

共同犯罪归责的社会功能进路

——以京特·雅各布斯的共同犯罪理论为切入点

王志坤

内容提要:共同犯罪理论当前走到了历史性十字路口,超越歧见、走出迷宫,有必要运用一种社会功能的分析进路,从以义务为中心的统一理论出发,分析共同犯罪人的内部规范结构。共同犯罪的归责应当采取实质的犯罪概念,坚持构成要件不法这个归责前提,并立足违反负担的弱义务状态,将共犯人的从属性贯彻到底。鉴于社会分工将共同犯罪人连结在一起,在归责时应当努力探求社会交往的通常意义。将构成要件实现归属于每一个共同犯罪人,不取决于共同犯罪人自己的欲求,而应参照不容许风险的认定方式进行客观归责;相应地,要摒弃以自然主义的因果关系为主的认定方式。在归责之内不做质的区分,在量刑层面上区分贡献的分量,揭示出共同犯罪形态是开放的而非闭锁的,这也契合主流的双层区分制理论。

关键词:雅各布斯 共同犯罪 积极义务 消极义务 违反负担 共犯从属性

王志坤,北京市人民检察院法律政策研究室主任。

一 引言

“共犯理论是德国刑法学中最黑暗和最混乱的一章。”〔1〕德国法学家康托洛维茨(Hermann Kantorowicz)在1910年写下的这句话引起了跨越国界的共鸣,共同犯罪理论被贴上“最黑暗”“最混乱”的标签,历经百年而不绝。21世纪以来,经历了剧烈转型和迅速发展的阶段,走到历史性十字路口的我国共同犯罪理论依然歧见纷呈、聚讼不休。〔2〕在错杂的制定法背景下,原发性问题叠加继受性问题,使共同犯罪理论愈加云山雾罩,让人

〔1〕 Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, MSchrKrim 7 (1910/1911), 257, 306.

〔2〕 参见何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,代自序,第1页。

如入迷宫。

所谓原发性问题,指二元参与体系与单一正犯体系自身固有的不自洽。就二元参与体系来说,难以实质地界定正犯,由此也无法对正犯与共犯(教唆犯和帮助犯)做出清晰区分;预先假定正犯的核心角色,但又对教唆犯处以不亚于正犯的刑罚;夹杂着主观意思的行为支配概念像“魔术帽”一样捉摸不定;^[3]仅固守故意实行犯的一亩三分地,而将过失犯甚至是故意不作为犯抛在一边。就单一正犯体系来说,以否定从属性为前提,强调自然意义的因果贡献,既无从知悉犯罪行为自何时开始着手,也不知缘何符合了构成要件。^[4]

所谓继受性问题,指在方法论上要么脱离我国刑法关于共同犯罪的规定抽象演绎,要么忽视某种理论在产出国实际应用状态。以德国为例,在划分正犯与共犯时,不同的联邦普通法院审判庭之间观点亦有分歧,学者坦承将实务观点体系化、提出明晰的标准乃是一项不可能完成的任务;行为支配说虽是理论通说,但实务采取的却是规范的综合说,即以主观说为基础、摆脱了教义学约束的评价观察法,此举虽然为法官将自己的价值观与正义感纳入裁判留出了空间,但这种很大程度上出于直觉的个案裁量导致法安定性和可预测性丧失,面临合宪性难题。^[5]而日本刑法虽然明确区分了正犯与教唆犯、帮助犯,但实务上“通过共谋共同正犯的存在,实质上正在朝着单一正犯体系的方向发展”。^[6]

笔者认为,数人共同完成一项任务属于常见的社会现象,共同犯罪只是其中的一种形态,因此在共同犯罪的归责上,有必要与其他社会现象联系起来,回归分工的社会理解及刑罚的目的理性。实际上,不同于自 20 世纪下半叶以来占据通说地位的行为支配理论,与罗克辛(Claus Roxin)同为德国刑法学大师的雅各布斯(Günther Jakobs)基于社会功能的立场提出了一套统一的刑事归责理论,这套理论在理解共同犯罪的本质、共犯的处罚依据、共同犯罪人之间的内部关系等方面别具一格,对于贯通理解我国《刑法》第 25 至 29 条、跳出单一制与区分制的二元对立、建构融贯的共同犯罪教义学等方面具有启发意义。

二 理论基础:以义务为中心的统一理论

共同犯罪理论的核心问题是,“如何理解集体现象中个人责任问题,即如何将集体现象所产生的结果归责给个人。”^[7]换言之,“在数人共同参与犯罪的场合,为何有的人只是实施了部分行为,却要对整个犯罪所引起的全部结果承担责任(共同正犯),有的没有

[3] Vgl. Haas, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), 519, 523 ff.; Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 48. 更为重要的是,行为支配无法纳入构成要件之中。参见徐伟群:《通往正犯之路:透视正共犯区分的思路》,我国台湾地区《台大法学论丛》第 40 卷(2011 年)第 1 期,第 364-366、381 页。

[4] 参见钱叶六著:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社 2014 年版,第 3-5 页。

[5] Vgl. Schild/Kretschmer, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 33 ff.; Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 25 Rn. 4.

[6] [日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 374 页。

[7] 江溯著:《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 6 页。

直接参与犯罪的实行,却要对实行犯所引起的结果承担刑事责任(教唆犯、帮助犯)?”〔8〕由此可以看出,共同犯罪主要不是描述一个数人实施犯罪行为的状态,而是对各参与人的行为所表达出的意义进行归责判断。雅各布斯指出,“无论是将诸人格体联结在一起的纽带还是这一纽带的断裂,都不能在字面意义上来感知,即不能感官地把握;两者毋宁是根据某一行动的意义、根据旨意即根据行动的意义来决定的。”〔9〕该意义反映了参与人作为一个人格体对规范现实性的理解和态度,然而,“一个行动意味着什么,这取决于社会的内容。”〔10〕

雅各布斯认为,规范、人格体和社会互为前提;社会是规范性相互理解,排除在规范性相互理解之外的东西是社会的环境(即自然)。〔11〕归责不关心社会规范结构以外的内容,只考虑可能反对社会的内容,规范作为精神的、富有意义的构造,只能通过“反向意义”来否定。从沟通的角度说,犯罪(可归责地侵害他人)所表达的意义是对规范的反向主张,罪责宣告是对规范否定的否定。〔12〕通过这种证明性反应,表明“被违反的规范应予坚持”,这也意味着,这种证明性反应的代价总要通过“对规范违反管辖的人”承担;为了消除扰乱,将扰乱性后果归属于那个承担代价的人,不是一个自然事实,而是一个规范问题。〔13〕将犯罪与刑罚解释成“表达”与“回应”,实质上就是围绕社会规范结构所做的沟通,由此归责就进入了社会层面。〔14〕

单独犯罪是一个人管辖一切、承担所有责任,这个行动过程也可以分拆为数个局部行为的管辖总合,转用于共同犯罪身上,因而涉及如何认定数人对某个犯罪事件的相互管辖(Zuständigkeit)。〔15〕“‘Zuständigkeit’是对某个对象有权管理同时又必须负责的意思,可译为‘管辖’,也可译为‘负责’,是一个权力与义务相融合的复合概念。”〔16〕早期,雅各布斯还强调管辖当中的权力或者支配因素,比如从组织管辖中引申出支配犯或者组织犯(组织犯类似于犯罪行为支配),与之相对的是从体制管辖中引申出的义务犯。〔17〕但是,在其晚近的论著中均采取了“原理—消极义务—积极义务—结论”的章节结构,其中,消极义务取代了此前的组织管辖,明显展现出了以义务为主导的大一统趋势。消极义务可以追溯到行为自由与结果答责之间的双向关系(Synallagma),行为自由以结果答责为条件,控制行为后果的义务并不是对另一个组织领域的积极注意义务,而是减少自己组织的

〔8〕 黎宏著:《刑法总论问题思考》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第420页。

〔9〕 [德]京特·雅科布斯著:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第78页。

〔10〕 [德]根特·雅科布斯:《刑法教义中的规范化理念》,冯军译,载中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写《现代刑事法治问题探索》(第一卷),法律出版社2004年版,第87页。

〔11〕 参见[德]京特·雅科布斯著:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,序言,第118页。

〔12〕 Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 2, 11.

〔13〕 Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 1 Rn. 2.

〔14〕 Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 14.

〔15〕 Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 22 Rn. 1.

〔16〕 许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第594页。

〔17〕 Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 21 Rn. 35.

侵害从而不进一步损害受害者组织的义务。^[18] 而积极义务则不仅要确保自己不要侵害他人的组织范围,而且要在保障社会基本制度(如家庭制度、司法制度等)的同时关照受益人的利益,使其组织范围的状况变得更好,在这个意义上,他与受益人一起建构了一个共同的世界。^[19] 消极义务是每个人都有的普遍性义务,而积极义务只与特定身份人有关,积极义务人不能从这种关照关系中任意脱离,他是自己义务领域内唯一的答责者。^[20]

现在再转到对犯罪参与的归责。日常生活中,他人实施的行为也被视为自己的作品,由自己承担相应责任的情形并不罕见。比如《宪法》第 2 条第 2 款、第 16 条第 2 款的代表制,其行为结果要归属于被代表人。《民法典》规定的法定代表人、监护人、委托代理人等等,其行为后果分别归属于法人、限制民事行为能力人以及委托人。这里面既有带来利益的行为,也不乏带来损害的行为。上述现象均是社会分工的表现形式。不同领域的分工形式多种多样,也形成了各自的归属规则,在犯罪领域也是如此。具体以何种形式的分工才能实现特定领域的犯罪后果,取决于该领域达致相应后果经由历史形成的合作规则,由此,判断共同犯罪的内部结构关系以及对共同实施的构成要件实现归属,也必须取材于社会,再转化为法律上有生命力的归责机制。

涉及数人完成一项任务,雅各布斯如是发问:一次钢琴协奏曲的成功表演属于谁的作品呢?人们可能说是作曲者、钢琴家、乐器制作者、调音师,也许还有参与建设音乐厅的声学专家,以及其他;但肯定不包括独奏演员搭乘飞机的机组人员,以惯常的方式将他送到音乐厅的出租车司机、建设音乐厅的建设者,也不包括那些源自超出预见的关系网络、但与后果的发生有因果关系的人,他们并没有参与分工,只是由于他人的任意而与后果联系在一起,比如税务缉查员,钢琴家为了逃避对他的缉查跨州跑到了演奏所在地。显然这些人都与后果的发生有因果关系,但分别占据不同的地位,其中有些是孤立的,基于他人的任意而与后果发生了关系(比如税务缉查员),这是一种分离的分工(*trennende Arbeitsteilung*);另外一种则是与后果紧密联系的分工,即连结的分工(*verbindende Arbeitsteilung*)。在分离的分工中,做出贡献的人只提供了一种固定的贡献,无须担心其对后果的促进作用,即便他可能知道接下来会发生什么(比如债务人向债权人偿还债务,无论债权人用这笔钱实施违法犯罪行为还是做慈善,都与债务人无关^[21]);该认知不属于做出贡献的人的角色所固有的,只是一些尚不足以将他与后果联系起来的特别认知。^[22] 在连结的分工中,这个作品是所有人共同的作品,不管是实行行为前阶段提供促进的人还是后来加入的人。^[23] 对于自由社会的塑造来说,分离的分工和连结的分工均不可或缺。有了连结的分工,人们才可以自由地一起创造共同的作品(当然,从反面来说,也可以就共同的不法结

[18] 参见[德]京特·雅各布斯:《刑法中的消极义务与积极义务:对刑法管辖权根据的思考》,赵书鸿译,《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期,第 36 页。

[19] Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 8.

[20] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 62.

[21] Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 78.

[22] Vgl. Jakobs, Beteiligung, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 563.

[23] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 29.

果被归责,即实现共同性的自由导致了对共同作品的答责),而分离的分工也可以使人们不必担心受到有责的贡献接受者的犯罪计划的牵连,否则就会导致出现一个过度限制公民自由的监控与看护型社会。

共同犯罪作为一种不法归责形式的社会功能是:针对集体现象划定归责的边界,引导人们的行为,确证规范的效力,维持社会的存续。至于什么样的分工是连结的,什么样的又是分离的,是由社会理解、社会模式和社会的语义学决定的。^[24]“法律并未把对某一人格体的行动的各种各样的网络化进行控制赋予每个潜在地会……引起某一利益损失的人,而把这种控制赋予那些具体地负责的(zuständigen)人格体。是否某一成为原因在法律上是重要的……取决于[社会的]前后关联。”^[25]这些社会联系决定了分工是否连结以及是否构成犯罪参与。雅各布斯指出,“在不容许举止的领域……立法者或者法律的阐释者认为,用三个或者四个参与样式就足够应付了,尽管民法中至少提供了十倍的样式。因此,对参与样式的严格解释就不合适了,鉴于参与方式的多样性,只能充分运用弹性的概念,依据具体情境来确定参与方式。”^[26]

三 理论展开:解析共同犯罪的基本问题

学说的价值不仅在于其内在逻辑的自足,更在于其对于棘手问题的解释力。上述以义务为中心的统一理论能否有助于解答共同犯罪理论的难题,也是检验其价值的标尺。

(一) 归责内部不分层:趋向于功能的单一正犯

单一正犯体系放弃区分正犯、教唆犯与帮助犯,或者将所有因果贡献都并入不加区分的正犯属性,或者虽然承认不同的参与形式,但在法律后果上将它们等同起来(或者只允许个别的例外)。^[27]这个理论“原则上把每个参与人都作为正犯来处理”,而与单一正犯体系接近的扩张的正犯概念认为,原则上任何惹起构成要件结果的人都是正犯,这种理论将构成要件替换为单纯的惹起,因此,教唆犯和帮助犯的规定旨在限制共犯的可罚性(限缩刑罚依据)。^[28]德国实务和部分文献支持扩张的正犯概念。^[29]而限制的正犯概念认为,只有自己充足了刑法分则规定的构成要件的人才构成正犯,区分正犯与共犯的标准是构成要件实现而非结果的惹起;在这种理论中,教唆犯和帮助犯的规定是扩张刑罚依据。^[30]限制的正犯概念在理论上是通说。概言之,单一正犯体系与二元参与体系是对立的两大阵营:单一正犯体系在参与人之间不做质的区分,仅在量刑时根据各参与人自己的

[24] 参见[德]福尔克尔·哈斯:《京特·雅各布斯的犯罪概念》,王志坤译,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》(第四卷),法律出版社2023年版,第187页。

[25] [德]根特·雅科布斯:《刑法教义中的规范化理念》,冯军译,载中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写《现代刑事法问题探索》(第一卷),法律出版社2004年版,第84页。

[26] Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 16 f.

[27] Vgl. Schünemann/Greco, in: LK-StGB, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 5.

[28] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 2, 2003, § 25 Rn. 2, 4.

[29] Vgl. Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, Vor § § 25 Rn. 3.

[30] Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 38 Rn. 10.

不法与罪责分别确定刑罚;与之相对,二元参与体系则以正犯为中心,按照流行的行为支配说,正犯是实施构成要件行为的核心人物,而共犯则是边缘人物。^[31]

雅各布斯基基于社会分工和功能主义的理论预设,也承认正犯是主角、共犯是配角,但同时认为正犯与共犯的区分并不占据主导地位,只在责任(管辖)量级上有所不同,也即正犯相对于共犯在整个犯罪事件当中角色更重要。把从开始计划犯罪到实施犯罪实行行为之间所有贡献都列出来,谁藉由他的贡献赋予整个事件以形态、谁又提供了一般性的贡献?前者是该作品的主要人物,是正犯,后者是次要人物,是帮助犯。^[32] 正犯在常规情形下是实行阶段的实行人,但是也不排除实行行为前阶段的人成为犯罪事件的“话事人”(das Sagen)、犯罪的主宰(Tatherr)或者核心角色。比如,爆炸专家精巧地安装了炸药拟炸毁某个建设物,最后由可替换的学徒来按下点火按钮,点火这样的实行行为不值得视为最严的犯罪形式(正犯);此时的实行行为更像一个附属之举,形同“儿戏”;^[33] 所以,实行行为人可能只是帮助犯。德国刑法学家弗里施(Wolfgang Frisch)指出,在实行阶段参与的人如果只提供了较不重要的贡献,作为帮助犯处罚已日益成为实践共识。^[34] 由此,正犯是刑法的一级管辖(最高量级),这一管辖并不只有正犯一个称谓,也包括了教唆犯(在量刑上同正犯)、智力型作者(同教唆犯)。^[35] 因此,共同犯罪作为对不法的归属,仅作用于确定参与人的需罚性,至于不法评价的高低,可以根据刑事政策的需要,在量刑或者制裁时做出区分;如果只从行为支配中推导出答责的幅度,就是在行为的表面现象上做文章;实行行为人在由他人塑造的世界当中活动,这一方面为前阶段参与人的举止转化为实行行为提供了依据,另一方面也为预备行为更强地塑造犯罪事件预留了空间。^[36]

基于这个逻辑,所谓共谋共同正犯以共同正犯论处也不会有什么难题。共谋者为了实行特定的犯罪在共同意思之下成为一个整体,即使他没有直接参与实行行为,也成立共同正犯。德国联邦普通法院的判决也认为,预备阶段参与者按照共同行为计划完成了其分派的行为贡献,通常不能以其主观上与行为之完成保持距离而排除其共同正犯地位。^[37] 如果承认共同正犯人“可能仅实施了部分构成要件行为,甚至没有实施构成要件行为”,^[38] 那么,共同正犯与教唆犯、帮助犯在界限上就变得模糊了。无论是将共同正犯解释成“相互的教唆”“相互的代表”,还是“每一个参与者通过他人为自己实施了部分工作”,都将各个共同正犯人连结一起,体现了一种连结的分工;区分各个参与人的不是诸如参与行为支配的性质,而是义务违反的分量,在此意义上,行为支配成为反映义务违反

[31] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 2, 2003, § 25 Rn. 10.

[32] 参见[德]京特·雅克布斯:《犯罪参与》,赵书鸿译,载赵秉志主编《走向科学的刑事法学——刑科院建院10周年国际合作伙伴祝贺文集》,法律出版社2015年版,第261、268页。

[33] Vgl. Jakobs, Mittäterschaft als Beteiligung, in: Paeffgen u. a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 558.

[34] Vgl. Frisch, Strafrecht, 2022, § 6 Rn. 20.

[35] Vgl. Jakobs, Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori, ZIS 11/2009, 573.

[36] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 50-52.

[37] Vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 25 Rn. 38.

[38] 张明楷著:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第533页。

分量的表征。^[39]

至于间接正犯,雅各布斯认为,严格的间接正犯(当犯罪工具没有故意或者过失,或者其行为可以正当化)其实是一个“伪装的”直接正犯,^[40]而不是共同犯罪中的参与者。行为工具(行为媒介人)没有产生犯罪意义,幕后人不能促成没有犯罪意义的举动,因此是他自己(假手他人)实施了犯罪。所以,着手应以间接正犯人自己的行为为准,当对行为工具影响结束,则成立实施终了的力图未遂。如果行为工具表达了完整的犯罪意义,则不是间接正犯,而应以共同犯罪论处,其中,幕后人是承担积极义务的正犯(违反职务上的义务)。^[41]

关于积极义务人的正犯属性,雅各布斯认为,积极义务人是潜在被害人的福祉或者公共体制的功能运转的保证人,不管他采取作为还是不作为,在违反义务的时候都无法与损害流程撇开干系,所以,他一直是损害的正犯,而不是对他人行为的参与。^[42]比如父亲向他人提供毒药杀死自己的孩子,不是帮助犯,而是正犯;如果父母共同行动,他们就是共同组织行为的共同实行者,并且更为重要的是,构成违反积极义务的杀人罪的同时犯。^[43]

(二)从属性:共犯的处罚依据

共犯处罚依据的核心争议点在于,共犯的不法来自正犯行为的不法还是自己独立的不法,^[44]并衍生出共犯不法独立说(纯粹的惹起理论、责任共犯论、修正的责任共犯论、不法共犯论、与他人不法的连带说和共犯从属性说。德国学界的通说是罗克辛所倡导的混合惹起说,其认为,共犯的不法一方面源于正犯的不法,在此意义上是从属的;另一方面其协力正犯行为构成自己所实施的法益侵害,在此意义上是独立的。^[45]实际上,惹起理论及其变种虽然坚持现代刑法的个人答责原则,但什么是“个人的”依然存在疑义。特别是最极端的个人参与形式认为共犯行为构成独立的不法。在此情形下,实行行为及构成要件结果相当于客观处罚条件,共犯行为也相当于抽象危险犯。但是,共犯行为与实行行为的联系不仅仅系于自身纯粹的外在事实,也在于它是一种对世界塑造的表态,体现了特定的沟通意义,因此要被作为社会及刑法上重要的事件而归责。^[46]雅各布斯的一大贡献就在于,将共同犯罪理论与不法论整合起来,采纳了实质的犯罪概念,^[47]从而赋予

[39] Vgl. Jakobs, Mittäterschaft als Beteiligung, in: Paefgen u. a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 553 f., 558.

[40] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 37 f.; Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 75.

[41] Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 85 f.; Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 42.

[42] 参见何庆仁著:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第196页。

[43] 一方面是父母共同体杀死了孩子,另一方面是父母中的每个人将孩子推出了自己(不是“他们的”)的世界。Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 85.

[44] 单一正犯体系中不涉及共犯的处罚依据问题。Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 2, 2003, § 26 Rn. 11 ff.

[45] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 2, 2003, § 26 Rn. 11 ff.;另参见何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,第17-18页。

[46] Vgl. Jakobs, Akzessorietät, in: Joerden /Schmoller (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Yamanaka zum 70. Geburtstag, 2017, S. 108 f.

[47] Vgl. Haas, GA 2016, 669, 669.

了从属性这个概念更为丰富的内涵,也正是由于这一点,他与形式的单一正犯体系拉开了距离。

雅各布斯指出,不论是单一正犯还是扩张的正犯概念,都没有阐明何时才开始归责以及对什么归责。^[48]“如果对于因其贡献促进了他人作品的人来说,将这个作品也作为他的(也包括由他人动手实行的)作品而归责,那么就表明,数人创造的产物不是按分量、即按照在产物创造过程中自己动手的贡献而归责,毋宁说,他人动手的贡献也要纳入他必须为之答责的范围。”^[49]这就是从属性所要解决的问题。德国联邦普通法院在“农业机械案”中指出,“在多人参与且不是每个人都完整地实现了构成要件的场合,每个人都对犯罪做出相应的贡献,并将自己的行为贡献也视为是其他参与者行为的一部分,同时也将其他参与者行为贡献视为自己行为的一部分时,他们是以共同正犯的形式参与犯罪的。”^[50]从性质上说,每个人不是为他人的罪责而担责,而是为通过他人动手的自己的实行行为而担责。^[51]

将犯罪事件视为一个整体,共同犯罪归责的前提也是必须存在不法,即仅在行为表达出犯罪的意义时,才涉及追究各个共犯人的责任。雅各布斯恪守构成要件的边界,认为不法始于实行行为的着手,越过力图这个门槛,直至后果发生。^[52]这与单独犯罪的归责类似,前阶段的行为贡献可以由后来的实行者自己提供,也可以由其他参与者提供,如果自己在前阶段实施的预备行为不是不法,则由其他参与者实施的预备行为也构不成不法,否则构成要件行为的不法将因一个任意向“前”追溯的举动扩展到预备阶段,^[53]从而消解构成要件的定型和边界。对于共同犯罪来说,归责的前提是必须至少有一名共同犯罪人着手了构成要件实现,此时整体不法进入了实行阶段,所有共同犯罪人也同时一起着手了犯罪的实行。^[54]由此引申出两个问题,第一,从属什么?第二,何以从属?

先回答第一个问题。从属性本身就是一种类型的归责,即对通过他人动手实施的举动(实行行为)予以归责,^[55]或者说,是描述对牵扯到他人答责的实行行为进行归责的条件。对此,有限制从属说与严格从属说之分。限制从属说认为,共犯只在故意的实行行为中才是可能的,并不以实行行为有责为前提。严格从属说认为,实行行为必须故意、违法且有责。雅各布斯持严格的从属说,在他看来,犯罪是意义的表达,如果实行行为本身没有表达出犯罪意义,自然也无法被传导到预备阶段,成为前阶段参与人的不法。如此一来,有责就成了题中应有之义。借助严格从属说,一方面可以避免间接正犯和共同正犯交叉的内在矛盾;另一方面,可以容许“(直接的、完全答责的)正犯背后的(间接)正犯”这

[48] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 21 f.

[49] Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 2.

[50] [德]英格博格·普珀著:《德国刑法总论:以判例为鉴》(第四版),徐凌波、喻浩东译,北京大学出版社2023年版,第331页。

[51] Vgl. Jakobs, *Akzessorietät*, in: Joerden/Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Yamanaka zum 70. Geburtstag*, 2017, S. 109.

[52] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 1, 11, 67.

[53] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 13.

[54] 参见何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,第196页。

[55] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 1.

一概念,避免教唆犯与间接正犯产生的失调。^[56]

至于第二个问题,需要引出一个特殊概念,即违反负担(Obliegenheitsverletzung),它指行动者在行动的时点上虽然对外无须(作为不法)答责,但对内尚需(作为违反负担)答责的状态,行为人因为提供了对于嗣后不法实现所需的准备,进入了一个未能与嗣后实施的不法保持距离的情境,从而使实行行为的不法同时作为前阶段参与人的不法(通过他人动手实施的不法)而归属成为可能。^[57]前阶段的贡献类似于意义要约,经由后来的(答责的、但不必然是故意的)实行行为人接收、接续,^[58]从而将前阶段参与人的意义要约与嗣后实行行为人的犯罪意义联系到了一起。前阶段参与人通过自己的贡献卷入了嗣后实行行为的流程之中,所以,必须承担没能与实行行为(如果实行行为发生了)保持距离的不利后果。通过违反负担,前阶段参与人为嗣后之不法设定了条件,如果他想免于刑事处罚,他就必须以适当的方式使其贡献的进一步发展陷入瘫痪。^[59]

(三) 共同性:共同行为决意的淡化

“共同性”(Gemeinsamkeit)一词系从“共同犯罪”这个概念中衍生出来的,受日本刑法学的影响,我国也存在犯罪共同说与行为共同说之争。^[60]犯罪共同说认为须两人以上共同实施了特定的犯罪,行为共同说强调共同实施了自然的行为,定罪时可按各自责任定不同罪名。而部分犯罪共同说则不强调数人所实施的犯罪完全相同,只要部分一致就够了。^[61]实质上,所谓共同性本身就是指共同犯罪这一现象,真正有意义的毋宁是确定共同归责的范围。鉴于学者对于上述概念倾注了不少理论资源,有必要将前述讨论过的观点与这对概念对标,明确所属的理论阵营。首先要排除的是行为共同说,因为它将共同性限于自然的行为上,与共同犯罪作为归责形式必须是一种规范评价不符。至于完全的犯罪共同说要求“数人一罪”,则过于缩小了共同犯罪的范围,且有将共同犯罪人视为不可分的行为共同体的嫌疑。

共同犯罪的基础公式是:个人基于他的自我决定将他的组织范围与他人的组织范围连结在一起,所以,禁止损害也涉及数人整体的连结,由此,共同答责作为行使自由的代价在自由法律秩序之中就占据了一席之地。^[62]“在整体意义表达方面,正犯与共犯谁也离不开谁,将其中的任意一人从共生关系中孤立出去,共同犯罪的意义表达便不再完整。”^[63]但是,共同性并不是共同犯罪的必要组成部分,因为共犯也可能是一个片面的事

[56] Vgl. López, Jakobs' Theorie der Beteiligung, in: Kindhäuser u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 590 f.

[57] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 18.

[58] Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 77.

[59] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 19.

[60] 在我国台湾地区,引述、介绍或探讨这些日本刑法学说见解者日益减少,甚至有忽视、疏漏之感,参见陈子平著:《刑法总论》(第四版),我国台湾地区元照出版有限公司2017年版,第500页。

[61] 参见[日]高桥则夫著:《刑法总论》,李世阳译,中国政法大学出版社2020年版,第387-388页,高桥则夫教授将部分犯罪共同说视为犯罪共同说与行为共同说对立趋向缓和的标志。

[62] Vgl. Zhao Kueshuang, Die notwendige Teilnahme - Zum Strafgrund der Beteiligung im Rahmen der Zuständigkeitslehre, 2022, S. 268.

[63] 何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,第258页。

情(片面共犯);当然实践当中多强调数人之间的约定和行动协调,共同性在一定范围内也非常重要。^[64] 在此只从主观方面考察共同性:实行行为前阶段的参与并不是通过主体间的共同行为决意而连结在一起的,而是藉由其前阶段贡献被实行行为接续所表达出的意义。^[65] 归责来自法律,而不是共犯人的意志,要构成共同正犯不需要一个有着明确归属意欲的共同行为决意,^[66] 只要共犯人有那么一个配合他人犯罪计划的贡献就够了(配合的决意)。比如在没有与实行行为人约定的情况下,一个人给即将在睡梦中被杀死的被害人服用了安眠药,为正犯打开了门,准备好了合适的、也被实际使用了的工具,还在实行之前阻止了第三人的打扰,如此强的共同塑造,以至于实行行为的地点、时间、方式都被其一起决定了,就构成共同正犯,因此,对于共同性,应采取相对客观的判断,无须过分考量每个人的主观意愿。共犯人以其行为一再确证“这是一个整体行为”,那么即使其主观上没有表示“一起干”也要作为共同实行行为而归责。如果共犯人在实行行为着手之前,放弃犯罪的故意,但没有撤回其做出的贡献,相关贡献继续在实行行为当中发挥作用,则不能阻止成立共同正犯。^[67]

(四) 社会语义:客观归责 VS 回溯禁止

共同犯罪作为一种归责方式,在具体归责上适用客观归责的一般原则。雅各布斯指出,“共同犯罪理论是举止意义理论的一部分,也即客观归责理论中的不容许举止理论,像容许的风险、信赖原则、回溯禁止和自担风险情形下的意义并不是共同犯罪人决定一样,共同犯罪人也不能决定他‘想’以正犯、共犯或者不作为共同犯罪人的身份做出贡献,不如说,他的地位是取决于其在社会语境中的意义。将什么意义赋予他的特定举止,取决于要解决什么社会问题,比如说,就容许的风险而言,涉及利益保护与行为自由的平衡;就回溯禁止(Regressvorbot)而言,涉及使分离的分工成为可能;就信赖原则而言,涉及以对自由友好的方式限制连结的分工的责任范围;就共同犯罪的规则而言,在连结的分工的犯罪领域,涉及避免将整体的犯罪‘贡献’碎片化为若干局部贡献。”^[68] “在对共同行为结构的规范性理解中,溯责禁止与共同犯罪是一种矛盾的对立面,如果不溯责禁止就要共同归责,如果不共同归责就要溯责禁止。溯责禁止因此是共同归责的外部界限。”^[69] 一般说来,如果有法律规定或者其他规范赋予了特定义务,判断起来就比较清楚;如果没有明确的规则,就要回归社会交往的通常意义。

雅各布斯指出,这个过程不能借助于“因果关系+故意”这种自然主义的概念来认定,不能离开归责的目的或者规范目的,在规范论的框架下,共同犯罪的归责规则与客观归责

[64] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 2.

[65] Vgl. Jakobs, *Mittäterschaft als Beteiligung*, in: Paeffgen u. a. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 562.

[66] 参见[德]京特·雅各布斯:《犯罪参与》,赵书鸿译,载赵秉志主编《走向科学的刑事法学——刑科院建院10周年国际合作伙伴祝贺文集》,法律出版社2015年版,第263、270页。

[67] Vgl. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, § 21 Rn. 43 ff.

[68] Jakobs, *Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung, Zur Kausalität der Beihilfe*, in: Steinberg (Hrsg.), *Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe*, Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag, 2009, S. 25 f.

[69] 何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,第243页。

理论类似,也充斥着大量排除归责的情形,并且,作为与不作为的归责判断适用同样的规则。^[70]先说不予归责的情形:第一,谁因其举止在他人的组织范围内没有变更什么或者只是造成了有权得到的变更,那么,当他人仅仅利用了这一举止形态实施了犯罪,则不构成参与;因为此时,组织范围与他人只是任意地连结在一起。比如恐怖分子因为其同伙要被司法审判而谋杀一个政治人物,法院的审判不是谋杀的参与。第二,日常生活中的通常贡献,比如出租车司机接送乘客,五金店老板售卖家用“小五金”,其意义不取决于接受者打算如何使用所提供的东西;毋宁说,它仍然保持其通常的意义,即该贡献是中性的。再说归责的情形:第一,针对日常的贡献,当犯罪决定了贡献所处的环境,那么,贡献就丧失了其中立性,而表达出犯罪的意义。比如在五金店门口发生斗殴,一方到五金店购买刀具,那么,售卖刀具就丧失了社会相当性(不再是中性的)。第二,谁使自己的举止特别取向于另一个人计划的犯罪(即当另一个人放弃犯罪倾向时,他也跟着失败了),就没能与犯罪的实现保持距离。这是共同犯罪的“常规”情形。第三,谁一再向另一个人提供单个来看是日常的贡献,但只要拼出的“马赛克”表明了犯罪的后续发展,他就参与了一个犯罪。此外,积极义务适用自己特殊的规则,违反义务者不管在什么犯罪阶段,都构成正犯。^[71]

四 理论辨析:争议问题及引申思考

雅各布斯共同犯罪理论不是对制定法的解释论,更类似于研究共同犯罪现象的立法论。评价雅各布斯共同犯罪理论不应着眼于实用主义,而应从理论逻辑及对共同犯罪现象的洞察入手。

(一) 术语层层嵌套的循环论证

雅各布斯坚持不法是构成要件之实现,共犯人的不法并非始于他在实行行为前阶段做出的贡献,而是因其从属关系将他人动手的实行行为归属于自己,故而其力图也始于共同不法、共同作品(构成要件实现)的着手,在此之前,其举止是一种违反负担,只违反了较轻程度的义务,而非严格的义务违反。这套理论深刻揭示了共同犯罪的内部结构,但是又让人强烈地感到,雅各布斯似乎在不同层面上使用大致相同的概念。比如将他人之构成要件实现归属于自己称之为(严格的)从属性,不如说是一种结论性的空洞指称。因为在共同正犯、特别是复合行为的共同正犯那里,很难说在从属之前就已经有了一个构成要件不法;此时,重要的与其说是从属性,不如说是连结的分工。然而,连结的分工只说明了要作为一个整体来对每个人归责,却没有说明白为什么要归责,这样,实质的因素就落到了违反负担上。从排除归责的方面看,回溯禁止与分离的分工也表达了同样的意思。为什么违反负担在一定条件下证成归责,而在相反的时候排除归责?最后还是要回到社会规范结构,回到社会交往标准。然而,仅仅以指称“社会”作为归责的依据,对于刑事处罚

[70] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 25, 58.

[71] Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 32 ff., 55 f.

的严重后果来说过于轻描淡写。

在承认可以归属他人的行为这个前提(也是一种现实)下,穿过层层嵌套、缠绕在一起的概念迷宫,最重要的是莫过于如何认识人们之间的分工关系,但所谓连结的分工与分离的分工之类的说法毋宁说是结论而非论证。判断构成连结的分工,除了取决于社会经验规则,也为共犯人的行为赋予了一个违反负担的规范标签,一旦认定构成连结的分工,再框之以构成要件,就可以将其纳入刑事制裁的范围。当然,也不排除正是有了构成要件定型的指引,才给予了辨析连结分工的标准,这称得上是存在与规范的辩证统一。违反负担犹如创设不容许的风险,难以给出确切的内涵,尤其在非决定领域常常让位于经验认知和社会共识。所以,在犯罪构成要件的框定下,在规范目的与目的理性的引导下,更为重要的或许是归纳那些排除归责的规则。德国刑法学家许乃曼(Bernd Schünemann)和葛雷克(Luis Greco)批判雅各布斯:行为的犯罪关联意义使行动者成为共犯人并且为整个犯罪行为负责,从逻辑的角度看纯粹是一种循环论证;因为为了能判断行为的犯罪关联,必须先知道究竟怎样产生了犯罪。^[72]但这一批判并没有真正触及关键之处,因为雅各布斯的各个概念之间不是空洞地相互援引、原地自转,^[73]而是最后连结到社会规范结构,立足于存在之土地上,即“就其意义内容来说,个别贡献在其做出时已经有了某个犯罪作为设想的‘模板’,并对准设想好的犯罪而做出”。^[74]

(二)超越单一制与区分制的第三条道路

有德国刑法学家还批评雅各布斯回到了被德国立法所抛弃的扩张的行为人概念、甚至是单一正犯体系。^[75]该批判以区分制和行为支配的理论通说为前提,然而却非对立法的应然解读,亦非实务的立场。实际上,在归责时放弃对正犯与共犯的质的区分,“预备行为也可能构成正犯的观点体现了行为支配说的主观化以及对实务立场的接近”,^[76]这恰好是雅各布斯学说的优势之一。持区分制的学者认为,在不断的学术争鸣中,区分制还是单一制的问题,逐渐变得没有那么尖锐,甚至出现立场趋同的现象,共同犯罪系各参加者以各自的方式在社会背景中共同塑造了同一个符合构成要件的行为,该行为及其结果是全体共同犯罪人的“共同作品”;直接实施者不仅为自己,也为其他共同犯罪人实现了构成要件,所以在归责的意义上没有直接者与间接者、自己的犯罪和他人的犯罪之分,而是数人共同实现了一个共同的不法。^[77]而持单一制的学者也有类似的表述,“在犯罪参与的场合,首先必须将参与者作为一个整体来进行考察,换言之,刑法评价的对象首先不是各参与者所分割的行为,而是共同合作现象本身。各参与者的行为只有在共同合作现象内部的行为才有意义,其各自分割的行为并不是独立的行为。”^[78]

不管是区分制还是单一制都只不过是解决共同犯罪归责的理论,当讨论的焦点集中

[72] Vgl. Schünemann/Greco, in: LK-StGB, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 19.

[73] 关于循环论证与自圆其说的区分,参见许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国法制出版社 2005 年版,第 19 页以下。

[74] Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 328.

[75] Vgl. Schünemann/Greco, in: LK-StGB, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 18.

[76] Vgl. Johannsen, Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung, 2009, S. 156.

[77] 参见何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社 2020 年版,第 255 页。

[78] 江溯著:《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 183 页。

在犯罪构成要件的定型性、此人与他人的互动关系上时,那么,在归责层面上便只需讨论如何因为分工而被连结在一起进而要对构成要件实现负责的问题,也即一个“是与否”而非兼论“多与少”的问题。因此,在归责之内不必进行质的分层,无须在归责时就确定亲自实施构成要件的人才是犯罪事件的核心角色,而将教唆者与帮助者界定为边缘角色。生活经验告诉我们,数人完成一项任务,无法在分工之初就确定贡献的大小,行为过程中瞬息万变,重要的是划定分工的轮廓,圈定谁是分工关系中的成员,至于核心角色或者边缘角色虽然能从行为样态上表征出来,但并不应绝对化,尤其是不能将直接实施构成要件作为定义正犯和核心角色的标准,比如军队的统帅不必在战场一线冲杀,纳粹集中营的司令官也不必自己按下释放毒气的按钮。所以,共同犯罪的归责应当分两步走,第一步圈定分工范围,第二步明确各人罪责。原则上正犯、教唆犯、帮助犯等概念只是行为分担的角色指称,虽然它们一般体现参与犯罪的程度,但确定各人责任的分量还不是归责的任务,而是量刑层面上的事情。^[79]

简言之,雅各布斯关于归责之内分层的说法接近于功能的单一正犯体系,但是又坚持共犯的从属性,且持严格的从属说,因而其底色是二元参与体系。如果将否定从属性作为单一正犯体系的核心标志,那么这底色就更为明显了。与通常的二元参与体系不同的是,雅各布斯没有采取“直接—间接模式”来区分正犯与共犯,而是将连结的分工下充足构成要件作为不法之条件,并揭示出从属性这个不可或缺的内在要素,因此,与其说他滑向了(形式的)单一正犯体系,不如说他阻止了越来越多学者附和单一正犯体系的趋势。

(三) 介于合法与不法之间的违反负担

为防止简单地以行为分担的名义将中性的行为纳入归责的圈子里导致归责范围的扩大,雅各布斯使用了“违反负担”这个术语指称共犯人因其贡献必须与嗣后他人实施的犯罪行为保持距离的状态,如果违反这个负担便产生了将他人之不法归属于自己的危险,由此,也要为该不法而答责,承担相应的刑事责任。然而,德国刑法学家哈斯(Volker Haas)质疑道,“如果实行行为前阶段中的举止仅仅是违反负担,那么无论如何它仍然是合法的,何以合法的举止成为刑事制裁的理由?合法的举止将他人的义务违反归属为自己的义务违反,有什么正当理由?共犯人只实施了合法举止,却要归属实行行为人的规范否定,视为他也实施了非法的举止,在法律上是否自相矛盾?当前阶段的举止只表达出内在的、纯粹私人的特征,无论是将其作为直接的还是间接的联系点而完全排除刑事答责,岂非更逻辑贯通?”^[80]

违反负担并非雅各布斯所独创,而是保险法中的常见术语,^[81]将它移植到刑法当中,

[79] 洛佩兹教授提出了一个参与量级划分的分类概念,通过量刑的精确化抵消关于违反明确性原则的指责。Vgl. López, Jakobs' Theorie der Beteiligung, in: Kindhäuser u. a. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019, S. 601 ff.

[80] Haas, GA 2016, 669, 671.

[81] 根据《德国保险合同法》(Gesetz über den Versicherungsvertrag)第58条,投保人有负担在签订合同时如实回答所有涉及风险的问题,以及在合同期间及时报告提高风险的情况,如果违反负担,保险人免于赔付,但投保人也不必承担赔偿责任。违反负担作为违反“不真正义务”,不能被强制执行。

不过是数十年来刑法与民法相互接近思潮的一个例证,类似的还有被害人地位的重新评价、对恢复原状的认可等等。^[82] 德国刑法学家帕夫利克 (Michael Pawlik) 指出,一个自由功能主义的刑事归责理论必须在对公民提出“不得实施违反管辖的行为”的要求之外补充第二层级的期待,在可期待的范围内努力以让人信赖的方式履行这一要求,只有在社会上建立起这种补充性的期待,才能最终完成从纯粹纸面的秩序到真正自由状态的过渡。^[83] 德国刑法学家赫鲁施卡 (Joachim Hruschka) 认为,违反负担的功能在于为后来的义务违反之可罚性提供一个条件,其中义务为第一级的,负担是第二级的,二者之间只有级差之区分,违反义务具有刑事可罚性,违反负担不可罚,如过失犯中的违反注意义务就是一种违反负担,因为刑法中并没有对仅仅不注意予以处罚的规定。^[84] 违反负担是规范所确立的义务的固有部分,而非一个独立的要求,亦非义务。对于公民来说,负担意味着在实行行为时应谨慎而为,也期待他努力获取认知和能力从而能够在关键情形按照管辖而行动,当行为人通过履行其努力忠诚于法的负担原本能够避免错误举止时,违反规范的行为就可以作为行为人的义务违反而归属。^[85]

实际上,违反负担并不是为了直接对共犯人的归责提供依据,而是旨在描述在实行行为前阶段的行为状态,它类似于一种“较低程度”的义务,用这个术语也可以解释原因自由行为人使自己丧失责任能力的状态以及行为人在可避免的禁止错误的情形没有努力了解法律的状态,也有利于撇清对共犯人归责不是对无辜之人的扩张,从而避免刑罚过度前置化。借助这一术语,可以对嗣后发生的、使此前已违反管辖之举止客观化的义务违反予以制裁。

(四) 积极义务人适用特殊归责原则的疑问

积极义务所保护的制度具有普遍的、不可放弃的重要社会意义,它不局限于某一个义务人群体,而是涉及每一个人,每一个人既不得自己动手腐蚀体制,也不得假手他人腐蚀它。所以,无积极义务身份资格之人 (Extraneus) 也可以参与侵害一个积极义务,比如,不是法官的人,可以通过法官构成枉法裁判罪。^[86] 在身份是加重处罚要素的普通犯罪当中 (如对国家机关工作人员利用职权非法拘禁的从重处罚),身份的特殊要求将一般犯的要求转化成了积极义务,由此产生了一个真正的、纯粹的特别犯,它将无身份资格之人的举止“染色”了,无身份资格之人对于他所参与的身份犯罪也要承担责任 (但减轻处罚)。只有具有身份资格的人,不管参与了什么样的分工,发挥了什么样的作用,总是正犯,而对于无身份资格的人 (Intraneus) 来说,只要其认知到在参与侵害一个积极义务,也同样要以身份犯罪论处。德国刑法学家哈斯质疑道:积极义务人只涉及实行行为而不涉及共同犯罪,违反积极义务将导致入罪的过度前置 (比如丈夫委托杀手杀死自己

[82] Vgl. Montiel, *Obliegenheiten im Strafrecht?*, ZStW 129 (2014), 592, 592 f.

[83] Vgl. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 300.

[84] Vgl. Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl. 1988, S. 415 ff.

[85] Vgl. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 344, 371 f.

[86] Vgl. Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 20.

的妻子,在委托做出时就是杀人的力图,如果杀手发起教唆,那么,杀手在实施杀人行为之前就已经是特别身份犯罪力图的共犯人)。这个批判是成立的,因为在积极义务的情形,看不到构成要件的影子,尤其是数个积极义务人的共同实施行为竟变成了同时犯。身份要素俨然如超级病毒,只要有积极义务人的介入,就将整体犯罪事件“染色”成身份犯罪,不免过于夸张。

更为妥当的或许是回到身份要素对整个犯罪形态的塑造(限于不法身份)上来。无身份资格的人教唆、帮助有身份资格的人实施身份犯罪,无身份资格的人即使按从属性的原则,也应当以身份犯罪的共犯论处。涉及共同实行的情形,能否构成共同正犯,进而以何种罪名论处,也都在从属性的覆盖范围之内,因为从属的前提是构成要件之着手,一旦有身份资格的人实施了共同实行行为的部分,则整体行为便呈现为身份犯罪,由于雅各布斯将共同正犯视为一种参与类型,与狭义共犯等同视之,那么,在结论上与前一种情形亦无不同。有身份资格的人帮助、教唆无身份资格的人实施身份犯罪,并不是一种独立类型,不如说是“有身份者教唆无身份者代替其‘实行’或者由无身份者帮助其‘实行’”,因而对无身份者应以身份犯罪论处。^[87]在有身份资格者教唆、帮助无身份资格者实施一般犯罪,同时刑法就该行为又规定了身份犯罪的情形,由于积极义务包含了消极义务并可以从中分离出消极义务,身份要素可以证立有身份资格的人的正犯性,但不能传导至一般犯罪,将其改变为身份犯罪,所以,对无身份资格的人应以一般犯罪论处,而对有身份资格的人处以身份犯罪。

五 理论应用:走向规范化的研究范式

虽然雅各布斯没有专门针对我国的问题展开分析,但不妨碍我们强作解人,从操作层面展开引申性思考。事实上,我国已经有学者参考其学说系统分析我国制定法上的共同犯罪规定,试图得出一个融贯自洽的解说,并取得了可观成果。^[88]

(一)立足社会语义解析共同犯罪形态

雅科布斯的研究方法是细致的观察和对社会的深入理解。^[89]他将社会学分析与哲学结合在一起,将社会、人格体和规范贯穿起来,社会由规范所构建,规范调控人的行为,刑罚保障规范的同一体性,在规范效力保持同一的领域,社会获得其存在。^[90]反映在共同犯罪的研究当中,他反复强调要回到社会联系的语义、回到社会交往的标准,并没有局限于刑法总则关于共同犯罪的几个条文,他拒绝对犯罪参与的形态进行严格解释,甚至认为

[87] 林维:《真正身份犯之共犯问题展开——实行行为决定论的贯彻》,载林维主编《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第165页。

[88] 参见何庆仁著:《共同犯罪的归责基础与界限》,中国社会科学出版社2020年版,第199页以下、第258页以下。

[89] 参见[德]格吕恩特·雅科布斯著:《行为、责任、刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第153页。

[90] 参见[德]乌尔弗里德·诺伊曼:《刑法任务和刑罚根据》,隗佳译,载赵秉志主编《当代德国刑事法研究》(第四卷),法律出版社2023年版,第160页以下。

应当参考其他法律领域,将社会结构长期存在的非正式规则纳入归责判断之中。参与样式的多样性,也决定了分析的开放性。回到我国《刑法》第一编第二章第三节,关于共同故意犯罪、共同过失犯罪、组织犯、教唆犯、胁从犯等只能视为明确列举的参与形式,而非闭锁的范围。相比这些法定的形式,该节所规定的处罚机制更为重要,特别是主犯、从犯的作用分类法;毋宁说,法定形式更多具有提示作用,而量刑处罚方法则更具有一般性。就共同犯罪的形式看,第三节节名中的“共同犯罪”与《刑法》第 25 条第 1 款中的“共同犯罪”含义并不一致,前者相当于“数人实施犯罪”的一般指称,后者仅指故意地参与故意的实行行为这一最为常见的形式,当然也包括了故意的共同正犯。第 25 条第 2 款规定的共同过失也只是过失共同正犯这一种形式,限于存在共同注意义务的违反。^[91]此外,司法解释也规定了过失地对过失实行行为的参与。《刑法》第 25 条第 2 款中的“不以共同犯罪论处”,限指在处罚机制上准用单独犯罪,类似于同时犯,这一点在身份犯罪中具有特殊意义,即不法身份与罪责身份一样,均不连带,仅适用于具备身份要素的行为人。第 26 条规定的组织犯使得无须借助间接正犯(利用有组织的权力机构)即可对并不亲自动手的犯罪集团首要分子进行归责。《刑法》第 27 条规定的胁从犯也客观描述了意志层面上存在瑕疵的共犯人参与这一种形态。正如有学者指出的,“犯罪参与的形式多种多样,立法者充其量只能凭借经验就其典型形态进行列举而很难穷尽,在刑事立法上定义共同犯罪无疑自缚手脚、自招烦恼。”^[92]

(二)从因果关联转向客观归责

德国刑法学家舒尔茨(Lorenz Schulz)指出,19 世纪下半叶还重点讨论因果关系,到了 20 世纪下半叶,就主要讨论归责了。^[93]雅各布斯引领刑法科学告别了本体论的论证模式,孜孜以求地构建一个整体的归责体系,将刑法教义学置于规范的基础之上。他指出,“在确定不被允许的行动时,所涉及的并不是根据任何外在的标准尤其是不是根据具有足够的行动能力这一标准来回溯地裁截每个成为原因者的本身所存在的对每个过程的负责性;因果关系本身是一种解释自然的构想,首先必须把这种因果关系提升到社会意义和社会含义的层面上来,换句话说,要从自然的解释推进到社会性行动的内容之中。”^[94]但是,在我国共同犯罪研究领域充斥着大量以因果关系为核心的认定方法,如认为,“共同、从属等概念都不具有决定意义,因果关系(支配)的认定才是问题的核心”,^[95]甚至采用了空洞的条件说。^[96]然而,条件说不能给出我们已经知道的原因之外别的什么东西,判断因果关系归根结底还是要依据自然法则、交往法则和法律规范。德国刑法学家伦齐科夫斯基(Joachim Renzikowski)指出,“完整的因果关系解释,必须对宇宙在某个时点的状

[91] 参见李世阳著:《共同过失犯罪研究》,浙江大学出版社 2018 年版,第 173-175 页。

[92] 张伟著:《非典型正犯与犯罪参与体系研究》,中国法制出版社 2021 年版,第 202 页注 1。

[93] Vgl. Schulz, Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozessrechtliche Aspekte, in: Lübbe (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung - über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1994, S. 41.

[94] [德]根特·雅各布斯:《刑法教义中的规范化理念》,冯军译,载中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写《现代刑事法治问题探索》(第一卷),法律出版社 2004 年版,第 85 页。

[95] 王振华:《单一正犯体系的危机与突围:归责体系的构建》,《法学家》2019 年第 3 期,第 162 页。

[96] 参见刘明祥著:《犯罪参与理论》,中国人民大学出版社 2023 年版,第 116 页。

态做出完整的描述……任何有限的存在都无法满足因果判断所要求的条件。”^[97]不法的重点不在于法益损害的惹起,而在于对发生在自己组织范围内结果的答责;共犯人对他人动手实施不法的归责也是自由意念的结果,即按照普遍的观点与他人自由连结(当然,承担积极义务有所不同)。因此,在共同犯罪领域,不能从因果关系出发,尤其不能在非决定论的范围内运用自然主义的方法判断数人对构成要件结果的答责,而应像判断不容许举止那样根据社会的语义进行客观归责。反之,如果以等值的因果关系为出发点,那么,人们不是被作为法律关系的共同构建者,而是防卫一般安全的危险源;^[98]而且以因果关系证立行为支配以及确立参与人的犯意联络和行为分担,本身就是倒果为因的回答。^[99]

(三) 挖掘双层区分制的独特优势

雅各布斯提出的“归责之内不分层、归责之外再分层”的观点,被德国同行视为滑向单一正犯体系的例证,给予严厉批判。但这个学说恰好与我国学者广泛赞同的双层区分制不谋而合。所谓双层区分制即按照分工分类法在构成要件层面上将共犯人划分为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯;在此基础上,再按照作用分类法区分主从犯。^[100]双层区分制中的作用分类法与分工分类法并不在同一层面上,前者旨在解决定罪问题(归责问题),后者旨在解决量刑问题。归责层面上的共同犯罪人种类只是分工的指称,虽然表征着一定的质与量,但只是初步的、浅表的,还需在量刑的层面再次划分主从关系。在第一个层面,围绕从属性和连结的分工整体地对构成要件实现进行归责,将构成要件实现作为每一个共同犯罪人的不法或者作品,不同共同犯罪人在集体现象中的角色不同,有的是组织犯,有的是教唆犯、帮助犯等等,各个角色只是自然的标签或者事实的描述,并不是从一开始就被赋予恒定的质性(当然,不管是根据立法还是根据生活经验,组织犯的不法分量要大于帮助犯)。毋宁说,在这个层面,重心不在分层而在归责上,与其说归责之内不分层,不如说归责之内不定性,即不去界定到底是正犯还是共犯。在第二个层面,对第一个层面被归责的共同犯罪人再参酌此前体现出的不法分量进一步确定主从犯。不得不说,这是一种超越区分制与单一制之对立的研究进路,能很好地解释实务当中将教唆犯(一般)、帮助犯(例外)认定为主犯,将有的实行犯认定为从犯的情形。^[101]

正如德国刑法学家哈斯所指出的,“雅各布斯的研究发人深省,十分清楚地展现出,有关共同犯罪科学教义的激烈争论还远未到达终点。”^[102]他的共同犯罪理论是一个尚待挖掘的理论富矿,以上只是举其大要,并试做引申,更深入的分析与结合实务的应用乃是下一步的任务。

[97] Renzikowski, Akteurskausalität - Abschied von der Conditio-Formel, in: Böse u. a. (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 382.

[98] Vgl. Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 495.

[99] 参见徐伟群:《通往正犯之路:透视正共犯区分的思路》,我国台湾地区《台大法学论丛》第40卷(2011年)第1期,第382页。

[100] 参见钱叶六:《双层区分制下正犯和共犯的区分》,《法学研究》2012年第1期,第127页。

[101] 参见刘明祥著:《犯罪参与理论》,中国人民大学出版社2023年版,第25、55、64页;钱叶六著:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第69页。

[102] Haas, GA 2016, 669, 672.

The Social Functional Approach to the Imputation of Complicity —Taking Günther Jakobs’ s Complicity Theory as the Entry Point

[Abstract] Currently, China’s theory of complicity has reached a historic crossroads. To move beyond disagreements and out of the maze, it is necessary to employ an analytical approach based on social function. We should analyze the internal normative structure of complicity by taking a unified obligation-centered theory as the starting point. Multiple people completing a task is a common social phenomenon, and complicity is just one form of it. Therefore, in the imputation of complicity, it is necessary to connect it with other social phenomena. The German jurist Günther Jakobs proposed a unified theory of criminal imputation based on social function, which has significant implications for the study of complicity in China. The social function of the system of complicity as a form of criminal imputation is to define the boundaries of the imputation of participants (including the *principal and the accomplice*), guide people’s behavior, confirm the validity of norms, and ensure the survival of society. In the imputation of complicity, we should adopt a concept of substantive offense, adhere to the premise of imputation that wrongness required by an offense is fulfilled, and take the incidental obligation as the basis, so as to thoroughly implement the principle of subordination of accomplices. The realization of the elements of the offense should be imputed to each participant, not depending on the desires of the participant himself, but objectively according to the method of determining unacceptable risks. Correspondingly, we should abandon the naturalistic causality as the main method of determination, because using causality to establish act-dominion and shared-intent and behavioral sharing of participants and thus determining the scope of imputation is itself a reversal of cause and effect. By not making qualitative distinctions within imputation, we can reveal that the forms of complicity are open rather than closed. The view of “stratification not within but outside imputation” aligns with China’s mainstream double-layer differentiation system (or *two-layer distinction system*), whereby the categorization of roles and the categorization of functions are not at the same level; the former aims to solve the problem of conviction (imputation), while the latter aims to solve the problem of sentencing. At the first level, the wrongness required by an offense is holistically imputed to each participant according to the subordination of accomplices and the combined division of labor, and at the second level, the principal (or *chief culprit, core offender*) and the accessory are further determined among participants imputed at the first level. This is a research approach that transcends the opposition between the unitary perpetrator model and the differentiation model (or *unitary system and dualist system*); moreover, it can well explain the practice of identifying abettors (generally) and aiders (exceptionally) as principals, and some perpetrators as accessories.

(责任编辑:贾元)