



法学研究
CHINESE JOURNAL OF LAW

专题选辑

陈甦 / 总主编

中国共犯理论的 研究进展

Research Progress of
the Chinese Accomplice Theory

钱叶六 主编

40



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

钱叶六

华东师范大学法学院教授、博士生导师，刑法学科带头人，法学实验实践教学中心主任，兼任上海市法学会案例法学研究会理事，主要研究方向为中国刑法学、比较刑法学。在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等刊物上发表论文近 80 篇，独（译）著 3 部。主持国家级、省部级科研项目 4 项。入选上海青年法学法律人才库、江苏高校“青蓝工程”中青年学术带头人。科研成果荣获省部级科研奖多项。


《法学研究》专题选辑

陈甦 / 总主编

中国共犯理论的 研究进展

Research Progress of
the Chinese Accomplice Theory

钱叶六 主编

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCE ACADEMIC PRESS

总序

回顾与反思是使思想成熟的酵母，系统化的回顾与专业性的反思则是促进思想理性化成熟的高效酵母。成熟的过程离不开经常而真诚的回顾与反思，一个人的成长过程是如此，一个学科、一个团体、一本期刊的发展过程也是如此。我们在《法学研究》正式创刊40年之际编写《〈法学研究〉专题选辑》，既是旨在引发对有关《法学研究》发展历程及其所反映的法学发展历程的回顾与反思，也是旨在凝聚充满学术真诚的回顾与反思的思想结晶。由是，《〈法学研究〉专题选辑》是使其所刊载的学术成果提炼升华、保值增值的载体，而非只是重述过往、感叹岁月、感叹曾经的学术纪念品。

对于曾经的法学过往，哪怕是很近的法学过往，我们能够记忆的并非像我们想象的那样周全、那样清晰、那样深刻，即使我们是其中许多学术事件的亲历者甚至是一些理论成就的创造者。这是一个时空变化迅捷的时代，我们在法学研究的路上走得很匆忙，几乎无暇暂停一下看看我们曾经走过的路，回顾一下那路上曾经的艰辛与快乐、曾经的迷茫与信念、曾经的犹疑与坚定、曾经的放弃与坚持、曾经的困窘与突破，特别是无暇再感悟一下那些“曾经”中的前因后果与内功外力。法学界同仁或许有同样的经验：每每一部著述刚结句付梓，紧接着又有多个学术选题等待开篇起笔，无参考引用目的而只以提升素养为旨去系列阅读既往的法学精品力作，几为夏日里对秋风的奢望。也许这是辉煌高远却又繁

重连续的学术使命造成的，也许这是相当必要却又不尽合理的学术机制造成的，也许这是个人偏好却又是集体相似的学术习惯造成的，无论如何，大量学术作品再阅读的价值还是被淡化乃至忽略了。我们对没有被更充分传播、体现、评价及转化的学术创造与理论贡献，仅仅表达学人的敬意应该是不够的，真正的学术尊重首先在于阅读并且一再阅读映现信念、智慧和勇气的学术作品。《〈法学研究〉专题选辑》试图以学术史研究的方法和再评价的方式，向学界同行表达我们的感悟：阅读甚至反复阅读既有成果本该是学术生活的重要部分。

我曾在另外一本中国当代法学史著作的导论中描述道：中国特色社会主义法治建设之路蜿蜒前行而终至康庄辉煌，中国法学研究之圃亦蔓延蓬勃而于今卓然大观。这种描述显然旨在鼓舞而非理解。我们真正需要的是理解。理解历史才能理解现在，理解现在才能理解未来，只有建立在对历史、现在和未来的理解基础上，在面对临近的未来时，才会有更多的从容和更稳妥的应对，才会有向真理再前进的勇气与智慧。要深刻理解中国法学的历史、现在以及未来，有两种关系需要深刻理解和精准把握：一是法学与法治的关系，二是法学成果与其发生机制的关系。法学与法治共存并互动于同一历史过程，法学史既是法律的知识发展史，也构成法治进步史的重要组成部分。关于法、法律、法治的学术研究，既受制于各个具体历史场景中的给定条件，又反映着各个历史场景中的法律实践和法治状况，并在一定程度上启发、拨动、预示着法治的目的、路径与节奏。认真对待中国法学史，尤其是改革开放以来的法学史，梳理各个法治领域法学理论的演进状态，重估各种制度形成时期的学术供给，反思当时制度设计中背景形塑和价值预设的理论解说，可以更真实地对法治演变轨迹及其未来动向作出学术判断，从中也更有把握地绘出中国法学未来的可能图景。对于既有法学成果，人们更多的是采取应用主义的态度，对观点内容的关注甚于对观点形成机制的关注。当然，能够把既有学术观点纳入当下的理论创新论证体系中，已然是对既往学术努力的尊重与发扬，但对于学术创新的生成效益而言，一个学

术观点的生成过程与形成机制的启发力远大于那个学术观点内容的启发力，我们应当在学术生产过程中，至少将两者的重要性置于等量齐观的学术坐标体系中。唯其如此，中国法学的发展与创新才会是一个生生不息又一以贯之的理性发展过程，不因己悲而滞，不因物喜而涨，长此以往，信者无疆。

作为国内法学界的重要学术期刊之一，《法学研究》是改革开放以来中国法学在争鸣中发展、中国法治在跌宕中进步的一个历史见证者，也是一个具有主体性、使命感和倡导力的学术过程参与者。《法学研究》于1978年试刊，于1979年正式创刊。在其1979年的发刊词中，向初蒙独立学科意识的法学界和再识思想解放价值的社会各界昭示，在办刊工作中秉持“解放思想、独立思考、百家争鸣、端正学风”的信念，着重于探讨中国法治建设进程中的重大理论和实践问题，致力于反映国内法学研究的最新成果和最高学术水平，热心于发现和举荐从事法学研究工作的学术人才。创刊至今40年来，《法学研究》虽经岁月更替而初心不改，虽有队伍更新而使命不坠，前后八任主编、50名编辑均能恪守“严谨、务实、深入、学术”的办刊风格，把《法学研究》作为自己学术生命的存续载体和学术奉献的展示舞台。或许正因如此，《法学研究》常被誉为“法学界风格最稳健、质量最稳定的期刊”。质而言之，说的是刊，看的是物，而靠的是人。我们相信，《法学研究》及其所刊载的文章以及这些文章的采编过程，应该可以视为研究中国改革开放以来法学发展、法治进步的一个较佳样本。也正因如此，我们有信心通过《〈法学研究〉专题选辑》，概括反映改革开放以来中国法学发展的思想轨迹以及法学人的心路历程。

本套丛书旨在以《法学研究》为样本，梳理和归整改革开放以来中国法学在一个个重要历史节点上的思想火花与争鸣交织，反思和提炼法学理论在一个个法治建设变奏处启发、拨动及预示的经验效果。丛书将《法学研究》自创刊以来刊发的论文分专题遴选，将有代表性的论文结

集出版，故命名为“《法学研究》专题选辑”。考虑到《法学研究》刊发论文数量有限，每个专题都由编者撰写一篇2万字左右的“导论”，结合其他期刊论文和专著对该专题上的研究进展予以归纳和提炼。

丛书第一批拟出版专题15个。这些专题的编者，除了《法学研究》编辑部现有人员外，多是当前活跃在各个法学领域的学术骨干。他们的加入使得我们对这套丛书的编选出版更有信心。

所有专题均由编者申报，每个专题上的论文遴选工作均由编者主要负责。为了尽可能呈现专题论文的代表性和丰富性，同一作者在同一专题中入选论文不超过两篇，在不同专题中均具代表性的论文只放入其中的一个专题。在丛书编选过程中，我们对发表时作者信息不完整的，尽可能予以查询补充；对论文中极个别受时代影响的语言表达，按照出版管理部门的要求进行了细微调整。

不知是谁说的，“原先策划的事情与实际完成的事情，最初打算写成的文章与最终实际写出的文章，就跟想象的自己与实际的自己一样，永远走在平行线上”。无论“平行线”的比喻是否夸张，极尽努力的细致准备终归能助力事前的谨慎、事中的勤勉和事后的坦然。

我思故我在。愿《法学研究》与中国法学、中国法治同在。

陈甦

2019年10月8日

于沙滩北街15号

目录

- [导论](#)
- [略谈共犯中的几个问题](#)
- [试论教唆犯的二重性](#)
- [论我国刑法中的片面共犯](#)
- [教唆犯不是共犯人中的独立种类](#)
- [共同犯罪与身份](#)
- [略论胁从犯](#)
- [论我国刑法中的共同正犯](#)
- [论共同犯罪立法与司法的完善](#)
- [论共同过失犯罪](#)
- [受贿罪的共犯](#)
- [我国刑法中教唆犯的两涵义](#)
- [“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释](#)
- [双层区分制下正犯与共犯的区分](#)
- [自杀的认定及其相关行为的刑法评价](#)
- [“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解](#)
- [先前行为与实行过限下知情共犯人的刑事责任](#)
- [共同犯罪的认定方法](#)
- [刑法教义学研究的中国主体性](#)
- [间接正犯概念之否定](#)

- [归责视野下共同犯罪的区分制与单一制](#)

导论^[1]

钱叶六^[2]

在教义学上，共犯论历来都是各国刑法诸家们所热衷研究的重要课题，正如日本刑法学者西村克彦所言，“共犯，几乎成了永恒的主题”。^[3]但另一方面，共犯论又有刑法学中“最黑暗、最混乱的一章”、“绝望之章”之称，涉及的理论和实践问题复杂而又艰深，一度令我国学者“望而生畏”，不敢问津，这直接影响和制约着我国共犯理论研究的深入和发展。陈兴良教授曾一针见血地道出了我国以往共犯论研究的落后状况，“在刑法学处于恢复和重建初期的20世纪80年代，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”，^[4]且不说有分量的共犯论著在当时的市面上难得一见，就连相关论文成果亦是寥若晨星。但到了21世纪初，随着我国刑法学研究队伍的不断壮大尤其是新生研究力量的逐渐崛起，刑法学的研究开始变得日益活跃起来。其中，共犯论作为刑法学研究中一个重要的学术增长点，也获得了长足的发展，有关共犯问题的研究成果如雨后春笋般不断涌现。^[5]而作为中国重要法学期刊阵地之《法学研究》，便同其他诸法学期刊一道，共同担当起刊发和展示共犯理论最新研究成果的要务，“第一现场”地见证了共犯理论的发展脉络和轨迹，为当代中国共犯理论的发展积聚了不可替代的历史文本。对于这些承载我国共犯理论发展轨迹、具有时代价值的共犯研究作品，本文无意逐一品评其优劣和比较每种观点的高下，而主要

旨在以《法学研究》刊发的共犯论文为主要素材，同时参考相关共犯论著以及其他学术期刊刊载的有关共犯主题的论文，在对我国共犯理论研究进行回顾性评价的基础上，侧重对我国共犯理论研究中的重要问题及其论争予以总结和述评，以期形塑出当前我国共犯论学术推进的“整体影像”，并对我国未来共犯理论研究的发展方向进行前瞻性的展望。

当然，需要特别向本文所涉及的文献作者及读者诸贤交代的是，近四十年来，我国共犯理论研究成果浩如烟海，仅就论文发表总数而言，就有千篇以上之多，这一数量可谓相当可观。由于笔者才疏学浅，笔力有限，本文无法对该时期内的所有共犯理论研究成果一一加以详细述评和研析，而只能就我们认为对学术推进具有重要意义的共犯理论研究成果进行一番刍荛之议，难免有作品取舍不当、误读原作、评述疏漏乃至讹误之处，尚祈作（读）者诸贤不吝赐教指正。

一 共犯论研究的总体性回顾和评价

鉴于在刑法学中的重要性，自20世纪80年代起，共犯问题便开始受到一些刑法学者的青睐和关注，并有《论共犯》^[6]、《论教唆犯》^[7]、《共同犯罪理论与司法实践》^[8]、《论共同犯罪》^[9]等具有开拓性的专著问世。特别是1992年陈兴良教授的博士毕业论文《共同犯罪论》的出版，将我国共同犯罪的研究层次推向了一个新的高度。该书分为上篇（总论）和下篇（各论），立足我国刑事立法和司法实际，并借鉴域外立法例和理论，主要对共同犯罪的性质、共同犯罪的范围、共同犯罪的构成、共同犯罪的形式、共同犯罪人的分类及其处罚、共同犯罪与身份、共同犯罪与犯罪形态、共同犯罪与罪数、共同犯罪与认识错误等问题作了系统、深入的研究，勾画了我国共同犯罪理论的基本图景和框架，成为我国共同犯罪学术史上的标志性作品。马克昌先生在为该书所作的序中评价道，该书“对共同犯罪进行了系统而全面的研究，规模宏大，构思精密，材料丰富，内容充实……将本书放在共同犯罪理论著作发展史上来考察，可以看出，这是一本发展了前人研究成果、对共同犯罪理论作出贡献的力作”。^[10]但在其后的差不多十年里，因受制于当时法学研究水平整体落后的状况，我国关于共犯理论的研究不尽如人意，可以说基本上未能突破该书的理论框架和水平。

总体看来，这一阶段的共犯理论研究尚存在以下问题或不足。

第一，研究的广度和深度有限，体系性思考和创新性思考明显不足。从该阶段的研究内容观之，多是围绕共同犯罪的成立条件、共同犯罪的形式、共犯人的分类及其刑事责任、共同犯罪与身份、共同犯罪与

犯罪形态等几个有限的问题展开，^[11]相关论述可谓“千人一面”，“似曾相识”，低水平重复现象较为严重。而对于共犯体系、共同犯罪的本质、共犯与正犯关系、共犯的处罚根据、共犯的因果性等架构共犯论“大厦”的本源性、基础性问题，学界几未涉足，相关研究远未获得充分、深入的展开，这些都在整体上制约了我国共犯理论研究的发展。

第二，理论或观点陈旧、过时，难以有效地指导和应用于司法实践。例如，关于共犯（主要是指教唆犯）的处罚根据问题，虽然我国学界鲜有作为专门问题加以探讨，但一般认为，教唆犯之所以要受处罚，是因为教唆犯唆使具有刑事责任能力、没有犯罪故意的他人产生犯罪故意，从而使其堕落，^[12]这实际上采取的是缺陷丛生的责任共犯论。又如，在共犯的性质（共犯行为有无独立的实行性）问题上，我国多数学者采取的是将心情刑法、思想刑法发挥到极致的共犯独立性说。^[13]另外，有些学者虽然采取的是二重性说，^[14]但究其实质，所谓的“二重性说”依然是独立性说。^[15]再如，在共同犯罪的本质问题上，否定“责任个别作用”的犯罪共同说一直在我国学界和实务界大行其道。^[16]诸如此类，俯拾皆是。

第三，在研究范式上，因受长期占据学说“帝统”地位之四要件犯罪构成体系的影响，传统的共犯教义学基本上都是沿用四要件体系关于犯罪认定的简单套路分析和讨论共犯问题，对很多复杂问题采用“绕开走”的办法，导致对很多问题的讨论只能是浮光掠影、浅尝辄止，远远不能满足司法实务的需要。例如，在共同犯罪的成立条件上，传统的刑法理论只是简单地将共同犯罪的主体要件由单独犯的一人置换为“二人以上”，至于其他要件则是沿用讨论单独犯的思路。这具体表现在：①共同犯罪中之“罪”，是指符合犯罪成立全部要求的行为。如此一来，也就要求所有的参与人都必须达到法定责任年龄，具有刑事责任能力。②共同故意犯罪之“共同”，是指二人以上具有相同的故意，亦即参与人实施的行为必须符合同一犯罪构成。但是，这种过于硬性强调责任共同之

思考方法，不仅有违“责任个别作用”的基本原理，而且在共犯诸多问题的解释上日益捉襟见肘。^[17]

令人感到欣喜的是，自20世纪末始，随着我国学术开放的步伐加快和中外刑法学交流的日益深入，域外刑法学理论渐次被引介进来，尤其是，德、日阶层式犯罪论体系和共犯理论的引入，不仅拓宽了中国刑法学者的研究视域，而且激发了一大批有志于共犯问题研究的学者的兴趣和热情，共犯理论的研究如火如荼，不断向前深入推进，饱含学术含量的专题性著作和论文成果如雨后春笋般不断涌现，引人注目，中国共犯论研究一直故步自封、停滞不前的局面已经或者正在得到改变。就研究内容观之，可以说是“全面开花”，几乎辐射了共犯领域中的所有宏观和微观问题。在理论立场或学术观点上，不再是“人云亦云”，而是不断趋于争锋和对立。例如，关于共犯本质，虽然完全共同犯罪说已日渐式微，但部分犯罪共同说和行为共同说的争论依然激烈，且各有自己的学术“市场”；在不同身份者共同实施犯罪的定性问题上，更是百家争鸣，见仁见智，存在主犯决定说、实行犯决定说、分别定罪说、主职权行为决定说、义务重要者正犯说和想象竞合犯说等学说的分野。在思考范式上，我们在比较研究、理性审视、合理借鉴及本土语境转换的基础上，引入并确立了阶层式犯罪论体系思维和违法层面意义上的犯罪概念，借此展开对共犯体系、共犯处罚根据、共犯本质、共犯与正犯的关系等诸多本源性问题的追问和深度研讨，进而初步构筑起全新的、相对合理的共犯教义学体系。

二 共犯论中的重要问题及其研究进展

回顾近四十年来的共犯理论研究，相关文献可谓浩如烟海，数不胜数，所涉及的论题亦是头绪纷繁，让人眼花缭乱、目不暇接。本文以下主要就学界广泛聚焦、争议较大的话题，从基础理论和具体问题两个方面展开梳理和评析，以收管中窥豹之效。

（一）基础理论

1.共犯的立法体系

在二人以上共同参与犯罪的场合，各参与者加功、作用于犯罪事实的行为往往形态各异、表现不一，既有直接实行符合构成要件行为的情形，亦有仅仅对犯罪实施起诱发、促进或者加功作用的情形。关于如何处理这种复杂的参与现象，大体上有两种立法体系。一种是“单一制”。该体系对犯罪参与者不予区分，认为凡是对构成要件的实现作出原因性贡献的每一个人，均为正犯，或者虽然区分行为人的参与形态，但在不法的价值上不予区分，至于各参与者对于不法构成要件结果的实际重要性，则留待量刑阶段由法官根据各参与者的性质和作用予以裁量。采用单一制的代表立法例有意大利刑法、奥地利刑法、丹麦刑法等。与此相对，另一种是“区分制”，是指刑法法规不仅在概念上将参与者二元地区分为正犯与共犯，而且在原则上对两者的不法内涵予以不同的评价，并设置轻重不同的刑罚。采用该体系的代表立法例有德国刑法、日本刑法、韩国刑法及我国台湾地区“刑法”等。一个国家（地区）在立法上采取什么样的共犯体系，直接关系到该国（地区）的刑法教义学将会构筑什么样的共犯论体系。由此，在学理上厘清我国共犯体系的性质，对于

促进我国共犯论体系的理性构筑及合理地解决各参与人的定罪和量刑问题，就具有十分重要的意义。

我国以往的共犯教义学鲜有明确论及共犯体系问题的，但从一些学者相关著述来看，几乎都是在定罪层面讨论组织犯、实行犯、教唆犯和帮助犯，在量刑层面讨论主犯、从犯和胁从犯，^[18]而当我们通常在定罪层面言及正犯与共犯时，也就表明学者们事实上多是基于区分制的立场建构和发展自己的共犯论体系。^[19]然而，江溯博士在其2010年公开出版的博士论文《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》中颇有创见性地对刑法第25条至第29条作出了不同于以往通说的解读，认为我国刑法采取的是单一制而非区分制，在此立场之下，江溯博士体系性地就我国共犯论体系和共犯诸问题进行了全新的构建和诠释。^[20]该论著的出版，引发了学界关于共犯体系问题的深入思考和热烈的讨论，并揭开了我国共犯体系究竟是单一制抑或区分制的论战之序幕。

阎二鹏教授在解释论上也得出了中国刑法的规定在本质上倾向的是一元参与体系的结论。他指出，我国刑法总则中关于共同犯罪人的规定并不是着眼于“构成要件的实现方式”，“直接实现构成要件”与“间接实现构成要件”两种构成要件观念的差别并未在立法中得以体现，所以，此种立法模式与区分制仍存在本质区别。相反，我国刑法中虽有所谓的“参与类型”，也就是主犯、从犯，但其着眼点在于量刑，法官在判断共同犯罪事实中何者为主犯、何者为从犯时，需要综合整个案件事实的所有主客观因素进行判断，这些无限多的因素或许只能抽象为主要与次要作用，而其判断标准与构成要件无涉，如此，主犯、从犯的立法模式只是就参与程度（即量刑）层面进行分类，而在参与类型（即定罪）层面则根本没有区分共犯人类型，所以，总体而言，在参与类型上我国刑法的规定大体倾向于一元参与体系，即在定罪层面不区分参与类型。^[21]

回望近些年来共犯理论研究的发展和进步，刘明祥教授可谓厥功至伟，其主要学术贡献在于，基于单一制的鲜明立场，对共犯领域中的一系列问题进行了体系性的解释。^[22]刘教授基于以下解释论上的根据，认为我国刑法采取的是单一制。第一，我国刑法第25条规定表明，二人以上只要是基于共同故意，实施了侵害刑法所保护法益的行为，就构成共同犯罪。也就是说，所有参与犯罪或者为犯罪创造条件构成犯罪的，都是共同犯罪人，并且，所有参与犯罪的人构成犯罪即共同犯罪人的条件完全相同，这与区分制所设定的正犯与共犯的成立条件不同这一点有着重大的差别。第二，各共同犯罪人，不论其参与的行为形态是实行行为（正犯行为）还是教唆行为或帮助行为，对于其是否构成犯罪或者能否成为犯罪人并不具有重要意义，因而没有必要加以区分。这也不同于在定罪阶段就必须将正犯与共犯严格区分开来的区分制。第三，在我国，对各个共同犯罪人也都是适用相同的法定刑来量刑，不存在共犯与正犯适用于不同的法定刑的规定，也不存在以正犯的法定刑作为处刑基准，对共犯予以从轻或者减轻处罚的规定。至于各参与人的刑罚量定问题，则依据其参与的程度和性质，确定其在共同犯罪中发挥的作用大小，分别认定主犯、从犯或者胁从犯，给予不同轻重的刑罚，以充分体现区别对待的刑事政策精神。^[23]

针对上述单一制的解释论，学界纷纷撰文表示反对或者批判，主要学者代表有周光权教授和何庆仁博士等。

周光权教授在《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》一文中，从“我国刑法总则的共同犯罪规定不符合单一制的特征”、“不能将我国刑法规定朝着单一正犯概念的方向解释”和“我国刑法分则的某些规定明确承认区分制和共犯从属性”等三个方面就我国共犯体系属于区分制而非单一制进行了说明和论证。^[24]特别值得一提的是，虽然同是坚持区分制的解释论立场，但在正犯、教唆犯、帮助犯和主犯、从犯的关系上，周光权教授作出了明显不同于通说的解释，