

分工分类与作用分类的同一

——重新划分共犯类型的尝试

杨金彪

内容提要:传统的共犯分类法是建立在把分工分类与作用分类完全对立的理论构想之上的,在解释论上带来诸多问题。因此,迫切需要重新思考共犯的分类问题。德国共犯分类的实质化倾向,以及我国刑法规定的实际情况表明,在立法论上单纯从形式侧面或者实质侧面划分共犯都是不可想象的。所谓分工分类与作用分类只具有理论分类的意义。实际上,我国刑法采纳了形式与实质两个侧面的共犯分类模式,实现了分工分类与作用分类的同一。

关键词:共犯类型 分工分类 作用分类 形式侧面 实质侧面

杨金彪,中国人民公安大学法律系讲师,法学博士。

一 共犯分类的困境

对于共同犯罪形态的划分,刑法学者大都认为,从各国刑法关于共同犯罪的立法例看,主要有两种分类标准:一种是分工分类法,即以共同犯罪人在共同犯罪活动中的分工为标准,把共犯人划分为正犯、教唆犯、帮助犯等,例如,德国1871年《刑法》就作了这样的划分。另一种是作用分类法,即以共同犯罪人在共同犯罪活动中所起的作用为标准,把共犯人划分为主犯、从犯、胁从犯等。^[1]刑法学者对共同犯罪形态的划分均建立在这样的逻辑预设之上。上述两种分类标准互不相干、截然对立,然而,这种分类模式在解释论上却带来一系列问题。

首先,不能克服共犯分类标准的同一性问题。我国《刑法》第26条至28条在分别规定了主犯、从犯、胁从犯之后,又在第29条规定了教唆犯。这导致刑法学者对共犯划分的标准进行了无休止的争议。多数学者认为,刑法采纳了作用分类法的同时,又采纳了分工分类法对教唆犯单独做出规定,^[2]与此类似的观点认为,刑法采取的是混合分类法,即同时采用分工分类与作用分类法,而以作用分类法为主。于是,共犯可以分为两类:第一类,以分工为标

[1] 参见高铭暄:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第452-453页。

[2] 参见高铭暄:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1991年版,第195页。

准分为组织犯、正犯、帮助犯、教唆犯；第二类，以作用为标准分为主犯、从犯、胁从犯。^{〔3〕} 强有力的反对观点认为，上述两种分类的标准不一，我国《刑法》将共犯分为主犯、从犯、胁从犯三类，而《刑法》又对教唆犯作了专门规定，但教唆犯并不是与主犯、从犯、胁从犯并列的共犯人。^{〔4〕}

上述学说都认为我国刑法采纳了作用分类法，至少认为主要采纳了作用分类法。但是，不容回避的事实是，因《刑法》第29条对教唆犯所做出的规定，迄今为止的学说均未能回答为什么刑法同时依据不同标准对两类共犯形态所做出的分类，未能解决分类标准的同一性的逻辑问题。

其次，导致共犯理论的萎缩。旧刑法时期的刑法学共犯论大致分为四部分：即第一部分讨论共同犯罪的概念、共同犯罪成立条件问题；第二部分讨论共同犯罪的形式；第三部分讨论共同犯罪人的种类及其刑事责任；第四部分讨论共同犯罪与身份问题。^{〔5〕} 然而，时隔近20年后的新刑法时期的刑法学仍然延续上述共犯理论，几乎没有任何发展。^{〔6〕}

本土刑法学共犯理论之所以长期处于停滞状态，原因在于刑法学认为共犯规定采纳的所谓作用分类法，主要是为了解决共犯人的刑事责任问题，因此几乎不需要讨论主犯、从犯的处罚根据等问题。而且，就主犯而言，只限于讨论实行主犯和组织犯，在共犯论体系上难以找到共同正犯、间接正犯、共谋共同正犯等正犯形态的适当位置。例如，有的学者认为，在中国起重大作用的组织、策划者本来就是主犯，用不着共谋共同正犯的理论。^{〔7〕} 然而，上述论者显然忽视了这样的问题，即刑法把组织犯作为主犯处罚的实质根据在哪里？如果依此见解，刑法把组织犯作为主犯处罚就成为不需要说明理由的绝对命题。

这种人为把问题简单化甚至消解掉的消极的解释论立场，无论在刑法理论、司法实务乃至刑事立法上都司空见惯。例如，在讨论利用无身份有故意情况下的利用人与被利用人的共犯关系时，有的学者认为在不采正犯共犯二元犯罪参与体系的我国，自然没有评价为正犯还是共犯的苦恼，直接根据所起作用大小确定主、从犯。^{〔8〕} 然而，即使在我国刑法上，在作为国家工作人员的丈夫教唆非国家工作人员的妻子收受贿赂时，不仍然需要回答非国家工作人员的妻子为什么要以受贿罪处罚的问题吗？在司法实务上，为了避免对此予以说明的困难，很多时候不再区分主犯、从犯，显然刑事司法无奈地把该问题消解掉了。立法论上，在该问题理论准备尚不充分的情况下，《刑法修正案七》贸然地在第388条之后增设所谓特定关系人受贿罪，把原本只能作为受贿罪共犯看待的关系人受贿行为直接作为一类受贿罪规定，这样做是否合适，值得怀疑。因此，上述见解不仅导致刑法共犯论基础理论发育不全，而且对于共犯形态的讨论也未能充分展开，还会导致刑事司法的简单化，乃至刑事立法的盲目行事。

最后，难以找到中外刑法学比较研究的契合点。与上述国内法研究死水一潭的现状形成鲜明对比，对国外刑法特别是对于采纳所谓分工分类法的德国、日本刑法学的共犯论的探

〔3〕 参见陈家林：《正犯体系与正犯概念研究》，载《中国刑事法杂志》2005年第1期。

〔4〕 参见张明楷：《刑法学》（第三版），法律出版社2007年版，第256页。

〔5〕 参见高铭暄：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1991年版，第182-209页。

〔6〕 参见李文燕、杨忠民：《刑法学》（修订本），中国人民公安大学出版社2008年版，第126-137页。

〔7〕 参见李洁：《中日共犯问题比较研究概说》，载《现代法学》2005年第3期。

〔8〕 参见陈洪兵：《间接正犯行为媒介论》，载《厦门大学法律评论》（第十四辑），厦门大学出版社2007年版，第134页。

讨论开展得如火如荼。^[9] 不仅有对共犯的基础理论的讨论,如对共同正犯、狭义的共犯的处罚根据论的研究,也有对正犯、教唆犯、帮助犯等具体共犯形态的探讨;既有对国外刑法传统共犯理论的介绍,也有对前沿问题的追问。表现在刑法教科书上,学者们广泛吸收了国外刑法学所谓分工分类法的研究成果,并成为我国刑法学共犯论的有机组成部分。之所以学者们如此热火朝天地讨论分工分类法国家的共犯论问题,是因为普遍认为,这些理论对我国刑法学具有借鉴意义。然而,如果认为两者是不同的分类法,那么对于我国刑法而言,两种不同分类法下的共犯形态之间具有什么关系?所谓分工分类法下的共犯形态对我国刑法共犯分类的借鉴意义又在哪里?对于前一问题,有学者认为,两者之间当然存在交叉重叠,这是对事物分类的标准不同导致的。对于后一问题,该学者又认为,在我国当前的立法现状下,以犯罪事实支配论作为正犯、共犯的区分标准融合在主从犯的立法模式中。^[10]

然而,值得怀疑的是,既然认为行为支配论也是分工分类法的判断标准,那么与作用分类法的判断标准究竟应如何相融合呢?有学者认为在犯罪领域亦维持实行行为的定型意义,进一步承认正犯概念外延大于实行犯概念,而采行为支配论认定正犯,于正犯认定之后再认定主犯,此思路并不违反我国现行法条规定,同时又能借助正犯概念为主犯概念的认定提供一个中间标准予以衡平、调节,进而能避免主犯认定过程模糊化的弊病。^[11] 既然认为实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯在我国刑法学上只不过是理论上的分类,换言之,这种分工分类法在我国缺乏实定法的基础,那么为何在进行主从犯的判断之前先进行正犯判断又不违反我国现行法条的规定?而且,无论是主从犯的判断,还是正犯从犯的判断都应当属于要件论的问题,显然上述论者的主张在构成要件的符合性判断上进行了重复的评价。此外,因为正犯范围与主犯范围不一致,即有些正犯并不属于主犯,那么论者无疑首先根据正犯标准判断哪些行为类型属于正犯,然后再根据主犯标准判断其中的哪些行为类型不属于主犯。既然完全可以根据主犯标准准确判断哪些行为类型属于主犯,那么作为中间标准的正犯判断岂不是画蛇添足?因此,如果认为分工分类与作用分类是两种截然不同、互不相干的分类方法,即难以实现国外刑法学之于我国刑法学的借鉴作用。

二 德国共犯分类的实质化倾向

众所周知,德国关于正犯与共犯的分类,过去曾经在司法实务与理论界存在严重的对立,即德国的司法实践主要采纳主观说,而理论界则坚持客观说。

主观说以因果关系理论中的条件说为基础,认为对结果设定条件的人,都是对结果设定原因的人,所有的条件都等价,因此难以从因果关系的见地区分正犯与共犯,只能从行为人的目的、意思、动机、心情等内心的因素区别正犯与共犯。该学说又有故意说和利益说,即具有实现自己犯罪的故意或者为了自身的利益实施犯罪的是正犯,具有引起或者促使他人犯

[9] 参见陈兴良:《间接正犯:以中国的立法与司法为视角》,载《法制与社会发展》2002年第5期;陈洪兵:《间接正犯行为媒介论》,载《厦门大学法律评论》(第十四辑),厦门大学出版社2007年版,第122-145页;张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第315页以下。

[10] 参见阎二鹏:《区分制共犯设立模式之前提》,载《国家检察官学院学报》2008年第5期。

[11] 参见任海涛:《大陆法系正犯与共犯区分理论评述——兼谈对我国共犯形式客观说之反思》,载《中国刑事法杂志》2006年第3期。

罪的意思或者为了他人的利益实施犯罪的是共犯。然而,故意说显然犯了循环论证的错误,因为为了区别正犯与共犯,在所谓正犯故意、共犯故意的判断基准上又重新将正犯与共犯概念作为前提。^[12]而利益说由于德国《刑法典》第 249 条抢劫、第 253 条勒索等犯罪都规定可以为第三者的利益实施,显然丧失了实定法的基础。更为重要的是,主观说的“故意公式”被歪曲为一种空洞的标语,而且使判决完全可能在通过其他方式不能实现所希望的减轻刑罚的目的时,任意互换地理解正犯与共犯之间的区别。^[13]

与此相反,刑法理论上则坚持客观说,主要包括形式客观说和实质客观说。形式客观说认为,完全或者部分地亲自实施犯罪构成要件上记述的行为的人为正犯,其他人为教唆犯或者帮助犯。形式客观说的附随结论则是限制的正犯概念,认为刑法上所认定的处罚共犯的规定符合体系上的刑罚扩张事由。^[14]该说曾经得到德国许多刑法大师如贝林格(Beling)、比克迈尔(Birkmeyer)、李斯特(F. V. Liszt)、M. E. 迈尔(M. E. Mayer)、韦格纳(Wegner)、保罗·默克尔(Paul Merkel)、黑格勒(Hegler)等人的有力支持。^[15]形式客观说的优点在于提出了清晰的直接正犯的界限。然而,该学说的弱点在于:间接正犯难以建立在形式客观说基础之上,同时在共同正犯上也难以将形式客观说贯彻到底。目前,已经很少有人坚持形式客观说了。

正因如此,实质客观说是在试图避免形式客观说的上述缺陷的基础上产生的。实质客观说不是把重点放在行为的构成要件符合性上,而是把重点放在行为构成的危险性上。^[16]实质客观说也有不同的观点,主要有必要说、同时说和优越说。必要说认为,没有参与行为就不能达到既遂的参与者是正犯,与实行者具有同等的正犯地位。但是,共同正犯未必提供了绝对必要的因果参与,而且即使提供了绝对必要的因果参与的也并非都构成共同正犯,因此必要说作为正犯的基准仍不充分。同时说认为,参与人的行为可以区分为事前参与、同时参与和事后参与,同时参与的是正犯。然而,同时说仅以时间为标准,不能说明共谋共同正犯的情况,更不能说明间接正犯的情况,难以作为正犯构成的实质标准。因此,同时说只限于说明典型的事例,不适合作为区别正犯与共犯的一般标准。优越说认为,区别共同正犯和帮助犯的根据是存在等价值关系还是存在上下序列关系。然而,这样的区分却会存在究竟系并列关系还是从属关系难以判断的情况,因此该说在正犯概念的构筑上难以发挥作用。

现在,德国的通说则是行为支配论,认为支配行为实现的是正犯,不支配事态而仅仅参与行为的是共犯。行为支配论由洛贝(Lobe)教授形成,经过威尔策尔(Welzel)、毛拉赫(Maurach)、加拉斯(Gallas)等教授的发展,最终以罗克信(Roxin)为集大成者。而且,在近来的德国判例上也出现了向行为支配论转移的倾向。^[17]

由此可见,德国刑法学说发展呈现出两个互相联系的发展动向:

一方面,从单纯在主观的或客观的某一方面的要素出发探求正犯与共犯的界限,向综合主客观两方面的要素划分正犯与共犯发展的动向。这体现了主观说与客观说的不同。上述

[12] 参见[韩]金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第538-539页。

[13] Johannes Wessels & Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32. Auflage, Heidelberg 2002, S. 167.

[14] 参见[韩]金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第540页。

[15] 参见[日]龟井源太郎:《正犯与共犯を区別すること》,弘文堂2005年版,第68页。

[16] Walter Groppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin 2005, S. 354 f.

[17] 参见[日]龟井源太郎:《正犯与共犯を区別すること》,弘文堂2005年版,第71-80页。

德国刑法学说和判例的发展过程表明,正犯与共犯既不能通过纯粹主观的观察也不能通过纯粹客观的观察恰当地将二者划分开来。纯粹主观的理论在构成要件实现的范围内一点也不考虑参与人客观行为的实际重要性,偏离了正犯的法定基础,因为纯粹主观说把“正犯意思”与构成要件的限制剥离开来,忽视了这种事实关联。在这一点上,纯粹客观说也违反了这种认识,即正犯的实质并非仅体现于对具体事实过程的“客观的支配性”上,正像德国《刑法》第25条所表明的,“数人共同实施犯罪的,均依正犯论处(共同正犯)”。^[18]在这里,犯罪行为的共同实行是以有意的和自愿的共同合作为基础的,任何一个参与人的意志以及在行为计划中的角色分配,都决定了其他参与人所应承担的刑事责任。在此,相对于共同计划和共同组织的意志,亲自行为支配的标准已经不重要了。因此,如同每个犯罪行为都是由主观和客观的要素构成的意义单元一样,法定的构成要件基础上的正犯和共犯也只能通过综合主观和客观的标准才能恰当地彼此区分开来。^[19]就此而言,行为支配的指导原则开辟了解决问题的最好和最有说服力的途径。^[20]

另一方面,从形式地把握正犯与共犯向实质地把握正犯与共犯发展。这体现了形式客观说和实质客观说的区别。然而,正是在这一点上,我国刑法学者对德国刑法学普遍存在重大误解,在此有必要认真地加以澄清。刑法学者们要么认为分工分类法只注重形式的侧面,不具有实质的内容。例如,有的学者认为,分工分类法未能反映出各共同犯罪人对社会的危害程度,不便于判明共同犯罪人的刑事责任和据以确定刑罚。^[21]要么走向另外一个极端,认为实质客观说完全抛弃了形式客观说,单纯从实质上把握正犯与共犯的区别。例如,有的学者认为,德日刑法理论已经越来越背离其一度的通说——形式客观说标准,而侧重于以共同犯罪人在犯罪中的作用为标准来划分主犯的范围。^[22]如果严格按照形式客观说,就有可能将在犯罪中起主要作用但不符合正犯的形式要件的行为排除在正犯概念之外,因此德日等国不得不放弃形式主义的立场,将起主要作用的犯罪人认定为正犯,从而使正犯这种按照分工标准所划分的犯罪类型在事实上便成了按照作用分工法所确定的“主犯”。实质客观说的功能在此,行为支配论的功能也在此。^[23]

然而,上述两种观点都与事实不符。因为前一种观点往往是由我国早期的刑法学者所主张,如果说产生于20世纪八九十年代的上述主张限于当时刑法学认识水平,大致反映了德国刑法学早期理论由形式客观说占支配地位的实际情况。那么,随着形式客观说的衰败,实质客观说的发展,特别是行为支配论逐步走向支配地位,这种观点就很难说与事实相符了。

特别需要讨论的是后一种观点。很显然,尽管这种学说很流行,但是对德国实质客观说特别是行为支配论产生了重大误解。概而言之,行为支配论本身仍然是形式侧面与实质侧面的结合。因为,实质客观说特别是行为支配论是在批判形式客观说的基础上产生的,行为支配论并没有完全抛弃形式客观说的核心内容,即试图维持实行行为的定型性、类型性。其

[18] 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社2000年版,第49页。

[19] 关于行为支配说,日本学者福田平也有类似的看法。参见[日]大塚仁、河上和雄、佐藤文哉、古田佑纪:《大コメンタル刑法》(第二版)第5卷,青林书院1999年版,第29-30页。

[20] Johannes Wessels & Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32. Auflage, Heidelberg 2002, S. 167 f.

[21] 参见高铭暄:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1991年版,第195页。

[22] 参见成志昀:《主犯与正犯关系问题初探》,载《法制与社会》2008年10月上期。

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

中,最明显的例证在于,多数主张行为支配论的学者都是以限制的正犯概念为理论出发点的。例如,罗克信以限制的正犯概念为出发点,从而认为亲自实现符合构成要件行为的人在任何情况下都构成正犯。在直接正犯的情况下,也就是通过实施符合构成要件的行为承认其正犯性。因此,在这种情况下,行为人通过亲自实施行为支配了犯罪行为。罗克信至少在直接正犯的情况下,维持了构成要件行为的定型性,即维持了实行行为的定型性。对于正犯而言,作为正犯概念的核心是直接正犯是清晰的,然而对于间接正犯这种介于直接正犯和教唆犯之间的部分,以及共同正犯特别是共谋共同正犯这种介于直接正犯与帮助犯之间的部分界限如何划分,成为正犯界定的关键。如上所述,如果严格按照主观说可能导致正犯范围没有边际,而依据客观说则又会使正犯范围过于狭窄。因此需要综合考虑主观要素和客观要素,在主观说和形式客观说的不同射程之间均衡地考虑正犯和共犯的界限。所以,在使用行为支配概念划定正犯时,应当从正犯的定义中排除限制的正犯概念起初提出的纯粹朴素的实行行为的概念,至少是排除从形式上理解实行行为概念。因此,正犯的决定性的判断基准不是如何实施实行行为,在威尔策尔直接地通过有无目的的统制、而加拉斯通过在价值的实质侧面重构实行行为后,是否具有行为支配或者能够认定“行为支配的行使”才是寻求正犯的决定性的判断基准。因而,就单独直接正犯而言,根据实行行为的实施奠定了这样的行为支配或者“行为支配的行使”的基础。而在间接正犯和共同正犯的情况下,正是通过这种实质的判断认定正犯性的。然而,无论如何都是在维持了构成要件定型性的前提下进行的,只不过在间接正犯的场合放弃了形式客观说中必须亲自实行的这种形式性要求。换言之,行为支配论只不过是实质地把握了实行行为的实现方式。正因如此,行为支配论被赋予了对主观说与形式客观说的综合地位。^[24]

三 我国共犯立法形式与实质的结合

长期以来,刑法学者普遍认为我国刑事立法采纳的是作用分类法,而这种作用分类法主要有利于解决共犯的量刑问题。^[25] 这种观点并不符合刑事立法实际。换言之,实际上刑事立法对共犯人的分类既体现了分工分类的类型性要求,又体现了作用分类的实质的规定性。更确切地说,采纳了形式与实质结合的立法模式。

第一,刑法采纳的是实质与形式结合的犯罪定义。无论是旧《刑法》第10条还是新《刑法》第13条都采纳了形式和实质相结合的犯罪定义。之所以如此,是因为犯罪本身就是形式与实质的结合。刑法实行罪刑法定原则,司法机关不能直接依据行为的实质特征认定犯罪,司法机关主要是根据具体化的、类型化的法律特征认定犯罪。^[26] 既然在刑法采纳了实质与形式结合的犯罪定义这一点上几乎没有争议,那么在这种犯罪的一般定义指导之下,怎么可能在共犯论上只规定共犯的实质特征呢?

第二,在具体的共犯规定上,刑法显然采纳了形式与实质结合的规定模式。首先,对于

[24] 这些观点亦可参考日本学者的论说,如[日]桥本正博:《“行为支配论”与正犯理论》,有斐阁2000年版,第60-62页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2003年版,第377-378页;[日]龟井源太郎:《正犯と共犯を区別すること》,弘文堂2005年版,第76页,等等。

[25] 参见高铭喧:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1991年版,第195页

[26] 参见张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第78-79页。

主犯,旧《刑法》第23条规定,组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。显然,把犯罪集团中的组织犯这种按照所谓分工分类法的共犯类型作为主犯看待,^[27]体现了形式与实质相结合的立法模式。新《刑法》进一步把这种主犯范围扩大到普通犯罪中的组织犯。《刑法》第26条第4款明确规定,“对于第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织指挥的全部犯罪处罚”,即普通犯罪中的组织犯也是主犯。其次,对于从犯,刑法显然也采纳了形式与实质结合的规定模式。新旧《刑法》均规定在共同犯罪中起“次要或者辅助”作用的,是从犯。“辅助”的用语本身就体现了从犯的行为类型性一面,即辅助犯罪实现的行为类型。否则,从犯规定中起“辅助作用”的表述就会成为无用的赘语,而且难以与所谓的实质的作用分类的主犯协调。^[28]而且,起次要作用与起辅助作用具有并列的关系,因此前后两种情况应当具有相同的性质,既然辅助作用具有类型性,起次要作用也应当具有形式的类型性。最后,对于教唆犯,刑法采纳了形式与实质结合的规定模式。因为新、旧《刑法》都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。“教唆他人犯罪的”体现了教唆行为的类型性,“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”,反映了教唆犯具有独立的不依赖于正犯的行为作用的大小。

第三,在学理上,刑法学者毫无争议地认为,刑法所规定的主犯主要是指实行犯,从犯主要是指帮助犯。^[29]显然,把主犯与实行犯等而视之,把帮助犯与从犯等而视之。因此,刑法学多数说自觉不自觉地承认了采纳作用分类法的共犯规定具有形式的侧面。教唆犯自不待言,从犯因为刑事立法使用了“辅助”作用的概念,表明了帮助犯的行为类型性。困难在于《刑法》第26条所规定的“主犯”使用的是“起主要作用”的措辞,似乎看不出仅限于实施实行行为的情况。但是在行为的类型上,实行行为与帮助行为、教唆行为相比,在法益的侵害程度上,在对事态的控制程度上,当然起主要作用,因此主犯必然是针对实行犯而言的。

刑法学者们之所以不愿把正犯与主犯、帮助犯和从犯等置,原因在于他们普遍认为二者之间具有交叉的关系。例如,有学者认为,在我国正犯与主犯的概念与功能是分开的。正犯自然可能是主犯,但却无一一对应关系,而教唆犯同样也有可能是主犯。^[30]具体而言,一方面,刑法学者普遍认为教唆犯有可能是主犯,也有可能是从犯,甚至有可能是胁从犯;^[31]另一方面,刑法学者们认为作为主犯的实行犯是主要的实行犯,换言之,次要的实行犯属于从犯。

对于第一方面,教唆犯本来是主犯、从犯并列的独立的犯罪类型,即教唆犯既不能作为主犯,也不能作为从犯,当然也不可能作为胁从犯定罪处罚。

首先,从教唆犯的处罚根据而言,依据共犯的处罚根据说中引起说的见解,共犯是因为与正犯共同地引起正犯实现的结果而受到处罚。^[32]尽管正犯与共犯在处罚根据上没有本质区别,然而,毕竟正犯是直接引起法益侵害结果,而共犯是通过正犯行为间接地引起法益侵害结果。因此,二者在法益侵害量上存在差异,教唆犯不能与直接侵害法益的正犯同样看

[27] 有学者认为组织犯应当属于与正犯对立的狭义的共犯类型,显然不符合刑事立法实际。参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2003年版,第543-544页。

[28] 参见张明楷:《关于共犯分类刑事立法的再思考》,载《中国法学》1993年第1期。

[29] 参见赵秉志、吴振兴:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第230、232页。

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

[31] 参见高铭喧:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第490-491页。

[32] 参见[日]曾根威彦:《刑法的重要问题》(总论)第2版,成文堂2005年版,第305页。

待。因此,尽管日本刑法上规定教唆犯判处正犯的刑罚,但是刑法学者一般认为,只是在应当适用于正犯行为的法定刑范围内处罚教唆犯,^[33]并不意味着要判处与正犯同样的刑罚。而且,日本《刑法》第 64 条甚至规定,仅应判处拘留或者科料之罪的教唆犯和从犯,如果没有特别规定的,不处罚。^[34]当然,由于教唆犯引起了他人实行犯罪的犯意,综合违法性和责任两个方面,以及教唆犯与主犯各自独立的刑罚减轻事由,教唆犯的法定刑实际上也有可能超过主犯的法定刑。而从犯则应当从轻、减轻或者免除处罚,从犯的法定刑必然低于主犯的法定刑。因此,综合考虑违法性和责任两个侧面,教唆犯的社会危害性必然高于从犯的社会危害性,没有理由把教唆犯作为从犯看待。

其次,单纯从法定刑上看,主犯与从犯、教唆犯都规定了独立的处刑原则,足以表明三者是不同的犯罪形态。那么,具有独立处刑原则的从犯不能作为主犯处罚,具有独立处刑原则的教唆犯为什么却可以作为主犯或从犯处罚?

再次,把教唆犯区分为主犯、从犯或胁从犯处罚,加重了刑事司法的负担。如上所述,刑法学认为把教唆犯作为主犯、从犯或胁从犯处罚,是按照教唆犯的社会危害性程度划分的。尽管我们可以确定犯罪的社会危害性程度,但是社会危害性程度本身难以发挥界线性机能。因此,上述主张没有给法官提供把教唆犯划分为主犯、从犯或胁从犯的明确标准,无疑会使法官的自由裁量权过大。既然法官在确定成立教唆犯之后,不是直接根据《刑法》第 29 条按照教唆犯在共同犯罪中所起的作用处罚,而是再认定为主犯、从犯后根据第 26 条、第 27 条或第 28 条处罚,显然人为加重了司法的负担。而且,按照这种逻辑,甚至可以得出《刑法》第 29 条对于教唆犯的规定没有任何必要的荒谬结论。

最后,在从犯的立法规定上,找不到教唆犯作为从犯认定的立法根据。认为教唆犯可以作为主犯和从犯处罚的学者本身在从犯的范围内没有给教唆犯预留下位置。《刑法》第 27 条规定在共同犯罪中起“次要或者辅助作用”的是从犯,刑法学普遍认为该条规定了两类从犯,即帮助犯和次要的实行犯。^[35]显然,在从犯中难以找到教唆犯的适当位置。之所以如此,是因为在主观主义倾向浓厚的刑法学背景下,刑法学者们难以接受把造意犯与单纯实施帮助行为的帮助犯同等看待。

关于第二个方面,刑法学者普遍认为,有一部分实行犯应当属于从犯,即次要的实行犯应作为从犯看待。^[36]但是,这种观点不能得到支持。

首先,上述观点同样不符合共犯的处罚根据理论。如上所述,尽管从犯即帮助犯与正犯即实行犯在处罚根据上相同,但是毕竟实行犯是直接地导致结果的发生,而帮助犯是间接地导致结果的发生,二者在违法性的量上显著不同,因此难以将这两种行为等而视之。

其次,上述观点也不符合共同正犯的原理。因为共同正犯实施的是“部分实行全部责任的原则”,只要行为人实施了部分实行行为,就应当对其他实行犯直接导致的结果负责。因此,难以找到把作为共同正犯的实行犯划分为两类不同共犯形态的理由。

再次,上述主张同样没有提供把部分共同正犯作为从犯划分的明确标准。有的学者认

[33] 参见[日]大岛一泰:《刑法总论讲义》,信山社 2004 年版,第 480 页。

[34] 参见《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社 1998 年版,第 26 页。

[35] 参见高铭喧:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 470-471 页;李文燕、杨忠民:《刑法学》(修订本),中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 133-134 页。

[36] 参见陈浩然:《理论刑法学》,上海人民出版社 2000 年版,第 303 页。

为,相对于实行主犯危害较小、情节并不十分恶劣的、行为直接形成的结果并不严重的共同犯罪人可以认定为实行从犯。^[37] 该论者在主犯的标准上显然犯了循环论证的逻辑错误,这也足以说明该说没有明确的直接可以依据的标准。以这种理论为指导,难免会导致司法的恣意性,导致法官只是根据量刑的需要确定所谓实行主犯和实行从犯的划分。

既然《刑法》第27条所规定的在共同犯罪中起“次要”作用的从犯不应当包含实行犯,那么如何理解该条所谓“次要”作用或者“辅助”作用的关系?从一般意义上讲,应当承认次要作用包含辅助作用,因为第27条的从犯是与第26条的主犯相对应的关系,而主犯是起主要作用者,从犯当然是起次要作用者。因此,起辅助作用的就是起次要作用的。然而,从文理上看,“次要”与“辅助”显然系并列的关系。之所以如此,正如《刑法》第22条规定的预备行为把本来具有包容与被包容关系的制造条件与准备工具相并列,系考虑了准备工具是最常见的预备行为,所以刑法将其独立于制造条件之外规定一样,因为辅助行为是最常见的而且具有类型意义的从犯行为,因此刑法要把这种典型的帮助行为独立地加以规定。

既然起次要作用的行为既不包括次要的实行行为,也不包括起辅助作用的行为,更不包括教唆行为,那么究竟应当包括哪些行为?应当说,这里的起次要作用的行为主要指在间接正犯中,所谓利用有故意的工具的被利用人的行为情况。在目的犯、身份犯的情况下,由于特定目的与身份是构成要件要素,在有这种目的或者身份的人利用没有这种目的或者身份的人实施目的犯、身份犯的实行行为时,被利用人由于缺乏目的或者身份,难以被评价为正犯,只能认定为帮助犯。例如,国家工作人员甲指使知情的妻子乙接受贿赂,不具有国家工作人员身份的乙只能被认定为受贿罪的帮助犯。在此,尽管乙的收受贿赂的行为在存在论上看,是受贿罪的事实上的实行行为,但是从规范论看,因为乙不具有国家工作人员身份,该受贿行为难以被评价为受贿罪的实行行为。对于这一类型的帮助行为,与作为帮助犯典型的行为类型,即实施实行行为以外的辅助行为的帮助行为在形式上具有明显的区别,但是在实质上应当评价为帮助行为,因此《刑法》第27条给这类帮助犯的行为类型预留了位置,这也体现出我国刑法共犯规定的优越性。

四 简短的结论

通过上述分析,可以看出分工分类与作用分类具有密切的联系。尽管也有学者认识到二者的这种联系,认为所谓分工分类与作用分类不是截然对立的,而是可以统一的。但是,该学者进一步认为共同犯罪的定罪,是按照分工分类法,对实行犯、组织犯、教唆犯和帮助犯的定罪问题分别加以明确,解决其定罪根据问题。共同犯罪的量刑,是按照作用分类法,将共同犯罪人分为主犯、从犯,分别解决其量刑问题。在具体条文的设置上,并列规定两个条文,其中一条分别对实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯做出规定;另一条则规定主犯、从犯的处罚。^[38] 这种观点看到了共犯的形式侧面的重要意义,然而仍然存在以下问题:第一,论者并没有解决分工分类与作用分类的结合点,并没有解决实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯与主犯、从犯之间的对应关系。第二,论者形式上似乎看到了分工分类与作用分类的统一性,但

[37] 参见陈浩然:《理论刑法学》,上海人民出版社2000年版,第303页。

[38] 参见陈兴良:《当代中国刑法新视界》,中国政法大学出版社1999年版,第744-745页。

是实质上还是把二者对立起来考虑。第三,这种观点无形加重了刑事司法的困难和负担。不外乎让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。

分工分类法与作用分类法的实质联系在于,二者只是分别体现了共犯的形式性、类型性的侧面和具体的、实质的侧面。换言之,二者的划分充其量仅具有学理分类的意义。在立法论上,单纯从分工上或者作用上对共犯进行分类都是难以想象的,至多只能侧重某一方面规定共犯。通过上述中德刑事立法和刑法理论比较可以看出,我国刑法实际上采纳了分工分类和作用分类相结合的分类模式。更确切地说,是采纳了形式与实质相结合的分类模式,只不过侧重在实质的侧面规定共犯类型。因此,我国刑法学上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。如果说有不同,也只是历史用语习惯的不同。换言之,大陆法系习惯上称正犯、帮助犯、教唆犯,我国刑事立法习惯上称主犯、从犯、教唆犯而已。事实上,日本刑事立法和刑法学上帮助犯也习惯称为从犯。^[39] 如果用图式化的表达方式,可以得出以下的结论: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。

[Abstract] The traditional classification method of accomplices is based on the concept that the work-division classification and function classification are mutually exclusive, which brought about many problems in the interpretation of criminal law. It is, therefore, imperative to re-consider the issue of classification of accomplices. However, both the materialized tendency of the classification of accomplices in Germany and the actual conditions of provisions contained in criminal law in China indicate that it is inconceivable to classify the accomplices simply in accordance with form or in accordance with substance. The so-called work-division classification and function classification are only of theoretical significance. In fact, a combined mode of accomplices' classification can be found in Chinese criminal law, which includes both the formal and substantive dimensions of a crime, thus realizing the identity of work-division classification and function classification.

(责任编辑:王雪梅)

[39] 参见[日]木村光江:《刑法》(第2版),东京大学出版会2002年版,第168页。