

# 论利益归属对犯罪参与类型 界分的影响

## 以财产性犯罪为中心

秦雪娜\*

**摘要** 中外司法实务在区分核心和次要的犯罪参与类型时,惯常地考虑参与人的利益归属情况。特别是对于财产性犯罪,直接突破了以构成要件为中心的区分模式,格外侧重于参与人对经济利益的归属。对此,学界尚未进行充分的理论诠释。在肯定利益归属影响论的基础上,将利益归属作为综合区分标准的影响因子之一的做法,不具有体系理性;将利益归属作为认定参与行为发挥的客观作用的间接事实,未体现关联性;将利益归属作为认定参与人主观意思的情状证据,不具有明确性。犯罪参与类型的区分标准具有递进序列的主客观层次,在确认参与人具有实施构成要件的具体行为能力的基础上,利益归属是推定参与人是否具有实施构成要件的行为意志的间接事实。财产性犯罪具有强烈的追求利益的经济性格,以利益归属推定参与人实施构成要件的行为意志,在财产性犯罪中具有更可靠的推定效果。

**关键词** 利益归属 犯罪参与类型 行为意志 财产犯罪

### 一、问题的提出

学界在研究犯罪参与类型的区分标准时,很少关注犯罪之间的差别对此带来的影响。与

\* 北京理工大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金一般项目“数字化犯罪参与的归责模式研究”(项目编号:21BFX176)以及教育部人文社会科学研究青年基金项目“大数据背景下共犯的归责模式研究”(项目编号:18YJC820052)的阶段性成果。

此不同,司法实务在实用性的需求之下,针对不同的犯罪类型,逐渐形成了差异化的处理原则。特别表现为,对财产性犯罪参与类型的区分,从普遍强调客观上的“参与行为”,转而重视经济上的“利益归属”。在我国司法实务中,多数判决书在阐释财产共同犯罪的参与者成立主从犯的理由时,都会特别提及赃物分配的利益归属情况,〔1〕甚至在参与者并未直接参与实施实行行为时,也以“主要受益者”为由,认定参与者在共同犯罪中起主要作用,是主犯。〔2〕财产犯罪的被告人及辩护人,也普遍将“没有分赃”或“分赃较少”作为从犯辩护的重要理由。〔3〕作为以正犯和共犯区分犯罪参与类型的代表性国家,日本司法实务考虑到利益因素在财产犯罪中的特殊重要性,在参与者同样分担了实行行为的情况下,特别针对无利益归属或利益归属较少的参与者,容易肯定共犯的成立。〔4〕对于抢劫罪之类的利欲犯,尽管难以认定参与者在客观上发挥了重要作用,但只要从事后来看,参与者获得了多数的经济利益,不按照正犯处罚就不妥当的考虑,在实务中亦不少见。〔5〕问题在于,司法实务在财产犯罪参与类型的界分上,普遍赋予利益归属因素功能意义的做法,缺少教义学上的理论依据:无论是立足于实质客观说中的“重要作用”“犯罪事实支配”,还是着眼于形式客观说所维护的“实行行为”,都无法为利益归属对财产犯罪参与类型界分的特殊影响提供理论支持;将利益归属作为综合区分标准中影响因子之一的做法,不仅在标准的理论构建上欠缺体系理性,在标准的适用上也存在相当的不确定性;至于回归早期的利益理论的做法,更是存在客观主义立场坍塌和理论发展倒退之虞。综上,以利益归属因素对财产犯罪参与类型界分的特殊影响为契机,反思并重构现有的犯罪参与类型区分标准,将利益因素还原到犯罪参与类型区分标准中适正的体系位置,已成为刑法理论及司法实务必须共同面对和解决的课题。

## 二、利益归属在犯罪参与类型界分上的功能分歧

关于共同犯罪中参与者的利益归属对犯罪参与类型界分的功能和作用,存在利益归属决定论、利益归属无关论以及利益归属影响论三种基本立场。以下作为前提性问题,展开论述。

### (一)利益归属决定论

利益理论主张利益归属对犯罪参与类型的界分具有决定性。详言之,对构成要件行为及

〔1〕 参见湖南省郴州市中级人民法院(2019)湘10刑终字第238号刑事裁定书;湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2019)鄂28刑终字第138号刑事判决书;湖南省长沙市中级人民法院(2018)湘刑终字第356号刑事裁定书。

〔2〕 参见广州市中级人民法院(2018)粤刑终字第1532号刑事裁定书。

〔3〕 参见浙江省绍兴市越城区人民法院(2019)浙0602刑初字第216号刑事判决书;浙江省高级人民法院(2018)浙刑终字第36号刑事裁定书。

〔4〕 亀井源太郎「实行行為を行う従犯」都立大学学会雑誌40卷2号(2000年)352頁参照。

〔5〕 水落申介「我が国の裁判例における共同正犯と狭義の共犯との区別について」大学院研究年報46号(2017年)264頁参照。

结果具有切身利益的参与者,就具有将构成要件行为视为自己的犯罪之正犯意思,而共犯恰恰缺乏这种由切身利益建立起来的构成要件意思关联。〔6〕这种将参与人的利益归属作为犯罪参与类型界分要点的利益理论,一度成为欧陆法国家判例的主导性见解。在德国著名的“浴盆案”中,姐姐为了妹妹的利益将其产下的新生儿溺死于浴盆之中,帝国法院根据参与人对结果的利益关系程度判定姐姐构成共犯,即虽然是姐姐实施了构成要件行为,但其是为了妹妹的利益且行为依赖于妹妹的意愿,并非将构成要件行为当作自身的意思实现,因而不能作为正犯处罚。在同样著名的“Staschenskij案”中,德国联邦最高法院遵循了“浴盆案”这一先例,将受上级指令实施杀人行为的参与者认定为帮助犯,理由是作为下级的实行者只是为了上级的利益行事、受上级的意思控制。这两个标志性案件使得德国随后的判例转向了基于意思、利益的主观区分标准。〔7〕日本昭和时期的判例在犯罪参与类型的界分上,同样体现出对利益归属因素的绝对重视。在基于他人的请求随行携带兴奋剂,基于他人的命令跑腿贩卖兴奋剂,从他人手中接收兴奋剂后转手交给第三人,以及基于他人的请托为其注射兴奋剂等事案中,虽然参与者实施了持有、贩卖、转让或使用兴奋剂的实行行为,但考虑到实行者对构成要件行为并无利益归属,均被认定为帮助犯。〔8〕

利益理论受到的学术批判以及在司法实务中的余响。利益理论被归类于早期的主观区分标准。主观理论的方法论源自19世纪自然主义的实证方法,强调对因果关系进行自然法的解读,进而主张犯罪参与行为在客观上不存在区别,只能诉诸参与者主观上的意思、利益关系寻求犯罪参与类型界分的依据。但正如罗克辛教授所言,自然法忽略了现象世界为自然科学无法解释的其他差别,并非可直接应用于法学领域的方法论。〔9〕针对上述昭和时期的判例,山口厚教授亦指出,将实行者认定为帮助犯的做法,仅仅关注犯罪利益的归属,全然无视参与者在客观上的因果贡献,是彻底的不合理的立场。〔10〕必须承认的是,跨越了对犯罪参与行为本身的考察,直接将利益归属的有无及多寡作为犯罪参与类型的区分标准,的确存在主观主义之嫌。同时又必须看到,作为在理论上过时的立场,利益理论在中外司法实务中的影响并未消退,特别是在财产性犯罪〔11〕案件中作用凸显。例如,即便承认参与者客观上对秘密贩卖兴奋剂犯罪的实现起到不可或缺的重要作用,考虑到其并没有获得包括金钱在内的任何利益,仅判

〔6〕 参见(德)克劳斯·罗克辛:“正犯与犯罪事实支配理论”,劳东燕译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第25卷),北京大学出版社2009年版,第3页。

〔7〕 同上注,第3、9页。

〔8〕 日本福岡高等裁判所1952年6月11日判决,高等裁判所刑事判決特報19号100頁;日本東京高等裁判所1954年8月9日判决,高等裁判所刑事裁判特報1卷3号129頁;日本横浜地方裁判所川崎支部1976年11月25日判决,判例時報842号127頁;日本福岡高等裁判所1955年5月28日判决,高等裁判所刑事裁判特報2卷12号577頁;日本大津地方裁判所1978年12月26日判决,判例時報924号145頁。

〔9〕 罗克辛,见前注〔6〕,第3页。

〔10〕 山口厚「覚せい剤事犯と共犯論」刑法雑誌27卷2号(1986年)170頁参照。

〔11〕 本文提到的“财产性犯罪”采取广义概念,不限于狭义的财产罪,对此,下文将详述。

决被告人成立帮助犯。<sup>〔12〕</sup>再如,虽然参与人只实施了开车接送、提供工具的帮助盗窃行为,但综合考虑获得了一半盗窃利益的事实,依然将其认定为主犯。<sup>〔13〕</sup>理论上必须回归客观主义立场,实务中又必须为利益归属对部分犯罪类型的强势影响提供教义根据,可以说,虽然利益理论的立场已经过时,但利益理论的遗留问题并未得到妥善的解决。

## (二)利益归属无关论

与利益归属决定论的立场截然不同,利益归属无关论试图在犯罪参与类型的区分上,彻底排除参与人之间的利益归属问题。然而,这种观点不仅并未在实务中引起回响,理论根据亦不充分。

### 1. 基于违法性和有责性的阶层差异

有观点从参与类型与利益归属所属的阶层差异,论证二者之间并无关联。欧陆刑法多以正犯和共犯区分犯罪参与类型,这一类型划分在我国学界及实务亦具有较大的影响力。区分正犯和共犯的意旨被定位于,在共同造成法益侵害结果的参与行为之间,辨识不法程度的差异,以体现犯罪参与类型在规范上的层次关系。<sup>〔14〕</sup>据此,正犯和共犯被视为违法性的范畴。而山口厚教授指出,“谋求利益”“获得利益”本身属于有责性的范畴。如果将责任的内容用于属于违法类型的正犯的判断,就会导致体系上的错位,蕴含着扩大正犯概念的危险,最终将瓦解正犯和共犯的界限本身。因此,犯罪参与类型的界分应当与犯罪利益的归属无关。<sup>〔15〕</sup>然而,作为论证的前提,“利益归属因素属于责任的范畴”这一论断,稍显武断。在主观不法的立场之下,利益归属因素完全可能通过不法意思的管道进入违法阶层。<sup>〔16〕</sup>而且,利益归属因素本身属于违法性抑或有责性的内容,还应取决于使用目的,在非基于谴责的意义上使用利益因素时,可能就与责任的问题无关。综上,在犯罪参与类型的区分问题上考虑参与人的利益归属情况,并非必然是在用有责性内容解决违法性问题。

### 2. 直接作为量刑问题的唯结果主义

有学者主张,获取多数犯罪利益这样的事实,并非正犯的判断基准,作为量刑问题予以考虑就足够了。换言之,即便获得了多数的利益归属,将其认定为帮助犯中情节较重的情形,就可以做到很好的应对,毋宁说也必须这样积极地去处理。<sup>〔17〕</sup>在中外司法实务中,将犯罪利益的归属视作量刑情节的案例亦不少见。如在认定被告人在共同诈骗犯罪中起到次要作用、构成从犯的基础上,进一步将“分赃较少”的事实作为适用缓刑的依据。<sup>〔18〕</sup>再如,被告人接受他人的指示,将被虚高价值的股票转交给被害人,并准备将骗取的对价再交还指示人。被告人与

〔12〕 日本大阪地方裁判所 2015 年 10 月 15 日判决(LEX/DB25447723)。

〔13〕 参见河南省驻马店市中级人民法院刑(2016)豫 17 刑终字第 240 号刑事判决书。

〔14〕 参见(德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 333 页。

〔15〕 山口厚,见前注〔10〕,第 172、174 页。

〔16〕 对此,下文还将详细论述。

〔17〕 水落申介,见前注〔5〕,第 264 页。

〔18〕 参见重庆市高级人民法院(2019)渝刑终字第 80 号刑事裁定书。

指示者最终被认定为诈骗罪的共同正犯,至于被告人并未获得任何利益分配的事实,被作为对被告人有利的情节,在量刑上给予了酌情考虑。<sup>[19]</sup>然而,这种将利益归属与犯罪参与类型的界分离、简单的作为量刑情节处理的路径,同样存在问题。任何能够征表违法性和有责性的事实最终都会影响量刑,利益归属因素也会在最终结果上落实于量刑的轻重。然而,这并不等于可以忽略这些因素在量刑阶段之前的属性和作用,更不等于最终合理的量刑可以解决所有问题。将犯罪参与人之间的利益归属简单的归于量刑问题,是唯结果论的做法,并没有积极地回应和解决问题。

### 3.以法益侵害为中心的狭义的解释论

有论者指出,犯罪参与类型的界分应当仅仅着眼于法益侵害,与除此之外的包括利益归属在内的因素无关,因而,明确反对在区分犯罪参与类型时考虑利益归属情况。<sup>[20]</sup>将共同犯罪的本质解读为“共同引起符合构成要件的法益侵害”,正在获得越来越多学者的认同。<sup>[21]</sup>与此相应,立足于犯罪参与行为对法益侵害的样态和程度来区分犯罪参与类型,就成为当然的逻辑归结。问题在于,虽然参与人对犯罪利益的归属并不等同于对法益的侵害,但只要证成参与人对犯罪利益的归属能够影响其侵害法益的样态和程度,就不能仅仅局限于表面上的观察,轻易地切断利益归属因素与犯罪参与类型界分之间的关联。正如下文中将提到的那样,无论是理论上既有的观点,还是司法实务中的实际操作,在将利益归属情况作为犯罪参与类型界分的考量因素时,均未脱离犯罪参与行为对法益的侵害本身,毋宁说只是从不同角度解释犯罪参与行为在法益侵害上的差异而已。那种对“法益侵害”进行孤立的、狭义解释的做法,不当的限缩了刑法上“法益侵害”的含义,进而也限制了在犯罪参与类型的区分问题上需要考虑的素材范围。

### 4.着眼于犯罪行为终了前后的时间错位

另有观点立足于犯罪利益归属的“事后性”,否定其对犯罪参与类型界分的影响。照召亮介教授指出,犯罪行为终了后发生的利益收受及其多寡,不可能变动犯罪参与类型之间的界限,也不应当与犯罪参与类型的区分问题产生关联。<sup>[22]</sup>诚然,在共同犯罪行为终了前,犯罪参与类型的角色分配已经固定,这与共同犯罪中的利益归属,特别是在犯罪行为终了后才实际发生的利益分配,在时间的发展序列上是错位的,因此,二者显得并无关联。然而,正如行为人犯罪后的表现能够在一定程度上征表其行为时的主观意思一样,不能断然否认利益归属在犯罪参与类型界分上的实际作用。换言之,虽然犯罪参与类型的形成与固定发生在共同犯罪行为之时,但是从证明的角度出发,共同犯罪行为之前、之中以及之后的事实,都可能成为证明参与人行为时的犯罪参与类型的直接或间接证据。关键问题仅仅在于,对于共同行为之时成立

[19] 日本名古屋高等裁判所金沢支部 2016 年 1 月 21 日判决(LEX/DB25542138)。

[20] 林幹人「正犯の内容——正犯と狭義の共犯の区別」研修 7 卷 601 号(1998 年)5 頁参照。

[21] 参见张明楷:“共犯的本质——‘共同’的含义”,《政治与法律》2017 年第 4 期,第 14—16 页。

[22] 照召亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集 59 卷 4 号(2016 年)274 頁参照。

的犯罪参与类型,共同犯罪行为终了后的事实能够在多大程度以及范围上发挥证明效果而已。因此,立足于犯罪参与类型与犯罪利益归属在发生时点上的错位,论证二者之间不存在实际关联的观点,同样不具有说服力。

### (三)利益归属影响论

利益归属对犯罪参与类型的界分产生影响,已在司法实务中充分地表现出来。学界的关注多集中于对利益理论主观主义立场的批判,或简单地排除利益归属与犯罪参与类型之间的理论关联,却忽视了实务在犯罪参与类型的界分上稳定地考虑利益归属因素的实际情况。德国学者格雷兹指出,理论上对犯罪参与类型区分标准的研究,应尽可能为司法实务提供支持,学界提出的正犯和共犯的各种区分根据,包括对实行行为的参与、对法益侵害的贡献程度,对构成要件结果是否具有直接利益,以及犯罪参与者之间的关系,都不能成为唯一决定性的区分标准。为满足实务中个案认定的需要,应以这三项基准的并用为基础,基于全体性的、综合性的判断,对犯罪参与类型进行界分。<sup>[23]</sup> 这表明,利益归属因素在实务应用中具有不可或缺的影响力。事实上,德国的司法实务确实将“参与人对构成要件结果的利益关系”作为综合考虑的内容,并形成了具有广泛影响力的“规范的综合理论”。<sup>[24]</sup> 我国台湾地区的司法实务在犯罪参与类型的界分上,亦重视对该综合区分标准的应用。<sup>[25]</sup> 现今的日本司法实务,对于正犯和共犯的区分,同样采取综合判断的路径。如东京高等裁判所在裁判要旨中明确表示,对于犯罪参与类型的界分,应根据参与人参与的行为的情况,实施构成要件行为的积极性的有无,参与人之间意思联络的内容,犯罪参与人之间的关系,对犯罪结果利益的有无及程度,以及犯罪利得的分配情况等进行综合判断。<sup>[26]</sup> 在我国裁判实务中,对共同犯罪中主从犯的区分,亦是综合考虑多样化的要素。如辩护人通常会从参与人“没有分担实行行为”“没有起到重要作用”“没有获利或获利较少”等多个维度,否定主犯的指控。<sup>[27]</sup> 法院通常也是基于“犯意的提起”“预谋的参与”“参与的积极性”“参与的行为”以及“赃款、赃物的分配”等各方面的情况,综合认定参与人在共同犯罪中的主从作用。<sup>[28]</sup> 最高司法机关发布的司法解释,也屡次将“赃物处理情况”“获利多少”作为主犯和从犯的界分依据。<sup>[29]</sup> 可见,不同于主张利益归属对犯罪参与类型的界分具有决定性的利益理论,也不同于强调利益归属与犯罪参与类型的界分全无关联的立场,这种认同利益归属能够在一定程度

[23] Vgl. Greeds, Täterschaft und Teilnahme, Jura, 1990, S.173 ff., S. 179. 转引自龟井源太郎,见前注[4],第355页以下。

[24] 罗克辛,见前注[6],第4页。

[25] 参见陈子平:《共同正犯与共犯论》,五南图书出版公司2000版,第196页。

[26] 日本东京高等裁判所2013年2月20日判决(LEX/DB25505979)。

[27] 参见绍兴市越城区人民法院(2019)浙0602刑初字第216号刑事判决书。

[28] 参见吉林省高级人民法院(2018)吉刑终字第242号刑事裁定书;山西省高级人民法院(2018)晋刑终字第29号刑事裁定书。

[29] 参见2016年最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》;2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》等。

上影响犯罪参与类型界分的观点,才是中外司法实务的主流做法。因此,立足于理论服务于实务的宗旨,必须就利益归属对犯罪参与类型的“影响关系”进行教义学上的解构,并就利益归属对某些犯罪参与类型界分的特殊影响,做出理论回应。

### 三、利益归属对财产犯罪参与类型界分的特殊影响

在一般意义上,利益归属因素已经表现出对犯罪参与类型界分的影响,在不同的犯罪类型面前,利益归属对犯罪参与类型界分的影响程度也存在差异,这种差异突出表现在财产性犯罪和非财产性犯罪上。

#### (一)一般犯罪参与类型的界分以“构成要件”为中心

以“构成要件”为中心区分犯罪参与类型,是刑法理论的基础性立场。区分制犯罪参与体系存在的最初目标,就是维护基于罪刑法定原则的构成要件观念,因此,对于犯罪参与类型的界分,以构成要件为基准的形式客观说,成为区分制的基本立场。据此,作为犯罪参与的核心角色和次要角色,正犯和共犯的划分应以有无实施构成要件行为为基准:实施了该当基本构成要件的实行行为的参与者,为正犯;对正犯实施的实行行为进行加工、该当修正构成要件的参与者,为共犯。<sup>[30]</sup> 虽然以重要作用说和行为支配理论为代表的实质客观说,逐渐取代了形式客观说的优势地位,但是,二者同样是以行为人对于“构成要件”的实现所起的作用为据,并未摆脱构成要件在犯罪参与类型界分上的基础地位。在实质客观说逐渐偏离构成要件基准的发展趋势下,形式客观说反而以对构成要件进行规范解释的新面貌,强势回归主导性区分标准的竞争行列。<sup>[31]</sup> 我国刑法是以主犯和从犯划分犯罪参与形式。尽管对于此种立法模式归属于单一制还是区分制存在争论,但主犯和从犯的划分本身也是以区别犯罪参与的实质主体和次要主体为宗旨,并且所谓主要和次要作用,就是指在共同实现“构成要件”的过程中所起的作用,因此,是否实施了重要的构成要件行为,也成为区分主犯和从犯的重要依据。<sup>[32]</sup> 综上,对于共同犯罪中的犯罪参与类型,中外刑法理论普遍建立了以“构成要件”为中心的界分模式。据此,虽然利益归属因素能够在某种程度上影响犯罪参与类型的界分,但在参与者已经实施了符合构成要件的实行行为的情况下,利益归属因素的影响力是受到制约的。正因为如此,针对上述“浴盆案”和“Staschenskij案”的判决结果,德国学界几乎一致地提出了批评:虽然被告人对犯罪行为并无任何利益归属,但由于其已经实施了作为杀人罪构成要件的实行行为,理应毫

[30] 川端博「正犯と共犯の区別の基準」現代刑事法1卷2号(1999年)7頁参照。

[31] 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134页;张骏:“区分制犯罪参与体系与‘规范的形式客观说’正犯标准”,《法学家》2013年第4期,第65—69页;吴飞飞:“论正犯与共犯的区分——立足于我国刑法规定之检讨”,《比较法研究》2014年第1期,第81—84页。

[32] 参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版,第186页。

无争议地成立正犯。<sup>[33]</sup>

## (二)财产犯罪参与类型的界分侧重“利益的归属”

对于财产犯罪参与类型的界分,“经济利益的归属”表现出强势的影响。一方面,如果参与人对构成要件行为并无利益归属,即便分担了实行行为或对构成要件的实现发挥了重要作用,也可能成立次要的犯罪参与类型。如被告人是土木公司的负责人,公司员工甲遭遇交通事故受伤后,为了向保险公司申请更多的损害赔偿金,请求被告人开具内容虚假的修业损害证明书。被告人考虑到甲生活困难,便在修业损害证明书上延长了甲的误工期限并虚高了其工资数额。初审法院以被告人实施了与实行行为密不可分的重要行为、对诈骗罪构成要件的实现起到重要作用为由,判决被告人与甲构成诈骗罪的共同正犯。控诉审法院推翻了一审判决,改判被告人成立帮助犯。理由是,诈骗罪是以获得经济利益为主要动机的财产领得罪,而被告人完全没有取得财物分配或经济利得的意图。<sup>[34]</sup>再如,被告人被抢劫杀人的犯罪团伙拉拢,作为诱饵将被害人从其房间引诱出来,并负责将被害人的财物从其房间搬出。有观点指出,虽然被告人实施了抢劫罪中转移财物占有的实行行为,但被告人对抢劫行为并无任何利益归属,应成立共犯。<sup>[35]</sup>另一方面,如果参与人对构成要件结果具有相当的利益归属,即便并未参与实施实行行为,也可能被认定为核心的犯罪参与类型。如在三人共谋盗窃汽车、只有一人实施了窃取行为的案件中,德国联邦最高法院认定三人构成共同正犯。有德国学者指出,着眼于三人对盗窃行为具有同等的利益,最高院的判决是妥当的,同时判决也明确了对财产犯罪参与类型的界分,应当重视参与人对构成要件结果的利益程度。<sup>[36]</sup>再以国内案件为例。被告人在共同盗窃犯罪中,先后实施了共同出资购买作案工具、负责运输以及销售盗赃等帮助行为,并无充分证据证明被告人参与实施了实行行为,但法院结合被告人负责赃款分配等事实,将被告人认定为主犯。<sup>[37]</sup>在其他共同盗窃犯罪案件中,“主导对盗窃财物进行分配”<sup>[38]</sup>“决定赃物的分配”“确定赃款分配数额”“事后分得大量赃款”<sup>[39]</sup>等与构成要件并无直接关联的利益归属因素,亦对主从犯的区分发挥着重要乃至关键的作用。虽然中外实务在财产犯罪参与类型的认定上,格外侧重参与人对经济利益的归属,但在以构成要件为中心的客观主义立场之下,利益归属因素尚不具有进入犯罪参与类型区分标准的理论通道。

[33] Vgl. Greeds, Täterschaft und Teilnahme, Jura, 1990, S.179. 转引自龟井源太郎,见前注[4],第356页。

[34] 日本东京高等裁判所2013年2月20日判决(LEX/DB25505979)。

[35] 龟井源太郎,见前注[4],第352页以下。

[36] Vgl. Greeds, Täterschaft und Teilnahme, Jura, 1990, S.179. 转引自龟井源太郎,见前注[4],第356页。

[37] 参见山东省高级人民法院(2016)鲁刑终字第462号刑事裁定书(针对崔某的刑事责任部分)。

[38] 参见湖北省荆州市中级人民法院(2018)鄂10刑终字第255号刑事裁定书。

[39] 参见山西省高级人民法院(2018)晋刑终字第266号刑事裁定书。



### (三)利益归属欠缺进入犯罪参与类型区分标准的体系管道

关于利益归属因素在犯罪参与类型区分标准中的体系位置,存在将利益归属作为综合性影响因素、作为判断参与人客观作用的间接事实以及作为认证参与人主观意思的间接事实三种路径。然而,这三种路径各自存在无法解决的理论问题。

#### 1.作为综合影响因子之一的路径不具有体系理性

将利益归属引入犯罪参与类型区分标准的朴素路径,就是作为综合区分标准的影响因子之一。如前文所述,虽然对于犯罪参与类型的区分存在形式标准与实质标准、客观标准与主观标准之间的争论,但同时考虑参与人实施的行为、起到的客观作用,犯罪意思的提起和联络情况,对犯罪结果的利益关系及利益分配等因素的综合判断模式,才是中外司法实务的主流做法。综合区分标准的优势在于,在标准的构成以及适用上存在很大的弹性空间,能够灵活应对司法实务的现实需求。然而,综合区分标准也存在着不具有确定性的致命缺陷。如罗克辛教授所言,综合区分标准不仅对于综合考虑的因素何以入选未做说明,由于综合的各项内容不存在位阶关系,在功能上均不具有决定性,在发生冲突的情况下,应予何者以优先定位并无定论。<sup>[40]</sup>许乃曼教授也指出,对于犯罪参与类型的区分,越是根据多种要素进行综合评价,判断就越不安定。<sup>[41]</sup>正因为如此,虽然综合区分标准将利益归属因素纳入综合考虑的内容之一,但利益因素对犯罪参与类型的界分起到的作用,经常是不确定的。如日本司法实务在区分正犯和共犯时,有时并不重视利益的归属,只要参与人实施了盗窃罪的实行行为,即便没有获得任何金钱利益,也认定为共同正犯。<sup>[42]</sup>有时又特别强调利益归属的重要性,在参与人对诈骗罪构成要件的实现发挥了不可或缺的重要作用时,考虑到其完全不具有获得犯罪利益的动机、意图和期待,仅认定为帮助犯。<sup>[43]</sup>综上,对于犯罪参与类型的区分,虽然有必要考虑包括利益归属在内的多样化因素,但对利益归属与其他因素之间的关系,必须做出进一步的理论梳理。那种将利益归属简单的作为综合影响因子之一的做法,对犯罪参与类型的区分标准欠缺理性的体系建设。

#### 2.证明参与行为“客观作用”的路径未体现关联性

由于区分犯罪参与类型的综合标准具有相当的不确定性,理论上开始尝试在各种影响参与与类型界分的因素之间划分层次关系。有观点主张,对于犯罪参与类型的界分,参与人在构成要件实现的过程中起到的客观作用具有决定性,利益归属仅仅是证明这种客观作用的征表性事实,并非独立的区分基准。如日本实务界人士指出,通过参与犯罪获取利益并非共谋共同正犯的构成要件,但当共谋者和实行者获得了同等的利益分配时,该共谋者与共犯的区别就变得

[40] 罗克辛,见前注[6],第4页。

[41] Vgl. Schönemann, in: Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2006, § 25 Rdn. 30. 转引自水落申介,见前注[5],第259页。

[42] 日本名古屋地方裁判所2015年4月27日判决(LEX/DB25540401)。

[43] 日本东京高等裁判所2013年2月20日判决(LEX/DB25505979)。

明显起来,因此,将利益归属作为犯罪周边的征表性事实,用以认证参与人在构成要件实现的过程中发挥的客观作用,是完全可能的。〔44〕另有学者指出,直接将利益归属作为正犯的判断标准,是过于重视主观要素的主观主义的残余,正犯和共犯的关键区别在于“对犯罪实现的因果贡献”,而利益归属只不过是对此加以认定的情况证据。〔45〕松泽申教授也勉强地承认,利益因素最多是认定参与人客观上是否发挥了“主导性作用”的一项间接事实。〔46〕我国司法实务也经常借由利益归属情况,辅助判断参与人在共同犯罪中的客观作用。如虽然参与人没有直接实施走私罪的实行行为,但考虑到走私犯罪的获利性质,以及参与人是主要获利者的事实,认定其在共同犯罪中起主要作用。〔47〕再如,虽然在共同诈骗犯罪中实施了传达命令、组织收钱的行为,但由于不是诈骗行为的主要获利者,认定参与人在共同犯罪中起到次要作用。〔48〕笔者以为,将利益归属作为认定参与人在构成要件实现的过程中起到的客观作用的间接事实,维护了以构成要件为中心区分犯罪参与类型的基本立场,亦明确了利益归属在犯罪参与类型区分标准中的体系地位。问题在于,参与人对犯罪利益的归属情况与参与人在构成要件实现过程中的客观贡献,并无关联。虽然并不排除行为前、行为后的情状对行为时的事实证明作用,但前提是二者必须具有关联性。而“对犯罪结果的利益归属”与“对构成要件实现的客观作用”是属性各异、完全独立的命题,二者并不存在理论或经验上的常态关联,不具有基础事实和待证事实之间的正向推导关系,因而,不能互为证明手段和证明对象。

### 3. 认证参与人“主观意思”的路径不具有明确性

由于参与人的利益归属与参与行为的客观作用互不影响,有观点开始从利益归属与参与人的主观意思之间的关联,挖掘利益因素在犯罪参与类型区分标准中的体系位置。然而,该路径并不具有明确性,甚至引发理论立场上的危机。这一路径存在以下三种理论分支。

其一,将利益归属作为间接事实,判断参与人是否具有“实施自己的犯罪的意思”。日本司法实务经常根据多样化的要素,判定参与人主观上具有“实施自己的犯罪的意思”,还是仅仅具有“加工于他人犯罪的意思”,并以此作为区别正犯和共犯的关键。参与人对利益分配的期待程度、参与人之间利益分配的多寡等利益归属因素,经常与参与人之间的关系、参与人的行为动机、参与人的意思疏通、参与人分担的行为以及起到的作用等共同作为间接事实,推认参与人主观上是否具有“作为自己的犯罪加以实施的正犯意思”。〔49〕然而,在依赖构成要件确保

〔44〕 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編『刑事事実認定の基本問題(第3版)』(成文堂,2015年)167頁参照。

〔45〕 山口厚,见前注〔10〕,第172页。

〔46〕 松澤伸「共犯と正犯の区別について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻)』(成文堂,2015年版)825頁参照。

〔47〕 参见广东省高级人民法院(2019)粤刑终字第455号刑事判决书。

〔48〕 参见海南省高级人民法院(2019)琼刑终字第83号刑事判决书。

〔49〕 石井一正=片岡博「共謀共同正犯」小林充=香城敏磨編『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社,1992年)358頁参照。

刑法安定性的客观主义立场之下,对犯罪参与人的主观意思的认定,应当始终以构成要件为认识对象。而上述作为正犯成立依据的“作为自己的犯罪的意思”,并未将构成要件作为认识内容。何为“自己的犯罪的意思”,也极其不明确。正因为如此,实务的上述做法,总是遭致向主观理论倒退的质疑。<sup>[50]</sup>其二,将利益归属作为间接事实,认定参与人是否具有“正犯意思”。为摆脱在正犯的认定上过于依赖参与人的主观意思引发的主观主义危机,有观点提出,在确保参与人在构成要件的实现过程中起到重要作用的基础上,参与人主观上的正犯意思以及以此为基础的紧密的意思联络,才成为共同正犯的成立条件。此时,利益归属就是认定参与人主观上是否具有正犯意思的间接事实之一。<sup>[51]</sup>然而,将“意思联络”作为共同正犯的成立条件,已然违背了刑法归责的个人责任原理。此外,虽然论者将利益归属作为认定正犯意思的间接事实,但对于其中的“正犯意思”所指为何,自始至终未予以说明,也未加以论证,观点并不清晰。其三,将利益归属作为间接事实,认定参与人“主观恶性”的程度。在我国司法实务中,有检察机关以行为人参与了走私犯罪行为的利益分配,以及对走私犯罪行为的发生起到重要作用为由,认定参与人主观恶性较大,并据此指控参与人构成主犯类型。<sup>[52]</sup>但是,“主观恶性”这一我国特有的概念,本身并没有确定的内涵,其存在的必要性也屡次受到质疑。<sup>[53]</sup>因此,将利益归属作为间接事实,用以认定本身就极其模糊的主观恶性,并据此决定主从犯类型的界分,同样存在判断过程和判断标准不明确的问题。

#### 四、利益归属在犯罪参与类型区分标准中的体系定位

仅仅依据参与人客观上偶然表现出来的行为或作用,无法对犯罪参与类型做出合理的界分,还须考虑参与人主观上是否具有实施构成要件的行为意志,而利益归属正是推定参与人行为意志的间接事实之一。以下将从犯罪参与类型区分标准的主客观层次,利益归属与参与人行为意志之间的推定关系,以及利益归属在财产犯罪中具有更可靠的推定效果三个方面,对利益归属因素在犯罪参与类型区分标准中的体系地位,进行系统的论证。

##### (一) 犯罪参与类型的区分标准具有主客观维度

在解决利益归属在犯罪参与类型区分标准中的体系位置之前,必须明确的是,犯罪参与类型的区分标准具有客观方面和主观方面两个层次,并且,客观层次和主观层次具有递进检验的序列关系。

##### 1. 只依据客观上的行为或作用无法准确界分犯罪参与类型

纯粹以客观上的行为或作用区分犯罪参与类型,被认为是客观主义立场的体现。在主观

[50] 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂,2010年版)56頁以下参照。

[51] 水落申介,见前注[5],第255頁以下。

[52] 参见浙江省高级人民法院(2018)浙刑终字第405号刑事判决书(针对检察院对洪世泽的指控)。

[53] 参见张明楷:“阶层论的司法运用”,《清华法学》2017年第5期,第38页。

主义受到猛烈批判的背景下,重视参与者主观意思的做法,总是被认为与主观主义有着千丝万缕的联系。因此,关于犯罪参与类型的区分,刑法理论利落地转向了纯粹的客观标准。区分制犯罪参与体系最初就是采用形式客观说,以参与者客观上是否完全或部分地实施了构成要件行为,作为区分正犯和共犯的依据。出于量刑均衡的现实考虑,实质客观说逐渐兴起,开始根据参与者客观上对构成要件的实现是否起到重要作用或支配效果,对犯罪参与类型做出区分。然而,仅仅依据参与者在客观上的行为或作用,无法准确界分核心的犯罪参与类型和次要的犯罪参与类型。详言之,不同于单独犯,共同犯罪是复数主体结构,这使得犯罪参与者之间的行为具有可代替性。因此,即便二个以上的参与者均具有实现构成要件的行为能力,但基于参与者相互之间的可代替性,以及行为时的偶发因素或随机选择,可能只需要一个或部分参与者实施构成要件预定的内容。此时,如果仅仅着眼于参与者在客观上随机表现出来的行为或作用,在核心的犯罪参与类型的筛选上,很容易忽视那些完全具有实现构成要件的现实的行为能力以及主观意志,只是基于相互之间的可代替性,才无需实施构成要件的参与者。如杨某和李某预谋抢劫超市,杨某假装购买商品分散收银员的注意力,李某趁机控制住收银员,两人发现超市还有其他顾客后便逃离现场。李某在逃离过程中受到收银员阻拦,便向其泼辣椒水,用拳头殴打其头部,并抢走店内营业款 870 元。法院认为,杨某和李某成立共同正犯。<sup>[54]</sup>然而,如果单纯地考虑客观上的行为和作用,杨某并未实施压制被害人反抗和取得财物的实行行为,也很难说杨某在本起抢劫犯罪中发挥了和李某同等的重要作用。虽然行为支配理论针对共同正犯提出的“功能性支配”,经常被用于解释这种并未分担实行行为又被认为是“互相配合”的情形,但“功能性支配”这一概念已经遭到了强有力的质疑。如许玉秀教授很早即指出,原本是以实行行为为原点产生的功能性支配概念,又反过来用以解释实行行为的归属范围,实属循环论证。何谓“功能性支配”,自始就是不明确的。<sup>[55]</sup>笔者以为,杨某构成共同正犯的理由,还应当从杨某对李某实施的构成要件行为具有替代可能性入手。也即,在二人实施抢劫犯罪行为当时,杨某也完全具有压制被害人反抗、转移财物占有的具体的行为能力,以及随时代替李某实施实行行为的主观意志,只不过由于当时所处的时机、客观条件,最终促成李某实施了抢劫罪的实行行为。综上,由于参与者在客观上表现出来的行为和作用具有偶然性,不能以此作为区分犯罪参与类型的绝对标准。

## 2. 犯罪参与类型的界分还应考虑参与者主观上的行为意志

参与者是否具有实施构成要件内容的主观意志,同样影响犯罪参与类型的界分。在参与者已经实施了构成要件内容的场合,包括自己亲手实施了构成要件,或通过支配他人的行为从而可以视为自己实现了构成要件时,参与者自然应成立核心的犯罪参与类型。但是,如上文所述,基于参与者之间行为的可代替性,未必每个参与者都需要实施构成要件的内容。所以,只

[54] 参见甘肃省嘉峪关市中级人民法院(2016)甘02刑终字第1号刑事裁定书。

[55] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第581页。

要参与人在行为时具有实施构成要件的现实的行为能力,以及随时代替其他参与人实施构成要件的积极的行为意志,就应成立核心的犯罪参与类型。据此,在参与人虽然未表现出实施构成要件的有形举动,但具有实施构成要件的具体行为能力的场合,参与人是否具有随时代替其他参与人实施构成要件的主观意志,就成为决定其能否成立核心犯罪参与类型的关键。需要说明的是,虽然参与人在客观上的行为能力以及在主观上的行为意志均对犯罪参与类型的界分产生影响,但二者产生决定性作用的场合和条件是不同的,在这一点上,不同于将主客观因素简单杂糅的综合区分标准。此外,虽然在犯罪参与类型的界分上将主客观要件分开检讨的观点,正在逐渐引起重视,<sup>[56]</sup>但本文提出的区分犯罪参与类型的主观要件,既非上述脱离构成要件基准的“作为自己的犯罪的意思”,也非有背离个人责任原理之嫌的“意思联络”,<sup>[57]</sup>更非内涵不明确的“主观恶性”,而是指参与人在行为时随时、无条件实施构成要件内容的行为意志。这一主观行为意志以法定的构成要件为指向,维护了以构成要件为基础的法治国立场;这一主观行为意志的内容具体、明确,不会出现有学者所指摘的对主观意思认定困难的问题;<sup>[58]</sup>这一主观行为意志是在参与人之间个别地检验,不存在过于强调参与人之间的“共同性”,从而违背自我答责原理的问题。

## (二)利益归属是推定参与人行为意志的间接事实

犯罪参与类型的界分取决于参与人客观上实现构成要件内容的具体行为能力,以及主观上无条件实施构成要件内容的行为意志两个层面的内容。而参与人的利益归属情况,正是推定其在行为时是否具有实施构成要件内容的行为意志的间接事实。

### 1. 利益归属是推定行为意志的基础事实之一

利益归属因素并非犯罪参与类型的区分基准,而是推定参与类型主观界别的基础事实。如前文所述,以基于法治国原则确立的构成要件为指针,以还原参与行为之间的本质差别为宗旨,犯罪参与类型的区分,应取决于参与人客观上实现构成要件的具体行为能力,以及主观上无条件实现构成要件的行为意志两个方面的内容。并且,应当先进行客观层面的判断,再进行主观层面的检验。也即,如果客观上参与人已经通过实施构成要件的内容,征表出其实现构成要件的行为能力以及主观意志,可以直接认定成立核心的犯罪参与类型。只有当参与人在客观上没有表现出实施构成要件的物理举动,但在行为当时又完全具有实现构成要件的行为能力时,才有必要进一步确认,参与人主观上是否具有随时替代实行者、无条件发挥自身构成要件实现能力的行为意志。而参与人对构成要件结果是否具有利益以及利益的多寡,正是推定其主观上是否具有实施构成要件内容的行为意志的间接事实。换言之,参与人对犯罪利益的归属与参与人实施构成要件的行为意志之间,是基础事实与待证事实的推定关系。由此,不

[56] 朝山芳史「実務における共同正犯論の現状」刑法雑誌 53 卷 2 号(2014 年)188 頁参照。

[57] 橋爪隆「共謀の意義について(2)」法学教室 413 号(2015 年)100 頁脚注 29 参照。

[58] 曲田統「狭義の共犯論」刑法雑誌 56 卷 3 号(2017 年)447 頁参照。

仅维护了构成要件是区分犯罪参与类型之唯一指针的法治原则,亦从证明的角度构建起利益归属与构成要件之间的关联,从而明确了利益归属因素在犯罪参与类型区分标准中的体系位置。同时也表明,共同犯罪中参与人的利益归属,是用于解决不法层面的犯罪参与类型的界分,所以,利益归属因素首先应是违法性的内容。

### 2.利益归属与参与人的行为意志具有正向的推导性关联

利益归属与参与人的构成要件行为意志之间,具有建立在经验和法律之上的推导性关联。由于行为人的犯意以及目的等主观要素难以通过直接证据证明,通过犯罪行为周边的间接事实对行为人的主观心理进行推定,就成为认定主观构成要件要素的主要方式。作为区分犯罪参与类型的主观层次的内容,参与人在行为当时无条件实施构成要件内容的行为意志,也主要依赖于犯罪周边的间接事实予以推定。根据推定的基本规则,基础事实和待证事实之间必须具有经验和逻辑上的“一般性”“常规性”关联,不能只是“个别的”“例外的”稀薄联系。这种建立在概率基础上的常态关联,可以确保推定结论仅有较低的错误率。<sup>[59]</sup> 据此,利益归属成为推定参与人行为意志的基础事实,也要以二者在事实上的常态关联为基础。从通常的经验的意义出发,行为人能够从犯罪结果中获得利益并且获取的利益越多,行为人实施构成要件的行为意志就会越积极地积极、坚定和强烈;反之,从犯罪结果中获得的利益越少乃至完全不具有利益归属,行为人实施构成要件的行为意志便会相应地消极、被动和萎缩。因此,作为具有一定程度的盖然效力的情状证据,利益归属情况能够对参与人实施构成要件内容的行为意志进行正向的推导。此外,由于利益因素在财产性犯罪中具有特殊的重要性,并且这种重要性已经通过财产性犯罪的构成要件以及刑法解释获得认可,作为基础事实的“利益归属”与作为待证事实的“参与人实施构成要件的行为意志”之间,不仅存在事实层面的常态关联,也有基于法律层面的特殊联结,因而,前者与后者之间具有更加紧密的正向推导性关联。

### 3.推定结论的类型化展开

根据利益归属情况推定犯罪参与类型界分的主观层次的内容,即参与人在行为当时是否具有实施构成要件内容的行为意志,对于推定结论的把握,应当从以下两个方面予以类型化的展开。

(1)利益程度及利益类型对推定结论的差别化影响。一方面,参与人对构成要件结果的利益程度,会对推定结论产生差别化影响。利益归属并非一个衡量概念,而是具有广泛延展性的范畴。因此,虽然承认利益归属因素会对犯罪参与类型的界分产生影响,但需要指出的是,参与人对构成要件结果的利益归属具有宽泛的程度上的差异。基于质量互变规律,利益归属的量积累到一定程度,才可能对推定结论产生质的影响。正因为如此,在用参与人的利益归属情况认证参与人具有坚定的犯罪意思时,国外司法实务往往对参与人的利益归属程度有所要求。<sup>[60]</sup> 如前文所述,我国司法解释、司法实务在将参与人的利益归属情况作为犯罪参与类型界分的依据时,

[59] 参见裴苍龄:“再论推定”,《法学研究》2006年第3期,第122—124页。

[60] 日本横浜地方裁判所2015年7月22日判决(LEX/DB25540923)。

同样重视参与者通过犯罪行为获利的数量以及在共同犯罪人中获利的占比。综上,以利益归属情况作为基础事实推定参与者是否具有实施构成要件的行为意志,还需要考虑参与人对构成要件结果的利益程度,以及与其他参与者特别是实行犯在利益归属上的较量比较。

另一方面,不同的利益表现形式,也会在推定结论上呈现差异化效果。参与者从构成要件结果直接获取的不法利益属于直接利益,并非从犯罪结果直接获取、但与犯罪行为相关的不法利益是间接利益。当参与人对构成要件结果具有直接利益时,通常来说,参与者实现构成要件的行为动机会更强烈,进而也更容易形成实施构成要件的行为意志。因此,在根据利益归属情况推定参与人的主观意志时,原则上,直接利益相较于间接利益具有更可靠的推定效果。我国司法实务在论证主犯的成立理由时,经常强调参与者是犯罪利益的直接获取者;<sup>[61]</sup>在参与者构成从犯的裁判理由部分,频繁地提及参与者并未直接参与利益分配,仅领取少量或固定的报酬。<sup>[62]</sup>辩护人也经常将被告人只是希望获得固定报酬、没有追求犯罪利益的目的作为辩护理由。<sup>[63]</sup>日本有司法判例,不承认给员工开具用于诈骗保险金的虚假证明以使员工更好地为企业服务这种间接利益,能够成为论证被告人具有正犯意思的依据。<sup>[64]</sup>中外实务对直接利益和间接利益区别对待的做法,正是源于二者在推定效果上的差异。再者,事前的约定利益与事后的分配利益,在推定能力上亦存在差别。行为之前预定的犯罪利益归属,能够直接构成行为人参与犯罪的深度和广度的行为动机,进而有效地反映参与人在行为时实施构成要件的行为意志。相较之下,参与人事后实际分配的利益具有一定的偶然性。因此,虽然可以根据事后的利益分配情况反推参与人在行为时的主观意志,但在推定结论的可靠性上,二者是有差异的。正因为如此,当参与者已经对犯罪利益的归属做了事前约定时,实务通常会据此判断参与者是否具有坚固的犯意,至于参与人事后是否实际获得预期的利益,通常只是作为量刑的考虑。<sup>[65]</sup>此外,利益内容的不同,也会对推定结论产生影响。参与人对构成要件结果可归属的利益,既可以表现为财产性利益,也可以表现为非财产性利益。对于财产性犯罪而言,财产性利益的归属对参与者实施构成要件的行为意志,进而对财产性犯罪参与类型的界分,具有特殊的推定效果。

(2)基于推定的暂定结论及其可反驳性。在考虑利益程度以及利益形式可能带来的差异化效果之基础上,根据利益归属情况推定参与者主观上实施构成要件的行为意志,进而对不同的犯罪参与类型做出界分,暂定的推定结论及其反驳可能性如下。

其一,如果参与者已经充分地实施了构成要件内容,由于通过外在表现证明了其实现构成

[61] 参见浙江省高级人民法院(2019)浙刑终字第116号刑事裁定书。

[62] 参见浙江省高级人民法院(2019)浙刑终字第125号刑事裁定书;广东省饶平县人民法院(2018)粤5122刑初字第61号刑事判决书。

[63] 参见浙江省瑞安市人民法院(2019)浙0381刑初字第126号刑事判决书。

[64] 日本东京高等裁判所2013年2月20日判决(LEX/DB25505979)。

[65] 日本横浜地方裁判所2015年7月22日判决(LEX/DB25540923)。

要件的行为能力和主观意志,直接成立核心的犯罪参与类型,在此种场合,利益归属情况对犯罪参与类型的界分不产生影响。例如,被告人基于与B的共谋,利用不法取得的C的现金卡,从自动取款机累计窃取现金474.4万日元。辩护人以被告人的行为动机是对B的恐惧以及人情关系,窃取的现金全部归B所有被告人没有获得任何金钱利益为由,主张被告人欠缺正犯意思,只成立共犯。审理法院并未采纳这一辩护意见,认为被告人实施了盗窃罪的全部的实行行为,理应成立正犯。<sup>[66]</sup> 笔者以为,该判决的理论依据在于,在被告人已经实施了盗窃罪实行行为的情况下,其实现构成要件的行为能力以及行为意志均已被直接证明,此时,运用利益归属情况对被告人实施构成要件的行为意志进行间接推定的需求被否定,推定的结论在可靠性上也无法与上述直接证明的结论相抗衡。因此,本案中全无利益归属的事实,并不能否定已经实施了实行行为的被告人成立正犯。

其二,参与者虽然没有实施构成要件内容的外在表现,但在行为时完全具有实现构成要件的现实的行为能力,并且参与人对构成要件结果具有相当的利益归属,通常表现为利益程度与实行犯相当,乃至超越了实行犯,甚至是由参与者主导了共犯者之间的利益分配的,结合犯罪周边的其他情状证据,可推定参与者在行为时具有随时替换实行者、无条件实施构成要件的行为意志,从而倾向于将参与人与实行犯共同作为核心的犯罪参与类型。前文提到的三人共同盗窃汽车只有一人实施了窃取行为的案例,三人构成共同正犯的理由,不宜直接归结为三人对盗窃行为具有同等的利益。笔者认为,三人构成共同正犯的理论根据在于,三人均具有实施盗窃行为的现实的行为能力,以及无条件实施盗窃行为的主观意志。其中,现实地实施了盗窃行为的参与者,是通过实施构成要件行为的物理举动直接证明了这种客观能力和主观意志。因行为时机或其他偶然因素没有表露出实施构成要件的物理举动的另外两名参与者,则是通过二人自身的条件、行为时在犯罪现场的表现等证实客观上有实施盗窃行为的具体的行为能力,通过三人的犯罪计划、与实行犯对盗窃结果具有“同等利益”等间接事实,推导出二人在行为当时亦具有无条件实施盗窃行为的主观意志。同理,我国司法实务在将“主导对财物的分配”“决定赃物的分配”“分得大量赃款”等利益归属情况作为主犯成立的理由时,必须紧紧围绕这些利益归属因素对参与者主观行为意志的推定展开论证,不能直接作为主犯成立的依据。

其三,参与者没有实施构成要件的外在表现,并且对构成要件结果不存在利益归属,或与其他参与者相较只有少量的利益归属,结合犯罪周边的其他情状证据,倾向于推定参与者并无实施构成要件内容的行为意志,成立次要的犯罪参与类型。司法实务经常在参与者没有实施实行行为的情况下,以参与者没有获取犯罪利益的目的,实际上并未获得利益分配,甚至主动拒绝了其他参与者提出的利益分配等利益归属情况,辅助论证参与者成立共犯。<sup>[67]</sup> 根据前文所述,参与者没有实施构成要件行为并非否定正犯成立的理由,关键在于参与者在行为时是

[66] 日本名古屋地方裁判所 2015 年 4 月 27 日判决(LEX/DB25540401),针对盗窃犯罪部分。

[67] 日本名古屋地方裁判所 2015 年 4 月 27 日判决(LEX/DB25540401),针对诈骗犯罪部分。



否具有实施构成要件内容的客观行为能力以及主观行为意志。中外司法实务在次要的犯罪参与与类型的认定上,频繁提及参与人对构成要件结果并无利益归属或只有少量利益归属,应是推定参与人并无实施构成要件行为的主观意志的有力间接事实。也正是因为欠缺实施构成要件的行为意志这一犯罪参与类型界分的主观条件,参与人才成立共犯。

其四,推定需要结合其他基础事实,并且推定结论可反驳。利益归属是推定犯罪参与类型主观界别的基础事实之一,而非全部。对于没有实施构成要件的外部表现、但具有实施构成要件的具体行为能力的参与人,在判断其是否具有无条件实施构成要件的行为意志时,除了要考虑参与人对犯罪利益的归属情况,还需要结合参与人之间的约定、计划,与其他参与人特别是实行犯的关系,以及参与人的其他客观表现等证据事实,进行经验和逻辑上的推导。并且,通过间接事实对参与人的主观意志做出的推定,应当允许提出反证予以反驳。如,被告人为获取200万日元酬劳,答应在X抢劫杀人之后帮助其搬运尸体,并向X提供了致被害人昏迷的安眠药以及关于作案方法的建议。考虑到被告认识到其报酬很可能来源于抢劫财物这一重要事实,一审法院判决被告构成共谋共同正犯。但是,根据二人事前的约定、被告人的意思表示及其客观行为表现,可以认定被告人仅仅意图提供帮助,自始至终都没有实施抢劫杀人行为的主观意志,因此,以对抢劫结果具有期待利益而对被告人的行为意志做出的不利推定,理应被驳倒。控诉审改判被告构成共犯,原理应当如此。<sup>[68]</sup>

### (三)财产性犯罪中利益归属因素具有更可靠的推定效果

财产性犯罪具有强烈的追求利益的经济性格,因而不同于其他犯罪类型,以利益归属推定参与人实施构成要件的行为意志,在财产性犯罪中具有更可靠的推定效果。财产性犯罪的实行行为被过度解释导致实行行为弱化,也突显了利益因素在财产犯罪参与类型界分上的作用。符合上述特点的财产犯罪并不限于狭义的财产罪,走私犯罪、金融犯罪、贪腐犯罪、毒品犯罪等行为对象具有财产属性的犯罪均包括在内,故本文以“财产性犯罪”统称之。

#### 1. 财产性犯罪具有强烈的“追求利益”的经济性格

财产性犯罪是“法益与利益同一”的犯罪类型,具有强烈的追求利益的经济性格。虽然通过犯罪行为获取不法利益并非财产性犯罪的专属,但因为实施财产性犯罪取得的经济利益直接来源于作为犯罪对象的财产本身,即犯罪对象与犯罪利益具有来源和素材上的同一性,所以,不同于“法益与利益分离”的犯罪类型,财产性犯罪与经济利益具有关联上的直接性和必然性,这形成了财产犯罪独特的经济性格,也决定了在除毁灭罪以外的财产性犯罪中,以利益归属推定参与人实施构成要件的行为意志,具有更可靠的推定效果。前文提到,根据不同的利益形式推定参与人的主观意志,在推定效果上是有差异的。事前的期待利益能够直接形成参与人的行为动机,直接利益加紧了参与人与构成要件行为及结果之间的关联性,以这两种利益类型推定参与人实施构成要件的行为意志,更为可靠。而财产性犯罪的对象本身就是具有经济

[68] 日本东京高等裁判所2013年5月28日判决,判例タイムズ1418号165页。

价值的财物或财产性利益,作为最为典型的财产性犯罪,财产领得罪的构成要件即是非法取得财产的占有,所以,行为人对构成要件结果的利益突出表现为直接利益,并且在行为之前就已形成对利益的预见和期待。据此,在财产性犯罪的场合,参与人对利益的归属,能够更加直接并且强势地影响其实施构成要件内容的主观意愿,相应地,以利益归属推定参与人实施构成要件的行为意志,在财产犯罪中也就具有更可靠的推定效果。当财产性犯罪的参与人没有实施构成要件的外部表现时,司法实务之所以特别依赖于参与人具有经济利益的归属,认定其为核心的犯罪参与类型,理论根据大抵如此。然而,司法实务习惯于将财产犯罪是利欲犯、〔69〕财产罪以获得经济利益为犯罪动机〔70〕直接作为解释依据,这导致实务的裁判理由经常面临理论上的质疑:这种与经济利益相关的动机,对财产犯罪参与类型的界分起到何种作用,并不清楚。〔71〕根据上文所述,财产性犯罪在获利动机、利欲犯等方面呈现出来的与经济利益相关的类型特点,是论证在财产性犯罪中利益归属对参与人的行为意志具有更强的驱动力之有力论据。作为犯罪参与类型界分的主观层面的内容,参与人在行为时是否具有无条件实施构成要件的行为意志,才是论证的目的和中心。如此一来,不仅可以对上述理论质疑做出很好的回应,也明确了判决书在说理上细化的方向。

## 2. 财产性犯罪存在突出的“实行行为弱化”的问题

财产性犯罪的实行行为被过度解释导致弱化现象,相应地提升了利益归属因素的影响力。前文提到,在财产性犯罪的场合,即便共同犯罪的参与人分担了实行行为,考虑到参与人的利益归属情况,司法实务作为次要的参与类型处理的情形并不少见。事实上,根据日本的司法统计,犯罪类型的不同确实能够对参与类型的界分产生影响,在财产性犯罪中,“实施实行行为的共犯”相对容易被认可。〔72〕在财产性犯罪参与类型的界分上,实行行为的绝对影响力的削弱,也相应地增加了利益归属因素的分量和作用。然而,一旦承认存在“实施实行行为的共犯”,已然撼动构成要件的基础性地位,必然面临违背法治原则的诘问。正是考虑到这一立场性问题,西田典之教授明确反对将实施了部分实行行为的参与人认定为共犯,认为这是为了量刑而放弃犯罪参与类型区分标准的明确性,并指出区分犯罪参与类型的意义不只在在于量刑。〔73〕面对司法实务的现实情况和理论需求,有学者转而从主观方面解释财产性犯罪中存在的“部分实行的共犯”现象。其中,通过利益理论这一主观标准予以解释的路径,因又退回早期的主观主义立场而备受批判。〔74〕另有学者从犯罪参与类型界分的主客观层次出发,指出

〔69〕 水落申介,见前注〔5〕,第264页。

〔70〕 日本東京高等裁判所2013年2月20日判決(LEX/DB25505979)。

〔71〕 石井一正等,见前注〔49〕,第357页。

〔72〕 亀井源太郎,见前注〔4〕,第352页。

〔73〕 西田典之「共謀共同正犯」刑法雜誌31卷3号(1990年)311頁参照。

〔74〕 亀井源太郎,见前注〔4〕,第361、343页。

即便参与者客观上分担了实行行为,也可能因为欠缺正犯意思而只成立共犯。<sup>[75]</sup> 根据前文所述,区分犯罪参与类型的主观层次的内容,是参与人在行为时实施构成要件的行为意志。而在参与者已经实施了实行行为的情况下,难以通过否定其主观上的行为意志主张成立共犯。于是,有学者提出打破以“构成要件”为中心的统一格局,根据犯罪类型各自的特点确定影响参与与类型界分的关键因素,即对于杀人、伤害这类重视自手性的犯罪类型,将实行行为作为绝对的区分标准,不承认部分实行的共犯;对于财产性犯罪这一利益相关的犯罪类型,则重视利益归属而非实行行为的作用,认可部分实行的共犯。<sup>[76]</sup> 这一类型学的思考方式考虑到了犯罪之间的差异,针对实务在财产性犯罪中对利益归属因素的特殊重视,可以提供直接的理论依据。然而,在参与类型的界分问题上,犯罪类型自身的特殊性,并不能成为突破构成要件这条红线的正当理由。笔者认为,刑法中实行行为的实施,必须是在实质意义上实现了构成要件的核心内容,而财产性犯罪中存在的“部分实行的共犯”,实际上源于对实行行为不当的扩张解释。以前文所述案件为例,将在抢劫团伙中仅仅负责将被害人财物从其房间搬出的行为,解释为抢劫罪中转移财物占有的实行行为,实属对实行行为过于机械化和形式化的解读。因此,有必要基于构成要件的核心内容以及实现构成要件的技术难度,对财产性犯罪的实行行为进行实质上的限缩解释。如此一来,财产性犯罪中存在的“部分实行的共犯”可能只是假象,即参与者并未真正实施属于构成要件实质内容的实行行为,此时,要认定参与者成立核心的犯罪参与类型,仍需在确认参与者具有实施实行行为的具体能力的基础上,以利益归属这一在财产犯罪中具有重要推定效果的间接事实及其他情状证据,推定参与者是否具有无条件实施实行行为的主观意志。综上,利益归属因素在财产性犯罪中作用的凸显,实际上并未突破实行行为的限制,也未否定立足于构成要件的客观主义立场。

## 五、结语

共同犯罪中犯罪利益的归属对犯罪参与类型界分的影响,并未引起理论上的关注。与此不同,司法实务在区分核心和次要的犯罪参与类型时,基于自发的实用性思维,惯常地考虑参与者之间的利益归属情况。特别是对于财产性犯罪,在犯罪参与类型的区分上,更是突破了以“构成要件”为中心的界分模式,表现出对“利益归属”因素的特殊重视。然而,由于学界未能对该问题进行深入的理论探究,司法实务的做法始终缺乏充分的理论根据。要在理论上解构犯罪利益的归属对犯罪参与类型界分的影响,首先必须明确的是,犯罪参与类型的区分标准具有递进序列的主客观层次。由于犯罪参与者之间的行为具有可代替性,对于犯罪参与类型的区

[75] 橘爪隆,见前注[57],第100页(脚注29);水落申介,见前注[5],第266页。

[76] Vgl. Greeds, Täterschaft und Teilnahme, Jura, 1990, S.173 ff., S.179. 转引自龟井源太郎,见前注[4],第355页以下。

分,不应执着于参与人在客观上偶然表现出来的行为或作用,而应着眼于参与者实现构成要件的客观行为能力以及主观行为意志。在确认参与者客观上具有实现构成要件的具体行为能力的基础上,必须再去检验参与人在主观上是否具有随时替代实行者、无条件实现构成要件的行为意志。而参与人对犯罪利益的归属情况,正是推定其主观上是否具有实现构成要件的行为意志的间接事实,二者是基础事实与待证事实的推定关系,具有建立在经验和法律之上的正向推导性关联。财产性犯罪是“法益与利益同一”的犯罪类型,具有强烈的追求利益的经济性格,以利益归属情况推定参与者实施构成要件的行为意志,在财产性犯罪中具有更可靠的推定效果。受到参与者利益归属情况的强势影响,财产性犯罪中存在的“部分实行的共犯”现象,实际上源于对实行行为的过度解释,并未突破构成要件的限制。

---

**Abstract:** When distinguishing principal and secondary participants of joint crime, Chinese and foreign jurisprudence always considers the interests that participants get from crime participation. Especially for property crime, in many cases, the differentiation does not depend on the implementation of crime constitution, but on the economic interests of the participants. However, for this issue, the existing literature needs further improvement. It is not reasonable to consider interest belonging as one of the influencing factors of the comprehensive standard; it doesn't show relevance to regard interest belonging as an indirect fact to identify the objective role of the participants; and it is not clear to regard interest belonging as evidence of mental elements of the participants. The standard of distinguishing different types of participants has a progressive sequence between objective and subjective elements. On the basis of confirming that the participants have the specific capacity to implement crime constitution, interest belonging is an indirect fact to infer whether the participants have the will to carry out crime constitution. Since property crime has a strong character of pursuing interests, it has higher credibility when using the factor of interest belonging to infer the will of the participants.

**Key Words:** Interest Belonging; Participants of Joint Crime; Will of Implementation; Property Crime

---

(责任编辑:车 浩)