

共犯本质论重述

行为共同说的本土化证成

姚培培*

摘要 我国通说关于共同犯罪成立条件的见解造成了实务中的罪刑脱钩现象。对共犯本质的不同理解会影响对共犯成立范围的认定。完全犯罪共同说、强硬的部分犯罪共同说以及缓和的部分犯罪共同说均存在问题。以因果性为核心、以共同事实为基础、以待评价的共犯本身为视角的行为共同说,具有相对于犯罪共同说的理论优越性,能够整合限制从属性说,在共犯处罚根据上更为妥当,也更适应我国刑事立法。在行为共同说的指导下,对各共犯人适用不同的分则条文就成为可能,而且罪刑脱钩的现象也得到消解。

关键词 罪刑脱钩 共犯本质 犯罪共同说 行为共同说

一、问题的提出:实务中的罪刑脱钩现象

司法实践中认定共犯有时候会出现罪刑脱钩的现象。例如,被告人余建华因琐事对工友王某产生不满,遂联系被告人陈卫国,要后者前来“教训”王某。陈携带尖刀伙同吕某(另案处理)与余建华会合,此时王某与胡某及武某正好出现,在余指认后,陈上前殴打胡某,余与武某对打,吕某也与王某对打。其间,胡某因胸部等处遭到陈卫国连续捅刺三刀而死亡。

一审认为,被告人陈卫国、余建华共同故意报复杀人,均已构成故意杀人罪。依照《刑法》

* 中南财经政法大学刑事司法学院讲师。本文系国家社科基金青年项目“从属性与处罚根据双重视角下共犯违法相对性问题研究”(项目编号:22CFX062)的阶段性研究成果,同时获“中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金”(项目编号:2722022BQ023)资助。

第 232 条、第 25 条第 1 款、第 56 条第 1 款、第 57 条第 1 款的规定,对陈卫国认定故意杀人罪,判处死刑,剥夺政治权利终身;对余建华认定故意杀人罪,判处 15 年有期徒刑,剥夺政治权利 5 年。后两被告人均上诉,二审认为,原判认定余建华有杀人故意的依据不足,应对其以故意伤害罪判处。对余建华的定罪不当,应予改判。遂依照《刑事诉讼法》相关规定以及《刑法》第 232 条、第 234 条、第 56 条第 1 款、第 57 条第 1 款,驳回上诉人陈卫国的上诉;对上诉人余建华改判为故意伤害罪,判处 15 年有期徒刑,剥夺政治权利 5 年。^{〔1〕}

在本案一审判决中,法院对二人适用了《刑法》第 25 条第 1 款和第 232 条,认为二人构成故意杀人罪的共同犯罪,而在二审判决中,法院没有适用《刑法》第 25 条第 1 款,而是直接适用了第 232 条和第 234 条,这表明二审法院认为二人并不构成共同犯罪(即不成立共犯关系)。既然如此,对余建华的量刑即存在问题。因为根据《刑法》第 234 条第 2 款第 1 句后段的规定,只有“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的”,才可以判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。既然二审判决认为二人并不构成共同犯罪,就意味着对二人并不适用“部分行为全部责任”这一共同犯罪的归责原则,也就是说对于陈卫国直接造成的死亡结果,余建华不必负责,既然如此,对余建华适用该段法定刑就缺乏正当性。反过来说,只有将陈卫国直接造成的死亡结果归属给余建华,对其判处 15 年有期徒刑才具有正当性;而要将死亡结果归属给余建华,只有在肯定二人之间共犯关系的情况下才有可能。唯一合理的解释就是,二审判决在法条适用上否定了共犯关系的成立,但在量刑上却“暗度陈仓”地肯定了共犯关系的成立。由此,出现了定罪^{〔2〕}与量刑脱钩的现象。

这种罪刑脱钩现象源于我国通说有关共同犯罪成立条件的观点。通说认为,构成共同犯罪必须具备共同的犯罪故意,包括认识因素、意志因素以及意思联络,如果在实施犯罪时各行为人故意的内容不同,则不构成共同犯罪。^{〔3〕}正因为如此,在上述案例中,由于余建华与陈卫国之间故意的内容不一致,二审判决只得否定二人成立共同犯罪,但在量刑上对余建华却又适用了“致人死亡”的法定刑,从而造成了定罪与量刑之间的矛盾。

正是由于通说在共同犯罪认定上存在问题,我国学者借鉴日本刑法理论有关“共犯的本

〔1〕 参见最高人民法院刑事审判第一至五庭主办:《中国刑事审判指导案例 2(危害国家安全罪·危害公共安全罪·危害公民人身权利、民主权利罪)》(增订第 3 版),法律出版社 2017 年版,第 465—466 页。

〔2〕 此处的“定罪”,并非指“确定罪名”,而是指“确定犯罪类型”,因为在我国刑法中,一个罪名包括多个犯罪构成的现象并不罕见,由此出现了罪名相同但犯罪类型不同的情况。关于这一点,参见丁胜明:“以罪名为讨论平台的反思与纠正”,《法学研究》2020 年第 3 期,第 143—159 页。结合本案而言,若将被害人的死亡结果归属给余建华,其犯罪类型为“故意伤害致死”,对应的法定刑为《刑法》第 234 条第 2 款第 1 句后段的“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”;而如果认为余建华不必对该死亡结果负责,其犯罪类型则为“故意伤害”或者“故意伤害致人重伤”,分别对应第 234 条第 1 款的法定刑“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”或者第 234 条第 2 款第 1 句前段的法定刑“三年以上十年以下有期徒刑”。然而,不论哪一种情况,余建华成立的罪名都是“故意伤害罪”。

〔3〕 参见高铭暄、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》(第 10 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 165 页。

质”问题的学说,将犯罪共同说与行为共同说的争论引进我国,为此问题提供了新的分析路径。从两说的理论归结上看,犯罪共同说只承认“数人一罪”,认为共犯是指数人共同加功于一个犯罪,因此,当各行为人之间成立不同犯罪时,否定共犯的成立;而行为共同说承认“数人数罪”,认为即使各行为人所成立的犯罪不同,也无碍于共犯的成立。

张明楷早期在指出完全犯罪共同说及行为共同说的缺陷后,提倡部分犯罪共同说,^{〔4〕}其后改变立场,支持行为共同说。^{〔5〕}事实上,我国最早主张行为共同说的当属黎宏,其在2007年即旗帜鲜明地主张行为共同说,^{〔6〕}而张明楷也在2010年正式转向行为共同说。^{〔7〕}此后,黎宏与张明楷又分别于2012年^{〔8〕}和2017年^{〔9〕}撰文,批判犯罪共同说,论证行为共同说的合理性。^{〔10〕}与此相对,也不乏学者对行为共同说持批判态度,^{〔11〕}主张犯罪共同说。^{〔12〕}

本文以下首先对犯罪共同说的各种理论样态进行介绍,并指出犯罪共同说诸样态的不足,接下来对行为共同说进行证成,并就在行为共同说的立场下,如何妥当认定共犯成立范围进行说明,以实现合理认定共犯、使共犯罪刑相适应的目标,从而消解实务中的罪刑脱钩现象。

二、犯罪共同说的诸样态及其缺陷

犯罪共同说的核心思想是“数人一罪”,即共犯现象是数人共同实施同一个犯罪,而这里的犯罪,是指符合构成要件的违法且有责的行为,即具备犯罪全部成立要件的犯罪。然而,在学说和判例中,其又存在着不同的变种,以下在介绍的基础上分别进行批判。

〔4〕 参见张明楷:“部分犯罪共同说之提倡”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2001年第1期,第41页。

〔5〕 参见张明楷:《刑法学》(上)(第6版),法律出版社2021年版,第540页。

〔6〕 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第477页。

〔7〕 参见张明楷:“共同犯罪是违法形态”,《人民检察》2010年第13期,第8页。

〔8〕 黎宏:“共同犯罪行为共同说的合理性及其应用”,《法学》2012年第11期,第112—117页。

〔9〕 张明楷:“共犯的本质——‘共同’的含义”,《政治与法律》2017年第4期,第2—20页。

〔10〕 同样支持行为共同说的学者还有钱叶六:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第82页;陈洪兵:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第40页;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27页;张开骏:“共犯限制从属性说之提倡——以共犯处罚根据和共犯本质为切入点”,《法律科学》2015年第5期,第91页;秦雪娜:《共犯从属性研究》,中国法制出版社2020年版,第225页。另外,王昭武也支持行为共同说,并将其作为共谋射程理论之基础,参见王昭武:“论共谋的射程”,《中外法学》2013年第1期,第157—161页。

〔11〕 参见马荣春:“行为共同说的法教义学批判”,《法律科学》2018年第5期,第81—94页;马荣春、任贵:“对决、批判与‘新生’:共犯成立范围理论的一次清理”,《河南财经政法大学学报》2016年第3期,第63—67页。

〔12〕 参见陆诗忠:“我国《刑法》中的‘共同犯罪’:‘犯罪共同说’抑或‘行为共同说’”,《华东政法大学学报》2016年第1期,第129页;陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第73页;王光明:《共同实行犯研究》,法律出版社2012年版,第97页;王俊:“完全犯罪共同说的本土化证成”,《环球法律评论》2020年第5期,第128页。

(一)完全犯罪共同说

根据内田文昭的研究,^[13]完全犯罪共同说最早可追溯到恩斯特·贝林(Ernst Beling)对1871年《德意志帝国刑法典》第47条共同正犯规定的解释。该条内容为:“数人共同实行一个可罚的行为时,都作为正犯加以处罚。”^[14]对于该规定,贝林解释道,只有以“相同的构成要件”(ein identischer Tatbestand)为前提,共同正犯才可能成立,^[15]并且违法性与有责性都不可欠缺,^[16]在刑法额外要求了“特别故意”的场合,具有此故意的人与不具有此故意的人之间不成立共同正犯,因此,第211条(谋杀罪)^[17]与第212条(杀人罪)之间不成立共同正犯。^[18]于是,在贝林看来,在具有预谋的A与仅具有杀人故意的B共同实施了杀人的场合,B与A不成立共同正犯,B只成立谋杀罪的帮助犯,^[19]同时另外成立杀人罪,与谋杀罪的帮助犯构成想象竞合。^[20]同样被认为持完全犯罪共同说的还有泉二新熊、^[21]大场茂马、^[22]胜本勘三郎、^[23]小野清一郎^[24]和泷川幸辰^[25]等。^[26]

[13] 内田文昭「部分の共同正犯について(1)」警察研究62卷7号(1991年)3頁以下参照。

[14] 德语原文为:“Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Täter bestraft.”

[15] Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, § 47 S. 390 ff., S. 394 ff., § 48 S. 403 ff., § 49 S. 408 ff.

[16] Beling (Fn. 15), § 49 S. 409 ff.

[17] 与现行《德国刑法典》第211条关于谋杀罪的规定不同,1871年《德意志帝国刑法典》第211条将具有预谋(mit Überlegung)的杀人行为规定为谋杀罪,处死刑。该条德语原文为:“Wer vorzätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordens mit dem Tode bestraft.”

[18] Beling (Fn. 15), § 49 S. 411 ff.

[19] Beling (Fn. 15), § 49 S. 411ff., S. 412 Anm. 1.

[20] Beling (Fn. 15), § 49 S. 423, S. 423 Anm. 2.在德国,就共同正犯持本说的只有贝林,而且事实上贝林自己都难以贯彻到底。

[21] 泉二新熊认为:“共犯是数人通过共同加功成立同一个犯罪事实”“共同正犯是二人以上通过共同的有责行为实施同一犯罪事实”、成立共同正犯要求“客观方面和主观方面都具有共同关系”。泉二新熊《改正日本刑法論》(有斐閣,1908年)627頁、630頁、668頁参照。牧野英一将泉二新熊的见解称为“犯罪共同说的典型”。牧野英一《日本刑法(上卷)總論》重訂版(有斐閣,1937年)417頁参照。

[22] 大场茂马认为:共犯就是“一个犯罪由数人实施的场合”,并且认为有责任能力的人与无责任能力的人不能成立共犯或共同正犯关系。大場茂馬《刑法總論(下卷)》(中央大学,1917年)999頁、1011頁、1045頁参照。

[23] 胜本勘三郎认为:所谓共犯是“共同犯某一规定的犯罪”,共同正犯是“共同实施同一犯罪行为”。勝本勘三郎《刑法要論總則》改訂再版(有斐閣,1922年)381頁、403頁参照。

[24] 小野清一郎认为:“只要刑法中还存在分则的构成要件,对这些构成要件实施进行一应整体地把握,并在此基础上观察对此进行加功的各行就是必然的。”小野清一郎《犯罪構成要件の理論》(有斐閣,1953年)104頁以下参照。

[25] 泷川幸辰认为:所谓共犯就是“数人共同实施特定的犯罪(例如杀人罪)”。瀧川幸辰《犯罪論序説》改訂版(有斐閣,1947年)226—227頁参照。

[26] 然而这些学者也并未彻底贯彻完全犯罪共同说,参见后文。

于是,根据完全犯罪共同说,各共犯人只能就某一“特定的犯罪”成立共同正犯,因此在成立要件上,不仅要求客观上有共同行为,还要求各共犯人之间主观上有共同的犯罪故意。若各行为人之间不存在共同的犯罪故意,即不成立共同正犯。此外还要求各行为人都具备有责性。对这些严格的成立要件,若有一点不符合,即否定共同正犯的成立,而只能成立同时犯。

然而,完全犯罪共同说存在以下问题,因而无法获得支持,已被学界淘汰。

首先,本说与贝林关于构成要件的主张相矛盾。众所周知,贝林创立了构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层犯罪论体系,并且贝林的构成要件仅包括客观构成要件,而不包括主观构成要件。^[27] 贝林自己就认为“故意杀人”与“过失杀人”作为“杀人的构成要件”是相同的,^[28]那么两者就仅在主观要件上存在不同。既然如此,谋杀罪与杀人罪也仅仅在是否“具有预谋”这一主观要素上存在不同,按照贝林的构成要件论,两者理应属于“相同的构成要件”,如此就应当肯定共同正犯的成立。事实上,当时德国的通说反而认为共同行为人之间虽然在主观责任层面上存在不同,但共同正犯本身还是成立的。^[29]

其次,本说导致犯罪认定上的困难。在贝林所举的具有预谋的A与不具有预谋的B共同杀人的案件中,若致命伤是由A造成,虽然A构成谋杀罪正犯,B构成谋杀罪帮助犯,但难以认定B单独构成既遂的杀人罪,因为既然不承认B成立共同正犯,意味着不能够将A造成的死亡结果归属给作为正犯的B。^[30] 可是,若A没有预谋,与B一样也仅具有杀人故意,根据贝林的观点,A与B构成共同正犯,当致命伤由A造成时,B也要承担杀人罪既遂的责任。而当B与更值得谴责的具有预谋的A共同杀人时,对B的处罚反而变轻了,^[31]这显然不协调。^[32] 泉二新熊认为,在甲、乙共同对丙施加暴行之时只有甲具有杀害意思的场合,乙不成立甲的杀人行为的共同正犯,而仅成立伤害罪或伤害致死罪。^[33] 但泉二新熊没有说明究竟是成立伤害罪还是伤害致死罪,若是前者,则忽视了丙死于甲、乙共同的暴行这一事实;若要认

[27] Ernst Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 11 f.

[28] Beling (Fn. 15), § 19 S. 178 ff., § 24 S. 249.

[29] Edmund Mezger, Strafrecht: ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, § 60 S. 424.

[30] 只有认定共同正犯的成立,才能将A造成的结果归属给B,因为共同正犯的法律效果正是在于这种“行为贡献的相互归属”(Gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge)。Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 49. Aufl., 2019, § 16 Rn. 814.

[31] 虽然根据贝林的观点,乙构成谋杀罪的帮助犯,但根据1871年《德意志帝国刑法典》第49条,帮助犯的刑罚根据其帮助的犯罪的未遂犯减轻处罚,而该法第44条第2款规定,法定刑为死刑或终身监禁的犯罪的未遂犯减轻后的刑罚为三年以上有期徒刑,相比于认定共同正犯时适用第212条杀人罪的五年以上的有期徒刑,仍然是轻了。

[32] 同样地,山口厚指出,在A与B分别以杀人和伤害的故意一起朝X开枪,结果只有一人的子弹命中X导致其死亡的场合,根据完全犯罪共同说,A与B不成立共同正犯,各自承担单独犯的责任。于是,在A的子弹射中X的场合,A成立杀人罪,B至多成立暴行罪。而如果A只具有伤害故意的话,B就成立伤害罪的共同正犯,如果承认结果加重犯的共同正犯,B就成立伤害致死罪的共同正犯,两者相比,结论上不均衡。山口厚『刑法総論』第3版(有斐閣,2016年)316頁参照。

[33] 泉二新熊,前掲注[21]675頁参照。

定后者,就必须肯定共同正犯的成立。

再次,对共同正犯人要求有责性的本说是有关共犯从属性^[34]问题上极端从属性说的结论。然而,极端从属性说在德国,随着其修法将“可罚的行为”(strafbare Handlung)改为“犯罪行为”(Straftat),并且在第29条中规定“每个参与者^[35]根据自己的责任受到处罚,不必考虑他人的责任”而被否定,现在德国通说均承认参与人的责任独立性原理(Grundsatz der Schuldunabhängigkeit)^[36]。在日本,这种被泷川幸辰称为“正统的共犯理论”^[37]所采取的极端从属性说^[38]也为限制从属性说^[39]所取代。^[40]事实上,对于要求共同正犯人之间都具备有责性的观点,连贝林自己都难以坚持。贝林认为即将达到刑事责任年龄的少年与完全责任能力者的成年人之间能够成立共同正犯,^[41]理由是,在这种情况下中的“特殊心理要素”仅具有带来“相对的刑罚法规”的适用效果。^[42]可见,要求共同正犯人之间都具备有责性的完全犯罪共同说,连其创立人自己都难以坚持。^[43]

再次,日本学者也并未将本说贯彻到底。大场茂马认为,“虽说是共同正犯人,但对共犯人—

[34] 山口厚认为共犯从属性问题并不涉及共同正犯,即共同正犯只有共同性的问题,没有从属性的问题。山口厚,前揭注[32]311—312页参照。另参见张明楷,见前注[9],第5页。然而,平野龙一将共犯从属性问题归纳为实行从属性、要素从属性和罪名从属性。平野龙一『刑法総論 II』(有斐閣,1975年)345页参照。在共同正犯中,共同正犯的成立也以其中一人着手于实行行为为条件,这属于实行从属性的问题;同时,共同正犯也要讨论其中一方的成立是否以另一方存在有责性为条件,还是只要以另一方存在符合构成要件的违法行为为条件,这便属于要素从属性的问题;而主要围绕共同正犯展开的犯罪共同说与行为共同说的争论,也正是罪名从属性的问题。因此,认为共同正犯不需要讨论从属性的观点,值得商榷。例如西田典之就指出,在承认共谋共同正犯的场合,共同正犯也涉及实行从属性;在能否与刑事未成年人等无刑事责任能力的人成立共同正犯这一点上,共同正犯也可能涉及要素从属性。西田典之著、橘爪隆補訂『刑法総論』第3版(弘文堂,2019年)417—418页参照。

[35] 这里的参与者(Beteiligte)既包括共犯(Teilnehmer),也包括正犯(Täter),参见《德国刑法典》第28条第2款。

[36] Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 38 Rn. 17.

[37] 泷川幸辰,前揭注[25]208页。

[38] 小疇信『日本刑法論〔総論〕』(日本大学,1904年)322页、309页以下。

[39] 大塚裕史=十河太郎=塩谷毅=豊田兼彦『基本刑法 I 総論』第3版(日本評論社,2019年)341页参照。

[40] 在日本,从极端从属性说向限制从属性说的转变是通过判例完成的。判例早先认为:“12岁以下的幼年者由于欠缺属于犯罪组成要素的犯罪意思,因此虽然未满12岁的幼年者的行为偶然触犯刑法的制裁,但原本就不能构成犯罪。因此,自不必言,不应当以幼年者加功了一般的犯罪为理由就认定2人以上共同犯其罪。”(大審院1895年7月2日判決,大審院刑事判決録1輯1卷34頁)这采取的是极端从属性说的立场。之后,判例转变立场,认为“其他共同正犯人是否具有责任能力,对于认定被告的罪责没有影响。”(大審院1913年11月7日判決,大審院刑事判決録19輯1140頁),率先在共同正犯的场合中承认了责任的个别作用。

[41] Beling (Fn. 15), § 49 S. 412.

[42] Beling (Fn. 15), § 49 S. 412.

[43] 小野清一郎也肯定对于无刑事责任能力的人能够成立教唆犯。小野清一郎『新訂刑法講義総論』増補版(有斐閣,1950年)208页参照。

同的行为有故意的人就其全部承担责任,对其中部分有故意的人对其部分承担其责任”。〔44〕对于甲想要伤害乙的身体,而与甲一起殴打乙的丙却想趁此机会盗取乙的财物的案件,胜本勘三郎肯定了甲和丙在伤害罪的限度内成立共同正犯。〔45〕在二人共同实施盗窃行为后,其中一人实施了抗拒抓捕行为的场合,泷川幸辰认为在盗窃罪的限度内成立共同正犯。〔46〕

最后,本说没有获得德国司法判例的支持。在二人共同窃取葡萄酒,其中一人仅具有当场消费的意思,而另一人存在使共犯人取得该酒的取得意思的案件中,判例认定前者成立当时《刑法》第370条第1款第5项的盗窃饮食物罪,后者成立第242条的普通盗窃罪,并对两者适用了第47条的共同正犯;〔47〕在当时第223条a(持凶器伤害罪)和第224条(重伤害罪)之间,判例认定在“故意”一致的范围内成立共同正犯;〔48〕在共同实行谋杀和伤害的行为人之间,判例认定两者在伤害罪的范围内成立共同正犯;〔49〕在最近的一起母亲出于贪婪(Habgier)、阴险(Heimtücke)动机而儿子只出于普通杀人故意,两人共同将被害人杀死的案件中,判例肯定了第211条谋杀罪和第212条杀人罪之间成立共同正犯,〔50〕这便从正面否定了贝林基于本说的结论。

(二)强硬的部分犯罪共同说

强硬的部分犯罪共同说(かたい部分の犯罪共同説)主张,当具有不同故意的二人共同实施犯罪行为时,所有行为人构成较重犯罪的共同正犯,然后适用日本《刑法》第38条第2款,〔51〕在科刑上对具有较轻故意的人科处较轻犯罪的刑罚。例如当甲和乙分别以杀人和伤害的故意对丙实施暴力导致丙死亡的情况,甲和乙都成立杀人罪的共同正犯,但由于乙缺乏杀人故意,在科刑上对乙在伤害致死罪的范围内科处刑罚。本说由于没有固守只要故意不同即不构成共同正犯这一完全犯罪共同说的思路,但却对只有轻罪故意的人认定了重罪的共同正犯,因而被称为“强硬的部分犯罪共同说”。〔52〕

〔44〕 大場茂馬,前掲注〔22〕1046頁参照。

〔45〕 勝本勘三郎,前掲注〔23〕410頁参照。

〔46〕 瀧川幸辰,前掲注〔25〕229—230頁参照。

〔47〕 内田文昭,前掲注〔13〕10頁参照。

〔48〕 内田文昭,前掲注〔13〕10頁参照。

〔49〕 内田文昭,前掲注〔13〕16頁参照。

〔50〕 参见江溯主编:《德国判例刑法:总论》,北京大学出版社2021年版,第501—508页(申柳华执笔)。

〔51〕 该款规定:“行为虽然该当于重罪,但对于行为时不知道该当于重罪的事实的,不得根据该重罪处断。”

〔52〕 周光权将该观点放在“完全犯罪共同说”的标题下进行介绍,认为这种学说是完全犯罪共同说。参见周光权:《刑法总论》(第4版),中国人民大学出版社2021年版,第332页。平野龙一也将此说命名为“完全犯罪共同说”,平野龍一「刑法の基礎」法学セミナー142号(1968年)29頁参照。但如前所述,真正的完全犯罪共同说应当是认为只要共同行为人之间故意存在不一致,就否定共同正犯的成立,而非如本说一般强行肯定重罪的共同正犯。因此,本文将本说称为“强硬的部分犯罪共同说”,将后述在重合范围内肯定共同正犯的观点称为“缓和的部分犯罪共同说”,此命名学自龟井源太郎。龟井源太郎「共犯の内側の限界・外側の限界(上)」東京都立大学法学会雑誌37卷2号(1996年)241頁参照。

日本存在采取本说逻辑的裁判例,例如:在被告人裴某以杀害故意,李某以伤害故意,共同对被害人潘某实施暴行,李某固定住潘某的头部,裴某用刀捅刺潘某腹部,但潘某并未死亡的案件中,长野地裁諏访支部判决道:“两名被告人的行为是……杀人未遂罪的共同正犯,但被告人李某在犯行当时仅具有伤害故意,被告人裴某的杀人未遂行为是被告人李某未预料到的部分,……对被告人李某……由于属于认识到较轻的犯罪事实而使较重的犯罪事实结果发生的场合,根据《刑法》第38条第2款依照较轻的伤害罪的刑罚来处断。”^[53]本判决体现的正是强硬的部分犯罪共同说的观点。^[54]

但是,强硬的部分犯罪共同说并不妥当,理由在于:

第一,本说使定罪与科刑相分离,违背了罪刑关系原理。众所周知,犯罪是刑罚的发生根据,给行为人定罪的目的就是为行为人的量刑确定应当适用的法条。然而,在强硬的部分犯罪共同说逻辑下,在定罪层面,行为人构成杀人罪、抢劫罪等重罪,而在科刑阶段却又不以杀人罪、抢劫罪为依据,转而适用伤害致死罪、敲诈勒索罪的法定刑,使得定罪过程毫无意义。

第二,本说违反了责任主义。责任主义意味着没有责任就没有犯罪,更进一步引申而言,没有杀人、抢劫的故意,就应当不存在杀人罪和抢劫罪。本说在定罪上认定仅具有伤害罪、敲诈勒索罪故意的行为人构成杀人罪、抢劫罪的共同正犯,意味着让行为人对自己不具有有责性的犯罪承担刑事责任,在这一点上,违反了责任主义。

第三,本说曲解了日本《刑法》第38条第2款的意义。对于日本《刑法》第38条第2款的含义,通说认为本款规定的是抽象的事实错误的解决方法,^[55]特别是在不同构成要件的错误中,行为人以犯较轻的甲罪的意思犯了较重的乙罪的场合的处理。^[56]根据本款规定,当行为人发生横跨不同构成要件的错误并且没有认识到自己的行为该当于重罪时,阻却重罪的故意。例如当行为人想要杀死他人养的狗,但开枪时却将狗的主人杀死的场合就是这种情况。此时,根据该款规定,虽然行为人实施的行为该当于杀人罪,但由于没有认识到该事实,阻却杀人罪的故意,因而对行为人不得认定杀人罪,在行为人存在过失的场合认定行为人构成过失致死罪。而根据强硬的部分犯罪共同说对本款的理解,在前述场合,就要认定行为人构成杀人罪,而仅在科刑阶段判处过失致死罪的刑罚,这种将本款规定理解为处断刑规则的做法显然并不合理。^[57]

[53] 长野地方裁判所諏访支部1962年6月2日判决,下级裁判所刑事裁判例集4卷5·6号503页。

[54] 最高裁判所1960年9月29日第一小法庭决定,最高裁判所裁判集(刑事)135号503页参照。(在X以抢劫故意、Y以敲诈勒索故意共同实施犯罪的场合,认为X和Y都成立第236条之罪即抢劫罪,对Y根据第38条第2款仅在科刑上依第249条即敲诈勒索罪处断)。

[55] 西田典之=山口厚=佐伯仁志『注釈刑法第1巻総論 § § 1~72』(有斐閣,2010年)525页(高山佳奈子執筆)。

[56] 大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀『大コンメンタール刑法〔第3巻〕』第3版(青林書院,2015年)110页(大塚仁執筆)。

[57] 这种观点即为抽象符合说,中野次雄『刑法総論概要』第3版補訂版(成文堂,1997年)121页参照。但这种学说已遭淘汰。

第四,强硬的部分犯罪共同说也已为日本最高裁判例明确否定了。在柴田等7名被告人共同对被害人施加暴行,一名叫井上的被告人突然以杀人故意将被害人杀死的案件中,一审判决指出:“被告人等的行为该当于《刑法》第60条、第199条,但除了井上以外的被告人等由于是以伤害或暴行的意思进行共谋,根据《刑法》第38条第2款应当以《刑法》第60条、第205条第1款的罪进行处断”,二审维持了一审判决,被告人等上告后,最高裁指出:“如果认为(没有杀人故意的柴田等六名被告人)作为犯罪成立较重的杀人罪的共同正犯,而仅仅将刑罚以作为暴行罪或伤害罪结果加重犯的伤害致死罪的共同正犯的刑罚来处断的话,不得不说这是错误的。”^[58]其中,最高裁指出对没有杀人故意的被告人认定杀人罪的共同正犯的做法是错误的,明确否定了强硬的部分犯罪共同说。

(三)缓和的部分犯罪共同说

缓和的部分犯罪共同说(やわらかい部分の犯罪共同説)认为在各行为人以不同故意共同实行犯罪的场合,在各构成要件重合的限度内认定共同正犯,而对具有重罪故意的行为人,另外认定为重罪的单独犯。例如,在甲和乙分别以杀人和伤害的故意对被害人实施暴力导致被害人死亡的场合,根据本说,由于杀人罪和伤害致死罪在伤害致死罪的范围内重合,于是甲、乙就在伤害致死罪的限度内成立共同正犯,除此之外,考虑到甲还具有杀人的故意,对甲另外认定杀人罪的单独犯。

本说的最大特点是找出各不同故意对应犯罪的重合部分,对于该部分认定共同正犯,而对于超出该部分的犯罪,则不认定共同正犯,仅认定单独犯。由于在重合的部分肯定了“数人一罪”,维持了犯罪共同说的核心思想,同时又没有对具有轻罪故意的人认定重罪的共同正犯,因而本说被命名为“缓和的部分犯罪共同说”。由于在现阶段日本,已基本没有学者主张强硬的部分犯罪共同说,因此日本学者就将本说直接称为“部分犯罪共同说”,^[59]本说为日本通说,^[60]也是判例的立场。^[61]

需要特意指出的是,在德国,支配性观点也是部分犯罪共同说。张明楷认为“德国刑法理论与判例实际上采取的是行为共同说,至少可以说德国刑法理论就具体案件的结论与行为共同说完全相同。”^[62]笔者认为这一论断存在疑问。

首先,即便在具体案件的结论上与行为共同说完全相同,也不得据此就认为德国刑法理论

[58] 最高裁判所1979年4月13日第一小法廷決定,最高裁判所刑事判例集33卷3号179頁。

[59] 如无特别说明,本文以下部分所说的“部分犯罪共同说”均是指这种缓和的部分犯罪共同说。

[60] 团藤重光『刑法綱要総論』第3版(創文社,1990年)389—390頁;井田良『講義刑法学・総論』第2版(有斐閣,2018年)511頁など。

[61] 最高裁判所1979年4月13日第一小法廷決定,前掲注[58]参照;最高裁判所2005年7月4日第二小法廷決定,最高裁判所刑事判例集59卷6号403頁(即所谓“夏克提案”,本判例认为具有杀人故意的被告人成立不作为的杀人罪,与没有杀人故意的患者亲属在保护责任者遗弃致死罪的限度内成立共同正犯)。

[62] 参见张明楷,见前注[9],第15页。实际上,张明楷曾经也指出:“部分犯罪共同说历来是德国的通说,德国的判例也采取部分犯罪共同说。”参见张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第306页。后来才改变了看法,参见张明楷:《外国刑法纲要》(第3版),法律出版社2020年版,第266页。

采取了行为共同说。事实上,在日本,有学者反而以行为共同说与部分犯罪共同说在结论上几乎没有差别为由主张部分犯罪共同说。^[63]某些具体案件结论相同并不意味着采取了相同的学说,因为说理过程存在不同,而不同的说理必将在其他案件上反映为不同的结论。例如,就具体的对象错误而言,具体符合说与法定符合说结论相同,但不能以德国刑法理论在具体的对象错误中得出与法定符合说相同的结论^[64]就认为德国刑法理论采取了法定符合说。具体符合说与法定符合说的真正分歧在于对具体的打击错误的处理,而就这个问题,德国刑法理论主流意见认为该错误阻却故意,于是德国刑法理论采取的应该是具体符合说。^[65]可见,不能单纯以个别案件结论相同就断定采取了相同的理论。因此,以个别案例的结论作为依据断言德国刑法理论采取了行为共同说,过于武断。

其次,张明楷引用的克劳斯·罗克辛(Claus Roxin)所举的判例实际上也并未采取行为共同说。张明楷先引用道:“C. Roxin 指出:‘A 与 B 共同实施强制行为,但只有 A 利用该强制实施了抢劫时,可以将 B 作为第 240 条(即强制罪——引者注)的共同正犯处罚,将 A 作为第 249 条(即抢劫罪——引者注)的正犯处罚(BGH GA 1986, 121)。’”张明楷认为,罗克辛没有说 A 与 B 构成强制罪的共同正犯,因而并没有采取(部分)犯罪共同说。^[66]然而事实上,罗克辛在张明楷引用的教科书其他地方指出:“在共同实施强制行为时,若某人违反计划夺取了被害人财物的话,仅此人以抢劫罪(249 条)处罚,而共同正犯则仅限于第 240 条(即强制罪——引者注)(罗克辛在此处脚注引用的判例正是 BGH GA 1986, 121)。”^[67]该判例与罗克辛的解读正好是部分犯罪共同说的结论。另外,张明楷引用的罗克辛教科书的该部分内容标题恰恰就是“部分共同正犯”(Die teilweise Mittäterschaft)。^[68]

最后,德国学说中的“共同行为计划”就是共同故意。德国通说认为,成立共同正犯要求具有共同行为计划(gemeinsamer Tatplan)^[69]或者共同行为决意(gemeinsamer Tatentschluss)。^[70]张明楷认为“这里的行为决意或者行为计划不同于犯罪故意(Vorsatz)”。^[71]确实,就该要件而言,理论上仅说是指“各共同行为人之间就行为实施必要的合意(Einvernehmen)”,^[72]并未直接说是故意。然而,这里的行为计划或者行为决意就是故意。理由在于:第一,通说以共同行为计划来解决共同正犯的过剩问题,指出共同行为计划或者共

[63] 佐伯仁志「共犯論(1)」法学教室 305 号(2006 年)51 頁参照。不过佐伯仁志后来改采行为共同说,佐伯仁志『刑法總論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013 年)382 頁参照。

[64] 即在具体的对象错误问题上,具体符合说和法定符合说都认为不阻却故意。

[65] Vgl. Kindhäuser (Fn. 36), § 27 Rn. 55.

[66] 参见张明楷,见前注[9],第 15 页。

[67] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 25 S. 80.

[68] Roxin, a.a.O., § 25 S. 95.

[69] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 30), § 16 Rn. 816 ff.

[70] Kindhäuser (Fn. 36), § 40 Rn. 6.

[71] 张明楷,见前注[9],第 15 页。

[72] Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 30), § 16 Rn. 816.

同行为决意构成了相互归责的边界，^{〔73〕}而共犯过剩其实就是正犯的行为及结果超出了帮助犯、教唆犯、共同正犯的故意内容的情形。^{〔74〕}德国学说在教唆犯和帮助犯中正犯实行过剩的问题中，均以故意来限定共犯的成立，^{〔75〕}由此可以推知，共同正犯中赖以解决过剩问题的行为计划就是故意。第二，就只对同伙的行为具有“至少是漠不关心”(zumindest gleichgültig)态度的人认定了共同正犯的判例，乌尔斯·金德霍伊泽尔(Urs Kindhäuser)在“共同行为决意”的标题下指出这样的认定不符合故意的定义(Bestimmung des Vorsatzes)，主张在对他人的行为进行归属的共同正犯中，应当提出更严格的要求。^{〔76〕}由此也可看出共同行为决意就是共同故意。第三，判例认为共同行为计划是指“所有人在所知且所欲的合作中行动”(alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln)，^{〔77〕}既包含了故意的认识因素，也包含了故意的意志因素，更加说明共同行为计划就是共同故意。既然要求共同故意，就很难认为采取的是行为共同说。

尽管德日的通说、判例都支持部分犯罪共同说，但本说仍存在缺陷：

第一，本说在逻辑上无法自恰。如前所述，部分犯罪共同说作为犯罪共同说的一种，在核心思想上仍然维持了“数人一罪”的命题，而这里的“一罪”指的是故意犯罪。正如山口厚所言，犯罪共同说所要求的犯罪共同，实质上是“故意共同”。^{〔78〕}然而部分犯罪共同说却放弃了对故意共同的要求，背离了其理论初衷。例如在甲以杀人故意、乙以伤害故意共同杀死丙的设例中，部分犯罪共同说认为甲、乙之间成立共同正犯的范围是伤害致死罪的限度之内。然而，伤害致死罪作为结果加重犯，并不要求行为人对致死结果具有故意，如此甲、乙之间就不存在故意的共同，既然如此，即便是在伤害致死罪的范围内，根据犯罪共同说的逻辑，也不应当肯定共同正犯的成立。那么本说为何非要说甲、乙在伤害致死罪的范围内成立共同正犯呢？因为，如果只认定在“故意共同的”伤害罪的范围内成立共同正犯的话，那么就无法就死亡结果对两被告人进行共同归责。可见，部分犯罪共同说无非是为了得出妥当结论而对本来意义上的犯罪共同说进行的修正而已，而恰恰是这一修正，背离了犯罪共同说的理论出发点。

第二，本说会产生归责上的困难。同样以甲以杀人故意、乙以伤害故意共同杀死丙的案件为例，若死亡结果是由乙造成的，根据本说，两人在伤害致死罪的范围内成立共同正犯，那么接下来就要评价甲的杀人行为。由于死亡结果在伤害致死罪的范围内已经归属给甲了，那么对于甲的杀人行为，只能评价为杀人罪未遂。^{〔79〕}因为若是将致死结果归属给甲的杀人行为，认

〔73〕 Vgl. Kindhäuser (Fn. 36), § 40 Rn. 19.

〔74〕 参见张明楷，见前注〔5〕，第603页。

〔75〕 Roxin (Fn. 67), § 26 S. 229 f.

〔76〕 Vgl. Kindhäuser (Fn. 36), § 40 Rn. 6.

〔77〕 Bernd von Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd 1, 3. Aufl., 2016, § 25 Rn. 236 (Wolfgang Joecks).

〔78〕 山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣, 1998年)266頁参照。

〔79〕 山口厚, 前掲注〔32〕316頁参照。

定甲构成杀人罪既遂，^{〔80〕}就意味着肯定了甲构成杀人罪的共同正犯，这与本说的立场相矛盾。如果遵从本说立场，认定甲的杀人行为是杀人罪未遂，那么最终结果就是甲构成杀人罪未遂，同时与乙构成伤害致死罪的共同正犯，在不能够肯定甲杀人罪既遂这一点上，本说与否定共同正犯的成立没有区别。^{〔81〕}

第三，本说会无端造成罪数认定上的困难。即便认可本说主张的甲、乙在伤害致死罪的限度内成立共同正犯，对甲再另外认定杀人罪既遂的单独犯这一结论，对于甲，如何处理伤害致死罪和杀人罪的关系也成为本说难以解决的问题。首先面临的诘难就是对死亡结果重复评价的问题，因为本说将死亡结果既评价为作为共同正犯的伤害致死罪，又评价为作为单独犯的杀人罪，对该结果进行了两次评价。虽然有观点认为两者构成想象竞合，^{〔82〕}但想象竞合处理的是一个行为造成数个结果的情况，而在本案中，甲只实施了一个行为（杀人），造成了一个结果（丙的死亡），从一开始就不符合想象竞合的前提条件。^{〔83〕}也有观点认为伤害致死罪和杀人罪是法条竞合关系，^{〔84〕}即便承认是法条竞合关系，两者也显然属于法条竞合关系中的特别关系，但在特别关系中，特别法排斥了一般法，即杀人罪的法条排斥了伤害致死罪的法条，既然如此，又何来与乙构成共同正犯的伤害致死罪呢？井田良认为两者处于吸收关系，^{〔85〕}这显然指的是包括一罪中的吸收关系，但是，包括一罪是指行为人实际实施的数个行为虽然符合数个构成要件，但这数个构成要件在不法、责任的内容上可以作一体评价，因而不并罚而仅以其中重罪处罚的关系，而在本案中，甲也不符合这一定义。因而，本说将甲的一个杀人行为人为拆分成构成共同正犯的伤害致死罪和作为单独犯的杀人罪，在其后罪数认定上也会捉襟见肘。

三、行为共同说的本土化证成

（一）行为共同说的妥当性

行为共同说认为，共犯的本质不在于犯罪的共同，而在于行为的共同。在行为共同说看来，共犯无非就是利用他人犯罪，在单独犯の場合，行为人利用自己的行为直接引起法益侵害结果，而在共犯の場合，行为人利用他人的行为间接引起法益侵害结果。行为共同说的方法论

〔80〕 井田良即站在本说的立场上正面肯定甲构成杀人罪既遂，井田良，前掲注〔60〕511—512页参照。

〔81〕 山口厚「共同正犯の基本問題」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（岩波書店，2001年）220页参照。

〔82〕 陆诗忠，见前注〔12〕，第131页。

〔83〕 在甲、乙共谋共同前往被害人人家后，甲朝被害人射击两枪致其重伤，但并未导致被害人死亡，事后查明甲有杀人故意，而乙仅有伤害故意的案件中，札幌地裁认为，“甲的行为该当于《刑法》第60条（不过，是在伤害的范围内）、第203条、第199条”，并未对其适用规定想象竞合的《刑法》第54条，可见札幌地裁认为甲不构成想象竞合。札幌地方裁判所1990年1月17日判决，判例タイムズ736号（1990年）244页参照。

〔84〕 齋藤信治『刑法総論』第6版（有斐閣，2008年）267页。

〔85〕 井田良，前掲注〔60〕512页。

可以归纳为:以因果性为核心,以共同事实为基础,以待评价的共犯本身为视角。^[86]由此,共犯的成立不要求各行为人各自成立的犯罪是相同的,尤其不要求各行为人的犯罪故意是相同的,其并不排斥对于具有不同故意、构成不同犯罪的各行为人之间认定共犯的成立。因此,在甲和乙分别出于杀人故意和伤害故意,共同将丙殴打致死的案件中,行为共同说可以简单明快地对甲认定成立故意杀人罪的共同正犯,对乙认定成立故意伤害罪致死的共同正犯。日本学界中的结果反价值论者们强有力地主张着行为共同说。^[87]

本文认为,在我国刑法语境下,行为共同说也是有关共犯本质问题妥当的学说,理由如下:

第一,行为共同说能够对犯罪共同说的理论缺陷进行克服,具有理论上的优势性。首先,本说克服了完全犯罪共同说过分限制共犯成立范围的缺陷。行为共同说让共犯的成立范围摆脱了罪名同一性的束缚,在具有共同行为的场合中妥当地认定共犯的成立范围,从而对各共犯人肯定结果归责。其次,本说克服了强硬的部分犯罪共同说违反责任主义、造成定罪与量刑相分离的弊端。对于仅有伤害故意的乙,行为共同说既能够肯定其与具有杀人故意的甲构成共犯,又能对其只认定故意伤害罪致死的定罪与量刑,既符合责任主义,也实现了定罪与量刑的一致性,符合罪刑关系原理。最后,本说克服了缓和的部分犯罪共同说归责与罪数认定上的难题。对于具有杀人故意的甲,行为共同说直截了当地认定其构成故意杀人罪的共同正犯,一方面,由于其没有将甲的行为拆分成与乙构成共犯的故意伤害罪致死和作为单独犯的故意杀人罪,因而无须回答如何对杀人行为进行归责的问题;另一方面,由于对甲仅认定一个故意杀人罪,避免了人为造成罪数上的难题。

第二,行为共同说以因果共犯论为理论基础,具有共犯处罚根据论上的妥当性。在共犯处罚根据问题上,存在责任共犯论与因果共犯论的对立,前者以共犯诱惑正犯使其堕落陷入罪责与刑罚为其处罚根据,后者以共犯通过正犯引起法益侵害结果为其处罚根据。责任共犯论存在诸多弊端,如今的通说是因果共犯论。^[88]贝林意义上的完全犯罪共同说由于要求共犯人都具备有责性,体现了责任共犯论的思想。^[89]在犯罪共同说看来,各行为人只能就相同的犯罪成立共犯,如此就要首先确定各行为人成立什么犯罪并在此基础上判断各行为人的犯罪是否相同。于是,在甲以杀人故意、乙以伤害故意致丙死亡的案件中,犯罪共同说先认定甲构成故意杀人罪,乙构成故意伤害罪,再以故意杀人罪与故意伤害罪不是相同的犯罪为由否定两者

[86] 参见姚培培:“承继共犯论的展开”,载陈兴良主编:《刑事法评论(第40卷)·教义学的犯罪论》,北京大学出版社2017年版,第132页以下。

[87] 佐伯千仞『三訂刑法講義總論』(有斐閣,1977年)332頁;平野龍一,前掲注〔34〕364頁;山口厚,前掲注〔32〕319頁;前田雅英『刑法總論講義』第7版(東京大学出版会,2019年)351頁;佐伯仁志,前掲注〔63〕382頁;内藤謙『刑法講義總論(下)II』(有斐閣,2006年)1363頁;西田典之著、橋爪隆補訂,前掲注〔34〕430頁;浅田和茂『刑法總論』第2版(成文堂,2019年)421頁;松原芳博:『刑法總論』第3版(日本評論社,2022年)411頁;松宮孝明『刑法總論講義』第5版補訂版(成文堂,2018年)268頁など。

[88] 参见黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第257页。

[89] 实际上,贝林就是责任共犯论的拥趸,大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社,1981年)70頁参照。

成立共犯。这只有在考虑了故意的前提下才有可能。于是,甲是否成立共犯取决于乙是否具有杀人故意,反过来乙是否成立共犯取决于甲是否只具有伤害故意,在将故意作为责任要素的结果反价值论看来,^[90]这种观点显然也是以引起他人罪责作为共犯处罚根据的责任共犯论的观点。^[91]与此相反,行为共同说不要求各共犯人之间罪名的一致性,仅考察各行为人是否通过自己的行为与他人共同造成法益侵害结果,在这一考察过程中,由于不涉及对各共犯人之间罪名相同与否的判断,因而无须考虑故意,从而克服了责任共犯论的弊端,可以说其是以因果共犯论为基础。

第三,行为共同说与处于通说地位的限制从属性说具有整合性。犯罪共同说由于体现了责任共犯论的思想,在要素从属性问题上自然就与极端从属性说具有亲和性。就这一点,内藤谦正确地指出:“在犯罪共同说认为共犯是对特定的‘犯罪’进行共同的时候,就应该与主张正犯行为必须是完全的‘犯罪’(具备构成要件符合性·违法性·有责性)的极端从属性相结合。在此意义上,犯罪共同说的论者采取极端从属性说在逻辑上才是一贯的。”^[92]而行为共同说由于不要求犯罪的共同,因此不必考察其他共犯人有责性要件的存在与否,在否定了极端从属性说的意义上,与限制从属性说具有理论上的整合性。

第四,行为共同说能够合理解决我国《刑法》中特有的共犯难题,具有本土适应性。我国刑法就财产犯罪规定了数额,例如普通盗窃罪^[93]的成立要求“数额较大”,而根据司法解释,^[94]“数额较大”是指1000元以上,于是,没有达到1000元的盗窃行为就不构成盗窃罪。那么,在甲与乙商量互相分工,各自盗窃800元的案件中,甲和乙各自实施的行为都不构成盗窃罪,更遑论犯罪的共同,按照犯罪共同说,就难以肯定甲和乙构成共犯,^[95]进而无法适用“部分行为全部责任”的归责原则,于是甲和乙就都对盗窃800元的行为负责,均不构成盗窃罪。但这种结论显然不合理。当然,持犯罪共同说的学者显然不会认为甲和乙无罪,而会以甲和乙都要对盗窃1600元的结果负责为理由认定两人都构成盗窃罪,进而以两人犯罪相同为由肯定两人

^[90] 当然,由于行为反价值论将故意作为构成要件要素,因此行为反价值论者并不会认为部分犯罪共同说体现责任共犯论,这或许是赞成部分犯罪共同说的几乎都是行为反价值论者的原因。对于有关违法性问题上的对立,由于超出了本文讨论的范围,不予展开。本文仅站在结果反价值论的立场进行论述。正如张明楷所指出的那样,结果无(反)价值论只能采取行为共同说。参见梁根林主编,车浩、江溯副主编:《当代刑法思潮论坛 第二卷 刑法教义与价值判断》,北京大学出版社2016年版,第276页(张明楷对刘艳红报告点评的部分)。因此,在违法论上采取结果反价值论立场,但在共犯本质论上采取部分犯罪共同说立场的观点不得不说是自我矛盾的。参见付立庆:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第152、293页。

^[91] 内藤谦,前揭注[87]1361页参照。

^[92] 内藤谦,前揭注[87]1361页。

^[93] 即没有多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等情节的盗窃。

^[94] 2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]8号)第1条。

^[95] 我国通说就共同犯罪的成立要求“各行为人所实施的行为,必须是犯罪行为”,参见高铭暄等主编,见前注[3],第162页。

成立共犯。但是这样的话,就必须回答为何甲和乙都要对盗窃 1600 元的结果负责,答案只能是两人成立共犯,然而两人成立共犯正是所要论证的问题,可见犯罪共同说不得不陷入循环论证的困境。与此相反,在行为共同说看来,各行为人的行为是否独立构成犯罪本身就不是要考虑的重点,只要行为人之间具有行为的共同,对法益侵害结果提供了因果性,即可认定共犯的成立,进而使共犯人对其他共犯人的行为负责。在前述案例中,甲既通过自己的盗窃行为对自己窃得的 800 元提供了物理因果性,又通过与乙商量,对乙窃得的 800 元提供了心理因果性,乙的情况也是如此,因此甲和乙成立共犯,均要对盗窃 1600 元的结果负责,从而均构成盗窃罪。由此可见,在我国对犯罪成立存在罪量要求的立法模式下,犯罪共同说存在水土不服现象,而只有采取行为共同说,才能合理认定共犯的成立,得出妥当的结论。

(二)对批判行为共同说观点的反驳

在日本,虽然部分犯罪共同说是通说,但这更多的是由于最高裁的判例没有明确采取行为共同说的缘故,在理论上,支持部分犯罪共同说的学者也未能对行为共同说提出强有力的批判。相反,在我国,存在不少由于误解而对行为共同说展开批判的观点,本文将对此予以澄清。其中有的批判意见已经被张明楷有力地反驳了,^[96]对此本文不再重复。

第一,关于所谓“重复评价”。对于甲出于杀人故意、乙出于伤害故意共同向丙开枪射击,结果乙的射击直接导致丙死亡的案件,批判意见认为:

“行为共同说”则主张,甲、乙分别成立故意杀人罪的共同正犯和故意伤害(致死)罪的共同正犯。在本文看来,乙只有伤害故意却在被评价为故意伤害(致死)罪的共同正犯的同时又被“升格”评价为故意杀人罪的共同正犯,这……发生着“重复评价”……;而甲怀着杀人故意却在被评价为故意杀人罪的共同正犯的同时又被“降格”评价为故意伤害(致死)罪的共同正犯,这同样……发生着“重复评价”……。^[97]

该观点误解了行为共同说,在上述案例中,行为共同说对甲只会认定一个故意杀人罪的共同正犯,对乙也只会认定一个故意伤害(致死)罪的共同正犯,不会另外对甲再认定故意伤害(致死)罪的共同正犯,也不会对乙再认定故意杀人罪的共同正犯。^[98]可见,真正的行为共同说根本不会发生“重复评价”的问题。相反,倒是批判意见所拥护的部分犯罪共同说对于甲除了在故意伤害(致死)罪的限度内认定共同正犯之外,还对甲另外认定一个故意杀人罪的单独犯,在此意义上,对甲的行为及其造成的死亡结果进行了重复评价。

[96] 参见张明楷,见前注[9],第 17—20 页。

[97] 马荣春等,见前注[11],第 64 页。

[98] 批判意见的提出者在其另一篇论文中也写道:“行为共同说已经形成了内部分歧,因为在有的行为共同说学者看来,甲和乙可成立二次共同正犯关系,即乙还要作为故意杀人罪的共同正犯被考察一次,而这便无形中‘隐秘’地加重了其在故意伤害罪名下的刑事责任,或曰其无形中或‘隐秘’地承担了故意杀人罪的部分刑事责任。”马荣春,见前注[11],第 87 页。然而,该文并没有明确指出究竟是哪位行为共同说学者这样认为,该部分也没有相关注释。

第二,关于所谓“违背刑法责任原则”。批判意见认为:

行为共同说将共犯认定人为地予以“泛化”即“不当扩大化”,实际上就是将共犯的“共同性”人为地予以提前,并且是提前到“罪责性”之前,故其对责任主义原则的背离性显而易见。……《刑法》第236条“二人以上轮奸”中的“人”不能任意扩大解释到包括“不满14周岁的人”,亦即已满13周岁的人与已满16周岁的人共同轮奸妇女这样的事件自当不产生刑法规定的“轮奸”共同犯罪而需要加重处罚的问题。……对于15岁少年邀约16岁的少年为其盗窃望风,在刑法上同样不发生共同犯罪问题。^[99]

本文不赞成上述看法。首先,批判意见认为13岁的人与16岁的人共同轮奸妇女的案件不产生适用“二人以上轮奸”的法定刑的问题,这是一种对法条过于形式化的解读,在结论上也不具有实质合理性。只要采取阶层化的犯罪论体系,就会认为13岁的人之所以不构成强奸罪,不是因为他的强奸行为没有侵害妇女的性自主权,而是因为其行为不具备有责性。换言之,13岁的人强奸妇女的行为同样具有法益侵害性。在16岁的人与13岁的人共同轮奸妇女的场合,16岁的人不仅通过自己的强奸行为侵害了一次妇女的性自主权,还通过对13岁的人的强奸行为的参与又一次侵害了妇女的性自主权,其不仅要对自己的强奸结果负责,还要对13岁的人的强奸结果负责;13岁的人同样如此。此时只有认定二人构成强奸罪的共同正犯,符合“二人以上轮奸”的构成要件,其后,13岁的人由于未达到刑事责任年龄,无罪,而16岁的人达到了刑事责任年龄,因而构成强奸罪,并适用“二人以上轮奸”的法定刑,才能做到充分评价案件事实。其次,对于15岁少年邀约16岁少年为其盗窃望风的案件,批判意见认为两者不构成共犯,但批判意见没有解答的是,如何认定本案中仅实施望风的16岁少年的刑事责任。在不认定共犯的情况下,只能从其是否构成盗窃罪单独正犯的角度来判断。然而,第一,16岁少年实施的只是望风行为,并不是盗窃罪中的窃取行为,因而难以认定其构成盗窃罪的直接正犯;第二,由于16岁少年是受邀望风,难以肯定其对15岁少年形成了意思支配,所以盗窃罪的间接正犯也无法得到认定。于是,对于16岁少年只能作无罪处理,然而该结论并不妥当。只有先在不法层面认定15岁少年构成盗窃罪的正犯,再以16岁少年的望风行为对其盗窃行为提供了因果性为根据,才能够先在不法层面肯定16岁少年构成盗窃罪的共犯,要对盗窃结果负责,其后在责任层面,15岁少年由于未达到刑事责任年龄而无罪,而16岁少年由于达到了刑事责任年龄,从而在不法且有责意义上构成盗窃罪共犯。^[100] 复次,批判意见也不符合我国司法实践。关于行为共同说在我国是否遭遇实定法的障碍,批判意见的提出者曾撰文主张,这取决于对于前述轮奸案件和盗窃望风案件之类的事件,法院在判决书中如何表述,并指出至少

[99] 马荣春,见前注[11],第87—88页。

[100] 至于其究竟构成盗窃罪的共同正犯还是帮助犯,端视其在犯罪过程中所起的作用而定。然而不管是共同正犯还是帮助犯,广义共犯的成立都是其先决条件。

目前还没有看到肯定共同犯罪的个案判决。^[101]然而事实上,对于前述轮奸案件,岑溪市人民法院在2007年即有判决认定其中达到强奸罪刑事责任年龄的被告人属于“轮奸”,适用“十年以上有期徒刑”的法定刑;^[102]对于后述盗窃望风案件,苏州市金阊区人民法院也在2012年做出判决,认定二人构成共同犯罪,同时对仅提供帮助行为的已满16岁的人认定为从犯,予以从轻或者减轻处罚。^[103]既然存在此类判决,依照批判意见逻辑,行为共同说在我国当不存在法定障碍了。最后,即便是采取部分犯罪共同说的德日刑法学,由于克服了责任共犯论和极端从属性说,也认为各行为人是否具有有责性不影响共犯的成立,这进一步说明了上述批判意见不能成立。

第三,关于所谓“主观归罪”和“违反‘存疑时有利于被告’的原则”。对于甲和乙分别出于杀人故意和伤害故意,共同开枪致丙死亡,但究竟是谁的子弹引起死亡结果无法查明的案件,王俊认为:“行为共同说坚持要将甲认定为故意杀人既遂。……但是,倘若查明仅是乙的故意伤害行为引起丙的死亡,而甲只是有利用乙行为的意思就要承担故意杀人既遂的责任,这是典型的主观归罪。……当案件事实无法查明,就将责任归咎于甲,明显违反了‘存疑时有利于被告’的原则。”^[104]

这一批判意见也不能成立。对于上述案件,行为共同说之所以要将甲认定为故意杀人既遂,是因为在不法层面,甲的确与丙的死亡结果之间存在因果关系。虽然说无法查明是谁的子弹引起死亡结果,但无非要么是甲的子弹打中,要么是乙的子弹打中。显然,如果是前者,认定甲构成故意杀人既遂是不言自明的。如果是乙的子弹打中,那么乙对丙的死亡结果具有直接因果性,但此时并不意味着甲对丙的死亡结果不具有因果性。事实上,甲通过开枪行为强化了乙的行为意思,对乙的开枪行为提供了心理上的促进作用,进而现实化为乙打中丙的结果,^[105]因此即使甲没打中,其开枪行为也与丙的死亡结果之间存在心理因果性,而这一作为共犯因果性内容的心理因果性,就奠定了甲为死亡结果负责的基础,因此同样要求甲对死亡结果负责。由于是以因果性作为归责的基础,因此并不是主观归罪;由于不论是甲打中还是乙打中,甲对丙的死亡结果都具有因果性,这种二难推理的逻辑排除了甲对死亡结果不具有因果性的合理怀疑,因而也并没有违反“存疑时有利于被告”的原则。王俊立足于完全犯罪共同说,主

[101] 参见马荣春等,见前注[11],第67页。

[102] 参见傅小林:“两名男子共同犯罪一人坐牢一人免刑”,载《法治快报》2007年7月18日,第008版。另参见第280号指导案例“李尧强奸案”,最高人民法院刑事审判第一至五庭主办,见前注[1],第598-600页。

[103] 参见江苏省苏州市金阊区人民法院(2012)金刑二初字第0105号刑事判决书。关于本案,参见黎宏、姚培培:“间接正犯概念不必存在”,《中国刑事法杂志》2014年第4期,第47页。

[104] 王俊,见前注[12],第123页。

[105] 关于将单独犯中以危险现实化为内容的结果归属运用到共犯责任认定中的尝试,参见姚培培:“论共犯脱离基准:因果关系切断说的重构”,《清华法学》2020年第2期,第86-88页。

张前述案例中的“甲、乙分别应认定为故意杀人罪与故意伤害罪的未遂”，^[106]而正如大塚仁所说：“为了维持理论的纯粹性而无视实体的做法是最应当忌讳的”，^[107]这样的结论恐怕难以令人接受。

四、行为共同说的实务运用：罪刑脱钩现象的消解

那么，在行为共同说的指导下，该如何认定共犯呢？以下，以本文开头的第 408 号指导案例为例进行说明。

在数个行为人共同实施犯罪行为，出现法益侵害结果之时，首先要确定各行为人与法益侵害结果之间是否存在因果关系。这里的因果关系，既包括单独犯中的直接因果关系，也包括共犯中的物理因果性和心理因果性。在能够肯定因果关系的情况下，各行为人成立共犯。在本案中，胡某的死亡结果是由陈卫国持刀捅刺的行为直接造成的，因此当然能够在陈卫国的行为与胡某死亡结果之间肯定直接因果关系。同时，由于陈卫国的暴力行为是由余建华招致的，陈卫国是通过余建华的指认才认出胡某并对其实施暴力的，在陈卫国对胡某实施暴力的同时，余建华还与吕某殴打胡某的同伴，为陈卫国的暴力行为排除了障碍，因此余建华的行为对陈卫国的捅刺行为及结果提供了物理和心理的因果力，可以肯定余建华的行为与胡某的死亡结果之间具有因果关系。由此，在行为共同说看来，余建华与陈卫国成立共犯关系，两者均要对胡某的死亡结果负责。此时，应当对余建华和陈卫国都适用《刑法》第 25 条第 1 款，确认二人成立共犯关系，作为判令二人都对胡某死亡结果负责的依据。

在肯定了二人成立共犯，都要对法益侵害结果承担责任之后，再根据二人各自的责任内容确定其刑事责任。在本案中，陈卫国直接持尖刀捅刺胡某的胸部等关键部位，由于其行为具有直接导致被害人死亡的高度危险性，足以认定陈卫国对胡某的死亡具有认识和放任态度，存在故意，结合前述肯定其对胡某死亡结果负责的结论，陈卫国的行为构成故意杀人罪既遂，由于不存在“情节较轻”的情况，对其适用《刑法》第 232 条前段的法定刑，在“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”的范围内量刑；而就余建华而言，由于其只是提出“教训”被害人，无法认定其存在杀人故意，只能肯定其伤害故意，结合前述肯定其对胡某死亡结果负责的结论，又由于余建华对该死亡结果至少具有疏忽大意的过失，余建华的行为构成故意伤害（致死）罪，对其应当适用《刑法》第 234 条第 2 款第 1 句后段的法定刑，在“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的范围内量刑。

综上所述，根据行为共同说的判断逻辑，对陈卫国适用《刑法》第 25 条第 1 款、第 232 条前段、第 57 条第 1 款，判决其构成故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；对余建华适用《刑

[106] 王俊，见前注[12]，第 127 页。

[107] 大塚仁「故意のある道具」同「間接正犯の研究」(有斐閣 1958 年)146 頁。

法》第25条第1款、第234条第2款第1句后段、第56条第1款,判决其构成故意伤害(致死)罪,判处有期徒刑15年,剥夺政治权利5年。由此可见,只要采取行为共同说,各共犯人之间就不必一定要适用相同的刑法分则条文。由于通过肯定共犯成立而对余建华适用《刑法》第234条第2款第1句后段,本文开头提到的罪刑脱钩的现象也得到了消解。

Abstract: The dominant theory in China about the constituent elements of complicity results in the phenomenon of disconnection between offense and penalty. The different understanding of the nature of complicity will bring about difference in the scope of complicity. All of the theory of totally joint perpetration, the strict theory of partly joint perpetration and the soft theory of partly joint perpetration have deficiencies. Because of the theoretical advantage to the theory of joint perpetration, the appropriateness with respect to the theory of the justification for the punishment of accomplices, the integrity with the theory of restrictive subordination and the compatibility with the criminal legislation of China, the theory of joint acts, which focuses on the causality, based on the common facts and assess from the accomplices themselves, is the appropriate opinion of the nature of complicity. In light of the theory of joint acts, it becomes possible to apply different provisions in the specific part of the Penal Code to each accomplice. Moreover, the phenomenon of disconnection between offense and penalty can also be solved.

Key Words: Disconnection between Offense and Penalty; Nature of Complicity; Theory of Joint Perpetration; Theory of Joint Acts

(责任编辑:车 浩)