

双层区分制的理论反思与共犯体系模型的再建构

杨建民

内容提要:面对正犯与主犯的关系问题,双层区分制理论批判了单层区分制理论将定罪与量刑一体化的处理方式,主张在定罪层面采取形式客观标准区分正犯与共犯,在量刑层面采取实质作用标准区分主犯与从犯。然而,形式客观标准存在理论弊端,分层定位的理论构造更是具有内在缺陷,双层区分制已经实质性地沦为了功能意义上的单一制。区分制下的重合式关系模型以及围绕违法与责任所构建的递进式关系模型均存在理论缺陷,不宜作为解释正犯与主犯关系的理论构想方案。应当将作用力的质量区分作为结构支撑,以此构建递进式关系模型。一方面,正犯与共犯的区分建立在犯罪事实支配理论的基础上,是作用力质差的体现,共犯必定是起辅助作用的从犯。另一方面,如果正犯唯一,正犯即是主犯;如果正犯不唯一,再依据作用力的量差在共同正犯中区分起主要作用的主犯与起次要作用的从犯。将作用力的质量区分作为结构支撑的递进式关系模型具有量刑过程精确化、有序化的理论优势。

关键词:双层区分制 共同犯罪 定罪 量刑

杨建民,南京师范大学法学院讲师。

自刑法知识的德日化转型以来,传统以主犯为中心的共犯论体系研究转向了当下以正犯为中心的共犯论体系构建。在区分制的理论语境下,如何看待正犯与主犯之间的关系始终是中国共犯教义学的重要问题。由于中国共犯制度的特殊立法规定,一个广泛的共识是,正犯与主犯不存在完全对应关系。^[1] 基于学术研究的主体性意识,中国刑法学者创造性地提出了双层区分制理论,将正犯与主犯分别定位于定罪与量刑两个层面之上,从而实现不同共犯类型的判断分流。由于双层区分制被认为在维持限制正犯概念根基的同时解决了量刑评价上的合理性,因此,自提出以来响应者众多。然而,双层区分制的理论方案并非没有疑问。实际上,在双层区分制的构想方案中,不仅其所主张的形式客观标准存在理论弊端,分层定位的理论构造更是存在内在缺陷,并未真正解决正犯与主犯之间

[1] 参见陈家林:《正犯体系与正犯概念研究》,《中国刑事法杂志》2005年第1期,第25页。

的关系问题。正因如此,本文拟对双层区分制理论展开教义学批判,进而立足于区分制和犯罪事实支配理论,提出构建正犯与主犯关系的理论方案。

一 双层区分制的理论逻辑之简描

在展开教义学批判之前,我们必须对双层区分制的理论逻辑有所了解,从而明确理论弱点何在。实际上,双层区分制的理论逻辑是从对单层区分制的批判入手,进而构建对正犯类型与主犯概念于定罪和量刑中分层定位的处理方案。

(一) 单层区分制对定罪与量刑的机能混淆

一般认为,德日刑法学所采取的区分制具有下述两个重要特征:第一,强调构成要件的定型性机能,认为构成要件的实行行为与参与行为属于不同的行为类型,从而在各犯罪参与者中分离出正犯与共犯两种不同的犯罪类型。正因如此,共犯被理解为构成要件的修正形式。^[2]第二,行为类型的不同直接影响刑罚评价的轻重,形成了正犯处罚一般重于共犯的层级化法定刑设置模式。在此,区分制的刑罚评价依赖于参与类型的明确区分,在明确参与类型的同时,刑罚评价的基础也就已经被确定。由于定罪与量刑的一体化判断,德日刑法学所采取的区分制被双层区分制论者称为“单层区分制理论”。

然而,在双层区分制论者看来,恰恰是这种定罪与量刑一体化的制度构建方式令正犯概念不堪重负,从而逐渐走向单层区分制理论系统的逻辑崩溃。^[3]由于对构成要件定型性的追求,单层区分制在发轫之初就是以限制正犯概念为基底建立起来的。彼时,刑法学者们关注直接侵害法益行为与间接侵害法益行为在物理感官上的自然差异,认为只有以肢体动作直接亲自实施构成要件行为的参与者才是正犯,间接充足构成要件行为的参与者则是共犯。因此,正犯与共犯的区分依赖于行为人是否直接亲自实施构成要件行为的直观判断,这一评判标准被称为严格的形式客观说。但是,在司法实践过程中,严格的形式客观说暴露了它的缺点:一个并未直接亲自实施构成要件行为的参与者可能在犯罪过程中具有不可取代的重要作用,此时,将该参与者仅认定为共犯而使其在刑罚科处上轻于正犯,无法满足刑罚评价的公正性要求。正如德国学者耶塞克(Hans-Heinrich Jescheck)与魏根特(Thomas Weigend)所言,“它虽然有其无可争辩的明确性之优点,但这一优点因与法条的僵硬的联系的形式主义而付出太高的代价。”^[4]于是,为了能够实现罪刑均衡,德日刑法学者不得不放弃严格的形式客观说,尝试从实质上去解决正犯与共犯的区分疑难。然而,在双层区分制论者看来,由于正犯概念的实质化,并未直接亲自实施构成要件行为的参与者也可能成立共犯,这种理解背离了限制的正犯概念,颠覆了单层区分制的理论根基;更为重要的是,正犯的判断取决于支配性这一概念而非构成要件该当与否的判

[2] 参见[日]小野清一郎著:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社1991年版,第82页。

[3] 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》,《法律科学》2017年第5期,第178页。

[4] [德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第877页。

断,这直接导致了构成要件定型性的丧失。^[5]因此,双层区分制论者强调,单层区分制将定罪与量刑机能混淆的结果是不可避免地走向正犯概念的实质化,“以牺牲定罪的公正性来换取量刑的公正性,以刑事政策的片面合理性来替代刑法的全面规范性,蕴含着破坏刑法的安定性与现代刑事法治原则的危险”。^[6]

(二) 正犯与主犯在定罪与量刑中的分层定位

面对单层区分制带来的法治风险,中国刑法学者提出了双层区分制的方案构想,即在定罪层面通过形式客观标准区分正犯与共犯、在量刑层面依据实质作用标准区分主犯与从犯,依据定罪与量刑的机能分离来维持区分制理论系统的逻辑稳定性。双层区分制论者认为,单层区分制之所以将定罪与量刑的机能作一体化认识,其根本原因在于德日刑法典将参与类型与刑罚相勾连的立法设置;反观中国刑法典并未采取机能一体化的立法设置模式,这直接决定了不能全盘照搬德日经验以单层区分制来解释中国共犯制度。^[7]

在双层区分制论者看来,将定罪与量刑机能一体化的处理方式导致单层区分制在罪刑法定与罪刑均衡两个原则之间陷入了两难境地,而双层区分制将正犯与主犯在定罪与量刑中进行分层定位则化解了这种两难局面,是一种能够实现两全的构想方案。

第一,在双层区分制的理论方案中,既然正犯与共犯概念被纯化为单一的定罪机能,就无需为了实现罪刑均衡被迫将正犯概念实质化。因此,在此意义上,双层区分制论者主张,于定罪层面区分正犯与共犯的理论设计充分体现了构成要件的定型性意义,是对罪刑法定原则的贯彻和坚持。^[8]

第二,在双层区分制的理论方案中,正犯与共犯只解决定罪问题,量刑问题则是交由主犯与从犯来解决的。因此,一方面,即便依照形式客观说将犯罪参与者认定为共犯,在量刑过程中也完全可能作为主犯进行处罚;另一方面,即便犯罪参与者是正犯,也可能以从犯进行量刑。据此,双层区分制论者认为,相较于单层区分制的机械僵硬,双层区分制的刑罚评价更为灵活科学。^[9]

第三,在双层区分制论者看来,“正犯概念的实质化在扩张正犯范畴的同时基本上否定了限缩的正犯概念,从根本上瓦解了二元犯罪参与体系,最终不自觉地走向扩张的正犯概念,继而靠近了单一正犯体系。”^[10]一方面,由于无需将正犯概念实质化,双层区分制强调自己坚持了限制正犯概念,不存在瓦解区分制犯罪参与体系理论根基、走向单一正犯体系的可能性;另一方面,双层区分制认为,通过先成立教唆犯后以主从犯量刑的判断公式,无需借助于间接正犯、共谋共同正犯等概念即可实现罪刑均衡,也无需面对这些实质化正犯概念带来的理论难题。总而言之,在双层区分制论者看来,由于将正犯与主犯在定罪与量刑

[5] 参见孙运梁:《帮助行为正犯化的教义学反思》,《比较法研究》2018年第6期,第128页。

[6] 柳忠卫:《中国共同犯罪立法模式的归属与选择——“双层递进式”共犯立法模式的提倡》,《政法论丛》2017年第2期,第123页。

[7] 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,《法学研究》2015年第2期,第46-47页。

[8] 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129页。

[9] 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157页。

[10] 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》,《中国刑事法杂志》2013年第10期,第29页。

中进行分层定位,正犯与共犯的区分能够依旧采取形式客观说,这一区分标准与作为区分制根基的限制正犯概念相契合,以此回避实质化正犯概念与限制正犯概念之间的逻辑抵牾。

二 形式客观标准的理论弊端之检讨

在双层区分制的构想方案中,既然正犯概念实质化并不可取,回归以构成要件为核心的形式客观标准就成了双层区分制论者中关于正犯与共犯相区分的主流思潮。其中,既有学者坚持严格的形式客观说,也有学者提倡规范的形式客观说。然而,在本文看来,作为正犯与共犯区分标准的形式客观说难言妥当。

(一) 双层区分制错误地理解了限制正犯的概念意指

双层区分制立足于对限制正犯概念的坚持,认为正犯概念实质化是对限制正犯概念的背离,故而在正犯与共犯的区分问题上采取了形式客观说。但是,这一认识错误地理解了限制正犯的概念意指,导致限制正犯概念与形式客观说之间的循环论证。当学者们用限制的正犯概念来界定何为正犯时,真正发挥界定作用的是被糅合进限制正犯概念中的形式客观说。正因如此,当双层区分制论者以糅合了形式客观说的限制正犯概念来看待正犯概念的实质化现象时,在正犯与共犯的区分标准上结论先行,不可避免地以形式客观标准排斥实质客观标准。将形式客观说内置于限制的正犯概念之中,又以限制的正犯概念来论证何以采取形式客观说,这正是—种典型的循环论证。

在此,我们应当有意识地区分以下两个不同层面的问题:一是“要不要区分正犯与共犯”,二是“如何区分正犯与共犯”。这一区分有助于我们澄清限制正犯的概念意指。实际上,从理论机能发挥的角度来看,限制正犯概念与单一正犯概念的对峙所要解决的是“要不要区分正犯与共犯”的问题,而形式客观说与实质客观说的分歧则是对“如何区分正犯与共犯”这一问题的回答。就此而言,限制正犯概念本身并不能决定正犯的成立范围。^[11] 双层区分制论者以限制正犯概念为由否定正犯概念的实质化,并主张唯有形式客观说才能与其相协调,这恰恰是将“要不要区分正犯与共犯”和“如何区分正犯与共犯”两个不同层面的问题混为一谈所得出的不妥结论。实际上,如果依照与严格的形式客观说合一的限制正犯概念,规范的形式客观说也存在背离限制正犯概念的理论疑问。将形式客观说从限制正犯概念中剥离,恢复限制正犯概念的本来面目,这可以充分解释区分制下的正犯概念何以能够实质化。具言之,以限制正犯概念提倡区分制仅意味着我们要区分正犯与共犯,并不意味着在“如何区分正犯与共犯”这一问题上就必然采取形式客观说,也完全能够形成实质客观说与限制正犯概念之间的理论接续。因此,限制正犯概念本身并不能推导出在正犯与共犯的区分问题上应当采纳形式客观说。

(二) 严格的形式客观说忽视了行为评价的宣示意义

严格形式说是区分正犯与共犯的原初立场,由于该学说坚持只有肢体动作直接亲自

[11] 参见市川啓「間接正犯概念の淵源とその発展について・概論」立命館法学1号(2018年)145頁;[日]松宮孝明著:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,王昭武审校,中国人民大学出版社2013年版,第197页。

实施构成要件行为的人才能成立正犯,作为幕后意志支配者的行为人因未直接亲自实施构成要件行为,故而只能成立共犯。为了在消解间接正犯概念后不会产生处罚漏洞,严格的形式客观说还需要与其他刑法理论协力统合。如有学者提出,为了贯彻严格的形式客观说,在要素从属性上应当采取最小从属性原理,在犯罪论体系的内部构造上应将故意视为责任要素而后置于有责性阶层中进行判断。^[12]如此一来,间接正犯概念被完全地消解于共犯之中,不再拥有栖身之地。

尽管严格的形式客观说通过与其他刑法理论的协力统合可以实现逻辑自洽,但是,将间接正犯全部认定为共犯的做法忽视了行为评价本身的宣示意义。事实上,对罪刑均衡的追求导致正犯概念实质化的教义逻辑并不能圆满地解释德日刑法学为何要竭力论证间接正犯正犯性的理论现象。无论是德国刑法典还是日本刑法典,虽然规定教唆犯属于共犯,但对教唆犯的处罚均是与正犯同刑,这一处罚原则并不能被正犯处罚重于共犯的层级法定刑设置模式所涵括。在这一立法例之下,并不是说只有通过认定为正犯才能对其科处更重的刑罚,教唆犯的认定亦能达到相同目的。此时,间接正犯正犯性的论证驱动力是无法以罪刑均衡的目标追求为由予以解释的,必须着眼于行为评价的宣示意义。虽然德日刑法典规定教唆犯与间接正犯的处罚相同,但二者完全反映了不同的行为评价:间接正犯表明行为人违反的是基本的构成要件,教唆犯则意味着行为人违反了修正的构成要件。正如日本学者佐伯仁志所言:“有‘正犯’之‘名’、是犯罪的‘主犯’这一评价功能也是重要的。”^[13]量刑公正固然重要,定性准确同样是不可或缺的。对行为评价的重视充分地反映在了司法实践的定性认定过程之中。如在偷换二维码的案件中,虽然行为具有应罚性,且盗窃罪与诈骗罪的法定刑相同,但是我们不能就此认为可以在盗窃罪与诈骗罪之间进行随意的定性选择,仍然需要通过构成要件该当性的判断准确地应用罪名。严格的形式客观说恰恰忽视了行为评价的宣示意义,机械地依照肢体作用来区分正犯和共犯,以至于将本应以间接正犯或共同正犯定罪的行为人认定为共犯,无法发挥构成要件的预防机能。

(三) 规范的形式客观说在理论逻辑上自相矛盾

由于严格的形式客观说对正犯范围的认定过于狭隘,无法实现准确的行为评价,因此,有双层区分制论者提出要对构成要件行为进行规范理解,即规范的形式客观说。^[14]在规范的形式客观说的理解下,间接正犯的正犯性得以说明:“实行行为并不需要仅仅以行为人自身直接的身体性行为为基础,与能够将器具和动物作为工具加以使用一样,也能够将他人作为工具实施犯罪。”^[15]

如前所述,对形式客观说的提倡是建立在对实质化正犯概念的批判基础之上的。然而,细究之下,规范的形式客观说的理论内核依旧是正犯概念的实质化,与自身所秉持的

[12] 参见阎二鹏著:《犯罪参与体系之比较研究与路径选择》,法律出版社 2014 年版,第 183-184 页。

[13] [日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 329 页。

[14] 参见张开骏:《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》,《法学家》2013 年第 4 期,第 66 页;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 132 页以下。

[15] [日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 142 页。

形式基本立场相互矛盾。一方面,在实质化正犯概念中,无论是重要作用说还是行为犯罪事实支配理论,其根本目的都是试图通过重要作用或支配性等概念对构成要件行为作规范化理解。正因如此,日本学者前田雅英认为规范的形式客观说与行为支配说并没有实质性差异。^[16] 另一方面,既然承认了间接正犯概念,那么,规范的形式客观说也同样面临着间接正犯与教唆犯的区分难题。对此,规范的形式客观说论者主张以规范障碍这一概念作为区分间接正犯与教唆犯的标准。^[17] 但是,规范障碍的有无同样是一种实质客观的区分标准,^[18] 只不过它是从被利用者能否自我答责的角度出发去评价利用者的行为。从利用者的视角来看,当被利用者不构成规范障碍时,此时也可以说是由于利用者具有支配性而成立间接正犯。^[19] 当然,从现有论述来看,规范的形式客观说与实质化正犯概念并不是没有区别,但是,这种区别更加突显了规范的形式客观说在理论逻辑上的缺陷。规范的形式客观说对构成要件行为的规范化理解仅限于间接正犯,却不承认具有支配性的犯罪加功者可以成立共同正犯,只能成立帮助犯。是故,在正犯与共犯的区分问题上,规范的形式客观说采取了区分标准二元化的理论构造:在共同正犯与帮助犯的区分上,以肢体动作的作用力施加与否这一形式标准来认定构成要件行为的实施;在间接正犯与教唆犯的区分上,以规范障碍等实质标准来认定构成要件行为的实施。可是,为何间接正犯与教唆犯的区分可以采取实质标准,而共同正犯与帮助犯的区分却只能采取形式标准呢?既然都是正犯与共犯,那么,区分标准理应采取一元化理论构造。要么都采取形式标准,要么都采取实质标准,不应该存在中间形态。在此意义上,“规范的形式客观说在形式与实质之间进退失据”。^[20]

三 分层定位理论构造的内在缺陷之反思

尽管双层区分制为了追求构成要件定型性而提出回归形式客观标准的主张存在诸多理论弊端,但这只能说明区分正犯与共犯的标准存在疑问,并不代表双层区分制的构想方案有问题。正因如此,还有双层区分制的论者立足于实质化正犯概念的基本立场,提出了规范能力说,主张在行为时具有具体的构成要件实现能力的犯罪参与者是正犯。^[21] 但是,无论正犯与共犯的区分标准如何变动,分层定位理论构造的内在缺陷直接决定了双层区分制已经在事实上背离了区分制犯罪参与体系的基本理念,不宜作为解释正犯与主犯关系的理论构想方案。

[16] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社2017年版,第288页注释。

[17] 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138页。

[18] 松原芳博曾在标题“实质的客观说”后增添括号标注为“规范的障碍说”。参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第281页。

[19] 有观点就主张将自我答责性视为犯罪事实支配理论的下位标准。参见马龙:《间接正犯边界划定的新思路:以行为中介人自我答责性为标准》,《南海法学》2019年第1期。

[20] 秦雪娜:《论正犯标准的规范性重构——从“实际作用”转向“规范能力”》,《比较法研究》2020年第3期,第92页。

[21] 参见秦雪娜:《论正犯标准的规范性重构——从“实际作用”转向“规范能力”》,《比较法研究》2020年第3期,第94页。

(一) 双层区分制误解了适用层级化法定刑的决定性因素

双层区分制对单层区分制的核心批判即在于,单层区分制采取了将定罪与量刑机能一体化的处理方式。这一批判的言下之意是,将犯罪参与者认定为何种参与类型,与对犯罪参与者科处何种刑罚之间并不存在逻辑关系上的必然性。可是,事实果真如此吗?实际上,单层区分制为正犯与共犯分别设定了不同的法定刑,且对正犯的处罚重于共犯,这并非任意为之的理论糅合,而是从参与类型出发推导得出的必然结论。区分制之所以要采取层级化法定刑设置模式,根本原因在于其认为正犯与共犯两种参与类型的不法存在本质差异。

在单层区分制的理论逻辑中,为参与类型与法定刑牵线搭桥的正是不法这一概念。德国学者韦塞尔斯(Wessels)曾明确指出,从评价的角度观察,正犯与共犯的不法呈现出从多到少的落差走向。^[22] 一般认为,正犯与共犯分别是实施基本构成要件行为的人与实施修正构成要件行为的人,行为类型的不同决定了他们在规范层面不应被等同视之。由于共犯是通过正犯的构成要件行为实现对法益的侵害,所以正犯的不法理应强于共犯。进而,基于不法与非难程度的正向关联原理,不法的评价强弱差异顺理成章地延续到了表征非难程度的法定刑之上。正因如此,区分制采取层级化法定刑设置模式,强不法的正犯原则上处罚重于弱不法的共犯,对共犯理应减轻处罚。

有学者质疑不法决定刑罚这一命题逻辑的正确性,认为刑罚轻重是由不法与罪责共同决定的,因此,“完全可以想象共犯的不法小于正犯,但是罪责却大于正犯,因而要判处比正犯更重的刑罚的情形”。^[23] 但是,这一认识混淆了刑罚设定与刑罚裁量两个概念。众所周知,在刑事立法过程中,刑罚的设定根据是行为的不法程度。^[24] 例如,虽然侵占罪与盗窃罪同属侵犯财产法益的犯罪,但是它们各自构成要件行为所蕴含的不法相异,因而立法者分别设置了不同的法定刑。至于刑罚裁量,是指法官对犯罪人应当如何量刑这一问题进行司法决断的过程。此时,法官在量刑时所依凭的不仅仅只有行为的不法程度,还有行为人的具体罪责,包括刑事责任能力、违法性认识可能性、期待可能性、预防必要性等因素。通过对行为人具体情况综合考量,从而实现刑罚个别化。就此而言,刑罚设定针对共相的行为,刑罚裁量则面向殊相的行为人,二者不可混同。不法决定刑罚这一命题指向的是在立法层面的刑罚设定问题,而刑罚轻重是由不法与罪责共同决定这一认识明显是以刑罚裁量的司法阶段为出发点,后者难以形成对前者的有效质疑。

在刑罚设定意义上,单层区分制的理论逻辑是,正犯所实施的是基本的构成要件行为,共犯所实施的是修正的构成要件行为,二者的行为不法存在差异,故而正犯的刑罚应当重于共犯。^[25] 这种理论逻辑可以行为规范与制裁规范的对置范式来加以描述。由于基本构成要件与修正构成要件之间的不法程度存在差异,故而不能对正犯与共犯适用相

[22] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第333页。

[23] 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》,《中国刑事法杂志》2013年第2期,第43页。

[24] 参见王志远、吴亚可、沙涛著:《遏制重刑:从立法技术开始》,中国政法大学出版社2020年版,第198-199页。

[25] 参见王华伟:《中国犯罪参与模式之定位:应然与实然之间的二元区分体系》,《中国刑事法杂志》2015年第2期,第49页。

同的制裁规范,对共犯减等处罚的层级化法定刑设置模式实际上是立法者在以抽象方式为共犯设定了一个异于正犯的制裁规范。于是,修正的构成要件指向了行为规范,而减等处罚则属于制裁规范,二者共同组合成了一条完整的刑法规范。因此,不法决定刑罚这一命题逻辑并无疑问,对正犯与共犯分别设置不同的法定刑也绝非牵强附会之举。双层区分制错误地批判了单层区分制的理论逻辑,致使共犯概念丧失了确定法定刑的规范机能。

(二) 分层定位无法彰显正犯与共犯的不法差异性

相较于单一制,区分制区分正犯与共犯的目的是彰显它们不法的差异性,层级化的法定刑设置模式正是这种不法差异性在罪刑关系上的自然映射。不过,在双层区分制的支持者中,虽然已经有论者认识到了正犯与共犯之间存在这种不法的差异性评价,但却依然拒绝了这种不法差异性对法定刑设定的决定性影响,认为:“正犯类型意在定罪阶段标识参与行为在不法上的实质性差异,主犯概念旨在量刑阶段综合违法及责任情况实现刑罚个别化,二者的功能和目的不同,不存在必然的对应关系。”^[26]

在单层区分制的理论逻辑中,正犯与共犯的不法差异性是通过法定刑层级化的方式彰显的。可是,在双层区分制的理论构想中,不法与刑罚之间的关联被彻底切断,如此一来,即使在理念上认为正犯与共犯存在不法的质的差异,也无法表现于外。即便认为在量刑阶段要综合不法及责任的情况进行主犯与从犯的认定,但是,由于这种判断是综合性的,完全可能出现不法小而责任大的情形,正犯与共犯的不法差异性便被消解在了这种综合判断之中。既然在量刑阶段需要重新认定主犯与从犯,那么,在前一阶段基于不法差异性区分正犯与共犯便完全失去了意义,沦为画蛇添足之举。^[27]更为重要的是,分层定位的理论构造导致双层区分制以区分制之名,行单一制之实。这一缺陷充分地反映于双层区分制的量刑过程之中。

量刑过程粗糙化是区分制论者批判单一制的重要理由。单一制体系将对参与者参与程度的评价置于量刑阶段,但实际上法官在量刑过程中仍要确定参与的类型和程度,以适用轻重不同的刑罚,其标榜不区分正犯和共犯只是暂时回避了矛盾,同时也导致量刑过程的粗糙。^[28]相较于单一制,区分制量刑过程更为精确的优势其实是通过赋予正犯概念定罪与量刑双重机能实现的:在定罪阶段区分正犯与共犯,以层级化法定刑设置模式分别锚定正犯与共犯的法定刑起点,然后再在法定刑范围内考虑犯罪人所具有的诸多量刑情节,从而实现刑罚个别化。例如,当数个行为人共同盗窃财物数额巨大时,对于其中的正犯,法官应将三年以上十年以下有期徒刑这一法定刑作为量刑起点;而共犯的减等处罚原则意味着法官应将三年以下有期徒刑、拘役或管制这一法定刑作为共犯量刑的起点。随后,在锚定法定刑起点的基础上,法官再针对各个犯罪参与者进行个别化的刑罚裁量。在此,

[26] 秦雪娜:《论正犯标准的规范性重构——从“实际作用”转向“规范能力”》,《比较法研究》2020年第3期,第100页。

[27] 参见胡宗金:《“正犯主犯化”:趋势、原因及启示》,《法学论坛》2020年第1期,第95页。

[28] 参见张开骏:《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》,《法学家》2013年第4期,第59页。关于单一制量刑粗糙的批判意见还可参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第872页;许玉秀著:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第556页。

层级化法定刑设置模式作为刑罚适用过程的第一道关卡对法官的自由裁量权进行限制,以此克制法官的重刑偏好。

反观双层区分制的量刑过程,既然不认可应当对共犯减等处罚的刑罚设定,那么,即便在定罪过程中承认正犯与共犯的不法差异性,在量刑阶段认定主犯与从犯也必然都是在统一法定刑的基础之上进行个别化的刑罚裁量。如此一来,分层定位下正犯与共犯的区分就不具有限制法官自由裁量权的基础作用,作为区分制犯罪参与体系本应具有的量刑过程更为精确的理论优势也就无从说起。实际上,在抛弃定罪与量刑一体化的处理方案后,双层区分制简化了区分制的理论特征,确定只要区分正犯与共犯就属于区分制犯罪参与体系。但是,在功能的单一正犯体系之下也对犯罪参与者进行区分,并不能因其进行了区分就认为是二元参与体系。^[29] 当通过分层定位的处理方案简化正犯机能时,双层区分制就已经实质性地沦为了功能的单一制犯罪参与体系。^[30]

四 正犯与主犯的递进式关系模型之提倡

当我们将区分制犯罪参与体系作为中国共犯制度的解释方向时,就已经从理论源头上决定了对于正犯与主犯的关系认识不能采取已同功能单一制无异的双层区分制的理论构想方案。那么,接下来的问题就是,我们应当构建何种正犯与主犯的关系模型?

(一) 将犯罪事实支配理论作为正犯与共犯的区分标准

在构建正犯与主犯的关系模型之前,首要之举是明确正犯与共犯的区分标准。“对于正犯与共犯,如果只是为区分而区分,采取形式客观理论无疑是最佳选择。但是,从刑事政策的立场而言,区分二者的目的无非是要区别对待,即把正犯视为犯罪的核心人物从而予以重罚,将共犯视为犯罪的从属者从而予以轻罚。”^[31] 因此,立足于区分制,在坚持处罚妥当性的功能取向下,正犯与共犯的区分标准终将实质化。关键在于,实质化的区分标准为何? 重要作用说与犯罪事实支配理论看似不同,但二者的判断实则并无二致,^[32] 所以,一般认为犯罪事实支配理论是区分正犯与共犯的妥适标准。本文亦是认同该观点。在此,之所以要对将犯罪事实支配理论作为正犯与共犯区分标准这一方案前提再作强调,原因在于,有学者在批判犯罪事实支配理论的基础上提倡了规范能力说,并以此支持了双层区分制理论。故而,有必要对相关问题予以澄清和说明。

规范能力说的提倡者批判犯罪事实支配理论属于事后判断,而正犯类型对犯罪参与行为规范层级差异的标识属于事前判断,犯罪事实支配理论会将事前的正犯类型完全地沦为事后的量刑概念,导致区分制与单一制无异。^[33] 然而,在本文看来,该学者对犯罪事

[29] 参见江溯著:《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 244 页。

[30] 关于双层区分制沦为功能单一制的相似见解可参见孟红艳:《〈刑法〉第 27 条“起次要作用的人”的教义学阐释》,《法学评论》2022 年第 3 期,第 79 页。

[31] 刘明祥:《间接正犯概念之否定——单一正犯体系的视角》,《法学研究》2015 年第 6 期,第 100 页。

[32] 参见[日]松原芳博著:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 299-300 页。

[33] 参见秦雪娜:《论正犯标准的规范性重构——从“实际作用”转向“规范能力”》,《比较法研究》2020 年第 3 期,第 89 页以下。

实支配理论存在误读,且规范能力说在本质上也可以被归入犯罪事实支配理论项下。第一,支配性的判断时点不是事后而是事前。依据罗克辛(Claus Roxin)对犯罪事实支配理论的阐释,只要一个犯罪参与者对于预先计划的犯罪方案而言是重要的,即便从事后来看他实际并没有发挥预想中的关键作用,也应该肯定他具有支配性地位而成立共同正犯。^[34]因此,犯罪事实支配理论与规范能力说的判断时点是相同的,都是事前判断。第二,正犯类型与量刑机能的勾连并不影响标识犯罪参与行为的规范层级差异。犯罪参与行为的不法差异性是通过层级化的法定刑设置模式而彰显出来的,如果彻底否定二者之间的关系,其结果只可能是走向功能的单一制。在此,不能简单地将量刑的判断时点限定在事后,不法差异评价与层级化法定刑设置模式的关系表明量刑的过程从事前判断时就已开启。第三,犯罪事实支配理论与规范能力说并不是学说对立的关系,规范能力说可以被视为支配标准的具体化理论。依照规范能力说,具有现实的实现构成要件行为的客观能力和发挥客观能力的行为意志的犯罪参与人是正犯。此时,我们也可以说只有当一个犯罪参与者具有规范能力时,才能认定他在犯罪过程当中能够起到支配性作用。因此,即便我们采取规范能力说,也不影响在广义上继续将犯罪事实支配理论作为正犯与共犯的区分标准。

其实,将犯罪事实支配理论作为正犯与共犯的区分标准,这是立足于区分制合理构建正犯与主犯关系模型的必然要求。分层定位理论构造的内在缺陷已经表明,想要合理构建正犯与主犯的关系模型,必须要借助中间媒介来实现,否则正犯与主犯的认定会各行其是而背离区分制的初衷。这一中间媒介正是正犯与共犯、主犯与从犯两组概念各自的区分标准。如前所述,不法差异性评价是区分正犯与共犯的核心目的,映射于各自的法定刑设置之中,如此一来,正犯与共犯、主犯与从犯都具有量刑评价的理论机能。想要使正犯与共犯、主犯与从犯在量刑上形成协调一致的评价体系,二者的区分标准必然要具有一致性或近似性。唯有如此,区分正犯与共犯所体现出的不法差异性才能自然地延续到主犯与从犯的认定之中。从《刑法》第26条、第27条的规定来看,主犯与从犯是依据行为人在共同犯罪中的作用程度而区分的,在正犯与共犯的众多区分标准中,唯有犯罪事实支配理论与之具有近似性,故而只有在坚持该区分标准的基础上才能合理地构建正犯与主犯的关系模型。

(二)关系模型应为递进式而非重合式

面对正犯与主犯是何种关系这一问题,由于正犯体系与主犯体系在区分标准上的趋同,学者们提出了两种不同的理论构想方案。第一种理论构想方案将正犯与主犯视为重合式关系,主张主犯是正犯、从犯是帮助犯。^[35]第二种理论构想方案则尝试将正犯与主犯解释为

[34] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论(第2卷):犯罪行为的特别表现形式》,王世洲译,法律出版社2013年版,第66页。

[35] 参见张明楷著:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第518页;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25页以下;杨金彪:《分工分类与作用分类的同一——重新划分共犯类型的尝试》,《环球法律评论》2010年第4期,第56页。日本学者大谷实亦认为:“中国刑法典在规定对共同犯罪的处罚时,按照行为人在其所参与的共同犯罪中所起的实质性作用,而分别作为主犯或者从犯来处罚,因此,中国刑法中的主犯与从犯可能分别相当于日本刑法中的正犯与从犯。”[日]大谷实:《日本刑法中正犯与共犯的区别——与中国刑法中的“共同犯罪”相比照》,王昭武译,《法学评论》2002年第6期,第115页。

递进式关系,在区分正犯与共犯的基础上,认为共犯是从犯,但从犯并不一定是共犯;在共同正犯的基础上需要继续区分主犯与从犯,主犯是正犯,但正犯不一定是主犯。^[36]

其中,尽管重合式关系模型免去了深入解释正犯与主犯关系的繁琐,但是它因无法合理解释次要的实行犯这一概念而存在重大弊端。由于重合式关系模型认为主犯是正犯、从犯是帮助犯,《刑法》第 27 条中的“次要作用”与“辅助作用”都被纳入帮助犯的解释范畴之中,导致二者成了无意义的同义反复。^[37] 可是,出于对立法的尊重,解释者不能轻易地否定某些规范语言可能存在的意义。依照学界通说,《刑法》第 27 条第 1 款所规定的从犯包括了起次要作用的实行犯。^[38] 通过这一解读,次要作用与辅助作用的意义被区隔开了。于是,“在德国和日本实行犯必定被认定为正犯,但在我国并不一定就是主犯,还可能成为从犯甚至是胁从犯”。^[39] 即便是赞同重合式关系模型的张明楷教授也不得不承认:“应当注意的是,我国刑法与司法实践中关于主从犯的区分基准,比国外的正犯、教唆犯与帮助犯的区分基准更为实质。所以,在国外属于共同正犯的,在我国依然可能仅成立从犯。”^[40] 至于何以主犯体系的区分基准更为实质,张明楷教授的解释是,由于我国刑法规定的法定刑与法官量刑较之于德日普遍偏重,故而将国外视为共同正犯的部分情形认定为从犯以实现公正刑罚。^[41] 但是,这一解释值得商榷。《刑法》第 26、27 条的规定已经表明,区分主犯与从犯的法定唯一标准是行为人在犯罪过程中的贡献。将重刑现象作为主犯体系区分标准何以更为实质这一问题的解释理由,试图以法外因素来影响主犯与从犯的认定,这恰恰背离了法定标准的唯一性要求,其妥当性不乏疑问。更何况,理想化地认为法官会在司法实践过程中主动考虑重刑现象后再通过主犯与从犯的认定实现刑罚轻缓化,这显然是不现实的。正因如此,重合式关系模型无法有效解释正犯体系与主犯体系之间的结论偏差,不宜作为正犯与主犯关系的理论构想方案。

与之相对的,递进式关系模型则不存在重合式关系模型所具有的弊端。一方面,递进式关系模型在区分了正犯与共犯后,肯定了共犯就是起辅助作用的从犯,继而主张共同正犯可以继续被区分为主犯与从犯,这就解释了次要的实行犯为何是从犯的疑问,也使次要作用与辅助作用的区分意义得以彰显。另一方面,递进式关系模型通过对共犯是从犯的坚持否定了共犯成立主犯的可能性,使正犯与共犯的不法差异得以延续到主犯与从犯的区分当中,切实地坚持了区分制的基本立场,是构建正犯与主犯关系的理想方案。

不过,或许会有人提出下述质疑:依照《刑法》第 29 条第 1 款的规定,教唆犯能够作为主犯或是起次要作用的从犯予以处罚,这是否意味着递进式关系模型所认为的共犯只能是起辅助作用的从犯这一主张并不正确? 对此,本文的回答是否定的。在本文看来,基于犯罪事实支配理论的基本立场,不能将《刑法》第 29 条第 1 款所说的教唆他人犯罪的人

[36] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016 年第 6 期,第 123-126 页。

[37] 参见周光权:《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》,《法学研究》2013 年第 4 期,第 183 页。

[38] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第 10 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 173 页。

[39] 刘明祥:《主犯正犯化质疑》,《法学研究》2013 年第 5 期,第 116 页。

[40] 张明楷著:《刑法学》(第 5 版),法律出版社 2016 年版,第 450 页。

[41] 参见张明楷:《共犯人关系的再思考》,《法学研究》2020 年第 1 期,第 153 页。

与教唆犯相等同。换言之,不能将实施教唆行为的人能够作为主犯或起次要作用的从犯予以处罚这一认识,以偷换概念的形式变成教唆犯能够作为主犯或起次要作用的从犯予以处罚。实施教唆行为的人是自然意义上有待规范评价的对象,而教唆犯作为狭义的共犯,则是实施教唆行为的人在规范层面的一种评价结果。这意味着,在自然意义上实施教唆行为的人并非只能作为教唆犯予以对待,不排斥在规范意义上将其作为共同正犯来评价的可能。实际上,晚近兴起的有力见解就认为,《刑法》第29条第1款之规定可以被解读为作为共犯的教唆犯与共同正犯并存的规范条款。^[42] 质言之,自然意义上实施教唆行为的人既可能成立在犯罪过程中具有支配性作用的共同正犯,也可能成立起非支配性作用的教唆犯。这一见解实际上参考了日本刑法学中共谋共同正犯的处罚根据。关于成立共谋共同正犯的实质根据,日本刑法学者就明确指出:“在共谋者通过对实行者施加强烈的心理支配力,发挥了相当于实行行为的重要作用之时,即肯定共谋者具有共同正犯性。”^[43] 在此,共谋共同正犯的处罚根据充分地说明了教唆者何以能够成立共同正犯:当教唆行为在主观上对犯罪发生过程提供了强烈的心理支配力时,实施教唆行为的人当然也可以成立共同正犯,而不是只能被评价为狭义的共犯。^[44] 如在成年人教唆未成年人犯罪的场合中,倘若未成年人心理不够成熟、认识能力低,在外界事物的判断上对成年人表现出相对较强的依赖性而尚未完全独立化,即可以认定成年人的言语对未成年人具有极强的影响力和支配力,宜作为共同正犯来予以处罚。^[45] 既然如此,实施教唆行为的共同正犯当然能够作为主犯或起次要作用的从犯予以处罚。而在递进式关系模型中,实施教唆行为的人被评价为教唆犯时,作为在犯罪过程中起非支配性作用的共犯,自然应被认定为起辅助作用的从犯。因此,《刑法》第29条第1款之规定与本文的主张之间不存在矛盾点,递进式关系模型并不是超越现行刑法文本的立法构想方案。

五 递进式关系模型的结构支撑之解释

在采取递进式关系模型来解释正犯与主犯之间的关系前提下,对于为何能够在共同正犯中进一步区分主从犯的问题,既有理论的解释力不足,需要重新为递进式关系模型寻找结构支撑。

(一) 违法与责任的理论构造解释力存疑

当前,既有理论围绕于违法与责任的关系,以此作为递进式关系模型的结构支撑。详述之,当只有一个正犯时,在违法层面依据犯罪事实支配理论区分正犯与共犯,由于责任不可能超出违法的程度,无须再在责任层面进行判断即可明确正犯即主犯,共犯即从犯;

[42] 参见张明楷:《共犯人关系的再思考》,《法学研究》2020年第1期,第150-152页。

[43] [日]西田典之著:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第313页。

[44] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期,第124-125页。

[45] 当然,如果未成年人表现出较高的认知能力和较强的自主性,成年人的言语未必会对未成年人产生实质性的支配作用,此时应认定成年人成立的是教唆犯而非共同正犯。换言之,不能一概肯定教唆未成年人犯罪的成年人就成立共同正犯,应当具体情形具体分析。

当存在共同正犯时,就需要以可罚的责任为理论基础,在责任层面依据责任大小(包括参与人期待可能性大小、预防必要性大小等)进一步筛选出主犯与从犯,责任大的共同正犯是主犯,责任小的共同正犯是从犯。^[46]

然而,将违法与责任作为递进式关系模型的结构支撑存在重要疑问。

第一,在责任层面区分主犯与“共同犯罪是违法形态”这一命题相矛盾。在违法层面区分正犯与共犯这一举动表明,该理论的主张者也是承认“共同犯罪是违法形态”这一命题的。^[47]但是,如果能够在责任层面区分主犯与从犯,就意味着共同犯罪并非违法形态而是责任形态。若是贯彻“共同犯罪是违法形态”这一命题,其结论必然是,以责任大小为区分依据的主犯与从犯不应被视为共犯类型。^[48]

第二,将主犯与从犯定位于责任层面的做法存在应用漏洞。之所以不需要进行二次的责任判断就可以将正犯与主犯相对应,该理论的理由是责任的大小不可能超出违法的程度。但是,这一理由的前提是责任存在,即犯罪参与者具有非难可能性。当在违法层面区分正犯与共犯后,完全可能出现正犯责任阙如而共犯具有非难可能性的情形。此时,将正犯与主犯相对应显然没有考虑责任之有无。如此一来,为何在这一情形中不考虑责任问题而在共同正犯的区分中却依据责任大小区分主犯与从犯便成为问题。

第三,将责任大小作为主犯与从犯的区分依据与法定标准无法协调。法定标准是将作用大小作为主犯与从犯的区分依据,而该理论将责任大小作为主犯与共犯的区分依据时,其实质是试图将期待可能性、预防必要性等责任内容解释为作用力的具体考量要素。但是,这一解释并不成功。作用大小的判断是以个别性的犯罪情景为对象,而预防必要性却要综合个人经历予以认定。显然,我们不能因为犯罪参与者的预防必要性大就认定他在某次具体犯罪过程中发挥了主要作用。作用大小的判断与预防必要性大小的判断完全是两回事,不能将其等同视之。

总而言之,尽管违法与责任的理论构造从形式上解决了次要的实行犯之疑问,但是,它超越不法层面将责任纳入主犯与从犯的区分依据之中,反而引发了更多的新问题,无力从根本上解释正犯体系与主犯体系区分标准趋同的理论现象。因此,将违法与责任作为递进式关系模型的结构支撑并不牢靠。

(二)将作用力质量区分作为结构支撑的体系构建

本文立足于“共同犯罪是违法形态”这一命题,主张将作用力的质量区分作为结构支撑,以此构建递进式关系模型。

第一,“共同犯罪是违法形态”这一命题意味着,无论是正犯与共犯的区分,还是主犯与从犯的区分,都应当被置于违法层面中去认识。唯有认识维度一致,我们才能解释为何正犯体系与主犯体系在区分标准上呈现趋同性。也正因如此,正犯体系与主犯体系区分标准的差异性必须被限定在违法层面去展开解释。

[46] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期,第123-126页。

[47] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期,第123页。

[48] 参见张明楷:《共犯人关系的再思考》,《法学研究》2020年第1期,第141页。

第二,正犯体系与主犯体系区分标准的差异性应当以作用力的质量区分子以解释。首先,正犯体系的运用应当着眼于作用力的质差。是否承认不法的质差是区分制与单一制争论的关键所在。所谓不法的质差,是指行为的不法程度存在明显的、应作异质评价的强弱差异;与之相对的,不法的量差则是指在同质评价基础上行为的不法程度所呈现出的量的差异。由于区分制承认正犯与共犯的不法程度存在质的差异,这种不法的质差决定了共犯的刑罚不应与正犯相同,因而采取层级法定刑设置模式。^[49]对于单一制而言,尽管承认各犯罪行为人的不法程度之间存在差异,但也仅仅是认为这是不法的量差而非质差。故而,功能的单一制虽然在构成要件层面区分不同的参与类型并且在量刑上考虑各个参与类型的不法差异,但它始终认为所有的犯罪参与人的不法等价值,应当适用统一的法定刑。之所以会出现这样的区别,究其根本,原因在于区分制与单一制对于作用力的理解不同。在区分制的语境中,支配性与非支配性的判断表明了犯罪参与者在犯罪过程中所施加的作用力存在本质上的强弱有别,故而承认了正犯与共犯在不法上的质差。而在单一制的语境中,认为所有犯罪参与者在因果流程中对法益侵害结果实现所施加的作用力都是相同的、不可或缺的,进而否定了不法质差的存在。在此意义上,作用力的质差判断实际上就是犯罪过程中参与者是否具有支配性贡献的有无判断。

其次,应当辅之以作用力的量差来解释主犯体系。所谓作用力的量差,是指犯罪参与者为实现法益侵害结果所施加的作用力大小。在正犯体系中,支配性贡献或重要作用的认定只存在有无之分,这意味着作用力的质差只能表现为重要作用与非重要作用两种形态。主犯体系的区分依据却包括了主要作用、次要作用及辅助作用三种作用形态,这就无法只从作用力的质差角度去进行解释,必须将作用力的量差辅助性地作为解释方向。主要作用与次要作用之间体现的是作用力的量差,次要作用与辅助作用之间反映的则是作用力的质差,由此实现从正犯体系到主犯体系的递进式认定。具言之,先通过是否具有支配性这一作用力的质差判断来区分正犯与共犯,在犯罪过程中作出支配性贡献的为正犯,作出非支配性贡献的是共犯(即起辅助作用的从犯);随后,在具有支配性的共同正犯中,依据作用力的量差大小来区分起主要作用的主犯与起次要作用的从犯。之所以能做这样的解释,其原因在于,作用力质差的存在并不排斥量差的存在可能。尽管犯罪参与人因共同支配而成立共同正犯,但这并不意味着每个犯罪参与人在犯罪过程中施加的作用力完全相等。当共同正犯之间的作用力存在可区分的量差时,我们完全可以根据作用力的大小再次区分主犯与从犯,因而次要的实行犯可以被认定为从犯。

当然,或许有人会质疑:既然能够在共同正犯中根据作用力的量差进行区分,为何不在共犯中也依据作用力的量差进行区分而只局限于共同正犯之中呢?本文认为,没有必要去追问为何不继续在共犯内部再作细化区分。单就正犯体系而言,不在正犯与共犯内部作进一步的细化区分是一种立法常态,共犯的法定刑本就已经减轻,试图在立法上通过细化区分对法官的裁量权作出更为严格的限制,既琐碎也无意义,反而可能使法官纠缠于无关紧要的细枝末节,导致司法裁判的不经济。相反,由于正犯的法定刑科处重于共犯,

[49] 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155-156页。

因而需要在共同正犯内部根据作用力的量差再作区分,形成主犯体系的立法构造,以此克制法官对正犯偏好科处重刑的倾向。易言之,在共同正犯内部再作共犯类型的区分是区分制中的例外情形,而这恰恰是中国共犯制度独具特色之处,也是本文力图为其提供理论解释资源的原因所在。

综上所述,正犯体系与主犯体系的区分标准因作用力判断而具有趋同性,同时,由于对作用力质与量的不同关注,导致正犯体系与主犯体系区分标准之间存在差异性。将作用力的质量区分作为递进式关系模型的结构支撑时,我们应当依照下述路径认定主犯与从犯:先通过是否具有支配性这一作用力的质差判断来区分正犯与共犯。其后,在主犯与从犯的区分中,当正犯唯一时,可以认定正犯即是主犯,而共犯则是起辅助作用的从犯。如果正犯不唯一,维持共犯是起辅助作用的从犯这一结论的同时,继续在具有支配性的共同正犯中依据作用力的量差大小来区分起主要作用的主犯与起次要作用的从犯。

(三) 将作用力质量区分作为结构支撑的量刑优势

将作用力的质量区分作为递进式关系模型的结构支撑具有两大量刑优势:一是量刑精确化,二是量刑有序化。

1. 将作用力质量区分作为结构支撑有助于量刑精确化

《刑法》第 27 条规定:“对于从犯,应当从轻、减轻处罚或免除处罚。”据此,法官在面对从犯的量刑时就具有多种选择可能性。刑法理论通说认为,在什么情况下从轻、减轻或者免除处罚,这需要考虑从犯参与实施的犯罪性质、情节轻重、参与实施犯罪的程度以及他在犯罪中所起作用的次要程度等情况来确定。^[50]但是,正如前文对双层区分制量刑过程的批判,这一从犯量刑方法过于粗糙,并没有考虑到应当如何与区分制下的层级化法定刑模式相协调。特别是,为何共犯是减轻处罚,而从犯除了减轻或免除处罚,还可以从轻处罚?在这一量刑方法的指导下,从犯的量刑完全取决于法官的自由裁量,其量刑过程没有发挥共犯减等处罚原则所具有的关卡作用,无法贯彻区分制精确量刑、限制法官自由裁量权的初衷,从而导致了法官量刑的恣意。

这种量刑的恣意表现直接反映在了司法实践之中。例如,在庞某 1、庞某 2、古某春、文某龙抢劫一案中,法院认定实施了暴力行为的文某龙起次要作用,是从犯,应当减轻处罚。^[51]而在张某平、江某抢劫一案中,法院认定张某平在抢劫过程中负责望风、接应,系起辅助作用的从犯,依法应从轻处罚。^[52]对比两案,不乏疑问的是:直观而言,次要作用显然要大于辅助作用,那么,为何文某龙作为起次要作用的从犯可以减轻处罚,而张某平作为起辅助作用的从犯却只能够从轻处罚?如果认为对文某龙减轻处罚是因为他在犯罪时暴力程度较轻,参与程度较小,为何他不是起辅助作用的从犯而是起次要作用的从犯?次要作用与辅助作用的区分意义究竟何在?对此,法院并没有给出详尽的裁判说理。归根结底,由于共犯论研究长期忽略从犯量刑规范的教义化构建,没有深入探究次要作用与

[50] 参见刘明祥:《主犯正犯化质疑》,《法学研究》2013 年第 5 期,第 174 页。另外,还可以参见王爱立主编:《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 2021 年版,第 75 页。

[51] 参见广西壮族自治区玉林市中级人民法院(2014)玉中刑二终字 117 号刑事判决书。

[52] 参见广东省高级人民法院(2020)粤刑终 1103 号刑事附带民事判决书。

辅助作用的区分意义,无法为从犯何时从轻、减轻或免除处罚提供充分的理论依据,最终导致了上述司法现象的出现。

对此,以作用力质量区分为结构支撑的递进式关系模型可以回答从犯何时应当从轻、减轻或免除处罚以及为何如此量刑等问题。具体的从犯量刑规则分为以下三个步骤:首先,在正犯与共犯的区分中,由于二者的作用力存在质差,共犯是起辅助作用的从犯。由于正犯与共犯之间的不法质差决定了对共犯应当减轻处罚,所以,只有当犯罪参与者被认定为起辅助作用的从犯时才能减轻或免除处罚。此时,如果正犯是在第二个法定量刑幅度内判处刑罚,那么共犯就可以降至第一个法定量刑幅度内判处刑罚;如果正犯在第一个法定量刑幅度内判处刑罚,共犯就可能免除处罚。其次,在成立共同正犯后,虽然根据作用力的量差区分了起主要作用的主犯与起次要作用的从犯,但是,由于他们之间的不法仅表现为量差而非质差,所以起次要作用的从犯只能在法定刑的限度以内从轻处罚,不能适用减轻处罚以跨越法定量刑幅度所设定的障碍。这也充分解释了为何德日刑法典仅规定对共犯减轻处罚,而中国刑法典却规定从犯可以从轻处罚的疑问:正是由于从犯并不等同于共犯,也包括起次要作用的正犯,所以可以从轻处罚。最后,通过前两个步骤明确各犯罪参与者的量刑起点后,再综合累犯、自首、立功等其他量刑情节进行个别化的刑罚裁量,此时才有法官自由裁量的发挥空间。^[53]

在上述量刑规则的指引下,法官的裁判既不会出现刑罚过轻——对起次要作用的从犯减轻或免除处罚,也不会出现刑罚过重——对起辅助作用的从犯仅从轻处罚,从而实现法官自由裁量权的有效限制。

因此,以作用力质量区分为结构支撑的递进式关系模型对从犯量刑规则的设置不仅继承了单层区分制限制法官自由裁量权的优点,还将原来的两阶段量刑过程完善为三阶段量刑过程,使得量刑更为精确化。

2. 将作用力质量区分作为结构支撑有助于量刑有序化

将违法与责任作为结构支撑的递进式关系模型自诩具有量刑指导功能,^[54]但是,由于它将期待可能性、预防必要性等内容引入了主犯与从犯的区分之中,反而导致了量刑失序。这种量刑失序直观地反映在了下述案例的认定过程中:甲乙共同杀害被害人丙,其中甲有反社会倾向且多次作案,乙是初犯且属于激情杀人。对此,以违法与责任为结构支撑的递进式关系模型认为,由于甲的特殊预防必要性大于乙,故而甲是主犯,乙是从犯。^[55]但是,预防必要性本是在裁量预防刑时需要考虑的因素,将其纳入主犯与从犯的认定过程中,使责任刑与预防刑的认定顺序混为一谈,最终结果必然是难以实现刑罚裁量的公正。^[56]事实上,司法实践也是反对这一混同认定方案的。2023年的《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》(下称“《昆明会议纪要》”)就明确指出:“对于在共同犯罪中起次要

[53] 参见杨建民:《反思帮助信息网络犯罪活动行为之共犯类型——以罪刑均衡原则为认识导向》,载邵博文主编《北大法律评论》(第20卷第2辑),北京大学出版社2020年版,第306页。

[54] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期,第127页。

[55] 参见周啸天:《正犯与主犯关系辨正》,《法学》2016年第6期,第126页。

[56] 参见江溯著:《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80页。

或者辅助作用的被告人,不能因其具有累犯、毒品再犯等从重处罚情节,而认定为主犯或者实际上按主犯处罚。”这实际上就是提示我们在区分主犯与从犯时不能将人身危险性作为考量因素。^[57]

当我们将作用力的质量区分作为递进式关系模型的结构支撑时,共犯类型与预防必要性将被重新分离为责任刑与预防刑两个不同层面的量刑因素,以此实现量刑的有序化。回归上述案例,甲成立主犯是因其其在犯罪过程中起主要作用,确定甲应当作为主犯予以处罚后,再因甲的预防必要性大而考虑从重处罚。甲仅作为主犯进行处罚,与甲作为主犯且从重处罚,显然是两种不同的刑罚裁量结果,前者存在刑罚不当轻缓的嫌疑。《昆明会议纪要》明确提出:“毒品共同犯罪中有多个主犯的,应当在全面考察各主犯实际发挥作用的差别、具体犯罪情节、危害后果的差异及主观恶性、人身危险性不同的基础上,对其中罪行更为严重者依法判处更重的刑罚。”先确定何者为主犯,再依据预防必要性等因素对某些主犯从重处罚,这正是本文所提倡的有序量刑之理念在实践中的体现。同理,将乙作为起次要作用的从犯从轻处罚,与因乙的预防必要性小而从轻处罚,分属两个不同的量刑因素。前者是责任刑的量刑因素,后者是预防刑的量刑因素。认为乙因预防必要性小而成立从犯,这是将责任刑与预防刑的判断不当混淆、误作为单一量刑因素而得出的重刑结论。但是,当我们区分责任刑与预防刑的不同因素时,乙因在犯罪过程中起次要作用而成立从犯,同时又因他的预防必要性小而有必要从轻处罚,在责任刑从轻处罚的基础上进一步基于预防刑从轻处罚,两个从轻处罚的量刑因素综合考量必然能够获得比单一量刑因素更大的刑罚优待。因此,以作用力质量区分为结构支撑的递进式关系模型通过区分不同量刑因素,实现从责任刑到预防刑的量刑有序化,从而为刑罚公正奠定坚实的基础。

六 结 语

强调学术的主体性意识,构建具有中国特色的刑法教义学知识体系,应当建立在对他人知识理论准确理解的基础之上。双层区分制正是因为误解了单层区分制的理论逻辑,看似学术创新,实则背离了自身区分制的基本立场,沦为功能单一制。本文将作用力的质量区分作为递进式关系模型的结构支撑,先是通过作用力的质差判断肯定共犯必定是起辅助作用的从犯,后依据作用力的量差再在共同正犯中区分起主要作用的主犯与起次要作用的从犯。如此一来,一方面既贯彻了“共同犯罪是违法形态”这一命题,又充分解释了正犯体系与主犯体系区分标准的趋同性与差异性。另一方面,坚持了参与类型与层级化法定刑设置模式之间的必然关系,使正犯与共犯的不法差异性在主犯与从犯的认定中继续得以彰显。在此意义上,本文所主张的以作用力质量区分为结构支撑的递进式关系模型,是在坚持区分制解释立场基础之上立足于本国立法而创造的具有中国特色的共犯教义学知识。

[57] 参见李睿懿等:《〈全国法院毒品案件审判工作会议纪要〉的理解与适用》,《法律适用》2023 年第 10 期,第 109-110 页。

Reflections on the Theory of the Two-layer Distinction System and Reconstruction of the Accomplice System

[**Abstract**] Faced with the issue of the relationship between the core offender and the principal, the theory of the two-layer distinction system criticizes the integrated approach to conviction and sentencing of the theory of the single-layer distinction system, and advocates adopting the formal objectivity standard to distinguish between the core offender and the accomplice on the conviction level and the substantive function standard to distinguish between the principal and the accessory on the sentencing level. However, the strict formal objectivity theory and the normative formal objectivity theory either ignore the declarative significance of behavior evaluation or fail to adhere to their formal positions completely but turn to the substantive concept of the core offender. As a result, it is not appropriate to use the formal objectivity standard as the standard for distinguishing between the core offender and the accomplice. More importantly, the theory of hierarchical positioning fails to correctly understand the theoretical logic of the hierarchical statutory penalty setting model adopted by the theory of distinction system, and is unable to further demonstrate the differences in the unlawfulness between the core offender and the accomplice in the distinction between the principal and the accessory, resulting in the implementation of the single system in the name of the distinction system by the theory of two-layer distinction system. In addition to the theory of a two-layer distinction system, Chinese criminal law scholars have also proposed other theoretical solutions, but these plans are not suitable theoretical conceptual plans for explaining the relationship between the core offender and the principal. In view of this, it is necessary to establish a progressive relationship model based on the theory of the domination of criminal facts, using the mass differentiation of forces as the structural support. Firstly, a distinction is made between the core offender and the accomplice through the judgment of whether the acting force has dominance. Secondly, in the distinction between the principal and the accessory, if there is only one core offender, he can be determined as the principal, while the accomplice serves as the auxiliary accessory. If there are more than one core offender, it is necessary to further distinguish among the dominant joint core offenders between the principal who plays a primary role and the accessory who plays a secondary role in the crime based on the different magnitude of the acting force, while maintaining the conclusion that the accomplice is the accessory playing an auxiliary role in the crime. Compared to other theoretical models, the progressive relationship model that takes the distinction between masses of forces as its structural support has the theoretical advantage of precise and orderly sentencing.

(责任编辑:贾元)