

# 论不作为正犯与共犯的区分

欧阳本祺\*

**摘要** 不作为的正犯共犯区分应当与作为的正犯共犯区分适用同一标准,多元区分标准说过于重视不作为与作为之间在存在论上的差异。我国刑法学不宜采用管辖理论。结果原因支配说在形式的机能二分说基础上增加了实质的考察,具有较大的合理性,可以合理区分不作为的单独正犯与共犯,以及不作为的共同正犯与共犯。自杀不救助的行为性质应当放在共犯论的延长线上来分析。据此,自杀不救助既不成立不作为的故意杀人罪的正犯,也不成立不作为的故意杀人罪的共犯(自杀帮助犯)。刑法学中有关共谋共同正犯的肯定说与否定说都没有切中问题的要害——司法实践把大量的不作为的共谋共犯转化为作为的共谋共同正犯。

**关键词** 不作为 正犯 共犯 自杀不救助 共谋

正犯与共犯的区分是共同犯罪理论中的重点与难点,由此而产生的学说分歧形成了刑法学中最黑暗最混乱的理论迷思。如果进一步把正犯共犯的区分问题与不作为犯问题联系起来,那简直就是绝望之章。要深入研究不作为正犯与共犯的区分,必须对共同犯罪理论与不作为犯理论抽丝剥茧,条分缕析。为此,笔者不揣浅陋,愿略陈管见,以求抛砖引玉。

本文的思路是,首先确定不作为正犯与共犯的区分标准,然后再利用该标准来分析“自杀不救助”和“单纯共谋”这两种颇受关注并颇有争议的不作为的定性。由于刑法学关于正犯与共犯的区分多以作为犯为基础,因此本文研究的出发点便是:建立在作为犯基础之上的正犯共犯区分理论能否适用于不作为犯场合?对此,存在着多元区分标准说与一元区分标准说两种基本立场。前者认为作为犯与不作为犯具有结构上的不同,因此正犯共犯的区分标准也不同;后者认为不真正不作为犯与作为犯具有等价性,因此应当适用同一的正犯共犯区分标准。〔1〕

\* 东南大学法学院教授。本文受教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助。

〔1〕 由于刑法对真正不作为犯已有明文规定,真正不作为犯的构成要件是明确的,其正犯与共犯的区分相对容易。本文所讲的不作为犯均是指不真正不作为犯。

## 一、多元正犯共犯区分标准

多元区分标准说认为,不作为犯与作为犯具有不同的存在论构造,因此有关作为犯的正犯共犯区分标准不能适用于不作为犯。作为犯中的作为对结果具有支配作用,而不作为犯中的不作为缺乏对结果的支配,因此,作为犯与不作为犯应该适用不同的正犯共犯区分标准。在作为犯中,正犯共犯的区分标准主要是各种含义的犯罪支配理论;〔2〕在不作为犯中,不存在犯罪支配,因此应该探求其他的正犯共犯区分标准。多元区分标准说主要有三种代表性观点。

### (一)目的行为论的多元标准

目的行为论认为,不作为与作为完全不同:作为是行为,而不作为是行为的不作为,因此不作为不是行为;作为与不作为之间是A与非A的关系;不作为与结果之间不存在因果关系,不作为对结果也不具有目的操纵。〔3〕因此,有关作为犯的正犯共犯区分标准不能适用于不作为犯。在作为犯中,正犯与共犯的区分标准是“目的支配说”:正犯对犯罪进程和犯罪结果具有目的支配;而共犯由于在自己的行为与结果之间介入了新的行为支配者(正犯),因此共犯只能支配自己的行为,而无法支配犯罪进程和犯罪结果。〔4〕在不作为犯中,正犯与共犯是无法区分的,所有的不作为犯原则上都是正犯。例如,沃泽尔(Welzel)认为,“通过不作为对作为犯的参与是不存在的:保证人不阻止针对由其所保护的法益的侵害的,不是因为‘对杀人的不作为帮助’被处罚,而是由于不作为的正犯(不作为的杀人)”。〔5〕考夫曼(Armin Kaufmann)则指出,通过不作为对不作为的参与也是不存在的,不作为与不作为之间“既不存在共同实行的意思,也不存在共同实行的事实,所以不能承认其共同正犯”,各不作为者是同时犯。〔6〕

### (二)罗克辛的多元标准

罗克辛认为,正犯是实现构成要件行为的核心人物,共犯是通过教唆或帮助对构成要件行为进行加功的边缘人物。根据构成要件的不同表现形式,罗克辛把犯罪分为三类:支配犯、义务犯和亲手犯,并且三类犯罪的正犯共犯区分标准各异。在支配犯中,正犯是支配犯罪并导致犯罪实现的人;共犯虽然对构成要件的实现具有一定作用,但他的行为不具有决定性。在义务犯中,正犯是通过违背构成要件规定的特别义务而造成侵害结果的人;不负有该义务的人就只能成立共犯。在亲手犯中,只有亲手实现构成要件的人才是正犯。〔7〕

罗克辛进一步认为,作为犯属于支配犯,因此,作为犯中正犯与共犯的区分标准是犯罪支

〔2〕“犯罪支配”一词具有多种含义。参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,页573以下。

〔3〕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,页80—83。

〔4〕同上注,页233;许玉秀,见前注〔2〕,页576。

〔5〕Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl, 1969, S.222.转引自何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,页262。

〔6〕(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270。

〔7〕参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论》(第2卷),王世洲主译,法律出版社2013年版,页11。

配的有无:犯罪支配表现为直接正犯中的行为支配、间接正犯中的意志支配、共同正犯中的功能性支配。<sup>〔8〕</sup> 不作为犯属于义务犯,因此,“在不作为犯那里犯罪支配是无法被确定的,至少和作为犯中同样意义上的犯罪支配无法被确定:什么都没做的人是不可能支配事件经过的,因为对事件经过的控制性驾驭,以一个在不作为犯那里正好缺少的积极行为为前提”。<sup>〔9〕</sup> 所以,不作为犯无法适用作为犯中正犯共犯的区分标准。不作为正犯的成立标准是特定义务的违反,违反了特定义务就成立不作为犯且是正犯,没有违反特定义务就不成立犯罪;不作为犯原则上都是正犯,只有在极其例外的情况下才成立共犯。<sup>〔10〕</sup>

上述目的行为论者与罗克辛都基于犯罪支配理念,认为支配只能存在于作为犯中,在不作为犯中不存在现实的支配。两种理论在正犯共犯的区分问题上都采取多元标准:在作为犯中,正犯与共犯的区分标准是犯罪支配的有无;在不作为犯中,违反作为义务的不作为原则上构成正犯。但是,认为不作为原则上构成正犯的观点受到很大的质疑。例如,按照这种观点,父亲看到他人杀害自己的子女而不予救助的不作为构成正犯,而在他人杀害其子女时父亲递上刀子的作为(不具有犯罪支配)却只构成帮助犯。这样一来,同样是导致自己子女死亡的结果,什么都没做的人反而比主动递上刀子的人处罚更重。这是不合理的。正是为了避免这种结论上的不合理,一些持多元区分标准说的学者认为,不作为犯の場合也应该区分正犯与共犯。其中具有较大影响是作为义务的机能二分说。

### (三)机能二分说的区分标准

作为义务的机能二分说最早是由考夫曼在上世纪50年代提出来的。该理论认为,在林林总总的作为义务中,存在内容与机能上的区别,据此可以把作为义务的来源分为两大类:来源于保护保证人地位的作为义务与来源于监督保证人地位的作为义务。前者是指行为人对于被保护者所承担的承担一定作为行为以保护其法益不受侵害的义务,这是一种全面保护的义务,要求保证人采取措施防止一切对被保护法益的侵害。例如,父母对未成年子女负有保护保证人义务。后者是指行为人对于特定的危险源具有监督该危险源不对他人造成侵害的义务,这是一种特殊的作为义务,仅仅围绕危险源对法益造成的危险指向。例如,饲主对其饲养的动物负有不得侵害他人的监督保证人义务。<sup>〔11〕</sup>

机能二分说原本只是为了说明不作为犯的作为义务来源,后来德国学者施罗德(Schröder)直接把作为义务的机能二分说当作不作为犯正犯与共犯的区分标准,这种做法得到了赫茨贝格(Herzberg)等人的发扬。<sup>〔12〕</sup> 在日本,阿部纯二教授最早主张这种机能二分说

〔8〕 同上注,页18以下。

〔9〕 Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S.463.转引自何庆仁,见前注〔5〕,页34。

〔10〕 罗克辛认为,只有在对他人作伪证等亲手犯或者他人非法占有财物等目的犯不予阻止的场合,不作为才成立帮助犯。罗克辛,见前注〔7〕,页506。

〔11〕 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Goettingen 1959, S. 282ff. 转引自王莹:“先行行为作为义务之理论谱系规整及其界定”,《中外法学》2013年第2期。

〔12〕 参见罗克辛,见前注〔7〕,页509。

的区分方法。<sup>〔13〕</sup>现在仍有不少学者接受这种区分标准,甚至可以说,“现在,根据作为义务的种类来区别的见解是有力的见解,也就是说,保护保障人的场合构成正犯,监督保障人的场合构成共犯”。<sup>〔14〕</sup>

例如,松宫孝明教授基本赞同罗克辛把犯罪分为支配犯与义务犯的理论,并且也赞同支配犯与义务犯各自具有不同的正犯共犯区分标准:“构成‘正犯’的原理在通常的结果犯罪(=‘支配犯’)与‘义务犯’的情形中并不相同”。也就是说,对于通常的作为犯(支配犯)来说,“行为支配”的有无是正犯与共犯的区分标准,但对于包含不作为犯在内的义务犯来说,“行为支配”不是正犯与共犯区别标准。<sup>〔15〕</sup>但是,松宫孝明也没有像罗克辛以及目的行为论者一样,把保证人的不作为犯都归属于正犯。松宫指出,“很多人认为保障人地位就是判定不作为正犯的唯一要素……其实并非如此,即使是保障人,因没有履行义务而导致事件结果发生的,首先要解决的问题也是正犯与共犯的区分”。<sup>〔16〕</sup>那么,应该以什么标准来区分不作为的正犯与共犯呢?松宫教授采纳了机能二分说:在保护保证人场合,违反作为义务的不作为成立正犯;在监督保证人场合,违反作为义务的不作为成立共犯。<sup>〔17〕</sup>

再如,野村稔教授对于作为犯中正犯与共犯的区分倾向于采用主观说:正犯是“具有实现自己的犯罪意思,通过实施其本身就可能实现犯罪构成要件的行为,即实行行为,来实现该犯罪过程要件的场合”;“从犯是以加功他人实现犯罪意思的意思,加入到该犯罪意思的实现的场合”;“实施实行行为只是具有加入到他人犯罪的意思的场合不是正犯,而应该理解为从犯”。<sup>〔18〕</sup>但是,在不作为犯的场合,行为人也许完全没有客观上的身体运动,因此很难推断其主观的意思。因此,野村稔认为,不作为犯中区分正犯与共犯的标准不是主观说,而应是机能的二分说:“默认自己所监护下的子女打算杀害他人的场合,因为应该理解为并不负有保护他人生命的义务,只是负有使自己的子女不要去实施犯罪行为这一监督义务,所以成立的是基于不作为的杀人罪的从犯”;“默认第三者打算杀害自己的子女的场合,由于应该理解为负有保护自己子女生命的义务,所以应该作为基于不作为的杀人罪正犯”。<sup>〔19〕</sup>此外,中义胜也明确主张把机能的二分说当做正犯共犯的区分标准:保护保证人义务属于“为正犯提供根据的义务”;监督保证人义务属于“为共犯提供根据的义务”。<sup>〔20〕</sup>我国也有学者主张以这种机能的二分说为标准来区分不作为的正犯与共犯。<sup>〔21〕</sup>

〔13〕 参见(日)神山敏雄:《不作為をめぐる共犯論》,成文堂1994年版,页176。

〔14〕 (日)高橋則夫:“不作為による幫助犯の成否”,《現代刑事法》2000年6号。

〔15〕 参见(日)松宫孝明:“犯罪体系论再考”,张小宁译,《中外法学》2008年第4期。

〔16〕 (日)川端博、松宫孝明:“対談・共犯論の再構築をめざして”,《現代刑事法》第5卷9号(2003年)。

〔17〕 同上注;(日)松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,页206。

〔18〕 (日)野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,页385—386。

〔19〕 同上注,页429。

〔20〕 参见(日)中義勝:“不作為による共犯”,《刑法杂志》第27卷第4号(1987年)。

〔21〕 参见刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,页151。

机能二分说揭示了作为义务存在不同的种类,相较于把违反作为义务的不作为都当做正犯的原则正犯说而言,具有一定的合理性。但是,“机能二分说具有明显的形式的法义务论的痕迹(表现为将各种形式的法义务来源进行了归类)”。<sup>〔22〕</sup> 有时候很难从形式上区别某种不作为违反的究竟是哪种的义务。例如,游泳池的管理人员究竟是保护泳客免遭溺水危险的保护保证人,还是防止水这种危险源的监督保证人? 这个问题从形式上就很难回答。<sup>〔23〕</sup> 因此,也有很多学者反对以机能二分说来区分不作为的正犯与共犯。<sup>〔24〕</sup>

综上所述,多元区分标准说认为,不作为犯与作为犯的存在论构造具有明显差异。作为犯中的作为具有积极的支配性,能够支配犯罪的进程,表现了行为人的犯罪主观意思,因此作为犯中正犯与共犯的区分可以按照犯罪支配的有无或者主观意思的内容来进行。而不作为犯中的不作为本质上是“不为所期待的行为”,即不作为是因为违反了所期待的作为义务而被评价为犯罪的,至于不作为客观上是否有动作表现,则在所不论。因此,上述多元区分标准往往倾向于从“作为义务”的角度来区分不作为的正犯与共犯:有的认为违反作为义务的不作为原则上均成立正犯,有的认为应该根据作为义务的种类来区分不作为的正犯与共犯。但是,如前所述,这两种做法都不合理。此外,多元区分标准说还存在另一个更大的缺陷:不真正不作为犯原本是因为与作为犯具有等价性才准用作为犯的构成要件的,<sup>〔25〕</sup>“既然原本不真正不作为犯是由于其能够和作为犯同等对待而成为处罚对象的,那么在不作为场合的正犯与共犯的区别就必须是和作为的场合两者的区别是一致的”。<sup>〔26〕</sup> 因此,正确的路径不是在作为犯的区分标准之外另行寻找不作为犯的区分标准,而是应该依据等价性原则探讨同时适用于作为犯与不作为犯的区分标准。

## 二、一元正犯共犯区分标准

多元区分标准说强调不作为犯与作为犯存在论构造上的差异;与此相反,一元区分标准说则强调不作为犯与作为犯的等价性原则。所谓等价性,是指“构成要件的等价值性”,<sup>〔27〕</sup>即“为了不作为能够成为实行行为,需要其被评价为与符合相关构成要件的作为在法律上是同价值的”。<sup>〔28〕</sup> 换言之,等价性要求“不作为所具有的侵害法益的危险性,必须和作为犯的构成要

〔22〕 张明楷:“不作为犯中的先前行为”,《法学研究》2011年第6期。

〔23〕 参见罗克辛,见前注〔7〕,页510。

〔24〕 参见罗克辛,见前注〔7〕,页510;神山敏雄,见前注〔13〕,页177;(日)西田典之:“不作为的共犯”,王昭武译,《江海学刊》2006年第3期。

〔25〕 《德国刑法典》第13条明确规定了不作为犯与作为犯之间的等价性要求,其他国家的刑法典虽然未有明文规定,但理论界毫无例外地都接受等价性要求(虽然对等价性的理解有分歧)。

〔26〕 (日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,页365。

〔27〕 (日)日高义博:《不作为犯的理论》,王树平译,中国人民公安大学出版社1992年版,页105;(日)川端博:《刑法总论》,余振华译,元照出版公司2008年版,页40。

〔28〕 (日)大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,页140。

件所本来预定的侵害法益的危险性具有同等程度”。〔29〕我国学者也认为,“在我国,要求不作为与作为具有等价性,也只是意味着不作为必须符合刑法规定的构成要件”。〔30〕而构成要件是正犯的类型,“实施符合基本的构成要件的行为即实行行为而构成犯罪的是正犯”。〔31〕因此,不作为犯与作为犯的等价性,原本应该理解为不作为犯与作为犯的正犯标准的等价性。〔32〕一元区分标准说正是以等价性原则为基础的。当然,如何建立同等适用于不作为犯与作为犯的区分标准,则存在不同的探索。在德国,主要存在三种构想:一是审判实务中的实用主义;二是以雅格布斯(Jakobs)为代表的管辖理论;三是以许乃曼(Schünemann)为代表的结果原因支配说。〔33〕其中,雅格布斯的管辖理论重视不作为犯中的义务因素,然后将其扩张至作为犯领域;许乃曼的结果原因支配说重视作为犯中的支配要素,然后将其向不作为犯扩张。〔34〕在日本,通说是从对结果的作用性大小方面来考虑不作为犯与作为犯适用同一区分标准的重要作用说。在重要作用说的内部,又存在不同的观点,后文将详述。

### (一)实务中的刑事政策标准

德国司法实务“在不作为中,应当以与实行一样的方式对实行人和帮助人进行区分”,并且“总是在主观理论与行为控制理论之间摇摆”。〔35〕表面看来,德国的司法实务摇摆于主观说与犯罪支配理论之间,似乎没有统一的立场。实际上,其背后恰恰反映了实务中坚持的实用主义立场:以处罚必要性这一刑事政策标准为指导来判断不作为的正犯与共犯。例如,同样是不救助他人自杀的案件,如果认为有处罚必要,联邦最高法院就会判决该不作为成立不作为杀人罪的正犯;如果认为没有处罚的必要,就会判决其属于不作为杀人罪的帮助犯而不成立犯罪。〔36〕这种实用主义的做法绝非德国所独有,在很多国家的司法实务中都有体现:例如日本实务中共谋共同正犯论、我国实务中对自杀参与的处罚肯定说。但是,这种实用主义的做法应当受到批判。因为“实务见解全力航向所谓的刑事政策需求,而且在没有学理监督下,再度走向令人失望无限地扩张不作为犯的路线”,例如“在引起轰动的喷雾器判决中,实际上藉由把刑法上的产品责任扩张成和民法责任一样宽阔的方式,退缩回形式的法律义务理论”。〔37〕

〔29〕 (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131。

〔30〕 张明楷,见前注〔22〕。

〔31〕 大谷实,见前注〔29〕,页362—363。

〔32〕 我国有学者正确指出,应该区分决定可罚性的等价性与决定正犯性的等价性。准确来说,不作为的可罚性在于保证人地位与保证人义务的有无,与等价性毫无关系。只有在确定了不作为的可罚性之后,才有必要进一步思考不作为是与作为的正犯还是共犯等价。参见何庆仁,见前注〔5〕,页102。

〔33〕 参见(德)许乃曼:“德国不作为犯学理的现状”,陈志辉译,陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,页376以下。

〔34〕 参见何庆仁,见前注〔5〕,页142。

〔35〕 罗克辛,见前注〔7〕,页502。需要指出的是,由于翻译的不同,该译文中的“实行”即“作为”,“实行人”即“正犯”,“帮助人”即“帮助犯”,“行为控制理论”即“犯罪支配理论”。

〔36〕 参见(德)克劳斯·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,页230以下。

〔37〕 许乃曼,见前注〔33〕,页389、392。

## (二)雅格布斯的管辖理论

雅格布斯基于规范论的立场认为,作为犯与不作为犯的区别不具有重要意义,重要的是支配犯与义务犯的区别。支配犯是以组织管辖为基础的犯罪,违反的是消极义务(即以组织管辖为基础的义务);义务犯是以制度管辖为基础的犯罪,违反的是积极义务(即以制度管辖为基础的义务)。支配犯包括作为犯与不作为犯,义务犯也包括作为犯与不作为犯。支配犯,即基于组织管辖的犯罪,在责任判断时,其重点是“谁的组织化自由衍生了这样的结果”。〔38〕支配犯中正犯与共犯的区别标准为是否对侵害结果有管辖:对犯罪结果有管辖的人就是在犯罪中充当重要角色的人,即正犯;而仅对侵害过程有管辖的人只是分担了某种作用,应被当做共犯来处理。〔39〕与支配犯相对,义务犯即基于制度管辖的犯罪,不论是作为犯还是不作为犯,总具有一身专属性。义务犯体现了行为人(作为者或不作为者)对被害法益的特殊保护义务,还原了制度的本质。所谓“制度”,包括亲子关系、夫妻关系、世人所说的特别信赖关系以及国家义务等。由于义务犯中积极义务的一身专属性,因此义务犯的参与者通常被评价为正犯。〔40〕例如,对于父亲把刀子递给谋杀自己孩子的凶手的案件,罗克辛教授认为,父亲成立的是支配犯中的帮助犯,雅格布斯则认为父亲是正犯,因为父亲有保护孩子的义务,而父亲通过自己的行为侵害了这种特别义务——亲子关系的制度。

具体就不作为犯而言,雅格布斯不赞同罗克辛把所有的不作为犯都当成义务犯,从而不作为犯原则上成立正犯的观点。他认为,不作为犯也可以分为两种情况:有的不作为犯违反的是基于组织化管辖的义务(消极义务),这种不作为犯属于支配犯;有的不作为犯违反的是基于制度化管辖的义务(积极义务),这种不作为犯才属于义务犯。作为支配犯的不作为,并不都成立正犯,而完全可以共犯。例如,未取回被犯罪人拿走的自己管理的枪支的不作为,与将自己管理的枪支让渡给犯罪人的作为是一样的,均成为帮助犯。但是,作为义务犯的不作为犯只成立正犯,而不能成立共犯。例如,检察官对于其朋友的可罚行为违背义务而使其时效中止(不作为),应当与违背义务停止进行中的手续(作为)一样,成立职务上犯人庇护罪的正犯。〔41〕雅格布斯的这种区分理论得到我国个别学者的支持:“不是作为和不作为,而是支配犯和义务犯的分类才是决定性的,不作为参加者是正犯还是参与因此没有任何特殊性,只要确定了行为人违反的是积极义务还是消极义务,然后分别适用义务违反和犯罪支配的正犯准则,一切看上去无法化解的矛盾就都化解于无形”。〔42〕

雅格布斯的管辖理论对于深刻揭示不作为犯与作为犯之间的等价性具有重大的意义。确实,父母对于导致幼儿的死亡——无论是自己直接把幼儿杀死,还是把刀子递给

〔38〕 参见(日)平山幹子:“「義務犯」について(一)”,《立命館法学》2007年2号(270号)。

〔39〕 参见(日)平山幹子:“「義務犯」について(二·完)”,《立命館法学》2007年5号(273号)。

〔40〕 参见平山幹子,见前注〔38〕。

〔41〕 参见平山幹子,见前注〔39〕。

〔42〕 何庆仁,见前注〔5〕,页284。

他人来杀死幼儿,抑或放任不管导致幼儿饿死——都因为违反特定义务而应该被评价为杀人罪的正犯。但是,雅格布斯的管辖理论完全无视不作为与作为在存在论上的差异,矫枉过正实属过犹不及,其结果不仅不能像学者所希望的那样“把矛盾化解于无形”,反而会导致一些新的问题。

首先,“不作为正犯与共犯的区分”包括两个层面:一是作为与不作为的区分;二是正犯与共犯的区分。虽然对于如何区分作为与不作为以及如何区分正犯与共犯,学界还存在争议,但一般都承认这两个层面上的区分是并列存在的。<sup>[43]</sup>而雅格布斯的管辖理论却完全无视作为犯与不作为犯的区分,把上述并列存在的两个问题融合为一个问题,使得原本应该分两次判断的问题通过一次判断就加以解决。“而事实证明,如果一次司法判断过程承担了过多的使命,裁判结论出现偏差的可能性自然就会增大”。<sup>[44]</sup>

其次,制度管辖的义务(积极义务)与组织管辖的义务(消极义务)之间的区别标准不明确,也不合理。例如,雅格布斯把从危险共同体所产生的保证人地位分为“基于承担所产生的保证人地位”和“基于特别信赖所产生的保证人地位”,前者属于组织管辖,后者属于制度管辖。但是这种分类的标准值得商榷,其实这两种保证人地位都是建立在对法益无助状态有支配的基础上的。<sup>[45]</sup>再如,我国支持雅格布斯管辖理论的学者对于基于制度管辖的义务与基于组织管辖的义务之间的区分也具有很大的随意性,这种随意性在其对两个设例的分析中一览无余。设例一:甲明知A要拿自己合法持有的手枪去杀人,却故意将自己的手枪就那么放着,而不阻止A拿走自己的手枪,结果A用甲的手枪将他人杀死。论者认为,该例中甲只具有消极义务,而不具有积极义务,因此甲的行为属于支配犯,而不属于义务犯。且甲不阻止他人拿走手枪的行为没有达到支配犯罪的程度,因此甲成立不作为的帮助犯。设例二:公务员乙接受非公务员B的教唆,在C伪造公文时故意不予以纠正。论者认为,该例中由于乙是公务员,其阻止他人伪造公文是基于制度管辖所生的积极义务,因此乙违反该积极义务的行为构成正犯,不用再考虑其在犯罪过程中是否具有支配。<sup>[46]</sup>但是,认为设例二中的公务员乙具有基于制度管辖所生的积极义务,却认为设例一中合法持有枪支的甲却只具有基于组织管辖所生的消极义务的看法,不见得符合我国的实际情况。在我国,合法持有枪支的人主要有两类:依法配备公务用枪的人以及依法配置枪支的人。这两种人对枪支的管理义务与其说是基于自己自由组织行为而生的义务,毋宁说是基于制度管辖所生的义务。

再次,“管辖”一词高度抽象,因而内容空洞。正如许乃曼所说,“空洞的管辖,既不是心理

[43] 例如日本学者高桥则夫认为,“在行为规范的标准上,作为与不作为的区别是问题所在;在制裁规范的标准上,正犯与共犯的区分是问题所在”。高桥则夫,见前注[14]。

[44] 周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,页87。

[45] 参见许乃曼,见前注[33],页387—388;陈志辉:“身份犯之正犯认定——以德国义务犯理论为中心”,《政大法学评论》第130期。

[46] 参见何庆仁,见前注[5],页256以下。



上、也不是规范上没有内涵,而是根本没有内涵”;〔47〕管辖一词“终究只不过是语义学上空无一物的空壳子,不考虑与作为对等性就从这个空壳子中用魔法变出保证人地位”;把管辖“当成不作为犯与作为的对等性之标准,是一条走不通的死路,在其中找不到具有说服力的对等理论,仅能找到修辞学上的表面立论”。〔48〕尤其是其中那个原本属于社会学范畴的“制度管辖”概念具有更高的抽象程度和空洞性,“如果我们把一个如此模糊的概念从社会学移转到刑法学,期待会有耀眼的前途,恐怕必然会大失所望”。〔49〕在日本,对义务犯颇有研究的平山幹子也认为,雅格布斯的义务犯理论不能原封不动地适用于日本,尤其在所谓违反基于制度管辖的义务的场合,必须坚守构成要件符合性的考虑。〔50〕

最后也是最重要的,在我国,尤其不能采纳“制度管辖”概念与理论,否则,将会淡化构成要件的定型意义,退回到以“社会危害性”作为定罪依据的时代——“社会危害性”与“制度管辖”本质上具有共通性。

### (三)许乃曼的结果原因支配说

许乃曼教授从等价性原则出发,提倡以“结果原因支配说”作为涵盖作为犯与不作为犯的一元正犯理论:“对造成结果的原因的支配是一般的正犯结构,这个结构在作为犯,存在于狭义的行为支配之中,而在不纯正不作为犯和保证人身份犯,则存在于保证人支配中”。〔51〕即“在作为犯中,依行为人在犯罪当时是否拥有犯罪支配来决定是否成立正犯,在不纯正不作为犯和保证人身份犯中,则是在犯罪发生前,行为人是否控制某一社会领域(危险源或无助的法益客体)来决定是否成立正犯”。〔52〕具体来说,许乃曼认为,作为犯的正犯性在于通过“行为支配”而支配了结果的原因(对于作为犯的正犯性,许乃曼与罗克辛并没有原则分歧),而不作为犯要想取得与作为犯的等价性,就必须通过“保证人支配”而支配了结果的原因。进一步来说,作为犯中的行为支配包括罗克辛所说的三种情况,即作为直接正犯的行为支配、作为间接正犯的意志支配、作为共同正犯的功能性支配。不作为犯中的保证人支配包括保护支配与监督支配两种情况:前者是对法益无助性的支配(包括基于生活共同体、危险共同体和对无助法益的照顾承担所生的保证人支配),后者是对一项重要的结果肇因的支配(包括对危险物的支配、对危险人的支配、对危险工作的支配)。〔53〕举例来说,承担照顾婴儿任务的保姆,将对不救助而导致婴儿的死亡承担正犯的责任,保姆承担责任的原因不是雇佣合同这种形式的理由,而是其基于

〔47〕 (德)许迺曼:“刑事不法体系:以法益概念与被害者学作为总则体系与分则体系间的桥梁”,王玉全、钟豪峰、张姿倩译,载许玉秀、陈志辉合编:《不移不惑献身法与正义:许迺曼教授刑法论文选辑》,新学林出版股份有限公司2006年12月版,页217。

〔48〕 许乃曼,见前注〔33〕,页383、388。

〔49〕 陈志辉,见前注〔45〕。

〔50〕 参见平山幹子,见前注〔39〕。

〔51〕 许乃曼对提问的回答。参见“问题研讨”,《政大法学评论》第50期。

〔52〕 陈志辉,见前注〔45〕。

〔53〕 参见(德)许内曼:“论不真正不作为犯的保证人地位”,陈晰译,《刑法与刑事司法》2013年第1卷,法律出版社2013年版,页69。

照顾承担而对法益的无助性有了支配这一实质的理由。再如饲主牵着狗散步时,狗攻击撕咬了他人,饲主未予以制止,则饲主因对一项重要的结果肇因有支配而承担正犯责任;但是,如果一条狗不受驯化且已长期脱离了饲主的管理,后来饲主看到该狗狂野地乱跑并撕咬他人而未予以制止,那么饲主的不作为不成立犯罪,因为他已经长期失去了对该危险源“狗”的支配。<sup>〔54〕</sup>

许乃曼教授提倡的结果原因支配说在日本得到了山口厚教授的支持。“在不作为犯の場合如何辨明正犯与共犯的区别一直是个问题。在此成为问题的虽是作为不真正不作为犯的共犯,但既然原本不真正不作为犯是由于其能够和作为犯同等对待而成为处罚对象的,那么在不作为场合的正犯与共犯的区别就必须是和作为的场合两者的区别是一致的”。<sup>〔55〕</sup>在作为犯の場合,正犯性的标准在于支配了引起构成要件结果的原因,即如果行为人在充分认识、预见构成要件结果的同时直接引起了该结果,那么行为人就是正犯,而位于正犯背后的对于引起构成要件结果仅具有间接的原因性、因果性的人,则是共犯。<sup>〔56〕</sup>同样,在不作为犯の場合,正犯性的根据也在于“对结果原因的支配”,进一步来说,不作为犯中“对结果原因的支配”分为两种情况:对危险源的支配以及对法益脆弱性的支配。<sup>〔57〕</sup>需要注意的是,结果原因支配说虽然吸收了机能二分说的合理内核,但两者毕竟不是一回事;后者属于形式的法义务论,前者则在该形式的法义务论的基础上增加了实质的考虑(对结果的原因是否有支配),因而更具合理性。

许乃曼教授的“结果原因支配说”的方法论是,试图在目的行为论的纯粹存在论与雅格布斯的纯粹规范论之间寻找一个平衡点。<sup>〔58〕</sup>笔者也赞同这种存在论与规范论的并存论。但是,许乃曼教授并没有把这种并合论贯彻始终,在先行行为的问题上表现出明显的存在论倾向。他认为,源于先行行为的因果进程对于不作为行为人来说是“过去的”因果进程,在实施先行行为之后,该因果进程就离开了行为人的支配领域,行为人不再对其具有现实的支配了,因此先行行为不能产生作为义务。<sup>〔59〕</sup>在先行行为场合“是不能肯定对结果原因的支配的……比如说,在驾车时要是眼看着就要撞到人的话,就要求行为人进行恰当的方向盘、刹车器等操作(对危险源的支配),可是一旦事故发生、导致他人负伤时,就伤害的恶化来说是不存在原因的支配的(与恰好在场与事故无关的人一样)”。<sup>〔60〕</sup>这种理解中的“支配”是一种纯粹的存在论支配,是一种事实支配。但是,“不能单纯从客观事实上考察行为人事先是否支配了危险源或者脆弱的法益,还必须根据社会分工的原理,规范地考察行为人是否支配了危险源或者脆弱

〔54〕 同上注,页 69。

〔55〕 山口厚,见前注〔26〕,页 365。

〔56〕 山口厚,见前注〔26〕,页 67。

〔57〕 山口厚,见前注〔26〕,页 89。

〔58〕 参见许乃曼,见前注〔33〕,页 400。关于许乃曼教授存在论与规范论的并存论,参见许玉秀,见前注〔2〕,页 14 以下。

〔59〕 参见王莹,见前注〔11〕。

〔60〕 山口厚,见前注〔26〕,页 92。

的法益”。<sup>[61]</sup>也就是说,结果原因支配说中的“支配”不能单纯理解为事实支配,而应理解为规范支配。

#### (四)日本的重要作用说

在日本,区分正犯与共犯的标准是重要作用说。按照此说,当不作为对于构成要件结果的发生起着与作为同等重要的作用时,该不作为就具有正犯性。

问题是如何来判断行为(作为或不作为)对结果的发生是否起了重要作用。对此,在重要作用说内部又有“因果区别模式”与“作用分担模式”之分。“因果区别模式”以在构成要件的实现过程中行为的危险性与因果性的大小以及行为的方式为判断正犯性的标准;“作用分担模式”以在构成要件的实现过程中行为人所起的作用大小为判断正犯性的标准。但是,作用分担模式“在确定正犯性时把非因果的因素考虑进去……将有可能因过于顾及政策性因素反而导致判断变得含糊不清”,所以因果区别模式是合理的。<sup>[62]</sup>进一步的问题是,如何利用“因果区别模式”来区分正犯与共犯,尤其是不作为的正犯与共犯?甲斐克则教授认为,“应当充分考察各个行为人的行为危险性或者风险性在因果链的流程中具有何种程度的强弱大小”。换言之,我们应当讨论究竟哪个行为应当被视为“河的本流”,哪个行为是被“河的本流”吸收进去的支流。如果支流被“河的本流”全面吸收,那么支流的因果关系被切断,只能成为从犯;只有“明显的本流”才是正犯。如果各支的合流因具有同等程度的作用而形成“本流”的话,那么各行为则成立共同正犯。<sup>[63]</sup>但是,“本流”、“支流”、“合流”并非真实的现象,而是一种隐喻,它们之间如何区别本身就是不明确的。

在“因果区别模式”中,“排他性支配说”是一种有力的观点。<sup>[64]</sup>例如,西田典之教授认为,“不作为要与作为具有构成要件性等价值,不作为者就必须将正在发生的因果流程控制在自己手中,即获得基于意思的排他性支配”。<sup>[65]</sup>具体来说,不作为正犯与共犯的区分只能“着眼于因果关系的质的差异”:如果不作为者实施作为则本应“确实地”避免了结果发生之时,不作为成立正犯;如果作为只是“有可能使得结果的发生更为困难”,则不作为仅成立帮助犯。<sup>[66]</sup>我国学者张明楷教授也认为“只要履行作为义务就‘确实’能够避免结果发生的场合,应认为该不作为对结果的发生起到了实质作用,不履行义务的保证人成立不作为的共同正犯”。<sup>[67]</sup>排他性支配说“这一见解着眼于因果关系的支配、试图对保障人的地位予以限定的

[61] 张明楷,见前注[22]。相同观点参见罗克辛,见前注[7],页572。

[62] (日)甲斐克则:“正犯与共犯的区别——‘因果区别模式’与‘作用分担模式’的相生相克”,第四届“中日刑事法研讨会”论文集,西北政法大学2013年。

[63] 同上注。

[64] 日本学者堀内捷三、西田典之、佐伯仁志等人都主张排他性的支配说。参见(日)十河太郎:“论不真正不作为犯的实行行为性”,王昭武译,载王崇敏、陈立凤主编:《法学经纬》第2卷,法律出版社2010年版,页218以下。我国学者黎宏教授也主张排他性支配说(参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年4月版,页88)。

[65] (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94。

[66] 同上注,页299;西田典之,见前注[24]。

[67] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页395。

理解,这一点是值得肯定的,但排他性想来却是多余的”,“即使作为犯也明显地不要求直到最后结果发生也一直完全地支配因果经过,因此比起像排他的支配说那样将‘因果经过的支配’作为问题,倒不如将有引起结果的支配、更进一步说有无‘结果原因的支配’作为问题更为合适”。〔68〕

综上所述,一元的正犯标准说认为不作为犯与作为犯既然适用相同的构成要件,也就应该适用统一的正犯标准。至于以什么样的标准来区分正犯与共犯,则众说纷纭。如前所述,我国刑法学不能接受雅格布斯的管辖理论,因为该理论所使用的标准过于抽象,脱离构成要件的类型化限制,容易滑入超规范的社会危害性理论,因此必须警惕。许乃曼教授的“结果原因支配说”与日本刑法学中的重要作用说中的“因果区别模式”都基于不作为对因果流程的支配来判断正犯与犯,这一方向是正确的。“因果区别模式”内部存在不同的区分标准。“排他性支配说”的要求过于严苛,不作为对因果流程的“支配”是需要的,但不需要达到“排他性”的程度。因此,相对来说,许乃曼教授的“结果原因支配说”具有合理性,只不过要对这里的“支配”进行重新解释——支配不应局限于事实性支配,也应包括规范的支配。本文采纳结果原因支配说,并以此为标准来具体判断不同场合中不作为正犯与共犯的区分。

不作为正犯与共犯的区分涉及到很多场合。日本学者神山敏雄教授把司法实务中涉及到不作为正犯与共犯区分的判例概括为两大类:第一类是作为与不作为竞合的情况;第二类是不作为与不作为竞合的情况。第二类中又包括复数保护保障人竞合的情况、复数监督保障人竞合的情况、保护保障人和监督保障人竞合的情况。〔69〕但是,我国的情况与日本不完全相同。例如,在我国实务中不救助自杀经常被判有罪,但是日本却不存在这样的判例。下文以我国刑法理论与实务中颇受关注并颇有争议的“自杀不救助”与“共谋”为例来说明不作为正犯与共犯的区分。

### 三、不作为的单独正犯与共犯的区别:以“自杀不救助”为例

在德日刑法学中,不作为的单独正犯与共犯的区分涉及到很多种行为类型。例如,父亲看到第三人欲将其儿子推入河中,能够阻止这种行为而放任,导致儿子被淹死。由于父亲与第三人之间没有共谋不构成共同犯罪,那么父亲的不作为是构成不作为故意杀人罪的单独正犯还是片面帮助犯呢?如果第三人是精神病人,或者是在第三人将儿子推入河中后父亲才发现儿子在水中挣扎而不予救助,那么父亲的行为定性是否会不同?再如,父亲不阻止12岁的儿子杀害他人的,或者父亲在12岁的儿子伤害他人后不予救助导致被害人死亡的,不具有共谋的父亲是否会构成不作为犯罪的单独正犯或片面帮助犯呢?〔70〕这些问题的解决,都依赖于不

〔68〕 山口厚,见前注〔26〕,页88—89。

〔69〕 参见(日)神山敏雄:“不作為をめぐる共犯の新様相”,《現代刑事法》第5卷9号(2003年)。

〔70〕 参见刘瑞瑞:《不作为共犯研究》,广西师范大学出版社2009年版,页83—85。

作为正犯与共犯区分标准的确定。受篇幅所限,本文仅以我国刑法理论与实务中争议巨大的“自杀不救助”为例,来分析不作为单独正犯与共犯的区别。

### (一)无意思联络的自杀不救助不成立故意杀人罪的单独正犯

实践中经常发生的自杀不救助现象,多表现为自杀者具有责任能力,并基于自由意志决定而结束自己生命,特定关系人事前与自杀者不具有共谋,事后对自杀者不予救助。对于特定关系人这种自杀不救助的行为,我国司法实践多倾向于肯定成立不作为故意杀人罪。例如,在李某对女友自杀不救助案、唐某对女友自杀不救助案、王某对妻子自杀不救助案、王某对父亲自杀不救助案中,法院都判决成立不作为的故意杀人罪。<sup>[71]</sup>只有极少数的判决否定犯罪的成立。<sup>[72]</sup>但是刑法学理论界多倾向于否定故意杀人罪的成立。实践与理论之间巨大差异的现象“提出了一个发人深省的问题:在不纯正不作为犯问题上,理论与实践到底谁出了问题?”<sup>[73]</sup>为了回答这个问题,有必要先了解德日刑法学的做法,也许可以从中得到一些启发。

和我国一样,德国刑法典规定了故意杀人罪,而没有规定教唆、帮助自杀罪。因此,德国刑法理论与实务都认为,教唆、帮助自杀不构成犯罪。在此基础上,对于自杀不救助行为的定性,“德国联邦最高法院的判例,一贯将这个问题放在共犯论的延长线上来处理”。<sup>[74]</sup>具体来说,对于特定关系人的自杀不救助行为,联邦最高法院认为其是否可罚取决于该不救助行为是应当评价为正犯还是共犯而定:如果不救助行为是正犯,则成立杀人罪(谋杀、故意杀人等);如果不救助行为是共犯,则不构成犯罪。<sup>[75]</sup>例如,①在妻子不阻止丈夫自杀的案件中,联邦最高法院肯定妻子“通过不作为杀人的正犯而受到刑罚”,因为负有救助义务的妻子“对事实状况有完全的或者很大一部分的支配,(并且)可以通过她的干预而决定性地改变事实的状况”;②在女人不阻止情人自杀的案件中,联邦最高法院则肯定该女人构成“正犯”,因为她在情人“自己投缳上吊并失去知觉时,具有那种完全的并且唯一的行为控制”;③在女婿不阻止岳母自杀的案件中,联邦最高法院认定女婿“具有救助义务”,但只是“一个不具有刑事可罚性的帮助犯”;④在医生不阻止患者自杀的案件中,联邦最高法院认为被告医生“原则上不允许”屈从于“患者的死亡意愿”,并且“在女自杀者失去知觉后,被告人就既有了犯罪行为支配,也有了正犯意志”,只不过“其不可罚性在于例外地可取的医疗上的良心决定”,也就是说,该案中医生的不作

[71] 参见许成磊:《不纯正不作为犯理论》,人民法院出版社2009年版,页343以下。

[72] 例如,被告人李银建与其妻肖世花因家庭琐事发生争吵,肖世花跳入水塘自杀,被告人李银建明知而不救助导致妻子死亡。重庆市万州区人民法院一审判决认为,“被告人李银建与肖世花虽系夫妻关系,但认定李银建对肖世花跳水自杀负有特定的法律救助义务缺乏法律依据”,因而做出无罪判决。重庆市第二中级人民法院的二审维持了原审判决。参见重庆市万州区人民法院(2002)万刑初字第606号,重庆市第二中级人民法院(2003)渝二中刑一抗字第4号, [http://www.lawyee.org/Case/Case\\_Data.asp?RID=371979&KeyWord=李银建](http://www.lawyee.org/Case/Case_Data.asp?RID=371979&KeyWord=李银建),最后访问日期:2014年4月18日。

[73] 陈兴良:“不作为犯论的生成”,《中外法学》2012年第4期。

[74] 神山敏雄,见前注[13],页265。

[75] 参见罗克辛,见前注[7],页502。

为符合杀人罪正犯的构成要件,只是例外地阻却责任。〔76〕

对于德国联邦最高法院的上述判决,德国刑法学界则存在肯定与否定两种观点:肯定说在肯定自杀不救助行为具有违法性的基础上,主张该行为根据其具体情况分别成立杀人正犯、杀人帮助、过失杀人或者《德国刑法典》第323条C所规定的救助罪;否定说则完全否定自杀不救助行为具有违法性,因此也就不可能构成犯罪。〔77〕

日本刑法典在规定故意杀人罪的同时,还规定了教唆、帮助自杀罪。日本的司法实践中没有判决将自杀不救助行为认定为不作为的杀人罪,只有像父母不给婴儿提供食物致其死亡这样的典型案件,才认定为不作为的杀人罪。〔78〕然而,学者认为,从理论上讲不阻止自杀的行为也是处于共犯论延长线上的问题:不阻止自杀可能成立杀人罪的正犯、受嘱托杀人罪、帮助杀人罪或者无罪。〔79〕

上述德日刑法理论与实务的做法为我们提供了一个解决问题的方向:自杀不阻止行为的定性应该放在共犯论的延长线来分析。其思路是,由于我国刑法典没有规定自杀帮助罪,只规定了故意杀人罪,因此,如果说自杀不救助只能被评价为片面的帮助行为,就不构成故意杀人罪(有可能成立遗弃罪),如果说自杀不救助行为可以被评价为单独正犯行为,才能够成立故意杀人罪。这样一来,解决问题的关键还是不作为正犯与共犯的区分标准,即如何确定不作为的正犯性。

单独正犯与共犯的区分标准是行为的实行行为性,只不过对实行行为有形式的与实质的理解两种不同观点。实质理解的观点中又存在着对实行行为抽象程度的理解差异,例如,在罗克辛的正犯理论中,行为支配→意思支配→功能性支配→义务犯的顺序中,实行行为的抽象程度越来越高。再如,雅格布斯的“组织管辖”与“制度管辖”则是所有正犯理论中对实行行为抽象程度最高的理解。本文采纳“结果原因支配说”,认为不论是作为犯还是不作为犯,实行行为性的判断标准都是对结果的原因有支配。但是,无论对实行行为采取何种理解,在判断单独不作为犯的正犯性时要考虑的关键问题还是作为义务的有无。甚至可以说,在单独不作为犯的场合,正犯性的标准、实行行为性、作为义务三者属于同一个问题。正因为如此,学者对不作为犯的“实行行为性”的论述实质上就是对“作为义务”的有无及其标准的论述。〔80〕同样,学者对不作为犯“作为义务”的论述都是立足于不作为“正犯”来展开的。〔81〕因此,对单独不作为犯的“正犯性”的判断就转化成了对其“作为义务”有无的判断。那么,对于自杀不救助行为来

〔76〕 同上注,页503;罗克辛,见前注〔36〕,页233、238;(美)乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,页446—447。

〔77〕 参见神山敏雄,见前注〔13〕,页266。

〔78〕 参见张明楷:“论不作为的杀人罪”,陈兴良主编:《刑事法评论》(第3卷),中国政法大学出版社1999年版,页264。

〔79〕 参见神山敏雄,见前注〔13〕,页266。

〔80〕 参见十河太郎,见前注〔64〕。

〔81〕 参见许玉秀,见前注〔2〕,页617以下;陈兴良:“作为义务:从形式的义务论到实质的义务论”,《国家检察官学院学报》2010年第6期;周光权:“论实质的作为义务”,《中外法学》2005年第2期。

说,特定关系人是否具有救助义务呢?对此,我国刑法学界存在争议。

肯定说支持司法实践中的有罪判决,认为夫妻之间具有自杀救助义务,甚至具有较强的救助义务。肯定说的代表是张明楷教授。他认为“刑法对生命实行绝对的保护,妻子的自我答责,并不免除丈夫的救助义务”;〔82〕“‘抚养’既然包括一般生活上的相互照料,就更应包括在一方的生命处于危险状态时予以救助”,“由于其作为义务强,即宋福祥是在妻子的生命面临紧迫的危险,并且在当时的情况下只有宋福祥能够救助,并且宋福祥也容易救助,故认定其不作为构成故意杀人罪”。〔83〕

否定说认为,夫妻等特定关系人之间虽然负有某种义务,但并不具有自杀的救助义务,因此对自杀的不救助行为不成立故意杀人罪(正犯)。在否定说的内部具有不同的论证路径。

第一条路径从刑法中自我答责原理的角度来论证特定关系人不具有自杀救助义务。根据自我答责原理,自杀“在法规范上是完全自由地组织自己生命的行为”。〔84〕“既然肯定自杀是自杀者对自身生命的自由支配和处分,就不应当再认为他人有义务对之加以阻止……患者的自主决定限制着医护人员对之加以救治的权利和义务……紧密的家庭关系也不能导致阻止自杀的作为义务。虽然夫妻之间存在相互扶养、照护的义务,但这种义务的成立范围同样应当受到对方自主决定权的限制”。〔85〕

第二条路径立足于“事实的接受说”。事实的接受说认为,作为义务的实质性根据在于事实上的接受行为,具体而言,在满足于以下三个要件时,就可以认定存在事实上的接受:谋求法益控制行为(结果引起行为)的开始;这种行为的反复性或持续性;针对法益的排他性支配。〔86〕根据这种观点,在不救助自杀的场合,“虽说行为人对结果的发生而言,处于排他性的控制地位,但是,行为人并没有开始救助他人生命的行为,因此,还不能说行为人对结果的发生具有实际支配或者说控制。相反,行为人在交通肇事撞伤行人之后,将浑身是血的行人抱上车,故意在路上兜圈子,三小时后将人送进医院,但行人血流殆尽、不幸身亡的场合,就要构成故意杀人罪”。〔87〕

第三条路径是从罪刑法定原则的角度展开的。例如,陈兴良教授认为,夫妻之间的抚养义务不能推出自杀的救助义务,把不救助自杀的行为当作故意杀人罪来处理,违反了罪刑法定原则,学界“为滞后的司法实务辩护实际上就是在阻碍刑法理论的发展”。〔88〕

〔82〕 张明楷,见前注〔67〕,页159。

〔83〕 张明楷,见前注〔78〕,页265、277。

〔84〕 冯军:《刑法问题的规范理解》,北京大学出版社2009年版,页52。

〔85〕 王钢:“自杀的认定及其相关行为的刑法评价”,《法学研究》2012年第4期。

〔86〕 参见(日)堀内捷三:《不作為犯論:作為義務論の再構成》,青林書院新社1978年版,页254以下。

〔87〕 黎宏,见前注〔64〕,页89;黎宏:“‘见死不救’行为定性分析”,《国家检察官学院学报》2011年第4期。顺便指出,黎宏教授的观点有一个发展变化的过程,在早年的论文中,黎宏教授支持把“见死不救”评价为故意杀人罪的司法实践(参见黎宏:“‘见死不救’行为定性的法律分析”,《法商研究》2002年第6期)。

〔88〕 陈兴良,见前注〔73〕,页682;陈兴良:《判例刑法学》(上卷),中国人民大学出版社2009年版,页92以下;陈兴良:“论不作为犯罪之作为义务”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第3卷),中国政法大学出版社1999年版,页201以下。

本文赞同否定说的结论,认为从故意杀人罪正犯的构成要件来看,特定关系人确实不具有这种程度的自杀救助义务。因此,自杀不救助行为不能成立故意杀人(单独正犯)。<sup>[89]</sup>按照“结果原因支配说”,本文认为,在他人自杀的场合特定关系人并不具有对法益脆弱性的支配——支配法益的正是自杀者本人。配偶等特定关系人具有保护法益的义务,但是这种义务只限于“保护彼此免受外部的危险,而不是自我危险,因为一方配偶并非另一方的监护人”。<sup>[90]</sup>同样,医生的保证人义务在于“保护患者不受疾病的纠缠,治愈或者缓和疾病,而不是保护患者不在有答责能力的状况下做出决意”。<sup>[91]</sup>因此,在他人自杀的场合,特定关系人并不具有对结果的支配,不具有成立故意杀人罪正犯的义务,不成立故意杀人罪(正犯)。

## (二)有意思联络的自杀不救助不成立故意杀人罪的共犯

除了上述不具有意思联络的自杀不救助外,还存在一种具有意思联络的自杀不救助,即自杀者与特定关系人经过意思联络之后,自杀者自行自杀,特定关系人不积极参与也不救助。例如,饱受病痛折磨的父亲多次想要自杀,共同生活的女儿几次阻止了父亲的自杀,后来经过父亲的再三请求与诉说,女儿答应不阻止其自杀,在隔壁的房间默默接受父亲的死去。与上述不具有意思联络的自杀不救助一样,具有意思联络的场合,特定关系人也不具有救助自杀的义务。问题是,能否认为特定关系人基于意思联络行为而产生了救助义务,从而将其应救助而不救助的行为理解为以不作为方式实施的自杀参与型故意杀人罪(共犯)呢?我国有学者持肯定态度。<sup>[92]</sup>本文持否定态度。

首先,单纯的接受他人自杀的意思联络不宜理解为能够产生救助义务的先行行为。因为这种意思联络虽然会对自杀者产生心理上的帮助,但并没有创造或者增加自杀的危险性。

其次,即使承认这种场合存在救助义务,从而不救助构成不作为的自杀参与,也不能认为不救助成立故意杀人罪(共犯)。这一点的论证,可以借鉴“自己危险化的参与”的分析方法。在“自己危险化的参与”的场合,被害人有意实施了危险的行为,并遭受了实害结果,而被告人的参与行为与被害人的实害结果之间具有物理上或者心理上的因果性。例如,被害人持有海洛因,请求知情的被告人将注射器借给其使用,被害人利用该注射器注射海洛因而死亡。“自己危险化的参与”与“自杀的参与”不是一回事:前者是危险化的参与,参与人和被害人对实害结果的心理是过失;后者是实害结果的参与,参与人和自杀人对实害结果的心理是故意。但是,“自己危险化的参与”的分析方法完全可以适用于“自杀参与”。

张明楷教授认为,对于“自己危险化的参与”应当放在共犯论的延长线上来分析:“自己危险化的参与,虽然不是真正意义上的共同犯罪,但是,……共同犯罪中关于正犯与共犯的区分,完全可以运用于自己危险化的参与的情形中。亦即,在自己危险化的参与的场合,被害人是正犯,被告人只是实施了教唆行为或者帮助行为的共犯。……正犯自冒风险时,其行为既不符合

[89] 如后所述,本文也不赞同自杀不救助行为可以成立故意杀人罪的共犯。

[90] 罗克辛,见前注[36],页233。

[91] 同上注,页238。

[92] 参见钱叶六:“自杀参与的可罚性研究”,《中国法学》2012年第4期。



构成要件,也不具有违法性。……教唆行为与帮助行为都不可能成立犯罪”。〔93〕“参与自杀”也完全应当放在共犯论的延长线上来分析。正如陈兴良教授所说,“只有在被教唆或者被帮助的行为构成犯罪的情况下,教唆或者帮助行为才具有可罚性,可按照共犯处理。在教唆或者帮助自杀的情况下,自杀本身并非犯罪,因而教唆或者帮助行为不能从自杀中获得犯罪性”。〔94〕因此,在具有意思联络的场合,即使承认特定关系人基于意思联络产生了救助义务,也不能把自杀不救助行为评价为以不作为方式实施的故意杀人罪(共犯)。

#### 四、不作为的共同正犯与共犯的区别:以“共谋”为例

在此首先需要界定的问题是,共同正犯究竟是属于正犯还是共犯?如果共同正犯属于共犯,则不需要对两者进行区分;如果共同正犯属于正犯,则需要区分其与共犯的关系。对于这个问题,德国刑法学通说认为,共同正犯与间接正犯、直接正犯一样都是正犯的表现形式。〔95〕日本刑法学界却存在很大分歧:正犯说认为,“共同正犯与单独犯(单独正犯)、同时犯(同时正犯)一样,也是正犯的一种,在这个意义上,是与狭义的共犯相对立的概念”;〔96〕共犯说认为,“共同正犯是有别于单独正犯的‘共犯’的一种”,〔97〕共同正犯“终究是共犯的一种”;〔98〕折中说认为,“属于正犯和共犯的中间状态的是共同正犯……同时具有正犯和共犯的特征”。〔99〕在我国,有的学者采取正犯说,〔100〕有的学者采取折中说。〔101〕

本文认为,(共谋)共同正犯就是正犯的一种,并且(共谋)共同正犯与共犯的区分标准应当同单独正犯与共犯的区分标准相统一,都采用“结果原因的支配说”。

##### (一)问题:如何限定共谋共同正犯的范围

在日本实务中,共同正犯的适用范围极广,共同犯罪中约97%的参与者构成共同正犯,教唆犯和帮助犯约为2%到3%左右。〔102〕导致该现象的一个重要原因是,实务中通过共谋共同正犯理论的广泛使用把大量的不作为形式的“共谋共犯”都当作“共谋共同正犯”来处理。日本学者平山幹子一语破的:“在我国的法律实务中,很多情况下,不作为的参与也会以现场共谋的形式来解决,只有在不能认定为共谋,考虑其参与的重要性应该被评价为值得处罚的时候,才

〔93〕 张明楷:“刑法中危险接受的法理”,《法学研究》2012年第5期。

〔94〕 陈兴良:《判例刑法学》(下卷),中国人民大学出版社2009年版,页164。

〔95〕 参见(德)耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,页815;罗克辛,见前注〔7〕,页10;(德)冈特·施特拉藤韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I—犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,页293以下。

〔96〕 大塚仁,见前注〔28〕,页234。相同观点参见松宫孝明,见前注〔17〕,页195。

〔97〕 西田典之,见前注〔65〕,页284。

〔98〕 山口厚,见前注〔26〕,页296;西原春夫,见前注〔3〕,页5。

〔99〕 大谷实,见前注〔29〕,页363。

〔100〕 参见张明楷,见前注〔67〕,页363。

〔101〕 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,页38。

〔102〕 参见大谷实,见前注〔29〕,页359。

会按不作为的帮助犯处理”。<sup>〔103〕</sup>理论上也有学者认为,只要不作为者与作为者在事前或在犯罪现场具有明示或默示的共谋,就直接以作为犯的共同正犯论处,而无需再探究不作为犯的问题。<sup>〔104〕</sup>在我国台湾地区,共谋共同正犯也包括了大量的不作为共犯。1965年“大法官会议”释字第109号解释认为:“以自己共同犯罪之意思,参与实施犯罪构成要件以外之行为,或以自己共同犯罪之意思,事先同谋,而由其中一部分人实施犯罪之行为者,均为共同正犯”。<sup>〔105〕</sup>按照该解释,事先同谋、事后不阻止的不作为也全部构成共谋共同正犯。

对于实务中如此广泛使用的共谋共同正犯的概念,理论界普遍持批评态度:多数学者是在承认共谋共同正犯概念的基础上对其适用范围加以限制(肯定说);<sup>〔106〕</sup>少数学者则完全否定共谋共同正犯的概念(否定说)。肯定说中除了早期建立在团体责任基础上的共同意思主体说之外,现在建立在个人责任基础上的观点主要有优越支配共同正犯说、间接正犯类似说、准实行共同正犯说等。优越支配共同正犯说认为,如果“做出命令的人与接受命令的人相比,在一定的社会关系上处于压倒的优越地位,虽然尚未达到剥夺接受命令者的自由、把其作为工具的程度,但是处在能够给予这种程度的心理性约束的状况”,则做出命令的人与接受命令的人构成共同正犯。<sup>〔107〕</sup>间接正犯类似说认为,“具有共谋共同正犯关系者其间之相互利用形态,无论在社会心理学上或论理上,将其视为类似间接正犯来理解,应较符合实体”。<sup>〔108〕</sup>准实行共同正犯说认为,“尽管没有分担实行行为,但如果能认定共谋者的行为对于犯罪的实现发挥了可与实行的分担相匹敌,或者相当于实行的分担的作用,则应该肯定其具有共同正犯性”。<sup>〔109〕</sup>但是,上述观点中的“准”间接正犯的心理约束、“类似”间接正犯、“准”实行共同正犯并没有明确的标准,仍然很难限制共谋共同正犯的范围,遭到否定说的批评。

否定说多以罗克辛的犯罪支配理论为依据。例如林钰雄教授认为,共谋共同正犯的概念是不必要的,对于共谋的情况应该依据犯罪支配理论中的功能性支配来确定是否成立共同正犯。具体来说,在“事前同谋、而自任把风”(1965释109中的第一类行为)的场合,只有在把风行为对构成要件的实现具有功能性支配时,才成立共同正犯,否则就是帮助犯;在“事前同谋、推由他人实施”(1965释109中的第二类行为)的场合,也只有在该单纯共谋者对于犯罪的实现起着“策划指挥”等功能性支配作用时才成立共同正犯,否则就是教唆犯或帮助犯。<sup>〔110〕</sup>陈志辉博士也“否定共谋共同正犯概念存在的必要,此种犯罪类型之难题处理,应该回归到犯罪

〔103〕 平山幹子,见前注〔39〕。

〔104〕 参见西田典之,见前注〔24〕。

〔105〕 陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,页378。

〔106〕 一边肯定共谋共同正犯论,一边主张限定其成立范围的观点,是日本刑法学的主流。参见西田典之,见前注〔65〕,页284。

〔107〕 大塚仁,见前注〔6〕,页271。

〔108〕 川端博,见前注〔27〕,页331。我国台湾学者陈子平教授也采间接正犯类似说。参见陈子平,见前注〔105〕,页381。

〔109〕 西田典之,见前注〔65〕,页288。

〔110〕 参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,页339。

支配理论来进行,而非在其上另搭‘违章建筑’,然后再要求比照犯罪支配理论下的‘间接正犯’或者‘共同正犯’,进行就地合法”。<sup>〔11〕</sup> 具体来说,对于犯罪帮派组织的首领,根据意思支配直接以间接正犯论处;对于首领之外的幕后发号司令者,根据功能性支配认定为共同正犯;对于其他的共谋者,由于不具有犯罪支配,所以只能成立教唆犯或帮助犯。<sup>〔12〕</sup> 我国大陆也有学者认为,“支配型共谋共同犯罪成立间接正犯,功能型共谋共同犯罪成立共同正犯,协同型共谋共同犯罪只能成立狭义共犯”。<sup>〔13〕</sup>

在本文看来,上述肯定说与否定说对司法实务中共谋共同正犯广泛适用之现状的批评并未切中问题的要害。司法实务所存在的问题是在共谋共同正犯的“箱子”里装入了大量的共谋共犯。也就是说,司法实务不区分“共谋共同正犯”与“共谋共犯”,往往只要不作为者与作为者之间有共谋,就全部按照作为犯的共谋共同正犯来处理,这样就过于扩张了作为犯的共谋共同正犯。上述肯定说与否定说都只是从作为犯本身来限制共谋共同正犯的范围,因而没能解决司法实务把大量不作为的共谋共犯转化为共谋共同正犯的关键问题。例如,否定说都主张用罗克辛的犯罪支配理论来取代共谋共同正犯理论,认为凡是不符合意思支配(间接正犯)或者功能性支配(共同正犯)的共谋,都不能成立正犯。但是,如前所述,罗克辛的犯罪支配理论只是针对作为犯(属于支配犯)而言的,对于不作为犯(属于义务犯),罗克辛认为原则上都成立正犯。否定说论者没有意识到,如果彻底贯彻罗克辛的观点,反而会比肯定说走得更远——共谋共同正犯的圈子会划得更大。因此,问题的关键在于区分不作为犯中的共同正犯与共犯,即区分不作为的共谋共同正犯与共谋共犯。解决这一问题的根据显然不是上述否定说(犯罪支配理论)或者肯定说,而应该求助于正犯与共犯区分的一般理论——结果原因支配说。

## (二)方法:区分共谋共同正犯与共谋共犯

根据表现形式的不同,可以把共谋分为客观共谋与主观共谋两种情况,其中客观共谋可以成为先行行为并产生作为义务,而主观共谋不能成为先行行为,其作为义务来源于特定身份。

### 1.客观共谋的正犯性判断

客观共谋,是指存在超越单纯意思联络的客观合谋“行为”,日本著名的练马事件中的共谋就是客观的共谋。<sup>〔14〕</sup> 由于客观共谋表现为某种外在的合意行为,根据客观归责理论,当客观共谋创设了风险,并且损害结果符合禁止共谋的规范保护目的时,该共谋行为就成立先行行为,共谋人具有阻止危害结果发生的义务。<sup>〔15〕</sup> 日本学者松原芳博明确指出,“提供了犯罪机会或者创造了犯罪意愿的人,就有阻止犯罪行为的义务”。<sup>〔16〕</sup>

〔11〕 陈志辉:“共谋共同正犯与共同正犯之参与行为”,《月旦法学杂志》2004年第11期。

〔12〕 同上注。

〔13〕 陈坚毅:“‘共谋共同正犯’——一个多余的法范畴”,《北大法律评论》(第11卷第1辑),北京大学出版社2010年版,页261。

〔14〕 参见(日)丸山雅夫:“共谋共同正犯——その構造と成立範圍”,《南山法学》第33卷第3、4合并期。

〔15〕 参见王莹,见前注〔11〕。

〔16〕 (日)松原芳博:“共犯の諸問題・その2”,《法学セミナー》680号(2011年)。

日本的司法实践也承认客观共谋的先行行为性质。例如,被告人甲女把自己被被害人强行掀掉衣服并要求发生性行为的事情告诉了A、B等几个玩伴。这些玩伴误以为甲被强奸了,于是非常气愤。在甲把被害人叫出来之后,A、B等人对被害人实行了猛烈的暴力,并最终将被害人杀死。甲在现场没有实行暴力,但也没有制止对被害人的暴力以及杀害行为。该案中,甲女与A、B等人之间具有犯罪的意思联络,并且由甲女把被害人叫出来,因此甲女的共谋行为(意思联络+叫出被害人)使其产生了阻止犯罪的义务。正如东京高等法院对本案的判决所指出的那样:“对于同行到现场没有进行实际行为的人,要追究其共同正犯的责任的话,要探讨其不作为犯是否成立……关于此,是否存在作为义务这点变得重要”。<sup>[117]</sup>当然,甲女的不作为是构成正犯还是共犯,则是在肯定其作为义务之后的正犯性判断问题。对此,东京高等法院认为,被告人甲女在与A、B等人的意思联络中,认识到后者等人对被害人有愤怒的情绪,如果见面的话很可能对被害人实施暴力,但还是将被害人叫了出来,“可以说这是将其诱导进入了一个可能对其身体造成危险的地方……所以在危险发生时只有被告人可以救助”,从而认定被告人甲女构成以不作为实施的共谋共同正犯。<sup>[118]</sup>但是按照“结果原因支配说”,本文认为,把甲女的不作为评价为共谋共同正犯并不恰当,在该案中很难说甲女支配了结果的原因。正如岛田聪一郎教授所说,甲女“即使告知了只受到强制猥亵的真相”,几个玩伴由于对被害人的积怨,“中止暴行的可能性也非常低”,所以甲女的不作为不应成立共同正犯。<sup>[119]</sup>

再如,甲、乙两人基于共谋绑架了债务人丙,并对丙实施了暴力与胁迫。在甲短暂离开犯罪现场的时候,乙杀害了丙,甲对此结果有预感。检察官认为甲不阻止乙杀死丙的不作为成立杀人罪正犯,法院否认甲的不作为成立正犯,而肯定不作为的帮助犯。<sup>[120]</sup>按照“结果原因支配说”,该判决是合理的。因为,一方面,在本案中还无法认定甲对被害人丙的脆弱法益处于支配地位;只有在诸如生活共同体、危险共同体内个体的保证人地位以及对于一项无助法益的照顾承担的场合,才会产生对无助法益的支配。<sup>[121]</sup>本案中,显然甲与丙之间没有形成生活共同体或者危险共同体,甲也没有承担照顾丙的义务。另一方面,甲对乙的行为也不具有支配作用,甲不具有对重要的结果肇因的支配。

## 2. 主观共谋的正犯性判断

主观共谋,是指只存在明示或默示的意思联络或认识,日本保镖案件中的共谋就是主观的共谋。<sup>[122]</sup>由于主观共谋只有意思的联络,甚至有时连意思联络都只是默示的,而没有指认被害人、准备犯罪工具等客观的共谋行为,因此不能评价为先行行为。所以,在主观共谋的场合,需要考察共谋人是否具有特殊的保证人身份或保证人支配,从而判断其不作为能否成立犯罪。

例如,父亲甲与母亲乙同居一室,小孩啼哭不止,甲不胜其烦,说“让他安静下来”。于是乙

[117] 东京高等法院平成20年10月6日判夕1309号,页292。

[118] 参见东京高等法院平成20年10月6日判夕1309号,页292以下。

[119] (日)岛田聪一郎:“不作為による共同正犯”,《刑事法ジャーナル》第29号(2011年)。

[120] 大阪高判昭和62年10月2日判夕675号,页246。

[121] 参见许内曼,见前注[53],页69。

[122] 参见丸山雅夫,见前注[114]。

殴打小孩的头，并在棉被上数次撞击小孩，甲未加以制止。后来，乙在暖炉桌边把小孩高高举起，并观察甲的反应，甲故意把头转开不加以制止。乙于是将小孩重重摔在暖炉上，导致小孩死亡。法院认为甲与乙之间具有默示的共谋，因而成立不作为的共谋共同正犯。<sup>〔123〕</sup>

关于本案，日本学界存在很大的争议。西田典之认为，本案中父亲与母亲具有共谋，因此无需讨论不作为犯的问题，直接以作为的共谋共同正犯论处即可。<sup>〔124〕</sup>但是多数学者认为，该案涉及的是不作为的正犯与共犯的问题。山中敬一教授认为，本案中的父亲成立不作为的共同正犯。因为父亲的不作为对母亲的作为给予了功能性支持并为之形成了“犯罪行为共同体”，“倘若父亲有防止犯罪之行为，则此种犯罪行为共同体即告崩解，很容易地具有防止犯罪之行为”。<sup>〔125〕</sup>神山敏雄教授则认为父亲的不作为不应成立杀人罪的共同正犯，“因为不作为者即使一个人也能阻止妻子的犯罪行为，所以不能看作是‘部分实行，全部责任’”。<sup>〔126〕</sup>还有学者认为，从支配犯的观点来看，父亲的不作为难以评价为与母亲的作为具有相当的重要作用，不作为与作为之间的共同正犯难以成立；从义务犯的观点来看，父亲的不作为与母亲的作为成立杀人罪的同时正犯。<sup>〔127〕</sup>

根据“结果原因支配说”，父亲对小孩具有保证人支配，这种支配与共谋无关，而是一种来源于生活共同体的对法益脆弱性的支配。根据父亲所具有的这种对法益脆弱性的支配，就可以直接认定父亲的不救助成立杀人罪的共谋共同正犯，而无需再像山中敬一教授要求的那样再去判断是否存在“共同行为支配”（即不作为对作为给予功能性支持）。

再如，暴力团组长甲对于其保镖乙等人携带枪支的行为有认识，但没有阻止，判决认为甲与乙等人成立非法持有枪支罪的共谋共同正犯。因为从主观方面来看，甲与乙等人之间存在“默示的意思联络”，从客观方面来看，不阻止的行为“实际上可以评价为是被告人让保镖们携带枪支”。<sup>〔128〕</sup>根据“结果原因支配说”，本文也赞同判决的意见。甲作为暴力团组长完全能够决定是否同意其保镖携带枪支，属于对一项重要的结果肇因有支配，因此甲的不作为构成非法持有枪支罪的共谋共同正犯。

### 3. 我国司法实践中共谋共同犯罪的处理

共谋而未参与实行行为的现象在我司法实践中也是存在的，只不过我国司法实践中使用得更多的概念不是“共谋共同正犯”，而是“共谋共同犯罪”，然后在共谋共同犯罪的范围内再按照“主犯”与“从犯”进行处罚。<sup>〔129〕</sup>近年来，在刑法学理论的带领与推动下，“共谋共同正犯”的概念也逐渐为一些司法实务所接受。例如，在王月康贩毒案中，王月康参加了贩毒的共谋，就

〔123〕 参见大阪高等裁判所平成13年6月21日判夕1085号，页292。

〔124〕 参见西田典之，见前注〔24〕。

〔125〕 (日)山中敬一：“不作为与作为之共犯关系”，余振华译，载林山田教授纪念论文集编辑委员会辑：《刑与思》，元照出版社公司2008年版，页102。

〔126〕 神山敏雄，见前注〔69〕。

〔127〕 参见(日)金子博：“不作为犯の共同正犯(2·完)”，《立命馆法学》2013年1号(347号)。

〔128〕 最高裁平成15年5月1日刑集57卷5号，页507。

〔129〕 参见刘艳红：“共谋共同正犯论”，《中国法学》2012年第6期。

贩毒的时间、地点、对象、购买资金、犯罪计划及犯罪收益的分配等具体事项进行了谋议,但没有参与贩毒的实行行为。承办该案的法官认为,王月康的行为成立“共谋共同正犯”,其核心理由是,共谋分为确定性共谋(有明确的时间、地点、对象、分工等犯罪计划)与概括性共谋,确定性共谋是整个犯罪行为的一部分,因此参加确定性共谋而未参与犯罪实行的人成立“共谋共同正犯”。<sup>[130]</sup>

该案例对于深刻分析司法实务中共谋共同正犯的适用逻辑具有重要意义。很明显,承办法官是把共谋者的单纯“共谋行为”与实行人的“实行行为”理解为“作为+作为”的共同正犯。但是,这种分析似是而非,含混不清。共同正犯的形成,要求数个行为同时并存。而单纯的共谋行为在前,他人的实行行为在后,两个并非共存于同一时空的“作为”无论如何是不可能成立共同正犯的。从作为犯的角度来看,之前的共谋行为有可能对之后的实行行为成立教唆犯、(心理性)帮助犯或者间接正犯,但不可能成立共同正犯。只有从不作为犯的角度来看,之前的共谋行为与之后的实行行为才有成立共同正犯的可能,但这时已经不是共谋行为与实行行为之间的共同正犯问题,而是基于共谋所产生的作为义务基础上的“不作为”与实行人的“作为”之间的共同正犯问题。那么,王月康的共谋行为是否构成不作为的共谋共同正犯呢?根据“结果原因支配说”,本文认为王月康既不存在对法益无助性的支配,也不存在对一项重要结果的肇因的支配,因此,王月康的不作为难以评价为不作为的正犯,只能认定为不作为的帮助犯。

**Abstract:** The distinction of perpetrator and accomplice between omission and action should adopt the same criteria. Theory of multi-differentiating standards overemphasizes the differences of ontology between omission and action. Theory of *zuständigkeit* shouldn't be accepted in China. Theory of controlling the reason of result can reasonably distinguish not only the individual perpetrator and accomplice but also the co-perpetrator and accomplice in the case of offense of omission, so it's reasonable. The behavioral nature of not-rescuing suicide should be analyzed on the extension line of complicity theory. Accordingly, not-rescuing suicide constitutes neither the perpetrator of omission of intentional homicide nor the accomplice of that (accessory offenders of suicide). In the criminal law, both the positive theory and the negative theory about the collusive co-principal offender don't hit the key that massive omission collusive assistant offenders have been converted into action collusive co-principal offenders in the judicial practice.

**Key Words:** Omission; Perpetrator; Accomplice; Not-rescuing Suicide; Collusion

(责任编辑:江 溯)

[130] 参见郭寅、黄伯青:“共谋而未参与实行行为构成共同犯罪”,《人民司法》2011年第2期。