

# 共谋共同正犯理论中国化的障碍 及其解释对策

阎二鹏<sup>\*</sup>

---

**摘要** 共谋共同正犯所涉及之核心问题在于如何在理论上圆说对其按照共同“正犯”处罚。在日本学界,以重要作用说为代表的实质正犯论是解释共谋共同正犯现象的主流理论;我国刑事立法文本没有“正犯”之规定仅仅是引入共谋共同正犯概念的形式障碍,与主犯概念完全重叠才是移植这一概念的实质障碍;由共谋共同正犯概念所衍生之实质正犯论与其基本立场之间存在严重冲突,于我国立法框架下可通过参与类型与参与程度的双层次操作避免这一体系性弊端。

**关键词** 共谋共同正犯 实质正犯 限制正犯

---

仅仅参加谋议而未实行的犯罪人,在某些情形下可以作为共同正犯追究其刑事责任,此即由日本刑事法判例发展而来的共谋共同正犯概念,尽管当今日本学界仍存有争议,但“承认共谋共同正犯概念但限缩其处罚范围”已成为主流。我国刑法学深受日本刑法学的影响是不争的事实,在共谋共同正犯问题上亦是如此。近年来,不断有学者撰文提出将此概念引入我国,<sup>[1]</sup>但移植此概念与我国的立法体系是否冲突以及如何通过此一概念对共犯论体系进行反思与再造,均值得深入研析。

## 一、共谋共同正犯的理论根据及其判别标准

共谋共同正犯之所以会被作为问题提出,原因在于在传统的限制(形式)正犯概念前提下,

---

<sup>\*</sup> 海南大学法学院教授。

[1] 参见刘艳红:“共谋共同正犯论”,《中国法学》2012年第6期;刘艳红:“共谋共同正犯的理论误区及其原因”,《法学》2012年第11期。

正犯被限定为全部实行或部分分担犯罪构成要件所规定的实行行为的人。如果将仅参与谋议而未参与实行的共同犯罪人认定为“正犯”,不仅与形式的正犯概念相冲突,也将面临如何圆说《日本刑法》第60条“共同实行犯罪的,皆为正犯”的立法规定的难题。因此,学理上必须对这种现象进行说明。

最早为共谋共同正犯提供理论根据的是时任大审院判事的草野博士所创立的“共同意思主体说”,该说“着眼于异心别体的二个以上的人由于为实现同一目的而结合为一体的社会心理活动,认为共犯是在为实现一定犯罪的共同目的的基础之上,通过二人以上的人的共谋而形成的共同意思主体”。〔2〕学界历来对该说以“立足于团体责任,违反个人责任原则”为理由大加挾伐,其实,细加思索,这种指摘或许也存在失当之处。与团体责任相对应的个人责任原理要求,各行为人只对自己的行为承担刑事责任而不能对他人的行为负担刑事责任,但在共同犯罪的场合,这样的原则需要做出部分修正。“部分行为全部责任”法理其实最终就是将整个共同犯罪团体的结果归责于每一个共同犯罪人,即使这些共同犯罪人并非都亲自实施了构成要件行为。换言之,只要承认“部分行为全部责任”的法理,就必然带有“团体责任”的印迹,不管是将其说理命名为“共同意思主体”抑或其他。因此,共同意思主体说只是“部分行为全部责任”原则的翻版。

共同意思主体说不被接受的真正原因或许是:在正犯、共犯二元区分制前提下,共谋共同正犯的核心问题并不是单纯谋议者是否构成共同犯罪,而是能否被作为“正犯”看待。对此,西田典之教授这样概括:“这并不是共同正犯为何要作为‘共犯’承担全部责任这一处罚根据问题,而只是为何应作为共同‘正犯’受到处罚这一共同正犯性的标准问题。”〔3〕反观草野博士,其在大审院刑事判例中明确提出:“共同正犯的本质在于,二人以上者有如一心同体,相倚相援,共同实现各自的犯意,以实行特定的犯罪。这就是共同者都对既成的事实负担全部责任的理由。”〔4〕但所有参与者对整个共同犯罪的结果承担全部责任,并不代表这些参与者一定成立共同“正犯”,在教唆、帮助等间接实现构成要件结果的场合,行为人也要对整个共同犯罪结果负担全部责任。共同意思主体说只是回答了犯罪参与者作为共犯对犯罪结果承担责任的根据,因而只能被作为“共犯的处罚根据论”意义上的理论对待,对于共谋共同“正犯”的成立条件的说理依赖所谓的“同心一体”“互相支援”等说辞并不能实现。

我国学者在理解共谋共同正犯的理论根据时也存在同样的问题,如刘艳红教授引用大谷实先生的观点,“共同正犯中的共谋共同正犯的场合,共同人在通过共同谋议,形成相互作用、补充的合作关系,实施犯罪的实行行为,从而引起对法益的侵害或威胁的一点上,能找到其处罚根据”,〔5〕从而得出共谋者需对于实行者的实行行为具有实质上的支配性或者等价分担性

〔2〕(日)大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,页319。

〔3〕(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,页285。

〔4〕(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,页272。

〔5〕(日)大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,页364—365。

是成立共谋共同正犯的客观条件。<sup>〔6〕</sup>其实,从因果共犯论的基本立场出发,共同正犯与教唆犯、帮助犯的处罚根据一样,均是与被告侵害结果之间具有因果关系,或者说均是以他人的行为为媒介扩张了自己行为的因果性。这种刑事责任构造上的相似性只能用来说明为何将法益侵害结果归责于行为人,却无法说明对参与者为何应作为共同“正犯”进行处罚。

从对共同意思主体说的分析可以看出,共谋共同正犯的核心问题不在于共谋者是否成立“共犯”,而是如何解释其构成共同“正犯”。如此的问题必然回归到正犯、共犯的区别标准理论上。由于形式客观说之下的形式的正犯概念必然排斥共谋共同正犯的概念,逻辑上自可通过将正犯、共犯区隔标准转换为实质的标准抑或主观的标准来容纳共谋共同正犯概念。<sup>〔7〕</sup>目前日本对共谋共同正犯进行说理的主流观点是“实质的正犯论”,尤以平野龙一教授提出的“重要作用说”影响最为广泛。其认为从实质上看,对结果的发生起重要作用的就是正犯,反之则是共犯;而判断是否起重要作用,则需要以共同者内部的地位以及对实行行为加功的有无、样态、程度等为标准。<sup>〔8〕</sup>除此之外,日本司法实务中也有采纳“主观的正犯论”来界定正犯的判例,这种观点将所谓行为人是为“自己犯罪”还是为“他人犯罪”作为区分正犯、共犯的标准,申言之,“以意欲完成自己的犯罪而实施行为的为正犯,以意欲加担他人的犯罪而实施行为的为共犯”。<sup>〔9〕</sup>

无论是实质的正犯论抑或主观的正犯论,较之早期判例所确立之共谋共同正犯概念,无疑限定了其处罚范围:虽然共谋共同正犯概念为判例最先确认,但早期的判例对共谋共同正犯的成立条件均仅强调通过共谋形成的“意思联络”。以二战后日本最高法院裁判的“练马案”为例,在其判决中载明:

共谋共同正犯的成立,必须存在以下事实:二人以上,为实施特定的犯罪,通过共谋形成共同的意志,互相利用对方的行为而实现各自的意志,由此实行犯罪。因此,只要参与了具有以上内容的共谋,即使没有直接实施实行行为的参与者,也可以认定其以他人的行为作为自己的手段而实施了犯罪,因此其罪责和实际实施犯罪的人之间没有理由加以区别。<sup>〔10〕</sup>

但是,仅仅通过“意思联络”形成的“共同意志”就能认定共谋共同正犯的话,其范围显然过宽,因为在教唆犯、帮助犯等狭义共犯の場合,各参与者与正犯之间也具有上述意义上的沟通与联络。实质的正犯论与主观的正犯论正是在承认共谋共同正犯概念的前提下,试图分别从客观与主观两个层面对其成立范围进行限缩。

〔6〕 参见刘艳红:“共谋共同正犯的理论误区及其原因”,《法学》2012年第11期。

〔7〕 目前,日本学界对共谋共同正犯概念进行论证的理论学说较多,计有行为支配论、间接正犯类似说等诸多理论,但除主观的正犯论之外,其他学说之共同特点均在于对“实行行为”进行规范的、价值的把握而非形式的把握,因此,逻辑上当可归类于实质正犯论的范畴。

〔8〕 参见(日)平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,页398。

〔9〕 (日)大谷实:“日本刑法中正犯与共犯的区别——与中国刑法中的‘共同犯罪’相比照”,王昭武译,《法学评论》2002年第6期。

〔10〕 金光旭:“日本刑法中的侵犯知识产权行为的参与者及其刑事责任——以共犯理论为视角”,《清华法学》2008年第2期。

以“重要作用说”为代表的实质正犯论之下,共谋共同正犯的成立条件被归结为“对犯罪的实现起了至少与实行者相当的重要作用”,由此,如果行为人仅仅参加共谋而未对犯罪的完成起到与实行者相当的作用时,不能作为共同正犯处理。至于重要作用的具体判别标准,学理上进一步按照共谋者与实行者之间的关系细分为支配型与分担型两种:前者强调共谋者对实行者的支配关系,如有组织犯罪的头目基于上下级关系命令下属实施犯罪;后者着眼于共谋者与实行者处于对等立场对犯罪的实现共同分担了同等的作用,如在谋议阶段与实行者积极出谋划策等情形。支配型共谋共同正犯与分担型共谋共同正犯只是对单纯共谋者构成共同正犯的一种粗略划分,当然不可能穷尽所有的共谋共同正犯类型,且最终在判断共谋共同正犯的成立条件上必须回归到共谋者对犯罪的完成所起的作用这一实质标准。

与实质的正犯论立场不同,主观的正犯论意图以共谋者是“实现自己的犯罪”还是“他人的犯罪”为标准来限定共谋共同正犯的成立范围,申言之,“在意思联络的过程中,如果各自持有自己的犯罪的意识,并相互认识到这种意识的存在,那么全部成员就都是共谋共同正犯,而在如果有人持有他人的犯罪的意识,他人亦了解这一点的情况下,那便不是共谋共同正犯”。〔11〕严格贯彻主观的正犯论,既可能将没有实行行为的共谋者认定为共同正犯,也有可能将在犯罪中发挥重要作用的人定为从犯。在日本相关的判例中,也确实存在这样的情形。例如,在千叶县地方法院松户支部1980年11月20日的判决中,对驾车协助抢劫实行犯逃跑、其后接受报酬的被告人,法院一方面肯定其在抢劫行为中所发挥的重要作用,另一方面又以被告人主观上并没有利用实行犯实现自己犯罪的意图为由,将其认定为抢劫帮助犯。〔12〕这样,主观的正犯论与实质正犯论所界定的共谋共同正犯范围就存在相当大的分歧。〔13〕但对犯罪的完成起了重要作用的共谋者无法认定为正犯而予以处罚,显然与创设共谋共同正犯概念的初衷相违背。也正是基于这样的缘由,实质的正犯论被视为当今日本刑法学界关于共谋共同正犯的主流观点。

## 二、共谋共同正犯的本土化障碍

共谋共同正犯概念将仅仅参与共谋而未参与实行,但对犯罪的实现发挥了比实行者更为重要或同等重要作用的参与者认定为“正犯”,确保了量刑上的合理性。但将共谋共同正犯概念引入我国,需要直面的逻辑障碍来自两方面:其一,能否与我国的共犯立法体系契合;其二,是否与主犯的判别标准相重叠。笔者认为,前者或许只能说是形式障碍,而后者则可谓实质障碍。

〔11〕 (日)松本时夫:“共谋共同正犯与判例·实务”,载《刑法杂志》第31卷第3号,页315,转引自陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版,页550。

〔12〕 参见西田典之,见前注〔3〕,页290。

〔13〕 当然,就主观的正犯论而言,如果说对共谋者主观层面是否具有“正犯意志”的判断需结合客观证据所能证明的客观事实来认定的话,比如,参与者参与的态度是否积极,往往需要从其外部表现出来的参与行为的形态和作用来判断,这一学说与实质的正犯论之间的分歧或可相当程度地化解,但在严格意义上说,这种主观说已很难再称之为“主观”的正犯论了。

### (一)形式障碍

共谋共同正犯概念存在的前提在于正犯、共犯二元区分制的立法体系,这是学界的共识,因此,将此一概念引入我国,首先要解决的问题便是我国的犯罪参与立法模式与正犯、共犯二元区分制体系之间是否存在冲突?

从形式上看,我国共犯立法并未采取正犯、共犯相区分的二元参与体系,立法文本中也不见“正犯”的文本表述,相反却有“主犯、从犯”的立法文字,这种立法模式的体系归属问题在学界存有不小的争议,多数学者将区分制的共犯立法模式称为“分工分类法”,并认为我国《刑法》是以作用为主兼顾分工对共同犯罪人予以分类,我国刑法学上研究的是两类四种共同犯罪人,即一类为主犯、从犯、胁从犯,另一类为教唆犯。<sup>〔14〕</sup>逻辑延伸的结果便是,由于我国刑法承认了教唆犯的存在,便意味者认同分工分类法的价值,从这个意义上说,我国刑法在共犯领域是倾向于区分制的。<sup>〔15〕</sup>与上述观点不同,刘明祥教授基于我国《刑法》关于教唆未遂的处罚规定,旗帜鲜明地提出我国刑事立法关于共同犯罪的规定与德日等二元区分制立法体系不同,属于一元犯罪参与体系(单一制),即所有共同参与犯罪的人都视为正犯,而不注重从构成要件的立场来区分正犯与教唆犯、帮助犯,只是在正犯之内根据其加功的程度和性质于量刑时予以考虑。<sup>〔16〕</sup>

笔者以为,在共犯立法模式上无论是一元参与体系还是二元区分制的参与体系,其建立的核心基础均是“构成要件的实现方式”。在将共犯人区分为正犯、共犯的二元犯罪参与体系之下,其核心的思考在于将直接实现构成要件的行为与间接实现构成要件的行为作本质的区分,从而形成所谓的“基本构成要件”与“修正构成要件”的观念,两者分别为正犯与共犯提供处罚根据;在一元犯罪参与体系之下,直接与间接实现构成要件的行为均被视为符合构成要件的行为,只要与构成要件的实现具有因果关系之人均被视为正犯。无论是何种参与体系,犯罪参与(共犯人)类型的划分,最终可归结为对构成要件符合性的观念不同。换言之,欧陆国家犯罪参与立法中有关共犯人的分类,由于其始自“构成要件符合性”的解释,其最终必然落脚在“定罪”或曰对行为性质的认定上。反观我国《刑法》中的主从犯的共犯人分类情形,其划分依据与构成要件无关,仅仅与量刑相关联,因此,严格意义上说,并不能称之为犯罪参与类型,起码不能与大陆法系国家正犯、共犯的分类标准相并列。传统观点正是在“将共犯人分类标准作为二元参与体系与一元参与体系之关键区别”这一认识误区下,将分工分类法之下的正犯、共犯与作用分类法之下的主犯、从犯相并列了。

以此为标准衡量,我国的共犯立法模式既不属于区分制也不属于单一制。我国立法中虽出现了“教唆犯”的字眼,但据此推论我国共犯立法模式明确采用了区分制也还存在障碍,原因在于:如果认为立法上采取了区分的立场,则必然认同“自己亲自实现构成要件”与“借助于他人实现构成要件”的差别,这一立场决定了对于后者即间接实现构成要件的行为(人)类型必须在总则中加以明确,以确认其处罚根据。而我国共犯立法中充其量只有关于“教唆犯”的规定,

〔14〕 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2011年版,页172。

〔15〕 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,页5。

〔16〕 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。

对于其他“借助于他人实现构成要件”的行为(人)类型,如帮助犯、间接正犯、共同正犯等,并未加以规定,这又与区分制的立场直接冲突。对此,有学者提出我国《刑法》“尽管只明文规定了教唆犯,但事实上,主犯、从犯这些以作用分类法得出的概念背后,实际上涵括了实行犯(正犯)、帮助犯、组织犯这些分工分类法得出的概念。……这表明,即或只考虑作用分类法标准所得出的共犯人类型,正犯概念在我国刑事立法中也是蕴含于其中的”,<sup>[17]</sup>以此为论据认为解释论上的正犯概念在我国是有立法根据的。上述逻辑分析过程值得商榷,如果承认作用分类法与分工分类法是两种不同的共犯人分类标准的话,那么,这两种不同的分类标准之下的子项目就必然存在重合、交叉的部分,主犯自然有一部分可归属于正犯,反之亦然;但如果据此就认为,我国刑事立法采纳了分工分类法的话,那就意味着,立法上无论采用何种共犯人分类标准,都可将其它标准涵括在内,最终将导致没有所谓作用分类法与分工分类法之分。这样的逻辑分析不免有些荒诞。

其实,结合《刑法》第29条第1、2款的规定分析,立法上提及“教唆犯”的目的仅在于规定处罚原则,并不意味着将教唆犯作为共犯人类型予以明确;另一方面,教唆未遂的处罚规定也不能直接推导出我国刑事立法采用了单一制。《刑法》第29条第2款确定了教唆未遂的刑事责任,从而引发了学界关于教唆犯性质旷日持久的争论,教唆犯从属性说与独立性说都不乏支持者。但相对而言,将“被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或减轻处罚”的规定解释为教唆犯独立性说的立场,较之将其解释为“间接正犯”<sup>[18]</sup>抑或“未遂犯的教唆犯”<sup>[19]</sup>的教唆犯从属性说的立场,是更贴合文理解释的观点。不过,共犯独立性说、从属性说的结论在当今单一制、区分制的立法现实下并无一一对应关系:在诸如《奥地利刑法典》等典型的单一制立法模式下,亦出现了“帮助(援助正犯概念)的未遂不处罚”之规定。学理上认为,帮助未遂不处罚的根据在于帮助行为本身对法益侵害的危险性是间接的,无法将其评价为实行行为。同样,在单一正犯体系之下,教唆行为的未遂也并不必然受到处罚。所以,即使采用单一正犯体系,不处罚某些参与行为的未遂仍然是可能的。<sup>[20]</sup>相反,区分正犯、共犯的二元制,也不是必然排斥共犯独立性说。从公认的区分制国家立法例来看,教唆未遂抑或独立教唆犯的规定并不鲜见,如《德国刑法》第30条第1项明确规定,涉及最低本刑为一年以上有期徒刑之罪者,即使被教唆人未至于犯罪,教唆人还是可能构成犯罪。日本附属刑法《破坏活动防止法》、《爆炸物取缔罚则》等也有独立教唆犯的规定,学理上将其理论根据归结为,在判断教唆行为本身是否具有侵害法益的实质危险性、紧迫性的问题上,“如果将行为无价值论彻底化,也有可能认为即使正犯还没有实行着手,只要实施了共犯行为就具有可罚性”。<sup>[21]</sup>

[17] 参见刘艳红:“共谋共同正犯论”,《中国法学》2012年第6期。

[18] 参见何庆仁:“我国刑法中教唆犯的两涵义”,《法学研究》2004年第5期。

[19] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页378。

[20] 参见江溯:《犯罪参与体系研究——以单一正犯体系为视角》,中国人民公安大学出版社2010年版,页188。

[21] (日)山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年版,页796,转引自陈家林,见前注[11],页515。

上述逻辑论证表明,对我国共犯刑事立法作如下解读或许更为合理:我国刑事立法仅仅根据作用分类法将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯三类,同时对教唆犯的处罚原则进行了特别规定。换言之,在现行立法框架下,共犯人分类仅仅解决了量刑而没有解决定罪问题,在“构成要件符合性”亦即定罪层面上的犯罪参与类型立法尚属空白。这就意味着,在现行的立法框架下,用单一制与二元区分制的逻辑架构来解释现行刑法都是可行的。较之德日刑事立法的规定,我国《刑法》的共同犯罪规定为我们提供了更大的解释空间,因此,与我国共犯立法规定之间的形式冲突并不构成采用正犯、共犯区分制来解释现行立法进而引进共谋共同正犯概念的真正障碍。

## (二)实质障碍

由于我国共犯立法采取了作用分类法这一影响共犯人量刑的标准对共犯人进行分类,在引入共谋共同正犯的同时必须考察此一概念是否与主从犯的概念相重叠。

如前文所述,通过实质的正犯论尤其是“重要作用说”的理论支撑,共谋共同正犯概念得以成立,且其成立条件被概括为“对犯罪的实现起了至少与实行者相当的重要作用”,这种以行为人对犯罪的实现所起的作用为标准界定正犯的操作模式难免与我国《刑法》“以共犯人在共同犯罪中所起的作用”为标准划分出的主犯范围有重叠之嫌。刘艳红教授提出,主从犯的共犯立法模式以作用分类法为标准建立,而作用大小的认定又是以各行为人在共同犯罪中的社会危害性的大小为标准划定的。社会危害性概念本身存在主观随意性等缺陷,极易导致主犯认定中的争议。相反,引入实质的正犯概念以是否实施了构成要件中的实行行为这一“客观”标准就可以避免上述极具主观色彩的争议。<sup>〔22〕</sup>刘教授的上述分析或许只是一厢情愿。

首先,我国通行的教科书在论述主犯时所提及的“主犯具有更大的社会危害性”,只是就共同犯罪人被认定为主犯之后的结论,而不能被理解为确定主犯、从犯的标准。主犯、从犯的区别标准在于其在共同犯罪中所起的作用,这是包括通说在内的所有学者的共识,在共同犯罪中起主要作用的人(即主犯)的社会危害性当然要比起次要作用的人(即从犯)的社会危害性大。但无论是学理还是司法实践中,都没有人主张以“社会危害性大小”为标准界分主犯、从犯,因为这一概念的高度抽象性决定了其不具有实践操作性,在实践中判断主从作用还必须依据更为细化的标准,如“在共同犯罪中所处的地位、参与程度、犯罪情节以及对造成危害结果所起作用的大小”<sup>〔23〕</sup>等主、客观事实要素进行判断。这从相关的司法解释中亦可以得到印证,最高人民法院2000年4月4日印发的《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》中指出,在共同犯罪中起意贩毒、为主出资、毒品所有者以及其他起主要作用的是主犯,显然,主犯的核心标准是在共同犯罪中“起主要作用”,而该解释中提及的“起意贩毒、为主出资、毒品所有者”是判断共同犯罪中起主要作用的具体细化标准。由此看来,将主从作用的评价基准定位于“社会危害性”,是对立法与司法实践的误读。诚然,“主从作用”这样的法律概念具有强烈的价值判断意味,但显而易见的是,“法律语言需要一些话语用于各种抽象的、高于一切个别现象的概念”。<sup>〔24〕</sup>成文刑法的简洁性与其调整的

〔22〕 参见刘艳红,见前注〔6〕。

〔23〕 高铭喧、马克昌,见前注〔14〕,页174。

〔24〕 (德)科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,页176。

生活事实的多样性决定了立法中需要法官进行价值判断的概念不可避免,刑法中大量存在的规范性构成要件要素就是明证。如果说所有的需要法官进行价值判断的法律概念都会导致主观随意性,那么,法律解释本身也就丧失了存在的空间。

其次,以“重要作用说”作为正犯的界定标准绝非纯粹的“客观”标准,而必然涉及价值判断。依学界共识,在限制正犯概念之下,以“行为人亲自实施构成要件的行为”这一“形式客观说”的标准区分正犯与共犯,其优势在于判断标准客观、明晰,缺陷则在于僵化、机械,最终导致在共同犯罪特别是有组织犯罪中无法将躲在幕后的头目认定为正犯从而实现量刑的均衡。以重要作用说为代表的实质客观说正是为避免这一结局的出现,从而舍弃了纯形式的、客观的界定正犯的标准,转而以“对犯罪结果的发生是否起重要作用”这一实质的判定标准去区隔正犯与共犯。也因此,重要作用说虽标榜其理论以实质的“客观”标准界定正犯,但在判断何谓“对结果的发生起重要作用”时绝非纯客观,而必然综合整个犯罪的主客观事实要素进行价值判断。对此,就学界所提出的支配型共谋共同正犯与分担型共谋共同正犯,在判断支配关系的成立与否时,刘艳红教授在文中提出“在支配型共谋共同正犯的场合,共谋者对于整个犯罪事实起着实质的支配作用。所谓实质的支配作用,可从主客观方面综合进行判断”。<sup>[25]</sup>同理,在判断分担型共谋共同正犯情形中单纯共谋者对犯罪的完成发挥了“比实行行为更为重要或者至少同等重要的作用”时,也必然是一种综合共同犯意的形成、行为人的分工、对结果发生的原因力大小等主客观方面的价值判断。对于重要作用说中的价值判断,国外学者并不讳言,如同样支持重要作用说的立石二六指出:“正犯是指在犯罪中起重要作用的人的‘重要作用说’是妥当的……在确定正犯概念时,应当根据各种情况,进行实质性的考察。‘重要作用’是规范的要素,因此,不可避免地要介入法官的价值判断。但在目前的刑法学中,存在为数相当多的必须进行实质考虑的现象,如间接正犯、实行的着手、原因自由行为等,根据实质的客观说,在确定正犯概念时也采取这种见解是符合实态的。”<sup>[26]</sup>由此看来,所谓以“重要作用”为判别标准的实质的正犯论,与我国《刑法》中的主犯一样,均是以共同犯罪案件中的主客观事实要素作为判断重要抑或主要作用的基准,在这一点上,两者没有任何区别。既然如此,就不能厚此薄彼地认为主从作用的判断标准具有主观随意性,而重要作用说则不具有这一特性。

设若以上两点成立,则从根本上而言,实质正犯论提出之目的正与主犯设定之功能相同,均是为了寻求处罚之合理性而将参与者在共同犯罪中的作用作为其量刑标准,而实质正犯论所提出的“对共同犯罪的完成起到了重要作用”与主犯所言之“对共同犯罪的完成起了主要作用”表达的是同样的意思,这种高度的同质性最终导致实质正犯论所界定的正犯范围与主犯范围完全重叠。也正是在此意义上,从解释论的角度出发,“将我国《刑法》第26条规定的主犯

[25] 刘艳红,见前注[6]。

[26] (日)立石二六:《刑法总论》,成文堂1999年版,页278以下,转引自张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,页289。

解释为正犯,将第 27 条规定的从犯解释为帮助犯”〔27〕在逻辑上成为可能,从而实现部分学者所提出的分工分类与作用分类的同一。〔28〕既然在此种层面上分工分类法与作用分类法获得了同一性,则两者居其一即可,作用分类法下的主犯完全可以取代分工分类法之下的正犯。逻辑延伸的结论便是,在我国主、从犯的立法现实之下,所谓的共谋共同正犯概念完全可以归结为主犯。换言之,在正犯与主犯重叠的前提下,共谋共同正犯概念的存在将没有必要。

### 三、共谋共同正犯概念的反思及其解释路径

在解释论上无法将共谋共同正犯在我国立法框架下进行合理定位,并不能排除此一概念在立法论上存在的合理性。〔29〕但这一概念与其赖以建构的前提之间恰恰存在原本可消弭的体系性弊端,因而,即使以立法论的视角审视,也应将这一概念弃置。

#### (一)共谋共同正犯背后的逻辑悖论

共谋共同正犯概念成立的前提与犯罪参与体系的选择密切相关,一元参与体系与二元参与体系被学界视为两种典型的犯罪参与立法体系,前者将全体参与犯罪且与构成要件的实现具有因果关系之人皆一体视为正犯,而后者的心意在尚未进入刑罚论之前即针对各参与者之资格进行属性上的类型区分,于是,依照个人加功之样态区分为正犯与狭义共犯,而共谋共同正犯正是二元参与体系之下的逻辑结果。当然,立法上“采取哪一种制度只是一个反射的表象,背后有其根本的核心思考”,〔30〕而两种参与体系均是围绕“正犯”或曰“构成要件”概念而展开的,对此核心问题的思考,形成了扩张正犯概念与限制正犯概念两种不同的立场。

扩张正犯概念将凡于犯罪实现之历程中,对构成要件结果赋予任何条件的人,包括亲自实施构成要件的人、利用他人为工具实现构成要件的人,均视为正犯。〔31〕如此,教唆犯、帮助犯与正犯一样对利益侵害结果的实现具有因果关系,因此,从确认刑法评价主体资格的角度看,并无任何区别,即都是“正犯”,换言之,扩张正犯概念由于对构成要件进行规范地把握,使得教唆犯、帮助犯与正犯获得刑事处罚的根据在于刑法分则对构成要件的规定,刑法总则自无必要对狭义共犯进行规定,这样,在共犯立法模式上就形成了一元参与体系。与此相反,限制正犯概念仅将以自己的身体动静直接实现构成要件的人视为正犯,而间接实现构成要件之人如教唆犯、帮助犯则被视为共犯。建构这一立场的根据在于,限制正犯概念之下,对构成要件进行自然的解读,实行

〔27〕 张明楷,见前注〔19〕,页 354。

〔28〕 参见杨金彪:“分工分类与作用分类的同一——重新划分共犯类型的尝试”,《环球法律评论》2010 年第 4 期。

〔29〕 日前支持共谋共同正犯理论的国内学者在本质上否定我国的立法现实而主张直接移植区分制的共犯立法模式。

〔30〕 蔡圣伟:“论间接正犯概念内涵的演变”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 21 卷),北京大学出版社 2007 年版,页 52。

〔31〕 Eb. Schmitt, *Frank - FGII*, 1969, S.117f.转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,页 570—571。

行为与非实行行为被严格区分,正犯与前者对应,被视为符合分则(基本)构成要件的人,而共犯与后者对应,不符合分则(基本)的构成要件,其可罚性的获得只能由来自于总则(修正)构成要件的规定,如此,刑法总则关于共犯之规定成为“刑罚扩张事由”。是故,正犯与共犯在构成要件符合性层面具有质的区别。与此对应,在共犯立法模式上自然形成了二元参与体系。

一元参与体系与二元参与体系本身并无绝对优劣之别。只不过,近代以降,罪刑法定的观念深入人心,而构成要件的类型性通过明确犯罪行为的外部轮廓使得其具备罪刑法定主义机能,罪刑法定也正是通过构成要件将犯罪行为进行类型化、法定化从而获得了实践性,这样的观念也已成为学界的共识。为确保构成要件的定型性,就必须对“该当构成要件的行为”进行某种限缩解释,“以自己的身体动静直接实现构成要件的行为”即限制正犯概念的主张被视为最贴合构成要件类型性的解读。相反,扩张正犯概念由于将“对构成要件结果赋予任何条件之行为”均视为直接该当构成要件的行为,行为与法益侵害结果之间的因果关联成为构成要件符合性之关键,而构成要件的实现方式则变得无足轻重,这样的主张显然无法保证构成要件的类型性,从而有损其罪刑法定机能。也正是出于此种担忧,二元参与体系成为当今大陆法系国家的立法主流,而一元参与体系只为少数国家所推崇。学理上,限制正犯概念的基本立场则具有绝对的统治地位。

无论是限制正犯概念还是扩张正犯概念,都是以“构成要件”这一决定定罪而非量刑的内核为基础建构的逻辑体系。二元参与体系较之一元参与体系原本的优势在于,其限制正犯概念的基本立场坚持了构成要件的类型性,使得其罪刑法定机能有所保障。但当今德日等采取二元参与体系的国家在立法中又明确规定,正犯作为犯罪参与者量刑的基准,从犯或者帮助犯则比照正犯之刑罚减轻处罚。如此一来,倘若依照以限制正犯概念为前提的形式客观说界定正犯,则一些犯罪中幕后指挥人员,虽对整个犯罪完成起了至关重要的作用,但由于其并未亲自实现相关犯罪的构成要件,故只能被认定为帮助犯(在教唆不成立的前提下),必然导致罪刑失衡。正是为了对包括共谋共同正犯在内的原本并不符合限制正犯概念立场的犯罪人合理地裁量刑罚,学理上被迫放弃了以限制正犯概念为前提的形式客观说,转而通过实质的正犯论解决上述问题。不过,这种逻辑路径的转变虽避免了量刑失衡,却付出了沉重代价:原本在限制正犯概念下,亲自实施构成要件与间接实现构成要件被视为不同的构成要件实现方式,不同的构成要件实现方式或曰行为方式被归结为正犯与共犯的本质区别,也只有这样才能使构成要件与行为类型形成紧密的对应关系,以维持构成要件与实行行为的定型性、类型性;<sup>[32]</sup>但在实质正犯论之下,正犯、共犯的区分不再以符合构成要件的行为方式作为标准,同样的行为方式既可能被认定为正犯也可能被认定为共犯。相当典型的是共同犯罪中的望风行为,在限制正犯基本立场下,望风行为显然不属于任何具体犯罪之构成要件行为,但在实质正犯论之下,

[32] 限制正犯概念作为界定正犯的标准或许是僵化的,但“因为刑法的语言是高度精练的,而面临的却是不同的个案事实,不可能一劳永逸地确定以不变应万变的构成要件要素。僵化是必然的,它的爱称是‘稳定性’”。(邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,页152。)正是此一“僵化”的标准才能有效限制法官的自由裁量权,以契合罪刑法定之原初意义。

望风行为视其对构成要件结果的发生是否发挥了重要作用,既可能被认定为正犯也可能被认定为共犯。换言之,同样的行为类型,既可能被视为符合分则构成要件之行为类型,又可能被视为符合总则修正构成要件的行为方式,结果便是,所谓的“该当构成要件的行为”根本没有定型性或者类型性,作为实质正犯论赖以建构的前提,即基本构成要件与修正构成要件之间的制度性区别,被彻底颠覆。尽管部分学者在实质正犯论的名目下仍然坚持“亲自实施构成要件行为的人恒属正犯”观念,试图将上述体系性弊端所带来的结论与基本立场之间的矛盾降至最低,但毫无疑问的是,此一标准的提出已然将正犯之界定标准幻化为双重标准:当行为人亲自实施构成要件的行为时便采取构成要件的标准;反之,则采用“重要作用”的标准来确定正犯。这样一种既未将“形式”(构成要件)立场也未将实质(重要作用)立场贯彻到底的逻辑体系,到头来,仍然无法避免逻辑体系内部的冲突与矛盾。

## (二) 共谋共同正犯现象的解释路径选择

毋庸讳言,犯罪参与立法体系之设定目的在于定罪与量刑两者,在罪刑法定原则之下,定罪的实现必须依附于构成要件的类型化,通过限制正犯概念将直接实现构成要件之行为与间接实现构成要件之行为进行区隔,使参与类型的设置与类型化的构成要件或实行行为对应成为被广泛接受的一条路径。在解决了犯罪参与者的定罪问题后,尚需对其刑罚裁量设定一般性的规则,而对犯罪参与者的量刑应与其对共同犯罪实现的参与程度或曰作用相适应则为一般学者所接受。换言之,定罪目的与量刑目的的实现原本只能通过犯罪参与类型与犯罪参与程度分别实现,但以德日为代表的当今大陆法系国家的立法例却将犯罪参与类型与其量刑基准相挂钩,使得犯罪参与类型的设置肩负定罪与量刑双重功能,此种操作模式迫使解释者“必须在混淆参与类型本身以保障刑罚裁量的准确性与清晰参与类型以导致刑罚裁量的失衡之间作痛苦之抉择”,<sup>[33]</sup>抉择的结果便是通过实质正犯论这种混淆参与类型的途径求得刑罚裁量上的合理性。“正犯的可罚性大于共犯”这一被学界广为接受的概念正是此种立法例所衍生的产物,对共谋共同正犯的处理也正是此种体系性弊端的集中体现:仅参与共谋而未参与实行行为者原本在限制正犯概念下被当然排除在正犯范围之外,但在其对共同犯罪的完成发挥了重要作用时,由于可罚性大于教唆犯、帮助犯,就将其作为正犯处理,所谓构成要件的类型性与定型性根本无从保证,其与扩张正犯概念之间也仅一线之隔。

德日等国立法例虽赞成将限制正犯概念作为出发点建构二元的参与体系,但将本应被分为双层次操作的参与形式与参与程度,就变成单层次操作,这一立法上的弊端正是当今大陆法系犯罪参与论陷入混乱的根源,也是参与论被誉为黑暗之章、绝望之章的原因所在。相较而言,我国主从犯式的共犯立法模式虽在定罪阶段难免面临“脱离构成要件定型性”的指摘,但至少量刑层面以“共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用”作为量刑标准,要比德日以正犯同时作为定罪与量刑标准的立法模式要合理。那么,就我国刑事立法而言,能否实现参与类型与参与程度的双层次操作,从而避免上述体系性弊端以实现对共谋共同正犯现象的合理处理呢?对此,刘艳红教授认为:“作为统领划分各参与人性质与责任的共犯体系,其划分共犯人的标准,自应在一个思想之下予以展开,要么分工分类法要么作用分类法,所谓双重标准可以兼容

[33] 任海涛:《共同犯罪立法模式比较研究》,吉林大学出版社2011年版,页118。

吸收各自合理性的说法,比如兼顾形式与实质合理性的优势,是似是而非的;即便采用双重标准,仍存在何者为主何者为辅的问题。”〔34〕

其实,分工分类法与作用分类法能否结合,端视其各自的功能与目的能否相互取代,若对两者赋予相同的功能或者目的,则逻辑上自应做出取舍,即使并存也必然涉及主次的问题;相反,若两者体现的是不同的功能与目的,则完全可以也应当同时存在。众所周知,对共犯人的分类并不仅仅是立法技术层面上的问题,其背后体现的是定罪与量刑的目的性需求。正如学界的共识那样,分工分类法着眼于共犯人的定罪,即通过构成要件符合性这一核心确定刑罚的处罚范围;而作用分类法则着眼于共犯人的量刑,即通过各犯罪参与者对共同犯罪的参与程度(作用)对各共同犯罪人分配合理的裁量刑罚,此种判断显然与构成要件无涉。“定罪乃量刑之前提”为刑法学的一般常识,在未对定罪做出清晰判断之前不应该直接跨越至量刑层面,亦即,定罪层面的判断与量刑层面的判断是有逻辑位阶的,这就决定了分工分类法与作用分类法由于规范功能的不同不应当处于同一层面。〔35〕既然两者在功能与目的设置上不能相互取代,也不应存在主次之分,那么为实现对共同犯罪人合理的定罪与量刑,就应当将分工分类法与作用分类法进行“结合”,在共同犯罪定罪问题上按照分工分类法对正犯、共犯进行规定,而在量刑问题上按照作用分类法对主犯、从犯进行规定。这一立法构想最早为陈兴良教授提出,〔36〕不过,与陈教授基于立法论的视角提出上述立法构想不同,窃以为,在目前的刑事立法框架下,这一结论完全可以在解释论的视角下得出。如前文所述,我国现行的共犯立法模式仅仅解决了共犯人的量刑问题,在构成要件层面即对共犯人的定罪问题上仍是空白,作用分类法的立法模式与构成要件之间未建立起关联,因而备受学界诟病。而在定罪层面上的空白正好可以通过分工分类法予以弥补,这种解释论层面的结论与我国共犯立法规定并不冲突。也正是由于立法的这一规定,在解释论层面上将犯罪参与类型与参与程度相区隔进行双层次的操作,从而消弭前述德日等大陆法系国家的体系性弊端成为可能。

在将参与类型与参与程度区隔处理的基础上,定罪与量刑的分步骤判断成为可能:参与(共犯人)类型与分工分类法对应,其设置的功能在于定罪;参与程度(共犯人在共同犯罪中所起的作用)与作用分类法对应,其功能设置在于量刑。如此,在定罪阶段即可实现以“构成要件”为核心的共犯论体系之建构,在量刑阶段亦可得到以“参与程度”为核心的量刑标准。以限制正犯概念为基本立场区隔直接实现构成要件之正犯与间接实现构成要件之共犯,从而使得正犯、共犯之界定围绕“构成要件符合性”之行为方式的观念在双层次的操作模式中方可得到确立。就共谋共同正犯这一现象的处理而言,在定罪层面,单纯参与谋议者在限制正犯概念前提下当然不能成立正犯,在确认其与构成要件的结果之间具有因果关系的前提下,基于行为人参与形式的不同,分别成立教唆犯与帮助犯;而在量刑层面,依据其参与程度即对共同犯罪的完成所发挥之作用而认定为主犯或者从犯。如此处理,对其定罪与量刑并没有任何逻辑障碍。

〔34〕 刘艳红,见前注〔6〕。

〔35〕 正是在此意义上,教唆犯不是与主犯、从犯、胁从犯并列的共犯人类型。

〔36〕 参见陈兴良:“历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第2卷),中国政法大学出版社1998年版,页279。

也因此,共谋共同正犯这一概念在我国刑法理论与司法实践中均无存在之必要。

#### 四、余 论

自 20 世纪 90 年代以来,随着苏俄刑法学对我国影响的式微以及德日刑法学知识的传入,我国刑法学面临急迫的知识转型,这种知识转型遍及刑法学理论的各个领域,其中以共犯论的体系嬗变最为典型。在言必称德日的当今刑法学界,我国刑法学者已经从最初禁锢于法条规定的共同犯罪概念、主犯、从犯等形式化的解读中解放出来,吸收德日共犯论中的知识话语,转而对隐藏在犯罪参与立法体系背后的基本立场如限制正犯概念、扩张正犯概念等进行自发式的研讨。循着此种研究路径的转变,大量原本属于德日参与论话语体系中所独有之理论与概念被不断引入我国,实质的正犯论、犯罪事实支配理论、共犯从属性、共谋共同正犯概念等被学界继承。不可否认,此种刑法学理论与概念的移植为反思与丰富我国共同犯罪理论提供了重要的参照系,但同时需要警醒的是,共犯论历来被视为德日刑法学中的绝望之章、黑暗之章,学理上所构建的诸多令人眼花缭乱的理论、概念,是否存在内在的逻辑弊端,是否与其基本立场之间存在冲突、矛盾,如何克服这些逻辑弊病,同样需要我们进行审慎的反思。德日犯罪参与论赖以建构的前提即限制正犯概念,伴随正犯界定的实质化流变“使得参与犯罪的概念在说理上已经变成一个凌乱不堪而又处处自我矛盾的体系”,<sup>[37]</sup>其赖以坚持的构成要件与实行行为的类型性、定型性观念在实质正犯思路下已经支离破碎,最终可能滑向扩张正犯概念。笔者绝无意否认分工分类法所具有的“以构成要件为基点,其客观定型容易把握,有利于充分实现罪刑法定原则的人权保障机能”<sup>[38]</sup>等作用分类法所不具备之优势,但借鉴分工分类法的优势,建构以正犯为核心的共犯体系,应当限制在定罪阶段,在量刑阶段则维持主从犯的立法模式,如此才能消弭德日区分制立法例中的体系性弊端。绝不应“抛弃作用分类法并放弃主犯概念”,<sup>[39]</sup>这样全盘继受德日共犯论体系的路径最终是将其固有的体系性弊端也全盘接受了。<sup>[40]</sup>我国立法规定为我们回归至基本立场,消弭上述体系性弊端提供了解释路径上的空间;以限制正犯概念确定之形式客观意义上的构成要件、实行行为的类型性为底线作为其定罪标准,以各共同犯罪人在共同犯罪过程中所发挥之作用作为其量刑标准。或许这样的共犯体系才是真正融合“正犯核心的共犯体系”与“主犯核心的共犯体系”的最佳模式。果真如此,则目前德日参与论中的诸多如共谋共同正犯一样徒增理论困境的概念最终应被弃置。

(责任编辑:江 溯)

[37] 黄荣坚:《基础刑法学》(下),元照出版有限公司 2006 年版,页 809。

[38] 刘艳红,见前注[17]。

[39] 刘艳红,见前注[17]。

[40] 其实,日前国内学界普遍存在的“主犯正犯化”观点也是上述思维弊病的集中体现。对“主犯正犯化”这一现象的概括,参见刘明祥:“主犯正犯化质疑”,《法学研究》2013 年第 5 期。