

归责视野下共同犯罪的 区分制与单一制

何庆仁*

内容提要：我国刑法总则“共同犯罪”一节采取的是区分制还是单一制，近年来学界的争论颇多。但是，这些争论大多围绕条文规定本身展开，而未深入到对共同犯罪归责基础的分析。实际上，在区分制与单一制日渐趋同的今天，仅从是否区分了正犯与共犯，或者是否区分了定罪与量刑等方面，已经很难准确界定区分制与单一制。只有引入归责的视角，才能看到单一制的单独归责模式给不法概念的内涵带来的深层次问题。我国刑法规定主犯与从犯的立法采纳的是共同归责模式，并且区分了共同归责的核心人物与边缘人物。就此而言，我国刑法总则“共同犯罪”一节采取的是归责意义上的区分制。

关键词：共同犯罪 区分制 单一制 共同归责 单独归责

如所周知，一国的刑法立法对其共同犯罪理论有着决定性的影响。我国刑法总则“共同犯罪”一节之规定，同样是我国共同犯罪理论的基础。主流观点历来认为，该节之规定关于共同犯罪人采取的是以作用分类法为主、以分工分类法为辅的立场，其中区分了正犯与共犯（教唆犯、帮助犯）。并不令人意外的是，近年来，刘明祥、阮齐林、江溯等学者借鉴单一行为人体系（即单一正犯体系），对“为单一制提供了一定的想象空间”的刑法第25条至第29条，^{（1）}提出了针锋相对的解读，认为我国刑法采取的不是区分制而是单一制。

在双方观点的争鸣中，一个令人困惑的现象是归责视角的相对缺位。归责理论的兴起是当代刑法教义学最突出的特征之一；至少在不法层面，以归责判断为中心，而不是以因果判断为中心，已经得到越来越多的支持。作为不法的一种特别形态，^{（2）}共同犯罪按理本

* 中国青年政治学院法学院副教授。

本文系教育部人文社会科学研究青年基金课题“共同犯罪的归责基础研究”（12YJC820034）以及中国法学会部级法学研究自选课题“我国刑法规定的是区分制”（CLS（2015）D061）的阶段性成果。

（1）参见陈兴良《共犯论：二元制与单一制的比较》，载中国人民大学刑事法律科学研究中心编《刑事法热点问题的国际视野》，北京大学出版社2010年版，第154页。

（2）参见张明楷《共同犯罪是违法形态》，《人民检察》2010年第13期，第5页以下。

应与归责理论关系密切；区分制还是单一制的争论，当然也无法自外于这股当代刑法思潮的影响。然而，迄今为止国内学界围绕区分制与单一制的讨论，却鲜有从归责视角加以深入展开者。笔者认为，脱离归责理论，仅仅从法条本身来争论是区分制还是单一制，可能会流于形式，难免陷入各说各话的境地，最终无益于问题的澄清。因此，下文拟先对单一制论者基于刑法法条对区分制的批判略作回应；然后，转向归责理论与犯罪参与模式的关系，展开新的探讨；最后，回归我国刑法的规定，对我国刑法关于犯罪参与模式的立场予以重新解读。

一、我国刑法采取的是区分制还是单一制

区分制与单一制是现今共同犯罪理论与立法中两种不同的体系，前者在体系论与价值论上均区分正犯与共犯；后者则相反，将全体参加者均视为行为人（正犯），仅在量刑阶段始考虑各行为人作用之大小。二者的差异并非事物的本质使然，而是刑事政策以及论理上考虑之结果；也不能绝对地说何种体系天然具有合理性，而是各有千秋，亦各有不足。^{〔3〕}我国传统的共同犯罪理论一直主张，实行犯（正犯）、帮助犯等概念被涵括在主犯、从犯与胁从犯的规定之中，与刑法第29条规定的教唆犯一起构建起区分制的基础。^{〔4〕}之后，在认识到“分工分类法与作用分类法是两种不同的分类法，分类标准有所不同，两者不能交错”的矛盾后，^{〔5〕}学界发展出一种新的模式来维护区分制在我国刑法中的地位，即主张组织犯、实行犯、教唆犯与帮助犯等概念是用来解决共同犯罪的定罪问题的，主犯、从犯与胁从犯等概念则仅仅解决共同犯罪的量刑问题。^{〔6〕}该模式的重要贡献在于，困扰传统共同犯罪理论的逻辑困境——两种不同分类方法的交错——可以借由分层而得到化解；而且，在定罪层面采取区分制，在量刑层面借鉴单一制的立场，看上去既吸收了二者的优点，又对各自的缺点予以了扬弃。如此，当我们通常在定罪层面言及正犯与共犯时，区分制就重新得到了坚持。

不过，单一制论者对区分制的上述立法基础提出了质疑，认为“大多数学者是在对我国共同犯罪的立法体系缺乏任何论证的情况下，想当然地认为我国采取的是以德日为代表的二元参与体系”。^{〔7〕}他们的看法是，把我国共同犯罪的立法模式概括为区分制并不妥当，我国刑法中并没有明确的实行行为概念，刑法条文也没有正犯与帮助犯的明文规定；即便是刑法对教唆犯作了规定，其重点仍然在于解决教唆犯在共同犯罪中的作用问题，而非关注教唆犯的行为属性，且教唆犯在我国是独立可罚的；从犯也不是指限制的正犯概念意义

〔3〕 参见柯耀程《参与与竞合》，台湾元照出版有限公司2009年版，第33页以下。

〔4〕 参见高铭喧《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32页；马克昌主编《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第540页。

〔5〕 陈兴良《刑法适用总论》上卷，法律出版社1999年版，第528页。

〔6〕 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。这一观点随后得到陈家林（参见冯军、肖中华主编《刑法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第420页）、郝守才（参见郝守才《共同犯罪人分类模式的比较与优化》，《现代法学》2007年第5期，第66页）以及钱叶六（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126页以下）等学者的赞同，而有成为新的主流观点之趋势。

〔7〕 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242页。

上的从属性共犯,而是指处理共同犯罪案件的量刑情节。⁽⁸⁾因此,先入为主地认为我国刑法采取了类似德日刑法的区分制,未必是适切的。

在此基础之上,倾向于主张单一制的学者对我国刑法的规定作了有利于单一制的解释,认为“我国刑法关于共同犯罪的立法规定在其实质上是与单一制吻合的”。⁽⁹⁾理由在于:一方面,单一制在构成要件层面将所有参加者皆视为等价的行为人,不作正犯与共犯的实质划分,而我国刑法也没有区分正犯与共犯。即使按照部分区分制论者的观点,我国刑法区分了正犯与共犯,也由于该区分不解决主犯与从犯才能解决的量刑问题,导致正犯与共犯的不法内涵在价值上并无任何差异,这与强调“正犯的优越性”的区分制不相吻合。这实际上是机能的单一制的立场。另一方面,单一制在量刑层面根据各参加者自己的不法与罪责,确定其在共同犯罪中的当罚性。我国刑法重视主犯、从犯、胁从犯与教唆犯在共同犯罪中的作用,从而分别量刑的做法,也相当符合单一制的立法精神。⁽¹⁰⁾

区分制还是单一制,这是一个值得深究的问题。但是,至少在立法层面,对单一制论者关于我国刑法相关规定与区分制之关联的质疑,是可以再质疑的:第一,我国刑法的确没有在形式上明确区分正犯与共犯,但通过对主犯与从犯的规范化理解,或者通过对正犯与共犯的实质化理解,将主犯与正犯、从犯与帮助犯合而为一,即可在实质上回归区分制。⁽¹¹⁾另一方面,是否可以区分正犯与共犯,其实并不是区分制的专利;单一制之下区分正犯与教唆犯、帮助犯也是可能甚至必要的,例如机能的单一行为人体系就是如此。⁽¹²⁾所以,我国刑法没有刻意区分正犯与共犯,或者说没有使用正犯与共犯的表述,这虽然是区分制的表面负担之一,却也并不因此就是单一制的决定性资产。第二,我国刑法注重各共同犯罪人的作用大小与单一制的精神未必一致,甚至可能是背道而驰的。单一制之下,原则上认为所有个别之加功行为均具有等价的不法内涵,仅在刑罚裁量时依加功之程度作差别评价。而我国刑法规定的主犯、从犯等则可能不仅影响刑罚裁量,在不法程度上也并不等价。因此,不能仅关注主犯、从犯的量刑效果,而忽略其不法内涵方面可能存在的价值差异。就此而言,在体系论与价值论上均区分正犯与共犯的区分制,完全可能更接近我国刑法规定的立法精神;所需要进一步努力者,仅在于作用标准的规范化以及分工标准的实质化。第三,刑法第29条第2款是否体现了共犯的独立性在学界不无争议;通过目的论的限缩解释,也完全可以贯彻共犯从属性之要求,兹不赘言。退而言之,即便该款规定的是共犯的独立性,也不必然意味着对单一制的支持。因为在单一制之下,其实也有贯彻从属性立场的可能与必要,例如限缩的单一行为人体系就是如此。⁽¹³⁾也就是说,从属性还是独立性的争议

(8) 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118页;阮齐林《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,第168页。

(9) 阎二鹏《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》,《中国法学》2009年第3期,第126页。

(10) 参见前引〔7〕,江湖书,第242页以下。

(11) 参见杨金彪《分工分类与作用分类的同一》,《环球法律评论》2010年第4期,第47页以下。

(12) Vgl. Kienapfel, Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, S. 32. 只是此时的教唆犯和帮助犯不再被冠以教唆犯和帮助犯的名称。关于机能的单一行为人体系,下文另有分析,兹不赘言。

(13) Vgl. Burgstaller, Vollendung oder Ende der Einheitstäterschaft, ÖRZ 1982, S. 216 f. 只是此时的从属性不再是共犯对正犯的从属性,而是教唆型、帮助型行为人对实行型行为人的从属性。

与区分制还是单一制的分歧，虽然在论理上有密切关联，却不一定具有逻辑上的必然联系，⁽¹⁴⁾ 因此，刑法第 29 条第 2 款不能成为单一制的法律根据。总之，就以上三点而言，单一制论者以我国刑法相关规定为基础而提出的质疑是不充分的。因此，其不能断言我国刑法的规定在整体上倾向于单一制；相反，通过目的论解释，同样可以在我国刑法中维持和贯彻区分制的立场。

上述反质疑显然不构成对单一制的重要反驳，毋宁说只是从立法的角度，为区分制与我国刑法相关规定的关联保留了更大的可能性。解释过程中已经凸现出来的问题是，由于区分制与单一制内部各有不同的学说，二者间的对立似乎渐趋模糊。例如，部分区分制论者所主张的正犯与共犯概念解决定罪、主犯与从犯概念解决量刑的观点，和机能的单一行为体系的立场，即区分构成要件问题和量刑问题的看法，就极为接近。这是否说明区分制还是单一制的问题远没有那么重要？若对此暂且不表，却不得不承认的是，如果继续囿于原有的分析框架和话语体系，这场论争很可能以双方都模糊自身本来立场的方式，不了了之。本文认为，区分制与单一制的对立不是是否区分了不同的参与类型，也不是法条用语等形式上的表现，而是植根于各自背后的归责理念。如果该理念的基础在传统区分制与单一制下有不同的理解，那么，以归责为视角，才能为考察二者提供更实质的契机。

二、单一制的归责基础及其困境

一旦将视角转至归责基础，就会发现单一制关于共同犯罪的理解是非常独特的，也能够对单一制演变历程的背后驱动力有更清晰的认识。

单一制历经三种模型。最初的形式单一制（formales Einheitstätersystem）认为，在参与形式上仅有一个行为人概念，所有加功于犯罪之人，不论全部或部分，皆当为全部不法同等负责，且无需依个别行为而为不同罪责之认定。析言之：首先，所有参加者的不法内涵均系相同，因此，在构成要件层面区分不同的参加者是不必要的；其次，所有参加者的罪责也是一样的；最后，所有参加者应当适用相同的法定刑，仅得由法官在法定刑幅度内裁量其轻重。⁽¹⁵⁾

一般认为，形式单一制背后的归责基础是因果关系理论中的等价说，即导致结果发生的全部条件具有同样的地位，都是等价的。⁽¹⁶⁾ 仅从“等价”一语来看，二者的确具有某种亲近性。但是，等价说更多是强调各条件关系在必不可少的意义上等价，而未必只能指各条件在不法内涵和价值上也属等价，尤其不意味着各个条件在罪责上也没有差异，并且也不排除多个等价条件的共同结合关系。而形式单一制将每个参加者的行为单独拿出来直接与结果发生关联，并赋予所有参与行为以相同的不法内涵与罪责，这已经与等价说的立场不完全一致。可以说，形式单一制的归责基础走向的是彻底的单独归责模式，完全忽视共同犯罪归责的特殊性，将共同犯罪按照单独犯罪的方式进行归责。即在共同犯罪的场合，也只单独考虑每个人的因果关系及其不法。于是，共同犯罪的归责基础几乎被瓦解了。

(14) 参见周光权《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解》，《法学研究》2013年第4期，第186页。

(15) Vgl. Kienapfel, Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, S. 5.

(16) 参见前引〔12〕，Kienapfel书，第32页。

由此带来的后果是，一如学界所批判的那样，形式单一制在不法与罪责方面都出现了致命的缺陷。在不法层面，因为将各参加者的行为单独直接与结果相联系，构成要件的保障机能受到极大冲击；行为形式的泛化也不可避免地带来罪刑法定原则方面的疑虑；在未遂犯与身份犯领域，单独考虑各参加者的行为时，则可能导致着手时点的提前，以及致使无身份者的可罚性产生问题等。在罪责层面，认为各参加者的罪责相同，会使法官在裁量刑罚时失去依循的标准。量刑主要受罪责制约，罪责一部分来自与不法行为相对应的犯行责任，另一部分则是影响预防考量的量刑责任。形式单一制一方面认为各参加者的不法内涵相同，另一方面主张各参加者的罪责也相等；如此，量刑时区别对待不同参加者的说法就显得模糊、笼统。即使认为罪责仅限于狭义的犯行责任，那么，仅依据人身危险性的预防考虑，也不足以说明不同参加者量刑上的原则性差异，并且有滑向行为人刑法的危险。⁽¹⁷⁾

为了摆脱上述困境，机能单一制（funktionales Einheitstätersystem）强调指出，犯罪参与体系中行为人的定位，应依共同犯罪的结构以及刑事政策上的任务来机能性地予以确定。在共同犯罪的场合，需要解决的问题主要是各参加者是否应为结果负责以及如何负责。对于前者，依因果关系等理论，既然各参加者与结果均存在联系，则自然都是行为人；后者则属于量刑问题，由法官根据各参加者独自的不法与罪责裁量即可；前者与后者没有必然关联，是两个不同的问题，不应混同。与形式单一制不同的是，机能单一制从共同犯罪的行为结构出发，认为各参加者虽在不法实现的意义上等价，但鉴于其加功程度各有不同，故不应单型化地考虑，而仍应予以类型化，在不法与罪责上进行个别化处理。据此，机能单一制将各参加者类型化为直接行为人、惹起行为人和协助行为人这三种。⁽¹⁸⁾

机能单一制非常有针对性地弥补了形式单一制的前述弊端。首先，将各参加者类型化之后，其中的直接行为人所实施的行为与构成要件相对应，就维护了构成要件的保障机能；其次，区分和确定各种不同的类型，可以避免形式单一制仅依条件说确定处罚范围时的不明确性；再次，可以顺利地将失败帮助等没有可罚性的行为排除出处罚范围；最后，在等价之外导入个别化思考，为单一制的量刑问题提供了实质根据。机能单一制区分了不同的参加者类型，但其仍属于单一制的理由是：机能单一制仍然认为各类型的行为人在价值上、本质上和责任上都是同等的行为人类别，惹起行为人和协助行为人无需从属于直接行为人，三者均与同一法定刑相关联。

从归责基础看，机能单一制在等价因果关系理论之外，特别强调了各参加者加功程度上的差异，并据此划分出不同的行为人类别。此一重大修正克服了形式单一制在归责基础上的重大缺陷，即各参加者的不法内涵和罪责不再是完全一样的，而是在等价的外衣下与自己的类型化行为贡献相一致，量刑时三大行为人类别的区别对待因此获得了实质根据。但进一步的问题是，若类型化的加功程度果真如此重要，该程度差异传导至法定刑层面似乎也是完全可以想象的。质言之，三种行为人类别的加功方式表明其加工程度并不相同，这决定了其不法和罪责在个别化的名义下实质上存有差异，进而也决定了其法定刑亦应类

(17) 高桥则夫曾指出，单一制的“历史沿革表明，这一概念是近代学派所主张的，因此可以说其基础是行为人刑法或者意思刑法”。参见〔日〕高桥则夫《共犯体系和共犯理论》，冯军、毛乃纯译，中国人民大学出版社2010年版，第10页。

(18) 参见前引〔12〕，Kienapfel书，第29页以下。

型化地有所不同。⁽¹⁹⁾形式单一制不区分行为人类型，尚且可以适用同一法定刑；机能单一制区分了行为人类型的加功方式，就不可以无视其对不同法定刑程度的要求。如果立法者真的为三种行为人类型分别配置了不同的法定刑，单一制与区分制的差异大概会进一步缩小，定罪也得以和量刑同步进行，所谓定罪与量刑是否分离的区分单一制与区分制的标准于是形同虚设。⁽²⁰⁾总之，量刑的基础应由不法与罪责确立，机能单一制正确认识到各行为人类型的不法与罪责有必要个别化，因而朝着正确的量刑方向迈出了重要一步，但其在将不法与罪责进行个别化的同时，却无意中与单一制的本来立场有所疏离。

关于机能单一制对共同犯罪归责基础的调整，还有其他疑虑。机能单一制认为三种类型化行为的加功程度都是独立的，每个行为人只为自己的不法和罪责负责，否认惹起行为人和协助行为人对直接行为人的从属性。如此，则机能单一制与形式单一制一样，本质上仍然是单独归责模式。于是，对于前述机能单一制相较于形式单一制的优点，大概都要打上问号。例如，既然是单独归责，则惹起行为和协助行为也应是单独符合构成要件的行为，由此，构成要件的保障机能和法治国的明确性、安定性等原则未必得以确保；脱离了从属性的要求，失败的帮助也不一定可以被排除出处罚范围。

为了进一步克服机能单一制的不足，限缩单一制（reduziertes Einheitstätersystem）一方面承袭机能单一制，认为各参加者的不法内涵与罪责在法律上的评价虽然等价，但仍属不同类型；另一方面则突破机能单一制，认为三种行为人类型不仅在概念上应予区分，在价值上也有不同，即惹起行为人和协助行为人应从属于直接行为人，且惹起行为人的无价值性大于协助行为人。主张限缩单一制的布格施塔勒甚至认为，即便是直接行为人，也应当引入犯罪支配理论，将其划分为不同类型，并分别赋予不同的价值内涵。⁽²¹⁾按照限缩单一制的此种主张，直接行为人一举确立其核心地位，机能单一制在构成要件的保障机能和法治国诸原则方面的疑虑基本上可以克服，各行为人类型的价值内涵也彻底划分出等级。限缩单一制与形式单一制、机能单一制所共享而还能勉强将其称为单一制的理由，就仅仅在于各行为人类型都适用同一法定刑。而这一点与其说是单一制理论上的必然要求，不如说是取决于各国刑法的明文规定。

当单一制走到这一步，可能就走到了自己的终点。因为限缩单一制显然已经背离了单一制最初的立场，在学理上与区分制近乎殊途同归。在归责基础方面，从仅依等价因果关系理论确定共同犯罪各参加者的归责，到重视各人行为贡献在不法内涵和罪责方面的个别化，再到为了进一步明确不法内涵而承认从属性，重新将各参加者联系成一个整体，此一过程可谓对共同犯罪的归责基础逐步拨乱反正的过程。至于单一制在刑法教义学上产生的种种问题，相当大程度上是其以单独归责之视角看待共同犯罪的必然结果。需要补充说明的是，单一制也可以超越因果关系理论而和客观归责理论相结合，以划定不法的范围，从

(19) 例如，奥地利刑法第33条、第34条规定惹起行为人应加重处罚、协助行为人应减轻处罚的实质根据，不外乎不法和罪责程度上的差异。如此，则与其将其规定在量刑部分，和其他仅反映人身危险性的量刑情节混为一谈，然后再通过量刑个别化还原该不法和罪责程度上的差异，还不如直接在法定刑上对之予以体现。对此，详见下文第四部分和第六部分的有关论述。

(20) 至于不法与罪责之外影响量刑的因素，在区分制和单一制下都是在狭义量刑阶段才考虑的事情，与此处所言之“定罪与量刑是否分离”无关。

(21) 参见前引〔13〕，Burgstaller文，第216页以下。

而使其处罚范围实质上保持在相对合理的限度之内。⁽²²⁾但问题是,在单独考虑各参加者行为贡献的体系下,运用客观归责理论会存在天然的障碍。因为在共同犯罪的场合,判断是否制造和实现了法所不允许的风险时,无法不考虑其他参加者的行为。

三、单一行为人、单一归责与单一不法

如上所述,单一制所主张者不只是单一行为人,而且倾向于单一归责。在形式单一制下,各参加者均依自己行为与结果的因果关系单独归责;在机能单一制与限缩单一制下,在因果关系之外,另行判断结果是否可以分别归责于各参加者。无论何者,归责判断基本上都是单独进行的,与其他参加者的行为无关,也不受其他参加者行为的制约。如此,共同犯罪在单一制下的归责判断,就与单独犯罪的归责判断一样,只需在行为人的行为与结果之间建立联系,然后独自考虑各人行为的可归责性。此种分别独自归责所导致的后果之一是,数人共同犯罪而归责之情形,与一人和自然力或者动物等共同作用而导致结果发生,从而归责之情形,在方式上就没有了差异。正如基纳普菲尔所言,对于各参加者的归责而言,建立起自己所实施的行为与结果之间的联系就够了,“是否有另一位参加者违法地实施了行为是无所谓的”。⁽²³⁾本文认为,正是在归责时将意志自由的人与自然力、动物等相提并论这一点上,单一制完全忽视了现代归责理论区分自由律与因果律的决定性意义,因此映射出其归责基础上的根本性问题。

自康德以来,因果律与自由律的二律背反即广为人知。其在《纯粹理性批判》中明确指出,自由是先验的理念,不受任何时空条件的限制,在自由律中无法承认因果律;相反,主张“自然万能”的因果律认为自由毫无法则可言,自然依据因果律才自成一有秩序的体系。康德还强调,因果律中的原因链是无穷无尽的,时间序列中的任何一环都既是原因,同时也是结果;而自由的理性能在自然世界中创设出一个新的原因链,并且自身为原始起点。⁽²⁴⁾康德的上述思想为刑法的归责理论指明了方向,因为若仅依无限延伸的因果链,刑法根本无法从中选择出可归责之人;只有依循自由律,赋予人的意志自由以创设新的因果链之起点的决定性地位,构成要件的实现才能找到其创造者。于是,在行为人与结果之间横亘着的是动物或者自然力,还是意志自由的人,就有了原则性的差异。

对于共同犯罪,因果律与自由律的二律背反可能产生的影响是,各参加者的行为可能成为相互的归责障碍。“只有当行为人的行为是无尽因果链中的最后一环的自治行为时,才可以将法益侵害(或危险)作为其作品而归责于他。自治的行为意味着溯责禁止。”⁽²⁵⁾倘若如此,共同犯罪中的各参加者作为自治或意志自由的主体,对于其他参加者实施的部分,为何也可以如同经由动物或者自然力而实施犯罪一般被归责,就不得不成为单一制要面对的难题。为了回答此一问题,单一制论者一方面坚持每位参加者只为自己的不法和罪负责

(22) Vgl. Schmoller, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat, ÖJZ 1983, S. 337 ff.

(23) 参见前引〔15〕, Kienapfel文,第6页。

(24) 参见〔德〕康德《纯粹理性批判》,李秋零译,中国人民大学出版社2004年版,第300页以下。

(25) Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 50.

责，另一方面认为各参加者之间的联系不过是事实上的关联性。⁽²⁶⁾ 本文认为，关于前者，疑问在于何为共同犯罪场合“自己的不法”，对此下文另有分析，兹不赘言。关于后者，将意志自由的主体之间的行为联系一律视为事实上的关联性，再一次证明了单一制在归责时不重视自由律与因果律的差异——人和动物或自然力共同导致结果发生时，也存在事实上的关联性！更深层次的问题是，事实上的关联性无法建构起规范性归责的基础和界限。尤其在身份犯的场所，“事实的依存性，并不能肯定非身份者的共犯的可罚性，只有将这种依存性理解为‘法的’依存性，才能肯定可罚性”。⁽²⁷⁾ 因此，单一制始终没有很好地回应自由律的溯责禁止效应，反而有在“自己的不法”的名义下，使行为人为“别人的不法”负责之嫌疑。

近期另有单一制论者认为，应当放弃直接还是间接造成结果这种现象上的差异，对客观归责理论加以规范性和机能性的理解；在规范意义上，共同犯罪场合的各行为人都属于直接导致了结果发生，因为他人的后行为也是前行为的结果之一；如此一来，后行为也就不会成为前行为人的归责障碍。⁽²⁸⁾ 笔者认为，所谓客观归责理论的规范化与机能化应以尊重意志自由为前提，一个自治的行为至少不能被矮化为另一自治行为的自然意义上的结果。根据如上主张，后一行为的不法归责与前一行为的不法无关，这就仍然没有直接处理自由律对归责的影响这一问题。而且，虽然可以承认共同犯罪的场合下各行为人均直接引起结果发生，但未必就因此只能走上单一制的道路。笔者亦曾撰文批判过共同犯罪理论中的“直接—间接模式”，认为在规范上全体共同犯罪人均直接符合构成要件、直接侵害法益；可以说在这一点上，笔者与之完全一致。⁽²⁹⁾ 不同的是，笔者所谓的“直接”是以承认共同归责为前提的，意指行为整体直接符合构成要件和侵害法益。而上述观点将整体行为分割为不同的平行部分，再主张各部分皆独自且直接地符合构成要件、侵害法益。由此可见，否认“直接—间接模式”并不必然导致采取单一制。

实际上，单一制依据单一归责主张单一行为人体系，其背后潜藏的是一种单一不法的观念。⁽³⁰⁾ 在刑法教义学上，不法是根据归责理论规范性地确定的。在共同犯罪的场合提倡单一归责，即意味着逐一考察参加者各自的不法，而否定共同不法的存在。这一点在单一制论者的表述中时有所闻。例如，柯耀程直言，在单一制之下，“各行为人行为不法的内涵，则是属于个别的、独立的判断，并不受限于他人”。⁽³¹⁾ 黄荣坚甚至认为，犯罪永远是一个人在犯罪，“在犯罪构成的认定上，没有所谓的共同，也没有所谓的从属”。⁽³²⁾ 言下之意，共同犯罪无非是数个单一不法的竞合，几乎与同时犯没有什么不同。若果真如此，则有必要将单一制推进至单一不法的层面，以厘清其在社会意义和不法内涵方面的本来面貌。

首先，在社会意义层面，共同犯罪往往被刑法学理视为一种存在论上的构造，视为一

(26) 参见前引〔12〕，Kienapfel书，第29页以下。

(27) 前引〔17〕，高桥则夫书，第238页。

(28) Vgl. Rotsch, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009, S. 423 ff.

(29) 参见何庆仁《共犯论中的直接—间接模式之批判》，《法律科学》2014年第5期，第57页以下。

(30) Vgl. Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 21.

(31) 柯耀程《变动中的刑法思想》，中国人民大学出版社2003年版，第194页。

(32) 黄荣坚《基础刑法学》下，中国人民大学出版社2009年版，第500页。

种“共犯现象”；⁽³³⁾其主客观的表现形式、特点，以及由此带来的更大的社会危害性，历来是关注的重点。⁽³⁴⁾但问题在于，刑法学不是研究犯罪事实的犯罪学，而是研究如何评价犯罪事实的规范学。一旦将视野从事实问题转向规范性的归责问题，就不难发现行为在社会背景下的意义越来越成为不法评价的重要依据。鉴于今日之社会已是高度分工合作的复杂系统，审查犯罪行为的分工合作，不啻于认识犯罪行为之社会意义的必经途径。本文的基本观点是，共同犯罪系各参加者以各自的方式在社会背景下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和间接者、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不法。

共同犯罪行为在社会意义上的这种共生关系，使正犯与共犯成为不法归责时不可分割的整体。若孤立地看每一个参加者的行为，则有可能借助因果关系的链条延伸，以及将其他参加者的行为物化为自然变化，或者通过种种途径忽视其他参加者行为的溯责禁止效应，也可以在参加者的行为和构成要件结果之间建立起联系，从而实现归责。但是，如此一来，每个参加者的行为所含有的其他参加者的社会意义表达就被抹杀了。犯罪是对违反社会规范的意义表达；共同犯罪中每个参加者的行为都既包含了自己行为的社会意义表达，也包含了其他参加者的社会意义表达；所有参加者的行为合在一起，才完整地表达了整起共同犯罪在规范上的不法内涵。单一制无视在规范上将各参加者联系在一起的不可分离的精神纽带，无视全体行为人缺一不可的共同的社会意义表达，人为地将共同不法割裂为数个独立的单一不法，实有违对共同犯罪行为社会意义的理解。

在不法内涵方面，因为以单一不法取代共同不法，单一制的立场接近于认为共同犯罪是多个独立不法的同时犯。⁽³⁵⁾由此产生的问题是：其一，原本意义上的同时犯的单一不法和共同犯罪的单一不法存在出入。在所谓共同犯罪的单一不法中，作为最终的结论，所有人均应为即使不是自己亲自实现的结果负责；而在原本意义上的同时犯の場合，行为人却只为自己实现的结果负责。例如，甲、乙二人分别朝被害人开枪，但无法查明是谁杀死被害人时，如果甲、乙并无犯意沟通，则甲、乙均应成立故意杀人未遂；如果甲、乙有犯意沟通，则因为对方的行为也是自己行为的因果链中的一环，甲、乙均单独成立故意杀人既遂。从中可以清楚地看出，两种场合虽在单一制下同为单一不法，也同是同时犯，却在结论上有明显不同。究其原委，单一制不过是在无法彻底割裂共同犯罪的社会意义的前提下，不得不在共同犯罪的场合以单一不法之名行共同不法之实。

其二，容易造成不法内涵的相对化。在单一制看来，即便数人共同侵害法益，也应分别认定各行为人的独立不法，似乎在共同犯罪的场合存在着多个并行不悖的不法。然而，

(33) 参见[日]山口厚《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第293页。

(34) 例如，王作富曾指出，共同犯罪“和单个人犯罪相比，在犯罪性质相同情况下，前者比后者具有较大危害性，主要表现在：1. 数人共同作案，能够比单个人造成更大的危害，有些重大犯罪，只有经过多人共同协力才能完成；2. 二人以上共同策划，互相分工，紧密配合，可能更便于犯罪的实行；3. 共同犯罪人可以共同策划，如何互相包庇，毁灭罪迹，便于逃避侦查和打击。”见王作富《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第239页。

(35) 黄荣坚认为，“过度强调同时犯与共犯的区别是没有意义的，因为事实上，从时间与空间的重叠关系来看，共同正犯本来就可能是同时犯。”见前引〔32〕，黄荣坚书，第488页。

只要稍加分析就能发现，所谓数个独立不法其实指涉的是侵害法益的同一个因果流程。例如，甲、乙二人共同杀害被害人时，单一制论者认为甲、乙的行为分别被物化为对方行为的一环，是甲、乙二人的行为单独导致结果发生，从而各自成立不法。但实际上这两个不法指向的都是同一个因果流程，即甲的行为加上乙的行为共同杀害了被害人。微妙的是，姑且不论为何要对同一因果流程的不同环节反复单独论以不法，仅就每个人在自己的环节里都是不法，同时在别人的环节里被物化或者被忽略其不法意义而言，也已经是相当相对化的做法了。然而，同一个行为要么是不法，要么不是不法，并且一旦是不法就永远是不法，绝无可能在同一个时空里任意转换属性。因此，单一制在孤立地考察共同犯罪时，犯了不法相对化的错误。

其三，容易松弛构成要件的界限。上述不法内涵的相对化，也模糊了构成要件的界限。对全部共同犯罪人而言，客观上原本只有一个完整的犯罪行为，只有一个构成要件被充足且只被充足了一次。而在单一制的理解之下，则是多个行为分别多次充足同一构成要件。由于每个人的举止仅在自己的环节内具有行为的意义，在他人的环节内则被物化或者被忽略其不法意义，看上去貌似存在多个充足了同一构成要件的不同行为，同一构成要件行为也因此被割裂为多种类型，从而致使构成要件的界限有松弛之虞。尤其是提前实施的如准备工具类的帮助行为，如果行为人自行准备工具后完成犯罪的，准备工具的行为无论如何不会被视为故意杀人罪的构成要件行为或其一部分，那么，为何他人帮助行为人准备工具的，就能通过物化行为人的杀人行为或者忽略其杀人行为的不法意义，而使得该帮助行为摇身一变为杀人的构成要件行为？“如果这类预备阶段的行为也被认为是构成要件上不法的行为，那么构成要件的不法就会借由前移至预备阶段中的行为而被任意地扩张。”⁽³⁶⁾ 单一制一直被批评有违背罪刑法定原则之嫌，其缘由大概与此有关。

要说明的是，三种单一制在贯彻单一不法的思维时，程度有所差异。其中，形式单一制比较彻底地采取了单一归责和单一不法的思维，机能单一制和限缩单一制则借由对刑法的机能性理解和向归责理论的靠拢，单一不法的思维色彩已经有所消退。即机能单一制和限缩单一制虽然仍强调各参加者仅为“自己的不法”负责，但在“自己的不法”中涵括的可能并不限于自己的行为部分，而是将其他参加者的行为也视为自己的“作品”，所以，即使将其他参加者的行为归责于自己，也仍是对自己的不法归责。在每个参加者都要为全部参加者的不法行为负责的意义上，机能单一制和限缩单一制已经暗示了共同归责和共同不法的方向。但遗憾的是，可能囿于单一制某些立论的牵绊，二者最终还是落入了单一归责和单一不法的窠臼。理由在于：第一，从机能单一制和限缩单一制仍然坚称“自己的不法”与别人的行为无关来看，其并未建构起责令各参加者为其他参加者的行为不法负责的根据。第二，在真正的共同归责和共同不法中，可归责的不法整体才是刑法评价的对象，其中的孤立部分是没有意义的。该可归责的不法整体是全部参加者的共同作品，没有任何一个参加者可以说该不法整体只是“自己的不法”，更不能说与其他参加者无关。第三，能更清楚地表明机能单一制和限缩单一制没有坚持共同不法的例证是，单一制论者均认为，各参加者的着手均以自己的着手为着手。如果共同犯罪只有一个共同不法，只共同充足了一次构

(36) 前引〔30〕，Jakobs书，第13页。

成要件,则本应只有一个着手点;只有认可数个平行的单一不法,才可能承认着手的多样化。机能单一制和限缩单一制未曾远离单一归责和单一不法,由此可见一斑。

其实,单一制所看重者主要是共同不法内部的区分是否应后置于量刑阶段,单一制与共同不法整体本身并无内在的紧张关系。只要放弃“自己的不法”,且不再坚持分别着手的成见,单一制完全可以采取共同归责和共同不法的立场。所以,行文至此,对共同归责及其内部的区分加以探讨,成为当务之急。

四、共同归责及其区分根据

在一个被规范性地理解的社会里,犯罪不是裸的行为事实,而是一种规范性的意义表达。既然在规范的视野里,数个行为人的行为所表达的是一种共同的意义,就不应人为地割裂其社会意义上的共生关系。本文认为,与单一制的立场完全相反,共同犯罪应被视为一种共同归责的共同不法。其中,正犯决定是否实施犯罪,该决定是在和共犯一起制定的如何实现犯罪的框架内作出的;正犯的决定也是共犯的决定,共犯理应概括承受;共犯一定程度上确定了如何实施犯罪,只是该框架必须由正犯最终实现,所以,正犯实现犯罪时也承受了共犯的意义表达。⁽³⁷⁾在整体意义的表达方面,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。困扰单一制的自由律的溯责禁止效应,在该共生关系中不仅不再是归责的障碍,反而成为共同归责的共同不法之根据。因为正是数个意志自由的结合,才共同塑造了完整的不法意义。

由此可见,按照共同归责的共同不法来理解共同犯罪,不仅还原和尊重了其社会意义上的共生关系,也重现了共同犯罪的归责基础和不法内涵。客观上,各共同犯罪人共同制造和实现了法所不允许的危险,共同组织了侵犯他人活动领域的行为;其中的各行为环节,不是被物化为自然力或者动物的动作,从而成为他人不法行为的因果链环节,而是意志自由的主体可归责的举止。这些举止所表达的意义相互渗透、相互联结,形成一个意义表达的有机体,致使引起结果的全部行为成为一个整体。因此,结果是全体共同犯罪人的共同作品,可以将之共同归责于每一个参加者。至于单一不法所带来的不法相对化和构成要件泛化的问题,在共同不法这里并不存在:由于全部参加者的行为是作为一个整体而充足构成要件,且只充足一次,而不会分别考虑各行为环节的构成要件符合性,故共同犯罪和单独犯罪一样,整体行为进展至着手始为充足构成要件的开始;由于共同犯罪的场合只有一个不法,不单独考察各行为环节的不法性,不法的相对化便失去了存在空间。概言之,共同犯罪是共同归责的共同不法;构成要件可能只由部分人亲自实现,但该实现是所有共同犯罪人的共同作品。

接下来的问题是,如果行为整体是全部参加者的共同作品,每个人都要为行为整体负责,那么,为什么还要区分正犯与共犯以及应当如何区分正犯与共犯。在归责的视野下,第一个问题涉及归责理论与传统共同犯罪理论之间的紧张关系。传统共同犯罪理论是在限制的行为人概念或者扩张的行为人概念的基础上,为解决总则与分则规定之关系,而以构

(37) Vgl. Jakobs, Beteiligung, in: Festschrift für Lampe, 2003, S. 568 ff.

成要件为中心论及区分正犯与共犯的理由的。其出发点是正犯行为与共犯行为都是独立的行为，然后通过从属性原理再度将二者连接在一起。如果按照本文关于共同归责的理解，传统共同犯罪理论的基础就被瓦解了。因为正犯行为与共犯行为是不可割裂的，每个参加者均须为全部行为负责；构成要件虽然在现象上仅由正犯充足，但共犯的意义表达也同时一并得以实现，所以构成要件的充足也是共犯的作品。换言之，在共同犯罪的场合，构成要件的法治国机能以及罪刑法定原则不再以正犯个体的形式被实现，而是以正犯加共犯的整体形式被实现。如此一来，希望通过突出正犯个体与构成要件的关联，再借由从属性原理维护构成要件的法治国机能以及贯彻罪刑法定原则的做法，就无法继续成为区分正犯与共犯的理由。

在此前提之下，仍然区分正犯与共犯就必须有其他的实质性根据。雅科布斯认为，在归责内部是没有层级的，例如，是否亲手实施了构成要件行为在归责上并不重要，亲手与否只是一种自然主义的现象。但是，这并没有排除从归责外部可以确立归责的层级，例如，通过考虑刑事政策的需求来区分归责的层级就不无可能，只是这种区分不再是归责理论本身所要解决的问题。⁽³⁸⁾ 本文借鉴雅科布斯的观点认为，正犯与共犯均为同一个犯罪行为整体不可分割的组成部分，所以二者不是不同的行为类型，而是不同的归责类型。归责类型的不同并非是指归责的基础和范围不同，而是指归责的程度不同；其中，正犯是归责的核心人物，共犯是归责的边缘人物。作为一个整体，正犯与共犯的归责基础都是共同表达了违反规范或者侵害法益的意义，归责的范围是行为整体。但在整体内部，基于以下理由，有必要目的性地区分作为主要归责者的正犯和作为次要归责者的共犯：首先，源自构成要件明确性的要求。共同犯罪因其相对复杂的行为结构和意义关联，在体现构成要件明确性的要求时，不如单独犯罪那么明晰。通过类型化地区分主要归责者和次要归责者，共同犯罪的整体不法结构将更为清晰，也更容易为人所认识和接受。其次，有利于发挥刑法的一般预防机能。一般预防是刑法的重要机能，区分了作为主要归责者的正犯和作为次要归责者的共犯，其直观形象对于指引公民规范自己的行为大有裨益。最后，合理体现不法程度的轻重。不法不仅有有无的问题，还有轻重的问题。从有无的角度看，全体共同犯罪人是一样的，都要为全部行为及其结果之不法负责。但从轻重的角度看，则显然不是如此。根据各参加者在整体犯罪行为中的贡献，在不法阶层便将共同犯罪中的不同归责类型予以区分，是目的理性地建构犯罪论体系时更为合理的选择。

正犯是归责的核心人物、共犯是归责的边缘人物的说法，很容易和犯罪支配理论相混同。犯罪支配理论认为，正犯是“具体行为事件的核心人物（die Zentralgestalt des konkreten Handlungsgeschehens）”，共犯则是“边缘人物”。⁽³⁹⁾ 厘清二者的关系可以回答上述第二个问题。在归责的视野下，正犯与共犯是主要归责者与次要归责者的区别；区分主要还是次要归责者的根据，不再和是否实施了构成要件行为或其一部分联系在一起，也和是否支配了法益侵害的因果流程相脱钩，而是指是否对构成要件的整体实现负主要责任。何谓负主要责任、何谓负非主要责任，首先当然必须以构成要件的具体规定为依据，如果构成要件突

(38) 参见前引〔30〕，Jakobs书，第50页。

(39) Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 25 ff., 108, 335 ff., 527.

出了某些要素,实现了这些要素的所作所为往往就构成了共同归责的主要份额。是否有犯罪支配一般也有助于对主要份额的认定,因为支配犯罪的行为通常构成主要份额。但是,犯罪支配不是一个规范意义上的概念,支配了法益侵害因果流程的行为甚至未必构成刑法上的不法。所以,真正重要的还是必须规范地判断某一行为贡献所表达的意义,及其在共同塑造构成要件实现中的重要程度。兰珀曾指出:“整体犯罪事件置身于一种系统性的关联中,各种原因和答责纠缠在一起,形成一个‘网络’。具体行为贡献的社会性分量以及由此而生的个体的答责,因此只能在与犯罪参加者有关的‘网络’中被确定。”⁽⁴⁰⁾ 鉴于每个共同犯罪所处的“网络”是不同的,共同犯罪人的不法归责究竟是主要的还是次要的,就必须结合具体的构成要件进行类型化的思考。

而犯罪支配理论并不是从归责角度来思考是核心人物还是边缘人物。罗克辛认为,支配犯的核心人物是拥有犯罪支配的人;犯罪支配并不表现为单一的抽象标准,其又可以分为亲自实施了构成要件行为或其一部分的直接正犯与共同正犯,以及利用自己的意志支配了犯罪因果流程的间接正犯。⁽⁴¹⁾ 应当承认的是,自从犯罪支配理论提出以后,“就正犯的构成而言,自己有没有亲自为法定构成要件之行为已经不再是重点,重点只在于有没有对于构成要件的实现具有支配关系。”⁽⁴²⁾ 但遗憾的是,犯罪支配理论中的支配概念仍然不是一个规范色彩浓厚的术语,没有彻底摆脱正犯与构成要件行为的关联,也没有建立起和归责理论的联系。不法以可归责为前提,而不是以是否在自然意义上支配了法益侵害的因果流程为基础。一个支配了法益侵害因果流程的行为可能连不法都不是,遑论正犯,否则所有被间接正犯利用的“工具”都将成为直接正犯。正如金德霍伊泽尔所指出的“相关的答责领域在哪里终结,哪里支配在归责上就不重要:正犯是通过——有待答责的——犯罪行为被确定的。”⁽⁴³⁾

类似的看法也适用于本文观点与区分正犯与共犯的重要作用说之不同。重要作用说一直是学理上区分正犯与共犯的主要观点之一。⁽⁴⁴⁾ 其根据作用大小区分共同犯罪人的做法,以及灵活判断重要作用的立场,可以说与本文的主张有一致之处。但是,该说和犯罪支配理论一样,缺乏明确的规范色彩;仅仅有自然意义上的重要作用连不法都不一定能成立,更不用说成立主要的归责份额了。例如,对从大烟囱里排放浓烟污染环境的工厂追究责任时,司炉工将煤炭送进锅炉的行为显然是很重要的,但司炉工应否负责却不无争议。⁽⁴⁵⁾ 重要的是,先根据共同归责的法理,确定全体参加者是否应为不法负责,然后才有是作为正犯还是共犯负责的判断。重要作用说显然没有经历这样一个归责过程,其所谓的重要作用并不是共同归责基础上的重要作用,因此归责的核心人物与重要作用并不能划等号。

总之,和单一制的看法不同,全体共同犯罪人要作为整体为构成要件的实现共同负责。但是,基于构成要件明确性和一般预防的考虑,有必要依其行为贡献份额表达出的意义在

(40) Lampe, Systemunrecht und Unrechtssystem, ZStW 106 (1994), S. 686 f.

(41) 参见前引〔39〕, Roxin 书,第 126 页以下。

(42) 蔡圣伟《论间接正犯概念内涵的演变》,载陈兴良主编《刑事法评论》第 21 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 74 页。

(43) Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Festschrift für Hollerbach, 2001, S. 632.

(44) 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 125 页以下。

(45) 参见前引〔37〕, Jakobs 文,第 573 页。

归责中的重要程度，区分出共同归责内部不同参加者的归责份额：归责的核心人物是正犯，归责的边缘人物是共犯。因此，处理共同犯罪时，首先必须考察各参加者的行为是否共同表达了违反规范或者侵害法益的意义，此时解决的是是否要归责的问题；之后再区分其归责份额之轻重，此时解决的是如何归责的问题。为有别于围绕构成要件来区分正犯与共犯的传统区分制，不妨将本文的立场称为归责意义上的区分制。

五、归责视野下对传统区分制的反思

引入归责的视角，不仅突显出单一制的不足，也给传统区分制历来的理解带来了冲击。一如前述，传统共同犯罪理论尚未充分吸纳归责理论，其关于区分制的理解主要围绕着构成要件和刑法的规定而展开。由此造成的区分根据上的模糊，不可避免地给传统区分制带来了一系列问题，所以，有必要沿着前文的分析继续对传统区分制加以反思。

首先，传统区分制为了区分正犯与共犯，相当程度上撕裂了各参加者共同归责的基础。在共同归责的前提下，正犯与共犯虽有区分，但只是轻重类型的不同，二者的行为仍是一个整体。一旦脱离了共同归责的视角，区分正犯与共犯往往滑向一个错误的前提，即正犯行为与共犯行为是分离的，各自的行为决定了各自的不法类型。这显然有进一步滑向单一制的危险，于是，传统区分制不得不煞费苦心地制造出共犯从属性原理，以及共同正犯的“部分实行，全部责任”原则，从而将正犯与共犯重新捆绑在一起。其中，从属性是共犯对正犯的单方面从属，仅仅指共犯对正犯的从属性，而不是指共同正犯对共同正犯的从属性，更不是指正犯对共犯的从属性。“部分实行，全部责任”则是指共同正犯除了为自己的行为贡献份额负责之外，还相互为对方的行为负责。由此可见，传统区分制虽然最终将共同犯罪人联系在一起，共犯与正犯的联系（从属性归责）和共同正犯之间的联系（相互性归责）却有着质的区别。“对共同正犯不适用在属于教唆和帮助的情况中关键性的从属原则，而是适用对所有的以有意识的和所意愿的共同作用所做出的行为贡献予以直接地相互归责的基本原则。”^{〔46〕}

那么，从属性归责和相互性归责，是否能实现传统区分制论者所欲实现的目的？答案恐怕是否定的。一方面，所谓从属性归责和相互性归责，其隐含的前提仍然是分离的行为片段。无论是针对共犯行为和正犯行为，还是针对各共同正犯的行为，单向的从属性归责和双向的相互性归责，都是在一个行为片段和另一个行为片段之间架起桥梁，而不是把各个行为片段视为一个有机的整体。这与不分自己的犯罪和他人的犯罪之共同归责相去甚远，也扭曲了共同犯罪的行为构造和意义表达方式。另一方面，从属性归责和相互性归责并非如归责意义上的区分制那样，致力于解决归责的轻重问题，而是回答是否要为他人的行为片段负责，即归责的有无问题。在归责的有无问题上，依照“不法是连带的”之观点，分别适用两种不同的归责模式来说明共同犯罪内部的可归责性，这在形式上是有疑问的。更重要的是，以从属性或相互性来判断是否可以归责，实质上仍然是单独归责的思维。理由在于：从属性归责和相互性归责尽管不像单一制那么明确地主张单独归责，却透过把各参

〔46〕 [德] 韦塞尔斯 《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第298页。

加者的行为先孤立再连接在一起的方式，既承认了单独归责的必要性，又弱化了共同归责的重要性。如此理解的区分制无疑对共同归责的基础，有着极强的腐蚀作用。

其次，传统区分制过度重视是否实施了构成要件行为或其一部分，以致模糊了区分的实质根据。传统区分制采取限制的行为人概念，认为实施了刑法分则规定的构成要件行为或其一部分的人是正犯，没有实施构成要件行为或其一部分的是共犯。但何谓构成要件行为，尤其是何谓构成要件行为的一部分，其实相当难以界定。因为实行阶段的部分行为（例如抢劫罪的暴力行为或取财行为）其实并不是构成要件行为本身，而且也不是任何实行阶段的行为（例如望风行为）都是正犯行为。即便在各参加者都单独实施了完整构成要件行为的并进的共同正犯（例如三人均用刀砍杀被害人）的场合，虽然自己实施的行为单独充足了构成要件，但在共同不法的整体意义上，在共同充足构成要件的意义，其实仍然只是整体的一部分。况且，限制的行为人概念还要面对间接正犯这一理论构造上的“异物”——无论从哪个方面看间接正犯，其都没有实施构成要件行为或其一部分，以至于有学者将此一困境作为提倡单一制的重要理由。⁽⁴⁷⁾

上述问题的形成源于传统区分制对区分根据的错误认识。在共同归责的前提下，区分的根据是归责的轻重程度。该程度由行为人所实施行为的贡献份额在整体行为中所表达的意义的分量决定，而不是由其实施的裸的行为本身决定。传统区分制对归责的规范意义缺乏体认，从而从外在的行为表现形式上区分正犯与共犯；一旦外在的行为表现形式与意义表达之间出现落差（例如，在间接正犯只是说了一句谎话，剩余的行为都由被骗者实施的场合，间接正犯表现于外的动作就与其重要意义完全不符），传统区分制就不得不陷入自我冲突的窘境。相反，如果放弃僵化的限制的行为人概念，不再拘泥于是否实施了构成要件行为或其一部分，而是回归规范化的归责程度，传统区分制饱受诟病的无法妥善区分正犯与共犯的问题，就可以得到很好的解决。放弃限制的行为人概念会损及构成要件机能的担心也是不必要的，因为在共同犯罪的场合，充足构成要件的原本就只是自己实施了构成要件行为的人，而是共同犯罪整体；也只有将着手之后的共同犯罪的整体行为视为构成要件行为，才能充分反映共同犯罪的不法内涵，从而与单独犯罪相区别。

钱叶六近期撰文对以构成要件为中心的传统区分制进行了辩护，认为正犯与共犯的区分关键仍在于行为人是否实行或者分担实行了符合刑法分则规定的基本构成要件的行为；至于间接正犯，则借鉴规范障碍说，在被利用者不能为法所期待不去实施不法行为时即沦为利用者的工具，利用者此时可以在实质上和规范上被评价为实施了构成要件行为。⁽⁴⁸⁾在实质化与规范化这一点上，笔者亦赞同其立场，但问题是如何实质化与规范化。一般而言，所谓实质化和规范化意指不受一些自然主义的形式要素的束缚，而置重于评价时的规范性准则。本文认为，将实行或者分担实行构成要件行为与实质化和规范化挂钩，其实是不彻底的做法。间接正犯之所以能被传统区分制实质化和规范化为正犯，并非因为放手让他人替自己实现构成要件的利用者被实质化和规范化为自己实现了构成要件，而是因为他人自然意义上对构成要件的充足被实质化和规范化为利用者的作品。换言之，归责判断才是真

(47) 参见刘明祥《间接正犯否定论》，《法学研究》2015年第6期，第98页以下。

(48) 参见前引〔6〕，钱叶六文，第135页以下。

正的评价准则,不补上共同犯罪的归责基础这一课,即难言彻底的实质化和规范化。而一旦补上这一课,就不能再以是否实行或者分担实行构成要件行为这样的仍然残留自然主义倾向和形式化色彩的标准来区分正犯与共犯,因为构成要件的实现无疑也是共犯的作品。总之,对正犯与共犯的区分,应在共同不法的框架内,不受是否亲自实施了构成要件行为或其一部分的限制,而应进一步规范性地予以认定。

最后,传统区分制执着于存在论和物本逻辑的方法论基础,影响了共同犯罪理论的规范化进程。缺乏归责理念的传统区分制一贯认为,正犯直接充足了构成要件、直接实施了实行行为、直接侵害了法益,共犯则间接充足了构成要件、间接与实行行为具有关联、间接侵害了法益。这种“直接—间接”区分模式符合直观的认识观念和朴素的正义情感,契合存在论倾向和物本逻辑。但是,这一区分模式不仅与间接正犯、共同正犯、义务犯和未遂犯等理论冲突不断,还间接催生了共同犯罪理论中的主观说和单一制等诸多观点。此外,按照该模式,直接侵害法益、直接充足构成要件与间接侵害法益、间接充足构成要件的区分是如此直接明了,以至于是否要在“直接—间接”区分模式的基础上另行开展规范性的归责判断,似乎变得可有可无,从而阻碍了归责理念在共同犯罪理论中的贯彻。⁽⁴⁹⁾

六、我国刑法采取的是共同归责意义上的区分制

经过了以归责为视角的条分缕析,回头再看我国刑法的相关规定,可以发现我国刑法采取的不仅是区分制,而且是归责意义上的区分制。关于这一点,不妨先从以归责为视角简要评析国内学界单一制论者的观点开始。

我国学者提倡的单一制主要有形式单一制与机能单一制。刘明祥认为,所有参与犯罪或者为犯罪创造条件的人都是共同犯罪人;并且,所有参与犯罪的人成为共同犯罪人的条件都是完全相同的,即只要其行为与侵害法益的结果之间有因果关系,或者说其行为为侵害法益创造了条件,就足够了;另外,所有共同犯罪人适用的法定刑是一样的。⁽⁵⁰⁾ 这些观点相当接近形式单一制的立场。江湖则接受了机能单一制,认为单一制区分了犯罪参与的外部界限问题与内部界限问题,前者是构成要件层面的问题,后者是量刑层面的问题。江湖认为“犯罪参与二重性理论正确地揭示了犯罪参与的特别归责结构。毫不夸张地说,这是迄今为止犯罪参与论中最为重要的理论。”⁽⁵¹⁾ 此外,也有观点站在机能单一制的立场上指出:“单一制与区分制的区分标准并不在于不法层面是否区分参与形态,而在于定罪层面与量刑层面是否分离:将两者予以分离的是单一制,而将两者合二为一的是区分制。”⁽⁵²⁾

刘明祥虽然认为只要行为人的行为与法益侵害结果之间存在因果关系即可,却并不意味着他放弃了共同犯罪的归责判断;该判断只是被冠以因果关系之名而已,并通过因果关系概念的不断规范化而逐步接近归责判断之实。相较而言,接受了归责理论的机能单一制仍然不肯放弃单一归责,这似乎更加令人难以理解。除了前文已经提及的“自己的不法”

(49) 参见前引〔29〕,何庆仁文,第57页以下。

(50) 参见前引〔8〕,刘明祥文,第119页。

(51) 江湖《犯罪参与的二重性》,《中国刑事法杂志》2011年第6期,第12页。

(52) 《中外法学》编辑部《中国刑法学发展评价(2012—2013)》,《中外法学》2015年第2期,第334页。

和着手方面存在的疑问,区分构成要件问题和量刑问题的所谓二重性理论同样问题重重。一方面,构成要件问题天然就是量刑问题,是量刑的基础和核心,二者无法彻底区分;另一方面,即使区分了构成要件问题和量刑问题,也不必然得出在构成要件层面只能采取单一行为人和单一归责立场的结论,更不能在共同犯罪的场合推行单一不法的思维模式。

至于形式单一制和机能单一制都反复强调的单一制在量刑上的优点,则更多是一个实定法问题。如果立法者不区分行为人类型,为所有共同行为人配置同一法定刑,自然只能对全部共同行为人均在该幅度内综合考虑量刑问题。如果立法者区分不同的共同行为人类型,并分别配以不同的法定刑幅度,则必须分别考虑各自的量刑。前者胜在更为灵活,后者则有诸如一般预防等刑事政策上的原则性考虑。两种立法模式孰优孰劣在学理上可以争论,但从更好地发挥刑法机能的角度,在不法层面即予以区分,而不是等到量刑阶段才进行个别化,可能更为有利。所谓单一制的灵活量刑完全着眼于事后的综合量刑判断,行为类型上的不同和累犯、自首等量刑情节混杂在一起,这不利于构成要件事前机能的发挥。而区分共同行为人类型就可以事前明确行为类型及其不法程度(不是不法的有无和范围)上的差异,这样能使构成要件的界限更为明晰,一般预防的导向性也更为明确。因此,所谓单一制利于灵活量刑的优点,其实在某种程度上是以刑法机能的限缩为代价的,未必值得追求。

那么,我国刑法究竟是如何规定共同犯罪的量刑的?本文认为:首先,我国刑法规定的共同犯罪条款并非仅仅旨在解决量刑问题。历史地看,1997年修订刑法时,立法者已经删除了主犯从重处罚的条款,因此,认为主犯、从犯的规定旨在解决量刑问题的观点于法无据。而在体系上,刑法第25条至第29条被规定在总则第二章“犯罪”中,不能无视立法者赋予共同犯罪的不法内涵。单一制论者可能反驳说,只有第25条是用来解决构成要件问题的,其余条文则是解决量刑问题。但是,这一辩解难以成立。不妨设想,若果如所言,立法者应该像奥地利刑法那样,将二者分开规定——奥地利刑法第12条规定的是构成要件问题,第33条(特别的加重事由)、第34条(特别的减轻事由)则规定量刑问题。其次,既然我国刑法并未像奥地利刑法第33条、第34条那样,将主犯与从犯规定为单纯的量刑情节,主犯与从犯的法定刑就并不相同,这反而和分别为正犯与共犯规定了相对独立法定刑幅度的德国刑法高度一致。

除了量刑问题方面的理由,支持我国刑法采取的是共同归责意义上的区分制的更实质的根据在于:其一,我国刑法明文规定的是主犯和从犯等概念,而并未使用正犯和共犯的表述,因此不必像德日刑法理论那样,紧紧围绕是否实施了构成要件行为或其一部分来区分二者。从文意上看,只要在共同犯罪中起了主要作用就是主犯,是否亲自实施构成要件行为或其一部分可能是重要的参考指标,但不一定就是区分准则本身。所以,将主犯和从犯理解为共同归责的核心人物和次要人物有着充分的可能性。其二,主犯与从犯的分类与共同归责的理念暗相契合。归责意义上的区分制的前提是,承认所有共同犯罪人首先应当作为整体对构成要件的实现共同负责;在是否要负责这一点上,全体共同犯罪人不分彼此;只是在不法归责的轻重上,才划分出核心人物和边缘人物。主犯与从犯的分类和上述前提几乎完全一致,因为所谓主从既意味着各方行为人是一个整体,否则无所谓主从,又意味着在同一个整体内有进一步区分主次的必要。

我国刑法学界之所以在区分制还是单一制的问题上争论不休，其根源之一在于形式地理解了作用分类法和分工分类法，并分别赋予两种分类法以不同使命。相反，如果不拘泥于正犯与构成要件行为的关联，两种分类法的距离或许并没有那么遥远。经由作用分类法的规范化和分工分类法的实质化，二者完全可以在共同归责的意义上达成一致：对构成要件的整体实现在规范意义上起主要作用的是主犯，否则是从犯；其中，所谓的主要作用并不局限于实施构成要件行为或其一部分，而应根据其在共同归责中的意义份额规范地予以认定。⁽⁵³⁾

与笔者的上述立场不同，丁胜明批评指出，只能将正犯解释为主犯，而不能将主犯解释为正犯。⁽⁵⁴⁾ 如果仍然认为作用分类法和分工分类法是截然对立的，该批评是有道理的。不过，如果认为是否成立正犯可以与是否实施构成要件行为或其一部分相脱钩（对此，丁胜明也是同意的），那么，是将正犯解释为主犯还是将主犯解释为正犯，就只是用语上的不同，而没有必要肯定前者却否定后者。刘明祥站在单一制的立场上，也对主犯正犯化的倾向提出质疑，认为其背后是对单一制的不自信，从而勉为其难地引入区分制，如此将造成非常严重的隐患。⁽⁵⁵⁾ 应当承认的是，刘明祥的分析是自成一体且一以贯之的，其担忧亦非全无根据。德日共同犯罪理论中的传统区分制的确存在很多问题，不能盲目地将其和我国刑法的规定结合在一起。不过，本文的分析业已表明，我国刑法的规定与单一制实不相符，并且笔者并非照搬传统区分制，而是在我国刑法规定的基础上，致力于贯彻归责意义上的区分制。或者说，本文旨在规范性地重新界定主犯和从犯，不仅不认为主犯应当正犯化，反而认为德日刑法理论中的正犯有必要如同我国刑法的规定进行主犯化改造。

除了以上异议，反对本文主张的学者可能会根据我国刑法的规定提出以下质疑：第一，我国刑法第 25 条只是规定，二人以上共同故意犯罪的是共同犯罪，而没有明文规定共同正犯。第二，没有实施构成要件行为的首要分子也被刑法第 26 条规定为主犯，因此主犯不等于正犯。第三，刑法第 27 条对从犯规定了次要或者辅助作用这两种类型，这表明从犯不限于帮助犯。第四，刑法第 28 条规定了区分制中不存在的胁从犯，这表明我国刑法没有采取区分制。第五，刑法第 29 条规定的“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”表明，教唆犯是可以分属于主犯或者从犯的，其不能与主犯、从犯相提并论。

上述可能的质疑并不难回答：第一，“我国刑法第 25 条关于共同犯罪定义中的犯罪，当然是指刑法分则所规定的犯罪”，⁽⁵⁶⁾ 因此，“二人以上共同故意犯罪”至少包含了共同正犯在内。没有特意规定共同正犯，并不是区分制的重要障碍。第二，实质化以后的正犯不再要求亲自实施构成要件行为或其一部分，起组织、领导作用的首要分子在归责意义上的区分制中毫无疑问是主犯。第三，“次要”与“辅助”可能是无意义的重复。一如张明楷曾建言的那样，“关于从犯的规定宜取消其中的起‘辅助’作用的规定，即仅规定‘在共同犯罪中起次要作用的，是从犯’。”⁽⁵⁷⁾ 在现有立法之下，笔者认为，“次要作用”和“辅助作

(53) 参见何庆仁《我国共犯理论的合法性危机及其克服》，载陈泽宪主编《刑事法前沿》第 6 卷，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 178 页以下。

(54) 参见丁胜明《共同犯罪中的立法模式批判》，《中国刑事法杂志》2013 年第 2 期，第 46 页以下。

(55) 参见刘明祥《主犯正犯化质疑》，《法学研究》2013 年第 5 期，第 113 页以下。

(56) 陈兴良《教义刑法学》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 638 页。

(57) 张明楷《简论共同犯罪的立法完善》，《政治与法律》1997 年第 1 期，第 12 页。

用”不应解释为次要实行犯和帮助犯，分别解释为有形帮助和无形帮助也许是更好的选择。第四，胁从犯的规定并没有从整体上破坏区分制的体系，它只是帮助犯内部的一种轻微形态。也只有将胁从犯理解为被胁迫的帮助犯，而不是也包括被胁迫的实行犯，才能合理说明为什么对胁从犯应当减轻或者免除处罚。第五，“按照他在共同犯罪中所起的作用”虽然是针对教唆犯而言的，但是，考虑到紧随其后使用的“处罚”一语，这里的“作用”应当仅指法律后果，而与是主犯还是从犯的性质本身无关，也不意味着教唆犯就是主犯或从犯。正如黎宏所指出的那样，“教唆犯依其在共同犯罪中的作用处罚，最终也不过是依照上述三种不同的犯罪的刑罚处理而已，这种情况和国外刑法当中规定，教唆犯比照正犯之刑处罚，实际上是一回事，二者都是规定教唆犯的处罚原则。”⁽⁵⁸⁾

Abstract: In recent years, there have been a lot of debates in China over the question of whether the section on joint crimes in Chinese Criminal Law has established a differentiating system or a single system. However, most of these debates have been carried out around the text of the related provisions in the Criminal Law and there are very few in-depth analyses of the imputation basis of joint crime. Today, in a time of increasing convergence between the differentiating system and the single system, it is very difficult to determine whether a system is a differentiating system or a single system merely by considering whether a distinction is made between the principal perpetrator and the accomplice or between conviction and sentencing. Only the introduction of the perspective of imputation can enable us to see clearly the deep-seated problems caused by the single imputation mode to the illegal connotation of joint crime and reveal the lack of thoroughness in the implementation of the common imputation doctrine by the traditional differentiating system. The Chinese Criminal Law adopts the common imputation mode in the provisions on the principal and the accessory in a joint crime and further distinguishes between the central and marginal characters in common imputation. In this sense, the joint crime system provided for by Chinese Criminal Law is neither a single system nor a traditional differentiating system, but rather a differentiating system in the sense of imputation.

Key Words: joint crime, differentiating system, single system, common imputation, single imputation

(58) 黎宏 《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第513页。