张伟/著

# 非典型正犯与犯罪参与体系研究

FEI DIANXING ZHENGFAN YU FANZUI CANYU TIXI YANJIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

国家社会科学基金项目（15CFX025）

# 非典型正犯与犯罪参与体系研究

FEI DIANXING ZHENGFAN YU FANZUI CANYU TIXI YANJIU

张 伟 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 (CIP) 数据**

非典型正犯与犯罪参与体系研究 / 张伟著 .—北京：中国法制出版社，2021.9

ISBN 978-7-5216-2118-1

Ⅰ.①非… Ⅱ.①张… Ⅲ.①团伙犯罪—研究—中国 Ⅳ.① D924.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2021）第 165773 号

责任编辑：王雯汀　　封面设计：周黎明

**非典型正犯与犯罪参与体系研究**

FEI DIANXING ZHENGFAN YU FANZUI CANYU TIXI YANJIU

著者 / 张　伟

经销 / 新华书店

印刷 / 北京虎彩文化传播有限公司

开本 / 880 毫米 ×1230 毫米　32 开　　印张 / 12　字数 / 248 千

版次 / 2021 年 9 月第 1 版　　2021 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-2118-1　　定价：49.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码 100053　　传真：010-63141852

**网址：http://www.zgfzs.com**　　**编辑部电话：010-63141824**

**市场营销部电话：010-63141612**　　**印务部电话：010-63141606**

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系。）

## 张 伟

甘肃庆阳人。华东师范大学法学院副教授，硕士研究生导师，刑法学博士，博士后，中国犯罪学学会理事，研究方向为比较刑法学、中国刑法学。出版专著一部，参编著作多部；在《清华法学》《法学家》《法商研究》《比较法研究》等刊物发表论文三十余篇，部分论文被《中国社会科学文摘》《人大复印资料》转载、摘录；主持国家社会科学基金、教育部人文社会科学研究项目、上海市哲学社会科学规划课题、中国博士后科学基金、中国法学会部级法学研究课题等研究项目十余项；研究成果曾获中国法学会“首届董必武青年法学成果奖”、中国犯罪学学会“优秀论文二等奖”等。

# 序言

共同犯罪历来被视为刑法学中“最黑暗、最混乱”的一章，以致有学者发出“绝望之章”的呼声。在笔者看来，正犯无疑是共同犯罪理论中那颗最璀璨的明珠。众所周知，围绕正犯的概念大致形成了限制的正犯概念与扩张的正犯概念这两种截然不同的基本观念，在限制的正犯概念基础上形成了正犯·共犯区分制共同犯罪立法模式与二元犯罪参与体系；以扩张的正犯概念为基础则形成了单一制共同犯罪立法模式与不区分正犯和共犯的统一犯罪参与体系。以德国、日本为代表的大陆法系国家中，有相当一部分国家刑法明确采纳了限制的正犯概念与区分制立法模式；比较而言，少数国家如奥地利、意大利等国刑法典则采纳了扩张的正犯概念与单一制共同犯罪立法模式。随着中外刑法学术交流日益广泛、深入，犯罪参与体系及共同犯罪立法模式问题近年来也进入我国刑法学者关注的视野，并逐渐形成学说上的对立与理论上的争鸣。共同犯罪是一个复杂的犯罪现象，其社会危害性也确非单个人犯罪能够比拟。正因如此，共同犯罪历

来成为各国刑事立法与刑事司法预防并规制的重点。共同犯罪立法模式是共同犯罪立法的基调，决定着共同犯罪立法的思路、内容与立法技术，更是共同犯罪的刑法教义学展开的叙事背景，有必要对此问题展开深入研究，并作为构建我国犯罪参与理论的指导观念。

在以限制的正犯概念为基础构建的二元犯罪参与体系下，学界通常立足形式的侧面将正犯厘定为以自己的身体动作直接实施或分担构成要件行为的人，正犯之外的犯罪参与者皆归为共犯。正犯被视为共同犯罪的核心，也是整个共同犯罪理论建构的基石。比如，教唆犯一般被认为是“教唆他人使之实行犯罪者”，帮助犯被定义为“帮助正犯者”。比较而言，共犯则沦落为共同犯罪的“配角”或“边缘角色”，共犯通常从属于正犯而存在，此即共犯从属性理论；不仅如此，正犯与共犯在规范价值层面也存在明显的位阶关系，立法者通常会为正犯与共犯配置轻重有别的法定刑。据此，正犯与共犯被视为本质有别的犯罪参与形态。二元犯罪参与体系有关正犯与共犯的界分与定位看似简洁明了、处置得当，但实际上忽略了犯罪参与的复杂性，有将复杂问题简单化嫌疑。事实上，面对复杂的共同犯罪现象，限制的正犯概念与二元参与体系陷入捉襟见肘的局面，经常在逻辑的一贯性与个案的实质正义之间纠结、徘徊。为此，限制的正犯概念与二元犯罪参与体系不惜牺牲其逻辑与体系的一贯性以获得实质正义。比如，早期间接正犯概念的“腾空出世”，后续的共谋共同正犯、正犯后间接正犯等非典型正犯类型的相继生成，其实均为获得一个可欲的正当结果。但

蓦然回首，限制的正犯概念与二元犯罪参与体系距离其理论初衷已然越来越远！不仅如此，一些过失的共动现象如过失共同正犯、结果加重犯的共同正犯等也使得限制的正犯概念与二元犯罪参与体系“雪上加霜”，暴露出二元犯罪参与体系的一些痼疾，如“体系二元论”的问题。

曾经在较长一段时间，犯罪参与体系与共同犯罪立法模式问题并没有引起我国刑法学界足够重视。在共同犯罪理论研究方面，我国学界习惯性地按照德、日刑法理论的通说即限制的正犯概念与二元参与体系展开我国共同犯罪理论的叙事与研究，并想当然地（或许也是无意识间）将我国刑法第二章第三节有关共同犯罪的立法归属于限制的正犯概念与二元犯罪参与体系。但深入比较研究中、日、德刑法典有关共同犯罪立法可知，我国共同犯罪立法明显不同于德国与日本，将我国的共同犯罪立法归入二元犯罪参与体系本身值得商榷。不仅如此，作为共同犯罪理论展开的叙事背景，即便要以限制的正犯概念与二元犯罪参与体系为指导构建我国犯罪参与理论，也有必要首先就二元参与体系本身展开深入研究，评估其科学性。

本书是本人主持的2015年国家社会科学基金项目“实质正犯理论与共同犯罪立法模式研究（项目批准号：15CFX025）”的最终结项成果。全书拟以限制的正犯概念为基础、以二元犯罪参与体系为检讨对象，重点以诸非典型正犯类型为研究切入点，通过深入分析各异的共动现象及二元犯罪参与体系的理论应对，结合限制的正犯概念与二元犯罪参与体系的基本逻辑预设，深刻剖析其

可能存在的结构性问题，并在诸非典型正犯概念指涉的理论方向上研究单一的正犯概念与统一正犯体系，主张以此为指导观念并立足我国共同犯罪立法的特殊规定，展开我国的共同犯罪理论研究，不失为一种有益的学术尝试！

# 目录


## 第一章 正犯概念的实质化

第一节 正犯概念实质化的叙事语境 / 003

一、德、日等国和地区区分制立法例 / 003

二、二元犯罪参与体系特色 / 006

三、二元区分与正犯概念的实质化 / 009

第二节 正犯概念实质化及根基追问 / 010

一、德、日正犯概念实质化趋势 / 010

二、正犯概念实质化演进路径 / 013

三、正犯概念实质化根基初步追问 / 024

四、正犯与共犯界限演进之我见 / 027

第三节 两种实质正犯概念理论初考 / 030

一、“共谋共同正犯”与“正犯后正犯”概念的肯认 / 030

二、两种实质正犯概念的证成路径 / 034

第四节 实质正犯论本土化反思 / 039

一、实质正犯论在我国的兴起 / 039

二、我国共犯立法语境下正犯概念实质化检讨 / 041

三、基于通说形成的一种可能的解决方案 / 047

## 第二章 “正犯后间接正犯”与犯罪参与理论

第一节 “多纳事例”与“正犯后间接正犯”概念的确立 / 057

一、“多纳事例”及其问题 / 057

二、可能的解决方案与“正犯后间接正犯”之提出 / 058

三、“正犯后间接正犯”概念的确立 / 061

四、“正犯后间接正犯”之类型化展开 / 065

第二节 “正犯后间接正犯”中的共动及犯罪支配关系 / 068

一、“正犯后间接正犯”中的共动关系 / 068

二、“共犯”缺乏犯罪支配？ / 070

三、“共犯”缺乏优越的犯罪支配？ / 074

四、“正犯后间接正犯”视阈下犯罪参与之本质：实现犯罪的一种方法类型 / 078

五、“正犯后间接正犯”视阈下参与犯之不法评价及其向度 / 082

第三节 围绕“正犯后间接正犯”的体系性自省 / 085

一、基于形式侧面的分析 / 086

二、基于实质侧面的检讨 / 087

三、“正犯后间接正犯”：走向单一正犯体系的标志 / 089

## 第三章 “共谋共同正犯”与犯罪参与理论

第一节 “共谋共同正犯”的缘起与演进 / 095

一、逻辑困境与应对方案：“共谋共同正犯”的缘起 / 095

二、实践需要与理论自洽之间：“共谋共同正犯”的演进 / 097

第二节 “共谋者”的“正犯性” / 101

一、共同正犯的构造与归责原理：相互的间接正犯 / 101

二、“共谋”的意义及其类型 / 103
三、“共谋者”的间接正犯性 / 104
第三节 围绕“共谋共同正犯”的体系性自省 / 108
一、基于形式侧面的反思 / 109
二、基于实质侧面的检讨 / 111
三、“共谋共同正犯”：以限制正犯之名行扩张正犯之实 / 116
第四节 我国刑法语境下“共谋共同正犯”的应然走向 / 119
一、我国共同犯罪立法模式理论归属 / 120
二、我国刑法语境下“共谋共同正犯”的消解及其路径 / 128
三、对“共谋共同正犯”肯定论的批判 / 130
四、对“共谋共同正犯”消解论的其他观点的检讨 / 132
五、小 结 / 134

**第四章 间接正犯的泛化与统一正犯体系的确立**

第一节 间接正犯的扩张与泛化 / 139
一、间接正犯概念的生成 / 140
二、基于弥补处罚漏洞的再扩张 / 142
三、基于满足罪刑均衡功能的泛化 / 144
第二节 间接正犯的泛化与二元参与体系的自毁 / 148
一、间接正犯视阈下二元参与体系的形式逻辑弊病 / 149
二、间接正犯泛化趋势下二元参与体系的全面崩溃 / 150
第三节 间接正犯的泛化对犯罪参与体系建构的启示 / 154
一、参与犯的实行行为性及其确立 / 154
二、参与犯的违法性评价的基本向度 / 158
三、参与犯违法程度判断的应然维度 / 160

第四节 我国刑法语境下间接正犯概念的消解 / 161
一、围绕间接正犯肯定论的检讨 / 163
二、对间接正犯消解方案的合理选择 / 165

**第五章 过失共同正犯与犯罪参与理论**

第一节 过失共同正犯所涉问题及其实益 / 171
一、过失共同正犯可能涉及的共动现象及其设例 / 171
二、问题之关键及其实益 / 172
第二节 过失共同正犯的理论与实践及其检讨 / 175
一、过失共同正犯否定论的理论与实践 / 175
二、过失共同正犯否定论之检讨 / 180
三、过失共同正犯肯定论的理论与实践 / 182
四、过失共同正犯肯定论之检讨 / 186
第三节 我国过失共同正犯的理论与实践 / 189
一、我国过失共同正犯肯否两论概说 / 189
二、我国过失共同正犯肯否两论再检讨 / 194
第四节 过失共同正犯消解论 / 196
一、围绕共同正犯本质之争及其回应 / 196
二、共同正犯构造新解 / 198
三、过失共同正犯之消解及其路径 / 202
四、过失的共动之于犯罪参与体系建构的启示 / 205

**第六章 数人参与结果加重犯场合之刑法适用**

第一节 结果加重犯的立法沿革与罪质构造 / 213
一、结果加重犯的立法沿革 / 213

二、结果加重犯的罪质 / 217
三、结果加重犯的构造 / 220
第二节 结果加重犯的共同正犯的理论与实践及其检讨 / 227
一、国外结果加重犯之共同正犯的理论与实践 / 227
二、国内有关结果加重犯之共同正犯的争论 / 231
三、结果加重犯之共同正犯的反思性检讨 / 233
第三节 结果加重犯的共同正犯之消解 / 236
一、共同正犯之构造与过失共同正犯之消解 / 237
二、数人参与结果加重犯之法律适用 / 238
三、数人参与结果加重犯的法律适用之于犯罪参与的体系性思考 / 240

**第七章 限制的正犯概念与二元犯罪参与体系之全面批判**

第一节 限制的正犯概念及其逻辑基石批判 / 246
一、正犯与共犯性质当属相同 / 247
二、构成要件的解读方法：规范论而非存在论 / 249
第二节 正犯概念的泛化与限制正犯概念的破产 / 252
一、非典型间接正犯与正犯概念的扩张 / 253
二、非典型共同正犯与正犯外延的泛化 / 256
三、小 结 / 259
第三节 正犯概念实质化与二元区分制的反思性检讨 / 260
一、规范上的层次关系与正犯概念的实质化 / 260
二、二元区分及其实质化的反思性检讨 / 263
第四节 犯罪参与场合违法判断的基本向度 / 268
一、事实上的依赖而非法律上的从属 / 270

二、违法评价的独立性与限制从属性的破灭 / 272
三、余　论 / 277

**第八章　统一正犯体系的展开与选择**

第一节　统一正犯体系演进脉络考察 / 282
一、统一正犯体系学说史 / 282
二、统一正犯体系立法史 / 287
三、我国古代共同犯罪立法考略 / 290
四、近现代我国共同犯罪立法鸟瞰 / 295
第二节　统一正犯体系本体展开 / 299
一、意大利统一正犯立法概略 / 300
二、形式的统一正犯体系理论展开 / 303
三、机能的统一正犯体系：奥地利刑法典 / 312
四、机能的统一正犯体系之规范分析 / 313
五、两种统一正犯立法模式比较 / 319
第三节　统一正犯体系理论根基追问及整体评估 / 326
一、统一正犯体系理论根基合理性追问 / 326
二、统一正犯体系优势评估 / 335
三、对统一正犯体系的误读及其匡正 / 340
四、结　语 / 355

**参考文献** / 357

01

# 第一章
# 正犯概念的实质化

CHAPTER

## 第一节　正犯概念实质化的叙事语境

### 一、德、日等国和地区区分制立法例

在限制的正犯概念看来，正犯是亲自实施或分担构成要件行为的人，共犯则是实施了基本构成要件行为以外行为的人。在正犯与共犯区分制模式下，通过强调正犯概念的形式特征能较容易据此将正犯与共犯界分开来，同时也维持了正犯概念的明确性，有其历史的合理性。在此基础上形成的二元参与体系则是指在法律条文之中，不仅就犯罪之成立在概念上区分正犯和共犯（包括教唆犯和帮助犯），而且在刑罚评价上对两者也加以区别的体系。目前采纳这一体系的代表有《德国刑法典》《日本刑法典》《韩国刑法典》以及我国台湾地区“刑法”等。

《德国刑法典》第二章第三节规定了“正犯与共犯”，共计7个条文：

第25条　（正犯）

（1）自己实施犯罪，或通过他人实施犯罪的，依正犯论处。

（2）数人共同实施犯罪的，均依正犯论处（共同正犯）。

第26条　（教唆犯）

故意教唆他人故意实施违法行为的，是教唆犯。对教唆犯的