

共同犯罪归责基础的规范理解

何庆仁*

摘要 客观因果以及主观意图仅仅描述了共同归责的各种实然前提,并不能为应然的共同归责提供充分根据;对存在论要素的种种规范化努力则可能既背离了存在论的立场,又扭曲了规范论的本意。学界因此提出了诸多纯粹的规范化路径。遗憾的是,这些路径不仅没有确立真正的归责基础,反而使原本潜藏于存在论路径中的启示更显混沌。应当回到一般归责理论的出发点,即自由律对因果律的超越寻求共同归责的规范基础。如果以自由为中心规范性地理解共同犯罪,就会发现共同犯罪是一种归责形态,只有当数人任意地行使自己的行为自由,共同妨害了他人的自由时,才是可共同归责的。换言之,共同犯罪人在规范上表达了共同塑造构成要件之实现的意义,所以构成要件的实现要归责于全体共同犯罪人。

关键词 共同犯罪 共同归责 因果律 自由律 自我答责

究竟是什么决定了不同的犯罪参加者应当共同为犯罪结果负责,在刑法学理上一直没有得到较好回答。大多数时候共同归责都被视为一个理所当然的问题一带而过,或者仅仅停留于描述共同行为以及共同的行为决意等,就得出了共同归责的结论。但是,不厘清共同犯罪的归责基础这一根本性问题,就无法顺畅地回答共犯论领域内的一系列难题;如果一旦要回答该问题,现有的各种存在论路径显然又是不充分的,因为归责问题原本不是一个存在论的问题,而是一种规范性的评价。如何引入规范的视角剖析共同归责的基础,因此成为本文的主题。

一、共同归责的存在论路径

刑法学理中以自然主义和目的主义为代表的存在论倾向具有深远影响,对于共同归责而

* 中国社会科学院大学政法学院教授。本文系2019年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“共同犯罪本质的规范理解研究”(项目编号:19YJA820014)的阶段性成果。

言,其突出表现为对客观因果关系或者主观行为意图的坚持。

(一)共同犯罪中的因果性归责:以帮助犯的因果关系为例

共犯论中存在论的最大分支首推因果共犯论。早在上个世纪初,日本学者牧野英一就认为“共犯论是因果关系论的一种适用,只是行为和结果之间的因果关系复杂的状态”。牧野还从因果形式的角度认为共犯分为“横的共犯”和“纵的共犯”,前者指区别共犯关系和单独犯的“因果关系的幅员问题”,后者指从法律因果关系的限度看待共犯事实的“因果关系的延长问题”。〔1〕然而,由于理论上一般认为,共同故意,至少共同的行为决意是成立共同犯罪的必要条件之一,放弃主观的要求将导致共同犯罪的范围过于宽泛,且与同时犯难于区分。因果共犯论为了自圆其说,于是区分了“共同加功的事实”和“共同加功的意思”,所谓“共同加功的意思”,可以作为一种心理的因果性来把握,而不是主观的责任要素。〔2〕这样一来,由于物理的因果性和心理的因果性都符合了因果关系的要求,那么,即使考虑了主观意识联络,因果关系之存否就仍然是决定共同性的要素,因果共犯论因此仍然得到了维持。

因果共犯论不仅是日本“现在的主流观点”,〔3〕在我国也影响深远。“在考虑数人的行为是否成立共同犯罪的时候,重点是考虑数人之间是不是具有共同行为,至于行为人的主观意思是否共同,这是主观责任的问题”;〔4〕“只有当帮助行为从物理上或者心理上促进、强化了正犯结果时,才能为帮助犯的处罚提供根据。”〔5〕但是,归因与归责是两种不同的判断,〔6〕归因即使是归责的必要条件,也不能替代规范性的归责判断,更不能将二者混为一谈。因果关系对共同犯罪归责基础的影响,可以结合学界围绕帮助犯的因果关系之争论做出很好的说明。与单独犯罪甚至是共同正犯不同的是,帮助犯和构成要件结果之间的合法则性的条件公式意义上的结果回避可能性,在很多场合下是不能肯定的,此时如何理解帮助犯的因果关系就成为问题。例如,望风时根本没有他人到来,那么,即使没有该望风行为,正犯行为也同样会发生。显然,为了使帮助犯为结果答责,必须对帮助行为的因果性做出某种变通性的理解。

对此,我国学者主要有两种观点。一种认为,帮助行为不能直接作用于结果,只能通过实行行为间接促进结果的发生,所以,帮助行为的因果关系,“只要从其和正犯的实行行为之间的关系的角度来考虑就可以了,没有必要考虑其和正犯结果之间的关系”。〔7〕另一种则认为,

〔1〕 参见(日)牧野英一:《刑法研究(第一卷)》,有斐阁1919年版,第13—16页。

〔2〕 参见(日)平野龍一:《刑法總論II》,有斐阁1975年版,第380—382页。

〔3〕 (日)西田典之:《刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第277页。

〔4〕 黎宏:《刑法总论问题思考》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第439—440页。

〔5〕 张明楷:“共同犯罪的认定方法”,《法学研究》2014年第3期,第20页。

〔6〕 参见陈兴良:“从归因到归责:客观归责理论研究”,《法学研究》2006年第2期,第85页。

〔7〕 黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第291页。持类似立场的还有刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,第97—98页;冯军、肖中华主编:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第369页;曲新久:《刑法学》(第2版),中国政法大学出版社2011年版,第154页等。

“之所以处罚帮助犯,是因为帮助行为促进了法益侵害,因此,帮助行为与正犯的行为结果之间必须具有因果关系。”〔8〕笔者无意展开观点上的争鸣,仅就因果关系的认定而言,历来的观点都以“促进”而不是“引起”来形容帮助行为的因果关系。但是“促进”与“引起”的区别只是因果力强弱程度上的不同,已经不是以因果关系之有无为已任的合法则的条件公式理论所能解决的问题。众所周知,程度之分往往取决于规范评价,可能已经脱离了因果关系理论的范畴。

能更明显地说明因果共犯论不足以确立帮助犯之共同归责基础的是,中性的帮助行为理论。即使是因果共犯论者也不得不承认,日常生活行为等中性行为并不一概构成正犯的帮助犯,应综合判断其对正犯结果的发生是否有实质性的影响等才能得出妥当的结论。〔9〕问题是,所谓的综合判断“势必成为帮助犯因果关系的核心难题,但这本质上却不只是自然因果律的判断问题,而是同时涉及规范评价问题”。〔10〕那么,即使明确承认了中性行为虽然对正犯行为有促进和帮助,存在传统上的共犯因果性,但按照规范评价和实质判断的立场,从行为对法益侵害的危险性角度来看,该行为没有制造法所禁止的风险,并未达到值得作为共犯处罚的危险性,从而也不得不否定其共同归责。〔11〕

(二)主观意图的共同归责意义

对于共同犯罪的归责基础而言,行为人的主观意图也屡受重视,或者强调共同的犯罪故意,或者强调共同的行为决意。“为了成立共同犯罪,共同犯罪人之间必须存在意思联络。”〔12〕“共同犯罪故意是共同构成犯罪的要件,是共同犯罪人承担刑事责任的主观基础。”〔13〕也有学者明确区分了共同的犯罪故意和共同的行为决意,认为“共同实行的意思,一般表现为共同实行犯罪的意思,但由于共同正犯也是违法形态,故并不要求二人以上具有共同的犯罪故意,只要求行为人具有和他人共同实施行为的意思。”〔14〕至于理由,大多表述为“共同犯罪故意使各共同犯罪人的行为在它的支配下成为一个统一整体。因之,要成立共同犯罪,二人以上除了具有共同的犯罪行为外,还必须具有共同的犯罪故意;否则就不可能构成共同犯罪。”〔15〕“参与者知道不是自己一个人在犯罪,而是和其他的参与者互相配合,共同地进行犯

〔8〕 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第420页。持类似立场的还有陈家林:“论帮助犯的因果关系”,载林维主编:《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第406—417页;刘代华、齐文远:“帮助行为因果关系研究”,载林维主编:《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第470页。

〔9〕 参见张明楷,同上注,第420页;黎宏,见前注〔7〕,第292页。

〔10〕 林钰雄:“帮助行为的因果关系及中性帮助行为”,载林维主编:《共犯论研究》,北京大学出版社2014年版,第437页。

〔11〕 参见周光权:《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第353页。

〔12〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第166页。

〔13〕 陈兴良:《共同犯罪论》(第3版),中国人民大学出版社2017年版,第92页。

〔14〕 张明楷,见前注〔8〕,第396页。

〔15〕 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第512页。

罪。同时也知道他们将共同造成什么样的危害结果,并且希望或者放任这种结果发生。通过这样一种主观的认识,即主观上指向的目标的一致性,把参与者的行为紧密地联系在一起。”〔16〕

从主观意图对共同归责的决定性意义而言,我国学者的上述观点并不令人满意。一方面,主观意图此时是和客观因果并列的归责要素之一,并非唯一或者更重要的归责要素;另一方面,为什么有共同的主观意图就要共同归责,理由阐述并不明确,也与共同归责是一种客观的规范判断有所出入。对此,德日学者有更深入的说明,“共犯行为的彼此归责性仅由于该共同的行为决意而正当化。”〔17〕共同的行为决意之所以决定了共同归责,是因为它制造了共同正犯之间相互的团结,对结果发生的“概率论上的风险增加”(Probabilistische Risikoerhöhung)有影响,并展现出更高的不法程度。〔18〕高桥则夫明确地指出:“仅仅从因果性这种观点,并不能说明作为共同‘正犯’的答责。”相反,“只有存在具体的计划、目的,才能认识自己的作用分配,或者才能确认自己在整体中的地位,只有在这种场合,才能说具备了实施部分行为要为全体行为承担责任的实质。”〔19〕在另一篇论文中,高桥则解释得更为清楚,“只有通过共谋的存在,才能使个别的行为结合为集团的现象……将同时正犯性提升为共同正犯性的根据只能是共谋的存在了。”〔20〕

但是,即使参考了德日学者的论述,主观意图本身是否就决定了共同归责仍然不无疑虑。主要的问题之一是,主观意图仍然是一种存在论的要素,是一种实然判断,是否适格于确定属于应然判断的归责,要打一个大大的问号。此外,将共同归责之判断取决于行为人的主观意图,也存在可能混淆主观归责与客观归责之疑虑。为了缓和该疑问,高桥曾经指出:“有这样的内容的共谋,虽是属于主观的归属的范畴的要素,但可以被置于为了进行客观的归属的前提的要素的位置。”〔21〕这样的辩解很显然是苍白的,作为“实施部分行为要为全体行为承担责任的实质”,“共谋”不应当仅被视为共同归责的“前提”,而不是共同归责的根据本身;或者说,即使仅将其视为“前提”,也必须直面混淆了主、客观归责的疑虑。

(三)存在论路径的规范化

上述分别从客观因果和主观意图之角度提出的看法并不令人意外。一直以来,自然主义的因果性和目的主义的目的性就是刑法学理中存在论路径的两大代表,对共同犯罪归责基础

〔16〕 王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,第240页。

〔17〕 (德)耶赛克、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821页。

〔18〕 Vgl. Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 149 ff.

〔19〕 (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273、259页。

〔20〕 (日)高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第182页。

〔21〕 同上注,第182页。

的争论不过是又一个例证而已。但是,存在论结构原本无法彻底解决归责问题,完全以客观因果或主观意图为根据判断共同犯罪的归责基础是行不通的,持此主张的学者最后因此不可避免地走上或明或暗的规范化之路。在前述对帮助犯因果关系之争的介绍中可以清楚地看到这一点,即主流观点一方面认为共同犯罪中对构成要件结果有因果关系才需要客观归责,另一方面又不得不承认帮助犯即使与结果没有条件公式意义上的因果关系,也需要为结果负责。也就是说,在对因果关系的理解不断规范化的过程中,其因果主义的立场业已逐步动摇。强调主观意图的立场则在主观归责还是客观归责的纠缠不清中显露出其弊端,虽然高桥引入了规范理论来说明相互性行为归责的基础,但是将规范论建立在行为人主观的行为决意之上,不能不说离规范的本来属性相去甚远。

共同犯罪领域内的存在论路径不得不走向规范化,其更深层次的原因在于,随着归责理论的深入发展,今天的刑法学理已经不能仅仅根据存在论要素解决规范性的刑法问题了。“在刑法学上对结果进行归责时,重要的根据不是行为人对损害结果的发生存在故意或者过失,也不是在行为与损害结果之间存在因果关系,而是行为人应该对损害结果的不发生负责。”^[22]这一点在单独犯罪的场合是非常明显的,即使采取相当因果关系说,也在相当性的判断中多多少少贯彻了其要求。而在共同犯罪的场合,独立于主、客观存在论要素的归责要求似乎还没有受到充分重视,以至于刑法学理在探寻共同犯罪的归责基础时,仍然沉迷于客观因果和主观意图之中。笔者认为,虽然共同归责具有不同于单独归责的特殊性,但在独立于主、客观存在论要素这一点上并无二致。例如,面包店主在明知他人购买面包是用于下毒时仍然继续出售面包等中性的帮助行为之场合,因果关系和帮助意图都是具备的,但很难肯定帮助犯之成立;在必要的共犯的场合,不罚的一方的因果关系和行为决意也无法否认,但是其行为并非刑事不法,等等。^[23]虽然可以通过种种规范化的努力,来缓和强调客观因果或者主观意图的主流观点在这些场合所面临的困境,但是,对存在论要素的规范化可能既背离了存在论的立场,又扭曲了规范论的本意。因此,许多学者直接开始采取规范论的路径。

二、共同归责的规范论路径

(一)布洛伊(Bloy):作为归责类型的正犯与共犯

布洛伊借鉴归责理论对参加形式进行了探讨,认为既有对所有参加形式都有效的归责原则,也有仅对正犯或共犯有效的归责原则。分则构成要件预设的不法类型是所有犯罪参加形式的共同归责基准,犯罪参加者通过一种人的关系(Personalen Zusammenhang)而共同符合

[22] 冯军:“刑法中的自我答责”,《中国法学》2006年第3期,第93页。

[23] 参见(日)豊田兼彦:《共犯の処罰根拠と客観的帰属》,成文堂2009年版,第167—183页。

其归责结构。所以,在区分正犯归责类型和共犯归责类型时,就只能从该人的关系之方式着手,即正犯是直接的归责类型,共犯则需要经由正犯才可以为结果负责,所以是一种间接的归责类型。从法益的角度而言,正犯与共犯共同侵犯了同一个构成要件上的法益,但是体现了不同行为无价值的侵犯方式是不同的。从规范的类型而言,正犯与共犯共同违反了同一个行为规范,不过违反规范的方式有别。所以,在布洛伊那里,首先必须存在一个构成要件上的不法,并且每个犯罪参加者都与其有人的关系,在此前提之下,正犯是自己直接实现不法,而共犯则通过与正犯的人的关系从属性地为不法负责。〔24〕

布洛伊明确地将归责理论引入共同犯罪领域具有重要意义,他认为犯罪参加者共同侵害了同一个法益,共同违反了同一种规范的观点,也对认为共犯有独立不法和独立规范类型的观点进行了有力反击。但是,在主张正犯与共犯有共同归责基准的同时,又区分出正犯与共犯两种不同的归责类型,并认为二者有质的差异,似有自相矛盾之嫌。一以贯之的话,既然犯罪参加者共同侵犯了同一个法益,违反了同一个规范,并且有着分则上相同的归责基准,正犯与共犯就应当是同一种归责类型。布洛伊之所以得出该结论,与他重视归责结构中人的关系有关,因为共犯必须依附于正犯才可以最终侵害法益和违反规范,但是被布洛伊视为共犯归责基础的从属性,其根据本身是不明确的,为什么在一个共同的结构中,人的关系上的从属能区分出不同的归责类型,还有待进一步说明。其所强调的直接——间接模式,则建立在传统的限制行为入概念基础之上,同样面临着很多问题。〔25〕最后,将正犯与共犯的区分仅仅与行为无价值联系在一起,忽视结果无价值在犯罪参加中的影响,将使犯罪参加理论遭受行为无价值一元论所遭受的指责。鉴于下文还将继续分析,暂不展开。

(二)舒曼(Schumann):正犯与共犯的行为无价值

在研究正犯与共犯时,舒曼提出了行为无价值与结果无价值的维度。他首先批评指出,尽管现在一般认为刑法不法的核心是行为无价值,惹起说却片面地强调法益侵害的结果无价值,以至于共犯的行为无价值仅仅在于决定了共同惹起之故意性的意图无价值(Intentionsunwert),超出意图无价值的共犯自己的行为无价值,例如教唆与帮助的行为方式,在惹起说那里被忽视了。似乎只要有了共同惹起的故意性,与结果的任何一种因果性都成立共犯。这是不合理的。舒曼认为,结果以及故意都不能说明共犯的需罚性,能够解释共犯责任根据的只能是,共犯行为自身已经包含了一种特别的行动无价值(Aktunwert),即共犯自身的行为就独立地向法共同体做出了一种“不堪忍受的示范”(Unerträglich Beispiel)。〔26〕

舒曼对行为无价值(行动无价值)的理解具有很深的规范色彩,并承袭了H·迈尔(H.

〔24〕 Vgl. Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 249 ff.

〔25〕 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—68页。

〔26〕 Vgl. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 48 ff.

Mayer)、韦尔策尔(Welzel)和奥托(Otto)等的看法。即行为无价值具有态度无价值(Sachverhaltensunwert)的一面,是社会危害性的要素之一。该派观点强调,在判断某一行为是否对社会有害时,对法益客体的具体或者抽象危险既不是唯一的也不是必要的标准。一种对“法思想之基本价值的背离”就已经侵害了规范在社会心理学上的效力,并动摇了对法和平的感觉,公共利益因此就被损害了。^[27]以舒曼的术语来说就是,共犯做出的“不堪忍受的示范”是一种背离了规范价值的态度,这种态度会损及公众对规范效力的认同,所以是无价值的。舒曼对作为态度无价值的行为无价值之强调,与将行为无价值理解为单纯的主观不法的观点是不同的,他自己明确地说,这里的态度无价值与处理不能犯未遂时的印象理论在理论基础上一致,具有相当的客观性,而不是纯主观的内容。^[28]

舒曼对惹起说,尤其是纯粹惹起说只重视结果无价值而忽略共犯的行为无价值的批评是值得重视的,要求弱化法益侵害在不法判断中的作用,注重规范效力的启发意义等也深化了关于刑法不法内涵的探讨。不过,舒曼并未彻底放弃法益侵害,而是认为刑法既保护法益,也保护规范效力。该折中立场反映出其立场上的摇摆不定,如果真的认为态度无价值就决定了不法,那么正犯与共犯就没有实质区别,因为二者都损害了规范的效力;如果回到外在的法益侵害,则会看到直接与间接的差异。舒曼曾希望借助自我答责来说明共犯损害了规范效力但仍应论以共犯的实质根据,但是自我答责未必可以为区分正犯与共犯提供支持,对此下文还将进一步展开。舒曼需要回答的更大的问题与社会心理学意义上的态度无价值有关,社会心理学的确是规范论发挥作用的机制之一,不过直接以公众抽象的心理感觉决定刑法不法,违反了法治国的安定性原则,将极大地束缚国民的自由。需要注意的是,布洛伊和舒曼虽然都认为正犯、共犯仅与行为无价值有关,二者所理解的行为无价值却是不尽相同的,布洛伊的行为无价值主要涉及直接还是间接这样的行为方式,而舒曼指的主要是态度无价值。

(三)施泰因(Stein)的犯罪参加形式理论

施泰因从目的理性的犯罪论体系之重构出发,阐述了规范论与归责论交织下的犯罪参加形式理论。他首先区分了针对全部法领域有效的行为规范体系(Verhaltensnormensystem)与刑法中的制裁规范,认为前者事关国民的自由,需要按照比例原则衡量行为义务与行为自由的关系,后者的机能则是以刑法贯彻行为规范体系,即阻止将来的行为义务违反,并间接地保护法益。在行为规范层面,规范具有评价机能和决定机能,违反行为义务的行为实施完毕,行为不法就全部结束了,结果发生与否可以在已经存在了的行为不法的基础上,继续提升或者降低不法程度,但这与已经被充足了的行为规范无关。结果对不法的影响是在制裁规范层面才需

[27] Vgl. H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 54 f; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 1 ff; Otto, Straflöse Teilnahme?, FS-Lange, 1976, S. 208 f.

[28] Vgl. Schumann (Fn. 26), S. 50.

要考虑的事情,制裁规范纯粹以预防为导向,结果的大小或者危险的高低不同程度地动摇了公众的信任,所以在制裁时必须对其加以考虑。^[29]

上述规范论并没有什么新奇之处,但施泰因随后根据规范论对犯罪参加形式展开的研究则相当有特点。施泰因认为,由于仅在制裁规范层面考虑的结果从行为和行为规范中剥离了出去,正犯与共犯就仅与行为规范层面有关。犯罪参加形式是不同的行为方式,经由不同的途径导致了一个法益侵害,因此受到的是不同行为规范的禁止。正犯的行为规范和共犯的行为规范虽然都是禁止对具体法益客体的侵害,但共犯的行为方式与正犯的行为方式所蕴含的危险性是不一样的,共犯是通过他人的主犯罪行为侵犯法益客体。施泰因据此提出了“紧迫性”(Dringlichkeit)的标准来区分正犯与共犯,他认为,正犯的行为规范所要求的行为义务是最紧迫的,在保护法益方面,正犯的行为义务对共犯而言就像是一座“防护堤”(Schutzwall),正犯不违反义务,法益客体是不会被侵害的;共犯的行为规范通常就不那么紧迫了。其中,立法者之所以赋予教唆犯的行为规范与正犯相同的紧迫性,是因为教唆者通过唤起正犯的犯罪意图,“刺穿了”保护法益客体的“防护堤”;而帮助犯的行为规范紧迫性更低,所以要从轻处罚。^[30]

施泰因的犯罪参加形式理论是从规范论视角研究正犯与共犯的重要尝试,其希望将犯罪参加形式与一般性的归责理论结合起来的想法也是值得肯定的努力。问题在于,将体系化的规范论引入共犯论,是否就揭示了共犯论的规范性归责基础,不无疑问。对此,屈佩尔(Küper)曾经在为该书所写的书评中批评指出,施泰因“为正犯与共犯理论描绘的‘新图景’……在很大程度上缺乏说服力,作者雄辩地建构的‘新体系’只是间接地促成了‘旧体系’的复归……施泰因据以建构其体系的规范论基础,是否适合于理解对他人犯罪行为之参与的特别不法。”^[31]施泰因的另一创见,即根据紧迫性的程度将行为义务划分成不同的层级,对规范论而言也是很突兀的想法,“因为不法的行为并非或多或少地,而是完全被禁止;不是禁止的强度不同,而是制裁的范围有区别”。^[32]

(四)伦齐科夫斯基(Renzikowski)与克莱斯切夫斯基(Kluszczewski):自治(Autonomie)理论视野下的正犯、共犯

在规范性地理解共同犯罪的归责基础时,发挥了重要影响的还有自治理论。伦齐科夫斯基认为,自治是归责的指导原则。归责有两个层面,第一层面考察人是否以及如何实施行为,第二层面考察人是否以法律标准衡量自己的行为并接受法律标准的指导。两个层面都得以肯定的前提下,一个人才是自由地、自我答责地和自治地实施了行为。伦齐科夫斯基还认为,限

[29] Vgl. Stein, Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 66 ff.

[30] Vgl. Stein, a.a.O., S. 238 ff.

[31] Vgl. Küper, Ein neues Bild der Lehre von Täterschaft und Teilnahme, ZStW 105 (1993), S. 445 ff.

[32] Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 661.

制的正犯概念也是从自治原则中推导出来的,因为法益侵害只能被归责于在无尽的原因链中最后的、自治地行为的人。^[33] 从自治理论和限制的行为人概念出发,伦齐科夫斯基进一步指出,正犯与共犯之区分只与决定了行为无价值的行为规范有关。不是充分自治的共犯的违法性在于,共犯威胁到了法益,制造了正犯行为的危险,正犯行为则不过是确证了共犯行为的潜在危险。共犯因此有独立的无价值内容,违反了独立的行为规范。至于共犯的可罚性需要依赖于正犯的行为之实施,仅仅表明了正犯行为是共犯的制裁条件,而这是制裁规范层面的事情。伦齐科夫斯基的观点最终认为,共犯都是危险犯,共犯行为对法益侵害的结果不需要有因果关系,毋宁说增加了侵害的风险就够了;共犯行为的危险是否在结果中实现则应交由制裁规范解决。^[34]

克莱斯切夫斯基对自治理论的援引与伦齐科夫斯基较为类似,但是克莱斯切夫斯基更详细地论证了自治理论对共同犯罪归责基础的影响。完全自治的正犯自不待言,共犯的归责根据则需要进一步说明。根据自治理论,如果一个人要为他人的行为负责,那么该人的行为必须决定了他人的行为,而如果一个人的行为决定了另一个人的行为,则另一个人的行为就又不是自治的了。这样的悖论似乎很难说明共犯为何要为结果负责。为了化解该悖论,克莱斯切夫斯基借鉴了主体间性的理论,认为不法都是与他人关系中的不法,犯罪是与被害人的一种商谈,其中各关系主体的自我主张中都包含了部分可以一般化的要素,通过这些要素,主体可以与他人同一化,从而间接地将他人的犯罪视如己出。具体而言,正犯是自己故意并且自视为违法地侵害了他人的法益,所以独立地具有不法;共犯因为不是自己直接侵害法益,只能是从属性的,但是在通过主体间性的商谈之意义上,共犯使他人的不法在精神上和技术上成为可能,故而共犯也享有了不法的称谓。^[35]

伦齐科夫斯基和克莱斯切夫斯基对自治理论的强调有助于从更多的侧面了解自我答责原理,及其对正犯与共犯理论之影响;在将自治理论对归责的影响与规范论相结合方面,也作出了重要贡献。但是,如果不顾教义学体系的综合性,片面地将自治理论贯彻到犯罪参加理论中,则容易走向极端。例如,自治理论认为,直接行为人不自由时就不是自治的,幕后者才能成为间接正犯。但在实行者发生了可避免的禁止错误时,实行者其实是自治地行为的,因为他完全可以正确地评价其行为的法律性质,只是评价错了而已,自治理论却认为幕后者也是间接正犯。在实行者具有减轻的责任能力时也是如此,如果忠实于自治理论,减轻的自治也是自治,幕后者就不应属于间接正犯,自治理论却仍然认为幕后者可以成立间接正犯。罗克辛对此批评指出,认为所有的正犯与共犯问题都源于僵化的自治理论,在方法论上犯了在刑法学理中从

[33] Vgl. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 72 ff.

[34] Vgl. Renzikowski, a.a.O., S. 131 ff.

[35] Vgl. Kleczewski, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, S. 154 ff.

一个抽象的上位概念中演绎出全部体系的错误；而且“在间接正犯中重要的并不是工具者的外在或者内在状况，而是幕后者自身对构成要件实现的影响力”。〔36〕其实自治原则早就在犯罪参加理论中发挥着积极的作用，罗克辛甚至认为，自治是犯罪支配的反面，即自治的直接行为人原则上排除了幕后者的犯罪支配。〔37〕但是，将自治进而作为区分正犯与共犯以及衡量共同犯罪归责基础的准则，就走得太远了。自治原则所要求的本来是每个人都必须是自治的，除此以外，超越该原则性立场而赋予其更多的教义学使命，可能反而适得其反。

（五）规范论路径的问题

上述规范论路径的具体问题，在对各种路径的评析中已经有所提及。需要再次指出的有两点，首先，规范论者大多将正犯与共犯之别限制于行为规范层面，认为正犯与共犯仅与行为无价值有关；正犯与共犯如何处罚的问题则交由与结果无价值相关的制裁规范解决。行为规范与制裁规范在规范对象、判断时点以及规范目的等方面都不相同，区分二者对于全面理解刑法规范的属性不能说没有意义。但是，无论刑法规范具有多少种属性，它们共同的出发点都是对一个违反了刑法规范的行为进行评价，只是评价的标准不同而已。也就是说，一个违反了刑法规范的行为必然和规范的各种属性都有关系。那么，认为正犯与共犯仅仅与行为规范有关，而与制裁规范无关就是有待商榷的。如果认为行为规范决定了正犯与共犯不同的成立条件，而制裁规范决定的是正犯与共犯如何处罚，那也是不合适的，因为正犯、共犯的成立条件与处罚密不可分，否则就将走向单一行为人体系，即虽然在形式上区分了正犯与共犯，却不认为该区分与处罚有关，所有处罚的问题都留待量刑时才予解决。以上所介绍的五位学者对此都明确表示了反对，而关于行为无价值与结果无价值的分歧也是如此。行为无价值与结果无价值不是对立的关系，不是只能分别考虑行为无价值和结果无价值，而是同一个不法内涵的并行不悖且必不可少的两个组成部分。认为正犯与共犯无关乎结果无价值，将分裂不法的完整内涵，并使共犯最终成为独立的抽象危险犯，刑法不法的范围即有泛滥之虞。

其次，规范论者都坚持限制的行为人立场，即使对以形式客观说等为基础的传统立场进行批评，也都通过规范论上的新构造或者自治原则等，重新确立起限制的行为人概念在犯罪参加理论中的地位。一是，在规范构造方面，规范论者强调行为规范事前保障国民自由的机能，所以主张不仅正犯，而且共犯也有自己独立的规范类型，有预设的行为类型，如此国民方可事先知道自己的行为是否为刑法所禁止；如果认为只要事后判断出与结果有因果关系就可以成立共犯，则行为规范就丧失了自由机能。由于共犯的规范类型与正犯的规范类型毕竟不同，所以分则的构成要件原则上系为正犯而设，共犯的规范

〔36〕 Vgl. Roxin (Fn 32), S. 671, 678 ff.

〔37〕 Vgl. Roxin (Fn 32), S. 678.

类型则需要结合总则的规定才可以最终确定。二是,在自治原则方面,正犯是完全自治的,在共犯与结果之间则介入了一个完全自治的正犯,共犯的自治因此受制于他人的自治,是不完全的。二者之间的差异决定了分则的构成要件只能针对完全自治者,限制的行为人概念因此不是实在法规定的产物,而是自治原则的必然要求。

但是,限制的行为人概念在为正犯与共犯画出一条明确界限的同时,也制造了太多的问题。尤其是共犯的归责基础,一旦坚持限制的行为人立场,如何说明间接者要为结果直接负责的理由,将面临相当的困难。对此,因果共犯论采取了松动因果关系之要求,认为共犯也与结果有因果关系的立场,而规范论亦提出了自治理论和自我答责的论据,其理路的内在冲突却是不言而喻的。但成为问题是,如果共犯也与结果有因果关系,是自我答责和自治的,那么两大路径最终就极可能落入单一行为人体系的窠臼,即不得不通过将间接的共犯变身为直接的答责者,来赋予共犯以归责基础。如此一来,就无异于否定了其作为出发点的限制的行为人立场。换言之,既然共犯也是直接答责者,在归责的意义上区分直接的正犯和间接的共犯就是没有意义的,限制的行为人立场因此至少在归责的意义上毫无益处。

当然,上述规范论的路径不再从客观因果或者主观意图等存在论因素中寻求共同犯罪的归责基础,而将目光转向规范自身的结构以及作为不法内涵的无价值等之上,仍然不失为理论视角的重要转换。该视角转换并不是偶然的,其背后交织着规范理论的复兴、归责理论的兴起、人的不法观之形成以及机能主义刑法观的逐步渗透等复杂的理论背景。但遗憾的是,也许正因为这些理论都对规范论路径产生了影响,所谓对共同犯罪归责基础的规范化理解反而在变化莫测的理论背景中迷失了自己的方向,以至于规范论路径不仅没有确立真正的归责基础,反而使原本潜藏于存在论路径中的启示更显混沌。因此,为了厘清问题,实有回到一般性归责原则之起点的必要。

三、规范性的共同归责:以自由为中心

(一)一般性的归责基础:从因果性到自由

人类社会区别于生物世界之处,在于人能够基于理性进入相对自由的社会状态。在一个规范共同体中,人的(相对)自由而不是(物理或者心理的)因果性,才是判断共同体成员答责范围的基础。对此,先哲们早已有鞭辟入里的研究。尤其是康德的第三个二律背反,直接将自律与因果律视为纯粹理性的终极矛盾之一,对我们深入认识二者的关系启发良多。下文仅简单介绍康德的思想,然后结合在康德的基础上重新拉近人类自由与因果关系的黑格尔之论述,表明归责时人类自由对因果性的超越。

“人们很少怀疑自由概念在康德的‘批判’哲学中的中心地位。与时空的观念性学说一道,它构成了贯穿全部三大批判的一条红线。……我们可以毫不夸张地说,从根本上看,康德的批

判哲学是一种自由的哲学。”〔38〕关于自由律与因果律，康德在《纯粹理性批判》中的第二个二律背反部分如此描述二者的对立关系：自由是先验的理念，不受任何时空条件的限制，在自由律中承认因果律实有不可逾越之困难。例如，我若在此刹那从座椅上起立，完全是我的意志自由的结果，并无自然的原因之影响约束我必须如此。相反，主张“自然万能”的因果律则认为自由毫无法则可言，自然依据因果律自成一有秩序的体系，不能承认无法由经验确证的自由可以独立设定改变自然的新的原因，否则自然将变得支离破碎。〔39〕在随后谈及自由律与因果律的区别时，康德提到了两点非常重要的认识。〔40〕其一，因果律中原因链是无穷无尽的，“在时间继续中，自然的原因所有之活动，其自身即为结果；此等结果皆以时间序列中先于彼等之原因为前提。”而自由的理性则创设一新的原因链，并且自身为原始起点，“不容有时间中先于其自身之条件”。其二，自然律中只有此为何、此曾为何、此将为何等实然之现象，而自由律中则是此应当为何的应然之事。“吾人不能谓自然中之任何事物，在其一切时间关系中实际为何之外，‘当为某某’。当吾人仅就自然过程而言时，‘应当’绝无意义”。尽管康德也提到了“自由行动之因果作用”，但其目的仅为说明自由与自然的必然性能否存于同一行为中而不相冲突，最终其仍认为二者能各自独立存在而互不妨碍。所以，自由律与因果律的对立在康德之处是非常明显的。

康德基于自由律与因果律的对立认为，人类的行为自由虽然是一种可感知的事实，却不是由感官强迫我们去行动这一事实构成。意志作为一种能力，它本身绝对是必然的，它不服从于任何外在的强制；只有在自己有意识的活动过程中，那种选择行为才能被称为自由。也就是说，行为自由必须从自由本身加以理解，而不能从因果律的角度作出解读，“人，作为属于有感觉生物的一种，却显示出——如同在经验中所表明的——有选择的能力，不但可以作出合乎上述法则的选择，也可以作出违背此法则的选择。人，作为属于智能世界中理性的一生物，他的自由不能由仅仅可以被感知的诸表象加以揭示”。〔41〕那么，在康德对法的理解中，人类自由就再次与因果律对立起来，并超脱于因果律而自我决定人的义务与责任。

黑格尔对自由律与因果律的认识与康德有很大的一致性，在将自由作为法的核心方面，在认识到人类自由与因果律的不同方面，他们都是一样。例如，黑格尔在《法哲学原理》的序言即指出：“规律分为两类，即自然规律和法律。……在自然界中有一般规律存在，这是最高真理，至于在法律中，不因为事物存在而就有效，相反地，每个人都要求事物适合他特有的标准。”〔42〕遵守法律的人以自由为准则，遵守自然规律的动物与以因果律为准则。该看法体现

〔38〕（美）阿利森：《康德的自由理论》，陈虎平译，辽宁教育出版社2001年版，导言第1页。

〔39〕参见（德）康德：《纯粹理性批判》，蓝公武译，商务印书馆1997年版，第346—350页。

〔40〕同上注，第400—413页。

〔41〕（德）康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第30页。

〔42〕（德）黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，第14—15页。

在黑格尔区分人与动物时一系列的表述中,即“精神一般说来就是思维,人之异于动物就因为他有思维。”“我能摆脱一切东西,放弃一切目的,从一切东西中抽象出来。惟有人才能抛弃一切,甚至包括他的生命,因为人能自杀。动物则不然,动物始终只是消极的,置身于异己的规定中,并且只使自己习惯于这种规定而已。”“动物按本能而行动,受内在的东西的驱使,从而也是实践的。但动物不具有意志,因为它并不使自己所渴望的东西出现在想象中。”“动物固然占有自身,它们的灵魂占有它们的身体,但是动物对它们的生命是没有权利的,因为它们没有这种意思。”^[43]由此可见,在直接将意志等同于自由的黑格尔那里,人与动物的区别就是是否享有自由的区别:动物生活其中的自然界可能有因果律可寻,却不是自由的,只有人才具有形成自由意志的自我意识,才有能力自我决定地让一件事情发生。人类自由因此是超越了自然界之因果性的决定性准则。

与康德不同的是,黑格尔虽然也承认了人类自由的决定性地地位,却并没有停留在人类自由与因果关系的对立之中,而是发现了将二者统一起来的必要性与可能性。黑格尔认为,人有能力通过自由的意志活动将目的客观化,从而成为外在世界的一部分;因果律不是主体行为能力之外的毫不相关的规律,而是自由意志实现目的的工具。“被思考的东西的内容固然具有存在的形式,但是这种存在的东西是通过中介的,即通过我们的活动而被设定的。”^[44]尽管如此,即使在二者的统一中,当根据法律判断人的责任时,自由仍然居于优先地位,而不是因果性;“意志的法,在意志的行动中仅仅以意志在它的目的中所知道的这些假定以及包含在故意中的东西为限,承认是它的行为,而应对这一行为负责。行动只有作为意志的过错才能归责于我。”^[45]因为在相对于自由而言偶然、但在因果律中必然的客观世界里,原因链是无穷无尽的,“某桩事变,某一既出现的状态,是一种具体的外在现实,所以其中情况不胜繁多。作为这种状态的条件、根据、原因而出现每一个环节,都贡献它的一分力量,而可被看做应对这种状态负责,或者至少有一部分责任”。^[46]依赖于偶然的因果性责令某人为结果负责因此是不现实的,只有回到“意志的过错”,才能真正限定答责的根据与范围。那么,显而易见的是,在黑格尔的理论体系中,至少在归责时,自由才是真正的标准。

(二)自由与共同归责

在规范的世界里,人类自由是思考问题的出发点和归宿。一方面,只有在人的行为是其行为自由之体现时,才具有法或者不法的意义;另一方面,该行为自由必须任意地妨害了他人的自由,才最终在规范的世界里制造了冲突。当一个人任意侵犯另一个人的自由时,问题可能还易于理解,但是当数人的任意行为发生了竞合关系时,一如共同犯罪那样,应当如何处理则还

[43] 同上注,第12、15、13、56页。

[44] 黑格尔,见前注[42],第13页。

[45] 黑格尔,见前注[42],第119页。

[46] 黑格尔,见前注[42],第118页。

有待继续探讨。下文首先回到康德和黑格尔那里,看看二者的归责理论对此有何启发;然后分析刑法学理中历来的自我答责原理所作出的说明,并指出其问题。

1. 自由与对他人行为的答责:法哲学的视角

人类自由从来就是在一种相互承认中存在的,“可以理解权利为全部条件,根据这些条件,任何人的有意识的行为,按照一条普遍的自由法则,确实能够和其他人的有意识的行为相协调。”〔47〕黑格尔的经典表述则是:“成为一个人,并尊敬他人为人。”〔48〕在这样一种相互承认中,外在地看,人类自由似乎受到了一定的束缚,人似乎不是完全自治的,也不是完全自由地进行着自我决定。但是因为该束缚源自绝对命令,或者是人类自由的另一种表现方式,人类的相对自由其实丝毫无损于自治和自我决定,反而为自治和自我决定提供了现实的条件。在规范共同体的生活中,拒绝相互承认,并任意地妨害他人的自由,就是实施了不法的行为。当数人的行为相结合而任意妨害了他人自由时,也应当如此理解其为不法答责的根据。

按照康德的归责理论,人自我选择地实施了某一行为时,才为自己的行为及其结果负责。“那个当事人(作为行为者或者道德行为的行动者)通过这种行为,被看作是该行为效果的制造者。”〔49〕“从道德含义上看,责难是一种判断,任何人通过这个判断就宣布他是一种行为的作者,或者是一种行为的自由动机的承担者,这个行为于是被认为是他的道德表现或德行,并且受到法则的约束。”〔50〕也就是说,仅仅有自然意义上的纯粹引起是不够的,还必须体现了主体的自由时,主体才是某一行为的“作者”。迪尔(Diel)从康德的此一归责理论中引申认为,当他人也是自由的主体时,如果行为人不能对他人的自我决定产生影响,他人的自由就不能归责于行为人,因为此时从他人自由中衍生出来的效果不再是行为人的自由,而是另一个主体的自由之体现。换言之,既然行为人对他人的自我决定没有影响,他人的自由就排除了行为人的自由,作为结论,就必须承认溯责禁止。〔51〕当然,如果行为人对他人的自我决定有影响,甚至与他人的自治结合在一起,共同任意地妨害了第三者的自由,溯责禁止则不能成立,在自己的意志有选择余地却对他人的不法行为发生了影响的意义上,他人的行为就也是行为人的作品,行为人因此也必须负责。所以,在康德的归责理论中,是否数人共同惹起了结果,与是否数人都要为结果负责之间并没有必然的联系,只有结果的发生中体现出了其意志的那些人,才需要为结果负责。

按照黑格尔的归责理论,行为人是否要对他人的行为答责,也要根据人的意志自由加以判断。上文关于黑格尔理论的介绍已经表明,黑格尔认为因果律决定不了归责,“意志的过错”才

〔47〕 康德,见前注〔41〕,第40页。

〔48〕 黑格尔,见前注〔42〕,第46页。

〔49〕 康德,见前注〔41〕,第26页。

〔50〕 康德,见前注〔41〕,第31页。

〔51〕 Vgl. Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, S. 293.

是归责的准则。“行动使目前的定在发生某种变化,由于变化了的定在带有‘我的东西’这一抽象谓语,所以意志一般说来对其行动是有责任的。”〔52〕如果某一行为中不带有“我的东西”,就不能认为该行为是“我的行为”。“客观现象对意志来说是偶然的,而且除了意志的表象所包含者外还可能包含着其他东西。但是意志的法,在意志的行动中仅仅以意志在它的目的中所知道的这些假定以及包含在故意中的东西为限,承认是它的行为,而应对这一行为负责。”〔53〕那么,与康德几乎完全一致的是,黑格尔也认为行为人是否要为他人的行为答责,与偶然的客观现象无关,即使客观上两个行为外在地结合在一起,如果他人行为中没有“我的东西”,就不是“我的行为”,“我”也不必为其负责。而所谓“我的东西”,按照黑格尔的理解,即指体现了“我的意志”,“我”基于行为自由,利用因果律实现了“我”的主观目的。仅仅在此范围之内,他人行为才可以成为“我的行为”,并成为“我”答责的对象。

简言之,在法哲学中,自由不仅是单独行为的归责基准,共同行为时也要结合人类自由来判断行为人的答责范围;其中,因果性可能偶然地与人类自由在答责时是一致的,即使如此,决定归责的也不是外在的因果性,而仍然是人类自由。

2. 自我答责原理与共同归责

在以自由解释共同犯罪的归责基础时,与法哲学上的自治理论、自我决定理论相一致的自我答责理论一再被提及。由于在意志自由方面,自己直接导致结果发生与通过他人导致结果发生毕竟是不同的,前者完全自我答责,后者则受制于他人的自由意志,要规范性地解读共同犯罪的归责基础,就必须克服共同归责与自我答责之间可能存在的冲突。为了更清楚地说明这一点,不妨以舒曼的论述为例做进一步分析。

舒曼关于共犯的行为无价值之观点,上文已经有过介绍,这里要分析的是其对自我答责原则与共同犯罪之关系的论述。舒曼认为,自我答责源于法秩序对人类形象的设定,即人原则上具有自我决定的能力,可以为自己的行为答责。自我答责不仅说明了答责的根据,而且划定了答责的界限,即每个人原则上都只为自己的行为答责,他人自我决定的行为是他人答责领域内的事情,与他人之外的人无关。所以,当某一行为与构成要件结果间介入了他人的自由行为时,该结果就应当由介入者负责,而不是前行为人;“他人会对我的行为做出何种反应,原则上是他人自己的责任”。〔54〕

如果从自我答责原则出发,则刑法规范所禁止的对象原则上就只是直接侵害法益的行为,仅仅可预见或者已经预见到自己的行为会和他人的行为共同惹起结果,是不能单独确立不法的,除非行为人负有保证结果不发生的特别理由。由此就为共同犯罪人的答责带来了难题。

〔52〕 黑格尔,见前注〔42〕,第118页。

〔53〕 黑格尔,见前注〔42〕,第119页。

〔54〕 Vgl. Schumann (Fn. 26), S. 1 ff.

首先,间接正犯只是故意的间接惹起者,但是结果的发生却毫无疑问地被归入其答责范围,一如其自己亲自直接导致结果发生一样。如此扩张答责范围的根据何在呢?其次,考虑到自我答责原则,共犯的归责基础也是相当不明朗的。即使否定教唆者和帮助者是为他人的行为和结果答责,由于二者毕竟只是参与到他人的犯罪行为中,间接地促成了结果发生,却要为结果(共同)答责,这无疑已经突破了自我答责原则。究竟如何在自我答责原则下理解共犯的归责基础及其界限,因此有深入研究的必要。^[55]

舒曼给出的答案如下:①关于间接正犯,自我答责原则的意义在于,只有在被利用者不是自我答责者时,由于利用者是唯一的自我答责者,就可以成立间接正犯;如果被利用者是自我答责者,利用者就不可能再完全自我答责,故而只能成立教唆犯。所以,所谓的“正犯后正犯”、利用有组织的权力机构等类型的间接正犯,都违反了自我答责原则的要求。②共犯的处罚根据不是惹起了结果,也不是对结果的故意,这些都位于正犯的答责范围之内;处罚共犯的根据只能是,共犯行为本身就已经包含了特别的行为无价值,就已经是“不堪忍受的示范”。另一方面,共犯又通过其行为贡献与他人的不法联合在一起,从而使自己与他人的犯罪行为保持一致。在共犯有自己独立的行为无价值上,处罚共犯并没有违反自我答责原则,在共犯与他人行为相联合时要受他人行为的方式和范围之制约,又体现出对自我答责一定程度的偏离。③通过明示或者默示,要求他人实施犯罪而故意引起他人犯罪决意的行为,只有在与他人以不堪忍受的方式扰乱法和平的不法联合在一起时,才成立教唆犯。帮助犯的不法不在于其故意为他人的犯罪行为提供了贡献,而是他通过该贡献表明自己与他人的犯罪行为联合在一起,动摇了法和平的印象。^[56]

舒曼对自我答责与共同犯罪关系的论述,是比较有代表性的。他看到了自我答责与共同犯罪之间显而易见的外在冲突,前者要求每个人只为自己的行为答责,后者却正好是多个人共同实施犯罪;也指出了直接——间接模式和限制行为人概念背后,责令间接者为他人行为答责在归责基础上的欠缺。至于如何处理自我答责与共同犯罪的关系,舒曼努力的方向是对共同犯罪理论进行新的解读,以便彻底贯彻自我答责原则。笔者认为,舒曼的努力很大程度上是失败的。他认为共犯有独立的行为无价值的观点,上文已经有过批判,不再赘述。就各犯罪参加者的自我答责而言,他要求间接正犯的工具必须是非自我答责者,要求共犯自己的行为就动摇了对法和平的印象,从而使间接正犯与共犯的归责基础停留在间接正犯与共犯自身,这样就可以维护自我答责原则。

但是,首先,他的解释是不能自圆其说的,就像他自己也承认的一样,需要受制于正犯的共犯至少部分偏离了他所理解的自我答责原则。对他的自我答责原则更严重的偏离,是他在书

[55] Vgl. Schumann (Fn. 26), S. 42 f.

[56] Vgl. Schumann (Fn. 26), S. 49 ff.

中没有讨论到的共同正犯。共同正犯不像间接正犯那样控制了其他共同正犯的意志塑造,而是如同共犯一样地相互联合在一起。至少在分工型的共同正犯中,如果遵循舒曼的自我答责原则,每个共同正犯都只为自己的行为负责,将没有一个完整的正犯行为存在,而只剩下每个人的单独行为以及对他人行为的教唆或帮助。^[57] 在每个共同正犯都是自我答责者,却都要为他人的行为答责的意义上,共同正犯概念在舒曼的自我答责原则中将近乎于一个异物。

其次,舒曼虽然志在通过自我答责厘清共同犯罪的归责基础,实际上却无意识地瓦解了共同犯罪的归责基础。在舒曼的理解之下,自我答责的“我”被严格限定为一个个孤立的个体,每个人都只为自己的行为负责,共同犯罪之间的内在联系对归责而言不再有特殊意义。也就是说,即使在共同犯罪中,也不存在共同答责,而只有一个个体的“自我”答责。对此,雅各布斯(Jakobs)批评指出,舒曼将实行者的自由和只是与他人的不法相联合的共犯相分离,只看到了“我”和“他”,而没有看到“我们”。^[58] 对此,笔者深以为是。主流观点虽然历来在归责时分裂了直接者和间接者,但仍然通过共犯对正犯的从属性和共同正犯之间的共同性,多多少少维持了共同犯罪结构的归责意义之特殊性。舒曼看到了主流观点中直接——间接模式的不足,也看到了限制行为人概念下共犯归责的困境,却基于自己对自我答责的理解,彻底走向了分裂全部共同犯罪人的极端,认为即使是共同犯罪,每个人原则上也只为自己的行为答责。在舒曼那里因此只有个别性归责,共同犯罪沦为了和单独犯罪一样的犯罪形态,共同犯罪的归责基础彻底丧失了研讨的必要性。这样的观点实际上是一种极端的单一行为人体系,很难令人接受。

由上可见,历来的规范论路径虽然看到了人类自由在规范上的重要意义,在说明共同归责的基础时却同样陷入了重重困境,或者如同主流观点一样落入直接——间接模式的窠臼,或者走向单一行为体系,变相否认共同归责之可能。笔者认为,共同犯罪的归责不是从属性归责,也不是相互性归责,更不是个别性归责,而是以自由为中心的规范性理解下的共同归责,其具有如下所述的规范内涵。

四、共同归责的规范内涵

(一)共同犯罪是一种归责形态

共同犯罪往往被刑法学理视为一种存在论上的构造,共同行为、共同故意、直接还是间接侵害法益等存在论意义上的要素一再成为学理关注的中心。某种意义上,对共同犯罪存在论构造的上述描述本身是没有问题的,在这些存在论构造中,甚至蕴含了共同犯罪的前法律的内

[57] Vgl. Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mitäter, ZIS 2007, S. 236.

[58] Vgl. Jakobs, Beteiligung, FS-Lampe, 2003, S. 569.

容。^[59] 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。在归责问题成为刑法不法之核心的今天,教义学所要解决的毋宁是根据现行有效的评价标准,确定共同犯罪人主客观的答责根据与范围,而不是分析共同犯罪人主客观的表现形式。如同前文所述,主流观点大多根据客观的因果关系或者主观的行为意图来论述共同犯罪的归责基础,其实质就是没有将共同犯罪作为一种归责形态,而是作为一种存在论构造来对待。即使是现在非常有影响的犯罪支配理论,是否支配了犯罪也更多的是一种存在论上的事实,与规范上是否要为该支配关系负责并没有必然联系。如果不具有归责基础,支配了法益侵害的因果流程在规范上也是没有意义的。正如金德霍伊泽尔(Kindhäuser)所指出的那样:“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。”^[60]共同犯罪因此在刑法学上,而不是在刑事法上,是一种归责形态。

(二)共同归责的对象是构成要件之实现

在刑法不法的领域,共同归责所指向的对象是构成要件之实现。学理上讨论共同犯罪人的归责时,通常将各行为人自己的行为份额及结果作为归责的对象。割裂正犯与共犯的直接——间接模式是其典型代表;认为共犯有自己独立的行为无价值,甚至认为共犯是抽象危险犯或者具体危险犯,正犯行为是共犯行为之结果的观点是其极端表现。此外,学理上之所以努力论证共犯的处罚根据,共犯为何要为正犯的结果负责等,其出发点也无非是看到了共犯自己的行为并未充足构成要件、共犯自己的行为并未直接导致犯罪结果。在考虑共同犯罪时却分别研究各行为人的不法载体(行为及结果),不能不说是刑法不法的归责对象之误解。

在罪刑法定原则的制约下,刑法不法原则上以分则构成要件所明定的类型化行为为限,即刑法不法原则上都是构成要件性的不法。实行阶段之前的行为,以及实行阶段中的各个行为片段,除非刑法有例外规定,都不具有独立的不法内涵;所以它们也不能作为独立的归责对象。在共同犯罪中,不将构成要件实现的整体作为归责对象,而讨论实行阶段之前的共犯行为或者实行阶段中的部分实行行为的归责问题,是割裂共同犯罪的整体不法的做法。始终要明确的一点是,在共同犯罪的场合,客观上只有一个不法,只有一个犯罪行为,只充足了一个构成要件,而不是数个,^[61]尽管其中的不法、犯罪行为和构成要件之充足都是共同的。那么,共同归责的对象就只应当是作为整体的构成要件之实现。

构成要件的实现是归责对象这一点,在单独犯罪中并不需要特别强调,因为单独犯罪时构成要件实现与行为、结果等不法载体是完全一致的,不存在单独考虑实行行为的一部分或者预备行为的空间,直接判断单独行为人的行为不法和结果不法就相当于判断了构成要件实现是

[59] Vgl. Bloy (Fn. 24), S. 295 f.

[60] Kindhäuser, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, FS-Hollerbach, 2001, S. 632.

[61] 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148—150页。

否可以归责于行为人。只有在共同犯罪中,多人共同实现构成要件时,构成要件实现与不同行为人的行为、结果间才出现裂痕。如果沿用单独犯罪的思维,分别考虑各行为人的行为不法和结果不法,就会在共同犯罪中使共同归责的基础湮没在各行为人的行为与结果中,也使得真正的归责对象,即整体构成要件的实现,变得模糊起来。其实,即使在单独犯罪中直接以行为不法和结果不法判断归责,也是由于行为不法与结果不法直接表征了构成要件的实现,而不是将孤立的行为不法或结果不法本身作为评判标准。

将构成要件实现的整体作为归责对象,对下述问题的解决具有重要意义:①共同犯罪的着手应当采取整体解决说,只要任何一名共同犯罪人着手了构成要件之实现,就意味着整体不法进入了实行阶段,则全部共同犯罪人亦随之一起着手了犯罪的实行。一个犯罪行为只能有一个着手时点,不仅对单独犯罪如此,对共同犯罪也不例外。罗克辛等提出的个别解决说,^[62]可能得出在同一个共同犯罪中,有多少个共同正犯,就有多少个着手时点的不当结论,是难以令人信服的。②鉴于客观归责的对象是整体的构成要件之实现,判断主观归责时也应当以此为基准,即行为人的故意或者过失必须指向全部的构成要件要素。所以,所谓的“陷阱教唆”(Agent Provocateur)就必须是不可罚的。这不是因为被教唆的未遂犯的行为不能在客观上归责于他,而是因为“教唆者”不具有未遂的主观归责的前提:他的故意并未指向构成要件之实现的整体。③共同犯罪中的对象错误不具有实质意义。例如,A委托B杀死C,B却因为对象错误错杀死了D的场合,宾丁(Binding)曾经认为A最终不成立教唆犯,因为否则如果B发现自己杀错了人,继续等候直至杀死C时,A就还要成立一次教唆犯,而被处罚两次,这是“一个可怕的结论”。^[63]但是,如果共同归责的对象是构成要件实现,而不是具体行为对象,那么被教唆者的对象错误就不会影响到构成要件所描述的不法,A已经教唆B杀人,并且B也按照教唆的方式杀了人,在B将D杀死时,A与B杀人的共同不法就全部实现和结束;之后B继续等待杀害C的行为,应由C单独负责。^[64]④基于要求的杀人(Die Tötung auf Verlangen)与帮助自杀的区别,可以得到很好的说明。基于要求的杀人与帮助自杀在法律效果上应该不同,这并不是由直接——间接模式决定的,即与基于要求的杀人者是正犯,帮助自杀者是共犯无关。在两种场合中,虽然从外在来看,是被害人和行为人的共同行为导致了结果发生,但是,由于被害人自我答责的行为不是在实现刑法上的构成要件,不具有刑法不法的意义,所以不能与行为人的行为在规范上组成一个共同行为,也不能与行为人为同一个构成要件之实现共同答责。两种情况下其实都只能按照单独犯罪的思维去思考:前者分则有规定,所以成立刑法不法;后者在分则中没有规定,故而难以以刑罚处罚。在此意义上,曾有学者认为自杀帮助是一

[62] 参见(德)罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社2012年版,第138页。

[63] Vgl. Binding, Die Normen und Ihre Übertretung, Band 3, 1965, S. 213.

[64] Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 21, Rdn. 45.

个“荒谬的概念”(Unbegriff),因为该场合只有一个现象上的共同行为,而没有规范意义上的共同行为。^[65]

(三)共同归责的根据是共同塑造了构成要件之实现

共同归责的对象是构成要件之实现,亦即共同实现。所谓共同实现,并不是指只有直接实施了构成要件行为或者其一部分的人之间共同实现了构成要件,而是指包括教唆犯和帮助犯在内的全体共同犯罪人共同实现了整体构成要件。根据在于,是全体共同犯罪人共同塑造了构成要件之实现,构成要件之实现是全体共同犯罪人的“共同作品”,所以构成要件的实现要归责于全体共同犯罪人。

需要进一步分析的因此是何谓共同塑造,以及什么样的行为是对构成要件之实现的共同塑造。首先要说明的是,共同答责时构成要件之整体虽然不可分割,各行为人参加到共同塑造中的行为却是个别的,并且每个共同犯罪人的行为都与他人的行为一起体现出共同塑造构成要件之实现的意义。简单地说,当一个行为与构成要件之实现具有归责意义上的特定关联性,是客观上与他人行为共同在归责意义上实现构成要件时,就是对构成要件实现的塑造。在违反消极义务而具有组织管辖的支配犯中,实施或者指向实施实现构成要件的行为时,原则上就属于共同塑造的行为,因为这些行为的客观社会意义只能被解释为刑法不法。例如,罗克辛曾经举过一个著名的教学案例,甲偶然地知道了一位叛乱者的计划,该叛乱者准备某日晚上枪杀住在甲隔壁的一位政治家,为了顺利进入政治家的家中,叛乱者计划先进入甲的屋里,然后再从甲的屋里侵入政治家家中。到了那天晚上,甲故意不将自己家花园的门关上,尽管平时他都会将花园的门关好,以便叛乱者可以轻松地进来,去杀死政治家。叛乱者后来依计划杀死了政治家。^[66]在该案例中,叛乱者实施了实现构成要件的行为,甲则使自己的行为指向构成要件的实现,在客观的社会意义上,二人的行为都只能被解释为刑法不法,二者就在客观上共同塑造了杀人构成要件的实现。

当行为人实施了直接实现构成要件的行为时,认为其塑造了构成要件之实现是理所当然的;但是,只是指向构成要件之实现的行为,即通常所言之共犯的行为,如何塑造了构成要件之实现还需要进一步解释。教唆者和帮助者的行为与直接实现构成要件的行为之间必须存在一种联系,该联系不只是自然意义上的能量输送,而必须具有推动构成要件实现的规范意义。雅科布斯认为,共犯塑造构成要件之实现的方式主要有两种,要么共犯就是在该规范意义上设计了自己的行为贡献,要么该行为贡献本身即典型地表现出该规范意义。就前者而言,共犯可以直接将一种不法的意义传导到构成要件的实现之中(教唆他人犯罪);也可以使自己的行为与一个业已存在的、体现了不法意义的犯罪计划相适应,以促进构成要件之实现(帮助他人犯

[65] Vgl. Weezel, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, S. 56.

[66] Vgl. Roxin (Fn. 32), S. 485 f.

罪),例如查找被害人、提供犯罪地点的地图、准备犯罪工具、安排藏匿赃物的处所等。就后者而言,如果某件物品因为具有被犯罪所利用的高度盖然可能性,是不允许或者只能在严格的条件下才可以交给其他人使用的,那么将该物品交给他人的行为就因为其为犯罪所用的抽象危险性而是被禁止的。例如,把武器交给没有武器使用许可的人、把毒药或者放射性物质交给无权使用者以及将汽车供醉酒者使用等的行为,就是一种典型化了的塑造构成要件之实现的行为。^{〔67〕}

为什么共犯只是在规范意义上推动了构成要件之实现时,要和直接实施了构成要件行为的正犯一样,为构成要件之实现答责,可以从两个方面加以说明。首先,为什么共同犯罪人,尤其是共犯要为整体犯罪行为,而不是仅仅为自己所实施的那部分行为答责?共同犯罪人的答责范围取决于其共同性的范围,即共同犯罪人在多大的范围内具有规范上的共同性,就在要多大范围内答责。例如将铁铲借给他人去挖东西的人,尽管对于他人会挖出来点什么要负责,但是对于他人挖出来的被掩埋的特定物(例如赃物)却不一定负责,因为特定物不在一般社会性理解的范围之内。至于共同性的具体范围,是由社会交往的意义来确定的,需要在社会交往中具体认定,不可能精确化。可以确定的是,总是存在着具体社会交往的标准意义,据此人们可以相信,正犯不只是从共犯那里得到了自然意义上的能量,而是得到了一种表达了犯罪意义的能量,共犯的答责范围因此就延伸至同样承载了共犯的犯罪意义的正犯行为之中。例如,将他人保险箱的备用钥匙交给盗窃犯,就不只是参加到对保险箱的开启中;将梯子为小偷搭到仓库的壁架上,就不只是在为攀爬练习做准备。毋宁说两种情况下,行为人都参加到了整起盗窃行为之中。特别是在正犯行为已经进入实行阶段后实施共犯行为,以及实施基于抽象危险性而典型化的共犯行为的场合,正犯已经或者高度盖然可能性地表露出不法,却仍然使自己的行为意义与之相适应的,就应当一起为正犯行为答责。^{〔68〕}

其次,为什么正犯完全自由的行为没有阻断共犯对整体犯罪行为的答责性?相较于共犯,正犯是完全自我答责的行为人,他没有被强制按照共犯所设定的意义去实施犯罪,可以独自决定是否实施犯罪。所以,没有正犯的行为就没有犯罪。但是,没有共犯的行为,也不会有被共同塑造的那个犯罪。按照各分工行为在整体行为中的机能,而不是各孤立的分工行为自身来理解共同犯罪因此是必然的;否则,我们就可以在预备阶段任意地对他人可能的犯罪行为施以援手,而不必有被处罚之虞,就像集中营的长官只需要为自己亲自动手杀害的人负责一样,这是过于绝对和荒谬的结论。在共同犯罪中,是正犯与共犯一起共同塑造了构成要件的实现,他们行使各自的行为自由,共同在客观上造成了一定的结果,基于行为自由——结果责任的答责原理,结果是他们的“共同作品”,正犯的答责性因此不是共犯答责性的障碍。毋庸讳言,在共

〔67〕 Vgl. Jakobs (Fn. 58), S. 565 f.

〔68〕 Vgl. Jakobs (Fn. 58), S. 567 f.

同犯罪中,正犯的行为可能是最重要的部分,正犯自己就可以决定是否实施犯罪。但是,这些对可能将共同犯罪的具体细节都预先设计好了的其他共同犯罪人来说,并不是什么新的东西。形象地说,正犯运用事先或者事中设计好的犯罪模型,描绘出了不法的形式,但该形式或多或少地是由共犯(共同)确定的。所以,正犯实现的不仅是他自己的作品,而且是全体参加者的“共同作品”。共犯要为正犯的行为答责,因为共犯将自己行为的意义与正犯的行为融合在了一起;反之,正犯也要为共犯的行为答责,因为正犯在实施犯罪时也将共犯的行为意义融入到了构成要件的实现之中。^[69]

总之,共同犯罪是一种共同归责的模式,不是单独归责,也不是从属性或者相互性归责。正犯决定是否实施犯罪,但是该决定是在和共犯一起制定的如何实现犯罪的框架内做出的,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,但是该框架必须由正犯最终实现,所以正犯也承受了共犯的意义表达。正犯与共犯因此是一个不可分的整体,共同塑造了构成要件的实现。所谓的共同归责,即是指此而言。

(四)共同塑造是一种意义表达

对构成要件实现的共同塑造不是通过行为的结合或者主观意识的联络而形成的,而是由共同的意义表达决定。“透过因果性和认识或者可认知性,可以在相互影响的网状结构中发现各种影响力在心理、物理上的影响范围,却不能发现社会秩序。”^[70]在支配犯的领域,只有数人行使自己的行为自由,共同任意地妨害了他人的自由,违反“不得伤害他人”的消极义务时,才是对导致结果发生之行为的共同塑造。用刑法术语来表述则是,各共同犯罪人必须通过自己的行为在规范上表达以下意义,即自己与他人一起实现了一个构成要件,而不是在实施一个无害的、社会相当的、日常的或者中性的行为。

也就是说,仅仅在单独犯罪中贯彻归责理论是不够的,归责的规范性要求必须同样地贯彻至共同犯罪。不能满足于对共同犯罪的因果性理解,还必须从因果性中“读出”共同行为人表达了其规范上的构成要件实现之意义时,才可以承认共同犯罪的存在。这一点在前文提到过的帮助犯的因果关系中表现得尤为明显。其中有一种特殊的情况,即帮助行为事实上不仅没有促进犯罪行为实施,反而增加了犯罪实施的难度,降低了风险,或者只是一种不重要的行为方式时,能否对帮助者论以帮助犯。例如,将毒药换成泻药的人是否是导致他人腹泻的伤害行为的帮助犯?^[71]建议入室行窃者将用于犯罪的电钻换成难以操作且笨拙的人工钻的,是否是盗窃的帮助犯?^[72]拍摄纪录片的导演为了获得更好的拍摄效果,对非洲叛军违法处死平

[69] Vgl. Jakobs (Fn. 58), S. 568 ff.

[70] Vgl. Jakobs (Fn. 58), S. 568.

[71] Vgl. Jakobs (Fn. 64), § 22, Rdn.37.

[72] Vgl. Weezel (Fn. 65), S. 345.

民的行为施加了一些影响,导演是否是杀人罪的帮助犯?〔73〕倘若只从因果性的角度对这些行为做出评价,结论可能是违反国民的法感情的。正确的回答存在于因果性之外,即帮助者的行为是否表达了在规范上实现构成要件的意义,是否是与他人共同塑造了共同要件之实现。表达了此种意义的行为就是参加共同犯罪的行为,与该行为是否使犯罪更困难,是否降低了风险无关,毋宁说后者只是一种假定的因果流程。当然,如果降低风险的行为符合紧急避险的条件,另当别论。〔74〕

(五)共同塑造的是共同行为而不是共同行为人

共同塑造的结果是共同行为人还是共同行为,必须得到澄清。如果认为数人的意志控制之身体动作的联合,必须经由一个“人”的构造才能够发生,就会认为共同塑造的是一个共同行为人。如果认为数个作用于外部世界的举止即可结合为一个整体,则塑造的就是一个共同行为。教义学史上,主张共同犯罪是一种人的共同的观点并不少见,黑格尔刑法学派的克斯特林(Köstlin)以及后来的韦尔策尔都认为,主观意志和客观行为的统一性,决定了全部共同犯罪人之整体才是犯罪主体。〔75〕对此,席林(Schilling)批评指出,共同行为人的构想是“一个刑法上的怪物”,理由在于:其一,根本就没有一个所谓的“共同行为人”存在,该概念纯粹是一种虚构,是不可想象的;其二,共同行为人的设想违反了刑法中的个人责任主义原则,导致一种团体责任。〔76〕登克尔(Dencker)则认为,共同行为人的构想不仅没有实益,反而会阻碍人们对一些问题的认识,例如容易让人误以为不通过行为也可以形成共同行为人,如何判断共同犯罪的既遂和未遂也将产生疑问等。〔77〕

笔者认为,席林和登克尔对“共同行为人”的批评可能过于严苛了,强调共同行为人的学者并不真的认为有一个如同自然人一样的“共同行为人”存在,也没有因为描述共同行为人就否定共同行为的重要意义,毋宁说该观点只是形象地突出了共同决意、行为的相互补充或者共同的目的等要素的指导意义。共同行为人只是被作为一种隐喻在使用,而不是一个实体概念。〔78〕而且,主张该观点的学者也不认为是对“共同行为人”判处刑罚,最终的罪责之承担当然是加之于个人身上。所以所谓违反个人责任主义的批评,可能也只是如何进行说明的形式问题。不过,鉴于一个虚拟的“共同行为人”是不可能表达什么意义的,还是应当承认各共同犯罪者所共同塑造的是一个“共同行为”,而不是一个“共同行为人”。

对共同行为人观念更深入的贯彻,是由日本的草野豹一郎首创、齐藤金作加以展开的共同

〔73〕 Vgl. Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 167.

〔74〕 Vgl. Weezel (Fn. 65), S. 344 ff.

〔75〕 Vgl. Lesch, Das Problem der Sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 186 ff.

〔76〕 Vgl. Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäter und des Mittelbaren Täters, 1975, S. 64.

〔77〕 Vgl. Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 123 ff.

〔78〕 Vgl. Weezel (Fn. 65), S. 48.

意思主体说。该说认为,共犯现象是一种超越了个人的特殊的社会心理活动,不是作为构成共同意思主体的各个人的行为而个别化地把握,而是作为整体的共同意思主体的活动。^{〔79〕}按照其首创者草野的说法,二人以上的异心别体的个人,以实现一定的犯罪为共同目的而一体化时,就结成了同心一体的共同意思主体,其中一人实施的行为,就要作为共同意思主体的活动,由全体人员承担责任。^{〔80〕}共同意思主体说在实务上非常重要的贡献是为承认共谋的共同正犯提供了理论支撑,按照该说,“既然在共同意思主体中承认了犯罪的实行,就应对其全体成员成立共同正犯,不必区分其中现实地实行了犯罪的人和只是止于共谋的人”。^{〔81〕}

对于共同意思主体说,“批判意见认为,承认共同意思主体这一超个人的主体,违反了个人责任原则,导致承认团体责任的结果,所以,在学术界,它只是少数说”。^{〔82〕}为此,高桥则夫辩解:“既然肯定部分实行全部责任的法理,就不得不承认某种共同责任,是将其称为个人责任还是称为团体责任,只不过仅仅是名称问题。因此,仅仅批判团体责任这一点,就没有带来任何解决。”^{〔83〕}其结论是,“在通过共谋进行相互的行为归属的场合,我认为可以说是通过共谋形成了共同意思主体。虽然不能采用严格的犯罪共同说这一意义上的共同意思主体说,但肯定集合体的行为的存在这一意义上的共同意思主体说还是必须被维持的。”^{〔84〕}共同意思主体说的另一问题是可能无法区分正犯与共犯,因为共犯显然也是共同意思主体中的一员。所以后来其支持者倾向于将共同意思主体说作为共同犯罪的外部界限,至于正犯与共犯之区分这样的内部界限,则交由作用大小等具体情势加以解决。^{〔85〕}

如果和德国学者的观点相比较,可以发现共同意思主体其实和“共同行为人”在法理上极为近似。该说对共同犯罪结构的揭示其实有值得重视的地方,对于抗制学理上广泛存在的分离共同犯罪的做法也有一定贡献。但是,除了德国学者指出的概念虚构等形式问题,如前所述,将共同性停留于主观的共谋,在方法论上并未摆脱存在论因素的束缚,对共同犯罪的归责基础之说明因此是不充分的。共同归责应当根据客观的和规范的标准进行,而不能取决于行为人的心理活动。这是共同意思主体说最根本的缺陷。有必要进一步提示的是,德、日学者都提到了对个人责任原则之违反,在前文对自我答责原则的分析中,也提到过有学者认为,不对各共同犯罪人按照其自己的行为判断归责,就违反了自我答责原则。笔者认为,个人责任主

〔79〕 参见(日)草野豹一郎:《刑法改正上之重要問題》,巖松堂1950年版,第315页;(日)齐藤金作:《共犯理論の研究》,有斐閣1954年版,第118页。

〔80〕 参见草野豹一郎,同上注,第315页。

〔81〕 (日)下村康正:《共謀共同正犯と共犯理論》(増補版),学陽書房1983年版,第84页。

〔82〕 (日)大谷实:《刑法讲义总论》(第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第388页。

〔83〕 高桥则夫,见前注〔19〕,第249页。

〔84〕 高桥则夫,见前注〔20〕,第182—183页。

〔85〕 具体观点之介绍参见(日)亀井源太郎:《正犯と共犯を区別するということ》,弘文堂2005年版,第59页。

义与自我答责原则是不同层面的概念范畴,前者主要针对罪责的承担而言,即责任是个别的;后者的答责则指对不法的归责,与罪责阶层无关。对不法的归责而言,由于客观的不法存在着连带性,不同的行为人可以共同塑造构成要件的实现,所以可以进行共同的归责。当一个共同行为凝聚了全部行为人的意义表达时,该行为就是全部行为人的“共同作品”,将其客观上归责于全部行为人就不仅没有违反自我答责原则,而且反而是自我答责原则的必然要求。质言之,自我答责的“我”不应僵化地理解为一个孤立的个体,在共同归责的场合,它指的应当是“我们”。至于个人责任主义,则是在不法归责被自我答责地共同确定后,在罪责阶层才需要个别考虑的事情,不存在因为共同答责而违反个人责任主义的问题。

(六)共同塑造的份额

共同犯罪人有共同的归责对象,有共同的归责根据,在支配犯中各共同犯罪人之间因此只有塑造份额上的量的差异,而没有质的不同。占主要份额的是正犯,占非主要份额的是共犯。

何谓主要份额,何谓非主要份额,很难给出明确的标准。首先当然必须以构成要件的具体规定为依据,如果构成要件突出了某些要素,对这些要素的所作所为往往就是主要份额。例如,提供被害人信息的行为一般是非主要贡献,但对拐卖妇女、儿童等明确限定了被害人范围的罪名,提供被害人信息的行为就可能成为主要贡献。是否有犯罪支配一般也有助于主要份额的认定,因为支配犯罪的行为通常都是主要份额。但是,如同前文讨论过的那样,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是刑法不法,所以真正重要的还是必须规范地判断某一份额所表达的意义在共同塑造中的重要程度。兰珀(Lampe)曾经在社会系统的视野下指出:“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。”^[86]由于每个共同犯罪所处的“网络”是不同的,共同犯罪人的份额究竟是主要的还是次要的,就必须在具体的情境下灵活地考虑。

虽然无法肯定,但可以否定的是:①共同塑造的份额不是由时间和空间上的距离决定的。最后的行为部分可能在自然意义上很重要,但对归责而言未必是主要的份额。例如,A希望用炸弹暗杀一群高层政客,他拟定了全部的犯罪计划、准备了全部的犯罪工具、制造了定时炸弹并将其安装在会议室,然后用望远镜在对面的建筑物里观察着现场的情况,直到所有政客都步入会场后,才向同伙B给出了按下按钮的信号,B收到信号后按下按钮,将政客们全部炸死。^[87]相比于B最后的按按钮的行为,A显然更应该被论以正犯。②共同塑造的份额也不必然由行为人承担犯罪成本的高低和所流汗水的多少决定。例如,自己花钱把油箱加满后,将自己的汽车借给他人去偷东西的人一般是共犯,替同伙把沉重的梯子扛到几公里外的现场,累得浑身大汗的人也不是正犯。③行为的必要性与共同塑造的份额无必要关系。教义学史上有过主张必要性的理论,认

[86] Lampe, Systemunrecht und Unrechtssystem, ZStW 106 (1994), S. 686 f.

[87] Vgl. Lesch (Fn. 75), S. 118.

为犯罪完成必不可少的行为份额是正犯,可有可无的是共犯。^{〔88〕}但是,既然犯罪已经那样发生了,一般就可以认为每个行为份额都是必要的,仅以必要与否就无法区分出主要还是非主要份额。而且有时帮助犯的行为也可能是绝对必要的行为贡献。例如,将偶然知道的他人保险箱的密码透露给盗窃犯人的行为就是如此,因为没有密码,盗窃就不可能成功。^④共同塑造的份额也与所谓的重要作用不能划等号。重要作用说一直是学理上的主要观点之一,^{〔89〕}其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,遑论主要的归责份额。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,但是司炉工要否负责不无争议。^{〔90〕}^⑤行为人显著增加了风险时,也不一定就承担了主要份额。“构成要件的实现与风险增加的份额无关,风险增加并不是对构成要件行为的具体塑造,所以对犯罪参加而言是不重要的。”^{〔91〕}

Abstract: Objective causality and subjective intention only describe the actual premises of common imputation, and do not provide a sufficient basis for it. Various normative efforts on the elements of ontology may deviate from both the ontological position and the original meaning of normative theory. The existing literature has therefore proposed many purely normative paths. Unfortunately, these paths not only do not establish a true basis of imputation, but make the enlightenment hidden in the paths of ontology more chaotic. Therefore, it is necessary to return to the starting point of the general imputation theory, which is the transcendence of the law of freedom over the law of causality, to seek the normative basis of common imputation. If we understand the joint crime in a normative way with freedom at the center, we will find that the joint crime is a form of imputation. Only when several people exercise their freedom of conduct arbitrarily and collectively impede the freedom of others, can they be imputed together. In other words, the joint offender expresses the meaning of forming a crime normatively, so the realization of the crime is imputed to all joint offenders.

Key Words: Joint Crime; Common Imputation; Law of Causality; Law of Freedom; Self-responsibility

(责任编辑:车 浩)

〔88〕 Vgl. Roxin (Fn. 32), S. 280 ff.

〔89〕 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—142页。

〔90〕 Vgl. Jakobs (Fn. 58), S. 573.

〔91〕 Vgl. Weezel (Fn. 65), S. 63.