目摇摇录

第员章摇共犯的处罚根据概述…… 员
摇员援员摇共犯的处罚根据问题的提出 …… 员
摇员援圆摇共犯的处罚根据问题的研究范围 …… 猿
摇员援猿摇德日以及我国刑法学共犯的处罚根据问题的研究现状 … 苑
摇员援源摇共犯的处罚根据问题的研究意义…… 员员
摇员援缘摇共犯的处罚根据问题的研究方法…… 员远
摇员援远摇本书的主要内容…… 员苑
第圆章摇德日刑法学共犯的处罚根据学说分类 …… 圆愿
摇圆援员摇德日刑法学共犯的处罚根据学说分类…… 圆愿
摇圆援圆摇德日刑法学共犯的处罚根据学说纷呈的原因…… 圆原
摇圆援猿摇德日刑法学共犯的处罚根据学说分类的统一趋势…… 猿圆
第猿章摇德日刑法学共犯的处罚根据学说的具体展开 …… 猿猿
摇猿援员摇责任共犯说的式微…… 猿猿
摇猿援圆摇违法共犯论的衰退…… 源源
摇猿援猿摇引起说的兴起以及学说分化…… 缘员
摇猿援源摇德日刑法学共犯的处罚根据学说发展趋势…… 愿圆
第源章摇我国刑法学共犯的处罚根据理论的归属 …… 愿远
摇源援员摇我国刑法学共犯的处罚根据理论的归属…… 愿远
摇源援圆摇我国刑法学共犯的处罚根据理论的特殊性…… 怨圆
摇源援猿摇我国刑法学共犯的处罚根据理论反思…… 怨猿
第缘章摇我国刑法坚持修正引起说的基础 …… 怨源
摇缘援员摇引言…… 怨源
摇缘援圆摇结果无价值论的价值观基础…… 怨源

需要全本请访问 www.ertongbook.com

摇缓糟摇我国刑法结果无价值论的形成 …… 员员员
摇缓阴摇本章结论 …… 员员缘
第 远章摇我国刑法坚持修正引起说的方向…… 员员远
摇遍辰摇我国刑法坚持修正引起说的共犯从属性方向 …… 员员远
摇遍圆摇我国刑法坚持修正引起说的违法的从属性方向 …… 员缘
摇遍糟摇本章结论 …… 员愿
第 苑章摇未遂教唆的可罚性问题…… 员怨
摇苑辰摇未遂教唆可罚性问题的意义 …… 员怨
摇苑圆摇概念间的关系以及未遂教唆具体事例的类型化 …… 员园
摇苑糟摇德国刑法学未遂教唆可罚性问题学说发展新动向 …… 员愿
摇苑阴摇日本刑法学未遂教唆可罚性问题学说发展新动向 …… 圆圆
摇苑缘摇我国刑法学未遂教唆可罚性学说的一边倒及其批判 … 圆员
摇苑阅摇本章结论 …… 圆员
第 愿章摇其他问题…… 圆猿
摇愿辰摇教唆犯的成立条件 …… 圆猿
摇愿圆摇帮助犯的因果关系 …… 圆怨
摇愿糟摇妨害司法罪的共犯成立范围 …… 圆愿
摇愿阴摇本章结论 …… 圆怨
第 怨章摇简短的结论…… 圆园
摇怨辰摇本书观点总结 …… 圆园
摇怨圆摇共犯的处罚根据问题未来研究展望 …… 圆员
参考文献…… 圆源
附录…… 圆缘

前摇摇言

本书是在我的同名博士论文的基础上修改而成。

共犯的处罚根据，就是回答处罚狭义共犯的实质根据问题的理论。共犯的处罚根据讨论的范围，由于各个国家共犯立法的不同而不同。德国是在狭义的共犯范围内讨论，而日本的很多学者主张可以适用于广义的共犯。共犯的处罚根据在共犯论中占据着基础理论部分的地位，其解释论机能主要是把共犯与正犯特别是把共犯与不处罚领域区别开来。

在德日刑法学上，关于共犯的处罚根据主要有责任共犯说、违法共犯论和引起说三种学说，其中后者又分为纯粹引起说、修正引起说和折中引起说。责任共犯说和违法共犯论，分别是在使正犯陷入罪责或者反社会状态和破坏社会和平上寻求共犯的处罚根据，引起说则是在共犯与正犯共同引起犯罪结果上寻求共犯的处罚根据。前两种学说具有违反责任主义原则之嫌，在德日刑法学上现在已经很少有人支持。因此，德日刑法学中的学说争论主要是在引起说内部展开的。

共犯的处罚根据的各种学说在解释论上会得出不同结论。但是，分歧点主要表现在是否承认违法的相对性上。责任共犯说和违法共犯论基本上承认了正犯与共犯之间质的不同的违法相对性，而引起说则不承认这种质的不同的违法相对性。但是，引起说内部在“没有正犯的共犯”、“没有共犯的正犯”问题上也存在意见分歧。纯粹引起说对“没有正犯的共犯”与“没有共犯的正犯”都持肯定态度；修正引起说对两者都持否定态度；而折中引起说则否定“没有正犯的共犯”，肯定“没有共犯的正犯”。

我国传统刑法理论基本坚持了责任共犯说的立场，因此，同样会面对责任共犯说所面临的种种责难。鉴于我国宪法国家观、经济和社会发生了深刻变化，刑法理论以及刑法规定都朝着贯彻结果无价值论方向发展，所以，不能不说我国刑法共犯规定实质上也坚持了以结果无价值论为基础的修正引起说。而且，实际上我国刑法第[illegible]条也坚持了共犯从属性说。当然，在违法从属性问题上，不能完全采纳修正引起说的立场，应当在一定范围内承认违法的相对性。以上为本书的主要内容。

在本书的写作过程中，深感德日刑法学上的共犯的处罚根据，在一定程度上反映出德日刑法学的博大精深。深以为，不弄清各种学说的来龙去脉，就不能轻言妥当与否。因此，本书致力于对德日刑法学说的整理，并试图在借鉴德日刑法学精深的理论基础上，尝试对我国刑法上的共犯的处罚根据作出说明，为重新构建我国刑法学共犯论的基础理论作出积极的尝试。

在本书即将付梓之际，我首先要感谢我的恩师清华大学的张明楷教授，自硕士至博士乃至现在一直对我的教诲和关心，恩师的为人为学将是我一生的财富。感谢中国人民公安大学出版社，没有他们的帮助，本书也难以问世。同时，还要感谢所有曾经帮助以及正在帮助我的人，特别是在阴雨蒙蒙的季节里，那些给我遮风挡雨的好心人，正是他们的鼓励使我能够在人生的征程上鼓足勇气，奋勇前进。他们犹如盏盏明灯，闪亮着，引导我前行。最后，感谢我的妻子杨俊杰博士给我无穷的力量和信心，感谢所有的家人给予的期盼和鼓励！所有这一切，预示着我将永远怀着一颗感恩的心，继续自己的事业。

最后，限于本人外语、专业水平有限，书中难免有不当和错误之处，恳请读者批评、指正。

杨金彪

[illegible]年[illegible]月于北京寓所

第 员章摇共犯的处罚根据概述

员摇摇共犯的处罚根据问题的提出

在共犯论上，围绕着共犯的处罚范围会提出以下问题：唆使他人自杀的人能否构成杀人罪的教唆犯？与此相对，唆使他人对自己实施杀害行为，没有被杀死的被害人是否构成故意杀人罪的教唆犯？唆使他人把淫秽物品贩卖给自己的教唆人是否构成贩卖淫秽物品罪的教唆犯？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？教唆当事人自己毁灭、伪造证据的教唆人又应当如何处理？唆使他人为自己提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿的，教唆人是否构成窝藏罪的教唆犯？引诱他人向自己卖淫的，引诱人是否构成引诱卖淫罪？引诱幼女向自己卖淫的，与引诱成年人向自己卖淫的是否会有所不同，能否构成引诱幼女卖淫罪？被依法关押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯唆使司法工作人员把自己放走的，构成什么犯罪，是否构成数罪？依法被关押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯唆使他人把自己从押解途中予以劫夺的，唆使人构成什么犯罪，是否构成数罪？教唆他人实施盗窃，结果盗窃了被教唆人的财物的，教唆人是否构成犯罪的教唆？教唆他人实施盗窃，结果盗窃了教唆人的财物的，教唆人是否构成盗窃罪的教唆？此外，还有预想使他人终止于犯罪的未遂而教唆他人实施犯罪的教唆人是否值得处罚，等等。所有这些问题应当如何解决，能否提供一个统一的理论基础？共犯的处罚根据论就是试图

需要全本请访问 www.ertongbook.com

解决这样一些问题，并提供统一的理论基础的理论。

按照扩张的正犯概念说，对犯罪的实现起任何条件作用的人，都是实施了符合构成要件的实行行为的人，因而都是正犯。但是，法律例外地将教唆犯与帮助犯规定为共犯，[①] 法律的这种规定限制了对正犯的处罚范围，是所谓的刑罚限制事由。[②] 在扩张的正犯概念下，因为共犯本来应当属于正犯，其处罚的根据就不存在任何疑问。[③] 但是根据限制的正犯概念，以自己的身体动静直接实现构成要件的人就是正犯，此外的参与人都是共犯。正犯[④]正是由于亲自实施犯罪的实行行为，导致了侵犯法益的结果或者对法益侵犯的危险而受到处罚。相对于正犯而言，共犯是刑罚扩张事由。但是，共犯并没有亲自实施犯罪的实行行为，刑法为什么要处罚共犯，这就是共犯的处罚根据论要回答的问题。[⑤]

作为教唆犯、从犯的处罚根据，从形式上需要教唆人、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，以及教唆人、帮助人具有责任。这样从形式上解释共犯的处罚根据是比较容易的。[⑥] 但是，如果仅从形式上说明还不能从根本上解决上述问题。譬如，唆使他人对自己实施杀害行为，没有被杀死的被害人是否构成故意杀人罪的教唆犯，单从形式上解释尚难以得出妥当结

---

① 一般地，在德日刑法上，共犯概念具有三个不同的层次，即最广义共犯概念、广义共犯概念和狭义共犯概念。张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，圆愿愿怨年版，第 圆愿远页。

② 张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，圆愿愿怨年版，第 圆圆页。

③ ［日］内田文昭著：《刑法概要摇中卷》［犯罪论（圆）］，东京：青林书院，圆愿愿怨年版，第 源愿远页。

④ 主要指单独正犯、直接正犯。

⑤ 张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，圆愿愿怨年版，第 圆愿员圆愿页。

⑥ ［日］大塚仁著：《刑法概说摇总论》（第三版），冯军译，北京：中国人民大学出版社，圆园园猿年版，第 圆愿页。

论，需要在处罚共犯的实质根据上讨论。因此，共犯的处罚根据论主要是讨论处罚共犯的实质根据问题。[①] 从另一个角度看，共犯的处罚根据论所要回答的问题就是刑法作出处罚共犯规定的实质根据问题。

员圆摇共犯的处罚根据问题的研究范围

在德日刑法上，存在不同层次的共犯概念。二人以上共同实施犯罪的是共犯，这是最广义的共犯概念。最广义的共犯概念又分为任意的共犯和必要的共犯。所谓任意的共犯，是指法律上预定为单独犯的犯罪，由二人以上共同实行的情况。德国、日本刑法又把任意的共犯分为共同正犯、教唆犯与帮助犯，这三者一起称为广义的共犯。其中的教唆犯与帮助犯则被称为狭义的共犯。[②]

在不同学者那里，共犯的处罚根据论所涉及的范围有所不同。一种观点认为，只能在狭义的共犯范围内讨论共犯的处罚根据；另一种观点则认为，应当在广义的共犯范围内讨论。导致共犯的处罚根据讨论范围不同的一个重要原因，是对于共同正犯的性质存在不同认识。德国刑法学说一般认为共同正犯属于正犯的一种，不属于共犯。因此，德国刑法学通说坚持了前一种观点，即认为应在狭义的共犯范围内讨论共犯的处罚根据。

日本刑法学界也曾经围绕该问题分别以齐藤诚二与相内信为代表展开过激烈争论。持前一种观点的齐藤诚二认为，严格地讲，共同正犯应当属于正犯，与作为共犯的教唆犯、帮助犯在构成原理上

---

① ［日］大谷实著：《刑法总论》，黎宏译，北京：法律出版社，圆园园缘年版，第猿园园页。

② 张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，员怨怨怨年版，第 圆园园页。本书中的共犯概念在不同场合可能分别是在上述三种不同含义上使用，因为完全可以从上下文中判断出不同场合共犯概念的具体含义，因此本书一般不作特别说明。

不同，共同正犯必须根据“行为支配”原理解决，教唆犯和帮助犯则必须依照“从属性”原理来决定。因此，共犯的处罚根据论应限定在狭义的共犯范围内讨论。① 持相同观点的川端博教授认为，在共同正犯的场合，作为共同正犯的基本原理的“一部实行全部责任的原则”在发挥作用，共同正犯只要运用这一原则解释就够了。作为共犯的处罚根据论，明显是围绕着除了正犯之外的狭义的共犯讨论的。② 持后一种观点的相内信则认为，从共同正犯乃至教唆犯、帮助犯的成立条件看，共同正犯并不像教唆犯、帮助犯那样要考虑“从属性”问题，从这一意义上讲，在共同正犯的场合与教唆犯、帮助犯的场合所进行的讨论确实应当不同。但是，对适用于教唆犯、帮助犯的引起说完全不适用于共同正犯，甚至作为共同正犯基础的行为和法益侵害结果间的因果关系都不需要的说法并不妥当。③ 前田雅英教授也认为，即使是处理共同正犯的“一部实行全部责任的原则”也必须依据引起说加以说明，因此他也倾向于在广义的共犯范围内统一讨论共犯的处罚根据问题。④ 在山口厚教授看来，共犯的处罚根据论无外乎是就整个广义的共犯，对犯罪构成要件予以修正、扩张的根据问题予以解答。因此，应当在广义的共犯范围内讨论。⑤ 我国台湾地区刑法学界对共同正犯的性质具有不同认识，有的学者认为共同正犯应当属于共犯，有的学者认

① ［日］山口厚著：《问题探究摇刑法总论》，东京：有斐阁，灵熬熬年版，第 圆燥缘页。

② ［日］川端博、前田雅英、伊东研祐、山口厚著：《刑法理论展望》，东京：成文堂，圆皂皂录年版，第 猿藻页。

③ ［日］山口厚著：《问题探究摇刑法总论》，东京：有斐阁，灵熬熬年版，第 圆燥缘页。

④ ［日］川端博、前田雅英、伊东研祐、山口厚著：《刑法理论展望》，东京：成文堂，圆皂皂录年版，第 猿藻页。

⑤ ［日］山口厚著：《问题探究摇刑法总论》，东京：有斐阁，灵熬熬年版，第 圆燥缘页。

为应当属于正犯，有的学者甚至认为共同正犯兼具正犯和共犯的双面性质，从而决定了各论者讨论共犯的处罚根据的范围不同。①

日本刑法学说主要是在共同正犯和教唆犯的构成原理的不同点或者相同点上寻找共犯的处罚根据论适用范围的依据。前一种观点着眼于共同正犯和教唆犯、帮助犯的构成要件上的不同点，而后一种观点则着眼于共同正犯和教唆犯、帮助犯构成要件的相同点。客观地说，行为和法益侵害结果之间的因果关系，是共同正犯和教唆犯、帮助犯的共通构成要件，适用于教唆犯、帮助犯的引起说也不是完全没有适用于共同正犯的余地。因此，后一种观点应当得到支持。

从根本上说，共犯的处罚根据论讨论范围的不同主要取决于各个国家或地区的实定法采取的立法模式不同。有些国家的刑法采取了单一的正犯或者包括的正犯概念，如奥地利刑法第 员园条规定："直接实施犯罪行为，唆使他人实施犯罪行为或者其他加功于犯罪行为之实行者，均为实施犯罪行为之人。"② 同样采取这种立法模式的还有挪威刑法和巴西刑法等。在这些国家里，由于没有区分正犯、教唆犯与帮助犯，凡是参与犯罪的人都以正犯论处，因此就没有特别论及共犯的处罚根据的必要。

但是，德国、日本、法国、瑞士等国家刑法把广义的共犯区分为正犯、教唆犯与帮助犯，因此就有特别论及共犯的处罚根据的必要。而且，由于上述各国刑法对正犯特别是共同正犯与狭义共犯的规定也存在一定差异，因此对共犯的处罚根据论涉及的范围存在不同认识就很自然了。德国刑法采取了明确区分正犯与共犯的立法模式，德国现行刑法第 园缘条第 员 园项明文规定正犯包括单独正犯

① 陈子平著：《共同正犯与共犯论——继受日本之轨迹及其变迁》，台北：五南图书出版有限公司，员怨怨缘年版，第 猿园员~猿园圆页。

② 张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，员怨怨缘年版，第 圆园园页。

（包括间接正犯）和共同正犯，明确了共同正犯的性质，因此学者们一般是在狭义的共犯范围内讨论共犯的处罚根据。日本刑法总则共犯一章同时规定了共同正犯和狭义的共犯，而且第 还缘条第 员项关于身份犯的共犯规定，使用了“加功”一词，“加功”一词不仅包括教唆行为和帮助行为，而且可能包括实行行为。① 我国台湾地区“刑法”总则第 源章共犯规定采取了类似于日本刑法的立法模式，第 猿缘条更加明确地规定“因身份或其他特定关系成立之罪，其共同实施或教唆帮助者，虽无特定关系，仍以共犯论”。这种规定就会引起对共同正犯性质的不同认识，从而导致对共犯的处罚根据讨论范围的认识不同。

我国刑法总则没有采纳正犯、教唆犯和帮助犯这种分工分类法，而主要采取了作用分类法，同时又对教唆犯单独作出规定，但是并不意味着不能对共犯按照分工分类法进行学理分析。刑法第圆缘条第 员款规定，“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”，这里当然包括了正犯（包括共同正犯）、教唆犯和帮助犯的情况。因此，从刑法规定看，也存在着对共同正犯和狭义共犯的处罚根据进行一体考察的可能。在此，本书只是考虑论题的集中性，同时限于篇幅，以下的共犯的处罚根据论仍然采取德国刑法学通说的做法，只在狭义的共犯范围内讨论。

即使是把共犯的处罚根据论限制在狭义共犯范围内的学者，对该论题的展开也存在两种不同方式。德日刑法学通常把教唆犯和帮助犯放在一起进行一体考察。② 但是，也有少数学者把教唆犯和帮助犯分开进行个别考察。③ 在存在论意义上，虽然教唆犯与帮助犯

---

① 张明楷译：《日本刑法典》，北京：法律出版社，员怨怨缘年版，第 圆缘员页。

② ［德］汉斯·海因里希·耶舍克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》（总论），许久生译，北京：中国法制出版社，圆园园园年版，第 愿缘怨页。

③ 陈子平著：《共同正犯与共犯论——继受日本之轨迹及其变迁》，台北：五南图书出版有限公司，员怨怨缘年版，第 猿园园 源园园页。

的存在形态确有不同，但是，如上所述，从规范论的视角看，教唆犯与帮助犯的构成原理并没有实质的差别。因此，二者完全可以在统一的原理上一体考察。而且，如果采取上述少数学者的做法，则存在降低共犯的处罚根据论作为共犯论最基础理论部分地位的危险。因此，以下的共犯处罚根据论仍采取德日刑法学的通常做法，对教唆犯和帮助犯进行综合考察。

员摇德日以及我国刑法学共犯的摇处罚根据问题的研究现状

员援员摇德日刑法学共犯的处罚根据问题的研究现状

很久以来，德国刑法学界一直非常活跃地进行着关于共犯的处罚根据的论战。[①] 换言之，德国刑法学的共犯论始终是围绕着共犯的处罚根据论展开的。在早些时候，德国刑法学上的共犯的处罚根据论主要是可罚性借用说占据支配地位，但是可罚性借用说难以对可罚性的借用作出合理说明，[②] 完全不符合现代刑法上的个人责任原则的要求，[③] 因此，在学说上开始逐步出现主张共犯具有独自的处罚根据的见解，其中主要有责任共犯说和因果共犯论。[④] 所以，早期德国刑法学关于共犯的处罚根据论的争论主要表现为共犯借受说与共犯固有说的对立。

---

① ［日］大越义久著：《共犯论再考》，东京：成文堂，员怨怨缘年版，第 圆缘页。

② ［日］平野龙一著：《犯罪论的诸问题（上）》（总论），东京：有斐阁，员怨远缘年版，第 员缘页。

③ ［日］葛原力三：《共犯的处罚根据和处罚的界限（上）》，《法学教室》，东京：圆园园园年第 圆期，第 还缘页。

④ ［日］平野龙一著：《犯罪论的诸问题（上）》（总论），东京：有斐阁，员怨远缘年版，第 员缘页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

但是，共犯固有说中的各种学说并非同时产生。圆园世纪 源园年代以前，在德国刑法学上以 匀· 迈尔 （匀藻则 为代表的责任共犯说占据着通说地位。然而，在 员怨猿愿年德国修改刑法后，由于责任共犯说直接与实定法的规定相抵触，终于导致责任共犯说逐渐走向没落。① 圆园世纪 缘园年代以后，在批判责任共犯说的过程中，即在与责任共犯说的论战中，逐渐产生了不法共犯论、因果共犯论等新的学说。由于因果共犯论中以从属性为方向的修正引起说是以现行法为基础的，因此得到较多学者的支持而成为通说。

在日本刑法学上，曾经有学者坚持过责任共犯说和不法共犯论，如坚持责任共犯说的有江家义男、安平政吉等人，② 在早些时候大谷实教授曾经主张过违法共犯论，③ 但这些学说都没有能够得到广泛支持。基于此，虽说不能轻易地否定早期日本刑法学上也有关于共犯的处罚根据的讨论，④ 但是日本刑法学上真正具有现代意义的共犯的处罚根据论的自觉展开，却开始于 圆园世纪 苑园年代中后期至 愿园年代初期。特别是在 员怨愿园年 员园月日本刑法学会第 缘园次大会上，大越义久作了题为 《共犯的处罚根据——特别是在与必要的共犯的关系上》 的报告，该文登载在日本 《刑法杂志》 圆园卷第猿~源号上。之后，又被收录在 员怨愿怨年出版的大越义久的专论 《共犯论再考》 中。⑤ 在该文中，大越义久明确表示坚持建立在一定程度上承认违法的相对性基础上的所谓的“第三引起说”。⑥ 随后，

---

① 许泽天：《共犯之处罚基础与从属性》，《罪与刑 ——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》，台北：五南图书出版有限公司，员怨怨苑年版，第 远源~远缘页。

② ［日］川崎一夫著：《刑法总论》，东京：青林书院，圆园园园年版，第 圆愿页。

③ ［日］伊藤真著：《刑法总论》（第二版），东京：弘文堂，员怨怨缘年版，第 猿园页。

④ ［日］香川达夫著：《共犯处罚的根据》，东京：成文堂，员怨愿愿年版，第 源页。

⑤ ［日］松宫孝明著：《刑事立法和犯罪体系》，东京：成文堂，圆园园缘年版，第 圆缘页。

⑥ ［日］大越义久著：《共犯论再考》，东京：成文堂，员怨愿怨年版，第 缘页。

因果共犯论由于结果无价值论大师平野龙一先生的倡导而在日本成为一种潮流。[①] 当然，由于学者们在共犯本质上的立场不同，从而使因果共犯论分化为纯粹引起说、修正引起说和折中引起说。[②] 因此，现在日本刑法学关于共犯的处罚根据论的争论也主要是在引起说内部展开的。

员摇我国刑法学共犯的处罚根据问题的研究现状

在我国内地，张明楷教授的《外国刑法纲要》最先对德日刑法学上的共犯的处罚根据论做出较为详细的阐述。[③] 此后，相继出版的冯军教授翻译的《刑法概说（总论）》、黎宏教授翻译的《刑法总论》以及黎宏教授的专著《日本刑法精义》等都有关于共犯的处罚根据论的内容。最近发表的有关论文也开始涉及德日刑法学中的共犯的处罚根据问题。[④]

而且，刑法学者也开始尝试在借鉴德日刑法学上共犯的处罚根据论的基础上，考虑我国刑法学上共犯的处罚根据问题。有学者在介绍了德日刑法学上的共犯的处罚根据论后，认为应当依据主客观相统一的原则寻求共犯的处罚根据。共犯在客观上教唆或帮助正犯，共同引起正犯的犯罪事实或犯罪结果，具有社会危害性；同时，共犯在主观上希望或者放任自己的教唆行为或帮助行为促使或便于正犯的犯罪事实或犯罪结果发生，具有人身危险性。认为各国

---

① ［日］平野龙一著：《犯罪论的诸问题（上）》（总论），东京：有斐阁，员怨愿怨年版，第 员园页~员园员页。

② ［日］高桥则夫：《共犯的处罚根据论的新情况》，《现代刑事法》，东京：圆园园缘年第 怨期，第 猿园~猿园员页。

③ 张明楷著：《外国刑法纲要》，北京：清华大学出版社，员怨怨怨年版，第 圆愿~圆怨页。

④ 刘凌梅：《论帮助犯的概念及成立要件》，高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 怨卷），北京：法律出版社，圆园园缘年版，第 猿园园页。

刑法之所以规定处罚共犯，原因当在于此。[①] 近来出现的关于共犯的处罚根据的著述也基本上坚持了上述立场。这些主张的共同之点在于，几乎都是把共犯的处罚根据问题运用主客观相统一原理消解掉了。[②] 还有一种类似的做法是，在介绍了德日刑法学上的共犯的处罚根据之后，得出结论认为，共犯的处罚根据在于：教唆犯在实施教唆行为时所具有的相对的意志自由是追究教唆犯刑事责任的哲学根据，教唆行为符合刑法所规定的修正的犯罪构成是追究教唆犯刑事责任的法学根据。[③] 但是，上述这些主张与其说是在讨论共犯的处罚根据，毋宁说是在表明刑事责任的根据。事实上，有些学者是把教唆犯的处罚根据放在教唆犯的刑事责任一章，作为教唆犯应负刑事责任的根据讨论。[④] 有些学者甚至率直地认为，教唆犯的处罚根据就是教唆犯负刑事责任的根据。[⑤] 上述主张都是在介绍了德日刑法学上共犯的处罚根据论之后，对于我国刑法共犯的处罚根据得出完全不同于德日刑法共犯的处罚根据的结论。这些主张忽视了共犯的处罚根据问题与共犯的刑事责任根据问题是两个虽相互关联但却不同的问题。这些主张至多阐明了类似于德日刑法学上共犯的形式处罚根据的问题。这些主张带来了应当重新思考主客观相统一原则的适用范围问题，即只有在怎样的场合才能够考虑主客观相统

---

① 马克昌著：《比较刑法原理摇外国刑法学总论》，武汉：武汉大学出版社，圆猿猿圆年版，第 缘缓员页。

② 魏东著：《教唆犯研究》，北京：中国人民公安大学出版社，圆猿猿圆年版，第 圆缘页；张忠国：《教唆犯处罚根据之新解》，《中国刑事法杂志》，圆猿猿缘年第 源期，第 圆愿~圆怨页。

③ 彭泽君：《论教唆犯的处罚根据》，《湖北警官学院学报》，圆猿猿缘年第 源期，第 圆员~圆圆页。

④ 魏东著：《教唆犯研究》，北京：中国人民公安大学出版社，圆猿猿圆年版，第 圆缘猿页。

⑤ 彭泽君：《论教唆犯的处罚根据》，《湖北警官学院学报》，圆猿猿缘年第 源期，第 圆愿页。

一的原则，在怎样的场合又不能适用主客观相统一的原则，特别是在共犯的处罚根据问题上，有考虑主客观相统一原则的余地吗？在德日刑法学上，责任共犯说之后的共犯的处罚根据论均是在违法性层面上寻求共犯的处罚根据，没有而且也不应当在责任层面上考虑共犯的处罚根据。因此，我国刑法学说在考虑问题的方法上本来就存在问题，这正是刑法学容易导致责任共犯说的根本原因。而且，上述主张导致了降低共犯的处罚根据论作为共犯论基础理论部分地位的问题。毋宁说，这些说法没有完全理解德日刑法学共犯的处罚根据论的真实含义，其原因就在于这些学者没有弄清楚研究共犯的处罚根据论的真正意义。

员摇共犯的处罚根据问题的研究意义

员援员摇共犯的处罚根据在德日刑法学上的体系地位

在德国刑法学上，共犯的处罚根据论研究已经有相当长的历史，因此该理论已经成为一种较成熟的理论。可以说，德国刑法学的共犯论始终是以共犯的处罚根据论为基础展开的。换言之，共犯的处罚根据论在一开始就获得了共犯论基础理论的地位。但是，需要注意的是，一般地共犯的处罚根据论在德国刑法学共犯论上所具有的基础理论地位，只限于狭义的共犯范围内。[①] 很少有学者把它作为最广义的共犯论的基础理论看待。这是由德国刑法学把共犯处罚根据论限制在狭义共犯范围内讨论所决定的。

在日本刑法学上，共犯的处罚根据论的体系地位表现出与德国刑法学不同的特点。一方面，这种基础理论地位的确立经历了一个

① ［德］汉斯·海因里希·耶舍克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》（总论），许久生译，北京：中国法制出版社，员怨怨怨年版，第 愿缘园页。

相当长的过程。这是因为，在相当长的一个时期内，日本刑法学共犯论主要是以共犯独立性说与共犯从属性说的对立为中心论点，围绕着教唆未遂是否具有可罚性展开争论。另外，还存在着对教唆犯和间接正犯界限的讨论。因此，日本刑法学共犯论主要是以极端从属性形式与限制从属性形式的对立展开的。但是，日本刑法学界没有认识到这两个问题间的逻辑关系。而且，共犯论上除了上述问题外，还存在未遂教唆、共犯与身份、必要的共犯、行为共同说、犯罪共同说、共谋共同正犯等很多问题。对于这些问题，可以说过去日本刑法学都是个别地予以解决，未必认识到问题间的相互逻辑关系。[①] 从教科书上可以看出，[illegible]世纪[illegible]年代以前的刑法学教科书中，作为整个共犯论基础的主要是关于共犯的意义、正犯与共犯区别的理论以及作为共犯本质论的共犯独立性和从属性、犯罪共同说和行为共同说等内容。[②] 直到[illegible]世纪[illegible]年代末[illegible]年代初，随着德国刑法学共犯处罚根据论的传入，日本刑法学者开始考虑为了统一解决上述共犯问题，有必要回到共犯处罚根据上讨论。[③] 此后，随着共犯处罚根据论在日本刑法学中的逐步展开，该理论渐渐取得共犯论上最基础理论部分的地位。[④] 此后的刑法教科书大都试图在共犯处罚根据论上构建共犯论。[⑤]

另一方面，日本刑法学往往把共犯处罚根据论置于整个共犯论

---

① ［日］平野龙一著：《犯罪论的诸问题（上）》（总论），东京：有斐阁，[illegible]年版，第[illegible]页。

② ［日］平场安治等编：《刑法概说Ⅰ》（总论），东京：有斐阁，[illegible]年版，第[illegible]页以下。

③ ［日］平野龙一著：《犯罪论的诸问题（上）》（总论），东京：有斐阁，[illegible]年版，第[illegible]页。

④ ［日］山口厚著：《问题探究 刑法总论》，东京：有斐阁，[illegible]年版，第[illegible]页。

⑤ ［日］大岛一泰著：《刑法总论讲义》，东京：信山社，[illegible]年版，第[illegible]页以下。

基础理论位置上。[①] 这是日本刑法学的主流做法，这一点与德国刑法学具有很大不同。采取这种立场的学者又存在些许差别。有的把共犯处罚根据论放在正犯与共犯区别论和共犯本质论，即共犯独立性和从属性、犯罪共同说和行为共同说之后，[②] 有的把共犯处罚根据论置于正犯和共犯区别论与共犯本质论之间。换言之，把共犯处罚根据论放在共犯本质论之前。[③] 有的甚至放在最广义共犯论基础理论的首要位置上，即放在正犯和共犯区别论及共犯本质论之前。[④] 这充分说明，在日本刑法学上，共犯处罚根据论在共犯论上的体系地位与共犯处罚根据论的讨论范围问题有着密切关系。

员.摇共犯的处罚根据在德日刑法学上的解释论机能

德日刑法学对于共犯的处罚根据论的研究，并没有停留在该问题自身上，而是赋予共犯的处罚根据论以更多机能。在德国刑法学上，对共犯的处罚根据论的研究主要是为了使狭义的共犯与正犯特别是不处罚领域相区别。[⑤] 在日本刑法学上，研究共犯的处罚根据的起初目的是希望通过共犯的处罚根据论统一地解决共犯论上的各个问题。[⑥] 共犯的处罚根据论发展到今天，在日本刑法学上，已经

---

① ［日］前田雅英著：《刑法总论讲义》（第猿版），东京：东京大学出版社，圆园园缘年版，第猿圆页以下。

② ［日］立石二六著：《刑法总论》（补正版），东京：成文堂，圆园园源年版，第圆缘页以下。

③ ［日］大谷实著：《刑法讲义总论》，东京：成文堂，圆园园圆年版，第源园页以下。

④ ［日］伊藤真著：《刑法总论》（第二版），东京：弘文堂，员怨怨怨年版，第猿圆页以下。

⑤ ［德］汉斯·海因里希·耶舍克、托马斯·魏根特著：《德国刑法教科书》（总论），许久生译，北京：中国法制出版社，圆园园缘年版，第愿园页。

⑥ 当然，在日本刑法学上，也有学者对共犯论上的诸问题能否单纯地在统一的原理上完全解决表现出担忧。［日］香川达夫著：《共犯处罚的根据》，东京：成文堂，员怨愿怨年版，第猿页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com