

刑法教义学研究的中国主体性

丁胜明*

内容提要：刑法教义学既包括教义学方法，也包括教义学知识；教义学方法是无国界的，但教义学知识是对一国现行有效的法律所作的解释，因而是有国界的。德日刑法关于共同犯罪的规定表明，共犯的定罪与量刑均取决于正犯，因而决定了其共犯理论必须采取实质客观说以区分正犯与共犯；而中国刑法关于共同犯罪的规定表明，共同犯罪的定罪与量刑是截然可分的不同层次，因而在正犯与共犯的区分上采取形式客观说就足以解决问题。中国刑法和德日刑法对侵占罪规定的成立要件并不相同，“拒不退还”、“拒不交出”在中国的侵占罪中是一种客观处罚条件，是独立的行为要件，因而不能将其融入“非法占为己有”的含义之中。中国的刑法教义学研究必须清醒地认识到，要以中国刑法的规定为研究的逻辑起点并受其严格约束；要真正构建中国的刑法教义学，必须唤起研究者的主体意识。

关键词：刑法教义学 共犯理论 侵占罪 中国主体性

一、无国界的教义学方法和有国界的教义学知识

近年来，“教义学”一词在法学界，尤其刑法学界流行了起来。这是中国法制建设逐步完善的结果。在刑事法律体系基本建成之后，不少刑法学者把主要精力转向了理解和解释刑法，刑法教义学研究逐步取代了刑事立法学研究的主导地位。^{〔1〕}早在2005年，就有学者在国内率先对刑法教义学的基本问题展开了探讨，认为“刑法学如欲成为一门科学，必须推进刑法教义学方法论的研究”；^{〔2〕}2010年，该学者又提出了“走向教义学的刑法学”的

* 西南政法大学法学院讲师。

本文系西南政法大学法学院院级青年教师科研培育项目（QK201403）的成果。北京大学陈兴良教授、华东政法大学马寅翔博士、西南政法大学梅传强教授、石经海教授以及法学实验班林斯韦同学对本文的修改提出了宝贵建议，在此一并致谢。

〔1〕 参见冯军：《刑法教义学的立场和方法》，《中外法学》2014年第1期，第172页以下。

〔2〕 陈兴良：《刑法教义学方法论》，《法学研究》2005年第2期，第41页。

历史性课题。^{〔3〕}此后，多篇关于刑法教义学问题的论文陆续发表。^{〔4〕}与此同时，国外关于刑法教义学的学说相继被介绍到国内。^{〔5〕}可以说，刑法教义学已经成为目前国内刑法学研究最热门的话题之一。

但是，众所周知，刑法教义学（Strafrechtsdogmatik）是舶来品。那么，作为舶来品的刑法教义学是否如“科学”那样是无国界的？舶来的刑法教义学能否直接适用于中国？要回答这些问题，首先必须对“教义学”这一概念作进一步的分析。教义学首先指的是某种研究方法，但另一方面，根据教义学方法发展起来的体系化知识则是教义学的实体性内容。法律方法论可谓是无国别的，^{〔6〕}因此教义学方法是无国界的，也不存在法律部门的界别。实际上，不仅刑法学在运用教义学方法，民法、宪法等法律部门的研究也在运用教义学方法。

教义学方法作为一种研究方法，有其不可动摇的方法论预设。“法教义学是以实证法，即实在法规范为研究客体，以通过法律语句阐述法律意蕴为使命的一种法律技术方法。”^{〔7〕}而教义学的本意是指诠释宗教戒律的学问，^{〔8〕}是对宗教经典进行解释的方法及其学说体系。显然，对于宗教来说，宗教经典的正确性不容置疑，这是教义学的起点。“教义学的思想经常被视为一种不能批判思想的典范。这就表明：教义学是以自身已经确定而无须再作任何检验的信条为前提的，而且通过对这些前提的深入思考可以进一步认识教义学。这种理解其实是以预先给定的内容和权威为前提，而不是对该前提进行批判性检验。”^{〔9〕}就法教义学而言，这种不容置疑的教义就是实在法。易言之，实在法对法教义学来说，是一种先在的东西，是教义学分析的逻辑起点，并对教义学分析形成约束。^{〔10〕}而对刑法教义学来说，不容置疑的教义就是现行刑法。正如学者所言，刑法教义学将现行刑法视为信仰的来源，现行刑法既是刑法教义学者的解释对象，也是解释根据；在解释刑法时，不允许以非法律的东西为基础；对刑法教义学者而言，现行刑法就是“圣经”。^{〔11〕}同时，解释总是对某种对象的解释，如果离开了解释的对象，这种解释就成了无本之木；欠缺对象的解释是不可想象的。另一方面，如果置疑解释的对象本身，也就不能称之为解释了。因此，教义学必须将解释的对象视为不可置疑的权威。而刑法教义学所解释的对象就是现行刑法，对现行刑法进行解释而形成的观点、学说和理论的体系，就是刑法教义学知识。

既然刑法教义学知识是对现行刑法进行解释而形成的知识体系，就不能不认为刑法教义学知识是有国界的，因为刑法作为实在法是有国界的。尽管中国刑法与外国刑法，哪怕是同为大陆法系国家的刑法，在很多规定上是相似甚至相同的，但中外刑法之间终究存在

〔3〕 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，序言第1页。

〔4〕 如周详：《教义刑法学的概念及其价值》，《环球法律评论》2011年第6期；陈兴良：《刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——中国语境下的展开》，《中外法学》2013年第5期；前引〔1〕，冯军文；张明楷：《也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷》，《中外法学》2014年第2期。

〔5〕 如〔德〕沃斯·金德豪伊泽尔：《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界？》，蔡桂生译，《国家检察官学院学报》2010年第5期；〔德〕沃尔福冈·弗里希：《法教义学对刑法发展的意义》，赵书鸿译，《比较法研究》2012年第1期。

〔6〕 参见前引〔4〕，周详文，第85页。

〔7〕 前引〔2〕，陈兴良文，第40页。

〔8〕 参见陈兴良：《刑法知识的教义学化》，《法学研究》2011年第6期，第27页。

〔9〕 前引〔5〕，弗里希文，第143页。

〔10〕 参见前引〔8〕，陈兴良文，第27页。

〔11〕 参见前引〔1〕，冯军文，第173页。

很多差别。一种法律制度，有规定与没有规定，或者都有规定但规定的方式不同，必然导致对其进行解释而形成的教义学知识存在差别。既然法教义学以一国现行实在法为基础及界限，^[12]那么当实在法存在差异时，法教义学知识也就只在各自实在法有效的国界内有效。这就是法教义学知识的国界性。

可是，在引进德日刑法理论的浪潮中，学界似乎并未有意识地区分教义学方法和教义学知识这两个不同的层面。更令人担忧的是，当人们笼统地以“理论”这种模糊国别色彩的概念为名接受国外的教义学知识时，教义学知识固有的国界性被彻底遗忘了。这其中隐藏的危险显而易见。无国界的教义学方法当然可以直接为我所用，但国外的教义学知识，如果有意识地作为比较法研究的参考资料来使用，尚无大碍，但如果忘了这些知识是以相关外国刑法是不可置疑的教义为前提而产生的，将其直接拿到中国径直当作我们的教义学知识，则中国学者的主体性在教义学知识的生产过程中就完全丧失了，而这种拿来的教义学知识也可能无法解决中国的问题。不幸的是，上述担忧在当前中国刑法学的部分研究领域已经成为现实。下面，本文就刑法总论和分论各选取一个问题，展示刑法教义学知识的国界性在中国是如何被忽视的。在总论部分，本文选取的问题是中国的共犯理论能否采取实质客观说；在分论部分，本文将讨论“拒不退还”、“拒不交出”在中国的侵占罪中是否是独立的要件。

二、中国的共犯理论不能采取实质客观说

共犯理论一向是刑法学说争论的主要领域，而共犯理论被称为刑法理论最混乱、最黑暗的一章，在很大程度上缘于正犯与共犯区分标准的理论争议。关于这一区分标准，历来存在主观说与客观说、形式客观说与实质客观说的争论。目前，主观说已经淡出历史舞台，形式客观说与实质客观说的争论则如火如荼。形式客观说主张以是否实施构成要件行为作为区分正犯与共犯的标准；正犯是实施构成要件行为者，否则为共犯。而实质客观说的核心思想是，在犯罪进程中起重要作用、支配作用的人是正犯，否则为共犯。其下又有必要性说、同时性说、犯罪事实支配理论以及重要作用说等分支学说。

在中国传统的刑法学说中，并不存在上述争论；更确切地说，形式客观说没有对手。事实上，在传统理论中我们只有实行犯和非实行犯（教唆犯、帮助犯）的划分，是否实施了实行行为（构成要件行为）是唯一的划分标准。正犯概念以及正犯与共犯的区分是大量引进德日刑法理论之后，才被认真对待的研究课题。目前在德国和日本，实质客观说已经取代形式客观说，占据了绝对优势。近年来，部分中国学者认为应当引入实质客观说。比如，有学者认为，应该采取犯罪事实支配理论来区分正犯与共犯；^[13]也有学者认为，应该采取日本通行的重要作用说，^[14]并呼吁引进日本刑法理论特有的共谋共同正犯理论。^[15]

然而，正犯与共犯的区分应当采取何种学说，不能脱离一国的立法。因为共犯理论是

[12] 参见白斌：《论法教义学：源流、特征及其功能》，《环球法律评论》2010年第3期，第9页。

[13] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第357页；周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2011年版，第212页；任海涛：《大陆法系正犯与共犯区分理论评述》，《中国刑事法杂志》2006年第3期，第48页；阎二鹏：《区分制共犯设立模式之前提》，《国家检察官学院学报》2008年第5期，第102页。

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

[15] 参见刘艳红：《共谋共同正犯论》，《中国法学》2012年第6期，第120页。

以一国刑法关于共犯的规定为前提的，属于解释论、教义学的范畴。^[16]换言之，正犯与共犯的区分理论属于刑法教义学知识，是对特定的共犯立法的解释，故只有在具体刑法条文的语境之下谈论某种共犯理论是否有效，才是有意义的。反之，脱离共犯立法的共犯理论体系，不论多么精致，其实践意义都会大打折扣。^[17]因此，不能笼统地断定形式客观说与实质客观说哪个更为合理，而必须具体讨论，根据哪国刑法采取何种学说作为自己的教义学知识才更为合理。中国的共犯理论是否可以采取德日通行的实质客观说，也必须立足于中国刑法。可是，中国与德日虽同采区分制，但在共犯分类的具体规定上，特别是正犯的功能界定上，可谓大相径庭。罔顾这种立法上的差异而直接采用德日的犯罪事实支配理论或者重要作用说，是否可行？^[18]

德日在学说上倾向于实质客观说，而在学说的背后有相应的关于共犯的法律规定作为支持。比如，德国刑法第25条规定：自己实施犯罪，或通过他人实施犯罪的，依正犯论处（第1款）；数人共同实施犯罪的，均依正犯论处（第2款）。第26条规定：故意教唆他人故意实施违法行为的是教唆犯，对教唆犯的处罚与正犯相同。第27条规定：对他人故意实施的违法行为故意予以帮助的，是帮助犯（第1款）；对帮助犯的处罚参照正犯的处罚，并依第49条第1款减轻其刑罚（第2款）。再比如，日本刑法第60条规定：二人以上共同实行犯罪的，皆为正犯。第61条规定：教唆他人实行犯罪的，处正犯之刑（第1款）；教唆教唆犯的，依前款论处（第2款）。第62条规定：帮助正犯的，是从犯（第1款）；教唆从犯的，处从犯之刑（第2款）。第63条规定：从犯之刑，比照正犯之刑减轻。^[19]从上述德国刑法第26条、第27条第2款和日本刑法第61条、第63条的规定不难看出，共犯的刑罚与正犯直接挂钩：对教唆犯处以正犯之刑，对帮助犯则必须参照正犯之刑减轻处罚。这意味着，德日刑法中的正犯概念具有双重功能，其不仅影响定罪，还直接决定共犯的刑罚轻重。所以，德日刑法中参与人类型的区分在多数场合下涉及的是，参与人究竟成立作为重罪类型的正犯，还是成立作为轻罪类型的共犯。^[20]

在这种立法背景下，教义学上怎么解释正犯和共犯，尤其帮助犯的含义，就成为至关重要的问题。依据形式客观说，只有实施了构成要件行为的人才构成正犯，实施了教唆行为、帮助行为的是共犯。但这必然导致如下局面：部分行为人虽然仅仅实施了（物理的或者心理的）帮助行为，却在犯罪进程中发挥了重要甚至支配性作用；如果这类行为人被定性为帮助犯，就必须对其减轻刑罚。这显然不合理，因为确定共犯刑罚的实质标准只能是行为人在犯罪进程中所发挥的作用的大小。因此，德日的司法实践都会把某些没有实施实行行为但起了主要或重要作用的人，尤其是在幕后策划、指挥犯罪的人，认定为正犯。^[21]

[16] 参见前引[3]，陈兴良书，第631页。

[17] 参见钱叶六：《中国犯罪参与体系的性质及其特色——一个比较法的分析》，《法律科学》2013年第6期，第150页。

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

[19] 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11页；《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社2006年版，第27页。

[20] 参见[日]林幹人：《刑法總論》，東京大學出版會2008年版，第392页。

[21] 参见陈洪兵：《我国未规定共同正犯不是立法疏漏》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2011年第1期，第70页。

最典型的是将部分场合下的望风者认定为共同正犯，同时还承认所谓共谋共同正犯。^[22]而促成实现这一目标的教义学理论，便是实质客观说。根据实质客观说，除了实施构成要件行为的人是正犯外，没有实施构成要件行为但发挥了重要甚至支配性作用的行为人，也被纳入了正犯概念。也就是说，在实质客观说取代形式客观说之后，正犯概念的内涵发生了根本变化。原先在形式客观说之下所坚持的正犯与实行行为的对应被打破，是否被认定为正犯取决于行为人对犯罪实现的贡献（作用），而非其行为样态（分工）。^[23]很多学者已经洞察到这一点，认为完全可以将德日刑法中的正犯与中国刑法中的主犯放在同一平台上加以讨论。^[24]

至此，我们已经能够清晰地认识到，实质客观说取代形式客观说的根本原因是其满足了量刑均衡的需要。^[25]部分望风者被认定为共同正犯，共谋共同正犯理论能在日本流行，都是为了避免特定行为人因被认定为共犯而被判处相对较轻的刑罚。^[26]而在德日之所以产生这种需要，是因为两国刑法将共犯的刑罚与正犯的刑罚关联在一起。因此，当望风者、共谋者在犯罪中起了重要作用时，就不能将其定性为共犯，而必须将其纳入正犯，这样才能实现罪刑均衡。

可是，上述实质客观说赖以生存的土壤在中国并不存在。中国刑法第26条第1款规定：组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。第27条规定：在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯（第1款）；对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚（第2款）。第29条第1款规定，教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。

根据上述中国刑法第27条的规定，在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯。从犯是与主犯相对的概念，后者在犯罪中起主要作用，前者起次要作用。而从犯与帮助犯并非完全对应的关系，因为前者根据行为人在共同犯罪中所起的作用大小来认定，而后者根据行为人在共同犯罪中的分工来认定。所以，完全存在分工上属于帮助犯却在共同犯罪中起了主要作用的情况，比如前述望风者、共谋者被认定为正犯（主犯）的例子。因此，即使认为德日刑法中的正犯与中国刑法中的主犯大致相当，也不能认为帮助犯在中国刑法中也与正犯（主犯）存在刑罚挂钩关系。

就中国刑法中的教唆犯而言，其与正犯（主犯）之间同样不存在刑罚挂钩关系。在德日刑法的语境下，对教唆犯必须处以与正犯相同的刑罚。但中国刑法规定教唆犯“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”据此，教唆犯可能因为在共同犯罪中起主要作用而成为主犯，也可能因为起次要作用而构成从犯。事实上，在刑法典起草过程中，对教唆犯的刑罚也曾经考虑过德日刑法的规定模式，但最终讨论的结果是，“学者们普遍认为，从实践

[22] 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124页。

[23] 参见阎二鹏：《共犯行为正犯化及其反思》，《国家检察官学院学报》2013年第3期，第106页。

[24] 参见金光旭：《日本刑法中的实行行为》，《中外法学》2008年第2期，第243页；张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第347页；前引[13]，张明楷书，第405页；陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第24页；陈洪兵：《共犯论思考》，人民法院出版社2009年版，第63页；前引[18]，钱叶六文，第132页。相反观点，参见刘明祥：《主犯正犯化质疑》，《法学研究》2013年第5期，第114页以下。

[25] 参见前引[23]，阎二鹏文，第107页。

[26] 参见前引[21]，陈洪兵文，第70页。

中看，教唆犯不一定是主犯，一律按照主犯处罚，是不合理的。有鉴于此，……立法机关又将其改回‘按照他在共同犯罪中所起的作用处罚’，并一直维持到新刑法典通过。”〔27〕

可见，在中国刑法中，无论帮助犯还是教唆犯，与正犯（主犯）之间都不存在刑罚挂钩关系。有学者指出，日本刑法中的从犯与中国刑法中的从犯含义不尽相同。前者是分工分类标准下的共犯类型，指的是帮助正犯的帮助犯；后者是在分工分类的基础上，为了解决共犯的量刑所作的进一步分类。在中国刑法中，能够成为从犯的不只是帮助犯，还包括部分正犯和部分教唆犯。〔28〕如此一来，中国刑法就不存在德日刑法那种将帮助犯等同于从犯，并硬性规定帮助犯比照正犯减轻处罚的制度，教唆犯也不一定要处以与正犯相同的刑罚。简言之，“共犯的量刑较之正犯要轻”这样的认识在中国刑法上并不成立。〔29〕

实际上，中国采取了与德日刑法完全不同的共犯制度。在共犯的分类上，中国刑法同时采用了分工和作用这两种标准。一是按照分工分类法，在构成要件层面将共犯划分为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯，以解决共犯的分工定性及其关系问题；二是在分工分类的基础上，按照作用分类法进一步将共犯划分为主犯、从犯，并明定其处罚原则，以解决共犯的量刑问题。〔30〕也就是说，中国刑法在共同犯罪的量刑中，是根据各自在共同犯罪中所起的作用大小给予轻重不同的处罚，而非依据参与形式的不同给予不同的处罚。〔31〕

在这种立法模式下，正犯和主犯的概念与功能是分开的。〔32〕中国的正犯是与教唆犯、帮助犯相对的概念，其主要解决共犯的定罪问题，尤其是着手和从属性问题，而主犯是与从犯、胁从犯相对的概念，其主要解决共犯的量刑问题。“在这种双层区分制立法模式下，正犯与共犯的界分宜采以构成要件为轴心的实行行为说。”〔33〕也就是说，在中国刑法已经根据共犯在共同犯罪中所起的作用将共犯分为主犯、从犯的前提下，再讨论正犯、教唆犯、帮助犯的区分标准，就难以采取实质客观说，否则可能使正犯、教唆犯、帮助犯的区分与主犯、从犯的区分完全重叠。〔34〕

另外，在中国，即使采取形式客观说，也不会出现罪刑不均衡的问题。对于那些在共同犯罪中起重要作用却没有分担构成要件行为的人，虽然不能认定为正犯，却可以认定为主犯，因而最终能够实现罪刑均衡。具体而言，实质客观说所要解决的那些问题在中国刑法的语境下并不存在。按中国刑法的规定，将一些望风者、组织领导犯罪的幕后操纵者，以其在共同犯罪中起主要作用为依据认定为主犯，是既合法也合情合理的。〔35〕比如，望风者虽然仅构成心理作用意义上的帮助犯，〔36〕但可能在共同犯罪中起了重要作用，因此成立主犯，不必对其减轻处罚。而在日本成立共谋共同正犯的情形，按照形式客观说，虽然不

〔27〕 高铭暄：《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209页。

〔28〕 参见前引〔17〕，钱叶六文，第153页。

〔29〕 参见前引〔23〕，阎二鹏文，第109页。

〔30〕 参见前引〔18〕，钱叶六文，第127页。

〔31〕 参见前引〔22〕，刘明祥文，第118页。

〔32〕 参见前引〔24〕，陈家林书，第25页。

〔33〕 前引〔18〕，钱叶六文，第126页。认为中国采取了单一制，并且中国的共犯规定更为合理的，参见前引〔22〕，刘明祥文。

〔34〕 参见前引〔24〕，张明楷书，第292页。

〔35〕 参见前引〔22〕，刘明祥文，第124页。

〔36〕 参见张明楷：《共同犯罪的认定方法》，《法学研究》2014年第3期，第20页。

能成立正犯，但完全可能成立心理作用意义上的帮助犯；对这类行为人，如果符合中国刑法规定的组织犯的条件，就可以按照组织犯处罚；如果不符合组织犯的条件，仍然可以构成其他类型的主犯，因而同样不存在罪刑不均衡的问题。这样，日本刑法实务界出于刑事处罚合理性需要而创立的共谋共同正犯理论，对中国刑法理论并无借鉴价值。^{〔37〕}

一国刑法理论中正犯与共犯的区分标准究竟采用何种学说，应以其立法为界限和依托。因而，在中外刑法关于共犯分类的规定及其共犯体系存在实质差异时，应当注意国外理论的应用边界，而不能不加甄别、不究根底地采信和照搬。^{〔38〕}作为一种教义学知识，实质客观说根植于德日刑法的共犯制度，是为了解决两国共犯立法所导致的问题而产生的，但中国的共犯制度与德日并不相同，也不存在德日共犯制度所存在的问题。换言之，共犯的刑罚与正犯的刑罚相关联只是德日刑法的规定，而不是中国刑法的规定。

实际上，抛开教义学不谈，单从立法论上来讲，中国刑法的规定也更加合理。共犯制度要解决两个问题：共同犯罪的定罪和量刑。而解决这两个问题需要依靠不同的共犯分类法。有学者很早就提出了应将共同犯罪的定罪和量刑进行明确的分层次规定的立法主张。^{〔39〕}应当说，这种观点具有高度的合理性。因为定罪层面的判断与量刑层面的判断是有逻辑顺序的，参与类型与参与程度的设置根本不是同一个层面并列的问题。^{〔40〕}所以，在共犯制度中有必要将定罪和量刑的问题分开讨论：将对共犯分工的讨论和对共犯作用的讨论当作先后有序的两个不同问题；先采取分工分类法，在定罪层面将共犯分为正犯（实行犯）、帮助犯与教唆犯，这种分类对于认定构成要件行为的着手、共犯的从属性等问题具有重要意义；然后运用作用分类法，在量刑层面将共犯分为主犯（含组织犯）、从犯和胁从犯，这种分类主要解决共犯的刑罚轻重问题。

但是，根据德日的立法模式，正犯既是定罪的模式，也是共犯量刑的参照物；共犯不仅在定罪上从属于正犯，在量刑上也必须以正犯为标杆，这实际上混合了分工分类法和作用分类法的功能。事实上，区分制中诸多问题的根本症结就在于企图将构成要件的范围问题与量刑问题一并加以解决。^{〔41〕}但是，“要‘先验地决定各类共犯行为的意义，以及它们在具体犯罪实施过程中对罪过的影响，在任何情况下都是一件非常困难的事情。’^{〔42〕}一个简单的道理是，实施构成要件行为的正犯并非在所有共同犯罪中都起主要作用，并非都有必要处以比共犯更重的刑罚。^{〔43〕}反之，没有实施构成要件行为的共犯，也可能在共同犯罪中起主要作用。因此，所谓单独正犯、共同正犯、直接正犯、间接正犯、教唆犯以及帮助

〔37〕 参见前引〔18〕，钱叶六文，第135页。

〔38〕 同上文，第133页。

〔39〕 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国人民大学出版社2006年版，第171页；陈兴良：《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第2卷，中国政法大学出版社1998年版，第304页。

〔40〕 参见阎二鹏：《犯罪参与类型再思考——兼议分工分类与作用分类的反思》，《环球法律评论》2011年第5期，第99页。

〔41〕 参见江溯：《单一正犯体系研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第24卷，北京大学出版社2009年版，第418页。

〔42〕 [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理（注评版）》，陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第296页。

〔43〕 参见前引〔22〕，刘明祥文，第124页；前引〔24〕，刘明祥文，第115页。

犯等形式，和支配力的有无以及支配力的强弱都没有必然关系，用这些形式的区别来等同于支配力上的区别会导致严重的误差。^[44]从根本上说，德日共犯制度的问题就在于高估了犯罪参与形式在共犯量刑中的意义，赋予了参与类型不能承受的“确定刑罚轻重”这一量刑层面的功能。^[45]硬性地参与形式与参与程度这两个问题糅合在一起，其导致的直接后果是，客观上为了实现具体案件的罪刑均衡，不得不以扭曲参与形式之间的界限为代价，在正犯与帮助犯的区分、间接正犯与教唆犯的划界、特别犯等一系列问题上造成混乱，以致扭曲了区分制的前提——限制正犯概念，导致了共犯理论中构成要件观念的模糊。^[46]

三、“拒不退还”、“拒不交出”是成立侵占罪的独立要件

刑法总论教义学知识的国界性在上述正犯与共犯的区分标准问题上，已经得到了充分展示。刑法分论教义学知识的国界性同样随处可见，甚至可以说，教义学知识的国界性更多体现在刑法分论中，这是因为各国刑法规定的差异更多体现在分则中。由于立法者对哪种行为具有可罚性的理解不同，导致了各国刑法对个罪的具体描述存在重大差异。刑法分则条文对犯罪类型的不同描述，必然导致各国刑法分论教义学知识呈现出不同的面貌，而这种差异也经常被学界忽视。下面就以关于中国刑法侵占罪中“拒不退还”、“拒不交出”的学说争论为例，展示教义学知识的国界性是如何在刑法分论中体现的。

中国刑法第270条规定：将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金（第1款）；将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚（第2款）；本条罪，告诉的才处理（第3款）。上述第1款是关于委托物侵占的规定，第2款是关于脱离占有物侵占的规定。这两款规定都要求行为人有“非法占为己有”的行为，同时第1款有“拒不退还”的表述，第2款有“拒不交出”的表述。

当前侵占罪的刑法教义学研究经常讨论一个问题：“拒不退还”、“拒不交出”是否是独立的犯罪成立要件？原本这并不是一个问题，因为自1997年刑法修订以来，传统理论都认为，“拒不退还”、“拒不交出”是独立的、具有实体性意义的行为，只有行为人拒不退还、拒不交出的，才成立侵占罪（独立性说）。^[47]但近年来有学者认为，“非法占为己有”和“拒不退还”表达的是一个含义，都是将自己占有的他人财物变为自己所有的财物。当行为人将他人财物出卖、赠与、消费、抵偿债务时，就充分表明行为人拒不退还；反之，当行为人拒不退还时，就说明行为人将他人财物非法占为己有。也就是说，以财物的所有人自居而对财物加以所有或者处分的，即使从未作出拒绝退还或者拒绝交出的表示，仍然属于

[44] 参见黄荣坚：《刑罚的极限》，台湾元照出版公司1998年版，第126页。

[45] 参见任海涛：《承继共犯研究》，法律出版社2010年版，第169页。

[46] 参见任海涛：《统一正犯体系之评估》，《国家检察官学院学报》2010年第3期，第94页。

[47] 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2014年版，第515页；刘志伟：《侵占犯罪的理论与司法适用》，中国检察出版社2000年版，第106页，第111页；于世忠：《侵占罪研究》，吉林人民出版社2002年版，第205页以下；朱本欣、郭理蓉：《侵犯财产犯罪司法适用》，法律出版社2005年版，第168页。

拒不退还、拒不交出（非独立性说）。〔48〕

按照非独立性说，“拒不退还”、“拒不交出”将被溶解在“非法占为己有”的语义之内，从而对于侵占罪的认定来说，不再具有独立意义。易言之，侵占罪的客观行为仅仅是非法占为己有。从实务上来讲，行为人拒不退还、拒不交出时，当然说明行为人将他人财物非法占为己有，此时在定性上不存在太大问题；因此，解释难题并不在于行为人事事实上拒不退还、拒不交出的场合，而在于行为人将他人财物非法占为己有后以所有权人自居，之后又退还、交出了该财物的，是否能够认定构成侵占罪？此时，按照独立性说，会否定侵占罪的成立，因为拒不退还、拒不交出是需要进行独立判断的行为要件；而按照非独立性说，则成立侵占罪，因为拒不退还、拒不交出不是独立的行为要件，侵占罪的成立有非法占为己有的行为即已足够。显然，“拒不退还”、“拒不交出”是否是区别于“非法占为己有”的独立的成立要件，是关涉罪与非罪的重大实务问题。

通过考察国外相关学说，不难发现，独立性说是在采纳日本的取得行为说的基础上，将“拒不退还”、“拒不交出”融入“非法占为己有”的含义之中的。〔49〕在日本，认为侵占罪的行为是非法占为己有的观点被称为取得行为说，这是日本的判例和理论所主张的通说。〔50〕在德国，学说上也毫无疑问地认为，侵占是将他人财物非法占为己有。并且，在德日刑法教义学看来，侵占罪的行为就是非法占为己有，成立侵占罪有此一行为即已足够。

因为中国刑法在侵占罪的条文中明文规定了“非法占为己有”，所以笔者赞同取得行为说。但是，侵占罪的本质是取得行为，与中国刑法侵占罪的成立要件是否和德日一样仅止步于非法占为己有的行为，是两个不同的问题。应当说，在德日刑法教义学中，认为侵占罪的行为仅仅是非法占为己有是不存在障碍的，这是由两国刑法关于侵占罪的规定所决定的。德国刑法第246条规定：为自己或者第三人违法地取得他人可移动之物的，当其他条款未对该行为处以更重的刑罚时，处三年以下自由刑或罚金刑（第1款）；如果第1款中的物品系委托给行为人保管的，处五年以下自由刑或罚金刑（第2款）；犯本罪未遂的，亦应处罚（第3款）。日本刑法第252条规定：侵占自己占有的他人的财物的，处五年以下惩役（第1款）；虽然是自己的财物，但在经公务机关命令其保管的情形下侵占该财物的，与前款同（第2款）。第254条规定：侵占遗失物、漂流物或者其他脱离占有的他人的财物的，处一年以下惩役或者十万日元以下罚金或者科料。〔51〕从上述规定看，其关于侵占罪的条文都没有类似中国的“拒不退还”、“拒不交出”的表述，因此，关于“拒不退还”、“拒不交出”是否是独立行为要件的争论，在德日刑法理论中并不存在。

但是，能否因为德日刑法教义学的这种理解，就认为在中国刑法的教义学研究中，可以把“拒不退还”、“拒不交出”稀释在“非法占为己有”的含义中，从而认为成立侵占罪仅仅具备非法占为己有的行为就足够了？笔者对此持否定的回答。

〔48〕 参见前引〔13〕，张明楷书，第903页以下；周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2011年版，第115页；黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第760页。

〔49〕 参见前引〔13〕，张明楷书，第902页；上引周光权书，第114页。

〔50〕 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第255页；〔日〕山口厚：《刑法各论》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第356页。

〔51〕 此处德国刑法相关条文由华东政法大学马寅翔博士翻译。此处日本刑法相关条文，参见前引〔19〕，《日本刑法典》，第93页。

首先，从历史解释来看，相对于“非法占为己有”，“拒不退还”、“拒不交出”自始具有独立含义。自1950年中央人民政府法制委员会制定《中华人民共和国刑法大纲草案》开始，历次刑法草案的侵占罪中都没有“拒不退还”、“拒不交出”的规定。^[52]以上述大纲草案为例，其规定：“侵占自己持有他人之财物者，为侵占，处三年以下监禁，或批评教育。侵占业务上持有他人之财物者，处六月以上五年以下监禁。就自己持有他人之物，以品质较差之物掉换者，以侵占论罪。”再以1988年12月25日《中华人民共和国刑法（修改稿）》为例，其规定：“侵占公私财物，数额较大或者情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以单处或者并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者情节特别严重的，处十年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”据公开的立法资料，可以查到的最早关于“拒不交出”的规定是在1996年8月8日的草案中；而直到1996年10月10日的草案中，“拒不退还”才第一次出现在侵占委托物的表述之中。^[53]特别值得注意的是，在此前的1996年8月31日草案中，对侵占委托物的规定是“将自己代为收管的他人财物非法占为己有，数额较大的，……”。这已经与1997年刑法的规定基本相同了。这意味着，立法者起初确实打算将侵占罪的行为限定为非法占为己有，后来又有意加入了“拒不退还”、“拒不交出”的规定。至于为什么加入这样的规定，立法资料显示，主要是因为立法者考虑到在侵占罪中，行为人往往是基于一时的贪欲，临时产生了犯意，而且当事人之间往往是邻居、同事、朋友等熟人关系，拾得他人遗失物、埋藏物与故意占有他人财物的性质也大不相同，因此，如果事后能够协商解决，没有必要一定要定罪处罚。基于这种考虑，定稿时对侵占罪的成立加了两个限制性条件，一是要求行为人拒不退还或者拒不交出，二是将侵占罪规定为亲告罪。^[54]以上情况说明，立法者自始就有意识地将“拒不退还”、“拒不交出”作为独立要件来规定：在非法占为己有后，如果退还、交出的，就不构成侵占罪。

其次，从体系解释来看，也应该认为“拒不退还”、“拒不交出”是独立于“非法占为己有”的要件。中国刑法第271条第1款紧接着侵占罪规定了职务侵占罪：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”职务侵占罪与侵占罪不仅在罪名上相似，在内容上存在竞合，而且在法条的表述上都有“非法占为己有”的规定，但职务侵占罪中并无“拒不退还”的规定。这说明，“拒不退还”并非“非法占为己有”的附属，而是与之并列的独立要件，否则无法解释职务侵占罪中为什么没有“拒不退还”的规定，或者为什么侵占罪中要特地强调“拒不退还”。

再次，从文理解释来看，也很难认为“非法占为己有”的含义射程能够覆盖“拒不退还”、“拒不交出”。“非法占为己有”在刑法教义学上具有自己完整、独立的构造，其含义是指通过对财物的利用和处分剥夺他人所有权。^[55]在日本刑法教义学中，买卖、赠与、典当、

[52] 参见高铭喧、赵秉志主编：《中国刑法立法文献资料精选》，法律出版社2007年版，第224页，第270页，第296页，第523页。

[53] 参见前引[27]，高铭喧书，第495页。

[54] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《〈中华人民共和国刑法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2009年版，第565页。

[55] 参见徐凌波：《刑法上的占有》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第25卷，北京大学出版社2009年版，第469页。

抵押权的设定、消费、侵吞、携款潜逃、截留等等被认为是典型的非法占为己有行为，^[56] 这种解释在中国也被广泛接受。^[57] 而“拒不退还”、“拒不交出”，无论如何对其字面意思进行扩大解释，都应该是指经权利人要求退还、交出而不退还、不交出的行为。这种不退还、不交出可以是明确拒绝的作为，也可以是沉默不语的不作为，但如果经权利人要求退还、交出而退还、交出了，就不可能称为“拒不退还”、“拒不交出”。“罪刑法定原则要求对刑法做严格解释，这就决定了刑法解释的空间是有限的，超越法条词语含义的范围来做解释是不允许的。”^[58] 而上述“非法占为己有”和“拒不退还”、“拒不交出”的含义表明，两者是相互独立的概念，将“拒不退还”、“拒不交出”融入“非法占为己有”，超越了“非法占为己有”可能具有的含义。比如，行为人携款潜逃后，因厌倦了东躲西藏的生活而回来归还财物的，可以认定行为人将他人财物非法占为己有，但不可能同时认定行为人拒不退还。另一方面，按照非独立性说的观点，根据非法占为己有本身就足以认定行为人拒不退还、拒不交出，那么“拒不退还”、“拒不交出”的规定就形同具文，这也就等于将德日刑法对侵占罪的规定等同于中国刑法对侵占罪的规定了，这明显违背中国刑法文本，低估了“拒不退还”、“拒不交出”规定的价值。^[59]

进一步的问题是，德日刑法对侵占罪的规定止于非法占为己有的行为，那么，中国刑法所特有的“拒不退还”、“拒不交出”在侵占罪中是什么性质的要件？为什么额外增加了这一要件？对此，有学者认为“拒不退还”、“拒不交出”是与“非法占为己有”相并列的构成要件要素（构成要件要素说），^[60] 也有学者认为是侵占罪的罪量要素（罪量要素说），^[61] 或者是一种情节（情节说），^[62] 还有学者认为它是一种附加行为（附加行为说）。^[63] 近期则有学者认为，“拒不退还”、“拒不交出”是一种消极的客观处罚条件（客观处罚条件说）。^[64]

笔者认为，要认定“拒不退还”、“拒不交出”在侵占罪成立要件中属于什么性质的要件，必须从其与不法和罪责的关系来判断。众所周知，侵占罪是财产犯罪，其保护法益是财物的所有权。既然如此，就不得不认为“拒不退还”、“拒不交出”既不是不法要素，也不是罪责要素。原因在于，非法占为己有的行为已经侵犯了财物的所有权，并且已经达到既遂的状态，此后的拒不退还、拒不交出的行为无法进一步对财物的所有权造成侵害。换言之，拒不退还、拒不交出的行为与法益侵害并无关系。例如，当行为人将自己占有的他人财物出售后，经所有权人索要，因害怕受到刑事处罚而将财物赎回并退还的，无疑已经对财物的所有权造成了侵害，退还行为并不能回溯性地否定这一法益侵害结果。可见，拒不退还并不能影响侵占罪的不法。那么，它是否体现了行为人的罪责？不可否认的是，从

[56] 参见前引 [50]，西田典之书，第 258 页；前引 [50]，山口厚书，第 356 页。

[57] 参见前引 [13]，张明楷书，第 902 页；前引 [48]，周光权书，第 114 页；前引 [47]，高铭喧等主编书，第 509 页。

[58] 前引 [24]，刘明祥文，第 119 页。

[59] 参见前引 [47]，于世忠书，第 217 页；柏浪涛：《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》，《法学研究》2012 年第 6 期，第 143 页。

[60] 参见前引 [47]，刘志伟书，第 106 页；前引 [47]，于世忠书，第 222 页。

[61] 参见陈兴良：《口授刑法学》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 674 页。

[62] 参见刘明祥：《财产犯罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 359 页。

[63] 参见马寅翔：《侵占罪的刑法教义学研究》，北京大学 2013 年博士学位论文，第 132 页。

[64] 参见前引 [59]，柏浪涛文，第 143 页。

一般人的观念来讲，拒不退还、拒不交出财物的，行为人的主观恶性更大，^{〔65〕}因而其似乎与罪责的程度存在关联。但是，这种主观恶性其实和罪责没有关系，因为罪责是与不法相联系的，罪责是针对不法的罪责，^{〔66〕}而侵占罪的罪责针对的是侵犯法益的非法占为己有行为。既然拒不退还、拒不交出的行为与不法没有关系，那么，这一行为就不是侵占罪罪责的评价对象，因而对认定侵占罪的罪责来说也就没有意义。如此一来，构成要件要素说就难以成立。因为构成要件属于不法类型，既然拒不退还、拒不交出的行为并不能影响侵占罪的不法，那么就不可能是构成要件要素。罪量要素说、情节说在表述上不同，实际上却并无区别。这两种观点似乎并无可指摘之处，但它们也没有进一步说明问题：中国刑法中的情节实际上包含了多种要素，既可能是违法要素，也可能是罪责要素，还可能是客观处罚条件，甚至是一些刑事政策考量要素。^{〔67〕}因此，说“拒不退还”、“拒不交出”是一种罪量要素或者情节，却没有进一步明确其到底应该归入上述要素中的哪一种，这等于只是做了简单的形式性归类，而缺乏实质意义。附加行为说存在同样的不足。

因此，最终值得考虑的就只剩下客观处罚条件说。从侵占罪的特点、立法讨论的过程以及客观处罚条件本身的性质来看，认为“拒不退还”、“拒不交出”属于客观处罚条件是合理的。侵占罪是较为轻微的财产犯罪，从实务来看，此类犯罪大多发生在亲戚、朋友等熟人之间，被害人最主要的诉求是拿回财物。正是基于这些考虑，立法者才在立法讨论的过程中，将“拒不退还”、“拒不交出”设定为侵占罪的成立要件。这样一来，侵占罪的成立范围便被大大缩小了。而通过增加犯罪成立要件来限缩处罚范围，正好契合了客观处罚条件作为刑罚限制条件的本质。^{〔68〕}另外，与不法和罪责均无关系，则更加说明“拒不退还”、“拒不交出”只可能是客观处罚条件。

总而言之，与德日刑法侵占罪的教义学知识不同，在中国刑法的侵占罪中，“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”属于性质不同的两个行为，后者无法被溶解在前者之中。而之所以存在这点差异，根本上是因为德日刑法和中国刑法对侵占罪的规定并不相同。中国刑法对侵占罪在“非法占为己有”之外又规定了作为客观处罚条件的“拒不退还”、“拒不交出”，这不是什么错误，也无需回避。何种行为具有可罚性、可罚性的程度如何，在各国立法者那里存在不同的理解，这是一个以文化传统、国民观念为基础的价值判断问题，而非是非对错问题。因此，不能因为顾忌到德日刑法教义学认为侵占罪的行为止于非法占为己有的行为，就悄悄地把中国刑法侵占罪所特有的“拒不退还”、“拒不交出”给解释没了。^{〔69〕}

四、中国刑法教义学研究的主体意识

通过对上述两个实例的分析可以发现，虽然教义学有席卷刑法学界之势，但落实到具体问题上，教义学的核心精神却没有真正贯彻到学术研究之中。一方面，在面对国外关于

〔65〕 参见前引〔47〕，刘志伟书，第111页。

〔66〕 参见〔德〕李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年版，第257页。

〔67〕 参见王莹：《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》，《法学研究》2012年第3期，第143页。

〔68〕 参见林钰雄：《新刑法总则》，台湾元照出版有限公司2006年版，第307页；〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第691页。

〔69〕 参见前引〔47〕，于世忠书，第223页。

共同犯罪和侵占罪的教义学理论时，部分研究者并没有真正认识到，上述理论属于教义学知识，其仅仅是对相关外国刑法规定的解释，因而也只有外国刑法规定效力所及的范围内有效；另一方面，在面对中国的刑法问题时，学术讨论没有真正将教义学的核心思想融入自己的研究，没有意识到中国的刑法教义学应当以解释中国刑法的规定为旨归。

一方面积极拥护刑法教义学研究，另一方面又不真正在研究中贯彻教义学的核心思想，形成这种自相矛盾的局面恐怕是因为：在法律移植中，人们对法条、法律制度的移植始终抱着谨慎的态度，因为人们知道，国情不同，立法就有可能采取完全不同的选择；但在理论移植的问题上，上述谨慎态度往往会松弛下来，因为人们通常认为，理论是没有国界的。在这一思想之下，人们对国外刑法教义学知识也就丧失了辨别力。可是，“理论无国界”的观点至少在教义学中并非总是成立，这是由教义学的本质决定的。法教义学以实然性的法条为研究对象，而这种实然性表现在以一国现行有效的法条为其逻辑出发点，^[70]并且教义学的认识程序必须受到“于此范围内不可再质疑的”法律规定的拘束。^[71]因此，法教义学本身所具有的以一国现行有效法律为逻辑出发点并受其约束的本质特性，是直接引进国外教义学知识的最大障碍。因为政治国家的边界限制了国家的权力和法律空间效力的边界，也界定了法教义学的有用范围，从而决定了法教义学的地方性。^[72]而法教义学的这种性质，决定了教义学知识是有国界的。显然，法教义学知识的地方性和国界性特征，被部分中国刑法学者忽视了。

在今后很长的一个时期内，中国刑法学界还将持续不断地引进国外的刑法教义学理论。而教义学知识的国界性要求我们面对国外的刑法教义学理论时要保持高度的清醒。无视他国的法律背景，不加区分地引进国外的教义学知识，并进一步将其直接当作中国的教义学知识的做法，实际上是视中国法律的具体规定为无物，而这恰恰违背了法教义学最核心的精神——法教义学正是要特别重视和尊重法条，把法条视为不可置疑的前提。无视国与国之间法律规定的差异，而不加区别地把对他国法条的解释结论嫁接到中国，这无异于以教义学之名行反教义学之事。刑法教义学知识具有根深蒂固的国界性和地方性，这是中国刑法学者必须认真对待的问题。对于构建中国的刑法教义学体系而言，当下最重要的是唤醒研究者的主体意识。

首先，在研究对象上，中国学者应当始终对中国刑法与外国刑法在制度和具体规定上的差异保持高度的敏感。在面对国外的刑法教义学知识时，必须联系其法律背景作系统性的理解。尤其是，在某种制度中外刑法都有规定时，一定要注意区别其中的细微差别，本文讨论的共犯制度便是最好的例证。当然，在中外刑法的规定并不冲突，或者都没有明文规定时，直接引进国外的刑法教义学知识就不存在太大的障碍。比如，犯罪论体系并不是德国刑法规定的，中国刑法也没有对此作出任何规定，因此这种教义学知识可以跨越国界，成为国际共享的理论财富。^[73]

[70] 参见前引〔4〕，陈兴良文，第998页。

[71] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第107页以下。

[72] 参见前引〔12〕，白斌文，第14页。

[73] 参见江溯：《犯罪论对刑法典的形塑作用——以德国犯罪论与刑法典的关系史为线索的考察》，《南京师大学报（社会科学版）》2013年第1期，第83页。

其次，在研究的方法论上，研究者必须清醒地意识到自己是在做比较法研究，还是在做教义学研究。教义学研究要求研究者始终将中国刑法的规定作为研究的指南和不可逾越的界限，而比较法研究是比较各国法律及其理论的异同。当然，这并不是说刑法教义学研究完全排斥比较法研究方法。在教义学研究中，当然可以参考外国学者的研究，比较本国刑法与外国刑法的异同，并借鉴外国的教义学知识。但是，最终能被称为中国刑法教义学知识的，永远应当“于中国刑法有据”，永远不应脱离中国刑法的具体规定。

“走向教义学的刑法学”应该是中国的刑法学知识、刑法研究方法的教义学化，是通过教义学的方法自主更新原有刑法学知识的过程，而非单纯移植外国已经成型的刑法教义学知识。虽然目前国内刑法教义学的研究倾向有令人担忧之处，但在一些中国刑法独有的特殊规定上，中国学者却做出了精彩的解释性研究，比如刑法第13条的但书规定、刑法分则的罪量要素规定、扒窃型盗窃罪。^[74]在这些事实面前，我们又有什么理由怀疑，中国学者在重塑中国刑法教义学研究的主体性方面，不会取得更大的成就？

Abstract: Dogmatics refers to both the method and the knowledge of dogmatics. The method of dogmatics has no national boundaries whereas its knowledge has. This is because the latter is the interpretation of the effective laws in a country. In German and Japanese criminal laws, the conviction and sentencing of the principal offender determine those of the accomplice. This means that the doctrine of substantive objectivity must be applied in the theory of crime participation so as to distinguish between the principal offender and the accomplice. In Chinese criminal law, however, the conviction and sentencing of the principal offender and the accomplice are at two distinct levels and have no direct relation with each other. Therefore, the theory of formal objectivity is sufficient to solve the problem of the conviction and sentencing of the accomplice. The conditions of the conviction of the crime of embezzlement in China differ from those in Germany and Japan in that the latter do not include the act “refusing to return”, which in Chinese law is an objective condition for punishment and an independent condition of act, and therefore can not be incorporated into the concept of “owning illegally”. Chinese scholars must clearly understand that the research of Chinese criminal dogmatics is the interpretation of Chinese criminal law. The latter must be taken as the Bible in the research of the Chinese criminal dogmatics. In order to construct the Chinese criminal dogmatics, it is necessary to awaken the subject consciousness of Chinese researchers.

Key Words: criminal dogmatics, theory of crime participation, the crime of embezzlement, Chinese subjectivity

[74] 参见陈兴良：《但书规定的法理考察》，《法学家》2014年第4期；陈兴良：《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》，《环球法律评论》2003年秋季号；张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，《法学研究》1999年第3期；梁根林：《但书、罪量与扒窃入罪》，《法学研究》2013年第2期；车浩：《“扒窃”入刑：贴身禁忌与行为人刑法》，《中国法学》2013年第1期。