

# 功能单一正犯体系的理论 脉络及其检讨

袁国何\*

**摘要** 功能的单一正犯体系为了满足法治原则而主张在构成要件层面区分不同的共同犯罪人类型,认为各种类型的共同犯罪人具有价值等同性,反对从属性原理,并主张以统一的法定刑处罚不同的共同犯罪人。功能单一正犯体系的提出,消解了二元共犯体系对单一正犯理论的诸多批评,导致犯罪参与体系在诸多方面呈现融合态势。但是,共犯形式的单一性才是单一正犯概念的建构初衷与核心基底,也是正犯不法的独立性与法定刑统一性的基础;以统一的法定刑处罚全部共同犯罪人并非单一正犯体系的专有属性,而可以兼容于二元共犯体系;功能的单一正犯体系实际上在诸多方面接纳了从属性原理之结论,贯彻法治原则的初衷决定了功能的单一正犯体系难以从根本上拒绝从属性原理。与其采用具有诸多内生矛盾的功能单一正犯体系,不如在区分共同犯罪不法论与共同犯罪处罚论的基础上建构中国的二元共犯体系。

**关键词** 功能单一正犯体系 统一法定刑 价值等同性 共同犯罪人类型 二元共犯体系

“共犯理论是德国刑法学中最黑暗和最混乱的一章。”〔1〕自宾丁(Binding)引述该段论述以来,〔2〕“最黑暗、最混乱”成为了对共同犯罪理论的最经典评价。就其核心而言,共同犯罪理论关注的是,如何对以不同形式参与到犯罪之中的多人予以定罪、处罚。就此,存在着区分

\* 复旦大学法学院讲师。

〔1〕 Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 7. Jahrg., 1911, 306.

〔2〕 Vgl. Binding, Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 253.

制共同犯罪理论(二元共犯体系)与单一制犯罪参与理论(单一正犯体系),这两种对立见解构成了理解共同犯罪的基本范式。〔3〕当下,我国刑法学关于共同犯罪的诸多讨论,也大体上是在这一理论场域下产开的。

## 一、问题的提出

我国《刑法》第26—29条分别规定了主犯、从犯、胁从犯与教唆犯,被认为是采用了作用分类法为主、分工分类法为辅的区分方式。〔4〕大体上,分工分类法在共同犯罪的定罪领域发挥作用,作用分类法则在共同犯罪的量刑领域发挥作用。在此基础上发展起来的中国共同犯罪理论,大多有意识或无意识地以区分制共同犯罪理论来理解我国《刑法》的规定,可以说,区分制共同犯罪理论在我国刑法学中占据着通说地位。〔5〕为了区分正犯与共犯,各国学说和实务开创了主观说、形式客观说、实质客观说、犯罪支配理论等诸多理论,然而,“其结果并不令人满意。相反,这些理论使得正犯概念越来越脱离其基本内涵。”〔6〕此外,我国《刑法》并未明确规定“正犯”与“共犯”概念,也没有规定教唆犯、帮助犯可以或应当以减轻的法定刑处罚,与德国、日本的典型二元共犯理论之间存在一定差异。

本世纪初,随着德国、日本刑法总论教科书相继被翻译出版,限制的正犯概念与扩张的正犯概念之争、二元共犯体系与单一正犯体系之争,更直观、系统地进入到中国刑法学的视野之中。受此影响,部分学者主张我国《刑法》并不明确区分正犯与共犯,采用的是单一正犯体系。〔7〕另有学者认为,我国《刑法》并不是完全不区分共同犯罪人类型,而是主张全部共同犯罪人均在统一的法定刑内予以处罚,实际上是一种功能的单一正犯体系,〔8〕该体系融合了二元共犯体系与形式的单一正犯体系的诸多特色。〔9〕

形式的单一正犯体系以扩张的正犯概念为基础,放弃正犯者、教唆者与帮助者之间的区

〔3〕 Vgl. Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil, Mit Einführungen in programmierter Form, 4. Aufl., 1984, S. 545 ff.

〔4〕 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第32页;陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社1992年版,第189页。

〔5〕 参见高铭喧,同上注;马克昌主编:《犯罪通论》(第3版),武汉大学出版社1999年版,第540—564页;张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第390页;周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第319—321页。

〔6〕 江溯:《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》,中国人民公安大学出版社2010年版,第2页;Ähnlich sehe auch Detzer, Die Problematik der Einheitstäterlösung, 1972, S. 1.

〔7〕 参见刘明祥:“论中国特色的犯罪参与体系”,《中国法学》2013年第6期,第118—120页;刘洪:“我国刑法共犯参与体系性质探讨——从统一正犯视野”,《政法学刊》2007年第9期,第17—18页。

〔8〕 参见江溯,见前注〔6〕,第242—256页。需要说明的是,江溯近来也转变了观点,认为功能的单一制与其拐弯抹角地通过实质化的未遂理论限制对未遂的参与之处罚,不如径行承认共犯从属性原理。由此,他认为我国《刑法》采用的既非功能的单一制,亦非区分制,而是混合制。

〔9〕 参见王华伟:“犯罪参与模式之比较研究——从分立走向融合”,《法学论坛》2017年第6期,第154页。

别,每个对结果具有因果贡献者均系正犯,<sup>[10]</sup>由于其不区分正犯与共犯,故被称为单一正犯体系较为容易理解。与之不同,功能的单一正犯体系区分不同的构成要件行为实施形式(Tatbegehungsformen),<sup>[11]</sup>这不禁让人们产生疑惑:明确区分不同犯罪参与者的体系,何以能被称为(功能的)单一正犯体系?功能的单一正犯体系有何理论目标和制度特色?更进一步而言,以统一的法定刑处罚全部共同犯罪人是否是功能单一正犯体系的专有属性?功能单一正犯体系的各项主张之间能否内在契合?功能的单一正犯体系能否实现单一正犯体系的创制初衷?这些问题,均亟待回答。

应当承认的是,功能的单一正犯理论是一项学术舶来品,只有回到其理论源头才能清晰地展现其理论逻辑以及相关问题,所以有必要在回溯学术史的基础上全面审视功能的单一正犯体系。显然,只有在功能的单一正犯体系具有鲜明特色并经得起推敲的前提下,才有必要接纳功能的单一正犯理论。因此,本文的第二部分将从学术史角度探寻功能单一正犯体系兴起的背景;第三部分则剖析功能单一正犯体系的理论特色;第四部分将对功能单一正犯体系的三项典型特征进行独特性检验和体系性检讨;第五部分是简要的结论。

## 二、功能单一正犯体系的理论前奏

1970年,基纳普菲尔(Kienapfel)指出:“许多国家都在刑法立法中以单一正犯体系取代了共犯体系,各国立法的这些规则尽管相互之间各不相同,但整体上可以被区分为两种基本形式:‘形式的’和‘功能的’单一正犯体系。”<sup>[12]</sup>此后,基纳普菲尔又连续在专著和论文中重申和丰富了这一见解,<sup>[13]</sup>由此,单一正犯体系得以分立为两支。在很大程度上,提出功能单一正犯体系的原因在于,形式的单一正犯体系面临诸多责难,并鲜为各国立法所采。<sup>[14]</sup>就此而言,有必要对形式单一正犯体系的兴起、发展及其面对的批评,进行一定程度的探讨。

单一正犯思想的兴起,建立在对二元共犯体系的批评基础上,有鉴于此,首先需要简要回顾二元共犯理论的演进历程。在立法上,明确区分正犯与共犯的做法可以追溯到1810年《拿破仑刑法典》。《拿破仑刑法典》第60条以列举的方式对重罪与轻罪之共犯进行了规定,并在第59条规定共犯与正犯原则上同等处罚;<sup>[15]</sup>随后,这种区分正犯与共犯的立法模式被1851

[10] Vgl. Schönemann, in: LK—StGB, 12. Aufl., 2007, Vor § 25, Rdn. 5.

[11] Vgl. Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 5.

[12] Kienapfel, „Beteiligung“ und „Teilnahme“, NJW 1970, 1827.

[13] Vgl. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 22 ff.; ders., Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Heinz Müller—Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 26 ff.; ders. (Fn. 12), 5 f.; ders., Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, JBl 1974, 120 ff.; ders., Probleme der Einheitstäterschaft, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 1, 1973, S. 80 ff.

[14] 在基纳普菲尔看来,奉行形式的单一正犯体系的有1930年的《意大利刑法典》以及1968年的联邦德国《违反秩序法》;而奉行功能的单一正犯体系的则有奥地利、挪威、丹麦、瑞典及冰岛刑法典。Vgl. Kienapfel (Fn. 12), 5; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, a.a.O., S. 24.

[15] 李秀清、陈颐主编:《法国六法》,商务印书馆编译所编译,上海人民出版社2013年版,第478页。

年《普鲁士刑法典》第 34 条继承；<sup>[16]</sup>继而，1871 年《德意志帝国刑法典》也沿袭了这一区分正犯与共犯的立法模式，其第 48、49 条进一步将共犯区分为教唆犯（Anstifter）与帮助犯（Gehülfe），<sup>[17]</sup>形塑了当代德国刑事立法关于共同犯罪的基本范式。可以说，明确区分正犯与共犯的区分制立场，是近代德国刑事立法的基本立场。在司法上，德意志帝国法院（Reichsgericht, RG）深受曾任帝国法院推事的冯·布里（von Buri）之影响而奉行主观理论以区分正犯与共犯，<sup>[18]</sup>区分制也是德意志帝国法院及德国联邦法院（Bundesgerichtshof, BGH）的一贯立场。<sup>[19]</sup>在学理上，这种三分式的区分制理论不仅构成了当今德国刑法学通说，<sup>[20]</sup>也是德国刑法学界早期的多数见解。<sup>[21]</sup>

不过，这种鲜明而一贯的区分制立场不乏反对者。1893 年，德国刑法学巨擘李斯特（von Liszt）就指出，共犯理论乃是刑法典中纯粹逻辑性、概念性元素的代表，此类形式化的累赘规定可以而且应当得到简化，尽管经典的法学理论不愿放弃该等历史悠久的传统。<sup>[22]</sup>在李斯特看来，接纳“为所发生之结果创设条件者应对其负责”这一简单原则，就可以使得饱经争论却依旧混乱不堪的共犯问题清晰化，并让关于共犯的不可胜数的专著成为多余。<sup>[23]</sup>此后，李斯特又在最后一版教科书中重申了这一点。<sup>[24]</sup>由此，李斯特被视为单一正犯体系的鼻祖。<sup>[25]</sup>放弃正犯与共犯区分的见解被提出后，掀起了轩然大波，

[16] 1851 年《普鲁士刑法典》第 34 条（犯罪参与）规定：“下列人员作为重罪（Verbrechen）或轻罪（Vergehens）之共犯（Teilnehmer）处罚：①通过赠与或许诺，威胁，滥用声望（Ansehen）或权力（Gewalt），故意诱发或提升误解或者通过其他方式而引诱（anreizen）、唆使（verleiten）或促使（bestimmen）他人实施重罪或轻罪的人；②为实施重罪或轻罪而给予正犯（Thäter）以指导的，明知武器（Waffen）、工具（Werkzeuge）或其他媒介（Mittel）可能用于犯罪而使正犯取得该等武器、工具或其他媒介以用于犯罪的，或者有意地在预备（vorbereiten）、简化（erleichtern）或完成（vollenden）犯罪行为（That）的举动（Handlung）中为正犯提供帮助（Hilfe）的。”

[17] 1871 年《德意志帝国刑法典》第 47 条规定：“若多人共同执行可罚行为，则每个人均作为正犯予以处罚。”第 48 条规定：“通过赠与或许诺，威胁，滥用声望或权利，故意诱发或提升误解或者通过其他方式而故意促使他人实施可罚行为的，作为教唆犯处罚。”“教唆犯之刑罚，根据其有意地教唆之行为所适用的同一法律而确定。”第 49 条规定：“有意地通过劝告（Rhat）或行为（That）而为重罪或轻罪之实施提供帮助的，作为帮助犯处罚。”“帮助犯的刑罚，根据其有意地提供帮助之行为所适用的同一法律而确定，但应依关于未遂之处罚的原则减轻。”

[18] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25, Rdn. 18.

[19] Vgl. RGSt 3, 181 (182 ff); BGHSt 18, 87 (89 ff).

[20] Vgl. Schönemann (Fn. 10), Vor § 25, Rdn. 2.

[21] Vgl. v. Bar, Über Kausalität und Teilnahme, ZStW 2 (1882), 252 ff.

[22] Vgl. v. Liszt, Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Dr. Franz v. Liszt, Bd. 2, 1905, S. 87 f.

[23] v. Liszt, a.a.O., S. 87 f.

[24] Vgl. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., 1919, S. 204 ff.

[25] Vgl. Kienapfel (Fn. 12), 1827; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 9 ff.; ders., Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 26.

国际刑法学会及其德国分会数次研讨了该命题,单一制主张获得了挪威刑法学家格茨(*Getz*)等的支持,<sup>[26]</sup>一时应者如云,蔚为壮观;1930年《意大利刑法典》的通过,更是被视为单一正犯体系的立法实践。<sup>[27]</sup>

另一方面,单一正犯概念被提出后,也遭受了诸多指责。其一,发端于自然主义时期刑法思想的单一正犯概念,是一种纯粹的因果正犯概念,<sup>[28]</sup>构成要件被人为地转换成单纯的法益侵害之因果,但共犯的本质并不仅限于因果性,<sup>[29]</sup>至少对于行为犯而言,未能把握其构成要件的真正意义,<sup>[30]</sup>此种理解将丧失法治国的定型性机能,无法限制国家刑罚权,<sup>[31]</sup>反而可能妨碍构成要件保障机能之实现;<sup>[32]</sup>其二,单一正犯概念试图对各个参与者的罪责作出不同理解,但只有从主观层面出发才可能做到这一点,而此种从主观层面出发的不同理解将导向危险性刑法和观念刑法(*Gefährlichkeits- und Gesinnungsstrafrecht*);<sup>[33]</sup>其三,单一正犯概念要放弃区分不同的参与者,就势必放弃个别化地考察行为人人身性要素(*Täterpersönlichkeiten*),这与重视行为人要素的现代刑事制裁理念向左;<sup>[34]</sup>其四,单一正犯概念废弃教唆犯与帮助犯的从属性,会导致所有的共犯未遂(*Teilnahmeversuch*)都变成未遂的正犯(*versuchte Täterschaft*),<sup>[35]</sup>相较于德国刑法典原则上仅在主行为着手后且具有违法性时处罚共犯<sup>[36]</sup>而言,单一正犯概念极端扩张了处

[26] Vgl. *Getz*, in: *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Bd. 5, 1896, S. 348 ff. 由于格茨主导了《挪威刑法典》的制定并撰写了立法理由书,因此,冯·毕克麦尔(*v. Birkmeyer*)等部分学者认为《挪威刑法典》采用了单一正犯体系。Vgl. *v. Birkmeyer*, *Teilnahme: Die Vorschläge der sog. Modernen Strafrechts*, in: *v. Birkmeyer u. a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Bd. 2, 1908, S. 87; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 168 ff.

[27] Vgl. *Schünemann* (Fn. 10), Vor § 25, Rdn. 17.

[28] Vgl. *Dreher*, Bericht, Die vierte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission 1. bis 4. Februar 1955, *ZStW* 67 (1955), 446.

[29] *Bockelmann*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: *Mezger/Jescheck/Lange* (Hrsg.), *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß, Sonderheft der ZStW* 1957, S. 47.

[30] Vgl. *Gallas*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: *Mezger/Jescheck/Lange* (Hrsg.), *Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß, Sonderheft der ZStW* 1957, S. 40.

[31] Vgl. BT Drucksache IV/650, S. 147; *Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1984, S. 266 f, 271; *Roxin* (Fn. 18), § 25, Rdn. 3.

[32] 参见(日)高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民大学出版社2010年版,第22页。

[33] Vgl. *Dreher* (Fn. 28), 446.

[34] Vgl. *Bockelmann* (Fn. 29), S. 46.

[35] Vgl. *Dreher* (Fn. 28), 446; *Bockelmann* (Fn. 29), S. 48.

[36] 在二元共犯体系中,就未遂的共犯(*versuchte Teilnahme*)而言,教唆中的绝大多数情形以及帮助中的所有情形,都是不可罚的,亦即,被教唆者未实施被教唆之罪以及无效的帮助乃是不可罚的。Vgl. *Schünemann* (Fn. 10), Vor § 25, Rdn. 9.

罚范围；<sup>[37]</sup>其五，刑罚裁量的个别化需要考虑不同的参与形式，因此，单一正犯概念试图放弃的不同参与形式又势必在量刑层面重新回归，<sup>[38]</sup>若全盘放弃参与形式的一般特征而将刑罚裁量委诸参与者的个别可罚性，则将缺乏具体的量刑标准，使得量刑标准粗糙化，<sup>[39]</sup>将刑罚裁量概括性地交给法院同依法治国原则相悖；<sup>[40]</sup>其六，亲手犯和特别犯的可罚性分别依赖于对构成要件的亲手实现或者特别的构成要件要素，单一正犯体系无法妥当应对此类犯罪。<sup>[41]</sup>

有鉴于此，德国刑事立法与刑事司法长久遵循区分正犯与共犯的传统，单一正犯概念在1903年的国际刑法学会德国分会德累斯顿会议后逐步式微，仅有极少数坚守者，<sup>[42]</sup>曾经步入刑法学舞台中心的单一正犯概念则逐步淡出刑法学界视野，仅偶尔激起一丝涟漪。二战后，基于对“意思刑法”的戒惧，单一正犯体系也未能被德国刑事立法和刑事司法所接纳。<sup>[43]</sup>自1953年开始，联邦德国拟修订《联邦德国刑法典》总则，应否区分正犯与共犯以及采用单一正犯概念是否是更好的、最简单的方案之争论再次复活，<sup>[44]</sup>然而，一度被认真审视的单一正犯体系最终还是被认为并不合适。<sup>[45]</sup>无论是大刑法委员会(große Strafrechtskommission)于1962年起草的官方草案，还是鲍曼(Baumann)等学者于1968年起草的《替代性草案》(Alternativentwurf)，最终都选择了二元共犯体系，而未采纳曾被审慎考虑过的单一正犯体系。<sup>[46]</sup>

不过，单一正犯体系很快又重见曙光。联邦德国于1968年5月24日颁布了新的《违反秩序法》，1968年《违反秩序法》放弃了1952年《违反秩序法》坚持区分正犯与共犯的做法，<sup>[47]</sup>转而在第9条第1款规定：“若多人参与一项违反秩序行为，则每个人自身的行为均违反秩序。……”<sup>[48]</sup>刑法学界普遍认为，1968年《违反秩序法》放弃了二元共犯体系，转而采用了单一正

[37] Vgl. BT Drucksache IV/650, S. 147; Gallas (Fn.30), S. 41. 罗克辛(Roxin)认为，单一正犯概念所导致的对可罚性的难以忍受之扩张表现在两个方面：其一，禁止对教唆犯、帮助犯的减轻；其二，处罚未遂的教唆犯、帮助犯。Vgl. Roxin (Fn. 18), § 25, Rdn. 3.

[38] Vgl. Bockelmann (Fn. 29), S. 46 f.

[39] Vgl. Gallas (Fn. 30), S. 41.

[40] Vgl. Bockelmann (Fn. 29), S. 48.

[41] Vgl. Gallas (Fn. 30), S. 40; Dreher (Fn. 28), 446.

[42] Vgl. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 16.

[43] 基纳普菲尔指出：在30年里，“意思刑法”(Willensstrafrecht)和“具体秩序思想”(das konkrete Ordnungsdenken)侵占了单一正犯理念，并对其内涵不无变动。Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 16. 对此，高桥则夫坦承：“统一性正犯原理转变成纳粹刑法理论，就表明该原理容易与意思刑法相结合，包含着导致欠缺法治国家保障的危险。”高桥则夫，见前注[32]，第9页。

[44] Vgl. Bockelmann (Fn. 29), S. 46.

[45] Vgl. Dreher (Fn. 28), 446.

[46] Vgl. BT Drucksache IV/650, S. 15, 147; Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches AT, S. 11, 63.

[47] 1952年联邦德国《违反秩序法》第10条(共犯)规定：“(一)对于教唆犯，及帮助犯——若法律没有相反规定——亦可被处以罚款。(二)《刑法典》关于共犯之规定(第47-49、50条)，亦相应地适用。”BGBl. I 1952, S. 178.

[48] BGBl. I 1968, S. 485.

犯体系。<sup>[49]</sup>

受到立法者的这一激励,基纳普菲尔等学者再次高举单一正犯概念之大旗。<sup>[50]</sup>不过,有鉴于刑法学者对单一正犯概念的猛烈批判,基纳普菲尔等也意识到完全不区分不同参与类型的形式单一正犯概念存在诸多问题,<sup>[51]</sup>尤其是单一正犯概念将危及法治国保障这一点,<sup>[52]</sup>所以其转而创造性地主张功能的单一正犯概念,即不要求合并正犯与共犯类型但要求各参与类型均适用相同的法定刑,<sup>[53]</sup>发展了单一正犯理论。基纳普菲尔强调,功能的单一正犯体系虽然区分不同的参与者类型,但因坚持不同参与者适用相同法定刑这一单一正犯刑法的首要标志(das primäre Merkmal eines Einheitstäterstrafrechts)<sup>[54]</sup>而坚守了同等对待全部参与者的立场,因此是一种实质的单一正犯体系,此种体系实际上广泛存在于奥地利、挪威、丹麦等国的刑法典之中。<sup>[55]</sup>

### 三、功能单一正犯体系的理论标签

基纳普菲尔强调,单一正犯体系可以分为形式的和功能的单一正犯体系两类,功能的单一正犯体系一方面与形式的单一正犯体系有所不同,另一方面又力图达到形式单一正犯体系的实质效果(den materiellen Effekt)<sup>[56]</sup>而分享单一正犯体系的底色。总结起来,功能的单一正犯体系具有如下理论特色:<sup>[57]</sup>

#### (一)明确区分不同的犯罪参与者类型

在针对单一正犯概念的诸多指责中,炮火最为猛烈的莫过于单一正犯体系违背法治国原则这一点。<sup>[58]</sup>要贯彻法治国原则,就势必要承认构成要件的定型性机能,换言之,构成要件之实现与构成要件结果之条件创设并非等同概念,以刑法分则所描述的方式实现构成要件与非刑法分则所描述的方式实现构成要件之间存在差异;只要承认这些差异,就势必要对实现

[49] Vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 25, Rdn. 2.

[50] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 12), 1826 ff.

[51] Vgl. *Kienapfel*, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, (Fn. 13), S. 23.

[52] Vgl. *Kienapfel*, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, (Fn. 13), S. 21, 53; *Burgstaller*, *Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB*, ÖRZ 1975, 16, 33.

[53] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 12), 1828; *ders.*, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, (Fn. 13), S. 24; *ders.*, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, (Fn. 13), S. 25 ff.; *ders.* (Fn. 12), 1, 5 ff.

[54] Vgl. *Kienapfel*, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, (Fn. 13), S. 25.

[55] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 12), 1828; *ders.*, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, (Fn. 13), S. 24.

[56] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 12), 1828.

[57] 基纳普菲尔认为,功能的单一正犯体系具有四项特色要素:其一,仅存在正犯形式(Täterschaftsformen, Täterformen);其二,所有正犯形式在法律上是等价的(gleichwertig);其三,原则性地放弃质的从属性(qualitative Akzessorietät);其四,对所有参与者适用相同的法定刑。Vgl. *Kienapfel/Höpfel*, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2007, S. 212.

[58] Vgl. *Kienapfel*, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, (Fn. 13), S. 21.

构成要件者作出区分,而不再能维持、无需亦不应对共同犯罪人作出类型性区分这一点。

区分制共同犯罪理论认为,形式单一正犯体系与法治国原则相抵牾;功能单一正犯概念的拥护者赞同这一见解,不过,在他们看来,种属思想(Typusidee)并不是二元共犯体系的垄断产品,也不是二元共犯体系的特权;<sup>[59]</sup>进而,正犯(构成要件行为人,Täter)可以被区分为直接正犯(直接行为人,unmittelbarer Täter)与间接正犯(间接行为人,mittelbarer Täter),前者是指以法定的犯罪描述方式实现构成要件的人,后者则是指以其他方式参与到构成要件之实现的人,间接正犯又可以分为诱发正犯(Veranlassungstäterschaft)与援助正犯(Unterstützungstäterschaft)。<sup>[60]</sup>直接正犯当然地具有刑事可罚性,间接正犯的处罚则须限于刑法总则明文规定的类型,质言之,并非所有为结果之实现创设条件者均可被作为间接正犯予以处罚,相反,只有那些满足诱发正犯或援助正犯类型的条件创设者才能被认定为间接正犯予以处罚。如此,构成要件的定型性机能与法治国原则就得到了满足,也不必太过担忧刑事处罚范围被无限扩大。<sup>[61]</sup>

基纳普菲尔认为,“统一的正犯概念”(einheitlicher Täterbegriff)与“单一正犯概念”(Einheitstäterschaft)并不是同等含义,<sup>[62]</sup>只要在价值层面坚持对全部行为人作同等评价,即便在事实层面将行为人区分为直接行为人与间接行为人,也仍然可以构建单一正犯体系。由此,基纳普菲尔尝试建立一种作为多行为人体系(mehrtäterschaftliches System)的功能单一正犯体系,有别于作为一行为人体系(eintäterschaftliches System)的形式单一正犯体系。<sup>[63]</sup>

毫无疑问,区分不同的共同犯罪人类型——构成要件行为实施形式——乃是功能单一正犯体系的最显著标签之一,也是其与形式单一正犯体系的根本差别。

## (二)全部参与者适用相同的刑罚幅度

尽管功能的单一正犯体系区分不同的参与者,但认为行为人类型的区分乃是一种构成要件层面的形式性区分,而不是刑罚裁量层面的实质性区分;<sup>[64]</sup>相反,功能的单一正犯体系坚定地主张不同的行为人类型具有价值等同性,力图在坚守构成要件行为实施方式的概念性、类

[59] Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 25.

[60] Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 35.

[61] Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 51 f.; 江溯,见前注〔6〕,第145页。

[62] Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 23.

[63] Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 23, 35.

[64] 在1971年《奥地利刑法典官方草案》诠释中,奥地利立法者指出:“尽管理论和判决仍然在正犯性(Täterschaft)与共同罪责(Mitschuld,教唆犯与帮助犯)之间作出区分,但这通常仅仅具有术语的意义。”Vgl. Regierungsvorlagen Bundesgesetz vom XXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), v. 16.11.1971, 30. der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats XIII. GP, S. 79. “仅仅具有术语的意义”,意味着参与者类型的区分与刑罚裁量的价值判断无涉,参与者类型的差别对刑罚没有一般性的影响,甚至将诱发正犯误判为援助正犯或将间接正犯误判为直接正犯都不甚要紧。Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 54.



型性区分的同时,放弃正犯类型的价值分层。行为人类型的价值等同性,不仅表现为全部参与者均被称为“正犯”(Täter),更表现在全部参与者原则上均适用相同的法定刑,这也是功能的单一正犯体系仍然自认为系单一正犯体系的基础性理据,〔65〕基纳普菲尔指出:“单一正犯的决定性标准在于,有责地——无论以何种方式——参与到一项犯罪行为、违反秩序行为的结果之中的所有人,原则上都适用相同的、对所有人而言统一的法定刑或法定处罚。”〔66〕

自1871年《德意志帝国刑法典》以来,作为二元共犯体系典型的德国刑事立法要么奉行帮助犯处罚必减主义,要么贯彻帮助犯处罚得减主义;〔67〕与之相应,德国刑法理论界长期认为应当对教唆犯的处罚奉行得减主义,尽管德国刑事立法始终坚持将教唆犯与正犯同等处罚,但允许减轻处罚教唆犯的主张突出地体现在1968年《替代性草案》第28条第2款之中。〔68〕根据德国刑法典的规定,帮助犯的减轻表现为调整相应的法定最高刑与法定最低刑,〔69〕因此,实际适用于共犯的刑罚幅度就与正犯的刑罚幅度不一致。就此而言,主张在统一的法定刑幅度内处罚全部参与者的功能单一正犯体系,与德国的二元共犯体系之间确实存在差异。

不过,需要说明的是,“统一的法定刑并不意味着统一的刑罚”,换言之,具有价值等同性的各类参与者仍然可能被科以轻重不同的刑罚,直接正犯、诱发正犯的实际刑罚在同等条件下通常比援助正犯的实际刑罚更重也不足为奇,参与类型甚至可能被一般性地规定为刑罚加减事由。〔70〕只要以参与种类为根据的刑罚裁量事由与其他刑罚裁量事由具有同等位阶性,参与

〔65〕 Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 34, 55.

〔66〕 Kienapfel (Fn. 12), 1826; ders., Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 26.

〔67〕 1871年《德意志帝国刑法典》第49条第2款为帮助犯之处罚规定了必减主义,帮助犯处罚的必减主义在1943年被立法者修改为得减主义,1975年《德国刑法典》第27条又回归帮助犯处罚必减主义。具体而言,1871年《德意志帝国刑法典》第49条第2款规定:“帮助犯之刑罚,依照其所提供帮助之行为所适用的法律予以确定,但根据处罚未遂之原则予以减轻。”1943年,《德意志帝国刑法典》第49条第2款被修改为:“帮助犯之刑罚,依照其所提供帮助之行为所适用的法律予以确定,但可以根据处罚未遂之原则予以减轻。”这一规定被援用至1975年。1975年,《德国刑法典》第27条第2款规定:“1 帮助犯之刑罚,参照正犯之法定刑。2 其应依据第49条第1款减轻。”

〔68〕 1968年《替代性草案》第28条规定:“(1)故意促使他人实施其构成要件行为者系教唆犯,处罚与正犯相同。(2)刑罚可以比照第69条第1款减轻。”

〔69〕 1871年《德意志帝国刑法典》第44条规定了未遂犯之减轻规则,该规则也适用于帮助犯:“(1)未遂的重罪或轻罪,应当比照既遂之罪减轻处罚。(2)若既遂的重罪被规定以死刑或终身劳教(Zuchthaus),则处以不低于3年之劳教刑(Zuchtsstrafe),并可处以警察监督(Polizei-Aufsicht)。(3)若既遂的重罪被规定以无期禁闭(Festungshaft),则处以不低于3年的禁闭。(4)1 其他情形中,刑罚可以被减轻至既遂之重罪或轻罪所规定之自由刑或罚金刑的最低刑之1/4。2 若劳教刑因此而低于1年,则依据第21条之标准而变更为监禁(Gefängnis)。”1975年以后,《联邦德国刑法典》第49条第1款作了部分改定。参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第18页。

〔70〕 功能的单一正犯体系承认,共同加功于一个犯罪行为的多人应当根据其加功承受不同的可罚性,这应当在刑罚裁量阶段——而非构成要件阶段——得到充分考虑。Vgl. Regierungsvorlagen Bundesgesetz vom XXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), (Fn. 64), S. 79.

类型对参与者刑罚幅度的影响就可以被其他刑罚加减事由抵消(aufheben)或强化(übertreffen),<sup>[71]</sup>因而,这种影响就不是决定性的、不可逆的,仍然应当承认不同的参与类型适用相同的刑罚幅度。

参与类型对参与者刑罚幅度影响的非决定性、可逆性,维护刑罚裁量事由的平等性,进而力图保持刑罚裁量与事实相称,<sup>[72]</sup>是功能的单一正犯体系的一项特征。不能以功能的单一正犯体系也在量刑阶段考量不同的参与者类型为由,主张功能的单一正犯体系与当前德国盛行的二元共犯体系在量刑上并无差异。<sup>[73]</sup>相反,就法定刑的单一性而言,功能的单一正犯体系与形式的单一正犯体系具有一致性,而与坚持二元共犯体系的德国刑事立法和刑法理论存在差异。

### (三)坚决摒弃共犯从属性原则

德国刑法学界强烈主张帮助犯应当减轻处罚、教唆犯可以减轻处罚的理由,与其坚守共犯从属性原则之间具有紧密关系。<sup>[74]</sup>在二元共犯体系看来,正是由于共犯从属于正犯,所以,共犯的处罚应当轻于正犯的处罚。<sup>[75]</sup>1851年《普鲁士刑法典》第36条第1款规定:“通过在公开场所或公开集会中的言语或者通过被售卖、分享、携带或公开展览、张贴的文字、图像、其他表达而要求、刺激、引诱或试图促使一项重罪或轻罪之行为者,仅当该要求导致该重罪或轻罪或者一项可罚的未遂时,方才可被视作共犯并予以刑事处罚。”由此,共犯从属性理论成为德国刑事立法、刑法理论和刑事判决中的通说。尽管刑法学理曾经争论过共犯的从属性程度,但1943年对《德意志帝国刑法典》的修订平息了该场争论,限制从属性理论即成为采纳二元共犯

[71] 由多人实施之犯罪的教唆者可能同时在责任能力方面得以减轻,在由多人实施的犯罪中起次要作用的人也可能因其有害动机而被恢复到原有水平判刑。Vgl. Regierungsvorlagen Bundesgesetz vom XXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), (Fn. 64), S. 79.

[72] Vgl. Regierungsvorlagen Bundesgesetz vom XXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), (Fn. 64), S. 79.

[73] 需要说明的是,1975年《奥地利刑法典》并未将教唆他人犯罪作为刑罚加重事由,亦未将帮助他人犯罪作为刑罚减轻事由。1975年《奥地利刑法典》第33条规定:“下列情形构成特别的刑罚加重事由,当行为人……3. 引诱他人实施刑事可罚行为;4. 造意者或教唆者参与一项由多人实施的刑事可罚行为或在该等构成要件行为中起领导作用的……”第34条规定:“下列情形构成特别的刑罚减轻事由,当行为人……4. 在第三人的影响之下而从事构成要件行为,或者出于恐惧或服从命令而从事构成要件行为……6. 在多人实施的刑事可罚行为中仅仅起次要作用的……”就此而言,以《奥地利刑法典》将参与类型一般性地规定为刑罚加减事由为根据,主张《奥地利刑法典》与《联邦德国刑法典》关于共同犯罪问题仅有编排体例之别,是有待商榷的。参见王华伟,见前注[9],第154-155页。

[74] 1968年的《替代性草案》建议对教唆犯之处罚实行任意性减轻,理由在于:引入限制从属性之后,必须将教唆犯与正犯同等处罚的主张,就不再是可行的。Ziert nach Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 32.

[75] 罗克辛明确指出:“教唆乃是较轻微的参与形式,因为教唆未遂的刑事可罚性相较于正犯未遂(第30条)而言要小得多。与所有形式的正犯相比,教唆乃是辅助性的,就像帮助相对于教唆乃是辅助性一样。”Roxin (Fn. 18), § 26, Rdn. 180.

体系的德国刑法通说。<sup>[76]</sup>

不过,并不是所有刑法学者都认为共犯从属性理论值得赞赏,李斯特对共犯从属性进行了猛烈的批判,他认为共犯从属性原理加剧了共犯理论原有的混乱:“自共犯从属性理论通过1851年《普鲁士刑法典》而在立法、文献和判决中取得支配地位以来,混乱达到了顶点。”<sup>[77]</sup>在因果关系领域,李斯特奉行等值理论(Äquivalenztheorie),认为结果之条件都具有同等价值,<sup>[78]</sup>故无法据此区分正犯与共犯,每个为结果制造条件者均系正犯,都是独立地满足构成要件,自然不存在从属性问题。

基纳普菲尔也赞同等值理论,<sup>[79]</sup>并以扩张的正犯概念为出发点,<sup>[80]</sup>因而,在坚决否定共犯从属性原理这一点上,功能的单一正犯体系也与李斯特的主张一脉相承。在基纳普菲尔看来,诱发正犯、援助正犯的刑事可罚性并不来自于直接正犯的传导,而在于独立实现了解释的构成要件(Auslegungstatbestand);<sup>[81]</sup>解释的构成要件是刑法分则构成要件原本就包含的内容,因此,诱发正犯、援助正犯并不从属于直接正犯。换言之,为结果制造条件者均系正犯,尽管其处罚以直接正犯、诱发正犯、援助正犯之类型为限。基纳普菲尔明确断言:“从属性原则与单一正犯实际上是相互排斥的。”<sup>[82]</sup>

在功能的单一正犯体系看来,“并不是从属性原则引起(bedingen)种属思想,而是种属思想引起前者。”<sup>[83]</sup>换言之,要主张共犯从属性原理势必要区分不同的共同犯罪人,但区分不同的共同犯罪人类型并不意味着必须肯定共犯从属性原理。在这一认识的基础上,功能的单一正犯体系认为,尽管应当基于法治国考量而区分不同的参与者类型,但所有加功者的可罚性均来源于其自身的不法与自身的罪责,<sup>[84]</sup>“促使他人实施构成要件行为或对他人之构成要件行为有所贡献的人之责任,并不以直接实行者故意或有罪责地行为为条件”,<sup>[85]</sup>换言之,诱发正犯、援助正犯的可罚性并不取决于直接正犯。在功能的单一正犯体系看来,“对于不法、责任以

[76] Vgl. Roxin (Fn. 18), § 26, Rdn. 32.

[77] v. Liszt (Fn. 24), S. 206.

[78] Vgl. v. Liszt (Fn. 24), S. 121.

[79] Vgl. Kienapfel (Fn. 3), S. 140.

[80] Vgl. Kienapfel, Der Einheitsgedanke — lebendiger denn je, in: Strafrechtliche Problem der Gegenwart, Bd. 7, 1979, S. 58.

[81] 与之相应,直接正犯实现的是字面的构成要件(Wortlauttatbestand)。Vgl. Kienapfel, a.a.O., S. 58 ff., 72.

[82] 这一点不仅适用于功能的单一正犯体系,也适用于形式的单一正犯体系。在基纳普菲尔看来,“对质的从属性与量的从属性的放弃,简直是立法规则倾向于单一正犯体系还是二元共犯体系的标识和路标”。Vgl. Kienapfel (Fn. 12), 5; ders., Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 24.

[83] Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 25.

[84] Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 26.

[85] Regierungsvorlagen Bundesgesetz vom XXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), (Fn. 64), S.80.

及刑罚问题而言,行为是否建立在他人具有责任的基础上以及该种责任是何种形式,并不重要。”<sup>[86]</sup>也即,在功能的单一正犯体系之下,不仅参与者的责任是个别的,不法也不具有连带性,各种程度的质的从属性原则根本不被承认。<sup>[87]</sup>

在单一正犯体系看来,质的从属性原是二元共犯体系的首要原则与基本教义,<sup>[88]</sup>因而,是否赞同质的从属性原则被视为区分单一正犯体系与二元共犯体系的根本标志。<sup>[89]</sup>正因如此,基纳普菲尔认为,布格施塔勒(*Burgstaller*)等人将限制从属性原理引入单一正犯体系,<sup>[90]</sup>“在教义学上彻底破坏了单一正犯思想的重要原则”,<sup>[91]</sup>因而不再是单一正犯体系,而应归类为二元共犯体系。在单一正犯体系中,自主负责原则(*autonome Verantwortlichkeit*)——而非共犯从属性原则——构成了犯罪参与的基本原则,甚至被称为单一正犯的“最高教义学原则”(das oberste dogmatische Prinzip der Einheitstäterschaft)。<sup>[92]</sup>

功能单一正犯体系的主张者承认,量的从属性(*quantitative Akzessorietät*)原理得到了学理和奥地利最高法院司法实践的重视,学说和司法实践对其深感兴趣;在理解和强调量的从属性这一点上,奥地利与德国刑法之间并不存在决定性的差别。<sup>[93]</sup>不过,功能的单一正犯体系认为,单一正犯体系承认对过失犯罪的参与,而过失犯罪不存在未遂,对过失犯罪的参与也就势必不以主行为达到未遂为处罚前提,因此,奥地利刑事立法与司法实际上并不承认量的从属性原理。<sup>[94]</sup>可见,功能的单一正犯体系不仅否定质的从属性,也不承认量的从属性。

[86] *Kienapfel*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 118.

[87] 基纳普菲尔表示:“原则性地放弃各个教义学的一概念性的(如极端的或限制的)从属性,是教义学领域内真正的单一正犯规则的可靠标志。”Vgl. *Kienapfel*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 118.

[88] *Kienapfel* (Fn. 80), S. 55; *ders.*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 116.

[89] Vgl. *Kienapfel*, Zur Täterschaftsregelung im StGB, ÖRZ 1975, 166.

[90] 布格施塔勒认为,1975年《奥地利刑法典》第12条关于诱发正犯定义中的“促使他人实施之”(einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen)的“之”(sie)是指前文的“刑事可罚行为”(strafbare Handlung),而人们很难将未实现构成要件的举动或并未违法的举动归类于“刑事可罚行为”这一表述之下,因此,在学理和判例中,这种限定在构成要件符合性及违法性的限制的质的从属性理论,占据着绝对的支配性地位。布格施塔勒明确赞同限制从属性理论,他所构建的体系被称为限缩的单一正犯体系(*der reduzierte Einheitstätersystem*)。Vgl. *Burgstaller* (Fn. 52), 14 ff.

[91] *Kienapfel* (Fn. 80), S. 55; *ders.* (Fn.89), 166; *ders.* (Fn. 3), S. 547.

[92] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 3), S. 547.; *ders.*, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 26; *ders.*, Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 27 f.

[93] Vgl. *Kienapfel*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 117.

[94] Vgl. *Kienapfel*, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 118.

## 四、功能单一正犯体系的理论审视

功能单一正犯体系的提出和完善,在很大程度上瓦解了区分制对单一制的诸多指责,<sup>[95]</sup>二元共犯体系也在不断接纳单一正犯体系对其的批判而将其正犯理论实质化。由此,功能的单一正犯理论在若干重要方面已经和二元共犯体系相差无几,在很大程度上表现出犯罪论体系从分立走向融合。<sup>[96]</sup>这种并合也在一定程度上导致对实定法解读的二元可能,祛除纯粹的语词争论,人们或许有如下印象:功能的单一正犯体系与实质化的二元共犯体系几乎难以清晰界分,我国《刑法》既可以依照二元共犯体系加以解读,又可以依据功能的单一正犯体系进行阐释。正因如此,学者们不禁想问,与二元共犯体系共享广泛基础与众多结论的功能单一正犯体系,究竟还在多大程度上维持了单一正犯体系的基础原理?或者更直观地,功能单一正犯体系真的是单一正犯体系吗?回答该等问题,需要考察单一正犯理论定位标准的流变,也需要回溯到单一制与区分制的争论之初,还原二者的本来含义。

李斯特萌发单一正犯思想的根源在于他所秉持的全部条件等价值理论。首先,由于在因果关系问题上坚持等值理论,李斯特认为,无法在多人参与的犯罪中区分引起(Verursachung)和设定单纯条件(Setzen einer bloßer Bedingung),不能认为正犯是结果的原因(Ursache des Erfolges),教唆者和帮助者则只是对正犯所实现的结果之参与、仅仅设定了条件(Bedingung);相反,原因与条件是无法区分的,教唆者和帮助者对构成要件之实现的贡献与直接行为人完全一样,试图通过区分原因与条件而区分正犯与共犯的形式客观理论是站不住脚的(unhaltbar)。<sup>[97]</sup>同时,李斯特认为故意与过失乃是责任内容,<sup>[98]</sup>在这位坚持客观违法性论的刑法巨擘看来,学理与判例为了能够区分正犯与共犯而采取的纯粹主观理论显系歧途(Irwege)。<sup>[99]</sup>正是在这一意义上,李斯特认为,共犯理论太过繁杂(die verwickelte Lehre von Teilnahme)，“正犯”与“共犯”乃是刑法典中纯逻辑性、概念性的元素(rein logisches, begriffsmäßiges Element),只要“采取‘为被侵害的结果创设条件者应对该结果负责’这一简单原理,即可廓清该争议问题的整个混乱(einen ganzen Wust von Streitfragen beseitigen),而令文献中不可胜数的专著成为多余”。<sup>[100]</sup>其次,由于奉行等值理论,李斯特顺理成章地主张,在相同的法定刑幅度内(innerhalb desselben Strafrahmens)对不同的参与者处以不同的刑罚

[95] 但是,必须正视的是,功能的单一正犯体系并没有很好地回应单一正犯概念无法与亲手犯、特别犯之处罚相协调等问题。Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 56.

[96] 参见王华伟,见前注[9],第154页。

[97] Vgl. v. Liszt (Fn. 24), S. 204 ff.

[98] Vgl. v. Liszt (Fn. 24), S. 160 ff., 172 ff.

[99] Vgl. v. Liszt (Fn. 24), S. 207.

[100] Vgl. v. Liszt, (Fn. 22), S. 88.

(*verschiedene Bestrafung*)。<sup>[101]</sup> 最后,在等值理论的影响下,李斯特尤其反对共犯从属性原理,几乎将其视为共同犯罪理论混乱的罪魁祸首,他指出:“自共犯从属性理论在立法、文献与判例中通过 1851 年《普鲁士刑法典》而取得支配性地位以来,混乱达到了顶点。”<sup>[102]</sup>

综上,李斯特的单一正犯概念具有三个明显特征:其一,正犯形式的单一性,即放弃对正犯与共犯的概念性区分,奉行扩张的正犯概念;其二,法定刑的统一性,在相同的法定刑幅度内处罚不同的参与者;其三,正犯不法的独立性,拒绝共犯从属性原理,坚守个人责任原则。

### (一)正犯形式单一性是单一正犯概念的根本所在

基纳普菲尔承认,单一正犯思想的出发点(*Ausgangspunkt*)是“不区分加功的形式和分量而对所有参与者适用统一的处罚范围”。<sup>[103]</sup> 然而,为了更好地符合依法治国原则的要求,功能的单一正犯体系有意无意地祛除了单一正犯概念“不区分加功的形式”这一点,强调正犯价值的平等,最终将单一正犯思想的出发点从“不区分加功的形式和分量而对所有参与者适用统一的处罚范围”变造成了“不区分加功的价值和分量而对所有参与者适用统一的处罚范围”,明确将单一正犯的两项基本表现概括为“放弃正犯与共犯的对立”及“将加功者与正犯作相同评价”。<sup>[104]</sup> 由此,功能的单一制将正犯的单一性要求从事实层面、形式层面变更到价值层面、实质层面了。

在功能的单一正犯体系看来,正犯形式的单一性并非单一正犯体系的根本属性,正犯价值的单一性才是单一正犯体系的本质所在。形式单一正犯体系通过确保正犯形式的单一性最终实现正犯的价值平等;功能的单一正犯体系则认为,只要坚持正犯的价值平等、反对质的从属性原理、坚持以统一法定刑处罚全部参与者,就足以维持单一正犯概念的根基,即便废弃正犯形式的单一性要求也无碍于单一正犯概念。

放弃正犯形式单一性,对于单一正犯概念而言,真的无关紧要吗? 实际上,李斯特并没有明确使用“单一正犯”这一表述,而是直接主张“立法应当放弃在共同犯罪人之间进行教条性的区分”。<sup>[105]</sup> 之所以如此,是因为李斯特认为区分“正犯”与“共犯”的区分制共同犯罪理论繁杂而无用。<sup>[106]</sup> 显然,发端于李斯特的单一正犯理论原本强调的就是正犯形式的单一性,在规范层面上完全不应当区分不同的共同犯罪人类型。正犯形式的单一性——而非正犯的价值单一性——构成了李斯特所倡导的单一正犯概念的明显标志与本质特征。李斯特试图建构的是一

[101] v. Liszt (Fn. 24), S. 204.

[102] v. Liszt (Fn. 24), S. 206.

[103] *Kienapfel* (Fn. 12), 1826. 与之相似,高桥则夫认为:“所谓统一性正犯概念,可以说是(1)给构成要件的实现提供了条件的人都是正犯,(2)对所有的参与者都适用同一的法定刑这种参与形式。”高桥则夫,见前注[33],第7页。

[104] Vgl. *Kienapfel* (Fn. 11), 2.

[105] 1902年,国际刑法学会彼得堡会议上,加劳德(*Garraud*)、李斯特和梵·哈默尔(*van Hammel*)建议:立法应当放弃在共同犯罪人之间进行教条性的区分。Vgl. *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Bd. 11, 1904, S. 137.

[106] Vgl. v. Liszt, (Fn. 24), S. 206; *ders.* (Fn. 22), S. 88.

种一行为人体系,而非多行为人体系。

尽管放弃正犯与共犯的概念对立后,当然就应当对各行为人作完全相同的规范评价,应当在统一的法定刑幅度内处罚各行为人,也应当肯定各行为人的不法独立性,但这种正犯评价的单一性只不过是正犯形式单一性的当然推论而已。功能的单一正犯理论以自己坚持法定刑的统一性和否定共犯从属性为由,试图用正犯评价的单一性替代正犯形式的单一性,实际上是以推论代替本论,其正当性不无疑问。

为了满足法治国原则,功能单一正犯理论承认不同的犯罪人之间存在类型差别,但是,认同等值理论<sup>[107]</sup>的功能单一正犯理论也认为,不同类型的共同犯罪人具有价值等同性,都是正犯。问题在于,只要承认不同的正犯类型(犯罪人类型),就势必要创设相应的标准来甄别直接正犯、诱发正犯与援助正犯,也就势必无法避免李斯特对区分制的指责:各种区分理论繁杂而无用。

可以说,承认不同犯罪人类型差别的功能单一正犯理论,已经背离了单一正犯理论的建构初衷。其试图用正犯评价的单一性替代正犯形式的单一性,试图肯定直接正犯、诱发正犯与援助正犯这三种不同的行为人类别,建构一种多行为人体系;然而,作为多行为人体系的功能单一正犯理论,与单一正犯概念已经渐行渐远、形同陌路。

## (二)统一法定刑并非单一正犯概念的专有属性

放弃正犯形式的单一性后,基纳普菲尔指出:“单一正犯的决定性标准(das entscheidende Kriterium)在于,所有人——无论如何有责地共同导致一项犯罪行为、秩序违反的结果——原则上都落入对所有人统一的刑罚范围或惩罚范围之内。”<sup>[108]</sup>诚然,各类单一正犯体系均主张对全部参与者适用相同的法定刑,形成了单一正犯体系与德国二元共犯体系的明显差异:德国的主流学说主张,应当对帮助犯适用减轻的法定刑,并建议允许对教唆犯适用减轻的法定刑。<sup>[109]</sup>

事实上,对于统一法定刑系单一正犯体系的决定性标志这一判断,功能的单一正犯理论并未做到始终如一。基纳普菲尔至多只是将统一的法定刑视为单一正犯体系的必要条件,而从未将其视为单一正犯体系的充分条件。换言之,只有主张应当对全部参与者适用相同法定刑的理论,才可能被归类为单一正犯理论;但是,并非所有主张这一见解的理论,均可被承认为单一正犯理论。对此,至少存在三项例证。

其一,功能的单一正犯理论指责限缩的单一正犯理论与二元共犯体系几无差别。基纳普

[107] Vgl. Kienapfel (Fn. 3), S. 140. 在我国,有学者曾经尝试在接纳客观归责理论的基础上主张功能的单一正犯体系,试图在抛弃作为单一制基础的等值理论的前提下,继续坚守建构在该基础之上的单一正犯理论本身。参见江溯,见前注[6],第172—173页。

[108] Kienapfel (Fn. 12), 1826. 我国学者也主张:“统一正犯的本质并不在于是否区分不同的参与样态,而在于对统一正犯而言,不同的犯罪加功样态并无刑罚制裁资格上的重要性,刑法并不因为犯罪参与类型的不同而就其法律效果作规范上的层级区分。”刘洪,见前注[7],第17页。

[109] Vgl. Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 32.

菲尔提出功能的单一正犯概念之后,布格施塔勒赞赏其区分不同的构成要件行为实施方式的做法,也主张在统一的法定刑幅度内处罚不同类型的参与者,<sup>〔110〕</sup>但认为不应当放弃限制从属性原理,由此构建了限缩的单一正犯体系,径行在单一正犯体系中肯定共犯从属性原理。<sup>〔111〕</sup>如果认为以统一的法定刑处罚全部参与者系“单一正犯的决定性标准”,就必须承认限缩的单一正犯体系是单一正犯体系的一种形式;<sup>〔112〕</sup>然而,基纳普菲尔认为,坚持限制从属性的限缩的单一正犯体系与坚持从属性原理的德国二元共犯体系没有差别,换言之,限缩的单一正犯体系应当被归类为二元共犯体系,而不是单一正犯体系。<sup>〔113〕</sup>

其二,功能的单一正犯体系主张者并不认为《法国刑法典》采纳了单一正犯体系。在法国,刑法典不仅明确规定以相同的法定刑处罚不同的犯罪参与者,还明确认可所有犯罪人仅对自己的行为承担责任,使得个别化考察各犯罪参与者的刑罚成为可能。1810年《拿破仑刑法典》第59条规定:“重罪或轻罪之附从,应以与重罪或轻罪之首谋,同一之刑罚处罚。”<sup>〔114〕</sup>1993年《法国新刑法典》第121-6条也规定:“第121-7条意义上的共犯,以正犯论处。”<sup>〔115〕</sup>同时,1993年《法国新刑法典》第121-1条明文规定:“任何人仅对其本人的行为负刑事责任。”<sup>〔116〕</sup>应当说,法国刑法典坚持了以统一的法定刑处罚全部参与者这一原则,功能的单一正犯体系似乎理应将法国刑法典归类为单一正犯模式;然而,事实上,功能单一正犯体系的拥护者认为,法国新旧刑法典所构建的共同犯罪体系是二元共犯体系,而非单一正犯体系。<sup>〔117〕</sup>究其原因,乃在于法国并不将正犯与共犯视为价值相当的参与者类型,而是遵从共犯从属性原理。<sup>〔118〕</sup>

其三,功能单一正犯体系的主张者并不将1851年《普鲁士刑法典》视为单一正犯体例。在德国刑事立法上,正犯与共犯的法定刑之差异久为现实,这构成了德国共同犯罪教义学的实定法基础,德国刑法学理甚至主张对教唆犯之处刑罚得减主义,“正犯与共犯的法定刑理应有所

〔110〕 Vgl. Burgstaller (Fn. 52), 13. 就此而言,对全部参与者适用统一的法定刑,的确是单一正犯体系的一贯见解。

〔111〕 Vgl. Burgstaller (Fn. 52), 13 ff.

〔112〕 我国学者指出:“限缩单一制与形式单一制、机能单一制所共享而还能勉强将其称为单一制的理由,就仅仅在于各行为人类别都适用同一法定刑。”何庆仁:“归责视野下共同犯罪的区分制与单一制”,《法学研究》2016年第3期,第145页。

〔113〕 Vgl. Kienapfel (Fn. 89), 168 f.; ders. (Fn. 3), E 2, Rdn. 44 ff.

〔114〕 李秀清等,见前注〔15〕,第478页。

〔115〕 《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社2003年版,第9页。对帮助犯减轻处罚的规定,肇始于1871年《德意志帝国刑法典》第49条第2款的规定。

〔116〕 同上注,第8页。

〔117〕 Vgl. Kienapfel (Fn. 12), 4; ders., Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 117; 江溯,见前注〔6〕,第121页。

〔118〕 Vgl. Kienapfel (Fn. 12), 4; (法)卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第305页。



差别”这一点逐步成为了德国二元共犯理论的共识。<sup>[119]</sup>但是,帮助犯处罚之得减主义只不过在1871年《德意志帝国刑法典》之中才成为立法现实,1851年《普鲁士刑法典》仍规定正犯与共犯适用相同的法定刑,<sup>[120]</sup>尽管如此,基纳普菲尔等功能单一正犯体系主张者并未将1851年《普鲁士刑法典》奉为功能单一正犯体例,相反,德国刑法学理素来将1851年《普鲁士刑法典》视为二元共犯体例。<sup>[121]</sup>

笔者认为,功能单一正犯理论之所以认为以统一的法定刑处罚不同的共同犯罪人系“单一正犯的决定性标准”,是因为其选取了德国的二元共犯体系作为参照对象,功能单一正犯体系的这一特色仅仅是相对于德国刑事立法、刑事司法与刑法学理而言。功能单一正犯体系与二元共犯体系之争,更多地是以德语文化圈的刑事立法为模板而展开,前者以1975年《奥地利刑法典》为原型,后者则以1975年《联邦德国刑法典》及其前身1871年《德意志帝国刑法典》为底本。但是,既然法国刑法典和1851年《普鲁士刑法典》均不被归类为功能单一正犯体例,对全部参与者适用统一的法定刑就并非单一正犯体系的专有属性,而完全可以兼容于二元共犯体系;<sup>[122]</sup>诚如我国学者所言,是否对正犯与共犯适用统一的法定刑,只不过是立法者的现实选择。<sup>[123]</sup>对全部参与者适用统一的法定刑既不是单一正犯体系的理论特长,更不是单一正犯体系的判断标志。

更进一步而言,在统一的法定刑幅度内实现刑罚个别化才是单一正犯理论强调统一法定刑的志趣所在。功能单一正犯理论特别强调:“尽管确立了统一的刑罚范围和惩罚范围,但并不要求所有参与者在个案中都被科以相同的刑罚和惩罚……可科处的惩罚的高低取决于个别的不法与责任的程度。”<sup>[124]</sup>问题在于,认同等值理论的功能单一正犯体系——也包括形式单一正犯体系——主张不同类型的行为人具有价值等同性,故其具有同等价值的不法贡献;因此,在不考虑不同行为人的责任差异时,单一正犯体系就不仅应当主张“统一的法定刑”,还应当主张“相同的刑罚”。那么,“可科处的惩罚的高低”就不是取决于“个别化的不法与责任的程

[119] 罗克辛认为,单一正犯概念难以忍受地扩张了可罚性范围,其中之一就表现为禁止对教唆犯和帮助犯的减轻;可见,罗克辛认为,允许对共犯以减轻的法定刑处罚是二元共犯体系的标志之一。Vgl. Roxin, (Fn. 18), § 25, Rdn. 3. 更早地,1929年,奥地利学者齐默尔(Zimmerl)提出,在对构成要件进行限制解释的语境下,关于参与的规定具有双重目标:其一,通过构成要件化(Vertatbestandlichung),使得若无此等规定就不可罚的行为成为可罚;其二,通过不同的量刑考虑此类行为的不同可罚性。由此,二元共犯体系之下不同类型的行为似乎必须被处以不同的刑罚。Vgl. Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929), 45 f. Ähnlich siehe auch Kienapfel (Fn. 12), 1 ff.

[120] Vgl. § 35 Preußisches Strafgesetzbuch von 1851.

[121] Vgl. Roxin (Fn. 18), § 25, Rdn. 1.

[122] 就此而言,我国单一制学者的下述概括是值得商榷的:“二元参与体系的阿客琉斯之踵并非在于对犯罪加功类型的区分(机能的统一正犯体系同样区分各犯罪加功样态),而是其在规范上对于不同的加功样态机械地配置了轻重不同的刑罚效果。”刘洪,见前注[7],第17页。

[123] 我国学者指出:“各行为人类别都适用同一法定刑……与其说是单一制理论上的必然要求,不如说是取决于各国刑法的明文规定。”何庆仁,见前注[112],第145页。

[124] Kienapfel (Fn. 12), 1827.

度”，而是仅仅取决于“个别化的责任的程度”，这显然并非功能单一正犯体系所愿意承认的。功能单一正犯理论一方面强调不同行为人具有价值等同性，另一方面又主张要在量刑层面考虑不同行为人的不同不法程度，这两项主张之间存在着内生矛盾。<sup>〔125〕</sup>

### （三）共犯从属性原理难以真正放弃

由上文分析可见，并非像功能单一正犯理论所宣称的那样，“单一正犯的决定性标准”在于统一的法定刑；实际上，在功能单一正犯体系的视野中，“单一正犯的决定性标准”在于对共犯从属性原理的否认，这才是所谓的“正犯价值等同性”的真正标志。无论是排斥限缩的单一正犯概念，还是将法国刑法典视为二元共犯体例，功能单一正犯体系的依据均在于它们奉行从属性原理。在否定对所有参与者适用统一法定刑系单一正犯体系与二元共犯体系的真实区别之后，二元共犯体系与功能的单一正犯体系的最显著差别就表现在对待共犯从属性原则的不同态度。<sup>〔126〕</sup>

功能的单一正犯体系拒绝承认质的从属性，认为直接正犯与诱发正犯、援助正犯的违法性判断也应当个别化地进行，坚决否认违法的连带性，认为这种违法连带性违背了自主的、个人的负责原则，<sup>〔127〕</sup>功能的单一正犯体系强调，每个参与者因自身的不法与罪责而承担的刑事责任“并不依赖于其他人的行为的法律性质。”应当说，“机能单一制正确认识到各行为人类型的非法与罪责有必要个别化，因而朝着正确的量刑方向迈出了重要一步。”<sup>〔128〕</sup>

不过，由于1975年《奥地利刑法典》第12条关于诱发正犯的概念性规定以及第15条第2款对诱发正犯之未遂的规定，<sup>〔129〕</sup>奉该法典为典范的功能单一正犯体系实际上在故意犯罪中承认，诱发正犯的处罚以被唆使者实施了主行为为前提，<sup>〔130〕</sup>也就是在一定程度上承认了量的

〔125〕 需要说明的，在因果关系领域放弃等值理论，又在犯罪参与问题上采用功能单一正犯体系的主张，也存在问题，因为放弃等值理论就难以肯定不同行为人在实现构成要件方面的价值等同性。

〔126〕 Vgl. Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 116.

〔127〕 Vgl. Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 117 f.; 江溯，见前注〔6〕，第296—297页。

〔128〕 何庆仁，见前注〔112〕，第145页。

〔129〕 1975年《奥地利刑法典》第12条规定：“不仅直接正犯(der unmittelbare Täter)实施了刑事可罚行为(die strafbare Handlung)，促使他人实施之或者以其他方式对其实施作出贡献者也实施了刑事可罚行为。”第15条第2款规定：“若正犯通过直接先在于实行的行动而践行其实施该构成要件行为或促使他人实行该构成要件行为的决意，构成要件行为系未遂。”

〔130〕 在此需要说明的是，功能的单一正犯体系主张者可以辩解说，理想的功能单一正犯体系和《奥地利刑法典》的实定法规定之间仍然存在差异，在理想的功能单一正犯体系之中，诱发正犯的处罚不以构成要件行为之实施为前提。不过，由于功能单一正犯体系主张者试图用功能的单一正犯概念建构奥地利刑法教义学，因此，不能认可此等辩解；我国此前采用功能的单一正犯体系的学者，也赞同教唆犯之处罚以正犯着手实施构成要件行为为前提。参见江溯，见前注〔6〕，第294—296页。

从属性。<sup>[131]</sup>功能单一正犯体系的主张者之所以认为诱发正犯的处罚以着手实施构成要件行为为前提,乃在于只有当被唆使者实施了构成要件行为时,通过教唆行为所创设的危险才达到可处罚之程度。<sup>[132]</sup>

该见解实际上只是揭示了限制从属性理论背后的深层原因,与限制从属性原理具有根本一致性,不能因为揭示了深层原因就否定基于该深层原因所推演得出的具体结论。限制从属性理论之所以认为共犯之处罚以正犯着手实施构成要件行为为起点,乃在于通常只有当正犯实施了构成要件行为时,方能满足修正的构成要件,才可能成为“刑事可罚行为”,从属于正犯的共犯也才可能获得刑事可罚性;正犯未实施构成要件行为时,正犯本身就不符合构成要件,从属于正犯的教唆犯、帮助犯也就无法获得刑事可罚性。<sup>[133]</sup>换言之,量的从属性是质的从属性的逻辑展开,<sup>[134]</sup>在故意犯罪中变相地——或者说,实质性地——承认量的从属性,就不可避免地需要承认质的从属性。

在笔者看来,罪责判断是一种非难判断,非难判断具有个别性;与之相反,违法评价是一种是非评价,是非评价具有统一性。诚然,自主的、个人的负责原则要求行为人仅对其自身的行为负责,这无可指责;但是,行为人对自身的行为负责,就意味着要对通过自身行为而实现的社会意义负责。教唆行为制造了一种指向构成要件结果的风险,这种制造风险的行为只作用于被教唆者的行为决意,只有当这种对行为决意的主观影响通过被教唆者之着手客观化时,才能真正产生值得处罚的客观具体危险。教唆者的刑事可罚性,实际上仍然来源于教唆行为本身及其所创设的因果流程的实现,而非来自于他人行为,也就不应被指责为团体责任。就此而言,承认违法的连带性,与自主的、个人的负责原则之间并不冲突。违法性领域的自主的、个人的负责原则,可以消极地理解为:无行为,则不具有刑事可罚性。

正是由于功能的单一正犯体系拒绝承认违法判断的连带性,才导致特别犯(身份犯)、亲手犯问题在功能单一正犯体系之中始终未能得到突破。拒绝承认违法判断连带性的功能单一正犯体系认为,诱发正犯、援助正犯的刑事可罚性来源于其自身对刑法分则规定的构成要件的间接实现,这在一般犯罪中尚可解释得通;但是,无论如何,恐怕都无法将不具备身份者“解释”为具备身份者、非亲手实施者“解释”为亲手实施者,因此,所谓的“解释的构成要件”之说在身份

---

[131] 需要说明的是,由于二元共犯体系承认“从属性的松动”(Akzessorietätslockerung),例外地允许在被教唆者未着手实施构成要件行为时处罚重罪之教唆犯。Vgl. *Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2015, § 38, Rdn. 22 ff. 因此,在对比功能的单一正犯体系与二元共犯体系在从属性原理上的差异时,不能因某部法典对重罪教唆未遂之处罚不以正犯实施主行为为前提,而主张该法典不赞同共犯从属性原理。

[132] 参见江溯,见前注[6],第295—296页。

[133] 当然,这与刑事处罚的起点设定有关,如果原则上赞同处罚预备犯,共犯处罚的起点就可能被理解为“实施了主行为的预备行为且具有违法性”。

[134] 类似的见解,参见王华伟,见前注[9],第152—153页。

犯、亲手犯的诱发正犯、援助正犯情形中缺乏解释力。<sup>〔135〕</sup>当然,功能的单一正犯理论可以辩解,非身份者诱发、援助身份犯罪应当通过法律特别规定予以解决,<sup>〔136〕</sup>但这就不再是法律解释,而是法律创制。而当功能的单一正犯体系为了避免过度缩小刑事处罚范围而肯定非身份者、非亲手实施者得成立身份犯、亲手犯的诱发正犯、援助正犯时,实际上也就肯定了质的从属性原理。

共犯的质的从属性强调,在正犯行为本身不符合构成要件或者不具有违法性时,就没有处罚教唆、帮助非违法行为者之必要,因为教唆、帮助行为并无指向构成要件的具体危险。坚持共犯的质的从属性,可以避免刑法规范沦为纯粹的规范命令,形成不必要的诫命,过度干预国民的行动自由。就此而言,共犯从属性原理有限缩刑事处罚范围的功效,放弃共犯从属性原理将导致教唆犯、帮助犯的处罚变得恣意,正如布格施塔勒所言,限制的质的从属性具有以法治国的方式界分各种正犯形式的功能。<sup>〔137〕</sup>在此意义上,舍弃共犯从属性原理,背离了功能单一正犯体系区分不同构成要件行为实施类型以贯彻法治国原则的初衷。

综上,功能的单一正犯理论拒绝质的从属性原理,但为了限缩处罚范围又被迫肯认量的从属性原理,承认量的从属性就不可避免地需要承认质的从属性,因为量的从属性之根源恰在于质的从属性。因此,对质的从属性之拒绝,导致了功能单一正犯体系无法妥善处理身份犯、亲手犯情形中的诱发正犯、援助正犯。可见,即便在否认从属性原理这一点上,功能单一正犯体系也难以全面贯彻。

## 五、结 论

“单一正犯”概念的初衷在于不区分各种类型的行为人,以免理论繁杂而无用,正犯形式的单一性是单一正犯概念不可放弃的核心基石,也是正犯不法的独立性与法定刑统一性的基础,当功能单一正犯体系为了贯彻法治国原则而在构成要件层面区分不同的犯罪参与者时,就已经与单一正犯概念背道而驰了。以统一的法定刑处罚全部参与者并非单一正犯体系的专有属性,二元共犯体系同样可能对全部参与者适用统一的法定刑。将诱发正犯的未遂之处罚限定在被唆使者实施主行为以后,承认非身份者、非亲手实施者得成立身份犯、亲手犯之诱发正犯、援助正犯,实际上就是变相地承认了量的从属性与质的从属性;而只有承认质的从属性原理,才能真正有效地贯彻功能单一正犯体系力图落实的法治国原则。

诚如基纳普菲尔所言,当多人参与一项犯罪行为时,总是涉及到两个独立于体系的、先验

〔135〕 为此,基纳普菲尔指出,对于诸如单一正犯与亲手犯、特别犯之间的关系以及“未遂的参与”问题等,尚需进一步的研究,因此,他要求人们将他关于功能的单一正犯体系的既有研究视为阶段性成果(Zwischenergebnis)。Vgl. Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, (Fn. 13), S. 56.

〔136〕 参见江溯,见前注〔6〕,第191页。江溯认为,二元共犯体系之下,非身份者对身份犯之参与也需要法律特别规定;实际上,二元共犯体系承认违法的连带性,因此,非身份犯的不法构成要件充足并不成问题,无需法律特别规定。

〔137〕 Burgstaller (Fn. 52), 16.

的基本问题:其一,在构成要件层面区分不同的加功形式;其二,在刑罚裁量层面评断该种加功在具体案件中的实际分量。这就是所谓的“加功的双重属性”(Doppelnatur der Mitwirkung)。<sup>[138]</sup>但是,加功的双重属性仅仅意味着,任何犯罪参与体系都必须直面共同犯罪人之定罪与量刑这两项任务;而绝不意味着,单一正犯体系就是以统一的法定刑处罚全部共同犯罪人的体系,二元共犯体系就是正犯的法定刑重于共犯的体系。

齐默尔指出,在共同犯罪领域,刑法分则规定的构成要件既可以限制性地予以理解,也可以扩张性地予以理解,<sup>[139]</sup>由此发展出了限制的正犯概念与扩张的正犯概念。<sup>[140]</sup>一般认为,二元共犯体系则多以限制的正犯概念为基底,<sup>[141]</sup>单一正犯体系建构在扩张的正犯概念基础上。<sup>[142]</sup>从限制的正犯概念出发,共犯规定系修正构成要件和“构成要件扩张事由”(Tatbestandsausdehnungsgründe);<sup>[143]</sup>相反,在扩张的正犯概念看来,诱发正犯与援助正犯之规定则是“解释的构成要件”。<sup>[144]</sup>可见,共犯问题实际上是构成要件问题,<sup>[145]</sup>更确切地说,是构成要件行为的类型性问题。

既然共犯问题根本上是构成要件的类型性问题,单一正犯理论与二元共犯理论的差异也应当在构成要件层面寻找,至于在刑罚裁量上是否可以或应当以减轻的法定刑处罚教唆者、帮助者,则与构成要件之解释路径没有必然关联,毕竟修正某一构成要件要素时也完全可以不修正其刑罚后果。<sup>[146]</sup>换言之,单一正犯体系与二元共犯体系的争锋焦点在于构成要件层面,只要在构成要件层面区分不同的行为人类型,就应当被归类为区分制;只有在构成要件层面不区分不同的行为人类型,才应当被归类为单一制。

[138] Vgl. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, (Fn. 13), S. 38; ders. (Fn. 12), 3. 基纳普菲尔认为,二元共犯体系经常未能区分这两项目标。关于共同犯罪问题的双重目标的更早论述, vgl. Zimmerl (Fn. 119), 45 f.

[139] Vgl. Zimmerl (Fn. 119), 40 ff.

[140] 也有学者指出,是否真的存在一个(限制的或扩张的)正犯概念以及该等概念是否真的有意义,实际上是有疑问的。因为齐默尔仅仅谈到了《德意志帝国刑法典》犯罪构成要件的限制解释与扩张解释,而没有明确主张所谓的限制正犯概念或扩张正犯概念。Vgl. Schild, NK-StGB, 4. Aufl., 2013, § 25, Rdn. 20.

[141] Vgl. Schünemann (Fn. 10), Vor § 25, Rdn. 14 ff.

[142] Vgl. Kienapfel, Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB, (Fn. 13), 113 f.

[143] Vgl. Zimmerl (Fn. 119), 45.

[144] Vgl. Kienapfel (Fn. 80), S. 60, 72.

[145] Vgl. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 20; 参见蔡桂生:《构成要件论》,中国人民大学出版社2015年版,第350—351页;任海涛:《共同犯罪立法模式比较研究》,吉林大学出版社2011年版,第17页。

[146] 值得一提的是,齐默尔认为,在对构成要件予以扩张解释的前提下,每个对构成要件之实现具有因果贡献者都符合刑法分则规定的构成要件,此时,刑法总则之所以仍需对教唆者、帮助者作出规定,乃在于教唆者、帮助者具有更多或更少的可罚性,刑法总则对教唆者、帮助者的规定应当被理解为一种与刑罚轻重有关的特别规定。Vgl. Zimmerl (Fn. 119), 40. 换言之,在扩张的正犯概念之下,直接行为者与教唆者、帮助者之区分必要性仅仅存在于刑罚裁量之中,而不在构成要件之中。这种理念与功能的单一正犯理论的基础理念恰恰相反:功能的单一正犯理论认为,之所以要区分不同的行为人,是为了满足法治国原则的需要,这种区分不应当类型性地影响其刑罚。

“单一正犯”概念的核心是行为人(Täter)的单一(Einheit),而非法定刑(Strafrahmen)的统一。有鉴于统一的法定刑并非单一正犯体系的专有属性,任何人在为单一正犯体系辩解时都必须明确,自己所要为之辩护的是单一正犯体系(Einheitstätersystem),而非统一法定刑体系(Einheitsstrafrahmensystem)。那种将单一正犯体系与统一法定刑体系等同视之,进而为了分离共同犯罪人的定罪与量刑而主张我国《刑法》采单一正犯体系的看法,是值得商榷的;完全没有必要为了对全部参与者适用统一的法定刑,而将某部刑法典理解为单一正犯体例。

在功能单一正犯体系的诸多主张中,真正值得赞同的两点在于:其一,在构成要件层面区分不同的参与者类型;其二,刑罚裁量层面在统一的法定刑幅度内个别性地审视各参与者的具体刑事处罚。但是,前者是对二元共犯体系的借鉴,后者也不具有相对于二元共犯体系的独特性。为了给自己贴上单一正犯体系的标签,功能单一正犯体系竭力否定从属性理论,但为妥当限制处罚范围又不得不赞同从属性理论所得出的具体结论,即便如此,也仍然无法找到充分的论据肯定非身份者、非亲手实施者成立身份犯、亲手犯之诱发正犯、援助正犯。功能的单一正犯体系对形式单一正犯体系的诸多改造以及对二元共犯体系结论的诸多接纳,实际上是不情愿地接纳二元共犯体系前的“犹豫”与“阵痛”。

---

**Abstract:** In order to satisfy the principle of the rule of law, the so-called functional unitary complicity system distinguishes the joint criminals into different types from the aspect of the *Tatbestand*. However, the functional unitary complicity system insists that all types of joint criminals have an equal value. It also opposes the principle of accessoriness. According to it, all joint criminals should be punished within the unified legal range of penalty. Therefore, many criticisms to the unitary complicity system have been eliminated, and the different complicity systems have integrated in many aspects. However, punishing all joint criminals within the unified legal range of penalty is never the exclusive character of the functional unitary complicity system; it can also be compatible with the differentiated complicity system. Actually, the functional unitary complicity system has accepted the conclusion of the principle of accessoriness in many aspects. Besides, the functional unitary complicity system wishes to implement the rule of law, so it cannot fundamentally reject the principle of accessoriness. The unity of the form of perpetrators is the original intention and core basis of the unitary complicity concept, and it is also the reason for the other two conclusions. Instead of accepting the functional unitary system with many endogenous conflicts, it is better to create a differentiated complicity system of China based on separating the illegality and penalty of the joint crimes.

**Key Words:** Functional Unitary Complicity System; Unified Legal Range of Penalty; Equality of Value; Form of Joint Criminals; Differentiated Complicity System

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:张晓媛)