的性质，也使一个学科的学术脉络清晰。当然，这种师承也是有限制的，并非绝对地不允许突破。并且，在某些情况下也会因为对老师观点的不同理解而在同一个师门出现不同的传承路线。凡此种种，都是学术成熟的重要标志。

那么，我国是否可以推行这种师承关系呢？我以为条件尚不

成熟，因为我国根本没有建立起法教义学的传统。老师之间尚未形成不同的学派，在这种情况下，专门师承一个老师是不可能的。因此，在我国目前刑法知识转型的过程中，学生不必以老师之是是为是。这也正是我对江溯的博士论文的态度：即使师生之间对于某一个学术观点上完全相左，也是十分正常的。我想，只有等到我国形成了法教义学的传统，这种学术上的师承关系才可能出现。

江溯是北大法学院法律硕士毕业的，其硕士论文就是我指导的，后来他又考上了我的博士研究生。在攻读博士学位的四年当中，江溯曾经到美国加州大学伯克利分校法学院访学一年，开阔了理论视野，奠定了厚重的英美法系的刑法知识基础，尤其是对刑罚社会学的造诣颇深。当然，江溯的博士论文的内容还是属于德日刑法教义学的范畴，这也是我所期待的。因为江溯的德语和日语都有相当好的基础，因而大量地吸收了德日关于共犯的有关学说，这从本书的外文书目中也可以看得出来。就外语以及通过外语汲取学术资源的能力而言，江溯这一代人已经远远超过我们这些当老师的人，这就为我国刑法学知识与国际的接轨创造了条件。江溯在博士毕业以后又获得了到德国马普外国刑法与国际刑法研究所从事博士后研究的机会，这为将来的学术发展奠定了基础。在江溯明天即将远行赴德国之际，匆匆写下本序，也作为一种道别，期望江溯在学术之路上越走越远。

是为序。

陈兴良

谨识于北京大学法学院科研楼 609 工作室

2009 年 9 月 15 日即笔

目 录

导 论	(1)
第一章 犯罪参与体系的基础理论	(6)
第一节 犯罪参与体系与个人责任	(6)
第二节 犯罪参与体系与行为概念	(12)
第三节 犯罪参与体系与行为人概念	(17)
第四节 犯罪参与体系与犯罪论	(26)
第五节 犯罪参与体系与刑罚论	(31)
第六节 小结	(36)
第二章 二元参与体系的批判性考察	(38)
第一节 限制的行为人概念	(39)
第二节 正犯与共犯的区别	(53)
第三节 正犯与共犯的关系	(76)
第四节 共犯的处罚根据论	(91)
第五节 小结	(112)
第三章 一元参与体系的本体展开	(116)
第一节 单一正犯体系的历史考察	(118)
第二节 单一正犯体系的两种类型	(131)
第三节 单一正犯体系的理论基础	(167)
第四节 对单一正犯体系的批判及其反驳	(177)

第五节 小结	(192)
第四章 我国犯罪参与体系的归属	(194)
第一节 我国共同犯罪立法史与单一正犯体系	(196)
第二节 我国刑法理论上关于共同犯罪立法 体系的争论	(226)
第三节 我国犯罪参与的体系归属：以功能的单一 正犯体系为视角	(242)
第四节 小结	(256)
第五章 我国犯罪参与问题的具体解决	(258)
第一节 犯罪共同说与行为共同说	(259)
第二节 共犯从属性与共犯独立性	(279)
第三节 共犯的处罚根据论	(297)
第四节 过失的共犯	(302)
第五节 承继的共犯	(315)
第六节 片面的共犯	(321)
第七节 共谋的共犯	(327)
结 论	(331)
参考文献	(340)
后 记	(352)

导 论

刑法中作为评价对象的行为事实，通常是由一个人实施的，这是刑法评价关系最基本的原型，几乎所有的构成要件规定都是以这种结构关系为基础的。但是，一个行为事实也可以由数人共同作用而成，这就是犯罪参与论所要研究的问题。换言之，在刑法中，一个行为事实的形成关系有两种：第一，一行为人→一行为（→侵害一客体）→实现一构成要件，这是单一行为构成要件符合与否的问题；第二，数行为人→一行为（→侵害一客体）→实现一构成要件，这是犯罪参与论的问题。由于犯罪参与关系是由数人共同作用于一个行为事实，在刑法评价结构的判断上，除了必须考察行为的可罚性关系之外，更需首先理解数人如何作用于一行为的结构关系，犯罪参与论的任务，主要就在于厘清参与的结构关系，即确认数人在一个行为事实中，到底扮演了何种角色，对于参与的角色，是否个别给予一定的概念定位；进而探讨不同的参与角色的可罚性，以及法律效果形成的判断关系。^①

近现代以来，世界各国为了处理犯罪参与现象，在立法和学说中发展出了各种立法形式与犯罪参与体系，归纳起来大致可以分为区分正犯与共犯（教唆犯、帮助犯）的二元参与体系（Differenzierungssystem）与不区分上述参与形态的单一制（Einheitssystem）两大类。所谓二元参与体系，是指在法律条文之中，不仅

^① 参见柯耀程：《刑法总论释义》（修正法篇）（上），元照出版公司2006年版，第291页。

就犯罪之成立在概念上区分为“正犯”和“共犯”（教唆犯和帮助犯），而且在刑罚评价上对两者也加以区分的体系。采用这一体系的主要有《法国刑法典》（第 59 条以下）、《德国刑法典》（第 25 条以下）、《日本刑法典》（第 60 条以下）等。在这种体系之下，正犯被认为是实施符合基本构成要件行为（实行行为）的人；而共犯则是实施了基本构成要件行为以外的行为、符合所谓修正的构成要件的人。在二元参与体系之下，正犯是犯罪参与的核心，而共犯则是从属于正犯的，因此，在理论上，一旦确定了正犯，共犯也就随之确定。为了区分正犯与共犯，二元参与体系之下的实务和学说发展出了汗牛充栋的各种理论，但其结果并不令人满意。相反，这些理论使得正犯概念越来越脱离其基本内涵，由此出现了正犯概念的主犯化和二元参与体系的二分化。更有甚者，二元参与体系之下纷繁复杂的理论将整个犯罪参与体系变成了刑法上“最混乱和最黑暗”的“绝望之章”。

与二元参与体系相对的是单一正犯体系，又称为包括的正犯概念（umfassender Täterbegriff）或排他的正犯概念（exklusiver Täterbegriff），是指将所有共同参与犯罪实行的人均视为正犯，对于各个参与者，根据其参与的程度和性质来量刑；或者形式上虽承认犯罪参与形态的区别，但其区别作用仅限于量刑的体系。在单一正犯体系内部，存在形式的单一正犯体系和功能的（实质的）单一正犯体系两种类型。一般认为，单一正犯体系具有如下特征：（1）为犯罪成立赋予条件者，皆为正犯；（2）不重视行为形态的区别；（3）对于犯罪的成立，根据各个正犯的行为，个别地探讨不法和罪责；（4）对于各个正犯适用同一法定刑；（5）根据各个正犯的参与程度和性质来量刑。^① 采用这一立法体例的包括《意大利刑法典》（第 110 条以下）、《奥地利刑法

① 参见陈子平：《刑法总论》，元照出版公司 2008 年版，第 438 页。

典》(第12-13条)、《俄罗斯联邦刑法典》(第32条以下)等。主张二元参与体系的学者们对单一正犯体系提出了诸多批评,其中包括认为单一正犯体系违背了法治国思想、放弃从属性原则从而导致处罚范围不当扩大、量刑规定的粗糙化、责任判断的后置等,甚至指责单一行为人体系是主观主义的行为人刑法,背离了现代客观主义的行为刑法。这些批判是否合理?单一行为人体系真的如此不堪一击吗?单一行为人体系的理论基础何在?单一行为人体系的可行性如何?

以往我国学界对于犯罪参与立法模式,通常是从“分工分类法”和“作用分类法”这种两分法来理解的。但是,这种分类法并不科学,因为它过分简化了各国犯罪参与立法之间的区别。最近,有学者开始从二元参与体系和一元参与体系这种两分法角度对我国共同犯罪立法体系进行研究。其中,多数学者对于单一正犯体系仍然采取否定和批判态度,主张我国共同犯罪立法应当采用二元参与体系;^①只有极少数学者认为二元参与体系存在根本缺陷,而单一正犯体系更具前瞻性和合理性。^②到底哪一种犯罪参与立法体系更为合理?从我国关于共同犯罪的立法史和现行规定来看,我国刑法采用的哪一种犯罪参与立法体系呢?无论我国刑法采取了哪一种犯罪参与立法体系,都有一个更加重要的问题,即如何在刑法解释论上贯彻这种体系的基本原理呢?

本书主要分为五个部分:第一部分首先从犯罪参与体系的根

① 参见,例如,陈家林:《共同犯罪研究》,武汉大学出版社2004年版,第1~5页;张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第315~316页;叶良芳:《实行犯研究》,浙江大学出版社2008年版,第29~35页。

② 参见陈世伟:《论共犯的二重性》,中国检察出版社2008年,第105~136页。

本问题出发阐述了犯罪参与体系的基础理论。笔者认为,从犯罪参与现象本身来看,乃是一种集体现象;而从现代刑法的基本原理来看,则要求贯彻个人责任。犯罪参与体系的根本问题就在于如何适当地将集体现象产生的结果归责给个人。在此基础上,笔者对二元参与体系和一元参与体系进行了全面、深入的比较,并说明一元参与体系才是值得采用的犯罪参与体系。

第二部分批判性地分析以德日刑法为代表的二元参与体系,认为其存在以下主要缺陷:限制行为人概念违背了刑法的目的;正犯与共犯之间的区分在理论上不可能,在实务中不必要;共犯从属性说违背个人责任原则;共犯的处罚根据论则导致了二元参与体系的二分化。正是由于存在这些缺陷,导致二元参与体系本身出现了许多理论上的困惑和逻辑上的混乱。在这个意义上,笔者认为二元参与体系并不值得采用。

第三部分详细分析单一正犯体系的历史(包括立法史和学说史)、单一正犯体系的类型化、单一正犯体系的理论基础,在此基础上反驳了二元参与体系对单一正犯体系的各种批判,最后论证了单一正犯体系的可行性。笔者认为,单一正犯体系(尤其是功能的单一正犯体系)正确地区分了构成要件层面的问题,即在众多的参与者中哪些值得处罚的问题和量刑的问题也即如何处罚这些可罚的参与者的问题,适当地处理了集体行为与个人责任之间的关系,因此是值得我国借鉴的犯罪参与体系。

第四部分探讨我国共同犯罪规定的体系归属问题,首先从立法史上正本清源,说明我国共同犯罪的规定并不是德日的二元参与体系,而是以《唐律》为代表的传统刑事立法和革命根据地时代以来的刑事政策与刑事立法的结合;其次,梳理了我国关于犯罪参与体系的争论,认为以往分工分类法和作用分类法的两分法是不可取的,有必要引入二元参与体系与一元参与体系的分析视角。笔者认为,我国共同犯罪规定显然不属于德日的二元参与