

单一正犯视角下的共同正犯问题

刘明祥*

摘要 共同正犯的概念是为弥补区分正犯与共犯(即区分制)的犯罪参与体系的缺陷而提出的,是区分制的产物。共同正犯的法律规定和相关解释论,固然在一定程度上解决了区分制定罪处罚上的一些问题,但同时带来了诸多新的难题。我国刑法采取不做这种区分的单一正犯体系,自然也就没有共同正犯的规定。区分制带来的定罪和处罚难题,按照我国刑法的规定和单一正犯的解释论,即可迎刃而解,自然不需要运用共同正犯的理论来解释我国的共同犯罪规定,并且,对司法实践中的共同正犯案件,按我国刑法的规定比按德、日刑法的规定来处理,有更为明显的优越性。

关键词 共同正犯 共同犯罪 单一正犯 犯罪参与

近些年来,我国一些学者受德、日刑法学的影响,试图用德、日的共同正犯理论来解释我国刑法中关于共同犯罪的规定。笔者不以为然,特撰本文予以论说。

一、我国刑法有无共同正犯规定之争

传统的通说认为,我国刑法之中并无共同正犯的规定。^{〔1〕}但是,近些年来,我国有些中青年学者受德、日刑法学的影响,认为我国刑法也是采取区分正犯与共犯的区分制体系,因而也有关于共同正犯的规定,这就是刑法第25条第1款之规定。^{〔2〕}笔者不赞成后一种主张。

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。本文为教育部人文社科重点研究基地重大项目“犯罪参与基本问题研究”(项目编号:16JJD820018)的研究成果。

〔1〕 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社2016年版,第169页。

〔2〕 参见张明楷:“共同犯罪的认定方法”,《法学研究》2014年第3期,第12页;钱叶六:“我国犯罪构成体系的阶层化及共同犯罪的认定”,《法商研究》2015年第2期,第152页。

因为从该款〔3〕的文字含义来看,该款明显是对共同犯罪的概念及其成立要件的规定。如果说该款是关于共同正犯的规定,那就意味着要将该款中的“共同犯罪”一词更换或理解为“共同正犯”。仅就该款的文句表述而言,做这种更换或理解似乎并无大碍。但刑法的同一概念或用语,在前后或相邻条文中的含义必须具有同一性,否则,刑法的具体内容就不具有确定性,不能被民众所理解。而刑法第 25 条至第 29 条中都用了“共同犯罪”一词,将其更换或理解为“共同正犯”,根本不具有可行性。〔4〕

首先是这几个条文都放在刑法总则的“共同犯罪”一节中,是刑法对共同犯罪或共犯定罪处罚的一般规定,如果将“共同犯罪”的节名理解或更换为“共同正犯”,那就意味着该节只是有关共同正犯的规定,但一部刑法仅对共同正犯而不对其他共犯的定罪处罚作规定是不可思议的;其次是将第 27 条中的“共同犯罪”更换或理解为“共同正犯”,就变成了“在‘共同正犯’中起次要或者辅助作用的,是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”这显然与“共同正犯”的含义和处罚规则不符;再次是将第 29 条第 1 款中的“共同犯罪”更换或理解为“共同正犯”,那就变成了“教唆他人犯罪的,应当按照他在‘共同正犯’中所起的作用处罚。”这又明显与事实情况不符,因为教唆者根本没有与他人共同实行犯罪(即共同正犯),刑法怎么会作出这种违背常识的处罚规定?或许持上述主张的论者认为,第 25 条应理解为“共同犯罪是指二人以上共同故意实行犯罪”(即故意共同正犯)。在笔者看来,这样理解表面上似乎弊病少一点,但同样意味着我国刑法仅对共同正犯及其处罚作了规定,对帮助犯如何处罚完全未作规定,而这与区分正犯(含共同正犯)与共犯之立法体系的基本要求不符;并且,按这样的理解,第 29 条的规定就变成了:“教唆他人犯罪的,应当按照他在‘共同故意实行犯罪’中所起的作用处罚”。正如前文所述,教唆者本来就不是“共同故意实行犯罪”者,刑法不可能作这种违反常理的规定;加上这样理解该条也会出现与前面理解同样的结果,即教唆者与被教唆者均成为共同正犯,要按共同正犯的处罚规则来处罚,教唆犯事实上也就不存在了,这明显与作为共同正犯存在之基础的区分制的观念不符。既然这么多相邻相关条文中的“共同犯罪”都不能理解为“共同正犯”或“二人以上共同故意实行犯罪”,为何仅有第 25 条第 1 款中的“共同犯罪”要做这样的理解呢?况且,该款规定对刑法总则乃至分则所有条文中的“共同犯罪”均有界定作用,即对其他所有法条中的“共同犯罪”一词都必须做与该款规定相同的理解。

有论者认为,将该款解释为关于共同正犯的规定,可以从我国刑法第 25 条第 2 款的提示性规定中得以印证。该条第 2 款规定:“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定罪处罚。”“而按照他们所犯的罪分别定罪处罚,是指按照过失正犯(单独正犯)处罚。”〔5〕但是,在笔者看来,这种“印证”的思路大致是:既然二人以上共同过失犯罪不以共同犯罪论处,而以单独正犯处罚,那么,反过来推论,共同犯罪也就应按共同正犯论处。

〔3〕 即“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”。

〔4〕 参见刘明祥:“不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪”,《法律科学》2017 年第 1 期,第 62 页。

〔5〕 钱叶六,见前注〔2〕,第 153 页。

姑且不论上述第2款规定是否指对共同过失犯罪按单独正犯(即不按共同正犯)处罚,^{〔6〕}即便是如此,也不能由此反过来推导出这样的结论,因为这违反形式逻辑的推论规则。^{〔7〕}

上述论者还认为,“基于体系性解释,既然1997年《刑法》第29条、第27条分别规定了教唆犯和帮助犯,那么我们完全可以认为1997年《刑法》第25条第1款是关于共同正犯的规定。”^{〔8〕}在笔者看来,这是用区分正犯与共犯的区分制立法体系来套我国的共同犯罪规定所得出的结论。众所周知,采取区分制体系的刑法确实是对共同正犯、教唆犯和帮助犯有明文规定,以日本刑法为例,其第60条、第61条和第62条就分别对共同正犯、教唆犯、帮助犯及其处罚作了规定;德国刑法第25条第2款、第26条和第27条也是如此。笔者并不否认,如果是采取区分制的立法体系,不仅要对教唆犯、帮助犯及其处罚做规定,而且还必须对共同正犯做明文规定,这确实是这种立法体系的需要。但是,不能以德、日刑法都是按共同正犯、教唆犯、帮助犯的顺序对三者作了规定,而我国刑法对教唆犯(第29条)、帮助犯(第27条)有规定,^{〔9〕}就想当然的将第25条第1款的规定做所谓体系性解释,理解为关于共同正犯的规定,却不考虑我国刑法所采取的犯罪参与体系与德、日刑法的差异以及该款规定与他们的共同正犯规定的不同。

事实上,我国刑法并不是采取德、日那样的区分正犯与共犯的立法体系,而是采取不做这种区分的单一正犯体系。^{〔10〕}比较一下我国刑法中的“共同犯罪”与德、日刑法中的“共犯”之规定,就不难看出两者之间有重大差别。德、日刑法对数人参与犯罪者是分为正犯与共犯(共犯即教唆犯和帮助犯),给予轻重有别的处罚。由于刑法分则原则上是对单独正犯的既遂类型所作的规定,因此,刑法总则对数人参与犯罪者的处罚,是以单独正犯为基准,分别对共同正犯、教唆犯、帮助犯如何处罚予以规定的。以德国刑法为例,其第25条第2款规定,“数人共同实行犯罪者(共同正犯),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行为者,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行为者,为帮助犯。帮助犯之处罚,……按正犯之刑减轻之。”我国刑法中并未出现“正犯”“共同正犯”“帮助犯”的概念,对教唆犯的处罚虽有规定,但不是像德、日刑法那样规定与正犯同样处罚(或按正犯之刑处罚),而是“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”,也就是将在共同犯罪中起主

〔6〕 笔者认为,该款中的“按照他们所犯的罪分别定罪处罚”,是指按共同过失犯罪定罪处罚,而不是指按单独犯(即单独正犯)定罪处罚。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页。

〔7〕 例如,我们说通奸不是犯罪不应受刑罚处罚,但不能由此反过来推论,得出诱奸是犯罪应受刑罚处罚的结论。

〔8〕 钱叶六,见前注〔2〕,第153页。

〔9〕 我国刑法对帮助犯并无规定。参见陈洪兵:“‘二人以上共同故意犯罪’的再解释”,《当代法学》2015年第4期,第33页。

〔10〕 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117—120页;林山田:《刑事法论丛(二)》,台湾大学法律系1997年版,第351页;江溯:《犯罪参与体系研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第253页。

要作用的教唆犯作为主犯处罚,起次要作用的教唆犯作为从犯处罚。

我国刑法第 27 条规定,“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”由于其中有“辅助”一词,许多论者将“辅助”与“帮助”等同起来、或者将其中的“从犯”与日本刑法中的“从犯”等同起来,因而认为该条是关于帮助犯的规定。但是,该条规定与德、日刑法关于帮助犯的规定明显不同。德、日刑法都是通过对帮助犯概念的界定,来明确帮助犯的成立条件的。例如,德国刑法第 27 条规定,“故意帮助他人故意实行违法行为者,为帮助犯。”日本刑法第 62 条规定,“帮助正犯者,为从犯(即帮助犯——笔者注)。”但在我国刑法第 27 条中,既没有出现“帮助”一词,也没有“帮助正犯”或“帮助他人实行犯罪(或违法行为)”的表述,而在共同犯罪中起“辅助作用”与“帮助正犯”“帮助他人实行犯罪(或违法行为)”具有不同含义,因而不能说是帮助犯的规定。

毋庸置疑,如果我国刑法是采取区分正犯与共犯的区分制,就不可能对帮助犯及其处罚原则不作规定。因为做这种区分的目的,无非是要对犯罪参与者实行区别对待,给予轻重有别的处罚。从德、日刑法的规定来看,对教唆犯的处罚与正犯相同,对帮助犯则是按正犯之刑减轻处罚,因而对犯罪参与者最有必要区分的是正犯与帮助犯。既然我国刑法对帮助犯没有作规定,对教唆犯虽有规定,但也不是像德、日那样处罚,并且所采取的犯罪参与体系完全不同,就不能按德、日刑法的套路,以所谓体系解释之名,将我国刑法第 25 条第 1 款解释为关于共同正犯的规定。况且,德国刑法第 25 条第 2 款、日本刑法第 60 条,对共同正犯规定以正犯论处,即按正犯处罚,我国刑法第 25 条第 1 款只是对共同犯罪的概念(或成立要件)的规定,对共同犯罪的处罚则是在第 26 条、第 27 条和第 28 条分别规定的,即将共同犯罪人分为主犯、从犯和胁从犯,给予轻重不同的处罚。可见,该条款无论是表述的形式还是内容,均与德、日刑法中的共同正犯的规定有天壤之别。

我国刑法之所以没有关于共同正犯的规定,归根到底是因为共同正犯是区分制的产物,并且有内在缺陷,又与单一正犯体系不相容,而我国刑法采取单一正犯体系,自然也就不会有关于共同正犯的规定。对此,笔者将在下文展开论述。

二、共同正犯是区分制的产物

追根溯源,区分正犯与共犯的区分制,之所以要在刑法中对“共同正犯”做规定,是因为这种犯罪参与体系构建在限制正犯概念的基础之上,按传统的限制正犯概念论,刑法分则规定的构成要件原则上是单独正犯的既遂类型,因而只有实施刑法分则规定的构成要件行为(即实行行为)者才是正犯,实施构成要件以外的行为者则是共犯;又由于正犯是犯罪的核心人物或角色,共犯是犯罪的从属(或依附)者,所以,对正犯的处罚重于共犯。^[11] 严格来说,这种正犯与共犯相区分的立法体系,本来是按单独正犯来设计,并且是以参与者实施的行为形式(即实行

[11] 参见(日)西田典之:《日本刑法总论》(第 2 版),王昭武、刘明祥译,法律出版社 2013 年版,第 293 页。

行为)为认定依据的。^{〔12〕}也就是说,作为共犯的教唆犯、帮助犯与正犯的区分,实质上是与一个人去实行犯罪的那种单独正犯相区分。最典型的实例是,乙教唆甲去杀丁,甲用丙基于帮助杀丁的意思提供的枪支杀了丁,那么,甲就是这一杀人案中的正犯、乙是教唆犯、丙为帮助犯;丁若被子弹击中致死,甲、乙、丙三人都按杀人既遂论处;丁若仅被子弹击伤或未被击中,则三人都构成杀人未遂。这种既有教唆者也有帮助者,并且只由一个人去实行的共同犯罪案件,或许是这种区分正犯与共犯(共犯即教唆犯、帮助犯)的法律规定所设定的基本模型,对此,按形式的限制正犯概念论,正犯与共犯并不难区分,大多能得到妥当处理。

但是,如果是数人分担行为或共同实行犯罪,则由于这种数人共同地实现构成要件的犯罪形态危险性极高,而从各个行为人来看,又不能肯定其实施了单独犯(单独正犯)的构成要件行为,如在 A 实施暴行 B 夺取财物这种共同实行抢劫的场合,按单独正犯而论,在日本或德国, A 就只能定暴行罪、B 也只能定盗窃罪,但对 A 和 B 共同实行抢劫这种比分别单独实行抢劫更为危险的犯罪案件,这样处理明显不合适。此其一;〔13〕其二,行为人所分担的行为是整体犯罪的重要组成部分,但单独而论并非构成要件的行为,作为帮助犯处罚明显不合理。例如,甲、乙、丙三人约定到一仓库去盗窃电器设备,甲用自己的汽车将乙、丙载到库房外的马路边,甲在车里等候并帮忙望风,乙、丙进入库房将沉重的电器设备拖出库房抬到车上后,甲开车将赃物及乙、丙运送到目的地,销赃后三人均分了大量钱款。此案之中,甲分担的并非盗窃罪的实行行为,但却是盗窃犯罪的有机组成部分的行为,对犯罪的完成发挥的作用并不比乙、丙小,处罚也不应比乙、丙轻。如果按形式的限制正犯概念论,将甲认定为帮助犯,则明显不合理;其三,行为人与他人一起共同实行犯罪,但由他人的行为引起了危害结果的发生,或者不知是谁的行为导致危害结果发生,单独而论,行为人对危害结果不承担责任(即不成立犯罪既遂),这也明显不妥当。例如, X 与 Y 约定枪杀 Z,两人同时对 Z 开枪,就有可能出现 Y 的子弹击中并致 Z 死亡,而 X 的子弹打偏的情况;也可能出现仅有一颗子弹击中而致 Z 死亡,但不知是 X 还是 Y 的子弹击中的情形。单独而论,无论是出现前后哪一种情形, X 都不应对 Z 的死亡结果承担责任,即不能成立杀人既遂(仅构成杀人未遂);在出现后一种情形时, X 与 Y 都不对 Z 的死亡结果承担责任,均属杀人未遂。这样的结论显然不能被普通民众所接受,不具有合理性。

正是为了解决或避免这类问题,采取区分制立法体系的刑法不得不作出对共同正犯的特殊规定,即创设共同正犯这种正犯之外的犯罪类型。^{〔14〕}以日本刑法为例,其第 60 条明文规定:“二人以上共同实行犯罪的,都是正犯。”正是因为存在这一规定,并且对共同正犯采取“部分行为全部责任”的原则,因而对上述共同实行抢劫的 A 和 B,才能均按抢劫罪来定罪处罚;对上述 X 与 Y 枪杀 Z 的案件,无论是谁的子弹击中致 Z 死亡、甚至无法查清究竟是谁的子弹

〔12〕 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》,台湾元照出版有限公司 2012 年版,第 750 页。

〔13〕 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第 3 版),有斐阁 2016 年版,第 338 页。

〔14〕 黄荣坚,见前注〔12〕,第 750 页。

击中,X与Y都要对Z的死亡结果负责,均构成杀人既遂;同理,上述盗窃案例中,甲分担的行为尽管不是盗窃的实行行为,但因为是盗窃犯罪的有机组成部分,因而与乙、丙构成共同正犯,承担盗窃犯罪的全部责任。以此解决按限制正犯概念论可能带来的上述定罪处罚不合理的问题,以及按单独正犯论可能出现的犯罪参与者都不对犯罪结果负责或只有部分参与者对结果负责的问题。

三、共同正犯面临的难题

共同正犯的法律规定和相关解释论,固然在一定程度上解决了上述定罪和处罚的问题,但由于共同正犯与间接正犯一样,是为弥补区分正犯与共犯的区分制的缺陷而提出的概念,^[15]很难与这种犯罪参与体系相协调。并且,由于“共同正犯极力地扩张其适用似已背离了个人主义下发展的刑法既有理论体系。传统以个人行为清算为原则发展的犯罪论,已因共同正犯概念与效果的极度扩张而面临崩溃。”^[16]共同正犯的概念同时还带来了一些新的问题,面临种种挑战。例如,共同正犯的“共同性”应当如何理解和认定?共同正犯究竟是正犯(具有正犯性)还是共犯(具有共犯性)?如果是正犯(具有正犯性),对其正犯性又应当如何理解和掌握?另外,共同正犯与狭义的共犯如何区分?“部分行为全部责任”的根据何在?等等。

(一)共同正犯是正犯还是共犯

共同正犯是正犯还是共犯,仍然是学说上还在争论的古老问题。^[17]有人认为,共同正犯是正犯;^[18]另有人认为,共同正犯是共犯;^[19]还有人认为,共同正犯既不同于单独的正犯也有别于狭义的共犯(教唆犯和帮助犯),而是一种既有正犯性也有共犯性的广义的共犯。^[20]在日本,最后一种观点是通说,并且大多数学者更侧重共同正犯的共犯性;但在德国,共同正犯则被摆在正犯的位置,因而德国刑法理论仅就共同正犯的正犯性、构造论来展开论述。^[21]并且,德、日两国刑法的规定也存在这样的差异。德国刑法总则第二章第三节的名称为“正犯与共犯”,其中的“共同正犯”与“正犯”(含直接正犯和间接正犯)就被并列规定在同一条文(即第25条)的第(1)、(2)款中,也就是将共同正犯放在“正犯”的位置;日本刑法总则第十三章所用的名称则是“共犯”,“共同正犯”单独在一条(即第60条)中规定,与“教唆”(第61条)和“帮助”(第62条)相并列,均纳入“共犯”之中,给人的印象是共同正犯也属于共犯。

[15] 黄荣坚,见前注[12],第750页。

[16] 游明得:“共同正犯概念的现状与困境”,载黄源盛等编:《甘添贵教授七秩华诞祝寿论文集(上册)》,台湾承法数位文化有限公司2012年版,第531页。

[17] 参见(日)伊东研祐:《刑法讲义总论》,日本评论社2010年版,第347页。

[18] 参见(日)桥本正博:《“行为支配论”与正犯理论》,有斐阁2000年版,第190页。

[19] 参见(日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第269页。

[20] 参见(日)西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第41页。

[21] 参见(日)高桥则夫:《刑法总论》(第2版),成文堂2013年版,第427页。

在笔者看来,无论认为共同正犯是正犯还是共犯、或兼含正犯性与共犯性,均不妥当。第一,如果说共同正犯是正犯,那么,能够将其视为与单独正犯相同含义的“正犯”、或者说具有与单独正犯相同意义上的正犯性吗?尽管德、日均有学者作肯定的回答,^[22]但却难以令人信服。因为公认的共同正犯有两种基本类型:一种是各参与者分担实行行为一部分的“分担型”;另一种是各参与者都实施实行行为之全部的“重复型”。前者如 A 与 B 共谋抢劫 C 的财物, A 将 C 推倒按压在地上, B 将 C 身旁的包拿走。后者如 X 与 Y 约定同时开枪射杀 Z, 两人射出的子弹均击中 Z 的心脏致其死亡。这种“重复型”的共同正犯与单独正犯固然没有多少差别,但“分担型”的共同正犯则与单独正犯有较大差异。对上述 A 与 B 共同抢劫的案件,若单独而论, A 只对 C 实施了暴行, B 仅拿走了 C 的财物, 都没有完全实施采用强制手段夺取他人财物的抢劫罪的实行行为, 无法认定为抢劫罪的正犯。有些学者试图用功能性行为支配说来解决这一难题, 以说明这种共同正犯具有与单独正犯相同意义上的正犯性。具体而言, 持此说的论者认为, 由于缺少 A、B 任何一方的贡献, 便不可能实现犯罪, 在此意义上可以说, A、B 的部分行为同时功能性地支配着整个事态的进展, 因而 A、B 与单独犯抢劫罪一样, 均应承担全部责任。^[23] 但是, 虽说 A 或 B 中途退出有可能导致计划受挫, 这只表明 A、B 互为依存, 也就是 A 唯有依存于 B 的贡献, 反过来 B 也只有依存于 A 的贡献, 才有可能实现预期的犯罪, 而这正好反证了 A、B 均只是部分地支配着犯罪的实现。况且, 如果 X、Y 共谋杀 Z 并同时向其开枪, 只有 Y 的子弹命中并致 Z 死亡, 这是典型的共同正犯案件, 按该说却似乎应否定 X 的共同正犯性。因为即便是 X 未开枪, Z 仍有可能被 Y 枪杀, 当然不能说 X 功能性地支配着 Z 被杀害这整个事态的进展。^[24]

第二, 如果说共同正犯是共犯, 那么, 能够将其视为与教唆犯和帮助犯即狭义的共犯相同含义的“共犯”、或者说具有与狭义的共犯相同意义上的共犯性吗? 众所周知, 所谓“共犯”, 有广狭几种含义。第一种是相对于单独犯被使用的, 也就是指数人(含二人)参与犯罪的情形, 即使正犯一人被另一人教唆去实行犯罪时, 两人也是共犯。这是从最广义上使用的。日本刑法总则第 11 章之章名的“共犯”, 就具有此种含义。第二种是指共同正犯、教唆犯、帮助犯。这是通常所说的广义的共犯。第三种是相对于正犯被使用的, 仅指教唆犯和帮助犯。这被称为狭义的共犯。^[25] 在笔者看来, 认为共同正犯是共犯的观点, 大多是从广义甚至最广义而言的。虽然也有论者认为, 共同正犯“因系二人以上共同犯之, 其关系之密切, 共同性之强烈, 影响度之重大, 实有其共同之特质, 固非单纯之正犯, 且其共同性远较教唆犯、从犯之共同关系有过之无不及, 故主张共同正犯, 方属基本的、狭义的共犯。”^[26] 但这种以共同正犯之间存在密切的

[22] 桥本正博, 见前注[18], 第 190 页。

[23] 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学 总论》(第 2 卷), 王世洲等译, 法律出版社 2013 年版, 第 59 页; 桥本正博, 见前注[18], 第 187 页。

[24] 西田典之, 见前注[20], 第 42—43 页。

[25] 参见(日)平野龙一:《刑法总论 II》, 有斐阁 1975 年版, 第 343 页。

[26] 梁恒昌:《刑法总论》(第 17 版), 台湾五南图书出版公司 1994 年版, 第 136 页。

相互依赖关系、具有强烈的共同性,作为将其纳入“狭义的共犯”范围之根据的主张,明显与传统的“狭义的共犯”之观念不符,实际上是把共同正犯的“共同性”等同于“狭义的共犯”的“共犯性”,结果是虽给共同正犯冠以“狭义的共犯”之名,却反而证明其具有“广义的共犯”之特质,实质上还是未跳出通说将共同正犯视为“广义的共犯”之圈子。之所以不能视共同正犯为“狭义的共犯”,根本原因是无法将共同正犯中直接实施实行行为者解释为教唆犯或帮助犯那样的“狭义的共犯”。共同意思主体说作为肯定共同正犯是共犯的学说中最有代表性的学说也不例外。此说认为,正犯是实施实行行为者,但因共同正犯是共犯,不必分担实行行为,因此,没有分担实行行为的共谋者,也能成为作为共犯之一的共同正犯,即共谋共同正犯。这是因为异心别体的数人,在为实现特定犯罪之共同目的下,而形成同心一体的共同意思主体,其中的一人或数人实行共同目的下的犯罪,就被视为共同意思主体的活动,据此认定构成共同意思主体的全体成员成立共同正犯。^[27]很显然,共同意思主体说所强调的共同正犯的共犯性,实际上是数人结为一个整体实行犯罪的特性,也就是数人在共同目的支配下共同地去犯某罪,这种共犯性无疑是相对于单独犯而言的,并非是相对于“正犯”而言的“共犯”(即狭义共犯)的共犯性。而“单独犯”与“共犯”这一对概念,是依据犯罪行为人为单数或复数而做的区别;“正犯”与“共犯”这一对概念,却是依据行为人的行为与犯罪构成要件实现的关系而做的区别,两者的分类基准显然并不一致。……若是对于共同实行犯罪者,也以“共犯”相称,势必萌生:二人以上合意犯特定之罪,且共同实行者,究竟属于“正犯”还是“共犯”之疑义。”^[28]传统学说固然认为“广义的共犯”包含正犯、教唆犯和帮助犯,但正如林山田教授所述,“这样的见解实有不妥,足以混淆区分正犯与共犯的意义与目的,因为正犯在刑法评价上系属直接或间接实现不法构成要件的行为人,而共犯则属教唆他人或帮助他人实现不法构成要件的行为人。正犯在整个犯罪过程中居于犯罪支配的地位,而共犯则否,故在逻辑上不宜将属正犯与属共犯的两种不同的行为人,合称为‘广义之共犯’。”^[29]况且,按区分正犯与共犯的区分制的理念,无疑应当从狭义上或与正犯相对的含义上来理解共犯。如前所述,共同意思主体说认为,共同正犯的成立虽不要求二人以上均直接实行犯罪,但至少要有一个人去实行犯罪,那么,将这种直接实行并引起危害结果发生者,视为狭义的“共犯”明显不合适;此外,如果把数个参与者作为一个超自然的整体(即共同意思主体)看待,认为是这一主体实行了犯罪,逻辑的结论就应当是这一共同意思主体为正犯,并且是单个的正犯,而不是共同正犯。但这明显与区分正犯与共犯的基本观念不符,因为按作为区分制根基的限制正犯概念论,只能以参与者个人实施的行为形式为根据来区分正犯与共犯,而不能将实施不同形式之行为的数个参与者整体评价为“正犯”或“共犯”。如果一方面认为共同意思主体这一整体(或群体)实行了犯罪,因而成立正犯;另一方面却将共同意思主体中的每一个人(含未分担实行行为者)说成是正犯(即共同正犯),这显然是犯了偷换

[27] 参见(日)曾根威彦:《刑法的重要问题(总论)》,成文堂2005年版,第345页。

[28] 陈友锋等:《鸟瞰共同正犯》,台湾承法数位文化有限公司2012年版,第78页。

[29] 林山田:《刑法通论(下)》,北京大学出版社2012年版,第2页。

概念的逻辑错误。另外,按共同意思主体说,由于仅参与共谋而未分担实行行为者也有可能成立共同正犯,无疑会把一些教唆、帮助犯罪者纳入共同正犯之中,从而不适当地扩大共同正犯的范围。

第三,如果说共同正犯既有正犯性也有共犯性,那么,如何解释其正犯性与共犯性?它究竟是属于正犯还是共犯?有论者指出,“共同正犯者对他人的行为也要负责任,这表明共同正犯是共犯的一种(共同正犯的共犯性);另一方面,共同正犯中各人要分担实行行为的一部分,就参与者全体而言,实施了实行行为的全部,因而也是正犯的一种(共同正犯的正犯性)。”〔30〕笔者也不否认,共同正犯与共犯、正犯(即单独正犯)确实具有相似性,但又不完全相同。“共同正犯的刑事责任结构,原则上与以他人的行为为媒介而扩张自己行为的因果性范围的教唆犯、帮助犯并无不同。”〔31〕只不过教唆犯、帮助犯必须通过被教唆、被帮助的实行犯的行为引起危害结果发生,因而教唆犯、帮助犯的行为与危害结果之间只可能存在间接因果关系,而每个共同正犯者虽然也存在利用其他共同正犯人的行为引起危害结果发生的情形,但其所分担的行为大多是引起危害结果发生的直接原因之一,这是其与教唆犯、帮助犯这类“狭义的共犯”的明显差异。另外,把“共同正犯者对他人的行为也要负责任”作为其具有共犯性的依据,也难以令人信服。教唆犯、帮助犯对被教唆、被帮助的实行犯的行为所造成的侵害法益的事实或结果,固然要承担责任,但严格来说,这并非是对他人的行为(即实行犯的行为)负责,而是对自己的教唆、帮助行为及其所造成的后果负责。只不过由于数人共同参与犯罪,没有直接引起结果发生的共同正犯者,对他人行为引起的结果也要承担责任,这与教唆犯、帮助犯并无不同。但是,直接引起结果发生的共同正犯者是否就只是对自己的行为负责,而不具有共犯性呢?如果说这种共同正犯者只有正犯性没有共犯性,那么,为何在同一案件的几个共同正犯中,部分有共犯性,另一部分却无共犯性呢?如果说直接引起结果发生的共同正犯者也有共犯性,那么,这种共犯性就与教唆犯、帮助犯这类“狭义的共犯”的共犯性明显不同,而属于前述“广义的共犯”的共犯性,即所有共同参与犯罪者(包含正犯、教唆犯和帮助犯)均具有的特性(即共同性),而不是“狭义的共犯”所特有的共犯性。至于将“共同正犯中各人要分担实行行为的一部分,就参与者全体而言,实施了实行行为的全部”作为其具有正犯性的根据,似乎有一定的道理,但正如前文所述,将参与者作为一个整体(或群体)来看待,认为其实施了实行行为的全部,因而成立正犯,这在方法论上与区分正犯与共犯的观念不符,并且按照这种主张,由于一个主体实施了实行行为的全部,自然应该被认定为单独正犯而不是共同正犯。如果将各共同正犯人的行为分开来看,尽管均分担了实行行为的一部分,在某些场合却不能评价为实施了某罪的实行行为,即不能认定为某罪的正犯,前述A与B共同抢劫C的财物,A对C实施暴力、B拿走C的财物就是适例,分别而论,A与B均没有实施强行夺取C财物的行为,不能认定为抢劫罪的正犯。这正是共同正犯与单独正犯的重要差别,也是难以用单独正犯的标准来认定共同正犯具

〔30〕 (日)浅田和茂:《刑法总论》(补正版),成文堂2007年版,第413页。

〔31〕 西田典之,见前注〔11〕,第310页。

有正犯性的问题所在。应当肯定,认为共同正犯既有不同于单独正犯的正犯性,又有不同于“狭义的共犯”的共犯性,因此,它既是一种正犯,也是一种共犯,这种认为共同正犯兼含“两重性”的主张,从一个侧面表明共同正犯概念确实处于两难境地,即无论是将其视正犯还是共犯,均存在疑问。但将其作为兼含“两重性”的参与类型,明显与区分正犯与共犯的区分制基本理念相冲突。按区分制的理论,之所以要严格区分正犯与共犯,是因为两者有质的差异,正犯是犯罪的核心人物,共犯是犯罪的从属(或依附)者,刑法以处罚正犯为中心,以处罚共犯为例外。如果认为某种参与类型兼含正犯与共犯两种有质的差异的参与特性,这至少在理论上是无法合理说明的。

(二)如何解释德、日刑法关于共同正犯的规定

从以上分析不难看出,数人分担行为共同引起危害结果发生的共同正犯,确实具有既不同于单独正犯、也有别于狭义共犯(即教唆犯和帮助犯)的特殊性,而区分正犯与共犯的犯罪参与体系,明显是以单独正犯即单个行为人实行构成要件行为引起危害结果发生作为区分的基准,来与实施构成要件以外之行为的教唆犯和帮助犯(即共犯)相区分的。如果认为共同正犯是一种不同于单独正犯的特殊类型的正犯,或者说是一种有别于教唆犯和帮助犯的特殊类型的共犯,那就与区分制体系不相容。因为既然区分制体系本来就是按单独正犯与教唆犯、帮助犯相区分而设计的,如果出现了不同于单独正犯的特殊正犯,就意味着区分制体系中的“正犯”不能包容所有的正犯类型;同理,如果出现了不同于教唆犯和帮助犯的特殊共犯,也就表明区分制体系中的“共犯”不能容纳所有共犯类型,那么,这种区分体系的科学合理性就值得怀疑。在笔者看来,上述争论正是由区分制本身的缺陷所引发的。正如前文所述,法律规定共同正犯固然可以在一定程度上弥补区分制的一个缺陷或漏洞,但却带来了解释上的难题。

首先是对日本刑法第 60 条和德国刑法第 25 条第 2 款中的“共同实行犯罪”之“共同”应当如何解释?在德、日刑法学界,关于这一问题存在犯罪共同说与行为共同说的对立。由于这是与共犯的本质相关的复杂且重要的问题,需要用较大篇幅才能说清。笔者将另行撰文做专题论述,在此不赘述。

其次是对“共同实行犯罪”中的“实行”应如何理解?如果认为共同正犯实质上是单独正犯,“要构成共同正犯的每一个人,都必须是他个人的行为已经可以构成单独正犯。”^[32]那么,共同正犯案件中的每个行为人实际上就都成了同时实行的正犯,日本刑法第 60 条(共同正犯)就成了单纯的注意规定,完全可以消解在单独正犯之中,从而也就失去了存在的意义。^[33]并且,按这种思路来解释共同正犯,就无法将前述 A 对 C 施行暴力、B 拿走 C 财物的共同抢劫案纳入其中,还是有可能出现定罪上的漏洞,同时也不能解决处罚失衡的问题,因为如果说共同正犯有与单独正犯相同的正犯性,那就应当严格解释这里的“实行”一词的含义。按形式客观说来做严格解释,对上述法条中的“共同实行犯罪”,就应当理解为参与者基于共同的意思均

[32] 黄荣坚,见前注[12],第 809 页。

[33] 西田典之,见前注[20],第 43 页。

“实行”构成要件行为,并且对“实行”应与未遂犯中的实行行为做同样的理解。这虽然同区分正犯与共犯的区分制基本理念相一致,并且与上述德、日刑法关于共同正犯之规定的字面含义相符,但“至少不能说具有刑事政策上的妥当性”,^[34]无疑会带来对犯罪参与者处罚不均衡、不合理的问题。例如,甲与乙约定杀丙,到达现场后,甲将想要逃走的丙从背后抱住,并指使乙用铁棒猛击丙头部致其死亡。按这种严格的形式的实行共同正犯论,由于甲抱住被害人的行为,并非是剥夺人生命的杀人罪的实行行为,甲显然不能被认定为正犯(或共同正犯),只能视为帮助犯,应依正犯之刑减轻处罚。结果是对甲的处罚明显比乙轻得多,这当然不具有合理性。特别是“在有组织、集团性地实施犯罪的场合,身处幕后策划、指挥、命令犯罪者,尽管没有亲自参与犯罪的实行,仍可以说,其对于犯罪的实现发挥了重要作用,完全应将其作为‘正犯’来处罚。……仅将其作为帮助犯来处罚,这显然不合理。……如此看来,不得不说,形式的实行共同正犯论无法充分体现共犯处罚的具体妥当性。”^[35]

正因为如此,形式的实行共同正犯论尽管与作为区分制根基的限制正犯概念相符,并且过去在日本的学术界长期处于通说的地位,^[36]但是,日本的裁判所(含最高裁判所)的判例却不采纳这种理论,反而广泛承认共谋共同正犯,即单纯参与共谋而未分担实行行为者也能与实行者一起成立共同正犯。后来以实行共同正犯论的代表人物团藤重光担任大法官后改变立场为象征,肯定共谋共同正犯的主张也成了学界的主流。^[37]正是由于日本的司法“实务中对共谋共同正犯采取了简单承认的态度。……共犯几乎都是共同正犯,这样一来,教唆犯、从犯(即帮助犯——笔者注)已处于濒临消失的状态。”“从而不得不说是处在无视条文,并在事实上将‘统一正犯体系’视为妥当的状况”,甚至可以说日本的司法实务“一直被统一的正犯概念所支配”。^[38]

毋庸置疑,对参与共谋而未分担实行行为的幕后操纵者给予较同案的实行者相当甚至更重的处罚,无疑是合理的。尽管在区分制的体系下,刑法分别规定正犯与共犯的基础可以说是基于这样的考虑:实施实行行为者应当给予重的否定评价,之外的参与者应给予相对轻的评价,但是,在幕后者设计整个犯罪计划的场合,由于预备阶段共同的意思决定更为重要,共谋者中谁分担实行行为在可罚性评价上是非本质的因素,加上全体谋议者中谁教唆谁帮助往往又不能确定(且不具有重要性),而共同意思的形成具有重要影响力,将没有直接分担实行行为的幕后者作为正犯给予较重的处罚无疑是必要的。^[39]并且,只有将其纳入正犯之中,才可能实现重罚的目的。正因为如此,德、日的司法实务中才不得不将部分仅参与犯罪的预备(含共谋)

[34] (日)高桥则夫:《规范论与刑法解释论》,成文堂2007年版,第173页。

[35] 西田典之,见前注[11],第311页。

[36] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第311页。

[37] 西田典之,见前注[20],第40页。

[38] (日)松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第207、276页。

[39] 参见(日)井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,第356页。

者也纳入共同正犯的范畴。这固然是达到了合理处罚的目的,但明显与刑法有关共同正犯的规定不符。因为日本“刑法第60条规定,二人以上者存在‘共同’、并且进行了‘实行’,才能成立共同正犯,……仅仅是共谋归根到底不能说存在实行行为。所以,不应该承认共谋共同正犯的观念。”〔40〕

(三)如何区分共同正犯与狭义的共犯

如前所述,按作为区分制根基的限制正犯概念论,正犯只能是实行构成要件行为的人,共同正犯也只能是二人以上共同实行构成要件行为的人。未分担构成要件实行行为者,既不可能成为单独正犯,也不可能成为共同正犯。但是,在共同参与犯罪的案件中,除了组织、策划、指挥犯罪的幕后操纵者之外,还有不少普通参与者同样是在形式上没有分担实行行为,却与直接实行者有同等程度的对犯罪的实现做出了本质贡献的情形。例如,为恐吓被害人,由一人写恐吓信,由另一人交给被害人的;基于杀人的目的,由一人巧妙地调制成药,由另一人与被害人服用的感冒药相替换的;基于伤害的目的,由一人挖坑,另一人引诱被害人坠入坑中的,如此等等,将没有分担实行行为者作为帮助犯,享受必须减轻刑罚的待遇,明显不具有合理性。〔41〕正是为了弥补区分正犯与共犯的区分制的这一缺陷,德、日的刑法理论和司法实务中,才不得不对共同正犯的成立要件作扩大解释,实质上是“以‘共同’为条件缓和了正犯性”,〔42〕将未分担实行行为者以与实行者具有共同的意思(或意思联络)为主要依据,认定为共同正犯,这虽然达到了对部分未分担实行行为而有必要重罚的参与者予以重罚的目的,但这种对基本原理的根本修正,使现行刑法预定的正犯与共犯区别的界限不可避免地被模糊。共同正犯与教唆犯、帮助犯之区别的模糊化,进一步导致实践中的共同参与犯罪的事例几乎都被作为共同正犯来处罚。〔43〕以日本为例,其裁判实务中,狭义的共犯所占的比例一贯都很低,教唆犯仅占0.2%,帮助犯也只占1.9%,且仅限于几种特定的轻罪。〔44〕“共犯案件几乎都是以共同‘正犯’来处理”。〔45〕这种司法实务的状况,被前文所述的学者指责为无视刑法条文的规定、受统一正犯概念(即单一正犯理论)所支配,无疑是有道理的,并且也是令区分制的捍卫者十分担忧的事。而要改变这种状况,维护好正犯与共犯相区分的立法体系,就必须适当限制共同正犯的范围,并将其与狭义的共犯区分开来,予以区别对待。

但是,共同正犯与狭义共犯的区分,如果采取前述形式的实行共同正犯论而严格解释“实行行为”,两者固然不难区分,却可能带来处罚明显失当的弊病;如果采取所谓实质的共同正犯论,即便是没有分担实行行为者也可能成立共同正犯,那么,共同正犯与狭义共犯特别是帮助犯的区分就成为一大难题。以室外望风为例,从形式的观点来看,不能成为共同正犯。但是,从实质的

〔40〕 (日)大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第275—276页。

〔41〕 井田良,见前注〔39〕,第357页。

〔42〕 前田雅英,见前注〔36〕,第287页。

〔43〕 井田良,见前注〔39〕,第357页。

〔44〕 参见(日)龟井源太郎:《正犯与共犯之区分》,弘文堂2005年版,第6—7页。

〔45〕 松宫孝明,见前注〔38〕,第276页。

观点而论,望风是为犯罪的施行、目的的达成起“分担作用”,同室内作案并无不同,或者说也起重要作用,因此,望风行为中无疑有应认为是共同正犯的情形。当然,望风行为中也有只起从属作用应认定为帮助犯的类型。至于在何种场合应认定为帮助犯、何种情形下应视为共同正犯,学者们的意见又有较大分歧。现在的德、日刑法学者大多认为,应根据行为人的行为(含望风行为)是否具有正犯行为之实质(即正犯性)来区分共同正犯与狭义的共犯(含帮助犯)。

问题在于,如何判断行为人的行为是否具有共同正犯的正犯性?对此,德、日刑法学界有几种不同认识:一种是以“因果性的强度”作为判断的依据,即对犯罪的实现或结果的发生做出了重要的因果(含物理的、心理的因果)贡献者具有正犯性,成立共同正犯;^[46]另一种是以“作用大小”作为判断根据,即对犯罪的实现或结果的发生起了重要作用者具有正犯性,为共同正犯;^[47]还有一种是以“结果归属的程度”作为判断基准,也就是把数人参与犯罪的“集团”视为行为主体,再根据每个参与者对侵害结果应予归属(或应分担责任)的程度,来确定其是否具有正犯性,以区分共同正犯与狭义的共犯。^[48]总体而言,有关共同正犯的正犯性,现在的学说的最大特点是,判断的基准从“引起结果的因果性、危险性”向“分担重要作用之有无”的转移。^[49]但是,在笔者看来,这几种判断共同正犯之正犯性的路径均不可靠。众所周知,无论是正犯还是共犯,都是以其行为与危害结果之间具有因果性为成立之必要条件的,至于采用何种方法来弄清不法的轻重,以测定“因果性的强度”,可能是无法解决的难题。况且,教唆、帮助行为的因果贡献,也可能达到实现某种犯罪不可欠缺的程度,以此为根据认定其具有正犯性,从而使仅实施了教唆、帮助行为者成为共同正犯,这无疑会不适当地扩大共同正犯的范围。再说,参与者在犯罪案件中“作用大小”乃至对“结果归属的程度”,是在定罪之后量刑阶段要重点考察的因素,与参与者实施的是何种行为并无直接关系,实施教唆、帮助行为者也完全可能是发挥了“不可欠缺的作用”或“核心作用”,对侵害法益的事实或结果负有重大责任,即对“结果归属的程度”或当罚性程度更高者,如果认为其行为具有正犯性,将其认定为共同正犯,同样也是模糊了正犯与共犯的界限,无限扩大了共同正犯的范围。并且,这种处理方式忽视了共同正犯与狭义共犯的不同,共同正犯不仅仅应作为“正犯”处罚,而且要作为构成要件层次(或行为规范层次)的问题来对待,即在犯罪论阶段就要以行为形式作为主要依据来予以区分,否则,就与区分正犯与共犯的区分制的基本理念不符,并且存在违反罪刑法定主义的嫌疑。^[50]

从德、日的刑法理论来看,主张对没有分担实行的参与者按共同正犯处罚的情形主要有三

[46] 参见(日)西田典之:“论共谋共同正犯”,载(日)内藤谦等编:《平野龙一先生古稀祝贺论文集(上卷)》,有斐阁1990年版,第366页。

[47] 参见(日)龟井源太郎:“共犯的‘内侧界限’与‘外侧界限’(下)”,载《东京都立大学法学会杂志》第38卷第1号(1997年),第604页。

[48] 参见(日)照沼亮介:《体系的共犯论与刑事不法论》,弘文堂2005年版,第142页。

[49] 参见(日)照沼亮介:“共同正犯的理论基础与成立要件”,载(日)岩濑彻等编《町野朔先生古稀纪念——刑事法、医事法的新展开(上卷)》,信山社2014年版,第244页。

[50] 照沼亮介,见前注[48],第138页。

种：一是未分担犯罪之实行行为的幕后操纵者；二是集团中谁分担犯罪的实行行为对当罚性评价不一定重要的情形；三是对犯罪的实现发挥了不可缺少的重要作用的望风者。^{〔51〕}

关于上述第一种情形，将当罚性程度高的幕后操纵者视为正犯给予重的处罚，固然与普通民众的规范意识相符，但是，这种离开现行法对各参与类型及其成立根据的规定，仅凭感觉将参与者区别为“主犯”与“从犯”，对有必要重罚的“主犯”认定为正犯的思考方法或解释论，本身就与区分制的体系不相容。况且，正犯与共犯各种类型的成立与否，并不是量刑因素或当罚性程度的问题，而是构成要件阶段必须弄清的问题。^{〔52〕}“组织内的头目”并非“直接就”该当构成要件的事实，以行为人是“组织内的头目”或幕后操纵者，作为其成立共同正犯的根据，实际上是把正犯与共犯的区分作为量刑问题来对待，自然不具有合理性。

关于上述第二种情形，其立论前提是，共犯论基本上是为应对集团犯罪、有组织犯罪这种特殊现象的理论，为此应着眼于“集团”的社会特殊性，即使是未分担部分实行行为的场合，也应与实行者同等看待，因而全体参与者都应视为共同正犯。但是，这种见解存在多种缺陷：^{〔53〕}第一，按这样的见解，凡是数人共同参与的犯罪，都可以考虑为与日本的内乱罪等相同的集团犯罪，均应将“集团”视为实行的主体。但这明显与现实情况不符，因为数人共同参与的犯罪并非都是集团犯罪；并且即便是集团犯罪，正如前文所述，也不能将犯罪的“集团”视为实行的主体；况且，在刑法条文中并无像处罚法人犯罪那样的“两罚规定”的条件下，作这种解释是缺乏理论和法律根据的。第二，这种解释的结果是将行为主体与归责主体分离，即行为主体是“集团”，归责主体是集团中的各个人。但“犯罪主体与责任主体的一致，这是责任主义（要求‘刑罚与责任相适应’）的最低限度的要求，让个人承担团体责任，则有违此要求。”^{〔54〕}第三，这种解释是把正犯与共犯的区分，作为结果发生之后的事后“答责性”“当罚性”的程度问题（即一种量刑问题）来把握的，同正犯与共犯的成立乃至区分是构成要件问题的刑法原理不符。第四，即使是因为共犯现象有不同于单独犯的特殊性，要朝“扩张正犯成立的范围”之方向考虑，其理论根据也不明确。要达到适当处罚的目的，也仅仅应当对犯罪案件的中心人物才有必要作重的“量刑评价”，认为参与者之“全体”都起了重要作用，均成立“共同正犯”，无疑是不妥当的。

关于上述第三种情形，正如前文所述，室外望风并非是盗窃等犯罪的实行行为，但那些对坚定同案犯实行盗窃等罪的决心发挥了重要作用，并且也未少分得赃物或未少获得其他方面利益的望风者，如果按帮助犯处罚明显不具有合理性，而认定为共同正犯确实能达到合理处罚的目的。只不过认定为共同正犯，除了难以解释望风也属于刑法规定的与他人“共同实行犯罪”之外，还由于不能将所有的望风者均纳入共同正犯的范围，从而必定会出现各种望风的情形中共同正犯与帮助犯难以区分的问题。按前述德、日通说的主张，根据望风行为是否具有正

〔51〕 照沼亮介，见前注〔48〕，第145页。

〔52〕 参见（日）岛田聪一郎：《正犯与共犯论的基础理论》，东京大学出版会2002年版，第119页。

〔53〕 照沼亮介，见前注〔48〕，第148—149页。

〔54〕 （日）松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第290页。

犯行为之实质(即正犯性)来作区分,实际上是从案件的整体情况来看望风行为是否起“重要作用”,也可以说是看望风者的当罚性是否达到了要作为“正犯”评价的程度。这同样违反了前述正犯与共犯应在构成要件阶段区分,而不能作“量刑评价”的区分制的基本原理。

(四)“部分行为全部责任”的根据何在

共同正犯的各行为人,无论是担当全部之实行行为,或仅担当实行行为的一部分,皆同样负整体责任,这一共同正犯所特有的归责原理或法律效果,被称之为“部分行为全部责任”或“部分实行全部责任”。^[55]

那么,仅实施了部分行为的共同正犯者,为何要对共同正犯案件的整体承担责任(即承担“全部责任”)?或者说“部分行为全部责任”的根据何在?对此,德、日刑法理论界有种种不同的解释,其中最具有代表性的是“共同意思主体说”“因果共犯论”“功能性的行为支配论”和“相互的行为归属论”。^[56]但是,笔者认为,上述理论均不具有合理性。

其一,“共同意思主体说”通过将共同正犯视为由参与者基于合意而形成的集团所实施的犯罪,将“全部责任”的法律效果予以正当化。然而,将集团视为犯罪主体,虽可成为让集团承担全部责任的理由,但这不能直接成为让集团中的个人承担全部责任的根据。^[57]况且,正如前文所述,这种将犯罪主体与责任主体分离开来的主张,本身不具有合理性,并有违反责任主义的嫌疑。

其二,“因果共犯论”认为,共同正犯中部分行为全部责任的根据,在于与其他共同者的行为所产生的结果之间的物理性、心理性因果关系。例如,X与Y共谋杀Z并同时向Z开枪,但只有Y的子弹命中而导致Z死亡,X也承担杀人既遂之罪责的根据就在于:X通过与Y的共谋而强化了Y的杀意,并通过对其杀害行为进行心理性促进,而与Z的死亡结果之间形成心理性因果关系。由此而论,共同正犯的刑事责任构造就是以他人的行为为媒介扩张自己行为的因果性,因而对他人行为所产生的结果也要承担责任。^[58]“‘全部责任’既不是指主观责任,也不是指作为法律后果的刑事责任,而是指对结果的客观归属。亦即,即使共同正犯人只实施了部分行为,也要将全部结果归属于其行为。”^[59]但是,危害行为与危害结果之间的因果性(含心理的因果性),是行为人对该结果承担责任的前提,“因果共犯论”者也不否认这一点,并认为共同正犯“与以他人的行为为媒介而扩张自己行为的因果性范围的教唆犯、帮助犯并无不同”。^[60]既然如此,那就不能认为“部分行为全部责任”是共同正犯特有的处罚原则(或归责原理),相反,应认为是所有犯罪参与者(含教唆犯、帮助犯)共同的处罚规则。况且,所有参与者的行为与结果之间有因果关系,都应对结果负责,与某个参与者是否应对犯罪案件的整体

[55] 参见陈子平:《刑法总论》(第3版),台湾元照出版有限公司2015年版,第490页。

[56] 高桥则夫,见前注[21],第426页。

[57] 松原芳博,见前注[54],第290页。

[58] 西田典之,见前注[20],第43—44页。

[59] 张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第395页。

[60] 西田典之,见前注[11],第310页。

负全部责任,是两个不同的问题。众所周知,帮助犯也应对与其帮助行为有因果关系而由实行犯的行为直接引起的结果负责,但却不对犯罪案件的整体承担责任,即并不是承担作为法律后果的“全部责任”,按德、日刑法的规定,对帮助犯还应按正犯的刑罚予以减轻。

其三,“功能性的行为支配论”认为,共同正犯是通过其所实施的构成行为部分,而使其对整个事件发挥控制作用,例如,在A持枪威胁、B夺取现金这一抢劫银行的案件中,缺少A、B任何一人的作用,犯罪都不可能实现,正是由于A、B的部分行为同时功能性支配了整体事态,因而均应承担全部责任。^{〔61〕}这种主张从表面上看确实有相当的说服力。因为既然行为人为人支配了犯罪的整体事态,当然也就要对犯罪的整体负责(即承担整体或全部的责任)。但是,正如前文所述,即使A、B撤销各自的作用就可能使整体的犯罪计划归于失败,这也只表明A依存于B的作用、B依存于A的作用才能实现犯罪,应该说A、B都只是部分地支配犯罪的实现,并不是整体地支配犯罪的实现,或对整个犯罪案件发挥控制支配作用。另外,从形式逻辑的角度而论,如果说A支配控制着整个犯罪案件的发生,那么,B也就不可能还同时支配控制该犯罪案件的实现,反过来,也是如此。可见,“功能性的行为支配论”的上述说法,违反了形式逻辑的基本规则。

其四,“相互的行为归属论”认为,共同正犯的处罚根据在于,各行为人基于共谋,通过相互利用相互补充,而相互使他人的行为作为自己的行为归属于自己。正因为如此,各共同正犯者才都要对整体的犯罪承担“全部责任”。^{〔62〕}但是,“这种所谓的‘相互利用相互补充的关系’的内容本身未必明确。如果是因为‘利用’了与自己的行为没有因果性的他人的行为,就应该(对该他人的行为)负责(承担责任),则仍然与‘犯罪主体与责任主体的一致’这种意义上的责任主义相抵触。”^{〔63〕}并且,如果说行为人利用其他人的行为引起侵害法益的事实或结果发生,并要对之承担全部责任,在区分制的体系下,这应当视为间接正犯,而不能作为共同正犯来看待。

此外,“部分行为全部责任”的说法本身就存在问题。因为行为人仅实施了“部分行为”,却要使其承担“全部责任”,这隐含有对他人的行为造成的结果也要负责的意思,似乎违背了刑事归责的基本原理,与个人责任原则不符。况且,数人共同犯一罪而成为共同正犯,对这同一个犯罪案件若有一个共同正犯人承担了“全部责任”,逻辑的结论是其他共同正犯人就没有责任可承担了,哪有几个共同正犯人都对同一犯罪案件分别承担“全部责任”的余地呢?日本著名刑法学家佐伯仁志似乎意识到了这一问题,从而指出“‘部分行为全部责任’的正确说法是‘全部行为的全部责任’”。^{〔64〕}我国也有学者指出,“没有所谓的‘部分实行全部责任’,只有‘部分行为、部分责任’或‘全部行为、全部责任’”。^{〔65〕}

〔61〕 克劳斯·洛克辛,见前注〔23〕,第59页。

〔62〕 高桥则夫,见前注〔21〕,第427页。

〔63〕 松原芳博,见前注〔54〕,第290页。

〔64〕 (日)佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,有斐阁2013年版,第383页。

〔65〕 阎二鹏:“共犯本质论之我见——兼议行为共同说之提倡”,《中国刑事法杂志》2010年第1期,第29页。

在笔者看来,“部分行为部分责任”虽然符合归责的基本原理与形式逻辑的推论规则,但是,在区分制的法律体系下,却没有存在的空间或余地。因为在数人参与犯罪的场合,采取“部分行为部分责任”的原则,是以承认责任分担为前提的。而区分制将犯罪参与者分为正犯与共犯(即教唆犯和帮助犯),主要是根据参与者实施的是实行行为还是教唆行为或帮助行为来予以区分,给予轻重不同的处罚。一旦在犯罪论层次(即定罪阶段)确定参与者是正犯或共犯,其处罚的轻重就已经被确定下来,不存在量刑阶段还要根据其实施的是哪部分行为来确定其分担整体责任中的哪一部分的问题。并且,共同正犯中的几个共同正犯人各自承担的责任(即处罚的轻重)是相同的,根本不会考虑其实施的是哪一部分行为、对整体犯罪有多大贡献(或作用)、从而应分担整体责任的多少(即承担多大部分的责任)。

再来看“全部行为全部责任”之说,按持此说的论者之解释,以 X 和 Y 共谋杀 Z、同时开枪仅有 Y 的子弹命中并致 Z 死亡为例,“在这种情况下,不只是 Y, X 也应承担杀人罪既遂的责任。因 X 通过与 Y 共同实行犯罪行为设定了自己行为对结果的直接因果性,以及经由 Y 的行为对结果的间接因果性,所以对 Y 的行为结果也要承担责任。”^{〔66〕}但是,正如前文所述,认为 X 的行为与 Y 造成的 Z 的死亡结果之间有因果关系, X 也要对 Z 的死亡结果负责,与 X 对其与 Y 合作造成 Z 被杀害的全案负全部责任并不是一回事; X 若对全案负了“全部责任”, Y 也就无责要负了;另外,认为 X 实施了“全部行为”,逻辑的结论应当是 Y 没有实施行为,而事实正好相反,是 Y 的行为直接导致 Z 死亡结果发生的。如果说 X 只是对自己实施的“全部行为”及其所造成的结果承担“全部责任”,这似乎没有问题。但是,这显然是主要适用于单独犯罪的一般归责原理,不能说是共同正犯特有的归责原理。而共同正犯的特殊性就在于对其他同案犯的行为直接造成的结果,行为人也要承担责任。将其他同案犯的行为纳入某个共同正犯人“全部行为”的范围,虽然可以为他要承担“全部责任”找到根据,但毕竟与事实不符,也就是他事实上并未实施全案的全部行为。

四、单一正犯理论处理共同正犯案件的优势

(一)定罪难题的解决

如前所述,正犯与共犯相区分的体系是以限制正犯概念论作为理论基础的。按这种理论,在数人参与犯罪的场合,应以行为人个人实施的行为形式作为区分正犯与共犯的标准,即实施构成要件行为(或实行行为)的是正犯,实施构成要件行为以外之行为的为共犯(教唆犯和帮助犯)。刑法以处罚正犯为中心,以处罚共犯为例外。共犯的定罪要受实行从属性和要素从属性的限制,共犯的处罚也轻于正犯。由于正犯是按单独正犯来设计的,刑法分则规定的构成要件行为也以单独实行为模式。当行为人利用他人作为工具实施犯罪的场合,按限制正犯概念论,对利用者的定罪和处罚就成为一大难题,为弥补这一缺陷或漏洞,不得不用间接正犯的规定或

〔66〕 佐伯仁志,见前注〔64〕,第 382—383 页。

理论来予以弥补。^[67]与此同时,当数人分担行为或共同实行犯罪时,按单独正犯的模式或思路来定罪处罚,也会遇到障碍。前述A实施暴行B夺取财物的共同抢劫案件就是适例。单独来看A与B的行为,他们均没有实施抢劫罪的实行行为,都不能定抢劫罪;前述甲抱住丙由乙杀死丙的共同杀人案件也有相似性。单独而论,甲仅实施了抱住丙的行为,这种行为既不具有剥夺人生命的性质,甚至也无伤害人身体的作用,无疑不能成立杀人罪或伤害罪的单独正犯,如果作为共犯(即帮助犯)来认定,按采取区分制的德、日刑法的规定,处罚就会很轻,明显不具有合理性。为了弥补这一缺陷或漏洞,刑法不得不作出关于共同正犯的特殊规定,从而带来前述种种难题。

但是,按我国刑法对共同犯罪的规定和我们的单一正犯解释论,对数人参与的犯罪采取与单个人犯罪同样的定罪规则,即对每个参与者分别根据其参与的事实,考察其客观上是否实施了特定的犯罪行为(含实行行为、教唆行为、帮助行为和预备行为)、主观上是否有特定犯罪的故意或过失以及有无责任能力乃至阻却违法或责任的事由,以认定其是否构成此种特定的犯罪。并且,按单一正犯理论,“引起了符合构成要件的法益侵害的人就应当都是正犯,正犯与共犯之间原本应当是没有差异的,刑法分则的构成要件不是为狭义的正犯而设,而应当涵括了每一种参加形式。”^[68]也就是说,刑法规定的具体犯罪行为,并非仅限于实行行为(或正犯行为),而是还包含教唆行为、帮助行为和预备行为。例如,我国刑法第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”。该条中的“杀人”就包括实行杀人、教唆杀人、帮助杀人、预备杀人等多种行为类型,并非仅指“实行杀人”一种情形。以前述甲与乙共同杀丙的案件为例,甲抱住丙的行为虽然不是杀人的实行行为,但却是第232条中的“杀人”所包含的帮助杀人的行为。这就表明甲在客观上实施了该条中的“杀人”行为,主观上又有杀人的“故意”,对甲按故意杀人罪定罪,在我国不存在上述德、日刑法中那样的法律障碍或问题。至于处罚,则可以根据甲在与乙共同犯罪中的作用大小,给予与乙轻重相当或者比乙轻、比乙重的处罚,同样不会出现像上述德、日刑法中如果没有共同正犯的规定,对甲按单独犯无法定罪处罚、按共犯则只能以帮助犯给予比正犯乙轻得多的处罚之不合理现象。

对前述A与B共同抢劫的案件,由于德、日刑法采取的区分制的一大特点是,根据每个参与者个人实施的行为,将其区分为正犯与共犯来予以定罪处罚,如果没有共同正犯的规定,A就只可能被认定为暴行罪的单独正犯与盗窃罪的共犯,B则只可能被认定为盗窃罪的单独正犯与暴行罪的共犯。这样定罪,显然没有揭示其行为的强行夺取他人财物的本质特性。但是,按照单一正犯的定罪规则,就不会出现这样的定性不科学、不合理的问题。因为按单一正犯论,数人故意参与犯罪的场合,每个参与者都是把他人的行为作为实现自己犯罪的手段或工具

[67] 参见刘明祥:“间接正犯概念之否定——单一正犯体系的视角”,《法学研究》2015年第6期,第98—115页。

[68] Baumann, Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH, NJW 1962, s.375. 转引自何庆仁:“共犯判断的阶层属性”,《中国刑事法杂志》2012年第7期,第22页。

加以利用、作为补充,将其作为自己的行为(或犯罪)的有机组成部分,如同利用动物伤害他人一样,应视为利用者以动物作为工具伤害了他人。^{〔69〕}按这样的解释论,上述A与B共同抢劫的案件中,由于A与B主观上都有强行夺取C财物的抢劫故意,客观上A对C实施暴行排除其对财物的掌控,同时利用B拿走C在地上的提包,如同唆使自己驯养的狗叼走其提包一样,因而也有强行夺取他人财物的行为;基于同样的理由,认为B实施了同样的强行夺取他人财物的行为,也不成问题。可见,按单一正犯理论,认定A与B具备抢劫罪的主客观要件、构成抢劫罪,成为理所当然的结论。

另外,按这样的解释论,由于每个参与者都是相互把他人的行为作为自己行为的一部分加以利用、予以补充,那么,即便是由他人的行为直接引起了侵害法益的事实或结果的发生,也仍然视为参与者利用他人的行为作为自己犯罪的手段或工具,引起了危害结果的发生,这正是每个参与者都要对参与范围内的危害结果负责的根据所在。如果不能确定是参与者中谁的行为引起了危害结果的发生,只要能够确定假如没有所有参与者的行为,危害结果就不会发生,那就足以认定他们的行为与危害结果之间有因果关系,均要对结果负责。以前述X与Y约定枪杀Z为例,尽管两人同时对Z开枪,既有可能出现Y的子弹击中并致Z死亡,而X的子弹打偏的情况;也可能出现仅有一颗子弹击中而致Z死亡,但不知是X还是Y的子弹击中的情形。正如前文所述,在采取区分制体系的条件下,如果没有共同正犯的规定,对前一种情形中的X,只能定杀人未遂罪;对后一种情形中的X与Y,都只能定杀人未遂罪。但是,按上述单一正犯的定罪规则,对这两种情形中的X与Y,都应定杀人既遂罪,根本不可能得出定杀人未遂罪的不合理结论。

(二)处罚失衡的避免

对数人参与犯罪的案件,单一正犯体系是根据每个参与者参与犯罪的性质和参与犯罪的程度,来确定其处罚轻重。所谓参与犯罪的性质,主要是指实施的是何种性质的行为及行为的具体表现,包含实施的是实行行为、教唆行为还是帮助行为,等等。所谓参与犯罪的程度,则主要是指参与者对犯罪的贡献或所起作用的大小。判断时当然要考虑各参与者实施的是何种行为乃至行为的具体表现形式,但重在综合考虑各方面的情况,如犯罪由谁引起、由谁实行、各人的行为对结果的发生所起作用的大小,等等。我国刑法将共同犯罪人按其在共同犯罪中所起的作用大小,分为主犯、从犯与胁从犯,给予轻重不同的处罚,无疑是单一正犯处罚规则的充分体现。正因为按我国刑法的规定或单一正犯的处罚规则,对各参与者的处罚轻重,要综合考虑其参与犯罪的主客观方面的多种因素,因而可以有效避免区分制主要根据参与行为来区分正犯与共犯及其处罚轻重,有可能带来的处罚失衡的问题。以前述甲抱住丙由乙杀死丙的共同杀人案为例,在区分制的体系下,如果没有共同正犯的规定,甲的行为只能算是帮助杀人,而对甲按杀人罪的帮助犯处罚,与乙作为正犯的处罚相比,在通常情况下都显得太轻、无法均衡。但按我国刑法的规定和单一正犯的处罚规则,对甲完全可以根据其在共同犯罪中的作用,认定

〔69〕 黄荣坚,见前注〔12〕,第765页。

为主犯,判处与乙轻重相当、甚至比乙还重的刑罚,根本不存在对甲尽管有必要处以与乙轻重相当的刑罚却不可能实现的法律障碍。

另外,由于区分制对所有共同正犯人都以正犯论处,也就是与单个人单独犯同种罪同样处罚,自然也就不存在对整体犯罪责任的分担,也不会因分担责任大小的不同,而出现处罚轻重上的差异。但即便是各参与者都到现场分担部分行为的典型“共同正犯”案件,各自参与犯罪的情况也可能会有较大差异,不应不加区分地对所有参与者都同等看待,给予同样的处罚,而应当区别不同情况,予以区别对待,处罚轻重有别。以前述甲抱住丙由乙杀死丙的案件为例,按我国刑法的规定,应综合考虑全案的各种事实情节,分别对甲、乙作出是主犯还是从犯或胁从犯的准确判断,从而给予轻重适当的处罚。具体来说,如果甲、乙所起的作用相当,可以将他们都认定为主犯;如果甲是黑社会头目,乙听命于甲,受甲指使作案的,甲是主犯,乙只是从犯;如果乙是主谋者,甲是应邀来为乙帮忙、或被乙胁迫来作案的,则乙是主犯,甲是从犯或胁从犯。这种根据案件的不同情况对参与者做不同认定,从而给予轻重不同处罚的做法,明显比将所有参与者均认定为共同正犯,不能体现处罚差异的做法更具有公平合理性。况且,按德、日等国民事法律的规定,在数人共同实施侵权行为造成他人损害的场合,原则上应根据各人的过错程度和对损害结果的贡献大小等因素,来确定责任分担比例或各自承担的份额。^[70]我国《侵权责任法》第14条也明确规定,“根据各自责任大小确定相应的赔偿数额”。毋庸置疑,刑事责任与民事责任是两种不同的责任类型,但两者均在法律责任的范围之内,对责任人追责的基本要求是相同的:既要体现公正性又要具有公平性。然而,在区分正犯与共犯的刑事法律体系下,对各共同正犯人的处罚相同,也就是其各自承担的责任相同,很难保证追责的公平合理性。例如,X应朋友Y之邀去殴打Z,到达现场后,X对Z胸部打了一拳(未造成伤害后果),Y顺手操起木棒猛击Z头部,致Z颅骨骨折,造成Z终身残疾。按采取区分制的德、日刑法的规定,X、Y构成伤害罪的共同正犯,对X原则上应给予与Y轻重相同的处罚。这样处理,明显不具有公平合理性。因为无论从主观恶性程度(或过错程度)还是从客观上对危害结果的贡献大小来看,Y的责任明显大于X,对Y的处罚也应重于X。按德、日等许多国家民事法律的规定,Y分担的责任或赔偿的数额也会明显大于X。在我国的司法实践中,刑事附带民事诉讼的案件占有相当大的比例,假如上述案件的判决,对刑事部分采取共同正犯的处罚规则,民事部分适用《侵权责任法》第14条的规定,那就会出现对X与Y的刑事处罚没有差异,但民事赔偿却有巨大数额差异的极不协调的现象。这种不协调的现象,按我国现行法律的规定,实际上是不会发生的;而按德、日现行法律的规定,则是不可避免的。

我国持共同正犯肯定论者认为,“由于我国刑法分别对主犯、从犯、胁从犯规定了处罚原则,所以,对共同正犯采取部分实行全部责任的原则,并不意味着否认区别对待罪责自负的原则。在坚持部分实行全部责任原则的前提下,对各共犯人应区别对待,依照刑法规定的处罚原

[70] 参见叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”,《中国法学》2010年第1期,第74页。

则予以处罚。”^{〔71〕}因此,按我国刑法的规定,不会出现上述对共同正犯人不予以区别对待的不合理现象。笔者也不否认,对数人共同故意实行犯罪的“共同正犯”案件,按我国刑法规定的共同犯罪的处罚原则,应将参与共同犯罪者分为主犯、从犯或胁从犯,给予轻重不同的处罚,确实不会出现对有必要给予较轻处罚的行为人,也只能与同案的其他“共同正犯”人予以相同的较重处罚的不合理现象。然而,正如前文所述,这是因为我国刑法对共同犯罪的处罚规定,完全不同于德、日等国刑法对正犯(含共同正犯)与共犯的处罚规定,不能认为将犯罪参与者均认定为共同正犯之后,还可以再分为主犯、从犯或胁从犯给予轻重不同的处罚。如果按我国刑法的规定,将其中的共同故意实行犯罪者,有的认定为主犯给予较重的处罚,有的认定为从犯或胁从犯给予较轻的处罚甚至免除处罚,这种区别对待的做法,明显与德、日等国刑法规定的共同正犯的处罚规则不符,笔者相信,德、日精通共同正犯论者也不会将这种免除处罚的从犯或胁从犯,与同案中应判处较重处罚的主犯一起视为共同正犯。这从另一个侧面证明,我国刑法不是采取区分制的立法体系,不能将我国刑法第 25 条第 1 款视为对共同正犯的规定。

(三) 区分困境的解脱

如前所述,德国刑法第 25 条第 2 款、日本刑法第 60 条对共同正犯的规定,是为弥补区分制对犯罪参与者定罪处罚的缺陷而设立的。如果对该规定作十分严格的解释,那就会使之成为一项注意规定,失去弥补区分制缺陷的作用或意义;如果对之作宽泛的扩大解释,虽有可能达到合理处罚部分犯罪参与者的目的,但会导致共同正犯范围的无限扩大化,从而动摇区分制的根基,走向区分制的反面。日本的司法实务就证明了这一点。由于他们在“实务中对共谋共同正犯采取了简单承认的态度”,“共犯几乎都是共同正犯”,“教唆犯、帮助犯已处于濒临消失的状态”,给人的印象是,无视刑法条文的规定,似乎已走上单一正犯的道路。^{〔72〕}之所以出现这种奇怪现象,在笔者看来,根本的原因在于数人参与的犯罪存在十分复杂的情况,决定参与者对犯罪的贡献大小和主观恶性程度的因素也多种多样,以参与者实施的是实行行为还是教唆行为、帮助行为作为主要根据,来区分正犯与共犯,给予轻重不同的处罚,在许多犯罪案件中会出现对参与者定罪处罚不合理、不均衡的现象。日本的司法实践表明,区分制的理念与合理惩罚犯罪的需要不符,根本不可能贯彻到底。共同正犯的规定给司法者和学者留下了一定的解释空间,为司法实践中拓展正犯的范围以保证处罚的合理性提供了便利。但将没有分担实行行为的参与者(如单纯共谋者、室外望风者)解释为共同正犯,无疑与作为区分制根基的限制正犯概念论不符,也是违反区分正犯与共犯之初衷的。正因为如此,德、日刑法学界的通说,既不主张将刑法关于共同正犯的规定解释为注意规定,也不主张对之作宽泛的扩张解释(以免无限扩大共同正犯的范围),而是采取折衷的态度,有限制的拓展共同正犯的范围,强调应将共同正犯与狭义共犯区别开来。但是,采用何种标准来合理区分,又成为一个无法解决的难题。

相反,我国刑法对共同犯罪的规定及我们采取的单一正犯体系,能很好地适应司法实践合

〔71〕 张明楷,见前注〔59〕,第 395 页。

〔72〕 松宫孝明,见前注〔38〕,第 207 页、第 276 页。

理惩罚犯罪的需要,可有效解决区分制及共同正犯的立法所带来的上述弊病。正如前文所述,我们对数人故意参与的犯罪,不是按参与的行为形式区分为正犯与共犯、给予轻重不同的处罚,而是只要参与者实施了侵害法益的行为,并引起侵害法益的事实或结果发生,无论其实施的是实行行为还是教唆或帮助行为,均不影响犯罪的成立,在其成立犯罪的条件下,根据其实施的行为与其他参与者实施的行为是否具有共同性,即是否属于共同犯罪行为,其主观上是否有与之共同犯罪的故意,认定其是否成立共同犯罪。如果成立共同犯罪,就要根据其在共同犯罪中的作用大小,分为主犯、从犯或胁从犯,给予轻重不同的处罚。按照我国刑法的规定及我们的司法实践中认定处理共同犯罪的路径,区分制体系中需要通过共同正犯的规定和解释论来解决的处罚不均衡问题,都可以得到圆满解决。例如,日本的共谋共同正犯论之所以一直被判例所采纳,并且逐渐被刑法学界的多数学者所接受,^[73]重要的原因在于如果对不分担实行的幕后操纵者,仅作为教唆犯甚至帮助犯处罚,对被指使去实行犯罪者却要作为正犯更重的处罚,结果是同案参与者之间的处罚轻重明显失衡。在日本,如果没有共同正犯的规定,或不将这种幕后操纵者纳入共同正犯乃至正犯的范畴,确实无法解决对各参与者的评价和处罚失衡的问题。但是,按我国刑法的规定,将参与共谋而不去实行犯罪的幕后操纵者,确定为与现场实行者一起构成共同犯罪,并以其在共同犯罪中发挥主要作用为依据,将其认定为主犯,给予其比到现场作案的实行犯更重的处罚或轻重相当的处罚,既合情合理合法,又便于操作执行,自然没有必要引进日本的共谋共同正犯论。又如,在日本,对共同盗窃案中的室外望风者,判例几乎都认定为盗窃罪的共同正犯。这同样是因为如果参与者一起去作案、平均分赃,仅以其没有分担盗窃的实行行为为依据,认定其为帮助犯,处比比其他同案犯轻得多的刑罚,显然不具有公平合理性。只有将望风者也认定为正犯(即共同正犯),才能使其处罚与其他同案犯相均衡。不仅如此,如果是望风者指使手下犯入室行窃,自己取得了绝大部分赃物,对望风者的处罚应比入室行窃者的处罚重才合适;如果是黑社会组织头目指使手下去杀人,未到现场去的头目,对其的处罚同样应比直接实行杀人者的处罚重才恰当。但是,按区分制及其共同正犯的解释论,不可能如此。按我国刑法的规定和单一正犯的解释论,则很容易做到处罚均衡。我们可以根据案件的具体情况,综合考虑全案多方面的因素,以判断每个参与者在共同犯罪中所起作用的大小,将其认定为主犯、从犯或胁从犯。对上述黑社会头目指使手下杀人的案件,认定指使者为主犯,被指使实行杀人者为从犯;对上述室外望风者指使手下入室盗窃的案件,认定望风者是主犯,入室行窃者为从犯。即,对这类共谋者、望风者比对实行者的处罚还重,完全符合我国的刑法规定和司法实践中的一贯做法。相反,如果从案件具体情况来看,未分担实行的单纯共谋者、室外望风者仅起次要作用,实行者起主要作用,则可以将实行者认定为主犯,共谋者、望风者认定为从犯,前者处罚重后者处罚轻。但是,在日本,将这种共谋者、望风者认定为共同正犯,显然与区分制和共同正犯的基本原理不符,并且会导致共同正犯范围的扩大化,动摇区分制的根基,日本司法实务的现状就是如此。如果将这种共谋者、望风者认定

[73] 参见(日)佐久间修:《刑法总论》,成文堂2009年版,第362页。

为共犯,那就意味着实施同样的共谋行为、望风行为的参与者中,有的被认定为共同正犯,另有的则被认定为共犯,两者的区分不是以其行为形式为根据的,这与区分制的基本理念不符;究竟以什么为标准来区分,又成为一大难题,势必引起执法不一的混乱现象。而按我国刑法的规定和单一正犯的解释论,根据参与者参与犯罪的上述不同情况作不同处理的做法,既能确保对各参与者的处罚均衡合理,又便于司法实践中操作执行,其优越性十分明显。

Abstract: “Co-principals offender” is an outcome of “principal and accomplice dividing system”. It is proposed to make up for the deficiencies caused by this system. Although the legal provisions and interpretative methods about co-principals offender admittedly have solved some problems of conviction and punishment under “principal and accomplice dividing system”, they bring many new problems at the same time. However, the “unitary principal offender system” in China does not distinguish offenders into principal and accomplice, so there is no provision of “co-principals offender” in China. The problems of conviction and punishment caused by “principal and accomplice dividing system” can be solved easily through related provisions in Chinese law and the interpretative method of “unitary principal offender”. Therefore, there is no need to apply “co-principals offender” to explain the joint crime in China. It is also superior to, in terms of coping with the cases in judicial practice, to apply the provisions of the Criminal Law of China than those in German or Japanese criminal law.

Key Words: Co-principals Offender; Joint Crime; Unitary Principal Offender; Criminal Participation

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:高颖文)