

# 共犯之处罚根据的理论与实践

陈 山

(四川师范大学 法学院, 成都 610068)

**摘要:**共犯之处罚根据论不仅适用于狭义的共犯,也适用于共同正犯,是整个共犯理论的基础。“可罚性借用论”主张共犯缺乏独立的处罚根据,有违罪刑法定主义;“责任共犯论”强调共犯的道德性,招致法律道德化的倾向;“违法共犯论”忽视法益侵害性,会得出不合理的结论。重视法益侵害性的“因果共犯论”的内部之“混合的惹起说”,兼有行为无价值与结果无价值的特点,是妥当的共犯之处罚根据论。

**关键词:**共犯;处罚根据;混合的惹起说

**中图分类号:**DF613 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2011)01-0032-06

在德国,关于共犯之处罚根据的讨论,已经有百年历史,主要是为了使狭义共犯与正犯和不处罚领域相区别;在日本,早期的主观主义与客观主义在对立中就涉及到共犯之处罚根据问题。1979年,大越义久发表了《共犯处罚根据——特别在与必要共犯的关联上》,开始有了比较密集的、体系性的讨论,希望通过共犯之处罚根据论统一解决共犯论上的各个问题。“共犯处罚根据的问题之所以会受到瞩目,毋宁是在这个绝望之章、令人昏迷的共犯论中,被当作是一个全新观点而来的光亮,从此试图重新安排共犯论本身及共犯体系的再建构,而有其重要的必要性存在”<sup>[1]</sup>。

## 一 狭义共犯之处罚根据

刑法中的共犯包括狭义共犯与共同正犯。讨论共犯之处罚根据往往是要明确狭义共犯的处罚理由。毕竟,刑法对教唆犯、帮助犯等狭义共犯的处罚系由刑罚扩张所致。问题是,共犯并没有亲手实施犯罪,为什么也要受到处罚?

### (一)可罚性借用论

1851年,德国普鲁士刑法典第三十五条规定:

“重罪或轻罪以及重罪或轻罪的可罚未遂的共犯,依该重罪或轻罪的正犯相同的刑处断。”早期的德国理论界从该实定法出发探讨共犯的从属性问题,其中就有从可罚性从属的角度阐释的,即共犯没有独立的可罚性,共犯的可罚性缘自正犯的可罚性,处罚共犯只是借用了正犯的可罚性。

其代表性的学说,一是德国李斯特(Liszt)的“因果关系中断论”。李斯特认为,共犯(教唆犯)行为与结果之间的因果联系,因为正犯自由意识所作出的犯罪行为业已中断,从而共犯(教唆犯)原本并不可罚。共犯(教唆犯)之所以可罚,是共犯(教唆犯)借用了正犯的可罚性,才具有处罚可能的。二是毕克迈耶(Birkmeyer)的“原因论”。毕克迈耶在因果关系上采取原因说,反对“条件即原因”,主张可罚的仅仅是作为原因的正犯行为,单纯的条件并不可罚,共犯正是从正犯行为处借用了可罚性,如果正犯不存在可罚性的话,可罚的共犯也就不存在。三是弗兰克(Frank)的“溯及禁止论”。弗兰克指出,由于正犯自由设定结果行为而招致结果发生,在因果关系上溯及禁止,共犯本身只是不可罚的条件设定

收稿日期:2010-10-12

基金项目:四川师范大学校级重点资助项目“共犯与身份”(201012)的阶段性研究成果之一。

作者简介:陈山(1975—),男,四川南江人,法学博士,四川师范大学法学院副教授。

者,只有在可罚性从属于正犯的情况下,才可处罚。

四是贝林格(Beling)的“广义的犯罪要件论”。在贝林格看来,共犯行为就有如正犯的预备行为一样,原则上是不可罚的,但当共犯的预备行为与正犯所实行的犯罪要件共同形成一个行为的时候,预备行为也会随着实行行为一起加以处罚,而这一现象也发生在共犯行为与正犯行为之间<sup>[1]52-55</sup>。

因果关系中断理论将刑法中的因果关系植入共犯构造。一方面,从事实上肯认共犯与正犯犯罪危害的因果联系;另一方面,从规范上切断共犯与正犯犯罪危害的因果联系,将共犯事实与无价值事实等同。这一开始就在方法上陷入困境。既然共犯是无价值事件,就没有必要再借用正犯的可罚性,否则,其他无价值事件也有借用的可能性。其实,其他学说都有类似问题。原因论区分原因与条件,认为作为条件的共犯不可罚,但是,作为条件的共犯为什么又可以借用可罚性?根据并不清楚。溯及禁止论不允许将归责溯及条件,但为什么允许自由设定结果的正犯将可罚性借出?也非明瞭。应当承认,贝林格的见解与众不同,带有明显的“非借用”倾向。根本上否认预备犯有独立的可罚性从而认为共犯也缺乏独立的可罚性,但是,共犯的情形并非可以简单类比如于预备犯。

可罚性借用理论完全否认共犯具有可罚性,而主张向正犯“借用”,本质上否认了共犯之处罚根据,并没有正面回应共犯之处罚根据问题,是将包袱推给了“借用”。这没有解决问题,反而制造了问题。为什么要“借用”?凭什么可以“借用”?这种理论注定只能是学说史上的“思想痕迹”。可罚性借用理论会导出共犯要素的夸张的从属性。正犯可罚,共犯才可罚。若正犯遇有阻却可罚性事件,共犯自无从借用。但是,这种夸张从属性的见解,显然与世界刑法的趋势相悖。张明楷正确地指出:第一,根据个人责任原则,无论是正犯还是共犯,仅仅对自己行为产生的后果承担责任,不对他人的行为及其结果承担责任。共犯对正犯的行为承担罪责,只限于自己行为引发结果的程度,如果承认可罚性借用,就明显违背了个人责任原则;第二,刑法的根本目的是法益保护,违法的重要实质内容是行为对法益的侵害及危险。因此,只有当某种行为侵害或者危及了法益,才具有违法性,才可能成为犯罪。可罚性借用认为教唆行为、帮助行为等本身无害于法益,不可罚,有违

法益保护原则<sup>[2]303</sup>。基于罪刑法定的精神,如果自己并没有可罚性,就不应当予以处罚,因此,有必要探寻共犯的独立可罚性的根据。

## (二)可罚性独立理论

代表性的学说主要有以下三种:一是所谓“责任共犯论”,二是所谓“违法共犯论”,三是所谓“因果共犯论”(引起说、惹起说)。

### 1. 责任共犯论——共犯陷正犯于堕落

责任共犯论认为,共犯之处罚根据在于,共犯通过教唆、帮助行为,诱使正犯实施有责行为,陷入处罚状态。责任共犯论肇始于德国带有主观主义色彩的旧的理论,今天已少有支持者。重要的代表人物有德国的H·麦耶(H. Mayer)、日本的泷川幸辰、江家义男、庄子邦雄。在我国,通说实际上也是支持责任共犯论的。

责任共犯论是以教唆犯为中心建构的理论。德国学者H·麦耶较早地提倡此说,他认为,正犯实施了杀人行为,教唆犯制造了杀人者。麦耶指出,教唆者一方面对法益加以侵害,另一方面对正犯加以侵害,是在两重形态上犯罪。与其将外部的损害的惹起看作犯罪的本质,不如把对伦理秩序的侵害看作犯罪的本质,这个诱惑的要素比客观的法益侵害原则上还要更重。尽管教唆者行为与正犯者的行为不同,从诱惑的观点说,不得不认为教唆者至少与正犯有相同程度的犯罪性。教唆者对法益的攻击,即使不超过实行杀人的人的程度,确实,教唆者制造了杀人者,所以教唆者与正犯者负同样程度责任<sup>[3]702</sup>。这样,教唆的未遂就具有可罚性,主张严格的犯罪共同说,极大地限定共犯成立的范围,作为反面的效果,奉行扩张间接正犯成立范围,以填补限制的正犯的理论漏洞<sup>[4]15</sup>。特别是在无身份者加功身份犯的有身份者的场合,有身份(责任身份)者加重减轻的刑罚效果当然及于无身份者。“儿子教唆第三者杀害了自己的父亲时,因为只不过是使他人实施通常杀人罪,构成通常杀人罪。但是,第三者教唆儿子杀死父亲时,因为被教唆人构成了杀害尊属罪,因此第三者构成杀害尊属罪的教唆”<sup>[5]</sup>。

责任共犯论受到了广泛的批判:责任共犯论的根据和刑法的法益保护目的没有直接关系。该论断将共犯的可罚根据系于“诱惑”他人堕落的伦理要素,有明显的法律道德化的倾向。在这种立场看来,正犯引起的法益侵害不是共犯的犯罪成立条件,而

仅仅是客观处罚条件而已<sup>[6]135-136</sup>。根据责任共犯论,共犯的成立以正犯具有构成要件该当性、违法性、有责性为前提(极端的从属性)。然而,这不符合承认参与者责任独立性的刑法典规定(例如,德国刑法第二十九条)。同时,由于不以法益保护为中心,会得出明显不当的结论。例如,甲教唆乙重伤甲的身体,乙成立故意伤害罪,甲却因为“诱惑乙堕落”而成立故意伤害罪的教唆犯。这从法益保护的观点来看是不合适的。此外,责任共犯论的核心是基于“处罚使他人堕落”的想法,在教唆犯或片面帮助犯方面,或许还可以得到呼应;不过,在正犯四处收买笼络帮手进行犯罪的情况下,是否还能说是共犯使正犯堕落?倒不如说是正犯使共犯堕落<sup>[1]65</sup>。

## 2. 违法共犯论——共犯的违法使得正犯违法

违法共犯论,也被称为“不法的共犯论”。随着1943年德国刑法的修正,导入了限制从属性,致使与极端的从属性相关联的责任共犯论式微,理论上兴起了违法共犯论。德国的莱斯(Less)、威尔兹尔(Welzel)、日本的大塚仁等都是违法共犯论的支持者。违法共犯论认为,正犯是违反了“不能杀人”的规范,共犯是违反了“不要教唆他人杀人”的规范,共犯与正犯所面对的规范的内容并不相同。换言之,处罚共犯,不仅仅是因为共犯引起了正犯侵害法益的结果,更是因为共犯通过教唆、帮助这种无价值的行为而引起了正犯侵害法益的无价值行为<sup>[6]136</sup>。

在违法共犯论中,共犯的成立只要求正犯的行为具有构成要件符合性、违法性,如果正犯行为是违法的,共犯的行为也是违法的。莱斯将教唆者的实质的不法内容求之于教唆者使被教唆者陷于与社会的尖锐对立之中,侵害被教唆者的“社会完整性”,将诱惑要素完全作为不法要素来把握,从而承认教唆的未遂可罚;威尔兹尔将共犯的成立求助于行为无价值的惹起,按照此说,教唆的未遂不可罚,不过只要正犯者实行了,就成立教唆的既遂<sup>[3]703-704</sup>。违法共犯论容易说明(纯正的)身份犯的共犯之处罚根据,如普通公民教唆国家工作人员受贿的,因为其导致国家工作人员实施了符合构成要件的违法行为,所以,承担受贿罪的责任<sup>[7]335-336</sup>。

违法共犯论也面临着挑战:第一,日本曾根威彦指出,违法共犯论,在强调共犯行为自身的违法性方面,从共犯的立场出发,将正犯行为视为共犯的处罚条件。但仅仅促使他人实施正犯行为(行为无价

值),并不足以说明共犯的违法性,存在没有在违法性中考虑侵害、威胁法益的问题<sup>[6]136-137</sup>。第二,正因为没有站在法益侵害(结果无价值)立场上,会存在具体解释上的不合理。日本西田典之认为,如果坚持违法共犯论,就难以解释不处罚必要共犯的事例。“例如,购买猥亵文书的人,一般被解释为不可处罚。但这种场合,既然卖者的行为符合猥亵文书贩卖罪的构成要件要受处罚”,倘若按照违法共犯论,很难找到对买者不予以处罚的理由<sup>[8]5</sup>。张明楷也指出:“不法共犯论也会导致不当结论。例如,A请求正犯B杀害自己(A),正犯B杀害A未遂。由于A使正犯B实施了杀人未遂的违法行为,因而成立杀人未遂的教唆犯。但这种结论不合理。”<sup>[7]336</sup>

有影响力的学者站在兼顾行为无价值与结果无价值的立场上,赋予了违法共犯论更强的生命力。例如,不法共犯论者施特拉腾韦特(Stratenwerth)就指出:“但是,这种思想并不能一定得出反论说,唆使或者帮助他人实施了在正犯身上显得是刑法上不法的行为,在共犯身上肯定也是不法。可以借助一个简单的受嘱托杀人未遂的案例来说明这一点,法律并没有保护每个人的生命不受他自己的侵犯,因此,幸存的受害者所实施的‘教唆’没有构成任何不法”<sup>[9]325</sup>。看来,不能立即将违法共犯论置于学说史的祭坛。

## 3. 因果共犯论

在责任共犯论与违法共犯论对立之外有注重共犯与正犯违法性量的差别的因果共犯论。因果共犯论认为,正犯是直接侵害法益,共犯是间接侵害法益,正犯与共犯虽然在违法性的量上存在差别,但是,在因果的引起法益侵害这一点上,并没有本质差别。在因果共犯论的内部,又有注重行为无价值或者结果无价值的诸种学说。

各种因果共犯论的学说在解答如下两个案例时,往往有不同的结论<sup>[6]137</sup>。例1,甲按照乙的要求,对乙实施了危及自身生命的重大伤害之类的行为,是否存在虽然正犯(甲)违法,但共犯(乙)合法的场合?也即是否存在“没有共犯的正犯”?例2,丙怂恿丁实施自伤行为的,是否存在尽管正犯(丁)合法,但是共犯(丙)违法的场合?也即是否存在“没有正犯的共犯”?

其一,纯粹的惹起说,也被称为“独立性志向惹起说”。纯粹的惹起说全面肯定违法的相对性,认为

共犯自己侵犯刑法分则所保护的法益,共犯的违法性以共犯行为自身的违法性为基础,完全独立于正犯的违法性<sup>[3]704</sup>。德国的科勒尔(Kohler)、吕德森(Lüderssen)提倡此说,日本的牧野英一、宫本英修、木村龟二予以支持。

依据纯粹的惹起说,在例1中,乙自然不能作为共犯处罚,毕竟乙的行为没有法益侵害性,甲可以作为正犯处罚,甲的行为具有法益侵害性,故而承认“没有共犯的正犯”。在例2中,丙侵害了法益,丙的行为成立教唆犯,丁的行为没有法益侵害性,不能作为正犯处罚,故而承认“没有正犯的共犯”。纯粹的惹起说面临着会扩大处罚范围的批评:对于必须透过正犯行为来侵害法益的共犯而言,可能会过分扩大处罚的范围。“全面承认违法相对性的纯粹引起说,是从行为人的角度把握违法性的人的不法论的归结,反而偏离了从法益侵害说的角度考虑共犯之处罚根据的引起说的立场,非常接近行为无价值的观点”<sup>[6]138</sup>。西田典之曾经举例说明该说的不妥当性:“例如,某护士偶尔听到医师与患者对话而知悉了患者的秘密,如果某人教唆该护士泄露了患者的秘密,尽管护士并非泄露秘密罪的主体,(该护士不能构成本罪的正犯),但该教唆人仍构成泄露秘密罪的教唆犯(‘秘密泄露事例’)。”<sup>[10]277-278</sup>

其二,修正的惹起说,也被称为“从属性志向惹起说”。修正的惹起说认为,共犯是由于参与正犯的法益侵害行为才受到处罚,共犯没有独立的违法要素,共犯的违法性要以正犯的违法性为基础(限制的从属性)。德国的耶赛克(Jescheck)、毛拉赫(Maurach),日本的平野龙一、曾根威彦、大越义久等均持该说。在我国,黎宏、杨金彪等也支持此说。

依据修正的惹起说,在例2中,丁的自伤行为合法,丙的教唆行为也合法;在例1中,甲的伤害行为违法,乙的教唆行为也违法。对乙而言,虽然必须否定可罚的违法性,但并不能认为乙的行为合法。在因果的引起乙的重伤这一法益侵害上,甲的正犯行为与乙的教唆行为之间并没有本质的差别,必须承认甲行为的违法与乙行为的违法具有连带性<sup>[6]139</sup>。修正的惹起说受到了批评:“说正犯行为违法的话,共犯行为也都应当违法的立场,这是对违法的连带性的过度强调”<sup>[6]139</sup>。修正的惹起说虽注意保护法益,坚持彻底的结果无价值论,但在共犯的违法性上过分僵死,有违法益保护的精神。

大越义久提出了“第三惹起说”,以作为对修正的惹起说的修正。大越义久认为,从法益侵害说的观点出发,因为法益概念本身可以从不同的层面观察,并不能一概否定违法的相对性。大越义久主张从法益的概念出发,对修正的惹起说进行变通,主张违法本身具有连带作用,责任具有个别作用,但承认违法(法益侵害)的相对性时,则不予以适用<sup>[1]85-86</sup>。

其三,混合的惹起说。今日的通说是行为无价值与结果无价值折中的混合的惹起说(或者“构成要件惹起说”)。德国的赫兹伯格(Herzberg)、罗克辛(Roxin),日本的大谷实、山口厚、西田典之都持此说。我国的张明楷、陈洪兵等也持此说。

罗克辛认为,一方面,法律上的共犯仅存在于“共犯者侵害对其本身也受保护的法益”,法益侵害的概念限定了共犯处罚的基础,从而法益侵害是共犯不法的独立要素;另一方面,共犯不法本质上是透过正犯不法来决定的<sup>[1]92-93</sup>。因此,罗克辛总体主张共犯违法的连带性,同时承认法益概念的相对性对共犯不法的修正。西田典之认为,“共犯之处罚根据就在于惹起了构成要件违法性,或者说,惹起了由构成要件这一框架所框定的违法性,而并非仅仅只要惹起了法益侵害这一意义上的违法性即可,没有构成要件该当性便没有共犯处罚。确切的表述应该是,某参与者的行为满足了构成要件,这才是共犯之处罚根据”。正是因为此,西田典之从实质的角度,认为混合的惹起说更正确的称谓是“构成要件惹起说”<sup>[10]278</sup>。

混合的惹起说从共犯通过正犯间接地侵害法益的立场出发,认为共犯的违法性以共犯行为自身的违法性以及正犯行为的违法性两方面为基础。这种见解部分承认违法的连带性(限制的从属性),否定“没有正犯的共犯”,部分承认违法的相对性,肯定“没有共犯的正犯”。据此,在例2中,丁的正犯行为合法,丙的教唆行为也不违法;在例1中,甲的正犯行为违法,乙的教唆行为并不违法。针对混合的惹起说,修正的惹起说的主张者提出了批评:在案例1中,教唆者的行为不可罚,并非教唆者的行为没有违法性,而是由于教唆者同时也是被害人,只是没有达到可罚的违法性的程度而已。在法益侵害上,不能认为正犯与共犯之间具有本质的不同<sup>[6]138-140</sup>。可见,本说与站在结果无价值立场上的修正的惹起说的重要区别,并不在于是否对共犯予以处罚,而在于

对共犯是否能够独立评价非法的问题,本说强调对共犯可以独立评价是否非法,而修正的惹起说仅仅依赖正犯评价共犯是否非法。

如何看待以上各种学说呢?毋庸置疑,法益保护是刑法的目的,在规范的建构中不能脱离法益的概念,应当否定泛道德化的归责思路,责任共犯论的道德主义立场应当抛弃。然而,违法共犯论虽然从个人责任视角逐步回归到客观违法,但是,将违法视为脱离法益概念的空虚不法,会得出与今日法益观念所塑造的法感觉明显悖离的结论;因果共犯论将视点集中在法益侵害上,应该说是妥当的方向,也是其日渐隆盛的根本原因。在因果共犯论内部,纯粹的惹起说使共犯与正犯的违法性完全独立,割裂正犯与共犯的规范联系,具有行为无价值的倾向,忽视了正犯对法益侵害的重要意义,有违法益保护的观念,并不可取;修正的惹起说将共犯与正犯的违法性做彻底的链接,强调正犯与共犯无法割断的规范联系,是结果无价值论的主张,虽其重视正犯对法益侵害的意义,却忽略了法益侵害应当具体判断的基本事实,也不可取;惟混合的惹起说既重视法益保护,又重视共同犯罪的规范结构,将法益概念的个别化与共犯从属性妥当地结合起来,实现了结果无价值与行为无价值的融合,至为可取。“一方面,‘正犯’的行为必须符合客观构成要件、侵犯了法益,否则,不能处罚教唆者与帮助犯。另一方面,正犯行为所侵犯的法益,也是教唆者、帮助者必须保护的法益。如果正犯侵犯的法益,不是教唆者、帮助者必须保护的法益,则只是正犯的行为成立犯罪,教唆者、帮助者的行为不成立犯罪”<sup>[7]336</sup>。相形而下,西田典之提出的“构成要件惹起说”是对罗克辛的法益概念说的有力补充,毕竟,侵害法益还不是标准的刑法意义上的不法,至少应当有构成要件的该当,才有不法的问题。考虑到犯罪的本质不仅有法益侵害的一面,也有秩序违反的一面,从义务犯的角度出发<sup>①</sup>,在混合的惹起说中不仅要有法益的要素,也应当有义务违反的要素。可以说,西田典之的“构成要件惹起说”具有重要意义。

学说的对立往往只有方便介绍的意义,将某种学说归入某一类型,并不意味着排斥各种学说发展趋同的可能性。例如,违法共犯论的新近发展(如施特拉腾韦特的学说),至少在处理上,就与混合的惹起说没有太多的不同,大越义久的第三惹起说在坚

持修正的惹起说的前提下引入法益相对性判断,“实际上已经开始向折衷(混合)惹起说修正”<sup>[6]87</sup>。

### 三 共同正犯之处罚根据

关于共犯之处罚根据的探讨范围,理论上有限定说”与“非限定说”的对立。“限定说”主张,共同正犯也是正犯,既然刑法规定处罚正犯,就没有必要再确定处罚根据。“非限定说”主张,共同正犯亦属于广义的共犯,体现了刑罚的扩张,故有必要特别讨论处罚根据<sup>[11]</sup>。

共同正犯也是正犯,正犯当罚,共同正犯也当罚,没有特别探究共同正犯的处罚根据的必要。但是,如果承认实质的客观说或者犯罪支配等理论,共同正犯的成立就有超出构成要件行为的可能,在对其适用刑法确定的正犯之刑时,就需要探讨共同正犯的处罚根据。从承认有脱离构成要件行为的共同正犯来看,共同正犯的可罚性在于其加功的直接实施构成要件行为之人,这类似于共犯之处罚根据,即“共犯之处罚根据相当论”。如果承认形式的客观说,对支配犯而言,共同正犯都触犯了构成要件,直接适用刑法,对共同正犯适用正犯之刑,是当然的要求,没有特别探讨共同正犯的处罚根据的必要。不过,如果强调“部分实行全部责任”的原则,就无法否认这样的共同正犯也需要处罚根据。“部分实行全部责任”的处理规则,意味着共同正犯的相互补充性,部分未实施全部构成要件行为的共同正犯,需要依凭其他实施全部构成要件行为的共同正犯,或者实施其他部分构成要件行为的共同正犯,才能最终实现不法,所以,就需要共同正犯具有类似于共犯之处罚根据。此外,对承认共同正犯的义务犯而言,部分义务身份者违反义务实施构成要件的行为,就相当于全部义务身份者共同实施了构成要件的行为,也需要共同正犯具有类似的共犯之处罚根据。

### 四 共犯之处罚根据的实践

共犯之处罚根据有向传统共犯论几乎所有领域辐射的整体趋势,关涉到“共犯与身份”、“教唆的未遂”、“片面的共犯”、“必要共犯”、“共谋共同正犯”、“共犯的脱离”、“承继的共犯”等问题的解决。囿于篇幅,仅简要给出三个重大问题的基本处理方案。

第一,“共犯与身份”。“共犯与身份”问题是指,刑法中身份的专属性规范效果能否被共犯所破除,或者共犯的规范扩张效果能否导致身份专属性效果的破坏?“共犯与身份”的中心问题是“身份犯之共

同犯罪”问题。坚持混合的惹起说,在处理“身份犯之共同犯罪”问题时,理应奉行“违法的连带性”、“责任的独立性”。对于“违法的身份犯”而言,违法身份的规范效果应具有连带性,有身份者的身份效果可以扩张至无身份者。例如,无身份者教唆国家工作人员贪污公款,无身份者与有身份者应认定为贪污罪的共同犯罪,有身份者是贪污罪的正犯,无身份者是贪污罪的教唆犯。对于“责任的身份犯”而言,责任身份的效果仅仅及于自身,无法扩张至无身份者。例如,无身份者帮助司法工作人员诬告陷害他人,无身份者与有身份者虽然成立诬告陷害罪的共同犯罪,但是,司法工作人员从重处罚的规范效果仅仅限于有身份者,无身份者不应从重处罚。“共犯与消极身份”问题也是“共犯与身份”项下的子课题。解决“共犯与消极身份”问题,不仅要考虑“违法的连带性”、“责任的独立性”,还要特别地考虑违法性内部的相对性问题。例如,被害人(阻却构成要件的有身份者)教唆无身份者杀害被害人自己,被害人不成立故意杀人罪的教唆犯,无身份者成立故意杀人罪的正犯。

第二,“教唆的未遂”。“教唆的未遂”问题是指,教唆他人实施犯罪,他人未着手实施构成要件的行为的,

教唆行为是否具有可罚性?坚持混合的惹起说,在处理“教唆的未遂”问题时,理应坚持“共犯实行的从属性”,即正犯缺乏违法性不可罚,也没有处罚共犯的道理。“教唆的未遂”缺乏可罚性。特别值得注意的是,在以处罚预备犯为原则的我国法制下,不具有可罚性的教唆的未遂,仅仅限于被教唆者连预备行为也未做出的情形。例如,甲教唆乙去杀害丙,乙无动于衷,甲的行为不可罚。相反,如果乙为杀害丙做了必要的准备,只是由于意志以外的原因未及着手实行,甲的行为仍然具有可罚性。

第三,“片面的共犯”。“片面的共犯”问题是指,在正犯不知情的情况下,以参与犯罪的意思实施加功行为的,片面加功者是否成立共犯?坚持混合的惹起说,在处理“片面的共犯”问题时,理应否认“犯罪共同说”。坚持“客观的行为共同说”,即共同犯罪并非是与他人共同故意犯罪,而是自身实施了具有惹起构成要件实现的危险性行为。正犯并不知晓加功者,只要加功者的行为客观地引起了构成要件的实现,就足以成立共犯。例如,A看见B正在追杀C,A在C逃跑的道路上洒上油,C跑过洒上油的路面摔倒,B终将C杀害,A成立故意杀人罪的帮助犯。

#### 注释:

①义务犯(Pflichtdelikte)发轫于德国刑法学,由罗克辛教授在1963年的论文《正犯性与犯罪支配》中明确提出,继而由雅科布斯(Jakobs)大力提倡,始得到学说上的渐进承认。

#### 参考文献:

- [1]林冠宏.共犯处罚根据之研究[D].台北:台北大学法律系硕士学位论文,2008.
- [2]张明楷.刑法的基本立场[M].北京:法律出版社,2002.
- [3]马克昌.比较刑法原理[M].武汉:武汉大学出版社,2002.
- [4](日)中山研一,浅田和茂,松宫孝明.レヴィジョン刑法1—共犯論[M].东京:成文堂,1997.
- [5]杨金彪.责任共犯说批判[J].法律科学,2006,(6).
- [6](日)曾根威彦.刑法学基础[M].黎宏译.北京:法律出版社,2005.
- [7]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2007.
- [8](日)西田典之.共犯的分类[C]//中日共同犯罪比较研究.武汉:武汉大学出版社,2003.
- [9](德)施特拉腾韦特,库伦.刑法总论I—犯罪论[M].杨萌译.北京:法律出版社,2006.
- [10](日)西田典之.日本刑法总论[M].刘明祥,王昭武译.北京:中国人民大学出版社,2007.
- [11](日)山口厚.共犯の処罰根拠論[J].法学教室(东京),2001,(12).

[责任编辑:苏雪梅]