

犯罪参与类型再思考*

——兼议分工分类与作用分类的反思

阎二鹏

内容提要:犯罪参与类型的设置在本质上是对构成要件符合性的解释,以此为理论基点,在犯罪参与立法上形成了一元参与体系与二元参与体系。在二元犯罪参与体系之下,以犯罪事实支配理论为代表的实质客观说形成了正犯界定的实质化倾向,但此种理论学说完全颠覆了其赖以建立的前提即基本构成要件与修正构成要件之间的制度性区别。我国刑法学界传统观点在共犯人类型上形成的分工分类法与作用分类法的认识过于表面化,对于犯罪参与类型与构成要件之间的关联应为学界研究的重点。

关键词:犯罪参与类型 限制正犯 犯罪支配 构成要件

阎二鹏,海南大学法学院教授,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

犯罪参与类型即共犯人类型的设置是整个共犯论中的前提问题,也是我国刑法学者争议的热点问题,由此问题所涉及到的犯罪参与基本理论实有正本清源之必要,遂做此文。

一 犯罪参与类型概念之厘清

在现实生活中,由数人共同参与而实施犯罪的情况非常普遍,从实行犯罪的确定性、危险性来看,与单独犯罪相比,二人以上参与犯罪的情形具有更高的当罚性。其理由显而易见:首先,从客观上来看,相互之间可通过功能与作用的分担,而使犯罪更容易实现;其次,从主观上来看,参与者互为依托这种“群集心理”发挥作用,可强化犯意。另外,从相反的角度看,即便某一参与者想从共同犯罪中脱离,但其他同伙也不会答应,换言之,“群集心理”使得脱离、中止难以实现。^[1]正是由于犯罪参与现象比单独犯罪更有严加取缔的必要,因此,各国刑法典对犯罪参与现象均有明确的规定,但由于在数人共同参与完成法益侵害的过程

* 2010年度教育部人文社会科学研究一般项目“比较法视域下我国共犯论体系之建构与完善”(项目编号:10YJC820130)阶段性成果。

[1] 参见[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第302页。

中,每个人所参与、加攻之质、量均有不同,如何妥当地对各参与者进行评价则成为刑事立法的重心,因此,在刑事立法上发展出了两种不同的犯罪参与立法体系,即一元参与体系(单一正犯体系)与二元参与体系(共犯、正犯区分体系)。

所谓一元参与体系,乃将全体参与犯罪并与构成要件的实现具有因果关系之人,皆一体视为正犯,并无必要与犯罪论体系上预先对其属性或资格进行正犯与共犯之区隔,至于各个人在整个犯罪实现过程中,对法益侵害结果所发生之作用亦或扮演之角色如何的问题,则留待刑罚论即刑罚裁量阶段加以考察;与之相反,二元参与体系的重心意在尚未进入刑罚论之前即针对各参与者之资格进行属性上的类型区分,于是,依照个人加攻之样态区分为正犯与狭义共犯,狭义共犯则进一步细分为教唆犯与帮助犯。于当今世界大陆法系国家范围内,在犯罪参与体系的立法例中,二元参与体系获得了绝大多数国家的认同,援用一元参与体系的国家只有奥地利、意大利、俄罗斯等少数国家。不过,立法上“采取哪一种制度只是一个反射的表象,背后有其根本的核心思考”,^[2]即如何理解刑法上的“正犯”概念,对此,学界历来存在限制正犯概念与扩张正犯概念的两种立场。

限制正犯概念的理论认为,以自己的身体动静直接实现构成要件的人就是正犯,如果对于构成要件的实现仅仅只有因果关系,而非亲自实施者,不能称为正犯,只能视为共犯。教唆行为、帮助行为既非构成要件的行为,教唆犯、帮助犯也未亲自实现构成要件,因此教唆犯、帮助犯即非正犯。按照限制的正犯概念的逻辑,教唆犯与帮助犯并未亲自实施构成要件,教唆行为与帮助行为即非构成要件行为,如果贯彻“实施构成要件者方予处罚”的原则,则教唆与帮助者皆无处处罚的根据,因此,立法上关于教唆犯、帮助犯的处罚规定是扩张刑罚的表现,教唆和帮助在这种概念之下即被称为“扩张刑罚事由”。^[3]以限制正犯概念作为理论前提,在共犯立法模式上形成了二元参与体系;与此相对,扩张正犯概念则主张,凡于犯罪实现之历程中,对构成要件结果赋予任何条件的人,包括亲自实施构成要件的人,利用他人作为工具实现构成要件的人,教唆他人实施构成要件的人,帮助他人实施构成要件的人,都是正犯。此主张是以因果关系理论中的条件说为基础而展开对正犯属性的界定,即“因果关系只是刑法运作的前提,只是表现条件和结果之间的必然关系,所有条件和结果之间的关系既然都是必然的,就是等价的,教唆犯、帮助犯与正犯一样对利益侵害结果的实现具有因果关系,因此,从确认刑法评价主体资格的角度看,并无任何区别,即都是正犯。”^[4]以扩张正犯概念作为理论前提,在共犯立法模式上形成了一元参与体系。

综上,所谓限制正犯概念与扩张正犯概念均是对“该当构成要件”进行解释所形成的不同观念:限制正犯概念由于对构成要件做自然意义的解读,因此,教唆犯、帮助犯必然不符合基本的构成要件,其可罚性必须结合刑法总则关于共同犯罪的规定才能予以说明,即“适用有关共同犯罪的法律规定,必须以处罚单个主体的法律规定为前提,并以这种规范为基础来‘扩张’它所规定的典型行为。”^[5]相反,扩张正犯概念由于对构成要件进行规范的把握,使得教唆犯、帮助犯与正犯一样都具有构成要件符合性,狭义共犯获得刑事处罚的根据即与正犯一样,在于刑法分则对构成要件的规定,而不在于刑法总则中的共犯规定,换言之,即使没有刑法总则关于共同犯罪的规定,教唆、帮助行为仍然属于该当构成要件的行为方式之一。

[2] 蔡圣伟:《论间接正犯概念内涵的演变》,载《刑事法评论》,2007年第21卷。

[3] 转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第569页。

[4] 转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,第570-571页。

[5] [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第329页。

换言之,区分犯罪参与类型也只有^[6]在限制正犯概念下才有意义:直接、亲自实施构成要件行为的人由于该当基本构成要件,其可罚性依据来源于基本构成要件,间接、利用他人实施构成要件行为的人,由于其不属于该当构成要件行为的人,其可罚性依据必须另外说明,即在刑法总则中另外设立修正的构成要件。在扩张正犯概念之下由于并不限定构成要件的实现方式,因此,并无承认犯罪参与类型的必要,亦即无所谓正犯、共犯的区别,所有与构成要件的实现具有因果关系之人皆为正犯。

二 德日参与论中正犯界定实质化之内涵与检讨

以限制正犯概念作为理论根基来解释二元参与体系的立法是当今大陆法系刑法学界的通行观点,在此一逻辑预设之下,正犯与共犯为性质互异的概念,因此,就限制正犯体系而言,其首要问题即在于如何区分正犯与共犯,学界就此提出了诸多理论,计有形式客观说、实质客观说、主观说、行为支配论与混合理论等理论观点,并大体形成了由形式到实质化的逻辑进路。不过,有必要予以说明的是,上述理论严格来说,都是界定正犯的理论,因为在限制正犯体系之下,是以基本的犯罪构成为前提,对多数人参与实施犯罪的情形,在总则中设立一般规定,使其成为分则各本条规定的基本构成要件的组成部分或者必要的补充。因此,在区分制之下,正犯与共犯并非在同一层次,正犯是先行于共犯的概念。而且,限制正犯体系“在认定正犯与共犯的区分时,均将区分的焦点置于正犯认定的基础上,并未从共犯形态加以观察,因而,其对于共犯认定的问题,有着相当之局限性。”^[6]所以,就德日正犯、共犯区分理论的发展轨迹来说,更严谨的表述应该是正犯概念的实质化,而非像部分学者所称的“共犯分类的实质化”,^[7]共犯分类本身并无所谓形式化或者实质化的问题。

(一) 实质客观说与犯罪事实支配论的基本内涵

学界最初提出形式客观说作为区分正犯、共犯的标准,即亲自实施不法构成行为之一部或全部的人为正犯,否则即非正犯,但这样的区别标准导致在有组织犯罪中躲在幕后的头目无法认定为正犯从而获得合理的量刑结果,同时无法解释间接正犯的正犯性,充其量只能视为共犯;为摆脱形式客观理论在认定正犯时的僵化后果,学界随之提出了主观标准用于区分正犯、共犯。即“以意欲完成自己的犯罪而实施行为的为正犯,以意欲加担他人的犯罪而实施行为的为共犯”。^[8]但是,完全以行为人的主观想法作为区隔正犯、共犯的标准显然过于随意、模糊,同时也与构成要件符合性毫无关联,这样的标准也很难被学界所接受。

为补强形式客观说与主观说的不足,学界遂提出实质客观说的主张,我国刑法学者大多认为实质客观说与犯罪事实支配理论两者之间是并列的理论学说,其实多数刑法学者向来将犯罪事实支配论视为实质客观说的一种,所谓的实质客观说只是一个泛称,意思是指从行为的实质支配作用的角度来论断犯罪参与人的刑事责任范围。在此范围内,将早期的以“加攻行为的危险程度”作为区别正犯、共犯标准的观点称之为“旧实质客观说”,而将“行为支配”为指导正犯原则的主张称之为“新实质客观说”。^[9]而前者又包罗了必要性说、优势

[6] 柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第182页。

[7] 杨金彪:《分工分类与作用分类的同一》,载《环球法律评论》,2009年第3期。

[8] [日]大谷实:《日本刑法中正犯与共犯的区分》,载《法学评论》,2002年第6期。

[9] 参见 Botke, *Täterchaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, S. 35ff, 转引自黄荣坚:《基础刑法学》,元照出版公司2006年版,第29页;黄常仁:《刑法总论——逻辑分析与体系论证》,新学林2009年版,第210页。

说、重要作用说等诸多学说,其中重要作用说影响最为广泛。该说为平野龙一所倡导,他认为从实质上看,对结果的发生起重要作用的就是正犯,反之则是共犯。而判断是否起重要作用,则需要以共同者内部的地位、对实行行为加攻的有无、样态、程度等为标准。^[10]

时至今日,以犯罪事实支配论为代表的新实质客观说在德国、日本学界基本占据了通说的地位。主张犯罪事实支配论的学者众多,对其内容理解也有差异,但是犯罪参与理论之集大成者洛克辛(Roxin)教授所倡导的多元犯罪支配论获得了最多的支持,影响也最大。按照洛克辛教授的主张,正犯是具体行为事件中的核心人物或关键人物,对于此“核心人物”的判断系各自依犯罪支配、特别义务的违反以及己手性而形成,此三种判断标准又分别对应于三种不同的犯罪形态,即支配犯、义务犯与亲手犯。^[11] 详言之,所谓犯罪支配作为界定正犯的指导原则并非在所有的犯罪中一体适用,在义务犯中以义务之有无判断正犯性的有无,在亲手犯中是以自己本身亲手实行犯罪行为作为正犯性的根据,犯罪支配作为判断正犯性的标准只是作为故意作为犯中显示该当构成要件事项的“核心人物”的指导原理。同时,洛克辛教授又将犯罪支配的具体样态细分为三种类型即直接正犯、间接正犯与共同正犯。在直接正犯中,行为人亲自实施了构成要件所规定之行为,因而拥有行为支配;在间接正犯中,行为人虽未亲自实施构成要件行为,但利用自己的意志力量支配了犯罪的因果流程,因而拥有意志支配,凡事实情状系借由强制、错误、利用优势知识及组织形态机制所为者,幕后之人即具有意思支配,而成为间接正犯;在共同正犯的场合,参与者之间通过与其他犯罪人的分工合作,具有对等的横向参与关系,功能性的支配了犯罪,因而拥有功能的犯罪支配。^[12]

按照犯罪事实支配论的逻辑,正犯并不要求行为人亲自实施构成要件的行为,当行为人属于某一犯罪事件中的核心人物或关键人物,对法益侵害的实现具有关键性的支配力时就是正犯,相反,当其在某一犯罪事件中居于边缘地位者,对法益侵害的实现不具有关键性的支配力则为共犯。质言之,犯罪事实支配论与前述的重要作用说没有本质的不同,两者均为实质正犯概念的演绎。

(二) 犯罪事实支配论的困境检讨

洛克辛教授所倡导的犯罪事实支配理论虽然影响很大,但从其产生之日起,批判意见便不绝于耳,对此理论困境我国刑法学者大多并未关注。以往学界关于犯罪事实支配理论的批判主要集中于以下两点:

其一,“犯罪支配”的概念缺乏明确性。犯罪支配的概念于 1915 年首次出现在文献中,到 1939 年威尔泽尔(Welzel)的“目的犯罪事实支配”引起学界注意,最终由洛克辛整理并检讨犯罪支配理论的发展和内涵,其间经历了黑格勒(Hegler)、伯恩斯(Burns)、洛伯(Lobe)、韦伯(Weber)、毛拉赫(Maurach)和加拉斯(Gallas)等诸多学者的完善,而犯罪支配的概念无论在体系定位还是内涵上均经历了巨大的变迁,对其理解也五花八门,如黑格勒提出犯罪支配的概念并非用于诠释犯罪参与形态,而是将其作为犯罪行为可罚性之判断方法,在此种观念之下,犯罪支配是行为人的人格特质即犯罪主体特征,如同故意、过失等责任要素一样是行为人负担刑事责任的前提;与黑格勒不同,伯恩斯首次将犯罪支配的概念引入犯罪参与形

[10] 参见[日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁 1975 年版,第 398 页。

[11] 参见 Roxin, *Täterchaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., 2006, S. 528.

[12] 参见 Roxin, *Täterchaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., 2006, S. 126ff.

态中,并提出相当性理论判断犯罪支配的可能性,而正犯正是建立在行为本身的犯罪支配可能性之上的;而洛伯、韦伯则从主观方面阐明犯罪支配的概念,即作为正犯,其意思实现的过程受主观意思的支配和操纵;威尔泽尔将目的行为理论与犯罪支配概念相结合,提出“目的犯罪事实支配”的概念,以此作为区分正犯、共犯的标准:正犯是有目的意识的制造犯罪现象,共犯虽然对于自己参与的行为有犯罪支配,但对于构成要件行为本身则没有犯罪支配;毛拉赫和加拉斯的主张则基本上都依附于威尔泽尔的目的犯罪事实支配理论,只不过在具体细节问题上有一些完善。^[13] 所有上述观点与犯罪事实支配理论的集大成者洛克辛教授的观点共同构成了犯罪事实支配理论的全貌,而每个学者对犯罪支配概念的理解均不相同,理论内部分歧明显,正如台湾学者陈子平教授所言:“Welzel、Maurach、Roxin 所主张之犯罪支配论之犯罪支配概念,皆过于抽象性、规范性、多义性,以致因主张学者之不同而有不同意义之解读,殊欠缺具体明确性。”^[14] 对此,洛克辛教授也不得不将犯罪支配概念定位为所谓的“开放性概念”,就是无法定义、只能描述的概念,因为把这种概念的必要要素采取下定义的方式进行界定是不可能的,只能就各种可能的情况作相当的描述。^[15] 正是由于犯罪支配概念的这种开放性,洛克辛所倡导的犯罪事实支配理论才能为大多数学者所接受,当今的共犯论中除犯罪事实支配论一枝独秀外,其他共犯论均退居二线,其原因正是基于概念的开放性使理论发展中的各种观点,都可以纳入此一概念之下,而在此概念之下各学者仍可进行不同的阐释。

其二,犯罪事实支配理论作为界定正犯的标准,无法合理解释附加的共同正犯与择一的共同正犯。此两种正犯类型分别由德国刑法学者赫兹伯格(Herzberg)与鲁道菲(Rudophi)所提出,用以批判洛克辛所提出的功能性犯罪事实支配理论。所谓附加的共同正犯,系指为确保法益侵害结果实现的成功率,由两人以上共同针对同一对象实行犯罪的情形。例如,20个人共谋暗杀某一人,为提高成功率,20人决定同时开枪,结果被害人中弹身亡,但事后无法确定致命的子弹来自哪些开枪者,但此处所有的开枪者都应被论以共同正犯。由此,在附加的共同正犯中,即使某人不参加,结果还是一样,即某个人被论以正犯并不取决于其对法益侵害结果发生的影响是否重要,如此,便与洛克辛所提出的功能性犯罪事实支配相冲突。而择一的共同正犯则是指,从最初开始行为人中就只有一人的行为能引起构成要件结果的情形,例如,甲乙两人共同计划杀丙,分别埋伏在不同的道路,丙如果经过甲埋伏的道路,那么,甲就可以杀丙,反之,如果丙从乙埋伏的道路走,乙就可以将其杀害。无论哪种情形,甲乙都应成立共同正犯,但对于案例中白白等候在其他地方的行为人来说,其对犯罪结果的发生并没有发生作用,如此便不能与其他行为人形成功能性支配。^[16]

其实,上述批判意见并未切中实质,犯罪支配的概念虽欠缺明确性,但正如洛克辛所回应的那样,“虽然如何详细的理解‘犯罪事实支配’还不具有绝对明确性,不如说,从法学理论和解释学的基本问题一直到实践结果,在学者中间几乎都存在争议。”^[17] 作为规范科学的法学理论,就某一概念而言,不同的学者本来就有不同的理解,或许原本就无可厚非;而对于

[13] 关于犯罪支配的学说史,参见[日]桥本正博:《行为支配说与正犯理论》,有斐阁2000年版,第3页以下。

[14] 陈子平:《刑法总论》(下),原照出版公司2006年版,第80页。

[15] Roxin, Täterchaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 123.

[16] 参见[日]桥本正博:《行为支配说与正犯理论》,有斐阁2000年版,第123-124页。

[17] Roxin, Täterchaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 107.

附加的共同正犯和择一的共同正犯而言,如果对犯罪支配做广义的理解,从事前来看,各人的行为之间具有相互依存关系,从本质上看,各人的行为对结果的发生均发生了作用,如此,用功能性犯罪支配仍可以进行解释。

犯罪事实支配理论真正的体系性弊端在于其彻底混淆了犯罪参与理论的前提即构成要件概念,如前文所述,犯罪参与类型的设置以限制正犯概念为前提,即亲自实施构成要件的行为与间接实现构成要件的行为方式被视为不同的构成要件实现方式,正犯行为的可罚性源于刑法分则的构成要件,而共犯行为并非亲自实现构成要件的行为方式,只能通过刑法总则的规定扩张处罚,两者具有本质不同,这样才能使构成要件与行为类型形成紧密的对应关系,以维持构成要件与实行行为的定型性、类型性。而犯罪事实支配理论一方面将正犯、共犯的区分求之于对是否支配构成要件的实现过程,或者说是否是行为事件的核心角色与关键人物,如此必然导致,正犯、共犯的区分不再以符合构成要件的行为方式作为标准,同样的行为方式既可能被认定为正犯也可能被认定为共犯,例如,对于共同犯罪中的望风行为,按照犯罪事实支配论的主张,势必得出如下结论,当某种望风行为与其他参与者的行为具有功能性支配时,就是正犯,反之,则是共犯。换言之,同样的行为类型——望风,视其支配形态的不同,可能属于符合刑法分则基本构成要件的行为,也可能属于符合刑法总则修正构成要件的行为,结果便是,所谓的“该当构成要件的行为”根本没有所谓的定型性或者类型性,犯罪事实支配理论赖以建立的前提基本构成要件与修正构成要件的制度性区别被完全颠覆;另一方面,在犯罪事实支配论的视角下,仍然坚持“亲自实施构成要件行为的人恒属正犯”观念,这也被我国部分学者视为犯罪事实支配理论仍然坚持形式性特征的根据,^[18]但问题是,对照犯罪事实支配论的主张,在共同犯罪中,亲自实施构成要件行为的人,果真一定会对犯罪的完成起支配作用吗?答案显然是否定的,如洛克辛所言,在所谓的“组织支配”的场合,即幕后操纵者通过组织机构下命令给直接事实犯罪行为的个人去实施犯罪,由于幕后者居于事件的核心角色,因此通过所谓的“意思支配”构成正犯,而直接事实犯罪行为的人通过“行为支配”也构成正犯,但后者在整个共同犯罪事实形态中,就像洛克辛所说的“处于随时可被替换的角色”、“就组织解构而言,属于随时可以替换的零部件而已”,一个在法益侵害实现过程中可被随时替换的角色,怎么可能支配了犯罪的实现呢?由此可见,犯罪事实支配理论在界定正犯的范围时很明显采取了双重标准:当行为人亲自实施构成要件的行为时便采取构成要件的标准,反之,则采用“支配”的标准来确定是否正犯,此一双重标准恰恰证明,犯罪事实支配理论完全偏离了限制正犯概念的基本立场,其理论体系既未将“形式(构成要件)”贯彻到底,也未将“实质(支配)”彻底贯彻,最终在具体结论与基本立场之间形成冲突。

三 分工分类与作用分类之认识误区

将共犯人分类标准作为二元参与体系与我国共犯立法体系的区别所在是我国刑法学界的一般认识,在此种认知之下,将犯罪参与立法体系的分野简单化为分工分类法之下的正犯、共犯与作用分类法之下的主犯、从犯,而我国刑事立法关于共犯人分类标准则被理解为分工分类法与作用分类法的混合标准。学界的上述观点对犯罪参与体系的认识过于粗疏,

[18] 杨金彪:《分工分类与作用分类的同一》。

共犯人种类如何划分只是表现形式,其背后都有基本的理论立场在支撑,研究犯罪参与立法体系的重点在于后者。如前文所述,在将共犯人区分为正犯、共犯的二元犯罪参与体系之下,其核心的思考,在于将直接实现构成要件的行为与间接实现构成要件的行为做本质的区分,从而形成所谓的“基本构成要件”与“修正构成要件”的观念,两者分别为正犯与共犯提供处罚根据;在一元犯罪参与体系之下,直接与间接实现构成要件的行为均被视为符合构成要件的行为,只要与构成要件的实现具有因果关系之人均视为正犯。无论是何种参与体系,犯罪参与(共犯人)类型的划分,最终可归结为对构成要件符合性的观念不同,反观我国刑法中的主从犯的共犯人分类情形,其划分依据与构成要件无关,仅仅与量刑相关联,因此,严格意义上说,并不能称之为犯罪参与类型,起码不能与大陆法系国家正犯、共犯的分类标准相并列。

在上述认识误区影响之下,我国学者对犯罪参与类型的理解不可避免地发生如下偏差:

其一,将分工分类法与作用分类法并列。刑法学界的传统观点认为,我国立法采用了混合分类法,即以作用为主兼顾分工对共同犯罪人予以分类,按照此种分类方法划分出两类四种共同犯罪人,即一类为主犯、从犯、胁从犯,另一类为教唆犯。^[19]按照学界的上述思维逻辑,教唆犯与主犯、从犯、胁从犯是并列的共犯人类型,换言之,在共犯人类型的划分中,分工分类法与作用分类法是可以并列的。如果从一般意义上讲,对事物的分类本来就可以依据不同的标准,其分类的结果并不存在矛盾或者排斥的问题,以刑法为例,按照不同的分类标准,其既是成文法又是实体法,同理,共犯人既可以既是教唆犯又是主犯或者从犯。但是,在规范层面如果将分工分类法与作用分类法并列则有悖基本法理,原因在于,参与(共犯人)类型——与分工分类法对应,其设置的功能在于确定刑法处罚的范围,参与程度(共犯人在共同犯罪中所起的作用)——与作用分类法对应,其功能设置在于确定刑罚的轻重,^[20]简言之,前者着眼点在于定罪,而后者则在于量刑,“定罪是量刑的前提”为刑法学的一般常识,在未对定罪做出清晰判断之前不应该直接跨越致量刑层面,亦即,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。而分工分类法与作用分类法正是对应于参与类型和参与程度的区分,两者根本不可能在同一层面“相提并论”。因此,教唆犯不是与主犯、从犯、胁从犯并列的共犯人。

其二,部分学者甚至将分工分类法与作用分类法混同。有学者提出“刑法理论中所谓的分工分类法与作用分类法并无本质不同,二者完全可以同一起来……如果用图示化的表达方式,可以得出以下结论:正犯=主犯,帮助犯=从犯(还包括胁从犯),即我国刑法规定了正犯(主犯)、帮助犯(从犯)、教唆犯三种共犯形态及共犯人类型。”^[21]此种观点较之前述通说观点,对犯罪参与类型的“误解”程度更深,通说只是将分工分类法与作用分类法并列,至少还承认两者之间的区别,而该种观点则直接将两者等同视之,完全不承认两种分类标准的区别,但此种理解既无法克服解释论中的障碍,也无法圆说立法论上的困境。就解释论而言,上述观念认为:“教唆犯既不能作为主犯,也不能作为从犯,当然也不能作为胁从犯定罪处罚。”^[22]问题是,我国刑法已明确规定,教唆犯按照其在共同犯罪中所起的作用进行处罚,换言之,立法已经确认了教唆犯在共同犯罪中所起的作用既可能是主要的,也可能是次要的,

[19] 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2007年版,第188页。

[20] 对此,通说也有相似的表述。参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,第188页。

[21] 杨金彪:《分工分类与作用分类的同一》,载《环球法律评论》,2009年第3期。

[22] 同上。

否则上述规定就没有意义。很明显,上述观点与立法规定直接冲突;就立法论而言,我国刑法没有规定正犯,那么在理论上,它是否可以和主犯对应呢?虽然在犯罪事实支配理论之下,追求实质的正犯概念,将“犯罪中的核心人物”、“支配法益侵害实现的人”界定为正犯,在本质上此种界定标准与“在共同犯罪中起主要作用的人”并无区别,只不过表述方式不同而已,但不应忽略的是,犯罪事实支配论仍然强调“亲自实施构成要件行为的人恒属正犯”,而后者并不必然是在共同犯罪中起主要作用之人,所以,仅仅从正犯与主犯两者的范围来看也不完全相同;相反,如果采纳形式客观说去界定正犯,那么其与主犯之差别则更大,由此可见,即使在理论上,正犯与主犯也没有一一对应的关系。同样的道理,帮助犯与从犯也不可能存在对应关系,我国刑法中并无帮助犯的明确规定,“起次要或者辅助作用的”关于从犯的规定中,既包含了次要的实行犯(正犯),也包含了起次要作用的其他共犯类型(教唆犯、帮助犯),此为学界的一般认识,换言之,帮助犯是否是从犯要视其在共同犯罪中所起的作用而定,起次要作用时为从犯,起主要作用时为主犯。

以分工分类法、作用分类法概括共犯人类型的表述方式确实对我国刑法学者的研究产生了一定的误导,为正本清源,采用二元参与体系与一元参与体系的表述方式则在本质上体现了共犯人分类的意义。以此种标准衡量我国刑法关于共犯人的规定,在本质上倾向于一元参与体系:如前文所述,在二元参与体系之下,共犯由于并未直接符合刑法分则构成要件,因此需要在刑法总则中单独规定,而参与类型的划分,其功能正是要把所有“未直接符合刑法分则构成要件”但应受刑法处罚的行为进行明确的列举,而我国刑法于参与类型的设置中只有教唆犯的规定,而没有帮助犯、间接正犯等的规定,而后者在参与类型的设置上与教唆犯具有同等地位,都属于间接实现构成要件的情形,刑法的规定不应厚此薄彼,只对其中某种参与类型进行规定,而对其它参与类型有意忽视。由此说明,我国刑法总则中关于共同犯罪人的规定并不是着眼于“构成要件的实现方式”,“直接实现构成要件”与“间接实现构成要件”两种构成要件观念的差别并未在立法中得以体现,所以,此种立法模式与区分制仍有本质区别。相反,我国刑法中虽有所谓的“犯罪参与类型”,也就是主犯、从犯,但其着眼点在于量刑,法官在判断共同犯罪事实中,何者为主犯、何者为从犯时,需要综合整个案件事实的所有主客观因素作为判断资料进行判断,这些无限多的因素或许只能抽象为主要与次要作用,而其判断标准则与构成要件无涉,如此,主从犯的立法模式只是就参与程度即量刑层面进行的分类,而在参与类型即定罪层面则根本没有区分共犯人类型,所以,总体而言,在参与类型上我国刑法的规定大体倾向于一元参与体系,即在定罪层面不区分参与类型。

四 结论及其反思

通过上述分析,可以看出,犯罪参与类型的划分并不是一个简单的立法技术问题,不同的划分标准是基本理论立场的直接投射,不管是二元犯罪参与体系还是一元犯罪参与体系,均是对“构成要件符合性”的解释,在与构成要件的关联上,两者出发点相同,两者均着眼于共同犯罪的定罪问题。顺理成章的想法,从立法论而言,完全可能采行在共同犯罪定罪问题上按照分工分类法对实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯进行规定,而在量刑问题上按照作用分类法对主犯、从犯进行规定的立法模式。^[23] 对于上述立法构想,有学者明确提出三点反对

[23] 此种立法模式最早由陈兴良教授提出。参见陈兴良:《历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订》,载《刑事法评论》第2卷。

理由:首先,论者没有解决分工分类法与作用分类法的结合点,即没有解决两者之间的对应关系;其次,论者形式上看到了分工分类法与作用分类法的统一性,但实质上仍然是将两者对立起来;最后,这种观点无形中加重了刑事司法的困难和负担,即需要法官先确定谁是实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯后,再确定谁是主犯、从犯。^[24]

针对上述反对理由,笔者认为,一方面,如果认为分工分类法与作用分类法的所谓结合就是指两者之间必须存在一一对应关系的话,那么,上述立法设想确实没有将这两种分类方法“结合”,问题是,追求这种意义的结合有何价值呢?通说尚且意识到分工分类法与作用分类法并不是简单的技术性分类标准,其背后代表的规范意义分别侧重于定罪与量刑,在这一点上两者无法互相取代,如果强行将两种不同的分类标准所划分出的子项进行一一对应与相互混同的话,那么只能使上述规范功能失去意义,同理,是否能将两种分类方法进行统一,在何种意义上进行统一必须考虑分类标准设置的意义是什么,在刑法规范层面上,只能是与定罪、量刑具有紧密联系才具有合理性。所以,如果说分工分类法与作用分类法可以“结合”的话,或许只能在上述意义下结合;另一方面,将分工分类法与作用分类法对共犯人分别作出规定,是否会导致加重司法机关的负担?其实,就定罪、量刑而言,二者在所有犯罪中均是司法机关必须解决的问题,在共同犯罪中,司法机关也必须首先就行为人的行为是否符合构成要件、符合哪一个罪的构成要件做出判断,在此基础上才能决定其量刑问题,如前文所述,分工分类法或者更准确地说是犯罪参与类型,解决的就是构成要件符合性的问题,在构成要件符合性问题上还存疑的话,自然不能进入量刑阶段的判断,此为刑法学界的共识。如果说这是一种负担的话,那在所有的犯罪识别阶段都存在,而且也必须存在。

从上文的分析可以看出,我国刑法学界部分学者对犯罪参与类型的认识还是停留在表面层次,对其背后的理论立场则缺乏深入的研讨,或许,对于我国刑法学者而言,应该深入反思的是二元参与体系与一元参与体系所代表的两种基本立场即限制正犯概念与扩张正犯概念究竟孰优孰劣?^[25]

[Abstract] The establishment of types of participation in crime serves as the explanation for determining constitutive requirements. Based on this theoretical understanding, legislation on participation in crime is divided into two systems: monist participation and dualistic participation. Under the system of dualistic participation in crime, the notion of substantive objective reality based on the theory of stressing criminal facts has formed a substantial trend in defining principal offender. However, this theory has completely negated the premise on which it is depended, namely, the systematic distinction between the basic constitutive requirements and the amendatory constitutive requirements. The traditional standpoint supported by criminal law circle in China emphasizes the approach of division of responsibility and classification and the approach of classification of role played by offender. Such standpoint is too superficial. The author concludes that connections between types of participation in crime and constitutive requirements should be taken as the focus of future study.

(责任编辑:王雪梅)

[24] 杨金彪:《分工分类与作用分类的同一》。

[25] 对此问题的探讨已超出了本文的范围,笔者的观点参见拙文《扩张正犯概念体系的建构——兼评对限制正犯概念的反思性检讨》,载《中国法学》,2009年第3期。