

A Library of Academics by PhD Supervisors

博士生导师学术文库



# 共犯论争议问题研究

郑泽善 著

A Library of Academies by PhD Supervisors

博士生导师学术文库



# 共犯论争议问题研究

郑泽善 著

## 图书在版编目 (CIP) 数据

共犯论争议问题研究/郑泽善著. —北京: 中国书籍出版社, 2018. 10

ISBN 978 - 7 - 5068 - 7051 - 1

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

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第 241443 号

## 共犯论争议问题研究

郑泽善 著

---

责任编辑 李 新

责任印制 孙马飞 马 芝

封面设计 中联华文

出版发行 中国书籍出版社

地 址 北京市丰台区三路居路97号 (邮编: 100073)

电 话 (010) 52257143 (总编室) (010) 52257140 (发行部)

电子邮箱 eo@chinabp.com.cn

经 销 全国新华书店

印 刷 三河市华东印刷有限公司

开 本 710毫米×1000毫米 1/16

字 数 348千字

印 张 20

版 次 2019年1月第1版 2019年1月第1次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5068 - 7051 - 1

定 价 89.00元

---

版权所有 翻印必究

## 作者简介

郑泽善，黑龙江尚志人，1992年4月—2000年3月留日学习，2000年3月获法学博士学位（中京大学），1997年4月—2003年7月任中京大学、名古屋女子大学等多所大学非常勤讲师，主讲《法学概论》等课程，2003年8月到南开大学法学院任教，教授，博士生导师；中国比较法研究会理事，主要研究方向为中国刑法，外国刑法（日、韩）、刑事判例制度。

著有《刑法总论争议问题研究》（北京大学出版社2013年，2010年度国家社科后期资助项目）、《刑法分论争议问题研究》（中国人民大学出版社2015年，2012年度国家社科后期资助项目）等四部，在《法学研究》《政治与法律》《中国刑事法杂志》等中外期刊上发表论文50多篇。

## 前 言

共犯论素有“绝望之章”之称,由于共犯论涉及的理论和实践问题复杂而又艰深,因此,历来都是大陆法系刑法理论界关注的重要问题之一。该理论虽然在大陆法系的刑法理论界有近百年的研究历史,然而至今尚有许多问题处在激烈的争论之中。多年来,我国刑法学界同样较为重视共犯论的研究,但就整体而言,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:首先,研究的深度和广度有限,创新性明显不足。主要表现在,目前我国绝大多数刑法教科书,只是围绕着共同犯罪的概念、成立条件、形式、分类、刑事责任以及共同犯罪与犯罪形态、身份等几个有限的问题展开讨论。针对共犯论的体系、共犯的处罚根据、共犯的因果性、共犯的本质、共犯与正犯的关系等共犯论的根基性问题,不仅较少涉猎,相关研究远远没有获得充分、深入的展开。其次,部分观点已经明显过时,难以应对司法实践的需要。比如,有关共犯的处罚根据,即共犯没有直接实施侵害法益的实行行为,缘何还要受处罚的问题,我国刑法通说采用的是缺陷丛生、在大陆法系已被完全淘汰的责任共犯论的立场;又比如,在共犯的性质问题上,早已被大陆法系刑法学界所摒弃,将心情刑法发挥到极致的共犯独立性说依然在我国刑法学界大行其道;再比如,在共犯的本质和共犯要素从属性问题上,否定“责任个别作用”的犯罪共同说和极端从属性说,不仅在我国刑法理论界,在实务界也拥有相当广泛的学说和市场等等。这些问题的存在,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。本书以违法性的本质在于法益侵害为主线,运用比较研究、规范阐释和具体案例分析等研究方法,立足于中国实际问题,围绕共犯论的基础领域以及延伸问题展开全方位的、深入的研究,追根求源、洋为中用,尝试构筑能够有效地指导司法实践的、合理的共犯论体系。本书的主要内容有:

共犯的处罚根据与违法性的本质问题具有密切的关联性。之所以处罚共犯,是因为共犯以正犯为中介,间接地引起了法益侵害的结果,因此,共犯也有法益侵害性。共犯是否违法,取决于正犯是否违法,即在违法性问题上,共犯具有从属性。在有身份者教唆、帮助无身份者实施无身份者不能构成之罪的情况下,由于无身份者所实现的构成要件中,已经包含了身份犯的构成要件,因此,有身份者成立身份犯的共犯。在教唆他人杀人,但是被教唆人未能将被害人杀死的情况下,当然对杀人的未遂成立教唆犯。未遂教唆由于没有这种故意,因此,未遂教唆不可罚。而帮助犯的因果关系是“心理上或物理上的促进、强化正犯行为”这一作用。

德、日、韩等国家的共犯论体系是以正犯为中心建立起来的,共犯是以正犯为其前提的概念。刑法以分工分类法对共犯人进行分类,正犯不仅是其中的核心概念,也是共同犯罪定罪、量刑的中心。因此,在共犯论中,最基本的问题便是怎样区分正犯与共犯。在我国的刑法理论中,并没有正犯概念,我国刑法将参与共同犯罪的行为人分为组织犯、主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。有关正犯与共犯的区分问题,在我国的刑法理论界,有规范性实行行为说和实质客观说之争,虽然重要作用说具有相对合理性。但是,在共犯论体系不同的语境之下,探讨两者的区分,可谓无奈之举。这一问题的根本解决,最好是在修订刑法条文时,规定相关条款。

所谓间接正犯,是指将他人作为犯罪工具加以利用,实施自己犯罪的情形。间接正犯与直接正犯一样,也是正犯的一种表现形式,但是,在以他人的行为为中介侵害或威胁法益这一点上,又和教唆犯极为相似。因此,间接正犯这一犯罪形态,可以说是处于作为正犯的直接正犯和作为共犯的教唆犯的边界上的一种形态。由于我国刑法对共同犯罪人的分类没有采用大陆法系的分工分类法,即正犯与共犯的区分;而是采用作用分类法,即分为主犯、从犯与胁从犯,教唆犯只是一种补充。我国刑法中既然没有正犯概念,当然也就没有间接正犯概念。在主、从犯共同犯罪体系和共犯、正犯共犯论体系这一不同语境之下,探讨正犯和共犯的区别以及间接正犯等问题可谓一种无奈之举。

共犯论是大陆法系刑法理论中最为复杂的领域,共犯与身份关系则是其中尤为困难的话题。由于这一问题与共犯的处罚根据等具有密切的关联性,因此,围绕这一问题的争论异常激烈。在因果共犯论的内部,就怎样理解和把握违法性的相对性而分成不同观点。在这里,共犯者引起的不法事态并不等于正犯者引起的不法事态。纯粹引起说重视共犯不法,因此,将共犯不法视为共犯的处罚根据。修正引起说则重视正犯不法,因此,如果能够肯定正犯不法,就可以以从属的形式

肯定共犯的成立。折中引起说则以共犯引起违法事态为中心,同时要求引起正犯不法。

在我国司法实践中,存在片面共犯是不争的事实,理论上如果否定片面共犯是共同犯罪,就割裂了片面共犯与其所配合的犯罪行为的联系,使得司法实践中的片面共犯行为因找不到法律依据而无法予以处罚,从而放纵犯罪;如果以共犯处罚,则缺乏理论上的依据。有关片面共犯能否成立,在中外刑法理论界,存在肯定说、否定说、部分肯定说之争。肯定说和否定说的缺陷比较明显,与此相比,部分否定说相对合理。

过失共同正犯,是指二人以上的行为人,在共同实施某一行为时,由于全体人员的不注意,共同引起符合过失犯构成要件的情形。在大陆法系,有关过失共同正犯问题,过去的主流观点一般认为,这一问题与犯罪共同说和行为共同说有密切的关联性。即犯罪共同说取否定说,行为共同说则取肯定说。然而,随着可以将过失犯的客观注意义务视为实行行为,因此,完全可以将共同实施不注意的行为理解为“犯罪的共同”。同样,基于行为共同说,以共同实施自然行为为由,将所实现的不法或结果归责于所有共同者,也没有充分的说服力。我国现行刑法明确否定了过失的共同犯罪,因此,试图从解释论上肯定过失的共同犯罪,几乎不可能。因此,有关过失共同正犯问题,有从立法的角度重新思考之余地。

承继共同正犯,是指对某一个犯罪,先行行为者着手实施后,在行为尚未全部实行终了的时段,后行行为者介入进来,在与先行行为者取得意思上的联络后,共同实施犯罪的情形。承继共同正犯的成立范围,应当限定在:后行行为者将先行行为者的行为和结果作为实现自己犯罪的手段,基于利用该行为和结果的意图而加以利用的情况下,应将这种行为视为后行行为者利用、补充先行行为者的实行行为,具体判断应以价值、规范意义上的等同性为基准。

必要共犯,在共犯领域一般限于任意共犯。必要共犯是刑法分则中的一种规定,即只有二人以上才能构成的共同犯罪。刑法规定必要共犯的意义在于:既可以区分共同犯罪的类型,在某些情形下,又可以排除刑法总则关于共犯规定的适用可能性。在我国刑法中,必要共犯包括聚众犯和对向犯两种。根据刑罚处罚规定的不同,对向犯又可以分为三种类型。针对刑法分则不予处罚的对向性参与行为,能否根据刑法总则有关教唆犯和帮助犯的规定进行处罚?对此,有立法者意思说、实质说和折中说的对立。

同一构成要件内的具体事实错误,是指教唆犯、帮助犯所认识的犯罪与实行犯所实施的犯罪,在行为的事实情况方面虽然不符,但二者的犯罪构成要件相同。

就这一问题而言,法定符合说相对合理。有关不同构成要件之间的错误,教唆犯只有在实行犯的实行行为与其所教唆之间存在紧密关联性时,才应对实行犯的既遂负责。针对实行犯所造成的过剩结果,教唆犯并不负责。不同的共犯形式虽然分属于不同的行为规范,但是,当它作为行为规范发生作用时,作为一种故意,在一般人的认识层面上发生重合,因此,可以在有责的违法限度内,成立其中较轻的共犯形式。

共犯关系的脱离,是指在共同犯罪过程中,部分共犯人从共犯关系中退出,其他共犯人继续实施犯罪并达到未遂或既遂的犯罪形态。共犯关系脱离是有关犯罪结果的归属问题,而共犯中止是事关已成立的未遂犯的可罚性问题。前者属于共犯论特有的问题,后者与其说是共犯论问题,不如说是未遂犯论问题。尽管二者存在部分重合,共犯关系的脱离有可能适用共犯中止规定,但二者的本质却不同。

不作为与共犯包括两种情形:一种是基于不作为的共犯,包括基于不作为的共同正犯、教唆犯和帮助犯;另一种是针对不作为的共犯,包括针对不作为的教唆和帮助。有关不作为的共同正犯,应采纳全面肯定说,基于不作为的教唆则应限定在一定范围之内,而基于不作为的帮助同样可以全面肯定。有关不作为的共同正犯与帮助犯的区别,如果行为人具有保障人(作为义务)地位,可以肯定正犯的成立,如果行为人只具有阻止犯罪实施的义务,则可以肯定帮助犯的成立。另外,针对不作为的教唆和帮助均可以肯定。

本书中的部分专题曾经在不同期刊上发表过,而本书中的大部分内容在研究生的教学过程中进行过讨论。本书主要是以研究生为主要对象而撰写的,当然,也可供研究人员参考。本书中的部分观点还有很多不成熟之处,作者衷心期待广大读者和学界同仁提出不足之处,以便进一步进行深入的研究。

# 目 录

---

## CONTENTS

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 前 言 .....             | 1   |
| 第一章 共犯的处罚根据与从属性 ..... | 1   |
| 第二章 正犯与共犯之区别 .....    | 28  |
| 第三章 共谋共同正犯 .....      | 51  |
| 第四章 共谋之射程 .....       | 75  |
| 第五章 间接正犯与教唆犯之区别 ..... | 95  |
| 第六章 共犯与身份 .....       | 114 |
| 第七章 片面共犯 .....        | 130 |
| 第八章 过失共同正犯 .....      | 149 |
| 第九章 承继共犯 .....        | 173 |
| 第十章 犯罪预备与共犯 .....     | 194 |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第十一章 必要共犯 .....       | 210 |
| 第十二章 共犯与错误 .....      | 229 |
| 第十三章 共犯关系的脱离 .....    | 247 |
| 第十四章 不作为与共犯 .....     | 271 |
| 第十五章 结果加重犯的共同正犯 ..... | 289 |
| 主要参考文献 .....          | 305 |

## 第一章 共犯的处罚根据与从属性

在大陆法系的刑法理论中,一般将共犯分为正犯和共犯。正犯,是指实施符合构成要件的行为,实现自己犯罪意图的人,与此相反,共犯则是指没有亲手实施符合构成要件的行为,而是帮助或教唆他人实施犯罪行为的人,具体而言,是指教唆犯或帮助犯。在这里,共犯并没有直接动手实施符合构成要件的行为,缘何应受处罚?源于德国的有关共犯的处罚根据,在大陆法系的刑法理论界,一直并没有得到应有的重视。虽然有过这方面的学说,然而,这些学说一般从形式性角度出发,认为共犯之所以应受处罚,是因为其符合教唆犯、帮助犯等修正的犯罪构成,而没有从实质性立场出发,对这一问题进行过深入的探讨。因此,围绕共犯的处罚范围,经常出现激烈的争论。比如,唆使他人自杀的行为人能否构成杀人罪的教唆犯?当事人唆使他人帮助自己毁灭、伪造证据的,当事人是否构成帮助毁灭、伪造证据罪的共犯,等等。所有这些问题应当如何解决,能否有一个统一的理论基础?

共犯从属性中的“共犯”是指与正犯相对应的狭义的共犯,而不是指广义的共犯,因此,共同正犯不存在从属性问题。当然,也有观点认为共犯从属性中的“共犯”,一般是指广义的共犯,因此在共同正犯中也存在从属性问题,不过这种观点没有被人们所接受。<sup>①</sup>狭义共犯——即教唆犯、从犯的成立与正犯具有密切的关联性。而所谓的共犯从属性,并不是指上述逻辑意义上的从属性,而是指教唆犯、帮助犯的成立是否从属于正犯行为的存在这一从属性的有无,以及当共犯的成立从属于正犯行为时,正犯行为需要具备何种程度的犯罪成立要件这一从属性程度问题。从逻辑意义上来讲,从属性的程度应当以从属性有无作为议论的前提。共犯独立性说并不意味着否认正犯、教唆犯和帮助犯的区别。正如有学者所指出的

---

<sup>①</sup> 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第294页。

那样,“任何人也不能否认,在现行法上,正犯与共犯的行为样态或定型是不同的。正犯是杀人的人,教唆犯是教唆他人使之杀人的人,帮助犯是帮助正犯杀人的人。对此,共犯独立性论者也不否认。否认这一点的是共犯否定论(即实质的统一的正犯概念),不是共犯独立性说”<sup>①</sup>。

共犯独立性和从属性问题是大陆法系国家和地区的刑法学家在研究共同犯罪时所普遍探讨的问题,从形式层面上来说,它所要解决的是共犯中正犯与狭义共犯的问题,从实质层面上来讲,它是有关教唆犯、帮助犯的成立以及可罚性的理论前提。由于我国的共犯理论与大陆法系的共犯理论有所不同,因此,有关共犯的独立性与从属性问题,在我国的刑法理论界研究并不多。然而,即便共犯理论有所不同,由于共犯理论有一个共性,因此,我们也有必要探讨这一问题。

## 一、有关共犯处罚根据的中外学说概观及评析

### (一) 责任共犯论

一般认为,责任共犯论是一种着眼于教唆犯构筑的理论。责任共犯论在共犯与正犯的关系上探求共犯的处罚根据,主张共犯是因为使正犯堕落,陷入罪责和刑罚而受到处罚。

在德国的刑法理论界,责任共犯论的代表人物是 H. 迈耶。他认为,教唆犯一方面针对法益,另一方面针对正犯施加侵害,因此,犯了两种形态的罪。他认为,与其在外部损害的引起上,不如在对伦理秩序的侵害上寻求犯罪的本质,这种诱惑要素比起客观的法益侵害,原则上更为重要。虽然教唆犯对法益侵害的程度还没有达到被称为杀人的强烈程度,但是,教唆犯毕竟制造出了杀人犯。因此,教唆犯应当和正犯负相同的刑事责任。所谓“正犯实行了杀人行为,教唆犯制造了杀人犯”,<sup>②</sup>便是责任共犯论的经典表述。

在日本的刑法理论界,倾向于责任共犯论的学者并不多,可举的主要有庄子邦雄教授。他认为,教唆犯,可以说具有两面性。教唆犯,一方面不亲自动手,只是引起正犯的行为。与正犯相比,相对于正犯所实施的行为而言,处于非常轻的关系上。但是,另一方面,教唆犯在诱惑正犯使其实施犯罪行为这一点上,具有比正犯更重的责任的可能。如果说犯罪的本质是违反伦理秩序,而并不重视外部损害的引起的话,可以说,诱惑他人实施犯罪比客观上侵害法益更为重要。因此,强

<sup>①</sup> [日]平野龙一:《刑法总论 II》,有斐阁 1975 年版,第 344 页。

<sup>②</sup> [日]大越义久:《共犯论再考》,成文堂 1989 年版,第 71 页。

调诱惑的一面的话,必须说其是和正犯具有同样的犯罪性的类型。虽说教唆人不是杀人犯,但由于诱惑杀人犯使其杀人,因此,教唆犯和杀人犯可以被同等评价。<sup>①</sup>

责任共犯论的理论特征是:在与违法性的本质问题上,取行为无价值论。由于与正犯不同,共犯是因为使正犯堕落,具有反社会伦理性(行为无价值)而受处罚。在要素从属性上,就会采纳极端从属性形式或夸张从属性形式。因为不具有责任的人不能使其堕落,因此,成立共犯,正犯具有责任是不可缺少的。在犯罪共同说和行为共同说的对立问题上,就有可能取犯罪共同说。只有具备有责的行为才可能存在犯罪,共犯在这一点上是共同的。

责任共犯论对未遂教唆,有可能得出可罚的结论。教唆犯使正犯产生犯意,而使正犯堕落。基于同样的理由,还会认为未遂教唆在共犯使正犯产生犯意之时就应当是可罚的。因为在未遂的限度内,教唆犯已经制造出了犯罪人。就共犯与身份而言,即使在加重的身份乃至责任身份上,共犯都从属于正犯。

责任共犯论根据与刑法上的法益保护没有直接关系的正犯堕落、诱惑这一心情的、伦理的要素,赋予共犯的处罚根据以基础,从在法益保护上寻求刑法任务的立场来看,这一点正是这种学说的致命缺陷。基于这种原因,在大陆法系的刑法理论界,现在几乎没有学者支持这种学说。

## (二)不法共犯论

不法共犯论认为,共犯是因为使正犯陷入反社会的状态,破坏了社会的和平而应受处罚,这是以人的不法论为其出发点的学说。

在德国的刑法理论界,不法共犯论的典型代表人物是威尔泽尔(Welzel)。他认为,处罚共犯的内在根据并非在于共犯把正犯引入责任和刑罚,而在于共犯通过社会难以忍受的行为即符合构成要件、违法的行为,诱发或者促进了违法行为。也就是说,共犯并非因为社会难以忍受而受到处罚,而是因为唤起了正犯实施违法行为的决意,或者为了使正犯完成这一违法行为给予帮助而受到处罚。正犯行为正是因为社会的不可忍受才是违法的,因此,他所说的“违法”具有在行为无价值上寻求违法本质的“人的不法”的意义。<sup>②</sup>由此可见,威尔泽尔的主张是一种在引起他人(正犯)的行为无价值上寻求共犯处罚根据的学说。威尔泽尔的这种主张又被称为“不法参与说”。

<sup>①</sup> [日]中山研一等著:《Revision 刑法1》(共犯论),成文堂1997年版,第15页。

<sup>②</sup> [日]高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,成文堂1988年版,第130页等。

威尔泽尔“不法参与说”的理论根据是行为无价值论。在他看来,并不是与行为人的内容相分离的法益侵害就可以说明违法,行为只有作为一定行为人的行为时才是违法的。行为人设立何种目标,采取什么客观行为,行为人以什么心情实施行为,在这种情况下行为人负有什么义务,所有这些,与可能发生的法益侵害一起,决定行为的违法。违法性是对与一定行为人有关的行为的否定,违法就是与行为人有关的“人的”行为的违法。威尔泽尔从行为本身的样态以及行为人主观恶性上寻求违法性的根据。而且,威尔泽尔认为,结果无价值只是人的违法行为的部分要素,即法益侵害并不能完全说明行为的违法性;结果无价值只有在人的违法行为的行为无价值中才具有意义。因此,可以说他的行为无价值论是典型的一元的行为无价值论。

在日本的刑法理论界,主张不法共犯论的代表人物之一是大塚仁教授。他把共犯的处罚根据区分为形式性侧面和实质性侧面。作为教唆犯、从犯的处罚根据,在形式上需要教唆人、帮助人的行为符合教唆犯、从犯的被修正的构成要件,是违法的,教唆人、帮助人具有责任。作为实质性根据,教唆犯需要唆使被教唆人使其产生实行犯罪的决意,而且,由其实行而引起了违法的事态;从犯需要实施对正犯的实行进行帮助的行为,而且,其帮助使正犯的实行变得容易。它们之间必须存在因果关系。所以,在属于被教唆人、被帮助人的正犯那里,具有核心意义的是由其实行行为产生了对刑法所保护法益的侵害或者危险,因而受到处罚;在教唆犯、帮助犯那里,由其教唆行为、帮助行为引起正犯实施对法益的侵害或者危险,虽然是间接的,但是,提供了重要的原因,这可以说是其受到处罚的根据。另外,因为应该对各个行为人具体地论及其责任,所以只要正犯行为符合构成要件且是违法的就够了,不应该将正犯也具有责任作为处罚教唆犯、从犯的要件。与德国刑法不同,虽然在日本刑法中看不到有妨碍采用责任共犯说的条文制约,但是与共犯的限制从属形态相关联,关于狭义共犯的处罚根据,不法共犯说的立场是妥当的。<sup>①</sup>

不法共犯论的理论特征是:教唆犯之所以被处罚,其实质根据在于,使正犯产生实行犯罪的决意,并基于此而实施行为,引起了违法事态。其重视教唆行为与正犯行为之间的因果关系,但认为这种因果关系只要求在教唆与正犯的违法行为之间存在,不需要与结果引起之间存在关联。在限制从属形式下,包括对故意的

<sup>①</sup> [日]大塚仁著,冯军译:《刑法概说·总论》(第3版),中国人民大学出版社2003年版,第247页以下。

从属,表现出强烈的对正犯的从属倾向。此外,强调正犯与共犯性质的不同,因此,主张两者的处罚根据应当予以分离。对未遂的教唆,因为它使正犯在未遂的范围内,实施了符合构成要件的违法行为,所以无条件地加以肯定。根据这种学说,只要正犯实施了违法行为,就成立共犯,于是在事实上肯定了违法的连带性。所谓违法的连带性,是指如果正犯行为违法,正犯的违法性与共犯的违法性具有连带关系。<sup>①</sup>问题是,这有可能导致并不妥当的结论。比如,甲教唆乙杀死自己,而乙虽然实施了杀人行为,但是并没有达到既遂。在这里,乙毫无疑问地成立嘱托杀人罪的未遂,那么,甲是否成立嘱托杀人未遂罪的教唆罪呢?根据不法共犯论,正犯实施了嘱托杀人这一违法行为,而这个行为正是甲所教唆的,正犯行为的违法性连带到共犯行为,当然甲也应当成立教唆罪。

### (三)因果共犯论(引起说)

因果共犯论认为,共犯是因为与正犯共同引起正犯实现的结果而受到处罚,这种学说又称原因设定说或引起说。

既然共犯是通过正犯来引起法益侵害,那么,这个法益相对于共犯者来说是否受到保护就成为问题。也就是说,在考虑法益侵害的时候,必须考虑法益侵害主体的地位。如前所述,教唆他人杀死自己,而被教唆者虽然实施了杀人行为,但在并没有实现既遂的情况下,正犯虽然成立嘱托杀人未遂罪,但是,教唆者并不成立教唆罪,因为考虑到法益主体的地位,嘱托杀人未遂这一未遂结果,并不能为教唆者的行为赋予违法性。如果说不法共犯论通过引入违法相对性的概念,作为例外来解释为何教唆者不成立教唆罪,因果共犯论则是从正面来加以说明,即自己侵害自己的法益并不违法。同样,通过他人来侵害自己的法益,也不属于违法,由于并不存在处罚共犯的根据。因果共犯论在如何理解共犯的成立要件上存在分歧,即为了成立共犯,正犯行为是否需要符合构成要件。有关这一问题,主要有纯粹引起说、修正引起说和折中引起说的对立。

这种学说认为,教唆或者帮助正犯,实际上就是共犯人亲自动手,侵害刑法分则所保护的法益;共犯的违法性以共犯自身的违法性为基础,和正犯无关,因而从正犯的违法性当中完全独立出来。根据这种学说,“没有共犯的正犯”以及“没有正犯的共犯”均可以成立。另外,根据这种学说,必要的共犯是不可罚的;教唆未遂,如果在“意思的危险”上探求未遂处罚的根据就是可罚的,如果在“法益侵害的危险”上探求未遂处罚的根据就是不可罚的;未遂教唆是不可罚的;与共犯独立性

<sup>①</sup> 陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第46页。

说或者最小从属性形式相结合;身份要素除了显示出法益侵害的事实依赖性情况外个别地发挥作用;肯定对非故意行为成立共犯。<sup>①</sup>

纯粹引起说,尽管能够对各自分担实行行为的共同正犯的处罚根据做出合理的说明,但对于只有通过担当实行行为的正犯,才能对犯罪结果产生影响的教唆、帮助行为的处罚根据,则难以做出合理的说明。由于就没有正犯的共犯情形而言,在正犯行为合法的时候,对于参与其中的共犯行为人仍然要处罚,明显扩大了共犯的处罚范围。按照这种学说的逻辑,教唆或者帮助他人实施正当防卫或者紧急避险行为,也会被作为具体犯罪的教唆或帮助处理。同时,这种学说在证明过程中也存在明显的不足。所谓共犯,就是没有亲自动手实施犯罪构成要件实行行为,而是通过正犯来实现引起构成要件结果的人,在正犯没有引起侵害结果的时候,共犯怎能引起构成要件结果?除非将因果关系抽象地理解为心理上的因果关系,否则难以想象。因此,共犯的违法性,在结局上,只能在有正犯介入法益侵害的情况下才能存在,否则,很难想象其具有独自的违法性。<sup>②</sup>

这种学说认为,共犯的处罚根据在于共犯通过使正犯实施实行行为,参与引起了法益侵害的结果。这种学说在德国和韩国的刑法理论界,处于通说的地位。这种学说的基本观点是,共犯者的不法并不在于其行为本身,而是从正犯者的不法所导出。换言之,之所以处罚共犯者,是因为其引诱、促进了正犯的行为。共犯没有独立的违法性,共犯的不法,从属于正犯的不法。按照这种学说,共犯并非直接引起正犯的结果,而是通过对正犯行为的引诱、促进,间接地引起正犯结果。这种学说否定“人的违法相对性”而肯定“违法的连带性”,既否定“没有正犯的共犯”,也否定“没有共犯的正犯”。由于违法连带性的主张源于否定人的不法的传统的客观违法论,因此,这种学说基本上倾向于结果无价值论。又因为主张违法连带性,因此,也有限制从属性的倾向。<sup>③</sup> 这种学说在解释论上的结论是:虽然必要的共犯不能作为共犯受到处罚的实质理由是因为缺乏违法性,但是根据修正引起说,在正犯行为是违法的限度内却成为可罚的;未遂教唆是不可罚的;教唆未遂是可罚的;与限制从属性形式相结合;违法身份连带地发挥作用,责任身份个别地发挥作用;肯定了对非故意行为成立共犯。<sup>④</sup>

修正引起说对未遂教唆或陷害教唆问题难以自圆其说,由于主张修正引起说

① [日]川端博:《刑法总论》(第2版),成文堂2000年版,第429页。

② 黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第508页。

③ 陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第50页。

④ [日]川端博:《刑法总论》(第2版),成文堂2000年版,第429页。

的观点,大多是以教唆者不具有教唆故意,而否定未遂教唆、陷害教唆的可罚性;问题是,根据其理论主张,即便仅仅引起正犯的未遂也构成违法,因此,如果按照违法连带性的主张,则陷害教唆或未遂教唆也具有可罚性。之所以出现这种矛盾,是因为修正引起说强调违法连带性之结果,而忽视了共犯所具有的独立的不法性。

这种学说认为,违法性的实质是偏离社会相当性的法益侵害或者危险,共犯的违法性不仅仅是侵害法益的结果无价值,侵害法益的方法、形态之类的行为无价值也必须考虑在内,因此,共犯的处罚根据,仅仅是和正犯引起的法益侵害结果具有因果关系还不够,还必须是以帮助、教唆的方法,为正犯侵害法益做出了贡献。即共犯的违法性,一半以正犯行为为基础,一半以共犯行为本身的违法性为基础。<sup>①</sup> 这种学说一方面承认共犯不法的独立性,另一方面,从限制正犯概念的立场出发,又强调共犯本身并不能直接侵害法益,它必须通过正犯的行为,才能侵害法益。即认为由共犯行为所引起的法益侵害的危险性是抽象的危险犯或预备行为的危险性,必须有正犯行为所引起的法益侵害的具体危险存在之后,才能形成共犯的结果无价值。

这种学说把要求正犯符合构成要件的不法行为或者理解为“基于构成要件明确性的法律意义上的依赖性”,或者作为“共犯行为的法治国家的限定”看待。在这种情况下,共犯的处罚根据在第一层意义上是因为引起“符合构成要件的结果”,或者“侵害对共犯也应受保护的法益”。这种学说借助明确性、限定性要求,通过要求“存在正犯不法”制约共犯的处罚范围。因此,被杀者实施的嘱托杀人的教唆因为没有引起“他杀”是不可罚的;犯人实施的隐灭证据的教唆既然没有“由正犯实施的对他人的证据的隐灭”,这一共犯也是不可罚的。而且,这种学说所说的共犯对正犯符合构成要件不法的“从属”,只具有制约处罚共犯的“必要条件”的意义,不带有“连带作用”的意思。<sup>②</sup> 因此,这种学说在大陆法系的刑法理论界逐渐得到了学者们的认可。

## 二、折中引起说的相对合理性

纯粹引起说认为,正犯与共犯的区别在于引起法益侵害的方法和类型不同,由于共同引起了对法益的侵害,因此,理应受到处罚。也就是说,正犯和共犯的区

① [日]大谷实著,黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2000年版,第300页以下。

② [日]松宫孝明:《刑事立法与犯罪体系》,成文堂2003年版,第283页。