

# 犯罪参与体系中 区分制与单一制的融合

黎 宏\*

**内容提要：**我国学界对犯罪参与体系上区分制与单一制的对立有夸大之嫌。在共同正犯、间接正犯、共谋共同正犯等概念以及作为正犯判断标准的犯罪支配说出现之后，作为区分制基础的正犯概念逐渐实质化，正犯与共犯的形式界限几近于无。特别是在共犯从属性的问题上，一旦采用与共同犯罪本质论中的行为共同说具有亲和性的实行行为从属性说，就会在犯罪参与体系上必然走向单一制。当今的单一制，在法益侵害说的洗礼下，已不是“行为人刑法”或者“意思刑法”的产物，而是在各犯罪参与人的行为必须直接或者间接与具体犯罪构成要件结果相关的前提下，基于共同犯罪的本质是行为共同的理念，将正犯理解为为构成要件的实现作出因果贡献的人。这表明，当今的区分制与单一制正相向而行，渐趋融合。从我国的相关刑事立法和司法实践看，我国的犯罪参与体系接近于单一制。这一理解，不仅能合理解释我国刑法有关共同犯罪的规定，也能妥当说明帮助信息网络犯罪活动罪的相关司法解释规定。

**关键词：**犯罪参与体系 共同犯罪 区分制 单一制 正犯 共犯

## 一、问题意识

所谓犯罪参与，简单地讲，就是有数人参与犯罪的场合该如何定罪处罚的问题。对此，学说上历来有单一制与区分制之分。单一制之下，不管各人参与犯罪的形式如何，只要是对构成要件（结果）赋予条件者，都被视为正犯，对其适用同一法定刑，相互间不存在一部分人的犯罪以另一部分人的行为构成犯罪为前提的从属性问题。区分制则根据各人参与犯罪的形式不同，区分为亲自实施构成要件行为的正犯和以教唆、帮助形式参与正犯行为的共犯两种类型，并对二者在刑罚评价上作区别对待；其中，教唆犯、帮助犯不仅在犯罪成立条件上从属于正

\* 清华大学法学院教授。

本文系清华大学文科自主科研项目“中国特色刑法教义学话语体系建构研究”（2023THZWC22）的阶段性成果。

犯,在处罚上也从属于正犯。<sup>[1]</sup>需要注意的是,区分制和单一制虽然在共犯成立条件和处罚上存在差别,但在将共同犯罪还原为刑法分则中的个人犯罪,将各犯罪参与者作为个人犯罪(单独犯)予以处罚这一点上,却完全一致。

我国刑法总则编第二章第三节“共同犯罪”,采用了先根据一定条件判断参与犯罪的数人是否成立共同犯罪,在得出肯定结论之后,再根据各参与人在共同犯罪中的作用大小分为主犯、从犯并分别处罚的规定方式。这一规定方式与区分制或者单一制并无关系,故我国传统学说并未探讨所谓区分制或者单一制。<sup>[2]</sup>近年来,受德日刑法学的影响,我国在共同犯罪问题的讨论上,逐渐放弃了上述以刑法规定为基础的“共同犯罪”处理方式,而采取了将参与共同犯罪的数人具体化为正犯与共犯的“个人犯罪”处理方式,由此便出现了我国刑法关于共同犯罪的规定到底是区分制还是单一制的争议。

多数学者认为,我国刑法采用的是区分制。如陈兴良认为,在我国实质刑法观念十分强烈的情况下,应采用以“形式—客观”为基础的正犯与共犯的区分制,从而更好地在共同犯罪的定罪量刑中体现罪刑法定精神。<sup>[3]</sup>张明楷认为,我国刑法显然区分了正犯、教唆犯和帮助犯,分则条文中也有不少教唆犯、帮助犯正犯化的规定,还有不少真正身份犯即正犯的规定。<sup>[4]</sup>陈家林认为,我国刑法承认了教唆犯的存在,意味着我国刑法倾向于正犯与共犯二分的区分体系。<sup>[5]</sup>何庆仁认为,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。<sup>[6]</sup>

认为我国刑法采用的是单一制的见解也很有力。如刘明祥认为,我国刑法有关共同犯罪的规定符合单一制共犯论的特点。<sup>[7]</sup>阮齐林、耿佳宁认为,从共犯人分类的根据是“作用”而不是行为方式,教唆犯独立可罚,在刑事责任上划分主犯、从犯仅具有量的意义而无质的区别等角度看,我国的共犯制度更加接近于“单一制体系”。<sup>[8]</sup>江溯认为,单一正犯体系正确地揭示了犯罪参与的归责结构,是值得采用的体系。<sup>[9]</sup>

犯罪参与体系之争不仅关乎数人参与犯罪场合的定罪处罚模式选择,还直接影响对我国刑法立法和司法实践的理解。我国刑法第29条第1款规定,教唆他人犯罪的,是教唆犯。很多

[1] 参见刘明祥:《犯罪参与论》,中国人民大学出版社2023年版,第8页;黄荣坚:《基础刑法学》下,中国台湾元照出版有限公司2012年版,第750页。区分制的立法例,如德国刑法典第25条规定,自己实行犯罪行为,或者利用他人实行犯罪行为者,均为正犯;数人共同实行犯罪行为者,均依正犯论处。第26条规定,故意教唆他人使之故意实行违法者,为教唆犯;教唆犯之处罚,与正犯同。第27条规定,故意帮助他人故意实行违法者,为帮助犯;帮助犯之处罚,应依第49条第1款之规定,按正犯之刑减轻之。日本刑法第60条规定,二人以上共同实行犯罪者,均为正犯。第61条规定,教唆他人,使之实行犯罪的,判处正犯之刑;教唆教唆者的,亦同。第62条规定,帮助正犯的是从犯;教唆从犯者,处以从犯之刑。第63条规定,从犯之刑,比照正犯予以减轻。第64条规定,仅应处以科料或者拘留之刑的犯罪的教唆犯、帮助犯,法无特别规定者,不罚。单一制的立法例,如意大利刑法典第110条规定,当数人共同实施同一犯罪时,对于他们当中的每一人,均处以法律为该犯罪规定的刑罚。奥地利刑法典第12条规定,自己实施应受刑罚处罚的行为,或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为,或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的,均是正犯。

[2] 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2019年版,第159页以下;贾宇主编:《刑法学》(上册·总论),高等教育出版社2019年版,第228页以下。

[3] 参见陈兴良:《共同犯罪论》上册,中国人民大学出版社2023年版,第171页。

[4] 参见张明楷:《刑法学》上,法律出版社2021年版,第508页。

[5] 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第5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115页。

[7] 参见前引[1],刘明祥书,第51页。

[8] 参见阮齐林、耿佳宁:《中国刑法总论》,中国政法大学出版社2019年版,第221页。

[9] 参见江溯:《关于单一正犯体系的若干辩驳》,《当代法学》2011年第5期,第76页。

人据此认为,我国刑法采用了区分制。但问题是,教唆未满16周岁的未成年人轻伤他人,或者明知他人利用信息网络骗取未达“数额较大”程度的公私财物而提供互联网接入的行为,在现实生活中时有发生。上述场合,由于被教唆、被帮助的他人的行为不构成刑法分则中的犯罪,按照区分制便无法处理教唆者、帮助者。特别是近年来,随着信息网络的发达,利用信息网络实施共同犯罪的现象日益猖獗,这使得网络空间中的某些共犯行为如帮助行为的社会危害性远超被帮助的实行行为的危害性,对这种帮助行为若按帮助犯处理,已经不能罚当其罪。特别是在被帮助的正犯由于各种原因而缺位的情况下,若仍然固守传统共犯理论,就会出现无法处罚网络共犯的结局。<sup>[10]</sup>在此情况下,便有了以刑法第287条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪将帮助行为单独入罪的所谓“共犯行为正犯化”现象。<sup>[11]</sup>“共犯行为正犯化”的现象意味着共犯行为能够不受正犯行为的制约而单独成立犯罪,这对我国传统的共犯从属性理论产生了巨大冲击。有学者认为,所谓共犯行为的正犯化,只能是指立法上的共犯行为正犯化,而不包括司法上的共犯行为正犯化,<sup>[12]</sup>但这种理解与司法实践的理解并不一致。如2019年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条规定,实施相应帮助行为,确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪程度的场合,应当以帮助者自身的帮助行为的情节为根据定罪。这一规定意味着,就刑法第287条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪而言,可以作为犯罪主体的帮助者本人为中心独立评价其刑事责任,而无需依附于被帮助者的刑事责任。<sup>[13]</sup>这恰好就是共犯违法性的判断可以不从属于被帮助的正犯的单一制理念的体现。可见,以我国刑法第29条有关教唆犯的规定为由,认定我国刑法采用的是区分制的见解,似乎不具有说服力。

区分制与单一制真的是相互排斥、水火不容吗?对此,笔者一直表示怀疑。这一点,只要看看日本的相关数据,就能窥豹一斑。日本刑法采用区分制,明确将犯罪参与人区分为(共同)正犯和共犯。按理说,正犯和共犯在具体适用中本应各占一定比例才对,但在司法实践中,98.3%的犯罪参与人被认定为(共同)正犯,共犯仅占1.7%。<sup>[14]</sup>这一数据表明,日本的司法实践中,绝大多数犯罪参与人被处理成了正犯,特别是作为共犯典型的教唆犯,只占到全体犯罪参与人的0.2%,几乎可以忽略不计。可见正犯与共犯之间的差别,没有区分制和单一制双方所宣称的那么悬殊。

基于以上问题意识,笔者试从比较法的角度,考察区分制与单一制的区分根基及其变迁,在此基础上探讨二者的相互融合等问题,并基于以上内容对我国学界有关单一制的误解进行辨析,由此证明我国刑法及相关司法解释的立场更加接近于单一制。

## 二、区分制与单一制的区分根基及其动摇

从历史沿革看,区分制和单一制原本是平行发展、不分伯仲的,后来因为德国、日本等大陆法系主要国家的刑法立法在共同犯罪的规定中明确区分了正犯和共犯,区分制便成为共同犯

[10] 参见皮勇:《论新型网络犯罪立法及其适用》,《中国社会科学》2018年第10期,第130页。

[11] 参见阎二鹏:《共犯行为正犯化及其反思》,《国家检察官学院学报》2013年第3期,第110页。

[12] 参见陈兴良:《共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》,《比较法研究》2022年第2期,第49页。

[13] 参见前引[10],皮勇文,第130页。

[14] 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2019年版,第324页。

罪立法模式的主流。这种见解认为：刑法分则规定的是正犯，没有正犯，就没有符合构成要件的行为，就不能构成犯罪；刑法首先要抑制的是正犯，正犯是一次责任，其次才是教唆犯、帮助犯；教唆犯、帮助犯是二次责任，二次责任以正犯的存在为前提，故教唆犯、帮助犯从属于正犯，以正犯的存在为前提，这就是所谓共犯的从属性。<sup>〔15〕</sup>还有人认为，共同犯罪现象的核心形态是正犯，教唆、帮助是存在于正犯周围的共犯形式；这种区别使得正犯和共犯具有不同的法定刑，共犯一般要比照正犯从宽处罚。<sup>〔16〕</sup>提倡区分制的学者还认为，不依托犯罪参与类型，犯罪参与人行为的构成要件符合性判断就会失去基本的支撑点，参与人的刑罚边界就会飘忽不定，从而不利于贯彻罪刑法定原则。换言之，如果重视罪刑法定机能，强调构成要件的定型性，关注正犯与教唆犯、帮助犯在构成要件层面的差别，就要采取区分制。<sup>〔17〕</sup>

但是，从正犯概念、共犯从属性学说以及共同犯罪本质论的变迁看，支撑区分制的理论基础已经发生了很大变化。如今，即便说共犯的成立必须从属于正犯，其从属的程度也已经从最初的“犯罪”从属缩减为“实行行为”从属了。因此，将在共同犯罪的定罪处罚中贯彻形式的罪刑法定原则作为维持区分制的理由，可能只是一厢情愿。这一点，从以下几个方面能够显现出来：

一是正犯概念从形式说向实质说演变，使得正犯与共犯的差别俨然一纸之隔。

如前所述，传统学说认为，所谓正犯就是“实行犯”，即亲自实施刑法分则规定的具体犯罪构成要件全部行为的人；所谓共犯，是指不亲自实施符合构成要件的行为，而是通过教唆、帮助方式加功于正犯行为的人。<sup>〔18〕</sup>这种见解是所谓形式正犯论，其长处是严格遵循构成要件的形式要求，维持了正犯概念的明确性，有利于贯彻罪刑法定原则。但是，在X、Y二人共同抢劫，X将被害人按倒在地，Y从被害人口袋里搜寻财物的场合，抢劫罪的构成要件行为即暴力取财行为由X、Y二人分担，此时若严格按照形式正犯论的见解，X、Y二人均只分担了部分构成要件行为，故均无法成立抢劫罪的正犯。于是，便出现了所谓共同正犯的概念，即“二人以上共同实行犯罪者，均为正犯”的规定（日本刑法第60条）。这一规定的出现，意味着在数人共同分担构成要件行为的场合，行为人即便只是实施了部分（而非全部）构成要件行为，也要被作为正犯追究其全部刑事责任（“部分行为，全部责任”原理）。共同正犯概念虽然在形式上有别于形式正犯论，但其不仅解决了数人分担构成要件行为时难以作为正犯处罚的难题，也部分地维持了形式正犯论的概念要求，即行为人必须亲自实施构成要件行为才能成立正犯。

但是，间接正犯概念的出现，直接突破了正犯必须亲自实施构成要件行为的概念要求。间接正犯的场合，形式上看，也是二人以上（利用者和作为工具的被利用者）共同实施犯罪，满足了共同犯罪的成立条件，但与传统正犯概念不同的是，作为正犯の利用者并没有、也不必亲自实施具体犯罪的构成要件行为。如成年人X唆使已满16周岁的少年A盗窃的场合，X构成盗窃罪的共犯即教唆犯。但在X唆使13周岁的儿童B盗窃的场合，由于B未满16周岁，不符合盗窃罪的主体要件，若严格按照教唆犯是“教唆他人犯罪的人”的理解，X就有可能

〔15〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第506页。

〔16〕 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62页。

〔17〕 参见付立庆：《刑法总论》，法律出版社2020年版，第289页。

〔18〕 参见〔日〕大谷實：《刑法講義總論》，成文堂2019年版，第397页。

无罪。为了弥补这一处罚上的漏洞，也为了满足“唆使年龄越小的人犯罪，处罚应当越重”的刑事政策要求，便有了将此种场合下的教唆者不是作为共犯而是直接作为（间接）正犯处理的见解，并得到了主张区分制的学者的普遍认可。间接正犯概念的出现，进一步淡化了正犯必须亲自实施构成要件行为的观念，由此引发了不少难题。且不说包括我国在内不少国家的刑法均未明文规定间接正犯概念，如何在罪刑法定原则的层面协调间接正犯概念与正犯概念之间的关系成为问题，而且，如何确定间接正犯与教唆犯的界限，也是一个很现实的问题。<sup>[19]</sup>现在，主张区分制的学者虽然勉强可以采用行为支配说，以“对结果发生具有行为支配的人是正犯（间接正犯），不具有行为支配的人是共犯（教唆犯）”为标准，将二者区分开来，但在唆使具有一定辨认控制能力的十二三岁儿童实施犯罪的场合，行为人到底是教唆犯还是间接正犯，目前无法得出一致结论。<sup>[20]</sup>这一现实表明，在间接正犯概念面前，区分制已经有些力不从心了。

共谋共同正犯概念的出现，<sup>[21]</sup>使得作为区分制基础的形式正犯论几乎土崩瓦解。从区分制的角度看，共谋共同正犯概念是难以理喻的存在。因为从正犯是亲自实施构成要件行为的人，共同正犯至少必须分担部分实行行为的立场看，共谋仅仅只是就实施共同犯罪行为进行谋议而已，岂能将其视为实施构成要件行为？这是从区分制出发必然会有疑问。也正因此，传统共犯论认为，仅仅参与共谋的人最多构成教唆犯。<sup>[22]</sup>但是，就共谋形式的共犯而言，日本实务界似乎对来自德国的倚重构成要件行为概念的“正犯—共犯”区分不屑一顾，反而对来自我国唐律的“造意为首”观念情有独钟，认为区分制过于强调正犯的形式特征，将在犯罪实行背后起重要作用的“大人物”评价为教唆犯，会导致正犯概念与现实社会中实际发生的共犯现象脱节。<sup>[23]</sup>同时，正犯是直接实现法益侵害的人，对结果承担一次责任，教唆犯通过正犯间接侵害法益，对结果只是承担二次责任。换言之，正犯和教唆犯的标签意义完全不同。因此，尽管面临学界的强烈反对，日本判例从最初开始就一直将不分担实行行为的部分共谋者作为（共同）正犯处罚。由于这种坚持，现在的日本学界，尽管在说理上不尽一致，但都转向了承认共谋共同正犯概念的立场。<sup>[24]</sup>共谋共同正犯概念的出现，使得正犯与共犯的区别就只剩下一层一捅即破的窗户纸：连并非亲自实施构成要件行为的谋议、策划行为也能被看作正犯行为，区分正犯与共犯的意义又在哪里？据此也就不难理解，为何日本的司法实践将大量犯罪参与者特别是教唆犯作为（共谋共同）正犯处理了。

现在，我国主张区分制的学者，通常采用德国的“犯罪支配论”或者“行为支配论”，以

[19] 大体上，存在以利用者的利用行为是不是具有实现一定犯罪的现实危险为基准的“实行行为说”，以对被利用者的实行行为是不是具有行为支配为基准的“行为支配说”，以实际引起构成要件结果的人是不是具有形成反对动机的可能性为基准的“反对动机可能性说”等多种学说。参见[日]日高義博：《刑法總論》，成文堂2015年版，第444页。

[20] 参见[日]高橋則夫：《刑法總論》，成文堂2016年版，第427页；黎宏、姚培培：《间接正犯概念不必存在》，《中国刑事法杂志》2014年第4期，第46页。

[21] 共谋共同正犯概念主张，二人以上共谋实施犯罪，并由共谋者中的某人付诸实施的场合，未直接分担实行行为的共谋者也要构成共同正犯。参见上引高橋則夫书，第446页。

[22] 参见[日]团藤重光：《刑法綱要總論》，创文社2012年版，第397页。

[23] 参见日本最高法院1949年2月8日判决，载《刑事判例集》第3卷第2号，第113页。

[24] 参见[日]西田典之：《共犯理论的展开》，江溯、李世阳译，中国法制出版社2017年版，第49页；前引[18]，大谷實书，第428页以下。

行为人对构成要件结果是否具有支配为标准区分正犯和共犯：正犯是犯罪事实的核心角色，是对犯罪事实的发生、发展和结果具有支配的人；共犯虽然对犯罪事实有影响，但不是能够决定性支配犯罪过程的人，是犯罪事实的边缘角色。<sup>[25]</sup> 据此，正犯包括三种形态：一是具有行为支配的直接正犯，<sup>[26]</sup> 二是具有意志支配的间接正犯，<sup>[27]</sup> 三是具有功能支配的共同正犯。<sup>[28]</sup>

对于上述犯罪支配说或者行为支配说该如何评价，理论上不同看法。如陈子平认为：犯罪支配论之支配概念，皆过于抽象、规范、多义，以至于因主张学者之不同而有不同的意涵之解读，缺乏具体的明确性；况且教唆犯、帮助犯之类的共犯行为是不是完全不具备犯罪支配之内涵，尤其是教唆犯的情况，尚有解释空间；而且所谓“功能支配”，也无法充分说明“附加性共同正犯”（如甲、乙、丙、丁四人共同杀A，行为时甲、乙、丙已完全掌握杀A的过程，即便没有丁的参与，也不会有任何影响的场合）、“择一性共同正犯”（如在杀人的共同犯罪过程中，由甲、乙埋伏在不同地方等待被害人A出现，其后A经过甲埋伏的地方被甲杀死的场合）的正犯性。因此，犯罪支配论的主张，尚有诸多待解决之议题。<sup>[29]</sup> 黄荣坚也认为：事实上，正犯真的比较高的支配力，而教唆犯、帮助犯仅处于不重要的地位？就实现利益侵害而言，不管行为人动的是自己的手脚（正犯），还是自己的嘴巴（教唆犯），这些都是和利益侵害的实现有因果关系的行为。一个女人要杀死一个粗壮的男人，可以自己亲自动手，也可以花钱雇人进行，二者之间有完全一样的因果关系，有完全一样的支配可能性，若此，还有什么理由说教唆和亲自动手之间有不合法上的差异？<sup>[30]</sup>

以犯罪支配说或者行为支配说对正犯与共犯进行区分是否合适这一点，对本文而言并不重要；重要的是，一旦采用了犯罪支配说，无异于直接证明正犯与共犯的区别真的无足轻重。区分制认定正犯的根据是刑法分则规定的构成要件，只有实行犯才是正犯。但在犯罪支配说之下，正犯已经被抽象为犯罪事实中的核心角色，是对犯罪事实的发生、发展和结果具有支配的人。换言之，成立正犯，并不要求亲自实施具体犯罪的构成要件行为，只要具有支配即可，即对实现具体犯罪构成要件的人或者事物有引导、操控等作用。如此一来，出于遵循形式罪刑法定原则要求而提出的正犯概念，还有存在的必要吗？特别是在功能支配之下，参与盗窃罪的共谋后又在外为他人盗窃行为望风的情形，也能成立（共同）正犯。<sup>[31]</sup> 在此种情形下，参与犯罪策划的共谋行为，从形式上看类似于“教唆”；在外望风的行为，实际上是为实行行为人提供掩护，方便其完成犯罪，从形式上看属于“帮助”。从区分制的角度看，望风行为无论如何都不能构成“正犯”。由此看来，即便是意图重新激活区分制而采用实质区分标准的犯罪支配

[25] 参见柯耀程：《变动中的刑法思想》，中国政法大学出版社2003年版，第165页；前引〔17〕，付立庆书，第289页；前引〔4〕，张明楷书，第511页。

[26] 行为支配是指，实施构成要件行为，通过对行为的支配从而支配整个犯罪事实。亲自实施构成要件行为，对犯罪事实有行为支配的，成立直接正犯；只是实施部分犯罪行为而不直接支配全部犯罪事实的，成立共犯，而不能成立正犯；但事先对构成要件行为的分工实现有约定的，成立共同正犯。

[27] 意志支配是指，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。对他人的意志支配可以通过强制、被利用者的错误和权力组织等来实现。

[28] 功能支配是指，行为人通过与其他犯罪人的分工合作，功能性地支配整个犯罪过程。形成功能支配的条件是，存在共同的犯罪计划，在犯罪实行阶段共同参与犯罪的实行，在实行阶段对犯罪的完成作出重大贡献。

[29] 参见陈子平：《刑法总论》，中国台湾元照出版有限公司2015年版，第472页。

[30] 参见前引〔1〕，黄荣坚书，第779页。

[31] 参见前引〔4〕，张明楷书，第511页。

说、行为支配说，最终也还是难以摆脱正犯与共犯的界限不断虚化的困境。

二是从共犯从属性学说的演变看，共犯对正犯的从属性要求已经低至极限，二者间有共同行为即可。

区分制之下，教唆犯、帮助犯之类的狭义共犯即便实施了教唆、帮助行为，原则上还不能成立犯罪，只有在被教唆者、被帮助者着手实行犯罪时，共犯才能成立。这就是共犯的从属性。现在看来，正是这种共犯从属性让区分制陷入了极为尴尬的境地。

共犯从属性及其程度的学说争议，主要缘于各国刑法的不同规定。如德国刑法典第26条规定，故意教唆他人使之故意实行违法行为者，为教唆犯；第27条第1款规定，故意帮助他人故意实行违法行为者，为帮助犯。教唆犯、帮助犯的成立，以正犯实行违法行为为前提。日本刑法第61条规定，教唆他人实行犯罪的，是教唆犯；第62条规定，帮助正犯的，是从犯。教唆犯、帮助犯（从犯）的成立，以正犯实行犯罪为前提。在我国，按照刑法第29条第1款的规定，教唆犯的成立也以被教唆的他人实行犯罪为前提，与日本刑法的规定类似。可见，根据各国刑法的规定，共犯的成立均从属于正犯，但从属的程度并不相同。有的要求被从属的正犯行为要达到犯罪的程度，有的则只需要正犯有违法行为即可。

在德国和日本，受制于三阶层犯罪论体系，围绕共犯对正犯的从属程度，有多种学说，但一般而言，主要是最小限度从属性说与限制从属性说之争。如在明确区分正犯和共犯的日本，最小限度从属性说着眼于日本刑法第61条“教唆他人，使之实行犯罪”规定中的“实行”一语，认为只要正犯行为具备构成要件符合性就够了，不要求还具备违法性、有责性要件。据此，只要正犯实施符合构成要件的行为，共犯就能成立。如在X面临正在发生的紧急不法侵害，路人Y高喊“快用刀反击”，X赶紧用水果刀将加害者刺死的场合，反击者X的行为符合故意杀人罪的构成要件，故Y的行为要成立教唆犯。这是最小限度从属性说的结论。但是，X的反击行为成立正当防卫，而促使X实施正当防卫的Y却要成立故意杀人罪的教唆犯，这一见解实在让人难以接受，因此便有了限制从属性说。

限制从属性说从难以想象对正在实施正当防卫、紧急避险等虽然符合构成要件但不具有违法性的行为的人进行教唆、帮助也要成立共犯的立场出发，认为只有在正犯行为符合构成要件且违法时共犯才能成立。就日本的情况看，限制从属性说是通说。<sup>[32]</sup>按照限制从属性说，上述举例中，X的行为不构成犯罪，故Y也不构成教唆犯，从而妥善地解决了最小限度从属性说存在的问题。但限制从属性说也有问题。如在教唆、帮助自杀的场合，作为“正犯”的自杀者所处分的是自己的生命，人的生命属于个人法益，对于失去生存意愿的人而言，亲自结束自己的生命属于个人自由，国家不得将其作为犯罪予以干涉，即自杀行为不具有违法性。<sup>[33]</sup>既然如此，依据共犯从属性原理，教唆、帮助他人自杀的共犯不构成犯罪才合乎逻辑。但在日本，依据其刑法第202条的规定，<sup>[34]</sup>教唆、帮助自杀不能免除罪责，要成立自杀关联犯罪。<sup>[35]</sup>

[32] 参见[日]井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2019年版，第535页；前引[14]，前田雅英书，第334页；前引[20]，高橋则夫书，第438页。

[33] 参见[日]西田典之：《刑法各论》，桥爪隆补订，弘文堂2018年版，第14页。

[34] 日本刑法第202条规定，教唆或者帮助他人自杀，或者受他人嘱托或者得到他人同意而杀之者，处6个月以上7年以下徒刑或者监禁。

[35] 在我国，教唆、帮助自杀行为也可能构成犯罪。2017年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条规定，组织、策划、煽动、胁迫、教唆、帮助邪教组织成员或者他人实施自杀的，依照刑法第232条的规定，以故意杀人罪定罪处罚。

由于以上问题的存在，日本学者大谷实曾经提倡与最小限度从属性说、限制从属性说均不同的“实行行为从属性说”，认为共犯的处罚根据在于通过正犯的实行行为间接引起法益侵害。由此，共犯有两个成立条件：一是存在正犯的实行行为，二是该实行行为侵害或者威胁了法益。在此意义上讲，作为最小限度从属形式与限制从属形式中间形态的实行从属性和法益侵害从属性，就必不可少。<sup>[36]</sup>我国也有学者主张这种观点。如王昭武提出，共犯只需从属于正犯的构成要件行为，而无需正犯行为具有违法性。<sup>[37]</sup>秦雪娜所提倡的“客观构成要件从属性说”，即共犯只从属于正犯该当客观构成要件的行为事实，在违法性和有责性的问题上则具有独立性的见解，也能归入此类。<sup>[38]</sup>但后来大谷实放弃了上述见解，提倡最小限度从属性说，认为共犯的处罚根据在于通过正犯的实行行为引起对法益的侵害或者危险，而实行行为就是具有引起构成要件结果的现实危险性的行为。因此，成立共犯，只要正犯具有符合构成要件的行为即实行行为就足够了。对于这一变动，大谷实有以下说明：实行行为实际上以引发构成要件结果的现实危险为内容，再要求“法益侵害从属性”属于同义反复。因此，共犯的成立，以正犯符合构成要件并引起法益侵害危险为前提，而不要求正犯行为违法。<sup>[39]</sup>可见，这一见解本质上还是前述实行行为从属性说，只是在实行行为的理解上有所变化，在纯粹的形式概念中加入了“法益侵害危险”的实质内容。

就本文而言，如果说共犯的从属性是指实行行为从属性，即通过正犯的实行行为间接引起法益侵害即可成立共犯，则这种观点与共同犯罪本质论中的行为共同说就如出一辙了。这是因为，共犯从属性与共同犯罪的本质之间存在对应关系：从属性要求最高的极端从属性说与共同犯罪本质论中的犯罪共同说对应，而从属性要求较低的限制从属性说、最小限度从属性说则与行为共同说对应。<sup>[40]</sup>相较之下，比限制从属性说、最小限度从属性说的从属性要求更低的实行行为从属性说，在共同犯罪本质的理解上，只会更加接近行为共同说。甚至可以说，实行行为从属性说是只要具体犯罪的实行行为之间有部分重合就足以成立共同犯罪的行为共同说的另一种表述。

三是在共犯从属性的问题上一旦采用与行为共同说如出一辙的实行行为从属性说，则在犯罪参与体系上必然会推导出单一制的结论。

行为共同说认为，共同犯罪虽然是数人参与共同实施的犯罪类型，但在本质上仍然是行为人的个人犯罪即单独犯，是各行为人为实现自己的目的而相互利用对方或者团体力量的一种现象。其与单独犯的差别仅仅在于，单独犯的场所，行为人亲自实施至引起结果为止的全部实行行为；共犯的场所，行为人并不亲自实施全部实行行为，而是将他人行为作为自己的行为，或者将他人行为置于自己行为的延长线上。<sup>[41]</sup>换言之，共犯的成立与处罚，并不是因为借用了他人的可罚性而与他人共同担责，而是因为共犯为了实现自己的犯罪而利用他人的行为，为了扩大自己行为的因果影响范围而将他人行为视为自己行为的延伸，故现实发生的构成要件结

[36] 参见前引〔18〕，大谷實书，第407页。

[37] 参见王昭武：《论共犯的最小从属性说》，《法学》2007年第11期，第101页。

[38] 参见秦雪娜：《共犯从属性研究》，中国法制出版社2020年版，第108页。

[39] 参见前引〔18〕，大谷實书，第407页。

[40] 参见〔日〕平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社2023年版，第193页；前引〔20〕，高橋則夫书，第438页。

[41] 参见〔日〕齐藤信治：《刑法總論》，有斐阁1998年版，第269页。



果，理所当然要归责于所有参与共同犯罪的人。〔42〕既然共同犯罪不过是个人的犯罪的一种类型，是各参与人将他人行为作为自己的手足加以利用，或者将他人行为置于自己行为的延长线上的客观现象而已，那么各参与人是亲自实施，还是仅以教唆、帮助的形式参与到共同犯罪之中的形式差别，就无关紧要了。关键是，各参与人是不是通过自己或者他人的行为而为构成要件结果的发生赋予了条件，或者对结果的发生作出了因果贡献，或者升高了引起结果的盖然性，贡献的形式则在所不问，可以是亲自实施（正犯），也可以是事前出谋划策（教唆犯），也可以是从旁提供工具、呐喊助势，提供物质或者精神帮助（帮助犯）。如此说来，在行为共同说之下，单一制与强调正犯是直接引起构成要件结果，共犯是通过正犯间接引起构成要件结果的区分制之间，真的差别不大了。

### 三、单一制与区分制的趋同

关于犯罪参与体系，我国学界之所以有如此严重的对立，究其原因，是对单一制存在误解。一提到单一制，马上就会想到共犯对正犯的独立性，即共犯具有独立的违法性，可以不依赖正犯行为而单独成立。如有单一制论者认为，在现代社会，集团犯罪、有组织犯罪特别是恐怖主义犯罪频频发生，危害性巨大，必须防患于未然，不能等到被教唆者接受了教唆并着手实行犯罪时才对教唆者予以处罚。并举例说在某人想用重金收买对方在电影院放火杀人，但被对方拒绝并及时报警的场合，依据共犯从属性说不处罚教唆者的话，无疑会放纵危险犯罪的发生。〔43〕

本文认为，上述理解过于形式，难言妥当。现在的单一制和区分制尽管表面上势如水火，但就其底层逻辑而言，即在各犯罪参与人的行为必须直接或者间接与具体犯罪构成要件结果相关，否则不成立共同犯罪的理解上，完全一致。只是，参与行为的法益侵害特征，到底是所有犯罪参与人（包括教唆犯、帮助犯在内）固有的独立特征，还是只有正犯才具有，其他参与人通过正犯行为而获得，在这一点上存在差别而已。

首先，单一制框架下，即便说参与犯罪的数人具有独立性，这种独立性也只是体现在处罚上，就作为处罚前提的共同犯罪成立条件而言，还是要以数个参与人的行为与法益侵害结果相关为前提。

众所周知，单一制概念源自近代学派的主张，其基础是“行为人刑法”或者“意思刑法”，因此，人们想当然地认为，在单一制之下，共犯是“因为自己的行为而受到惩罚”，单一制是否定共犯从属性的共犯独立性体系。〔44〕甚至有学者认为，在单一制之下，参与人的参与模式无关紧要，数个参与人中有可能存在没有一个参与人接近构成要件（支配构成要件）

〔42〕 参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第477页；姚培培：《共犯本质论重述——行为共同说的本土化证成》，《中外法学》2022年第6期，第1620页。我国主张归责意义上的区分制的学者认为，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；在是否要负责的一点上，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（参见前引〔6〕，何庆仁文，第156页）。这种“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”的观点，与本文主张的“现实发生的构成要件结果要归责于所有参与共同犯罪的人”不谋而合，只是分析思路不同而已。

〔43〕 参见前引〔1〕，刘明祥书，第315页。

〔44〕 参见〔日〕大野平吉：《正犯和从犯的区别》，载齐藤还历：《现代的共犯理论》，第281页。转引自前引〔16〕，高桥则夫书，第6页。

的情形。未遂教唆或者未遂帮助の場合，由于对教唆者、帮助者都作独立评价，故其行为可被评价为构成要件行为，因此单一制扩大了犯罪处罚范围。〔45〕

应当说，以上见解是对当今单一制的误解。当今的单一制虽然不重视各参与人的参与形态，但不意味着不重视作为前提的共同犯罪本身。一方面，单一制是在数人参与实现构成要件行为之后，对各参与人予以定罪处罚的一种分类方式。换言之，单一制和区分制一样，都是在数人的共同行为已经成立共同犯罪的前提下事后讨论定罪处罚的概念。如在一人教唆另一人犯罪，另一人完全无动于衷の場合，依据法益侵害说，因为不存在任何侵害或者威胁法益的客观行为，教唆者的行为不构成犯罪，就更不用说两人之间构成共同犯罪了。此时，何来犯罪参与形式？更遑论区分制与单一制之分了。另一方面，既然单一制是将共同参与人区分为正犯和共犯的区分制的对称，而区分制，顾名思义就是有两个以上的人共同犯罪时才可能成立的分类，那么，就单一制而言，也必然是在数人的共同行为成立共同犯罪之后才会有的概念。因此，即便出于罪刑法定原则的考虑，将数人共同实施的共同犯罪具体化为“正犯”“共犯”这种单独犯的形式，也不能忘记其前提，即正犯、共犯的分类是共同犯罪场合下的行为人分类，考虑这种分类的前提是数人之间成立共同犯罪。而在法益侵害说之下，共同犯罪的成立，以数人的共同行为侵害或者威胁法益为前提或者最基本的要求。具体而言，即参与共同行为的数人中有人且至少必须有一人实施了构成要件行为，或者为构成要件结果的发生提供了条件。如此说来，仅以单一制不重视各参与人的行为形态为由，就得出单一制是“行为人刑法”或者“意思刑法”的结论，显然是罔顾作为犯罪参与理论的单一制的理论前提，忽视了法益侵害说背景下共同犯罪的成立条件，因而说理不足。

以上见解在国外学者的相关论述中清晰可见。如德国学者耶赛克、魏根特认为，单一制将所有对构成要件的实现起到原因作用或者作出了因果贡献的参与人均视为正犯。〔46〕据此，日本学者高桥则夫总结说，在统一正犯体系即单一制之下，为构成要件的实现提供了条件的人都是正犯，对所有参与人适用同一的法定刑。〔47〕这意味着，在单一制之下，即便要将教唆者、帮助者视为正犯，也有一定条件，即其必须对构成要件的实现起到原因作用或者作出了因果贡献，或者为构成要件的实现提供了条件。这种所谓“原因作用或者因果贡献”“为构成要件的实现提供了条件”的要求，也正好说明，所有参与人仅依据其参与行为的样态是无法被认定为正犯的。

同样，公认采用了单一制的意大利，其刑法典第110条规定：“当数人共同实施同一犯罪时，对于他们当中的每一个人，均处以法律为该犯罪规定的刑罚”。但可以根据不同的情节，减轻或者增加处罚。此规定表明，对所有参与人处以刑法分则规定的刑罚的前提是，数人共同实施“同一犯罪”。对于实施“同一犯罪”的理解，通常认为是指在参与犯罪的数人中，必须有人实施了构成犯罪客观要件的行为，并且参与犯罪的数人都必须对犯罪的发生有因果影响。如果某人实施的行为对结果的发生没有影响，则该人不属于共同犯罪人。〔48〕奥地利刑法典

〔45〕 参见王伟伟：《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149页。

〔46〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第778页。

〔47〕 参见前引〔16〕，高桥则夫书，第6页。

〔48〕 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第317页；《意大利刑法典》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第23页；耿佳宁：《作用极小的贡献于意大利单一制下之展开——兼述中意刑法在参与者处罚原则上的差异》，《北方法学》2017年第6期，第46页。

第12条规定：“自己实施应受刑罚处罚的行为，或者通过他人实施应受刑罚处罚的行为，或者为应受刑罚处罚的行为的实施给予帮助的，均是正犯”。这里，被作为正犯的教唆、帮助，均以“他人实施应受刑罚处罚的行为”为前提。这些规定均表明，即便在单一制之下，正犯的认定根据也是法益侵害，而非参与犯罪的行为样态。

如此说来，将单一制与共犯独立性说划上等号，认为在教唆他人犯罪的场合，即便被教唆者当场拒绝并报警，也要对教唆者作为共犯加以处罚的见解，值得商榷。被教唆者没有响应教唆且当场报警的场合，即便在单一制之下，也不应当先考虑教唆者是不是成立正犯，而是应当先考虑被教唆者是不是实施了侵害或者威胁法益的行为，教唆者是不是通过被教唆者间接地侵害或者威胁了法益从而与被教唆者一道成立共同犯罪。只有在得出肯定结论之后，才能考虑教唆者、被教唆者是正犯还是共犯的问题。显然，我国主张单一制的论者颠倒了思考顺序，得出了让人难以接受的结论。

其次，区分制框架下，与其说实行行为从属性是共犯的成立条件，倒不如说是数个参与人成立共同犯罪的客观条件。

之所以这么理解，是因为，只要承认犯罪的本质是侵害或者威胁法益，则两个以上参与人的场合，其中至少必须有一人实施了构成要件行为，否则该场合就不可能成为犯罪参与理论的讨论课题。如在某甲教唆他人盗窃，他人当场拒绝，根本没有响应教唆的场合，由于被教唆者根本没有着手实施盗窃罪的实行行为，连为了犯罪而准备工具、制造条件的预备行为也没有，此时，怎么能说教唆者和被教唆者成立共同犯罪，然后依照区分制的理念讨论谁为正犯、谁为共犯并予以处罚？毕竟，所谓正犯，就是数人之中亲自实施构成要件行为侵害或者威胁法益，或者支配构成要件结果的人，而共犯是数人之中借助正犯行为间接参与构成要件行为及其结果的人。在此意义上讲，即便是区分制，也以数个参与人之中至少有一人实施了构成要件行为从而使数个参与人成立共同犯罪为前提。

明确这一点，对于理解经常被用于证明我国刑法采用了何种犯罪参与体系的立法依据的刑法第29条第2款，即教唆未遂的相关规定，具有重要意义。所谓教唆未遂，就是被教唆的人没有犯被教唆的罪。这包括两种情形：一是所谓失败教唆，即教唆者实施了教唆，但被教唆者当场拒绝，没有产生犯罪意思；二是所谓无效教唆，即被教唆者接受教唆，产生了犯罪意思，但最终没有着手实行，或者已经着手实行但未得逞。教唆未遂特别是失败教唆的场合，行为人是否成立教唆犯，学说上存在严重对立。有主张单一制的学者认为，共犯的成立，以有共犯人（如教唆者）的固有行为为已足，正犯人是否实行了犯罪，则在所不问。因此，无论是失败教唆还是无效教唆，教唆者都要作为教唆犯予以处罚。<sup>[49]</sup>相反，有主张区分制的学者认为，教唆犯的成立必须从属于正犯，只有在正犯着手实行被教唆之罪时，教唆犯才能成立。教唆未遂的场合，失败教唆自不必说，即便是无效教唆，因为被教唆者没有着手实行被教唆之罪，故教唆者不成立教唆犯，不可罚。<sup>[50]</sup>

本文认为，以上见解中，无罪结论是主张区分制的学者形式性地套用相关法条规定而推断得出的，难言妥当；反之，有罪结论尽管有道理，但在构成何罪的教唆犯的一点上，语焉不

[49] 参见刘明祥：《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之解释》，《法学研究》2011年第1期，第149页。

[50] 参见〔日〕堀内捷三：《刑法総論》，有斐阁2004年版，第256页。我国也有见解认为，教唆行为必须是唆使他人实施具体犯罪的行为，不以实施具体犯罪为内容，只是泛泛地劝他人实施触犯刑法的行为或者实施刑法所禁止的行为，难以成立教唆犯（参见马克昌主编：《刑法》，高等教育出版社2010年版，第162页）。

详，缺乏详细分析。

就我国刑法第 29 条第 2 款“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的规定而言，一般认为，其仅指被教唆的人已经着手实行犯罪，但由于其意志以外的原因而没有得逞的场合。<sup>[51]</sup>从字面看，教唆未遂，完全取决于被教唆的人是否着手实行被教唆的犯罪。着手的话，教唆者就是教唆未遂，要从轻或者减轻处罚；未着手的话，则连教唆未遂都不能构成，对教唆者只能作无罪处理。但必须指出，这个结论是机械套用区分制的分析思路所得出的，难言妥当。如在 X 教唆 Y 抢劫 A，Y 不仅接受了教唆，而且准备了封口胶条，查看了 A 的行动轨迹，做好了抢劫 A 的计划，不料 A 后来遭遇交通事故不幸身亡，以致 Y 的抢劫计划未能付诸实施的场合，如果说被教唆者 Y 的抢劫计划由于意外事件的发生而未能得逞，以致对教唆者 X 只能作无罪处理，这一结论明显有悖罪刑相适应原则的要求。我国刑法第 22 条规定，为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。预备犯也是犯罪，只是对其处罚比较轻缓，“可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”。我国刑法第 263 条规定的抢劫罪是最低法定刑为 3 年有期徒刑、最高法定刑为死刑的危及人身安全的严重暴力犯罪，其预备形态也要受到处罚。<sup>[52]</sup>就上述案例而言，虽说被教唆者 Y 精心策划的抢劫计划，由于抢劫对象意外身亡而在尚未着手时便成一纸空文，但被教唆者 Y 在接受教唆之后，为实施抢劫而准备工具、制造条件的行为包含有引起 A 遭遇抢劫的抽象危险，这种危险足以使 Y 的行为被认定为抢劫罪（预备）。换言之，按照区分制，上述场合下，X 虽然不可能构成 Y 的抢劫罪（未遂）的教唆犯，但也不至于无罪，而应构成 Y 的抢劫罪（预备）的教唆犯。

一旦认可预备犯的教唆犯，就意味着距离有参与实行行为即构成正犯（犯罪）的单一制的结论不远了。从实质的法益侵害角度如何描述预备犯的教唆犯的危险程度，是一个有意思的问题。在讲究形式特征的传统刑法理论中，就刑法的处罚范围而言，有两个原则：一是就故意犯罪而言，刑法以处罚既遂犯为原则，以处罚未遂犯为例外，以处罚预备犯为例外的例外；二是就共同犯罪而言，以处罚正犯为原则，以处罚共犯为例外。将以上两个原则结合起来考虑，可以说，处罚预备犯的教唆犯（以及预备犯的帮助犯）就是例外的例外的例外了，属于刑法处罚边界上的极端情形。这是从看重行为形式的传统刑法理论所推导出的结论。然而，从注重实质法益侵害的立场出发，则有以下分析结论：如果将既遂犯和正犯的危险程度分别设定为 100%，作为例外的未遂犯和共犯的危险程度为 70%，作为例外的例外的预备犯的危险程度为 30%，则作为例外的例外的例外的预备犯的教唆犯，其危险程度就是  $70\% \times 30\% = 21\%$  了。<sup>[53]</sup>从这种将危险程度量化的角度看，预备犯的教唆犯的危险程度，比“为了犯罪而准备工具、制造条件”的预备犯的危险程度（30%）要低。这意味着，对于具体犯罪而言，即便是最低

[51] 参见黎宏：《刑法学总论》，法律出版社 2016 年版，第 299 页。反对意见认为，“被教唆人拒绝了教唆人的教唆”也是教唆未遂，“可以从轻或者减轻处罚”（参见前引〔2〕，贾宇主编书，第 259 页；冯军、肖中华：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 348 页；刘艳红主编：《刑法学》上，北京大学出版社 2023 年版，第 285 页）。这种理解实际上是变相地认可了共犯的独立性。也有主张区分制的学者持同样的见解，认为共犯从属性说认为教唆犯的可罚性是从正犯那里借来的观点不能成立，共犯独立性说从教唆行为本身寻找教唆犯的处罚根据的思想是完全正确的（参见前引〔3〕，陈兴良书，第 570 页）。

[52] 参见上引贾宇主编书，第 222 页。有些国家如日本刑法第 237 条明文规定，抢劫罪处罚预备犯。

[53] 将刑法中的相关概念，从导致实害结果的危险的角度出发进行量化处理的设想，源自日本学者山口厚。他认为，作为危险犯处罚根据的危险概念是程度的概念，发生侵害可能性程度较高的是具体危险，较低的是抽象危险。参见〔日〕山口厚：《危险犯の研究》，东京大学出版会 1982 年版，第 261 页。

程度的威胁法益的行为，只要行为人以教唆的方式介入其中，就有可能导致法益侵害，行为人就要构成共犯。难怪有主张单一制的学者认为共犯具有独自的违法性，即便被教唆者拒绝教唆者的教唆的场合，教唆者也成立教唆犯。但这种观点忽略了一个问题，就是只有当被教唆者实施了威胁法益的行为，即便是程度最为轻微的预备犯，该种见解才有可能成立。在被教唆者当场拒绝教唆者的教唆，二者无法成立共同犯罪的场合，以上见解无论如何都是不能成立的。

从此意义上讲，现在的单一制也融合了区分制中共犯从属性的观念。只是，这种融合只有在法益侵害结果已经现实发生，数人参与的共同犯罪已经成立，正犯与共犯的区分成为问题的场合，才有可能。而且此种场合下，作为判断正犯标准的犯罪构成要件，不应局限于刑法分则规定的基本犯罪构成要件，还包括刑法总则规定的未遂犯、预备犯、教唆犯、帮助犯等修正的犯罪构成要件。如此说来，区分制与单一制的融合，不仅是单一制向区分制接近（如单一制框架下正犯的成立，以数个参与人中有人实施了构成要件行为，引起了构成要件结果为前提），也有区分制向单一制靠拢的一面（如区分制框架下作为正犯成立标准的构成要件行为，不限于刑法分则规定的基本构成要件行为，也包括总则中的未遂犯、预备犯、教唆犯、帮助犯等修正的构成要件行为）。

从我国相关立法和司法实践看，说我国刑法在犯罪参与体系上采用了单一制也没有什么问题。我国有关共同犯罪的刑法规定，不仅没有像德国、日本一样，明确区分正犯和共犯，然后规定其成立条件和处罚，反而在第25条规定了“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”之后，明文规定对各共犯人依照其在共同犯罪中的作用分别认定为主犯、从犯，独立进行处罚。<sup>[54]</sup>这意味着，我国刑法在共同犯罪的规定上，并不重视犯罪参与人在参与形态上的差别，而是重视各参与人在共同犯罪中的作用大小。从这种不区分正犯和共犯的规定方式看，我国刑法在犯罪参与体系上更加接近单一制。只是由于我国主张单一制的学者的误解，使得单一制在我国学界处于少数说的境地。

但是，若仔细考察，就会发现我国单一制的主倡者刘明祥关于单一制本身的理解并没有问题，只是在具体应用上出现了偏差。刘明祥指出：“在我国，不论行为人实施的是侵害法益的实行行为，还是教唆或者帮助行为，只要其行为与侵害法益的结果之间有因果关系，或者说其行为是为法益侵害创造条件的，就有可能与他人构成共同犯罪，使之成为共同犯罪人。其参与犯罪的行为形态对于其是否成为犯罪人并不具有重要意义，因而无必要加以区分。共同犯罪人参与犯罪的行为形态，对其所应受刑罚处罚的轻重不起决定作用。可见，我国刑法对共同犯罪的定罪和处罚，并‘不重视行为形态之区别’。”<sup>[55]</sup>应当说，这种单一制的理解与意大利、奥地利的刑法规定及其主流学说是一致的。但遗憾的是，刘明祥在将上述理念应用于我国刑法第29条第2款规定的分析时出现了偏差，得出了行为人只要实施了教唆行为，就可以构成共犯即教唆犯，而不用考虑被教唆者即正犯的反应如何的不当结论。<sup>[56]</sup>

实际上，基于法益侵害说的立场，从不管各人参与犯罪的形式如何，只要是对构成要件

[54] 我国1979年刑法对从犯的处罚曾规定，对于从犯，“应当比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”，1997年刑法删除了“比照主犯”的规定。这意味着，以共犯为主的从犯的处罚，不一定要从属于以正犯为主的主犯。

[55] 前引[1]，刘明祥书，第51页。

[56] 刘明祥认为，教唆行为的成立，只要有可能引起特定的人产生实施犯罪的意思即可。教唆对方犯罪的信件发出后，被教唆者尚未收到、被教唆者拒绝接受教唆或者改变计划实施了其他犯罪的，都有可能构成我国刑法第29条第2款规定的非共同犯罪的教唆犯。参见上引刘明祥书，第297页，第314页。

(结果) 赋予条件者就会被视为正犯的单一制出发, 对我国刑法第 29 条的规定可作如下解释: 首先, 按照该条第 1 款, 即教唆他人犯罪的, “应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚” 的规定, 教唆犯的成立和处罚, 只有在教唆者和被教唆者成立共同犯罪的场合, 才能进行。这里的犯罪, 仅指包括修正的构成要件行为在内的具体犯罪的客观违法行为, 而不要求被教唆的人达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力, 也不要求被教唆的人实施了具体犯罪的既遂犯罪行为, 即便是未遂犯、预备犯的行为亦可。其次, 一旦确定教唆者成立共同犯罪之后, 便可根据其在共同犯罪中的地位和作用, 确定教唆者是主犯还是从犯, 而后决定对教唆者的处罚。最后, 在被教唆的人拒绝教唆者的教唆并且当场报警的场合, 被教唆的人连预备犯等修正的构成要件行为都没有实施, 因此很难说教唆者为构成要件结果的实现赋予了条件或者作出了贡献, 故教唆者与被教唆者不能成立共同犯罪, 教唆者也因无法为构成要件结果的实现赋予条件或者作出贡献而不能成立教唆犯。

我国实务中有争议的相关司法解释规定, 也能从上述立场进行合理说明。如我国刑法第 287 条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪, 以行为人 “明知他人利用信息网络实施犯罪” 而为其提供互联网接入等帮助且情节严重为构成要件。本罪中, 主体是为他人利用信息网络实施犯罪提供帮助的人, 被帮助的对象是 “利用信息网络实施犯罪” 的 “他人”。这里的 “犯罪” 该如何理解, 成为问题。对此, 2019 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 12 条规定, 实施相应帮助行为, 确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪程度的场合, 应当以帮助者自身的帮助行为的情节为根据定罪; 第 13 条规定, 被帮助对象因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的, 不影响帮助信息网络犯罪活动罪的认定。以上规定透露出两项重要内容: 一方面, 即便实施电信诈骗犯罪的他人因刑事责任年龄的限制等不能被追究刑事责任, 也能以帮助信息网络犯罪活动罪追究提供帮助者的刑事责任。这一点容易理解, 因为就共犯而言, 违法是连带的而责任是个别的, 被帮助对象的年龄等责任要素当然不影响对帮助者帮助行为违法性的认定。另一方面, 在明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供帮助, 但无法确定被帮助的他人是否构成犯罪时, 仍然可以根据帮助者自身的情节对帮助者定罪。换言之, 在帮助信息网络犯罪活动罪中, 作为犯罪主体的帮助犯可以不依赖于正犯而成立犯罪, 这一规定似乎显示了共犯的独立性。从作为我国当今主流学说的区分制的角度看, 这一规定有些不可思议。因为, 在区分制之下, 作为二次责任的共犯只有在负担一次责任的正犯成立之后, 才能确定。既然无法确证被帮助者的行为是否达到犯罪程度, 那么从区分制框架下限制从属性说的角度看, 就只能得出帮助者也不能构成犯罪的结论, 但这种结论显然难以为人所接受。且不说在电信诈骗中, 那些提供技术、资金以及转账支持等帮助的人的作用, 在很多场合下并不亚于直接实施诈骗行为的参与者, 更重要的是, 很多直接实施诈骗行为的人由于各种原因难以被查获, 即便被查获, 也可能因为证据不足等原因而难以定罪。这种情况下, 如果一定要求只有查明正犯之后才能处罚共犯, 则可能导致对电信诈骗犯罪的结果谁都不担责的结局。

笔者认为, 对于上述规定, 从本文所主张的单一制的角度出发, 是能够作出妥当解释的。首先, 适用本规定的前提是, 明知他人利用信息网络实施犯罪而提供帮助, 即帮助者与被帮助者构成共同犯罪。作为帮助对象的 “犯罪”, 可以是具有引起法益侵害结果之危险的预备犯, 也可以是已经着手但最终没有得逞的未遂犯, 而不要求一定是引起了法益侵害结果的既遂犯。其次, 由于客观条件限制无法查证被帮助的对象即他人利用信息网络所实施的违法行为是否达

到犯罪的程度。严格来说,这是指可以证明行为人明知他人利用信息网络实施犯罪,只是无法证明其是否清楚他所帮助的行为的数额、情节等达到成立犯罪的程度,而不是说被帮助的对象完全没有实施具体的犯罪构成要件行为。再次,在一定条件下,可以根据帮助者自身的行为追究帮助者的刑事责任。此处的“一定条件”,具体而言,就是上述司法解释第12条第2款规定的“相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准5倍以上,或者造成特别严重后果”,如支付结算金额100万元以上、以投放广告等方式提供资金25万元以上、违法所得5万元以上。之所以这么规定,一种可能的解释是,虽说上述情节是认定提供帮助者的行为是否达到刑法第287条之二所规定的帮助信息网络犯罪活动罪成立条件的“情节严重”标准,但其也是判断被帮助的他人“利用信息网络实施犯罪”的行为程度的重要依据。在行为人为对方提供帮助违法所得数额达到5万元的场合,很容易判断出被帮助的对方在利用信息网络实施包括预备犯在内的犯罪行为。最后,即便不能依据上述特定条件得出行为人与被帮助的人成立共同犯罪的结论,但结合共同犯罪只是行为人为了实现自己的犯罪而利用他人行为的行为共同说的理念,也可以为上述规定作出合理解释。在帮助信息网络犯罪活动罪的场合,帮助者将所帮助的他人的行为作为实现自己犯罪的手段,被帮助的他人也将行为人即帮助者的行为视为实现自己犯罪目的的手段,相互间形成“我为人人,人人为我”一体关系的情形下,并不要求查明每一个被帮助的他人的行为是否达到犯罪的程度,只要能够确定所帮助的其他参与人的行为集合起来能够达到具体犯罪的程度,即可确定帮助者的行为构成犯罪。

## 结 论

犯罪参与体系的区分制和单一制,历史上确有水火不容的时候,但在经过刑法客观主义,具体而言就是法益侵害说的洗礼之后,当今两种学说有渐趋融合之势。在将共同犯罪看作各共犯人为实现自己的犯罪而利用其他共犯人的一种客观现象之后,区分制转而强调对犯罪结果或者违法行为的支配,而不再强调各共犯人参与形式上的差别,从而与单一制趋同。类似地,单一制也一改对各共犯人参与形式中所表现出来的个人主观意思的关注,转而强调各共犯人一道为构成要件结果的实现提供条件或者作出贡献,从而向区分制靠拢。因此,如今就犯罪参与体系而言,放大区分制与单一制的区别,站在一方立场上对另一方口诛笔伐,已经没有太大的理论和现实意义。

从我国的现实情况看,围绕犯罪参与体系的讨论之所以如此热烈,一个重要原因是罪刑法定原则的维护。但随着时代的发展、社会关系的日益复杂,以限制法官自由裁量权,防止恣意侵害人权为宗旨的罪刑法定原则的传统理解,开始向以发挥司法能动性,适当扩大法官自由裁量权,合理妥当保护法益为宗旨的实质的罪刑法定原则方向转变。<sup>[57]</sup>在此背景下,传统正犯概念日渐实质化、规范化,区分制与单一制的差别日渐缩小、界限渐趋消失,就成为不可避免的结果。虽然有人担心,这会让人忽视共犯参与行为的类型特征,不利于维护构成要件的定型性和稳定性。<sup>[58]</sup>但这种担心纯属多余。正犯和共犯的区分是为了更好地保护法益和保障人权,而不是为了维护构成要件的定型性和稳定性。与罪刑法定的明确性原则、刑法的严格解释

[57] 参见前引[14],前田雅英书,第20页。

[58] 参见前引[45],王华伟文,第156页;前引[17],付立庆书,第289页。

等要求相比,刑法的适用更应从处罚的必要性和合理性出发对刑罚法规乃至构成要件进行实质解释,为保证刑法适用的安定性而形式地解释构成要件的见解,就已经不再是坚持某种观点的主要理由。〔59〕如此说来,以维护罪刑法定原则为由而提倡区分制,其理由也不再充分。

从我国的刑事立法和司法实践看,只要认可法益侵害原则,在犯罪参与体系的问题上,采用凡是包括预备犯在内的修正的构成要件结果的实现赋予条件或者作出因果贡献者即成立犯罪的单一制观念,就更加具有实际意义。单一制不仅能为我国刑法在规定了共同犯罪是不同于单独犯罪构造的、两人以上共同故意行为的事实现象之后便将各参与者区分为主犯、从犯,并根据各自在共同犯罪中的作用大小予以不同处罚的规定体系提供合理依据,也能为教唆犯的相关规定提供妥当解释。特别是在当今网络共同犯罪频发的时代,采取这种对共犯从属性不作严格要求,也不用根据分工来判断是否构成共同犯罪的犯罪参与体系,不仅能够更加有效地应对日益复杂的网络共同犯罪,也能为司法实践中的争议问题提供有说服力的解释。

---

**Abstract:** The opposition between the differentiated system and the unitary system regarding the participation system of accomplice is exaggerated in the Chinese academic circles. With the emergence of the concepts of co-principal, indirect principal, and co-principal by conspiracy, as well as the theory of criminal domination as the standard of principal, the understanding of principal as the basis of the differentiated system has been gradually materialized, and the formal boundaries between the principal and the accomplice are close to non-existent. Especially in the accessory theory of accomplice, once the accessory theory of executing behavior, which has affinity with the theory of co-behavior as the essence of joint crime, is adopted, the participation system of accomplice will inevitably move towards a unitary system. The current unitary system, baptized by the doctrine of legal interest infringement, is no longer the product of “criminal law of the perpetrator” and “criminal law of intention”. Rather, on the premise that the behavior of each accomplice participant must be directly or indirectly related to the result of the specific constitutive elements of the crime and based on the notion that the essence of the accomplice is co-behavior, the principal is understood to be the one who provides a causal contribution to the realization of the constitutive elements. This shows that the current differentiated system and unitary system are moving towards the same direction and gradually becoming integrated. From the perspective of relevant Chinese criminal legislation and judicial practice, Chinese participation system of accomplice is close to the unitary system. Not only can this understanding reasonably explain the relevant legislation on joint crime in the Chinese criminal law, but it can also make a proper explanation for the relevant judicial interpretation of helping information network crime activities.

**Key Words:** system of crime participation, joint crime, differentiated system, unitary system, principal, accomplice

---

---

〔59〕 参见前引〔14〕,前田雅英书,第19页。