

正犯实质化概念的厘清

罗世龙

【摘要】当前研究对正犯实质化的基本内涵和范畴缺乏清晰的认识。正犯实质化是指从存在论角度看,行为人没有亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,但经过实质化、规范化的评价后,可以视为行为人亲自实行了刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。它属于解释论范畴,而非立法论范畴。间接正犯和共同正犯均是正犯实质化的结果。从形式维度来看,正犯实质化体现为行为人实施构成要件的方式由亲自、全部实行变为间接、部分甚至不实行;从实质维度来看,正犯实质化体现为正犯成立标准的功能化演变。

【关键词】正犯;正犯实质化;规范论

【作者简介】罗世龙,华中师范大学法学院讲师,中南财经政法大学东盟刑事法研究中心研究员,法学博士。

【原文出处】《苏州大学学报》:法学版,2021.1.92~104

【基金项目】本文系2020年国家社会科学基金后期资助暨优秀博士论文出版项目“正犯实质化研究”(项目编号:20FYB026);华中师范大学中央高校基本科研业务费项目“正犯实质化研究”(项目编号:3010620030)的阶段性成果。

一、问题的提出

正犯实质化问题是我国共同犯罪领域中最为重要的理论和实践议题。从理论上说,共同犯罪领域中的绝大多数争议问题,都与正犯实质化有关。例如,在我国近年来展开的犯罪参与体系之争,归根结底就是一个如何对待正犯实质化程度的问题。究竟是只需要行为人与构成要件结果具有可归责的因果关系即可视为正犯,还是需要行为人与构成要件结果的实现具有支配关系或者重要作用时方能视为正犯。又如,区分制体系下正犯与共犯区分标准(比如规范实行行为说和犯罪支配说)之争,在本质上也是对正犯实质化的具体标准与限度产生了巨大分歧。再如,主犯与正犯的关系(比如主犯是否应当正犯化)之争也是源于学者们对正犯实质化的限度产生了不同的看法。从司法实践来说,对犯罪参与人定罪量刑的难点和重点就在于如何处理正犯实质化的问题。一般而言,将亲自实施刑法分则规定某罪的全部构成要件行为的人认定为正犯没有难度,但对那些只是间接、部分实行构成要件行为的人能否认定为正犯则产生了分歧。这同时也影响到行为人的量

刑轻重问题。

虽然正犯实质化问题在共同犯罪领域中如此之重要,有学者也开始从正面或者侧面触碰正犯实质化的问题,但是从现有的研究来看,我们似乎发现没有学者对什么是正犯实质化这一前提性、基础性的问题进行规范的界定。如下文所述,即使有学者在共同犯罪研究中提及了正犯实质化的问题,但是仔细斟酌其表述就会发现他们对于什么是正犯实质化这一问题可能存在认识上的不足。倘若不能全面、准确地认识到正犯实质化的基本内涵与范畴,那么研究正犯实质化的其他问题就无从谈起。理论根基不牢,构建的理论大厦就不会稳固。有鉴于此,本文将尝试解决什么是正犯实质化的问题。具体而言,本文将首先厘清正犯的概念,进而对正犯实质化概念作出规范的界定,最后归纳出正犯实质化的主要特征。

二、前提的探讨:正犯概念的争议及其评价

我国众多刑法学者对正犯或实行犯的概念作了学术上的界定。例如,马克昌先生认为,实行犯是指,自己直接实行犯罪构成要件的行为,或者利用他

人作为工具实行犯罪行为。^①陈兴良教授认为,在我国刑法语境中实行犯就是正犯,指实行刑法分则规定的构成要件行为的犯罪人。^②周光权教授认为,正犯就是直接或者通过他人实行构成要件所规定的行为。^③陈家林教授认为,正犯是指实行刑法分则所规定的具体犯罪构成客观方面行为的犯罪形态。^④而张明楷教授认为,正犯是对基本构成要件所规定的实害结果或者危险结果的发生起到支配作用的行为人,亦即,行为人通过自己直接实施符合构成要件行为,或通过支配他人行为,造成基本构成要件所规定的实害结果或者危险结果的,以及共同对基本构成要件所规定的实害结果或者危险结果发生起实质支配作用的情形,都是正犯。^⑤

上述概念基本是在正犯与共犯的二元区分体系语境下展开的,随着我国对单一正犯体系研究的不断深入,学者也开始注重从整体上展开论述,即从单一正犯概念、限制正犯概念和扩张正犯概念的角度阐述正犯的不同内涵。例如,江溯副教授认为,单一正犯是指所有与基本构成要件规定的实害结果或者危险结果发生具有因果关系的犯罪参与人,而行为人是否亲自直接实行在所不问;限制正犯概念指行为人“自己亲自实现不法构成要件的人”,通过他人导致基本构成要件规定的实害结果或者危险结果发生的犯罪参与人,则不属于正犯;扩张正犯概念不过是正犯与共犯区分体系下为了解决由于采用限制行为人概念而产生的某些问题(例如,间接正犯)所提出的一种法理上的、体系上的概念,与单一正犯概念不同。^⑥张明楷教授则认为,单一正犯概念是指所有参与犯罪的人,与单一正犯体系相对应;限制正犯概念则和正犯与共犯区分体系相对应,指原则上自己亲自直接实行刑法分则规定的构成要件行为的犯罪人;扩张正犯概念也与正犯与共犯区分体系相对应,是指凡是引起了构成要件结果的人,但是刑法例外地将本是正犯的教唆犯和帮助犯规定为狭义的共犯,以限制刑罚处罚。^⑦

在正犯与共犯区分体系下,我国学者对正犯概念界定的共同之处在于将行为人与构成要件紧密联系在一起,即使张明楷教授所主张的对侵害结果或者危险结果发生起支配作用的观点,也如其所言,应

理解为对构成要件事实的支配。^⑧不同之处仍然在于行为人与构成要件的具体关系,即如何实现构成要件的问题。在单一正犯体系与二元区分体系的视角下,学者们无论是对单一正犯概念的界定,还是对限制正犯概念和扩张正犯概念的界定并无实质的差异。综观上述有关正犯的概念,有以下几个方面需要明确。

(一)正犯与构成要件的关系如何

行为人与构成要件产生怎样的联系才能将其称为正犯或者说什么情形下实施的行为才满足基本构成要件符合性。这是研究正犯最为核心的问题,亦是有关正犯理论学说容易产生争议的地方。从单一正犯体系和二元区分体系的视角看,单一正犯概念、扩张正犯概念强调只要行为人与构成要件的实现有可归责的因果关系即可,而限制正犯概念则严格要求行为人亲自实行构成要件行为。正如有学者所指出的,实质上,“限制的行为人概念与单一的行为人概念的根本分歧在于对法定构成要件的范围的理解不同:限制行为人概念认为只有亲自实施构成要件行为的人才属于法定构成要件的范围,其他行为人则处于法定构成要件的范围之外;与此相对,单一的行为人概念则认为,无论是直接的行为人,还是间接的行为人,只要与法益侵害结果具有因果关系,就是行为人,就属于法定构成要件的范围。”^⑨

这个区别从另一个角度来说,就表现为是否要求行为人达到足以支配构成要件的程度。例如,单一正犯概念,只要求正犯与构成要件具有因果关系,并且有学者将这种程度的关系也理解为支配了构成要件的实现。而限制正犯概念下,大部分学者一般要求,正犯必须是达到如同利用工具的程度,或者支配构成要件的程度,或者在犯罪实现中起了重要作用的程度。

在正犯与共犯区分制视角下观察,正犯与构成要件的关系又表现在:正犯是否仅限于亲自实行刑法分则规定某罪的构成要件行为,抑或可以包括通过他人实行刑法分则规定某罪的构成要件;正犯是自己实施刑法分则规定某罪的全部构成要件,还是可以只实施刑法分则规定某罪的部分构成要件。对于是否必须亲自实行的问题,从立法和概念上来看,

似乎没有统一的看法。有的国家立法明确规定正犯包括自己实行犯罪行为,或利用他人实行犯罪行为。^⑩不少学者也明确持这种观点。而有的学者则将正犯明确定义为行为人亲自实行刑法分则规定的构成要件行为。还有学者并没提及是由行为人自己的身体动静完成犯罪还是通过支配他人的行为实现犯罪结果,而仅将其定义为行为人实行基本的构成要件行为。

笔者认为,上述不同的表述可能一方面来源于定义的具体对象有别,例如有学者其实只界定了直接正犯、共同正犯,而没有提到间接正犯。还有学者只考虑了支配犯的正犯概念,而没有考虑诸如义务犯、亲手犯的正犯概念。另一方面则来源于人们认识事物的角度不同。如果从存在论角度理解自己实行还是通过他人实行,则在表述时需要包括通过他人实行的情形;如果从规范化、实质化的角度理解自己实行,则可能并不需要将存在论意义上的通过他人实行的类型表述出来。需要注意的是,通过他人实行犯罪的情况,在存在论意义上呈现为两种情况:一种是正犯与共犯区分制下的间接正犯、共同正犯;另一种则是单一正犯体系下,凡是行为人与他人一起参与犯罪的情形。

正犯概念是否必须表述为由行为人亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件呢?从立法和学者的定义来看,无论是单一正犯概念,还是限制正犯概念下的各种正犯概念,都没有提出这种硬性要求。笔者认为,这仍然是一个存在论与规范论的问题。例如,两人共同故意地去实行抢劫行为,一个人实施武力威胁行为,另一个人实行获取财物的行为。从事实论角度而言,每一个人都只亲自实施了抢劫罪的部分构成要件行为。但是,如果从规范化、实质化的角度评价,则每一个人可能最终都会被评价为亲自实施了抢劫罪的全部构成要件行为。因此,从不同角度界定正犯时,表述的语言也应当有所不同。本文认为,为了更加准确、全面、清晰地界定正犯概念,有必要从存在论和规范论的视角对其进行规范化的表述。

依上所述,正犯概念与刑法分则的构成要件不可分离。但是,行为人与刑法分则规定某罪的构成

要件究竟达到何种联系才能称为正犯,则是有待深入研究的问题。当前学者参与到单一正犯体系与二元区分体系的学术争论中,从根本上说也是对这一问题持有不同的看法。在界定正犯时,必须明确表明行为人与构成要件的关系。同时,必须能够在抽象上包括所有正犯类型。

(二)正犯是一种犯罪形态还是犯罪人类型

由上述定义可知,大多数学者将正犯作为一种犯罪人。不过需要注意的是,在讨论具体问题时,学者们又经常将正犯作为一种犯罪形态理解,并不严格区分二者。在此意义上,又可以说大多数学者实际上是赞成正犯既可以被理解为犯罪形态,也可以被理解为犯罪人。例如,叶良芳教授就明确支持这一观点。他认为,“犯”既可以理解为“犯罪”,又可以理解为“罪犯”或“犯罪人”,而且从各国的立法来看也正好留下了解释的空间,另外从研究的角度来讲,将正犯理解为一种犯罪类型和犯罪人类型都是有益的。^⑪而陈家林教授认为,虽然正犯在语义上有解释为犯罪形态和犯罪人的可能,在研究价值上将正犯理解为犯罪形态和犯罪人也具有重要意义,但是在确定研究对象之后,则须明确研究对象的准确含义,避免在不同意义上将同一个词交替地运用。^⑫因此,陈家林教授明确主张正犯是一种犯罪形态,而非犯罪人。

笔者赞成正犯既可以理解为一种犯罪人,也可以理解为一种犯罪形态的观点。在我国,如此理解,不仅有语义解释的空间,而且可以起到方便简洁的效果,无须在表达犯罪人意思时加上“者”。而且,研究对象为正犯时,既需要从犯罪人角度理解,也需要从犯罪形态视角理解,因此,使正犯的含义包括这两种角度往往也是研究的需要。更重要的是,不能因为研究对象有两种含义就认为其具有不明确性。事实上,什么情形下理解为犯罪人,什么情形下理解为犯罪形态,是一件非常容易识别的事情。在与行为人相适应的语境下,正犯是一种犯罪人类型;在与犯罪形态相适应的场合,正犯则是一种犯罪形态。

(三)正犯是存在于单独犯罪还是共同犯罪

有学者认为,正犯只有在共同犯罪形态中研究才有意义,而且我国的正犯与德日大陆法系国家以

及英美法系国家规定的广义正犯不同,它是在共同犯罪立法中隐性内涵的一种犯罪形态,其只应理解为共同犯罪形态的一个子形态,而不能包括单独正犯。^⑬而大多数学者,虽然没有明确表态,但是从其对于单独正犯、间接正犯和共同正犯等概念的肯定,可以推断出其赞成正犯不仅是一种单独犯罪形态还包括共同犯罪形态。

笔者赞成后一种观点。上述狭义说的理由不能成立:其一,即使认为正犯只有在共同犯罪中研究才有意义,也不能因此否定我国的正犯也包括单独正犯的客观情况。以研究的意义大小决定概念的内涵,不具有合理性。其二,即使认为我国共同犯罪立法隐含规定了共同犯罪中的正犯,也不能因此排斥单独犯罪形态下的正犯。其三,如果承认正犯是实行了刑法分则规定的构成要件的行为,那么不管是在单独犯罪场合,还是共同犯罪场合,正犯都是客观存在的。至于研究什么范畴下的正犯更有意义,则留待研究者自行选择,其与正犯的概念并无本质联系。

(四)正犯能否等同于实行犯

在我国正犯与实行犯都被大量使用的背景下,正犯能否等同于实行犯这一问题存在争议。对此主要存在两种观点:一种观点认为,二者虽然存在一些共同点(如均是指行为人实施基本构成要件行为的犯罪人),但是仍然有重要区别(例如我国刑法中规定的组织行为虽然不是实行行为,但却是正犯行为)。^⑭丁胜明博士也表示,在正犯与共犯区分理论下发展出各种实质化的正犯概念之后,正犯等同于实行犯的命题是值得怀疑的。^⑮另一种主流观点认为,正犯基本可以等同于实行犯。例如,有学者认为正犯就是实行犯,或者认为正犯和实行犯仅是大家对同一个事物的两个不同的称谓而已。^⑯还有学者原则上赞成在犯罪参与体系中将正犯与实行犯做同一的理解,但是应该注意它们之间仍然存在细微的差别:其一,当时的苏联以及后来的俄罗斯等国家倾向于使用实行犯的概念,而德日刑法典中并没有采用“实行犯”这一表述。其二,支持不同的正犯标准,也即选择不同的正犯与共犯区分理论,会得出不同的结论。换言之,正犯与实行犯的概念可能出现现

底分离的情形。例如,倘若采用德国司法实践中的主观说,则可能得出实行了全部构成要件行为的人也只能是帮助犯的结论。此时帮助犯是实行犯,而实行犯却不是正犯。其三,正犯与共犯在观念上有别,正犯是与共犯相对应而存在,而实行犯是针对非实行犯而言的。^⑰

上述学者不赞同将实行犯等同于正犯的实质理由在于,区分正犯与共犯的各种理论学说(例如,形式客观说、主观说、行为支配说、重要作用说等),可能导致正犯不再是实行刑法分则规定某罪的基本构成要件行为。例如,在正犯与共犯的各种区分理论下,实行犯可能是帮助犯(主观说),却不是正犯;组织犯可能是正犯,却不是实行犯。应该说,这些差别在理论争议上是客观存在的。这一方面源于学者们对正犯持有不同的标准。例如,如果对正犯坚持主观说,那么实行犯就不能等同于正犯;倘若对正犯坚持实行行为说,那么实行犯则可以等同于正犯。另一方面源于学者们对符合刑法分则规定的构成要件行为有不同的理解。例如,组织行为、共谋共同正犯中的共谋行为、间接正犯中的利用行为究竟是解释为符合刑法分则规定的构成要件行为,还是视为与构成要件行为不同的行为,他们会得出不同的结论。如果从存在论角度将上述行为认定为不符合刑法分则规定的构成要件行为,则实行犯可能不能完全等同于正犯;如果从规范评价认为上述行为符合刑法分则规定的构成要件行为,则实行犯基本等同于正犯。至于哪种解释更为合理,则另当别论。认识到这一点,大家对实行犯能否等同于正犯的命题存有争议,也就不足为奇了。

本文赞成实行犯概念与正犯概念可以相互替代。这源于笔者对实行犯和正犯本身内涵做出的相同界定。因此,从逻辑层面而言,不能因为自己对正犯和实行犯做出了相同界定,就认为他人不将正犯与实行犯等同的做法是错误的。概言之,逻辑上正犯既可能等同于实行犯,也可能不等同于实行犯。至于哪种正犯和实行犯的概念更为合理,则可以讨论。

究竟何为正犯呢?除了明确上述几点之外,还应注意正犯的基本概念与正犯的成立标准紧密相

连、密不可分。当前研究往往将正犯的界定与正犯的成立标准分割开来。上述很多学者都认为,正犯是指自己亲自实行构成要件行为的人,但是,在讨论正犯成立标准(正犯与共犯区分理论)时,却又不坚持形式客观说,转而采用其他的客观实质说。正犯概念如何界定,取决于界定主体对正犯成立标准的把握,即正犯概念应该与正犯的成立标准具有内在一致性。例如,倘若有学者认为正犯成立的标准是行为人亲自实行刑法分则规定某罪的构成要件,那么正犯的概念也就只能是指行为人亲自实行了刑法分则规定某罪构成要件的情形。在此意义上,刑法理论界的正犯概念会因为不同学者所持正犯成立标准的不同而表现出多元性。

综上所述,本文认为,正犯是指,从规范化、实质化角度而言,亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为的犯罪人或者犯罪形态。具体而言,正犯在规范评价上既属于亲自实行某罪构成要件的情形又属于实行某罪全部构成要件的情形,即在规范论意义上正犯均可以视为单独直接正犯;正犯既可以是一种犯罪形态,也可以是一种犯罪人形态;正犯既可以是一种单独犯罪形态,也可以是一种共同犯罪形态。至于什么样的情形才能在规范论意义上评价为行为人亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,则是有关正犯实质化的具体标准与限度问题,留待他文探讨。

三、规范的提炼:正犯实质化的基本内涵

正犯实质化,作为动词,可理解为正犯被实质化;作为名词,则理解为实质化的正犯。理解正犯实质化的内涵需要首先明确与其相对应的概念——正犯形式化或者说形式化的正犯概念。正犯产生以来就存在形式化的正犯、实质化的正犯,或者说存在正犯形式化或者正犯实质化的事实。例如,限制正犯概念,若要求行为人在存在论意义上亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,则就属于比较典型的形式化的正犯;而在正犯与共犯区分理论中,有的学者坚持正犯是支配犯罪实现的行为人,这就属于实质化的正犯。但是需要注意的是,虽然正犯理论存在形式化与实质化的事实,而且不少学者也指出正犯发展从形式化转向实质化的趋势与特征,

但是很少有学者对正犯形式化、正犯实质化做出准确的界定。这也意味着,当前研究对正犯实质化的识别可能存在不够敏锐和准确的问题。

(一)类似概念的提出:纯正的正犯与修正的正犯

在我国,童德华教授首先提出从形式与实质角度对正犯类型进行分类并相应地做出概念上的界定。童教授从行为人是否亲自实施构成要件行为的角度将正犯分为纯正的正犯和修正的正犯两种基本类型,其中纯正的正犯是指,“具体实施刑法分则基本构成要件行为的犯罪人,如单独正犯、同时正犯和共同正犯”;而修正的正犯是指,“基于行为的事实支配可能,通过他人实行犯罪的犯罪人,它包括间接正犯、共谋共同正犯和继承的正犯。”^⑧可以说,纯正的正犯与修正的正犯的概念已经比较接近形式化的正犯与实质化的正犯概念。暂且不论其界定的是否准确,包括的类型是否全面,但这种分类和定义的视角非常值得肯定。从形式化与实质化的角度关注正犯,有利于研究这种特殊类型的正犯——实质化的正犯。

当然,上述的概念的界定和包括的具体类型可能有待商榷。主要问题在于,将除了共谋共同正犯和承继共同正犯之外的其他共同正犯作为形式化的正犯或者说所谓纯正的正犯合理吗?依其标准,我们需要反思的是,除了共谋共同正犯和承继共同正犯之外的共同正犯,难道都是亲自实施刑法分则规定某罪的构成要件行为吗?应该说最典型的共同正犯的确表现为行为人分担了部分构成要件行为(实行行为)的情形。但是,所谓纯正的正犯还存在分担构成要件行为以外的共同正犯。例如在特定情形下行为人基于共谋而在实行犯罪阶段实施的望风行为或者说两人共谋抢劫其中一人站在一边观看的行为。此时,部分行为人并没有亲自实行刑法分则规定的构成要件行为。显然,这与童教授提出的亲自实行标准不相符。更重要的是,即使童教授只认可亲自实行刑法分则规定某罪的构成要件行为的犯罪人才是所谓纯正的正犯,也仍存在值得商榷之处。因为,行为人只是分担部分实行行为,就意味还有一部分实行行为没有被行为人亲自实行。既然行为人没有实施另外一部分构成要件行为,为什么最后能

够将他人的行为等同于行为人亲自实行呢?显然这是从形式的角度(即是否亲自实行了刑法分则规定某罪的构成要件行为)无法解决和说明的。可见,将共同正犯作为纯正的正犯并不具有实质的合理性。相对而言,共同正犯应该更加符合童教授所提出的修正正犯的标准,即行为人没有亲自、全部实行刑法分则规定的构成要件行为,最终也可以视为正犯。

(二)正犯实质化的界定:存在论与规范论的视角

正犯实质化是相对于正犯形式化而言的。正犯形式化,是指从存在论的角度看,行为人亲自实行了刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。一般认为,限制正犯概念是形式化的正犯概念,并且认为其包括实施刑法分则规定某罪的部分构成要件行为的情形(共同正犯)。例如,有学者明确指出,限制正犯概念属于形式化的概念,且限制正犯概念只是很难说明间接正犯的情形。^⑨言下之意,限制正犯这种形式化的正犯概念,包括了共同正犯的情形。这与童德华教授将共同正犯作为纯正正犯的旨趣相同。大家之所以肯定共同正犯的形式化特征,原因无非是,共同正犯符合亲自实行刑法分则规定的构成要件行为的要求。

但是如上所述,共同正犯也并非都亲自实行了部分构成要件行为。相反,存在大量没有实施构成要件行为的共同正犯。更重要的是,即使每一个行为人都亲自实行刑法分则规定某罪的部分构成要件行为,仍然存在另外一部分构成要件行为没有被行为人亲自实行,因此无法直接通过形式标准——是否符合实行了部分构成要件行为——将其直接认定为符合刑法分则规定的正犯。换言之,如果限制正犯概念包括了共同正犯,那么它就并非完全形式化的正犯概念。

事实上,很多学者都指出,共同正犯与间接正犯一样,都是不符合限制正犯概念内涵的。例如我国台湾学者徐伟群教授指出,共同正犯概念与间接正犯概念都是与二元论体系相抵触的,因为二元论的原始想象是,只有亲自实施构成要件之人才是正犯,而共同正犯和间接正犯恰恰否定了这个想象。^⑩江溯副教授也指出,限制正犯概念在共同正犯和间接正犯的出现和发展中,变得面目全非,共同正犯否定

了限制正犯概念的单独正犯的内涵,间接正犯否定了限制正犯概念的直接正犯内涵。^⑪因此,如果将限制正犯概念作为形式化的正犯概念,就只能将限制正犯概念局限于单独直接正犯,排除共同正犯。正如有学者正确地指出,符合形式化这一要求的正犯类型只有单独直接正犯。^⑫所以,本文所言形式化的限制正犯概念,仅指单独直接正犯。

正犯实质化是指,从存在论角度看,行为人没有亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,但是经过实质化、规范化的评价后,可以等同于行为人亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。实质化表明了一个从无到有的过程。其中,“无”指的是,在形式上行为人没有亲自实行构成要件行为;“有”指的是,其实质等同于行为人亲自实行了构成要件的行为。实质化也表明了一个从无到有的结果,这个结果指的是,经过实质化的评价后出现了正犯。因此,正犯实质化既可以作为动词,指行为人被实质化、规范化地评价为正犯,也可以作为名词,强调正犯的实质化特征,即实质化的正犯。

既然形式化的正犯强调,从存在论角度看行为人亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,那么实质化的正犯就应属于在存在论意义上行为人非亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,但是从规范论意义属于亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。由此,实质化的结果便是产生了共同正犯和间接正犯这两种基本类型。将间接正犯理解为实质化的正犯在刑法理解上并没有什么争议。因为间接正犯,在存在论意义上行为人并没有亲自实行刑法分则规定的构成要件行为,而是通过利用他人实行刑法分则规定的构成要件行为进而完成犯罪的。这恰好与形式化的正犯概念相违背,与实质化的正犯概念相一致。共同正犯则因为有部分甚至全部构成要件行为都由他人实行而无法形式化的正犯要求,但是其因为通过规范化的评价而成为实质化的正犯。需要注意的是,单一正犯概念事实上也包括了间接实行和部分实行的情形,只是与二元区分犯罪参与体系认定的间接正犯和共同正犯的实质标准不同而已。

与正犯实质化概念相关联的概念,还有共犯行

为正犯化。正犯实质化是将非亲自实行构成要件行为的情形变为正犯。而所谓非亲自实行构成要件行为的情形,在正犯与共犯的二元区分体系下,往往是帮助犯的帮助行为、教唆犯的教唆行为以及我国组织犯的组织行为。这些行为被正犯化,似乎与正犯实质化的基本内涵保持了一致。换言之,共犯行为正犯化的结果就是正犯实质化,或者说正犯实质化必然意味着共犯行为正犯化。笔者认为,如果从存在论和规范论的角度观察,在解释论范畴确实可以这么理解。因为存在论意义下的非构成要件行为——帮助行为、教唆行为——被规范评价、实质化解释为构成要件行为,就表现为正犯实质化。

但是需要注意的是,共犯行为正犯化,还存在于刑事立法之中。世界各国的刑事立法,普遍存在将帮助行为、教唆行为直接规定为正犯的做法。例如,《德国刑法典》第89c条规定的资助恐怖主义罪,《日本刑法典》第100条规定的帮助脱逃罪,《意大利刑法典》第386条规定的协助脱逃罪,我国《刑法》第285条规定的提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪等罪名。学者一般都将上述现象称为共犯行为正犯化,或者拟制正犯。^③那么这种共犯行为正犯化概念,能否等同于正犯实质化的概念呢?在我国,有学者将刑事立法上的共犯行为正犯化现象直接解读为正犯概念的实质客观化。^④该论者认为,立法之所以这么规定,是因为共犯行为在特殊情境下(例如网络环境)较之正犯的实行行为对法益侵害的作用更大以及具有较强的独立性。

本文认为,这种解读值得商榷。一方面,刑事立法上所规制的帮助行为、教唆行为可能并不都是严格意义上的共犯行为,即可能并不存在正犯,其只是帮助型、教唆型的独立的社会危害行为。也就是说,共犯行为的外延其实并不相同。另一方面,即使存在正犯,帮助行为、教唆行为也只能通过立法单独将其上升规定为帮助型、教唆型的正犯。概言之,这属于立法上的共犯行为正犯化,而非解释论上的共犯行为正犯化;前者创造了共犯行为有关的新罪名,而后者仅将共犯行为实质解释为已经存在的正犯罪名。简言之,二者虽名称一样(共犯行为正犯化),但实质内涵与结果有天壤之别,此共犯非彼共犯,此正

犯也非彼正犯。

更重要的是,即使立法上的共犯行为的社会危害性和预防必要性很大,也无法直接通过解释将其规范化、实质化为正犯行为。例如,网络世界的帮助行为,虽然由于存在着一对多的情形而被认为社会危害性很大,但是这种社会危害性之大,仍然无法使该帮助行为被规范化地解释为正犯行为(例如传播淫秽物品罪)。实际上,网络世界中帮助行为一对多的社会危害性,并不能论证其比正犯行为的社会危害性更严重。因为这已经超越了每一件共同犯罪案件的范畴,不具有可比性。本文所说的网络帮助行为的作用比正犯行为的作用更大是从整体上做的比较。这与在单个共同犯罪案件中行为人对不法构成要件的实现起了支配作用有着本质上的不同。正因如此,立法者采用立法途径将其规定为独立的新的罪名。否则直接通过解释路径即可实现正犯化。正犯实质化指的是,能够通过解释的路径将在存在论意义上非亲自实行刑法分则规定的构成要件行为规范评价(例如犯罪支配说)为亲自实行刑法分则已经规定的构成要件行为。

最后需要说明的是,当前研究对正犯实质化的理解可能与本文对正犯实质化的界定存在一定的差别。例如,有不少学者明确提出,我国应该坚持形式客观说,反对正犯概念实质化。^⑤他们所谓的反对正犯概念实质化,其实并不是反对将某些情形下的间接实行、部分实行规范评价为正犯。因为他们明确承认间接正犯和共同正犯,这意味着他们从规范化、实质化的角度理解行为人是是否亲自实行刑法分则规定的构成要件行为。他们主张的是所谓的规范实行行为说。正如后文所述,实际上这也是正犯实质化的表现。他们反对正犯概念实质化,实质在于反对所谓正犯过于实质化的问题。例如,他们否认共谋共同正犯、正犯背后的正犯,却明确赞成间接正犯、共同正犯的基本类型。^⑥

显然,当前研究中出现的正犯实质化提法,更多地体现在正犯概念是否应该过度实质化的问题,其不能完全等同于正犯实质化的内涵。一切承认间接正犯和共同正犯的学说,在本质上都是在肯定正犯实质化。本文的正犯实质化,从严格意义上说,是相

对于单独直接正犯而言的,即必须从存在论的角度能够观察到行为人亲自实行刑法分则规定某罪全部的构成要件行为。正犯实质化,则是凭借某种理由将没有亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件的情形规范评价为正犯。

四、概念的解读:正犯实质化的双重维度

在刑法领域内,实质化已经成为正犯的一种发展趋势和显著特征。为进一步理解正犯实质化的内涵,有必要从不同的维度来展现正犯实质化的基本内涵。本文试图从正犯实质化的形式维度和实质维度两个视角勾勒出正犯实质化的基本图景。

(一)形式维度:构成要件实施方式的变化

正犯实质化,是相对于正犯形式化而言。形式化的正犯,指行为人亲自直接实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。与其对应,实质化的正犯,则表现为非亲自实行或者非全部亲自实行。由此,正犯实质化在身体动静表现形式上体现为以下两个方面:

其一,实行构成要件的方式由直接模式变成间接模式。换言之,间接实行构成要件行为是正犯实质化的表现之一。形式化的正犯概念要求行为人必须亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为,即不能通过他人之手间接实行。而正犯实质化是将没有亲自直接实行的行为人规范化评价为正犯,这恰好肯定了间接实行方式。最典型的例子是间接正犯的情形。行为人通过支配他人实现基本构成要件。其实,共同正犯的情形,也体现了正犯实质化之间接模式。虽然共同正犯可能存在每个行为人都实行刑法分则规定的部分构成要件行为,但是如前所述,这也意味着还有一部分构成要件行为没有被行为人亲自实行,而是通过他人才实现完整的不法构成要件。而且,共同正犯除了分担实行行为的类型外,还存在很多行为人没有实行刑法分则规定的任何一部分构成要件行为的情形。在此种情况下,行为人如同间接正犯一样,刑法分则规定的构成要件也完全由他人亲自实行。不同的只是将他人行为规范评价为自己实行的标准与理由不一样。

其二,实行构成要件的量由全部变为部分甚至无的状态。形式化的正犯概念,不仅要求行为人亲

自实行刑法分则规定的构成要件,而且要求行为人独自实行构成要件的全部内容。而实质化的正犯概念,则没有这一形式化的要求,其坚持只要行为人满足被评价为正犯的实质标准,即使从事实论角度观察行为人只实行了部分构成要件行为乃至没有实行构成要件行为也可以成为正犯。例如,共同正犯的情形,行为人可以只实行部分构成要件(如分担实行行为型共同正犯),也可以连部分构成要件都不实行(如望风型共同正犯、特殊的共谋型共同正犯)。间接正犯从形式上看,行为人不亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。换言之,行为人实行部分甚至不实行刑法分则规定的构成要件行为,是正犯实质化的另一基本表现。

(二)实质维度:正犯成立标准的功能化演变

事实上,上述维度仅从形式上归纳了正犯实质化的表现。而正犯实质化的关键在于其标准的实质化,即将间接实行、部分实行评价为全部亲自实行的实质根据。笔者将结合正犯概念和传统的正犯与共犯区分理论来论述正犯标准的演变。

正犯概念有单一正犯概念、限制正犯概念和扩张正犯概念。从这几个概念,可以知道正犯有三种不同的认定标准。单一正犯概念,意味着正犯的成立标准是对构成要件结果实现有因果贡献的行为人。在单一正犯体系中,也分为形式的单一正犯概念和功能的单一正犯概念。前者依据因果关系理论中的条件说,认为一切对于构成要件实害结果或者危险结果的发生具有因果关系的参与者,都是在价值上相同的正犯。^②后者在构成要件层面对正犯进行概念上的区分,认为自己以构成要件描述的方式实现构成要件的人是直接正犯;促成或者引起他人犯罪的人是诱发正犯;为他人犯罪提供事实上援助的人是援助正犯。^③虽然这种正犯概念已经注重根据犯罪行为不同重要程度的地位与角色,但是它仍然将各种类型的正犯视为等价的正犯。

无论是形式的单一正犯概念,还是实质的单一正犯概念,都认为行为人只要对不法构成要件的实现具有因果关系,则可以在规范上将其评价为亲自实行了刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。显然,这已经不是从形式角度认定正犯,而是凭借因果

关系实现了规范化的评价。正因如此,有学者指出,将所有犯罪人均视为“实现法定构成要件的人”,是一种将实质思维贯彻到极致的做法。^②当然,这种实质化、规范化的评价是否合理则另当别论。换言之,不能因为实质标准的不合理而否定其已经突破形式标准的事实。

扩张正犯概念在本质上与单一正犯概念相同,但是立法者为了限制处罚范围,又通过刑法总则规定了共犯。如此为之,就必须在本质上相同(因果关系)的行为人中区分出正犯和共犯。由此,扩张正犯概念乃与主观理论相结合。^③依主观说的见解,正犯乃以正犯意思而犯罪,且欲将犯罪当作自己犯罪之人。^④扩张正犯概念将所有具有因果贡献的犯罪参与人作为正犯,与单一正犯概念一样,其正犯标准不再局限于行为人是否亲自实行刑法分则规定某罪的构成要件行为,因而具有实质的一面。主观说,根据主观的恶性的大小决定行为人在犯罪中的作用,进而筛选出正犯,其实也已经超越了形式的标准。

形式化的限制正犯概念表明,正犯的形式标准为亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件行为。从理论上说,以限制正犯概念为基础构建的正犯与共犯区分体系,在认定正犯时则不能偏离这一标准。但是事实上并非如此。正犯与共犯的区分出现了形式客观说、实质客观说、犯罪支配说、重要作用说等。本部分简要介绍各种区分理论,目的不在于评价各种理论是否能够区分出正犯与共犯,而是简要梳理正犯标准是否经历了一个从形式到实质的转变过程。

形式客观说,注重构成要件行为的形式特征,主张行为人亲手实施基本构成要件行为的人是正犯,除此之外的犯罪参与人均系共犯。^⑤传统观点认为形式客观说或者限制正犯概念由于包括了部分实行的内容,因而能够解释部分类型的共同正犯(分担实行行为型的共同正犯),并认为这种正犯概念是形式的概念。对此,如前文所述,笔者否定了这一看法。因为实行部分构成要件行为,意味着还有部分构成要件行为没有被行为人实行,进而无法从形式上说明作为正犯的实质法理依据。换言之,如果按照传统观点认为限制正犯概念与形式客观说包含了部分

实行刑法分则规定的构成要件行为的情形,那么在笔者看来它们已经具有了实质标准的内容。

随着形式客观说在解释间接正犯和共同正犯问题上的无能为力,实质客观说应运而生。实质客观说认为正犯与共犯相比,具有较高的危险性,故而试图以行为在客观上的危险性或在因果关系上的分量(行为人参与因果关系的方式与程度),作为区别正犯与共犯的标准。^⑥实质客观说内部出现了多种不同的观点。一般认为,实质客观说在德国主要分为必要性说、同时性说、优势说。在笔者看来,德国如今司法判例流行的“规范的综合理论”,以及如今在刑法理论界占据主流地位的犯罪支配说(行为控制说),也是实质客观说的翻版。具体原因,后叙之。

必要性说将有重要加功行为的人规范化评价为亲自实施刑法分则规定构成要件之人。^⑦同时性说,以实施犯罪行为的时间为标准,认为在犯罪行为实行之时共同起作用者是对结果造成原因的正犯,在犯罪行为实行之前的参与者是对结果只造成单纯条件的共犯。^⑧优势说主张对犯罪事实具有优势关系的行为人是正犯,只具从属关系的行为人是共犯。^⑨

规范的综合理论,由德国最高法院的判例发展而来。该理论已经偏离早期严格字面意义上的主观说,即不再将正犯意志仅仅理解为心理性的诊断结果,而是根据各种综合性的资料判断将其认定为具有正犯的意思是否具有规范上的价值。^⑩行为人是是否具有正犯意思这个问题,由纯粹的事实问题,变成了以一定事实为基础的规范论问题。换言之,法官需要根据所有情节来做出一个行为人是否具有正犯意思的价值判断。^⑪

犯罪支配说,是罗克辛教授最早详细论述且如今已占据主流的学说。罗克辛教授认为,在大多数犯罪(即支配犯)中,能够支配犯罪事实发生的关键人物、核心人物就是正犯。^⑫具体而言,直接正犯通过行为人亲自实施基本构成要件行为,从而将自己置于犯罪过程中,并控制、决定着犯罪的过程,这就是所谓的行为控制。间接正犯借助优势的主观认识(例如强制、欺骗场合等)在犯罪现场或现场之外支配着他人的行为,从而实现对犯罪事件的控制,这就是

所谓的意志控制。共同正犯通过行为人之间的相互分工与合作,对犯罪计划的顺利完成发挥重要的作用,从而控制着不法构成要件的实现,这就是所谓的功能性行为控制。^④

而在日本,实质客观说内部又主要分为三种不同学说:有学者主张从行为人对他人之犯罪行为有无目的性支配来认定正犯和共犯;有学者主张从行为人之犯罪参与行为究竟是犯罪结果发生的原因还是条件来识别正犯和共犯;有学者主张依据行为人之犯罪行为对法益侵害结果发生是否具有重要性的作用来确定正犯和共犯。^⑤总体而言,现在日本的有力学说为重要作用说。需要注意的是,虽然日本的主流学说是重要作用说,但是形式客观说仍有很多学者支持,尤其是规范的实行行为说。在此,笔者将规范的实行行为说也作为客观实质学说的一种。原因在于,持该说的学者主张从规范化、实质化的角度理解构成要件行为(实行行为)。依其立场,通过支配他人行为而实现不法构成要件的情形,也可以评价和理解构成要件行为(实行行为)。显然,这种规范的实行行为说,已经不是严格意义的从自然主义、事实论上判断行为人是否实施了构成要件的行为。

在我国,区分正犯与共犯的理论,也即正犯标准的理论,基本是沿用了德国、日本的学说。如今在我国刑法领域具有重要影响力的学说,主要有犯罪支配说、重要作用说和规范的实行行为说。支持犯罪支配说的典型代表之一张明楷教授认为,从实质角度而言,行为人如果能够对不法构成要件产生支配效果,也即对构成要件的实害结果或危险结果产生支配作用,那么就可以将其认定为正犯;倘若行为人对犯罪事实缺乏支配作用,则为共犯。^⑥而刘艳红教授则认为重要作用说是我国应借鉴的一种学说,并主张,如果从客观可见的角度观察,行为人对不法构成要件结果的产生起到了重要作用,则可将其认定为正犯。^⑦

我国很多学者主张规范的实行行为说。规范的实行行为说被很多人认为比较符合中国的共同犯罪立法特色。钱叶六教授认为,将以构成要件定型性为核心的规范实行行为说作为区别正犯和共犯的标准比较妥当。依其观点,行为人如果实施了刑法分

则规定某罪名的基本构成要件行为,也即实行行为,那么该行为人就是正犯。具体而言,如果行为人以自己身体动静实施不法构成要件,则为直接正犯;如果行为人支配他人或者说利用他人(工具)的行为,能够在规范论意义上将其等价为自己亲自直接实施,则为间接正犯;如果行为人因分工合作共同分担刑法分则规定某罪的部分基本构成要件行为,而共同造成了基本构成要件的实害结果或者危险结果,则为共同正犯。^⑧在我国,仍然有很大一部分学者将其称为形式客观说,但是不管如何称呼,他们都没有坚持完全形式化的正犯概念,而是从规范角度评价行为人是否亲自实行了刑法分则规定的构成要件行为,这从他们承认间接正犯和共同正犯的概念即可得到有力证明。^⑨

除了上述学说,在德国、日本和中国,仍然有不少其他区分正犯与共犯的理论学说。不过笔者将大部分正犯标准的理论加以介绍,已足以梳理出正犯标准从形式朝实质发展的理论脉络。具体概括如下:

其一,单一正犯概念与限制正犯概念各自本身隐含着正犯形式化与实质化的内容。之所以说单一正犯概念和限制正犯概念,都包含了正犯形式化和实质化的内容,原因在于,一方面,它们都承认,在事实论上亲自实行刑法分则规定构成要件行为的人是正犯,另一方面,单一正犯概念承认具有因果关系的间接实行和部分实行也是正犯;而严格意义上的限制正犯概念,也肯定部分共同正犯的情形是正犯。^⑩

其二,从正犯与共犯区分的理论来看,正犯标准表现为从形式到实质的转变。正犯标准的实质化已经成为刑法学界主流的观点。上述各种正犯与共犯区分理论,无不体现了这一重要而根本的特征。严格意义上的形式客观说,同限制正犯概念一样,体现了正犯形式化的一面,即必须要求行为人亲自实行刑法分则规定的构成要件行为。但是,由于该概念包含了行为人也可以只亲自实行刑法分则规定的部分构成要件行为,即另一部分可以通过他人实行,因此又具有实质的一面。所谓实质的一面,表现为从规范论角度看,能将间接实行和部分实行(甚至没有

实行)刑法分则规定构成要件行为的情形,实质化、规范化地评价为自己亲自全部实行。最能体现这一特征,当属于后来出现的各种客观实质论学说。规范实行行为说、必要性说、目的行为支配说、同时性说、优势说、规范的综合理论、犯罪支配说、重要作用说等非形式化的正犯学说都可以放在客观实质说的范畴加以把握。这些学说除都注重从客观方面认定正犯外,还都突破了仅从事实论、形式论角度认定正犯的传统,开始注重从规范论、价值论、实质论的角度认定正犯。即这些学说不再单纯依据行为人是否在事实上亲自实行了刑法分则规定的构成要件行为来认定正犯,而是将某些由他人实行、自己部分实行的情形也规范化、实质化地评价为正犯。

其三,从行为人与构成要件的关系角度来看,也体现了正犯从形式化转向实质化正犯的特征。一方面,从行为人与构成要件的事实关系来看,出现了两种不同的正犯观点:一种是形式化的正犯。严格意义上的形式化正犯,要求行为人亲自且全部实行刑法分则规定的构成要件行为,只有单独直接正犯符合这种完全形式化的正犯要求。比这种正犯要求稍微低一些的是,限制正犯概念或者说严格字面意义上的形式客观说。它们仍然要求行为人必须在事实上实行刑法分则规定的构成要件行为,不过包括了只实行部分构成要件行为的情形。另一种则是实质化的正犯观点,这种正犯观点,不再要求行为人亲自实行刑法分则规定的构成要件行为的事实联系。例如上述的各种实质客观说。另一方面,从行为人与构成要件的支配程度来看,也出现了两种不同正犯观点:一种是行为人只要与构成要件的实现具有因果联系即可。单一正犯概念与扩张正犯概念是典型的代表,它们将一般的帮助犯、教唆犯等都评价为正犯。另一种是行为人需要达到足以支配构成要件的程度。例如,正犯与共犯区分体系下,学者们提出的各种间接正犯和共同正犯的认定标准理论,诸如工具说、犯罪支配说等。显然这种正犯观点要求支配构成要件的程度要强。当然,无论是弱还是强,这都已属于正犯实质化的范畴。

五、结语

形式化的正犯强调行为人在存在论意义上必须

亲自实行刑法分则规定某罪的全部构成要件,而实质化的正犯突破了形式化的要求,注重价值评价的作用。从本质上说,正犯实质化是法学在知识论上从存在论向规范论转化的结果。要准确理解并合理界定正犯实质化的内涵,就应敏锐地抓住存在论与规范论的视角。否则可能造成很多无谓的争议,无益于问题的阐明。最后,需要说明的是,在学术上对正犯实质化现象进行规范的提炼和概念的界定,与笔者是否赞成正犯实质化以及坚持何种实质化的正犯标准并无必然联系。正犯实质化的正当根据和限度问题是需要留待他文进一步研究的重要问题。

注释:

①参见马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第544-545页。

②参见陈兴良:《共同犯罪论》,载《现代法学》2001年第6期,第49页。

③参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第325页。

④参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第31-32页。

⑤参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第392页。

⑥参见江溯:《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18-19页。

⑦参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第389-390页。

⑧参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第392页。

⑨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19页。

⑩例如,《德国刑法典》第25条规定:“自己实行犯罪行为,或利用他人实行犯罪行为者,皆为正犯;数人共同实行犯罪行为者,均依正犯论处(共同正犯)。”《德国刑法典》,王士帆、王玉全、王效文等译,元照出版公司2017年版,第21页。

⑪参见叶良芳:《实行犯研究》,浙江大学出版社2008年版,第15-16页。

⑫参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第26-27页。

⑬参见叶良芳:《实行犯研究》,浙江大学出版社2008年版,第15-16页。

⑭参见朴宗根:《正犯论》,法律出版社2009年版,第38-39页。

⑮参见丁胜明:《共同犯罪中的区分制立法模式批判:以

正犯、实行犯、主犯的关系为视角》，载《中国刑事法杂志》2013年第2期，第38-48页。

①⑨参见李文燕：《中国刑法学》，中国人民公安大学出版社1988年版，第125页；林维：《间接正犯研究》中国政法大学出版社1998年版，第37页；叶良芳：《实行犯研究》，浙江大学出版社2008年版，第10页。

①⑩参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第30-32页。

①⑪童德华：《正犯的基本问题》，载《中国法学》2004年第4期，第145页。

①⑫参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第392页。

①⑬参见徐伟群：《通往正犯之路：透视正共犯区分理论的思路》，载《台大法学论丛》2011年第1期，第351页。

①⑭参见江溯：《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51页。

①⑮参见江溯：《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51页。

①⑯参见白洁：《拟制正犯范围之限制》，载《法学杂志》2013年第7期，第133页；周光权：《刑法总论》（第3版），中国人民大学出版社2016年版，第326页。

①⑰参见马聪：《论正犯与共犯区分之中国选择》，载《山东社会科学》2018年第3期，第173页。

①⑱参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第134页；张伟：《我国犯罪参与体系下正犯概念不宜实质化——基于中、日、德刑法的比较研究》，载《中国刑事法杂志》2013年第10期，第23页。

①⑲我国有学者已经明确表述为“反对正犯概念过度实质化”，而非“反对正犯概念实质化”。参见阎二鹏：《共犯教义学中的德日经验与中国现实——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考》，载《法律科学》2017年第5期，第179-180页；王华伟：《犯罪参与模式之比较研究——从分立走向融合》，载《法学论坛》2017年第6期，第154页。

①⑳参见柯耀程：《刑法总论释义》（修正法篇）（上），元照出版有限公司2006年版，第316页。

㉑参见[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2010年版，第22-24页；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144页。

㉒参见阎二鹏：《共犯教义学中的德日经验与中国现实——正犯与主犯教义学功能厘清下的思考》，载《法律科学》2017年第5期，第180页。

㉓参见林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社2012年版，第10页。

㉔参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2003年版，第785页。

㉕参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第11页；[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第2卷），王世洲译，法律出版社2005年，第15页。

㉖参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2003年版，第783页；林山田：《刑法通论》（下册），北京大学出版社2012年版，第9页。

㉗Claus Roxin. Täterschaft and Tatherrschaft, T. Aufl., Walter de Gruyter. Berlin. New York, 2000, S. 34. 转引自刘艳红：《论正犯理论的客观实质化》，载《中国法学》2011年第4期，第130页。

㉘参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第13页。

㉙Claus Roxin. Täterschaft and Tatherrschaft, T. Aufl., Walter de Gruyter. Berlin. New York, 2000, S. 34. 转引自刘艳红：《论正犯理论的客观实质化》，载《中国法学》2011年第4期，第130页。

㉚参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第2卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第13页。

㉛参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第2卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第13页。

㉜参见[德]克劳斯·罗克辛：《正犯与犯罪事实支配理论》，劳东燕译，载陈兴良主编：《刑事法评论》，北京大学出版社2009年版，第2页。

㉝参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第2卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第15页。

㉞参见黎宏：《日本刑法精义》（第二版），法律出版社2008年版，第255页。

㉟参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第392页。

㊱参见刘艳红：《论正犯理论的客观实质化》，载《中国法学》2011年第4期，第139-140页。

㊲参见钱叶六：《双层区分制下正犯与共犯的区分》，载《法学研究》2012年第1期，第134页。

㊳参见陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第25页；张伟：《我国犯罪参与体系下正犯概念不宜实质化——基于中、日、德刑法的比较研究》，载《中国刑事法杂志》2013年第10期，第23页。

㊴值得注意的是，限制正犯概念虽然只规定了形式的定义，但是如果贯彻“部分行为，全部责任”的归责原则，就必须说明其实质根据。限制正犯概念并没有将这种实质的根据彰显出来，因而当前研究也仅看到了限制正犯的形式化侧面。