

# 区分制与单一制： 中国刑法的立场与抉择<sup>\*</sup>

何庆仁

**【摘要】**我国刑法中的共同犯罪立法具有政策导向、实用主义和粗疏化的特点，致使其在区分制与单一制之间的立场不够明确。司法解释以及指导案例大体上也承袭了立法的此一立场，这为学理上厘清我国刑法在区分制与单一制之间的抉择制造了较大的障碍。尽管如此，如果跳出所谓“作用分类法定量、分工分类法定性”的迷思，就会发现传统理解的双层区分制以及单一制都存在较大的问题。而且，单一制的单一不法观念具有重大缺陷，也与一系列共同犯罪的法律效果相左，只要重新理解我国刑法第25条，就能发现无论在应然抉择还是实然立场上，我国刑法规定的都是区分制。

**【关键词】**共同犯罪 区分制 单一制 作用分类法 分工分类法

**【作者简介】**何庆仁，法学博士，中国社会科学院大学政法学院教授。

**【中图分类号】**DF61 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2020)04-0033-10

## 一、现行共同犯罪条款的立法沿革及其启示

### (一) 现行共同犯罪条款的立法沿革

中华人民共和国于1949年成立之初便废除了南京国民政府的《六法全书》，但并未立即制定出自己的《刑法典》，而是主要通过若干单行条例和政策治理犯罪。这些单行条例虽未对共同犯罪作出一般性规定，但其中的不少条款仍体现了处理共同犯罪的思路。例如，《惩治反革命条例》第5条规定：“持械聚众叛乱的主谋者、指挥者及其他罪恶重大者处死刑；其他积极参加者处五年以上徒刑。”第12条规定：“聚众劫狱或暴动越狱，其组织者、主谋者处死刑或无期徒刑；其他积极参加者处三年以上徒刑。”《条例》对“组织者”“主谋者”“指挥者”“其他罪恶重大者”以及“其他积极参加者”的强调与区分，完全是对共同犯罪的描述。

在彭真《关于镇压反革命活动和惩治反革命条例问题的报告》中，非常明确地指出：“这个条例是根据镇压与宽大相结合，即‘首恶者必办，胁从者不问，立功者受奖’的政策而制定的。对于各种反革命的首要分子，对于解放后怙恶不悛，继续进行反革命活动的特务间谍分子，是采取从重处理的原则；对于被反革命分子胁迫、欺骗而参加反革命活动的胁从分子，对于解放前虽曾参加反革

<sup>\*</sup> 本文系笔者承担的教育部人文社会科学研究一般项目“共同犯罪本质的规范理解研究”(19YJA820014)的阶段性成果。

命活动，但罪行并不重大，解放后又确已悔改的分子，特别是已为人民立功的分子，则采取了从宽处理的原则。”<sup>①</sup>由此不难看出，《惩治反革命条例》主要针对的就是共同犯罪行为，并将共同犯罪人分为若干类型，分别规定了或从重或从轻处罚的原则，其背后的指导思想可以说一直到今天都还在发挥作用。

另一方面，制定《刑法典》的准备工作很早就提上议事日程。1950年7月25日出台的《中华人民共和国刑法大纲草案》第15条明文规定：“二人以上共同犯罪，而有下列情形之一者，皆为正犯。各按其社会危险性之轻重处罚之：一、事前同谋，临事共同实施犯罪行为者；二、事前同谋，临事未共同实施犯罪行为，而同意共谋人实施犯罪行为者；三、事前主谋，临事未共同实施犯罪行为，而仅雇佣或派遣他人，实施犯罪行为者；四、事前无预谋，临事同情，共同或分担实施犯罪行为者。建立犯罪组织，指导犯罪组织，制定实施犯罪计划或者指导执行计划者，皆为组织犯。按其所组织的犯罪及犯人的社会危险性之轻重处罚之。教唆他人犯罪者为教唆犯，按其所教唆之罪处罚。提示方法供给工具，以及用其他方法便利他人遂行其犯罪者，为帮助犯，得从轻处罚，决定从轻与否，及从轻程度，应审查帮助行为对于犯罪所生之作用及犯罪人之社会危险性。”<sup>②</sup>该草案将共同犯罪人分为正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯四种，其中对组织犯的单列是其特色之一。此外，草案在量刑时特别强调社会危险性的指导意义，作用标准则仅在帮助犯中与社会危险性并列提及，似乎并非特别重要。至于何谓社会危险性，草案始终将其与犯罪人联系在一起，而不是犯罪，言下之意应指的是行为人对社会的危险性，这与主观主义刑法有契合之处。

之后历经多次讨论与修改，其间虽由于政治原因有过长时间的停顿，终于在1979年颁行了我国第一部刑法典。该法典以专节从第22条至第26条，规定如下：第22条，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。第23条，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。对于主犯，除本法分则已有规定的以外，应当从重处罚。第24条，在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。第25条，对于被胁迫、被诱骗参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节，比照从犯减轻处罚或者免除处罚。第26条，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。教唆不满十八岁的人犯罪的，应当从重处罚。如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。和最初的《中华人民共和国刑法大纲草案》相比，79年刑法共同犯罪一节的内容有非常重大的调整。首先，放弃了分工分类法，改采以作用分类法为主、以分工分类法为辅的标准，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种。其次，放弃社会危险性的提法，对四种共同犯罪人皆按其在共同犯罪中的作用进行处罚，即从主观主义改采客观主义之刑法立场。再次，明确规定了共同犯罪的概念，新设了胁从犯的规定，对教唆犯的处罚更为细致等。

及至1997年修订刑法时，共同犯罪一节的内容并没有推倒重来，仅在以下方面作出调整：其一，增加了犯罪集团的概念。79年刑法中虽有犯罪集团的名称，却并未对其进行界定，导致理论上出现了较大争议，司法实务中认定也较为混乱，97年刑法于是明确规定：“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。”其二，对主犯的处罚原则进行了重大修改。为了不至于使对主犯与从犯的处罚失去判断的基准，立法者取消了主犯从重处罚的明文规定，而是细化为犯罪集团的首要分子和其他主犯，分别按照相应原则进行处理。其三，取消了从犯比照主犯，以及胁从犯比照从犯量刑的规定。主要理由是影响共同犯罪人刑事责任大小的因素除了作用大小外，还有

① 高铭喧、赵秉志编：《中国刑法立法文献资料精选》，法律出版社2007年版，第183页。

② 高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览（上）》，中国人民公安大学出版社1998年版，第140页。

各共同犯罪人本身的一些情节，诸如自首、立功、累犯等，这些人身性的情节显然是难以比照的，故而予以删除。其四，删除了胁从犯中“被诱骗”一词。原因是“被诱骗”如何理解常有歧见，如何认定较难把握，且其也不是胁从犯的特征。<sup>①</sup>

## （二）我国共同犯罪立法的特点及其对区分制与单一制的启示

纵观上述共同犯罪的立法变迁，可以将我国刑法中共同犯罪之规定的特征归纳如下：首先，特别重视依政策处理共同犯罪人的量刑问题。从《惩治反革命条例》到97年刑法，“首恶必办，胁从不问”的轻轻重重刑事政策，一直潜移默化地影响着立法者，如何分化瓦解、区别对待共同犯罪分子，最终成为刑法条文的重要使命。其次，对共同犯罪人的分类别具一格。分工分类法和作用分类法是划分共同犯罪人的两种基本方法，而我国的两部刑法典均采用的是以作用分类法为主、以分工分类法为辅的标准，这绝非偶然，而是立法者权衡利弊的结果，即希望能结合两种方法各自的优点，并克服各自的缺陷，显示出立法者具有强烈的实用主义倾向。再次，缺乏对共犯与身份的相关规定。共犯与身份问题是刑法教义学中极为复杂的问题，如何处理相当棘手，为解决此一问题，德国和奥地利刑法中都规定有专门条款，但我国刑法并未规定。然而，问题并不会因为立法者视而不见就不会发生，实际上我国司法机关后来不得不再发布相关司法解释，正说明了问题的严重性。可以说，我国的立法者虽然重视共同犯罪的量刑，却只是从宏观层面上重视从轻还是从重，对于共犯与身份这样需要更细腻思考和处理的问题，反而语焉不详，立法时的粗疏化可窥一斑。总之，我国刑法中的共同犯罪条款兼具政策导向、实用主义以及粗疏化的特征，必然为刑法教义学的相关研究带来不可谓不严峻的挑战。

这些特征自然也不可避免地对区分制与单一制的议题产生影响。总体而言，上述立法沿革带给区分制与单一制的最大启示是，立法者似乎并不热衷于在区分制与单一制之间选边站，毋宁说如何更实用主义地实现对共同犯罪的处理才是立法者最关心的事情。例如，即使是明确采纳了正犯、组织犯、教唆犯和帮助犯之立法，因而最接近区分制立场的《中华人民共和国刑法大纲草案》，也在第15条之外，另行于第三章《刑罚》第24条“重的犯罪情节与轻的犯罪情节”中分别规定了“结伙或聚众实施犯罪者”和“利用被害人的从属地位或无援助状态实施犯罪者”两种重的犯罪情节，以及“犯罪的实施，系受他人的强暴、胁迫或由于职务上或经济上的从属关系者”的轻的犯罪情节，可以说与在其刑法第33、34条另行规定共同犯罪的量刑问题的奥地利刑法有异曲同工之处。而众所周知的是，奥地利刑法是单一制的典型代表。至于79年刑法以及97年刑法，则因为坚持了以作用分类法为主、以分工分类法为辅的混合原则，改采主犯、从犯、胁从犯以及教唆犯的折中体例，突出地表明立法者不愿意受区分制或者单一制的单一束缚，而是希望兼采二者的优点，以图更好地同共同犯罪作斗争。这一点从立法者在1997年修订刑法时，不愿意对共同犯罪的立法体例作出实质性的重大修改中可以看非常明显，否则，无论是想要明确支持区分制还是单一制，立法者完全可以重新作出选择。

## 二、司法实务在区分制与单一制之间的摇摆

立法上的暧昧不清直接决定了司法实务对区分制与单一制的态度，即不停摇摆于二者之间，并不愿意坚持某一种立场。

### （一）司法解释中的区分制与单一制

司法解释是最高人民法院在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释，尽管对于其主体、

<sup>①</sup> 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205~209页。

效力和内容等存在诸多争议,但作为一种具有约束力的规范性文件,其对司法实务现状的影响是毋庸置疑的。在数百件刑法司法解释中,共同犯罪始终是重点规范对象之一,整体而言,司法解释的重心在于如何认定以及处理共同犯罪,并不直接关心区分制还是单一制的问题。不过,在诸多共同犯罪司法解释条款背后,仍能觅得若干与区分制和单一制有关的踪迹。

首先,主犯、从犯、胁从犯与教唆犯四种法定共同犯罪人中,前三种是司法解释的绝对核心,与教唆犯有关的解释条款则屈指可数,这与“以作用分类法为主、以分工分类法为辅”的立法精神高度一致。由于学界多认为主从体系致力于解决量刑问题,是单一制的有力证据,所以司法解释似乎更倾向于单一制。其次,很多司法解释条款在解释共同犯罪时,常使用“以共犯论处”的用语,即既在定罪上“论”以共犯,也在量刑时以共犯“处罚”。例如《关于审理挪用公款案件具体运用法律若干问题的解释》第8条规定:“挪用公款给他人使用,使用人与挪用人共谋,指使或参与策划取得挪用款的,以挪用公款罪的共犯定罪处罚。”若从定罪与量刑紧密结合的角度来看,此类司法解释中的“共犯”似乎更接近于区分制。

此外,还有少数司法解释仅涉及共同犯罪的定罪问题或量刑问题。前者如《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第3条规定:“公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。”该条司法解释明确将其作用范围限定于定罪层面,且强调了主犯在定罪上的决定性意义,并反面映衬了从犯在定罪时的从属性地位,显然是区分制下的理解。后者如《关于常见犯罪的量刑指导意见》第三部分“常见量刑情节的适用”第3点规定:“对于从犯,应当综合考虑其在共同犯罪中的地位、作用等情况,予以从宽处罚,减少基准刑的20%~50%;犯罪较轻的,减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。”该条款不仅以处理从犯的量刑问题为主旨,且在大标题上明确将从犯视为一种量刑情节,可以说是相当受单一制欢迎的立场。

如上所述,司法解释忽而区分制,忽而单一制,看似自相矛盾,缺乏一致立场,但实务部门也许根本不认为这是一件值得担忧的事情。一方面,司法解释完全不关心区分制还是单一制的问题,所谓的区分制与单一制都是从司法解释中间接解读而来。另一方面,区分制与单一制更多的是一个前置于司法的立法问题,司法解释本就应该以贯彻立法者的抉择为己任;如果立法者在该问题上尚且态度暧昧,司法解释当然也不愿意明确表态。

## (二) 指导案例里的区分制与单一制

除了司法解释之外,最高人民法院还从2012年开始颁布指导性案例,但迄今为止的112个指导性案例中,与共同犯罪相关者极少。为了进一步揭示区分制与单一制在实务中的样态,本文选择以最高人民法院刑事审判庭于1999年开始连续出版的《刑事审判参考》中的指导案例为例,简单介绍能勉强从其中推断出的若干蛛丝马迹。

和抽象的司法解释不同,指导案例透过具体的案件,致力于直接解决定罪与量刑方面的具体问题。因此,对于主要由立法和学理决定的区分制还是单一制之争议,指导案例完全没有兴趣参与其中。不过这并不妨碍我们用放大镜来检视其可能的立场。首先,指导案例虽仍较重视主犯、从犯和胁从犯,但在司法解释中非常罕见的正犯、教唆犯和帮助犯在指导案例中随处可见,而且就比例而言丝毫不亚于前者。有别于司法解释严格遵循“以作用分类法为主、以分工分类法为辅”原则的做法,可以说指导案例相当程度上偏离了该原则,大幅提高了分工分类法的地位。就此而言,似乎可以理解为指导案例在区分制与单一制之间更偏向于区分制。一个更明显的例证是,指导案例甚至明确承认了单一制所否认<sup>①</sup>的间接正犯的地位,例如《刑事审判参考》第479号指导案例徐开雷保险诈

<sup>①</sup> 参见刘明祥:《间接正犯概念之否定》,《法学研究》2015年第6期,第98~115页。

骗案的裁判要旨明确指出：“被保险车辆的实际所有人利用挂靠单位的名义实施保险诈骗行为的，应以保险诈骗罪的间接正犯论处。”<sup>①</sup>

其次，就具体内容而言，指导案例和司法解释较为类似，大致可以分为三种。第一种是“以共犯论处”，即既论以共犯，也按照共犯处罚。例如《刑事审判参考》第395号指导案例的裁判要旨指出：“通奸后，又帮助他人强奸该妇女的，应以强奸罪的共犯论处。”<sup>②</sup>第二种是仅关注是否可以成立共同犯罪。例如《刑事审判参考》第633号指导案例的裁判要旨指出：“以欺骗手段诱使他人产生犯意，并为其创造条件的，属于教唆与帮助行为，与被欺骗者构成共同犯罪。”<sup>③</sup>第三种是仅关注如何处罚共同犯罪。例如《刑事审判参考》第637号指导案例的裁判要旨指出：“二人或二人以上共同犯罪致一名被害人死亡的案件中，原则上仅能判处一名被告人死刑立即执行。”<sup>④</sup>按照前文针对司法解释的分析逻辑，前两者可能更易于为区分制所接受，而将共同犯罪视为一种量刑情节的第三种则较好地体现了单一制的要求。那么至少就初步感知而言，指导案例在区分制与单一制之间也并无定见。

### 三、区分制与单一制的学理分歧及其反思

立法以及司法上的暧昧态度并未影响学界对区分制与单一制这一重要理论基础的探讨。一直以来，多数观点坚持的都是区分制的立场，认为正犯、帮助犯虽未被明文规定，但被涵括在主犯、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。<sup>⑤</sup>为了缓和区分制与“以作用分类法为主、以分工分类法为辅”的立法原则之间的潜在冲突，学者们还发展出一种新的理论模式，主张分工分类法（组织犯、实行犯、教唆犯与帮助犯）解决共同犯罪的定罪问题，作用分类法（主犯、从犯与胁从犯）则仅仅解决共同犯罪的量刑问题，<sup>⑥</sup>从而至少在定罪层面赋予区分制以决定性意义。不过，近年来不少学者开始提出反对观点，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”。<sup>⑦</sup>理由在于，一方面我国刑法并未规定正犯与帮助犯；教唆犯在我国是独立可罚的；从犯也不是指从属性共犯，而是指处理共同犯罪案件的量刑情节。<sup>⑧</sup>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；这与我国刑法重视共同犯罪人的作用，并分别量刑的做法可谓不谋而合。<sup>⑨</sup>由于笔者曾经撰文专门研讨过区分制与单一制的问题，<sup>⑩</sup>以下仅透过反思区分制论者与单一制论者都不反对的“作用分类法定量、分工分类法定性”之认知，以及单一制论者的单一不法观念，突显二者的可商榷之处。

① 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通撰》（第二版），北京大学出版社2018年版，第341页。

② 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通撰》（第二版），第781页。

③ 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通撰》（第二版），第631页。

④ 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通撰》（第二版），第1033页。

⑤ 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，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。

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》，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126~143页）等学者的赞同，而有成为新的主流观点之趋势。

⑦ 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。

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 参见江溯：《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242~250页。

⑩ 参见何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，《法学研究》2016年第3期，第140~158页。

### （一）作用分类法定量，分工分类法定性？

多数观点认为，以分工为标准的分类，比较客观地反映了共同犯罪人在共同犯罪中从事了什么样的活动，便于对共同犯罪人的行为定罪；但它没有揭示他们在共同犯罪活动中起了什么样的作用，不利于正确解决各自的刑事责任。以作用为标准的分类，比较客观地反映了共同犯罪人在共同犯罪中所起作用的大小，从而反映了他们各自不同的社会危害程度，便于对他们量刑，解决其刑事责任；但它没有反映各共同犯罪人在共同犯罪活动中的分工，对共同犯罪人定罪的一些问题不能解决。<sup>①</sup> 据此，作用分类法的功能限于定量，而分工分类法则志在解决定性，二者之间俨然存在着一条无法逾越的鸿沟。笔者认为，该认知其实大可质疑。

首先，作用分类法只解决量刑问题吗？多数观点的理由置重于该体系以作用之大小为区分标准，便于确定各共犯人的社会危害性程度，因而认为有利于量刑；且刑法对主犯、从犯以及胁从犯均明文规定了程度依次递减的处罚原则，其意旨显然在于如何确定各共犯人的刑事责任。笔者认为，其一，从作用之大小的区分标准中不能得出作用分类法仅解决量刑问题的结论，而必须认为其也是一种定性，因为依据该标准所划分出来的主犯、从犯与胁从犯都不是作为单纯的量刑情节而存在的，而是对共同犯罪人的不同划分，当然涉及到对共犯人的定性。其二，从刑法对主犯等的处罚原则中更加得不出多数观点的结论，因为刑法对其他犯罪形态也都配置了一定的量刑原则，如预备犯、未遂犯、中止犯以及教唆犯等，难道可以说它们也都只解决量刑问题吗？其三，立法本身亦提示我们，作用分类法当然也是一种关于犯罪的定性，而不只是关于量刑的定量，这从刑法将它们规定在总则第二章“犯罪”而不是第三章“量刑”中就可以看得很清楚；更明显的是，1997年修订刑法时，将原刑法第23条第2款的规定——“对于主犯，除本法分则已有规定的以外，应当从重处罚”——予以删除，并取消了从犯比照主犯、胁从犯比照从犯处罚的规定，则主、从犯等的处罚基点都与单独犯罪持平，所谓作用分类法解决量刑的看法不是被彻底推翻了吗？尽管学界对此不无批评，<sup>②</sup> 笔者仍然认为，至少在作用分类法也是一种定性上，立法的态度是相当明确的。

其次，分工分类法只解决定罪问题吗？经由分工标准而划分出的正犯——共犯体系以分则所规定的构成要件为基础，解决定罪问题之功能自不必言，但认为其无助于解决各共犯人的量刑问题恐有失偏颇。区分制下的正犯与共犯不单有体系论上的不同，亦有价值论上的差异，即正犯在量刑上通常要重于共犯，其中教唆犯基于刑事政策的考量亦可处以正犯之刑。故正犯——共犯体系在定性之同时，当然也起着制约量刑的作用，这从规定了正犯、共犯的各国刑法大多同时确定正犯、教唆犯和帮助犯的处罚原则即可窥一斑。陈兴良教授曾经正确地指出，分工分类法既有定性的一面，又有定量的一面，认为其很好地同时解决了共犯的定罪与量刑，但又认为分工分类法对正犯的量刑问题解决得不够圆满，因为在共同实行犯的情况下，各实行犯在共同犯罪中的作用是有所不同的，而刑法总则关于共同犯罪的规定却未能加以区别，这是一大缺陷。<sup>③</sup> 笔者认为，在圆满地解决了共犯的定罪与量刑之同时，分工分类法也较为圆满地解决了正犯的定罪与量刑，理由有三：其一，各共同正犯的作用可能在自然意义上确有不同，但共同正犯的责任原则是“部分实行全部责任”，无论各人作用的大小，都要对全部罪行负责，那么在不法阶层区分各共同正犯的作用程度是没有实际意义的；其二，根据责任主义的要求，在量刑时确定每个人的具体罪责时，自然可以根据各共同正犯的因果贡献等之不同，在正犯的刑罚幅度内予以量刑的个别化，不会出现对各共同正犯不加区分的情况；其三，如果因为各实行犯的作用有所不同就要对其加以区分，则各帮助犯的作用不是也是有所不同

① 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第八版），北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第172页。

② 参见蒋莺：《新、旧刑法关于主犯处罚原则之比较》，《法学》1997年第6期，第44~45页。

③ 参见陈兴良：《共同犯罪论》（第三版），中国人民大学出版社2017年版，第155页。

的吗？如果认为不区分各帮助犯时是圆满的，那么不区分各实行犯时就至少也应当是较为圆满的。

质言之，作用分类法与分工分类法都是对共同犯罪的界分方法，对犯罪形态的分类总是会同时触及到定罪与量刑，因此，两种分类法其实都是既定性又定量的体系。以其为依据论证我国刑法是区分制或者单一制，都是不当之论。

## （二）单一不法的法效果之质疑

所谓单一不法，是指单一制主张的应当单独考察参加者各自的不法，否定各参加者的不法之间在规范上具有相互依存性的基本立场。例如，柯耀程教授认为：“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。”<sup>①</sup> 黄荣坚教授也指出，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”。<sup>②</sup> 刘明祥教授同样认为：“在数人参与犯罪的场合，对每个参与者都应该与单个人犯罪一样来认定其是否构成犯罪以及构成何种犯罪。”<sup>③</sup> 江溯副教授则指出：“各参与者的不法和罪责均独立于其他参与者的不法和罪责。”<sup>④</sup> 笔者曾经从共同不法的社会意义、规范内涵以及着手等方面对此有过批判，<sup>⑤</sup> 接下来结合指导案例和司法解释具体揭示单一不法在法律效果方面可能存在的欠缺。

首先，《人民法院案例选》的指导案例张玉红等抢劫案中，被告人王飞强在参与了犯罪预谋后因害怕被他人认出，多次拖延、打发了张玉红的犯罪邀请，且没有参与抢劫罪的后续实施，裁判主旨指出：“共犯中止的成立，既需要主观上切断犯意联络并告知其他犯罪人，还需要客观地积极阻止其他共犯的行为以及有效地防止危害结果的发生。”<sup>⑥</sup> 在王飞强并非其他犯罪人的保证人的情况下，为什么王飞强的犯罪中止要“告知其他犯罪人”以及“积极阻止其他共犯的行为”，其背后的原理可能离不开各共犯之间在不法上的关联。

其次，在自首与立功方面，最高人民法院《关于处理自首和立功案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：“共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。”第5条和第6条则指出，“共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的”，不是立功；“揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪”才属于立功。从中可以很清楚地看出，司法解释认为共同犯罪事实是一个共同的不法，同案犯之间要为该事实相互归责。因此，交代该事实是自首的应有之义，交代该事实之外的犯罪事实才成立立功。单一制论者可能辩称，即使利用自然力或动物等犯罪的，成立自首也要交代清楚作案过程；利用他人犯罪的当然也要交代相关事实。但是，即使如此理解，也不能说明司法解释对供述同案犯信息的高要求，最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第5条规定：“犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。”利用自然力或动物犯罪的，显然不需要供述到如此详细的地步。

再次，在犯罪记录的封存方面，最高人民检察院《未成年人刑事检察工作指引（试行）》第84条规定：“对于未分案处理的未成年人与成年人共同犯罪案件中有未成年人涉罪记录需要封存的，应当将全案卷宗等材料予以封存。分案处理的，在封存未成年人材料的同时，应当在未封存的成年人卷宗封皮标注‘含犯罪记录封存信息’，并对相关信息采取必要保密措施。”犯罪记录封存的目的是

① 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。

② 黄荣坚：《基础刑法学》，中国人民大学出版社2009年版，第500页。

③ 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122页。

④ 江溯：《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》，第30页。

⑤ 参见何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，《法学研究》2016年第3期，第146~150页。

⑥ 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通撰》（第二版），第939页。

为了更好地保护未成年人，其效果能波及相关成年人的犯罪记录，二者之间在不法上的紧密关联应该发挥了其影响。

总之，共同犯罪是一种客观上应共同归责于数个主体的犯罪，是数个意志自由的主体的共同作品，该规范意义上的共生关系不仅决定了其共同的不法内涵，也会在法律效果上产生一系列的联动影响。上述实务上的主张，无非都是这种联动机制或多或少的反映而已。

#### 四、重新确立区分制在我国刑法中的地位

笔者认为，我国刑法规定的共同犯罪采取的立场是区分制，但是理由不再可以是在刑法规定中仅处于辅助地位的分工分类法。关于区分制与单一制的差异，单一制论者主要有两种论述，接下来本文将说明，无论采取哪一种论述，我国刑法规定的都是区分制。

第一种比较常见的论述是，区分制与单一制的差异在于，是否“对作用于同一犯罪事实的所有犯罪人，根据其参与的形式分为正犯与共犯；并视正犯为犯罪的核心人物，共犯为犯罪的依附者；因而，对正犯的处罚一般重于共犯”<sup>①</sup>。如果坚持认为我国刑法中的作用分类法与分工分类法是主辅有别的两种不同分类方法，正犯与帮助犯的缺位将使单一制论者的质疑非常有力。但是如前所述，主犯与从犯并不是单纯的量刑情节，正犯与共犯也不是仅仅决定定罪问题，随着作用分类法的不断规范化以及分工分类法的不断实质化，二者合而为一不仅是可想象的，而且理所应当。对此，学界早有观点指出，鉴于正犯与共犯的实质化趋势，<sup>②</sup>以及主犯与从犯的规范化需求，<sup>③</sup>应当在主犯与正犯、从犯与帮助犯之间划等号。<sup>④</sup>笔者完全支持该观点，在规范化与实质化的视野下，作用分类法与分工分类法是一样的，主犯即正犯，从犯即帮助犯，二者只是用语的不同而已。如此一来，我国刑法是否区分了具有价值差异的正犯（主犯）与共犯（从犯）就不言而喻了。顺便提及，主犯与正犯在实质化与规范化之后合而为一，则限制的正犯概念也不再是可以坚持的立场，以此为据反对区分制也不再具有意义。

第二种更深入的论述认为：“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。”<sup>⑤</sup>奥地利刑法可谓完整贯彻了该标准下的单一制的立法模式，即在犯罪论部分以第12条规定构成要件问题，另于刑罚论部分以第33条（特别的加重事由）、第34条（特别的减轻事由）规定量刑问题。显而易见的是，我国刑法在总则第二章犯罪中就已经全部规定了共同犯罪的定罪与量刑问题，与该模式下的单一制相去甚远。实际上，1950年的《中华人民共和国刑法大纲草案》的立场与该模式较为接近，即在第15条规定共同犯罪之外，另行于第三章《刑罚》第24条“重的犯罪情节与轻的犯罪情节”中规定若干与共同犯罪有关的量刑情节。可惜该草案马上就被立法者放弃，且在之后的草案以及正式的法典中都未再出现。此时，还能支撑该种单一制的就剩下“作用分类法定量、分工分类法定性”的认知了，即虽然共同犯罪的定罪与量刑都规定在犯罪论部分，但仍然是分离的。对此前文已多有分析，不再赘言。

另外，从刑法第25条的规定中也可以在相当程度上推论出我国刑法规定的共同犯罪是区分制。该条第1款规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”第2款紧跟着指出：“二人以上共同过失

① 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122页。

② 参见陈洪兵：《共犯论思考》，人民法院出版社2009年版，第243~245页。

③ 参见何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第216页、第236~237页。

④ 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47~56页。

⑤ 《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。

犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”从中可以看出，首先，刑法总则第二章第三节中的“共同犯罪”一词有其特定含义，仅指共同故意犯罪，且只有属于该节中的“共同犯罪”，才有进一步论以第26、27、28、29条所规定之主犯、从犯、胁从犯与教唆犯的余地。其次，共同故意犯罪与共同过失犯罪在处理模式上是对立关系，共同过失犯罪不属于本节中的共同犯罪，因此负刑事责任时也不能再论以主犯、从犯、胁从犯或者教唆犯。在此背景之下，单一制如何厘清共同故意犯罪、共同过失犯罪与区分制、单一制的关系，将陷入两难的困境。如果认为“不以共同犯罪论处”的共同过失犯罪是单一制，则属于“共同犯罪”的共同故意犯罪就应该是区分制，这一点单一制论者并不愿意承认。如果认为共同故意犯罪是单一制，则“不以共同犯罪论处”的共同过失犯罪该如何处理就成了问题。或许可以认为将其按照单独犯罪处理，但那样一来就突破了共同犯罪的立法极限，<sup>①</sup>连单一制论者也不会表示赞同。<sup>②</sup>如果强行认为共同故意犯罪和共同过失犯罪都是单一制，又无法说明为什么同在单一制之下，前者要区分主从，而后者却无需区分。面对如此抉择困境，笔者认为，更合理的主张是，刑法第25条第2款的规定只是说明我国刑法对共同过失犯罪采取了单一制的立法例，无需区分主从，并从反面表明共同故意犯罪在我国采取的是区分制，应进一步区分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。那么，我国刑法总则第二章第三节中的“共同犯罪”就重新回到了区分制的立场之上。

以上分析主要以刑法规定为中心，并未从学理上多做探讨。为了略为补充，以下再结合学界对笔者观点的若干质疑稍加展开。有观点批评主犯正犯化违反了刑法的严格解释原则，主犯与正犯不容混同。<sup>③</sup>但是，笔者的主张并没有创设一种新的主犯概念；也没有暗度陈仓，以主犯之名行正犯之实；而是对主犯规范内涵的探索。这种探索甚至是主犯概念的应有之义，因为在导致构成要件结果发生的因果链条中，有各种各样的条件贡献着因果力量，客观行为甚至可能是由被害人自己或者无关的第三人所具体实施，此时谁起着主要作用之关键显然不在于自然意义上因果贡献的程度，而在于刑法对行为人行为的规范性评价。在该评价的过程中，“对共同犯罪人在共同犯罪中是起主要作用还是次要作用的确定，必须回到起点——刑法分则对各罪构成要件的规定”，<sup>④</sup>并随着规范化的深入而难免和实质化后的所谓正犯合流。

还有观点主张，在犯罪参与的场合，直接行为人与间接行为人之间存在事实上的依赖关系，但事实上的依赖关系不等于规范上的从属关系，参与犯的不法判断应坚持个别的、独立的立场与方法，并希望结合我国刑法的规定贯彻单一制的立场。<sup>⑤</sup>该主张是典型的单一归责的单一不法论，事实上的依赖关系对于共同归责的判断而言的确不是决定性的，人和动物之间也完全可能存在同样的依赖关系。但这不意味其不法判断就应该独立进行，更不意味着规范上的共同归责不重要，否则就无法克服直接行为人的意志自由对间接行为人的意志自由的溯责禁止效应。在归责原理上，共同归责与单一制其实并不冲突，<sup>⑥</sup>以单一归责作为推行单一制的基础，可能有所偏颇。另有观点吸纳了归责原理的精髓，却仍希望借助客观归责理论为形式单一制开辟新的道路。<sup>⑦</sup>问题是，我国刑法已经区分了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种共犯类型，我国刑法规定的是不是形式单一制大概连机能单一制论者也会表示质疑；即使借助归责理论合理地界定了其处罚范围，但对参加形式不作任何区分，相较而言在彰

① 参见何庆仁：《共同犯罪的立法极限》，《法学》2018年第8期，第79~92页。

② 参见刘明祥：《区分制理论解释共同过失犯罪之弊端及应然选择》，《中国法学》2017年第3期，第216~217页。

③ 参见刘明祥：《主犯正犯化质疑》，《法学研究》2013年第5期，第113~124页。

④ 周光权：《刑法总论》（第三版），中国人民大学出版社2016年版，第236页。

⑤ 参见张伟：《限制的正当概念与二元犯罪参与体系批判》，《比较法研究》2019年第5期，第66~79页。

⑥ 参见何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，《法学研究》2016年第3期，第150页。

⑦ 参见王振华：《单一正犯体系的危机与突围：归责体系的构建》，《法学家》2019年第3期，第154~167页。

显构成要件机能方面似乎有所不足；完全由法官自由裁量的量刑活动则有不够透明和粗糙之嫌。

最后，请允许笔者将本文观点归纳如下：首先，在应然抉择上，以共同归责为基础的区分制更符合法治明确性的要求，更有利于发挥构成要件的一般预防机能，因而是我国刑法的应然之选。其次，在实然立场上，我国刑法区分了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种处罚各异的共犯形态，既不是对参加形式不加任何区分的形式单一制，也不是虽然区分了参加形式，但坚持隔离构成要件问题和量刑问题的机能单一制，而是对“不以共同犯罪论处”的共同过失犯罪采取单一制，对等同于总则第二章第三节之共同犯罪的共同故意犯罪采取区分制。

(责任编辑：方军)

## Differentiating System and Unitary System: Position and Choice of Chinese Criminal Law

*He Qingren*

**Abstract:** The joint crime legislation in Chinese criminal law is policy-led, pragmatic and crude, which makes its position ambiguous between the differentiating system and the unitary system. Judicial interpretations and guiding cases follow this position of legislation roughly, which creates a great obstacle for clarifying the choice of Chinese criminal law between the differentiating system and the unitary system in academic arguments. However, if we break out of the myth of “classification of effect is quantitative and classification of function is qualitative”, we will find that there are huge problems with the conventional understanding of both the double-layered differentiating system and the unitary system. Moreover, the concept of single illegitimacy in the unitary system not only has major defects, but also contradicts the legal effects of a series of joint crimes. As long as we re-understand the Art. 25 of Chinese criminal law, we can find the differentiating system is provided in it, whether in terms of ideal choice or real position.

**Keywords:** joint crime; differentiating system; unitary system; classification of effect; classification of function