

共谋共同正犯理论的反思

张开骏*

内容提要 中外刑法学的正犯认定已摒弃早期的纯粹的形式客观说,而呈现出规范化或实质化的倾向。日本刑法学界和司法实务囿于其共犯立法,为了对部分参与者合理量刑而发展出了过度实质化的正犯理论,提出了共谋共同正犯。共谋共同正犯理论受到了我国刑法学界关注,并引发了肯定与否定的对立见解。共谋共同正犯肯定论没有说服力,它对形式客观说的批评及其自身的立论理由大都难以成立,正犯过度实质化和共谋共同正犯本身存在诸多缺陷。在我国共犯立法体系下,正犯没必要过度实质化,不需要采用共谋共同正犯理论。在我国引入共谋共同正犯无法避免其固有的理论缺陷,且对我国司法实务没有实益。我国刑法学应坚持实行行为的正犯标准,对实行行为进行规范理解,结合共犯人作用和处罚原则的刑法规定,从而妥善解决共犯人的定罪和量刑问题。

关键词 共谋共同正犯 主犯 实行犯 实行行为

共犯立法和理论体现着一国对共犯形态以及共犯人地位和作用的认知,影响着共犯的定罪与量刑。中日共犯立法例各具有一定代表性。关于共犯人的类型,日本刑法采用分工标准,规定了共同正犯、教唆犯和从犯(即帮助犯)。同时,共谋共同正犯为刑法理论多数和实务普遍认可,是其共犯论的特色之一。中国刑法采用“作用为主兼顾分工”的标准,规定了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯;^①理论上认可正犯与共犯的分类,将正犯分为单独正犯(直接正犯、间接正犯)和共同正犯。间接正犯受到理论和实务界的广泛认同。正犯对共同犯罪的认定发挥着举足轻重的作用,对其他共犯人的量刑也有影响,因此,共谋共同正犯的提出,势必影响(共同)正犯标准以及具体案情的认定。随着中日刑法学交流的深入,共谋共同正犯也为我国刑法学界所熟知,并且有的学者以共谋共同正犯的范式去看待和认定我国的共同犯罪案件。这种采纳和运用共谋共同正犯的理论动态,在我国现有的共犯立法和理论体系下,引起了学界的关注和审慎思考,目前在学界分化为肯定论与否定论两大阵营。中国刑法学应该坚持何种正犯理论,是否应当肯定共谋共同正犯,直接关系到司法实务对共同犯罪的处理,因此,是亟需面对和解

* 上海大学法学院副教授,法学博士。

① 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第173页。

决的课题。

一、日本共犯立法下共谋共同正犯理论的必要与意义

(一) 日本共犯立法和早期正犯理论及其存在的问题

日本刑法规定,共同正犯是“二人以上共同实行犯罪的”共犯人(第60条)。共同正犯依据分则各条的刑罚进行处断。他们并非总是受到同样的处罚,刑罚的加重、减轻事由等仅应对具备的人加以考虑,实际的刑罚分量也可能适应各人的具体犯情而有所不同。^② 教唆犯是“教唆他人实行犯罪的”共犯人,对其“判处正犯的刑罚”(第61条第1项)。从犯是“帮助正犯的”共犯人(第62条)，“按照正犯的刑罚予以减轻”(第63条)。理论上一般认为,帮助是指通过实行行为以外的行为,使正犯的犯罪行为更为容易成功的行为。^③ 理论上一般认为,成立共同正犯要求共同实行的事实和共同实行的意思。^④ 早期的日本刑法理论重视第60条“实行”的表述,认为“实行”指的是实行行为,即“该当构成要件的行为”“实现基本构成要件该当事实的行为”。^⑤ 正犯是实行犯罪者,即实现基本构成要件该当事实的人。共同正犯是数人共同地实现基本构成要件该当事实的情形。与此相对,教唆犯和帮助犯不是实现基本构成要件该当事实,只不过是对实现基本构成要件该当事实的加功。可以认为他们是修正的构成要件形式。^⑥ 成立共同正犯,客观上共同实行的事实是必要的,要求分担实行行为即构成要件该当事实的实现行为。^⑦ 参与了共谋或者谋议而未实行者,以及仅分担了帮助行为者,他们都没有实施构成要件行为,不成立共同正犯,而只能认定为教唆者或者帮助者。

日本刑法将共犯人分为共同正犯、教唆犯和从犯(即帮助犯),并在此分类的基础上,直接对共犯人规定了相应的处罚原则,即教唆犯“判处正犯的刑罚”,帮助犯“按照正犯的刑罚予以减轻”。这样的共犯立法和正犯理论对于共犯人的处罚具有一定的合理性,但也会带来处罚方面的一些问题:

具体来说,合理之处在于,正犯、教唆犯和帮助犯的行为类型和罪过内容各有不同,赋予了违法和责任相应的轻重程度,这无疑是量刑的基础事实,对量刑具有实质性影响。完全否认参与形态对量刑的正向影响是不符合事实的。例如,正犯实施的是正犯行为,通过自身直接侵害法益,属于第一次责任类型,而教唆犯和帮助犯是通过正犯间接地侵害法益,属于第二次责任类型。但是,教唆犯是产生犯意的人,主客观方面综合

② 参见[日]大塚仁《刑法概説(総論)》(第4版),有斐阁2008年版,第310页;[日]大谷实《刑法講義総論》(新版第4版),成文堂2012年版,第432页。

③ 参见[日]西田典之《刑法総論》(第2版),弘文堂2010年版,第325页。

④ 参见[日]团藤重光《刑法綱要総論》(第3版),创文社1990年版,第391页。

⑤ 参见前引④,[日]团藤重光书,第139页、第389-390页。

⑥ 参见前引④,[日]团藤重光书,第373页。

⑦ 参见前引④,[日]团藤重光书,第395页。

起来考虑,也可以“判处正犯的刑罚”,而帮助犯有必要“减轻”刑罚。

共犯处罚方面存在的问题是:(1)尽管教唆犯“制造了犯罪人”,但毕竟没有实施实行行为,属于第二次责任类型,那么在重视构成要件行为的法治原则下,对教唆犯应该判处轻于正犯刑罚的犯罪情形也是完全可能存在的。由此,刑法一律规定教唆犯“判处正犯的刑罚”显得过于僵硬,不符合实际;(2)教唆犯“判处正犯的刑罚”这一原则不能贯彻到底。在教唆正犯实施不真正身份犯(或者加减身份犯)的场合,教唆犯和正犯存在定罪和量刑不一致的例外。例如,普通赌徒教唆常习赌徒去赌博的,正犯按照常习赌博罪“处三年以下惩役”(《日本刑法》第186条第1款),教唆犯按照赌博罪“处五十万日元以下罚金或者科料”(第185条);(3)帮助犯“按照正犯的刑罚予以减轻”会面临实践中例外情形的尴尬。仅实施了帮助行为的人,例外情况下发挥的作用与实行行为人相当,或许有过之而无不及,此时如果“减轻”处罚,会造成量刑失衡;(4)根据《日本刑法》第60条规定,“实行犯罪的”是正犯,刑罚一般重于教唆犯和帮助犯。但是,实践中也可能存在这样的情形,也就是实行犯罪的人在犯罪中发挥的作用并非最大,相对于作用最大的人,他的作用明显小的多,权衡之下有必要对其从轻或者减轻处罚。对于这样的情形,日本刑法中没有“从轻或者减轻处罚”的专门规定,司法上只能有限度地酌量从轻。

(二)日本共谋共同正犯的实务提出与理论争议

为了对有组织犯罪的幕后策划、指挥、命令者根据当罚性给与相应的处罚,从日本旧刑法时代起,判例就一贯肯定共谋共同正犯,而且范围有不断扩大的趋势,包括了在犯罪过程中没有分担构成要件行为却发挥了重要作用的人。即便没有共同实行的事实(分担构成要件该当行为),有时也认定为共同正犯,此即共谋共同正犯。^⑧它是指2人以上共谋实现一定的犯罪,共谋者中的部分人实行了该罪时,包含没有参与实行行为的人在内,共谋者全体成立共同正犯。^⑨据此,共同正犯包含了实行共同正犯和共谋共同正犯两种类型^⑩。

共谋共同正犯的成立,在客观上要求共谋或者谋议行为。“共谋”是指2人以上为了实施特定的犯罪,相互地利用、补充他人的行为,将各自的犯意付诸实行,以此为内容进行商量、协议从而达成合意。^⑪共谋共同正犯包括两种类型:上位者优越地支配着下位实行担当者的支配型,与各自分担了必要行为的分担型(或者对等型)。^⑫共谋共同正犯的认定范围在不断扩大,表现在:(1)罪名上从诈骗罪、恐吓罪(相当于中国的敲诈勒索罪)等智能犯罪扩大到放火罪、杀人罪、盗窃罪和抢劫罪等实力犯;(2)主体上从有

^⑧ 参见前引③,〔日〕西田典之书,第324页。

^⑨ 参见前引②,〔日〕大谷实书,第424页。

^⑩ 参见前引②,〔日〕大谷实书,第409页。

^⑪ 参见前引②,〔日〕大谷实书,第429页。

^⑫ 参见〔日〕山口厚《刑法总论》(第3版),有斐阁2016年版,第339页;〔日〕前田雅英《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第354页。

组织犯罪的幕后大人物扩大到望风等帮助者；(3) 共谋的形式也逐渐弛缓，共谋不必实施事前的具体的谋议、策划行为，可以是顺次共谋、现场共谋，还可以默示共谋。^⑬ 日本《改正刑法草案》设计了共谋共同正犯的规定（第 27 条第 2 项）。根据日本司法统计年报，日本 1952 年至 1998 年一审有罪总人员中，在数人参与的场合，大约有 97.9% 的被告人是正犯。^⑭ 尽管缺乏共谋共同正犯在其中占比的明确数据，但正犯的认定比例这么高，与日本积极地承认共谋共同正犯有关。

共谋共同正犯在早期的正犯理论中曾不被承认，而且很长一段时间内，否定论在学界处于支配地位。但是，共谋共同正犯的实务做法和立法（草案）状况，推动学界转变到认可的态度，并为其探求理论上的根据。团藤重光教授指出，“在正当的限度内承认共谋共同正犯，同时引导其不要适用过头，是我们应该采取的道路。”^⑮ 西原春夫教授也指出，将对于犯罪实现毋宁说扮演了比直接实行者更具决定性作用，或者与直接实行者具有相同价值作用的人，作为正犯来处罚的实务上的直观做法，学说上也必须予以尊重。^⑯ 立于客观解释论的立场，重视第 60 条“共同”的表述，只要有正犯基于共同的意思实施了构成要件行为，该“实行”能够评价为共同者“共同的产物”，那么全体共同者就符合了该条规定，可以成立共同正犯，因而共谋共同正犯符合刑法规定。^⑰ 在理论学说上，最初提出的是共同意思主体说。两个以上异心别体的个人共谋实施一定的犯罪，形成了超个人的社会性存在的“共同意思主体”，部分成员的实行可认作共同意思主体的实行，因此，全体成员都是共同正犯。^⑱ 然而，该学说遭到了批判，认为其承认团体责任、背离近代刑法的个人责任原则，并且缺乏明确标准，可能导致无限扩大共同正犯的范围。西原春夫教授认同共犯是特殊的社会性、心理性现象，认为团体责任作为例外是妥当的，提出以“重要作用”区分共同正犯与共犯，^⑲ 修正、补充了共同意思主体说，实际上接近了以后的学说。在最高裁判所（相当于中国的最高人民法院）的“练马案”判决后，学界相继展开了立足于个人责任原则的学说，大致有间接正犯类似说、行为支配说、重要作用说、准实行共同正犯论、共同惹起说等。

与此同时，不赞同共谋共同正犯的日本学者仍不少。否定论的理由可归纳为：(1) 考察立法者意思，刑法第 60 条的旨趣不包含共谋共同正犯；^⑳ (2) 从实行行为是正犯概

⑬ 参见前引②，[日]大塚仁书，第 302 页；前引③，[日]西田典之书，第 351 页。

⑭ 参见[日]亀井源太郎《正犯と共犯を区別すること》，弘文堂 2005 年版，第 6 页。

⑮ 最决昭和 57 年[1982 年]7 月 16 日刑集第 36 卷第 6 号 697 页以下团藤裁判官的意见，转引自[日]西田典之《共犯理論の展開》，成文堂 2010 年版，第 41 页。

⑯ 参见[日]西原春夫《犯罪実行行為論》，成文堂 1998 年版，第 299 页。

⑰ 参见前引⑫，[日]前田雅英书，第 352 页。

⑱ 参见[日]草野野一郎《刑法要論》，有斐阁 1956 年版，第 117 页以下。[日]齐藤金作《共犯理論の研究》，有斐阁 1954 年版，第 118 页。[日]下村康正《共謀共同正犯と共犯理論》（増補版），学阳书房 1975 年版，第 84 页。[日]下村康正《犯罪論の基本的思想》，成文堂 1960 年版，第 184 页以下。

⑲ 参见前引⑫，[日]西原春夫书，第 287 页以下，第 339 - 341 页。

⑳ 参见[日]松宮孝明《刑法總論講義》（第 4 版），成文堂 2009 年版，第 276 页。

念的要素这一立场出发,“共同实行犯罪”至少分担部分的实行行为,此为必要;(3)根据团体的共犯论来肯定共谋共同正犯,与近代刑法原则的个人责任法理相悖;(4)将实行行为规范化、实质化、价值化以肯定共谋共同正犯,会使实行行为概念过度弛缓,从而扩大间接正犯;(5)在实际的量刑上,教唆犯能够准用正犯的刑罚,因而没必要肯定共谋共同正犯,承认共谋共同正犯只对需要上升为正犯处罚的帮助犯有用;(6)认定未实施实行行为者构成共同正犯,会湮没正犯与共犯之间的区别,最终走向统一的正犯概念;(7)共谋共同正犯概念有可能将处于谋议现场和犯罪现场的人“一网打尽”,存在将无关者卷入其中的危险,等等。^{②①}例如,野村稔教授认为,共同正犯至少要亲自实行了部分的实行行为。单纯参与共谋而不分担实行行为的人,不能作为第60条的共同正犯来处罚。^{②②}福田平教授认为,在现行法的解释上,单纯的共谋者无非以教唆犯或者帮助犯问责。^{②③}山中敬一教授认为,“确保实行共同正犯的形式明确性,维持近代刑法的大原则是重要课题。不应该超越其形式性的框架,根据随意的实质化而使其崩溃。”“共同正犯中分担实行行为终究是必要的。仅参加共谋的人,即使订立行为计划,整理详细步骤,施加较大的精神性影响力,对构成要件实现不可欠缺,但是他没有分担实行,且实行担当者对是否动手实行具有规范障碍,共谋者对其就并非像道具那样支配”^{②④}。

如今,共谋共同正犯肯定论是日本刑法的通说,理论学说还在深化之中。现在,一边肯定共谋共同正犯,一边严格限定其成立范围是学界的主流态度。^{②⑤}在注重构成要件行为的形式说向强调行为支配、重要作用等实质说的转变过程中,日本刑法学对正犯的实质化持谨慎欢迎的态度。

(三)日本共谋共同正犯理论的简评

区分正犯与共犯的主要意义在于定罪,那么,我们来考察一下共谋共同正犯的表现。如果承认共谋共同正犯的从属性,那么它在犯罪成立和犯罪性质认定上就没有实际意义,因为没有共谋共同正犯时,共谋者被认定为狭义共犯,在成立上原本就要坚持从属性;如果否认共谋共同正犯的从属性,共谋者成为正犯后不必对实行者从属就可成立犯罪,那么共谋共同正犯概念在定罪上就有存在的意义,因为不当成正犯而当成狭义共犯的话,必须从属于实行的正犯才能成立犯罪。然而,后一种假设不成立,因为在日本刑法理论中,凡是赞同共谋共同正犯的人,几乎都认同其实行从属性。^{②⑥}可见,承认共谋共同正犯在定罪上没有实益。

鉴于日本刑法的共犯处罚规定,对于最先提出犯意并参与谋议的共犯人(提出犯意

②① 参见[日]野村稔《刑法研究》(上卷 総論),成文堂2016年版,第197-198页;[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296页。

②② 参见前引②①,[日]野村稔书,第201页。

②③ 参见[日]福田平:《全訂刑法総論》(第5版),有斐阁2011年版,第251-252页、第278页。

②④ [日]山中敬一:《刑法総論》(第3版),成文堂2015年版,第936页、第937页。

②⑤ 参见前引③,[日]西田典之书,第345页。

②⑥ 参见[日]平野龍一:《刑法 総論Ⅱ》,有斐阁1975年版,第404页;前引②,[日]大谷実书,第432页;前引③,[日]西田典之书,第384页;前引②①,[日]松宫孝明书,第282页。

同时实施了帮助行为的,是教唆犯和帮助犯的竞合),认定为教唆犯“判处正犯的刑罚”,也能实现合理的处罚,对这样的共犯人提出“共谋共同正犯”没有实益,对于非提出犯意者(对方已有犯意),虽然参与谋议,但发挥作用不大的,认定为帮助犯,“按照正犯的刑罚予以减轻”是合理的,“共谋共同正犯”对这样的共犯人也没有实益,而且也不应该认定为正犯并判处更重的刑罚。只有对于非提出犯意者参与谋议,虽未实施构成要件行为,但发挥了重要作用的共犯人,一方面不能认定为教唆犯,另一方面认定为帮助犯刑罚失衡,“共谋共同正犯”才有实益。换句话说,“共谋共同正犯”仅对非提出犯意、参与谋议且没有实施构成要件行为但发挥重要作用的共犯人才有量刑上的实益。

日本刑法关于共犯人的处罚规定大体上可行,但由于共犯人种类和处罚的规定比较简洁,显得过于僵硬,不能适应全部犯罪实际,从而存在难免量刑不当的弊端。在现行刑法对共犯人种类及处罚规定的制约下,为了合理地量刑,弥合刑法规定与量刑公正的隔阂,日本判例对正犯进行实质化理解。表现为,肯定共谋共同正犯,将有的实施望风行为的人认定为正犯,将有的实施构成要件行为的人认定为帮助犯。判例动向其实是司法实务应对刑法僵硬规定的无奈之举,具有一定的合理性和必要性,理论上对其无视是不现实的。“共谋共同正犯论妥当与否,无非是在共同正犯概念的形式明确性与适应现实的共犯处罚之间,使哪一个优先的选择问题。”^{②7}显然,日本判例和刑法通说选择了处罚合理性,从而肯定了共谋共同正犯。

二、中国刑法学中共谋共同正犯理论的争论与辨析

(一) 共谋共同正犯的肯定论与否定论

1. 肯定论

明确肯定共谋共同正犯的只有少数学者,例如张明楷教授、黎宏教授、周光权教授、刘艳红教授、林亚刚教授^{②8}、童德华教授^{②9}等。关于正犯与共犯的区分标准,张明楷教授批评形式客观说没有提供明确的标准。例如,入室盗窃的望风是否符合构成要件行为的结论因人而异,受胁迫分担很少实行行为的人认定为正犯不合适。形式客观说的最大难题是间接正犯,也不能解释有些不亲手实施实行行为的共同正犯。^{③0}张教授认为,犯罪事实支配理论具有可取性,与重要作用说没有明显区别。从实质上看,对侵害结果或者危险结果发生起支配作用的是正犯。共同对造成法益侵害、危险结果起实质支配作用的是共同正犯。^{③1}他举例说明,“甲、乙基于意思联络,乙从后面抱住丙,甲拳击丙的胸部,造成丙的重伤。形式上看,乙并没有实施符合伤害罪构成要件的行为。尽管如

^{②7} 前引^{①5},[日]西田典之书,第71页。

^{②8} 参见林亚刚《共谋共同正犯问题研究》,载《法学评论》2001年第4期。

^{②9} 参见童德华《正犯的基本问题》,载《中国法学》2004年第4期。

^{③0} 参见张明楷《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第391页。

^{③1} 参见前引^{③0},张明楷书,第392页。

此,也必须认定乙是故意伤害的共同正犯。概言之,对构成要件实现起到了重要或者关键作用的人,即使形式上看所实施的不是构成要件的实行行为,也属于共同正犯。”^{③②}最后,他明确表示,“对于共同犯罪起到了实质的支配作用的共谋者,宜认定为共谋共同正犯”^{③③}。

黎宏教授认为,“从帮助犯和共同正犯属于共犯和正犯的关系来看,应当说两个以上的人基于共同实行的意思共同实现犯罪的场合,是共同正犯;基于帮助的意思而实施了帮助行为的场合,就是帮助犯。即便在没有分担实行行为的共谋人和无形帮助的区别问题上,也必须遵循这一点,即必须根据是否对完成犯罪来说起到了实质上的重要作用来加以区分。”^{③④}关于望风行为的性质,黎教授认为“尽管望风行为不是实行行为,但很多时候,其是为防止犯罪被发现或者排除障碍而实施的,是他人完成犯罪所不可缺少的环节,因此,望风可以成为共同正犯。……当然,望风并不经常是共同正犯,也可能是帮助犯。”^{③⑤}他还认为,我国《刑法》第26条第2款、第3款关于“组织、领导”犯罪集团的规定,包含了共谋共同正犯的内容^{③⑥}。

周光权教授认为,形式客观说可能将间接正犯以教唆犯处理,将共谋共同正犯排除在正犯之外,明显不妥当。^{③⑦}他还认为,中国司法实践总体上对共谋共同正犯持肯定态度。“从认定共谋者成立犯罪既遂、处刑较重等处理结果看,实务上大体承认共谋共同正犯的法理。”^{③⑧}刘艳红教授断言正犯实质化是思潮,主张将共谋共同正犯引入中国。她认为这有助于构建精细化的正犯与共犯区别理论,实现对以主犯为核心的共犯体系的反思,并推动中国犯罪论体系阶层化^{③⑨}。

可以说,凡是不区分中日刑法学的语境,在正犯与共犯的区分标准以及具体情形的认定上,赞同犯罪事实支配理论或者重要作用说,主张正犯实质化的,即使没有明确肯定共谋共同正犯,也具有肯定的明显倾向。

2. 否定论

目前是多数学者的见解,明确表态的学者有陈家林教授、钱叶六教授、阎二鹏教授。陈家林教授指出,在德、日等国,正犯不仅是定罪的标志,量刑时也以正犯之刑为标准来确定共犯的刑罚,这就不可避免地产生了矛盾。司法机关因打击犯罪的客观需要,制造出共谋共同正犯的判例。共谋共同正犯这种“错误”理论是日本刑法理论向司法现实的妥协和让步。中国划分共犯时采用分工和作用的混合分类法,正犯与主犯的概念与功能是分开的,这使正犯概念简单化、正犯功能单一化,确保了实行行为的定型性,保证了

^{③②} 前引^{③①},张明楷书,第396页。

^{③③} 前引^{③①},张明楷书,第398页。

^{③④} 黎宏《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第294页。

^{③⑤} 前引^{③④},黎宏书,第294页。

^{③⑥} 参见前引^{③④},黎宏书,第283页。

^{③⑦} 参见周光权《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第321页。

^{③⑧} 前引^{③⑦},周光权书,第335页。

^{③⑨} 参见刘艳红:《共谋共同正犯论》,载《中国法学》2012年第6期。

对起主要作用的犯罪人的严惩。因此,他主张在中国区分正犯与共犯采用形式的客观说,共谋共同正犯概念完全没有存在必要^⑩。

钱叶六教授提出,中国刑法采取的是“双层区分制”,对参与人类型与参与人程度(作用)进行双层次操作,从而正犯与共犯的区分标准宜采用以构成要件为中心的实行行为说。日本基于刑事处罚合理性的需要而不得已创立的共谋共同正犯,对于中国刑法理论并无实际的借鉴价值。^⑪ 阎二鹏教授提出,共谋共同正犯在中国存在“本土化障碍”,日本实质正犯与中国主犯的范围重叠,在中国的主、从犯立法下,共谋共同正犯完全可以归结于主犯,所以没有必要存在^⑫。

可以说,凡是在正犯与共犯的区分标准以及具体情形的认定上赞成形式的客观说或者对其修正的学说,认为正犯和实行犯的意义相同,反对正犯过度实质化的,基本上都否定共谋共同正犯。在论著的共同正犯(或者共同实行犯)部分,回避共谋共同正犯的,大致上倾向于否定论。另外,赞同单一正犯理论的学者,也会否定共谋共同正犯,^⑬但这与本文在理论层面赞同限制正犯理论大异其趣。

需要指出的是,有的共谋共同正犯否定论者,只不过是不同意日本的共谋共同正犯的概念、学说和范围,而并不反对正犯实质化。有的主张根据共谋的行为贡献,将其细分为支配型共谋、功能型共谋和协同型共谋的参与类型,分别认定为间接正犯、共同正犯和狭义共犯。^⑭ 有的主张支配型共谋共同正犯认定为间接正犯,分担型共谋共同正犯认定为共同正犯,其他共谋共同正犯认定为狭义共犯。^⑮ 这些学者借鉴了没有共谋共同正犯概念的德国正犯理论,其观点当然也只能是在德国共犯立法下才具有合理性。他们在主张正犯实质化,肯定(功能型或者分担型)共谋者可以成立共同正犯这一点上,与共谋共同正犯理论有相通之处。因此,与本文提倡修正的形式客观说,反对正犯过度实质化,不赞同共谋共同正犯理论的立场迥异。

(二) 共谋共同正犯肯定论的辨析

第一,批评形式客观说不明确而主张正犯实质化的观点是前进一步、退后两步。形式的客观说认为,亲自实施构成要件行为(实行行为)的人是正犯。共谋共同正犯肯定论者也认识到,“形式的客观说坚持实行行为的观念,对于坚守罪刑法定立场具有特殊意义”。^⑯ 构成要件行为具有客观性、定型性和法定性,于是保证了形式客观说的正犯标准具有相当程度的明确性。

^⑩ 参见陈家林《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第25页、第147-148页;冯军、肖中华主编《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第332页。

^⑪ 参见钱叶六《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第20页、第48页。

^⑫ 参见阎二鹏《共谋共同正犯理论中国化的障碍及其解释对策》,载《中外法学》2014年第4期。

^⑬ 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,第330页。

^⑭ 参见陈毅坚《“共谋共同正犯”——一个多余的法范畴》,载《北大法律评论》2010年第11卷第1辑,北京大学出版社2010年版,第260-261页。

^⑮ 参见方军《共谋共同正犯否定论》,载《政治与法律》2015年第5期。

^⑯ 前引^⑮,周光权书,第321页。

肯定论者主张正犯的实质化,以对侵害或者危险结果发生具有支配作用,或者在犯罪事实中发挥了重要或者关键作用为标准来认定正犯,此时的着眼点不仅局限于实行行为,还综合考虑了主从关系、作用、意图和获利等情况,这会丧失构成要件行为的基础,造成正犯与共犯的界限模糊。表面上,犯罪事实支配或者重要作用的提法很明确,但由于考虑要素的多元化,判断基准具有随意性,判断结论因判断主体不同而呈现出很大的差异性、不确定性。这样看来,过度实质化的正犯理论岂不是更不具有明确性?

与其说形式客观说的构成要件行为基准不明确,不如说具体犯罪中行为是否符合构成要件的判断具有一定的复杂性。例如,(1)盗窃罪的构成要件行为“窃取”指的是转移财物的占有并建立新的占有的行为,这在刑法教义学上是很明确的,只不过在具体案情中,例如入户盗窃时,实施什么行为(入户、入户后物色财物、搬运财物等)才是窃取,这是需要判断的,也仅仅在这种意义上可以说它不明确。但是无论如何,根据形式的客观说,入户盗窃的望风行为不是构成要件行为,因而望风者不是正犯。(2)同样,受胁迫分担很少实行行为的人,根据形式客观说也可以很明确地得出其是正犯的结论(在中国刑法中,次要实行犯可认定为从犯)。肯定论者认为,将受胁迫分担很少实行行为的人认定为正犯不合适,该观点只有建立在日本共犯规定的基础上才能成立,而不符合中国共犯立法实际。对于以上两个例子,形式客观说的判断是很明确的。

既然形式客观说原本就不赞同共谋共同正犯,那么所谓不能解释共谋共同正犯就不能被指责为该学说的缺陷。肯定论批评形式客观说不明确,并且认为该学说的结论不妥当,无非是站在自己预设的学说和结论的立场上,因而没有说服力。本文认为,形式客观说真正的缺陷在于,狭隘地理解实行行为,而不能说明间接正犯。对此,有必要对形式客观说作适当的修正。

第二,中国司法实践承认共谋共同正犯以及刑法规定包含共谋共同正犯的观点都不成立。辨析如下:(1)对于仅参与共谋而未实行的共犯人的刑事责任,事实上包含着两个层面的问题:其一,共谋而未实行是否构成共同犯罪,这涉及共谋者的犯罪成立问题;其二,成立共同犯罪的共谋者的性质认定(即共犯人类别),这涉及共谋者的处罚基准问题。中国刑法通说认为,“共谋本身就是共同犯罪行为,所以参与犯罪谋议而未参与犯罪实行,应当认为构成共同犯罪。”^{④7}“参与共谋即为共同预备行为,即使数人共谋犯罪而均未实行,亦可成立共同犯罪,更何况数人中一部分人实施了犯罪实行行为。”^{④8}由此可见,通说虽然认可了共谋者成立共同犯罪,对第一个问题给予了肯定回答,但认为共谋行为不是实行行为,不将共谋者认定为正犯,也就是否定了共谋共同正犯。共谋而未实行者对于正犯(实行犯)的既遂,无疑要承担既遂的责任,这是共同犯罪停止形态的基本原理;如果共谋者起了主要作用,当然可以认定为主犯,然后判处较重的刑罚。这些处理结果与是否认可共谋者为共谋共同正犯无关。只要判决书没有指明共谋者实

④7 前引①,高铭喧、马克昌主编书,第165页。

④8 赵秉志主编《刑法总论》(第3版),中国人民大学出版社2016年版,第238页。

施了实行行为、共谋者是实行犯、共谋者是因“共同正犯”归责原则承担既遂责任,那就根本不能说明中国司法实践承认了共谋共同正犯。实际的情况是,中国司法实务界对共谋共同正犯概念是相当陌生的,更谈不上对共谋共同正犯理论的了解,以及将其运用于共犯问题的处理。(2)中国刑法将组织、领导犯罪集团的首要分子即组织犯规定为主犯,并且“按照集团所犯的全部罪行处罚”,是对组织犯这一特殊主犯的处罚原则的具体化。该规定符合共同犯罪的实际情况和相关归责原则,却不意味着是对共谋共同正犯的规定。只要正犯没有实行过限,狭义共犯就与正犯承担相同的责任,这是共犯从属性和责任主义的要求。不能因为共犯从属地承担了正犯的责任,就把此时的共犯理解为(共谋共同)正犯。在中国刑法中,不成立组织犯的组织者、共谋者或者教唆者等,也可以根据他起主要作用的情况而认定为主犯(第26条第1款“在共同犯罪中起主要作用的”),从而承担较重刑罚,同样不意味着他就是正犯。(3)有的学者认为,刑法分则中的“组织、策划”或者“组织、领导”行为被正犯化为具体罪名,说明中国刑法规定包含共谋共同正犯。^{④9} 本文认为,分则罪名的特别规定不是共谋共同正犯的证明,毋宁说,恰是由于此类行为的性质在一般的犯罪参与中不属于正犯行为,刑法为了避免将其作为共犯对待,导致推迟定罪、从轻处罚,于是,出于及时、从重惩治需要而例外地将其正犯化,那么特别规定以外的情形仍属于共犯性质;而一旦被正犯化,此类行为就是构成要件行为,实施该行为的人无疑就是正犯,而不属于共谋共同正犯。^{⑤0} 总之,司法实务中共谋者从属于正犯的不法、承担正犯的既遂责任;立法规定组织犯是主犯及其处罚;立法将有的组织、策划、领导罪行正犯化,都无法说明中国刑法承认他们是共谋共同正犯。

第三,将中国刑法的主犯和从犯解释成正犯和帮助犯,并且将主犯等同于正犯都不可取。有的肯定论者将中国刑法中的主犯解释成正犯,将从犯解释成帮助犯,将胁从犯解释成帮助犯的亚类型,^{⑤1}通过化解中国主犯和从犯立法的优势,迎合日本的正犯与共犯立法,从而为正犯实质化和肯定共谋共同正犯排除法规规范障碍。本文认为,研究日本共犯立法和理论,在日本刑法学语境下探讨共谋共同正犯当然是有意义的,但是,以此设定为中国共犯立法的解释论目标,在导向上存在问题;将中国刑法的主犯和从犯、胁从犯对应解释成正犯和帮助犯,在解释路径上未必行得通。中日共犯立法表述方式差异明显,中国立法者在制定1979年和1997年《刑法》时,并非以主犯和从犯条文来规定

^{④9} 参见王志祥、韩雪:《论共谋共同正犯概念在我国刑法中的确立》,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2013年第2期。

^{⑤0} 日本国会于2017年6月21日通过了《修改〈有关组织犯罪的处罚及犯罪收益规制等的法律〉等的一部分的法律》(法律第67号,7月11日生效实施),增设了“恐怖活动等准备罪”(简称共谋罪)。恐怖活动等准备罪的成立要件包括以下三点:(1)“有组织犯罪集团”参与其中;(2)二人以上“计划”犯罪的实行;(3)基于计划实施了“实行准备行为”。可见,恐怖活动等准备罪的处罚范围具有一定的明确性和限定性。日本刑法向来是极其例外地处罚预备罪,且以刑罚罚则各本条有明确规定为限,然而,本次法律修正以较为概括性的立法方式,较大地扩张了预备罪的处罚范围,故该修正受到了日本刑法学界和民众的强烈质疑。该修正不是将恐怖活动等犯罪的共谋行为作为正犯来处罚,并不意味着肯定共谋共同正犯。

^{⑤1} 参见前引^{③0}张明楷书,第389页;前引^{③7}周光权书,第320页。

正犯和共犯的类型,这应属不争的事实。

作为犯罪参与人的刑罚基准,日本正犯和中国主犯具有相通的一面。实质的正犯概念目前是日本刑法学的主流,有的学说(例如重要作用说)以及裁判例重视共犯人发挥的作用,在这一点上,日本正犯有向中国主犯接近的一面。平野龙一博士指出,“正犯”这一“名称”不只是表示形式的行为框架,还包含他是犯罪的“主犯”这一实质性评价。不能无视该评价机能。^{⑤2} 纵然如此,反过来,中国的主犯不存在向正犯接近的问题,也没有这样的必要。因为,正犯和主犯属于不同分类标准下的共犯人种类,具有异质性。正犯的主要功能是认定犯罪成立和性质,狭义共犯成立犯罪对正犯实行具有从属性,而主犯的功能在于量刑,从犯对于主犯没有犯罪成立的从属性问题。^{⑤3} 日本正犯同时是犯罪参与人的刑罚基准,正是由于被刑法赋予了“一身二任”的使命,使其具有了向主犯接近的可能性,而中国刑法对主犯有明文规定,理论上存在正犯(实行犯),使得主犯的任务单一,没必要向正犯靠近。

第四,以共谋者具有正犯意思而认定共谋共同正犯的观点,不具有说服力和合理性。有的肯定论者认为,中国共犯论可以解决共谋共同正犯的量刑,但忽视了对共谋性质的认定。共谋而未实行者应被认定为正犯,与教唆犯具有根本差别:前者具有与实行犯共同实施犯罪的意思,后者只具有教唆正犯实施犯罪的意思,而没有共同实施犯罪的意思。^{⑤4} 本文认为,正犯意思固然有别于共犯意思,但是,共谋而未实行者是否持有正犯意思,取决于采取何种正犯理论以及是否赞成共谋共同正犯,因此该观点是结论而不是理由,不具有说服力。站在形式客观说或者对其修正的学说的立场上,实施构成要件行为(或者规范的实行行为)的人是正犯,对自己实施构成要件行为(或者规范的实行行为)及其结果有认识和容忍才是正犯意思。共谋而未实行者当然不是正犯意思,不能认为他不同于教唆犯而认定为共谋共同正犯。实质正犯论矮化构成要件行为在正犯认定中的地位,转而重视主观意思是不合理的,必然导致正犯与共犯的界限模糊。

第五,以日本共犯论体系替代中国共犯论体系不切实际。日本刑法学的正犯实质化是既成事实,在承认共谋共同正犯以后,为解决正犯与共犯(共谋正犯与教唆犯、实行正犯与帮助犯等)区分的难题而作出的学术努力,确实给人留下了理论深化的印象。但是,理论终究必须结合立法实际并且为司法实践服务,否则就不能被采用。一方面,研究区分制参与体系和正犯理论,认可正犯与共犯这一共犯人分类的定罪意义是值得肯定的;另一方面,不可忽视中国共犯立法的特色和优点,不能忽视主犯和从犯这一共犯人分类的量刑意义。刘艳红教授提出,“在刑事立法上,我国刑法可以尝试抛弃作用分类法并放弃主犯概念,而转为采用更具有罪刑法定色彩的分工分类法及正犯概念,由此实现我国主犯中心共犯体系向正犯中心共犯体系之转换,如此,引进共谋共同正犯概念

⑤2 参见前引⑤,〔日〕平野龙一,第400页。

⑤3 从犯对主犯只有概念或者论理上的从属性,即从犯是相对于主犯而言的,无主犯,则无从犯可言。有主犯、无从犯的共同犯罪存在,没有主犯、只有从犯的共同犯罪不存在。

⑤4 参见前引④,王志祥、韩雪文。

自是必然之结果。”^⑤以上关于共谋共同正犯的观点,并非是对我国刑法规定的解释论,而是从立法论角度所作的价值判断或选择,并且该判断或选择没有顾及我国刑法理论和司法实务的现状,因此该观点脱离实际,缺乏说服力。引入共谋共同正犯有助于推动犯罪论体系阶层化的观点也无从论证。中日共犯立法和理论应该取长补短、相互借鉴,而不可偏废“自废武功”。

第六,正犯过度实质化在论理上存在诸多缺陷。(1)共犯从属性是共犯论的基本原理,正犯过度实质化就会导致,没有实施实行行为的参与者可能成立正犯或者共同正犯(此即共谋共同正犯),实施了实行行为的参与者也可能认定为帮助犯。^⑥例如,甲、乙预谋图财害命,甲取得被害人财物后先离开现场,乙杀死了被害人。根据通说,二人无疑成立实行共同正犯。但是,如果法院综合判断案情(主从关系、是否有获利意图、获利多少等),认为甲的刑罚应该轻于乙,可能得出甲仅构成帮助犯的结论。^⑦于是,实施了实行行为的所谓帮助犯,从属于同样实施了实行行为的正犯,甚至从属于没有实施实行行为的共谋正犯,这在逻辑上是荒谬的,在司法实务上是无法操作的。(2)正犯与共犯区分的最大意义在于犯罪成立和性质的认定,正犯是实现构成要件的人,他决定了是否符合刑法分则具体犯罪构成要件,而且共犯在成立上从属于正犯的实行。但是,为了实现对共犯人合理量刑,就对正犯的认定标准进行实质化判断,重新界定正犯与共犯的区分标准,无疑是量刑反制定罪,这样的思考逻辑存在问题。(3)既然日本刑法根据分工(行为类型)规定了共同正犯、教唆犯和帮助犯,那么,司法实务在以量刑需要来指导正犯与共犯区分,以及刑法理论在建构相关的正犯学说时,当然都必须立足于刑法对他们的行为规定。如果无视立法规定,有关裁判例和学说就有违背罪刑法定原则之嫌。

第七,共谋共同正犯在具体案情中认定模糊、不确定。日本受制于刑法中共犯人种类和处罚规定的不足,只得在司法实务中优先考虑共犯人量刑的合理性,加上共谋共同正犯的有关学说难以一致,形成具体案情中共谋共同正犯认定结论不确定的局面。例如,雇佣犯罪的情形,根据日本通说,雇主认定为共谋共同正犯,实行者是实行正犯,都处以正犯之刑。但是,若像裁判例那样重视“自己的犯罪”这一考量因素,实行者也不排除成立帮助犯的可能,那么雇主是实行正犯了。^⑧日本司法实务广泛地承认共谋共同正犯,例如,将未亲自参加暴行而只在现场旁观的团体成员作为暴行罪的共谋共同正犯予以处罚,日本学界对此也提出了激烈的批评^⑨。

^⑤ 前引③,刘艳红文。

^⑥ 有的裁判例将实施了构成要件行为的参与者认定为帮助犯。例如,横滨地川崎支判昭和51年[1976年]11月25日判时842号127页。大津地判昭和53年[1978年]12月26日判时924号145页。参见前引③,[日]西田典之书,第353页;前引②,[日]山口厚书,第342页。

^⑦ “兴奋剂抢劫杀人案”福冈地判昭和59年[1984年]8月30日判时1152号182页。参见前引③,[日]西田典之书,第353页。

^⑧ “雇主违反《粮食管理法》案”,最判昭和25年[1950年]7月6日刑集4卷7号1178页。参见前引③,[日]西田典之书,第353页。

^⑨ 参见前引②,[日]松宫孝明书,第277页。

第八,共谋共同正犯肯定论尽管在日本占据通说地位,但是否定论依然顽强存在。这一点值得中国学者关注,提醒我们在比较研究时要有必要的警醒和反思。

综上,共谋共同正犯肯定论对形式客观说的批评及其自身的立论理由大都难以成立,正犯过度实质化和共谋共同正犯本身存在诸多问题。在中国刑法学中引入共谋共同正犯,难以避免当前日本共谋共同正犯理论与实务中存在的缺陷,甚至会与中国立法不相融而造成更大的混乱。

三、中国共谋共同正犯否定论与相应共犯问题的合理解决

在中国刑法的共犯立法体系下,采取适应于中国立法的正犯理论,没必要采用共谋共同正犯,也能够合理地解决相应共犯问题的定罪和量刑。

(一) 中国共犯立法下的正犯理论与共谋共同正犯否定论归结

只要在正犯认定上采用过度实质化的标准或者学说,就为肯定共谋共同正犯创造了理论条件;反之,在相应的共犯立法下,正犯没必要采用过度实质化的标准或者学说时,共谋共同正犯就失去了适宜的理论土壤。因此,确立何种正犯理论至关重要,而这一点必须结合共犯立法实际。

1. 中国刑法明确规定了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯

(1) 理论上将“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的”的“首要分子”称为组织犯。犯罪集团中首要分子以外的骨干分子,以及聚众犯罪和任意共同犯罪中起主要作用的人,属于该款“在共同犯罪中起主要作用的”犯罪分子,即普通的主犯。例如,起主要作用的实行犯。(2) 通说认为,起“次要作用”的是实施构成要件行为、作用较主犯小的次要实行犯;起“辅助作用”的是实施帮助行为的帮助犯。帮助犯不是实施构成要件行为,而是为共同犯罪的实行提供方便、创造条件。^⑩ 一般认为,实行犯既可能是主犯,也可能是从犯;帮助犯只能是从犯,而不可能是主犯。^⑪ 需要说明的是,“帮助犯”虽然不是我国刑法明文规定的术语,但是得到了刑法理论和司法实务的普遍认可,并且在刑法解释论上,通说认为,关于从犯的《刑法》第27条规定包含了帮助犯的情形。近年来该条出现新的解释论,但也未否定该条规定包含了帮助犯情形。只是该条是否包含了其他共犯人类型(作用规定与行为类型的关系),以及帮助犯是否只能认定为从犯,学界涌现出了新的见解。其一,关于次要作用、辅助作用的理解。不少学者提出,次要作用包含了次要实行犯和教唆犯。^⑫ 本文认为,刑法规定的是“次要作用”“辅助作用”,而不是“次要(实行)行为”“辅助行为”,因此,不能将作用规定与特定行为类型僵硬地对应。刑法同时规定两个作用,只是为了对从犯的作用表述得更周全而已。不管发挥其中的哪个

⑩ 以上参见前引①,高铭喧、马克昌主编书,第175页。

⑪ 参见曲新久主编《刑法学》(第5版),中国政法大学出版社2016年版,第161页。

⑫ 参见前引⑪,钱叶六书,第67页;前引③④,黎宏书,第289页。

作用,都可能是实行犯、教唆犯或者帮助犯。其二,关于帮助犯的作用认定。少数学者提出,帮助犯通常是从犯,例外情况下也可能是主犯。^③例如,无业游民甲萌生盗窃古墓的念头,邀请曾参加该地古墓考古的专家乙参与。乙绘制了古墓结构图,标注了墓内重要文物的位置,制定了盗墓方案,并对甲作了专业指导。甲盗墓成功。在此例中,乙尽管没有直接实施盗墓行为,但盗墓是技术性很强的活动,乙的帮助行为对完成犯罪发挥了至关重要的作用,应该与甲同为主犯。故帮助犯在例外情况下认定为主犯的观点是可取的。(3)胁从犯是指“被胁迫参加犯罪的”犯罪分子(《刑法》第28条)。(4)教唆犯是指故意唆使他人实行犯罪的犯罪分子。“按照他在共同犯罪中所起的作用”,既可能成立主犯,也可能成立从犯。中国刑法有重视主观恶性的传统,《唐律疏议·名例律》规定:“诸共犯罪者,以造意为首”。通说和实务见解是,教唆犯在共同犯罪中通常起主要作用,应认定为主犯,在少数情况下起的作用是次要的,可以认定为从犯。^④

2. 中国刑法以共犯人作用兼顾犯罪行为 and 情节规定处罚

中国刑法主要以作用标准下的共犯人种类为依据规定处罚原则,兼顾犯罪行为和情节作了处罚规定(组织、教唆行为和受胁迫、教唆对象等情节)。因此,共犯人的处罚规定既有明确性,又有灵活性,能适应现实生活中共同犯罪的不同情况。具体而言:(1)根据行为类型规定教唆犯,“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”(《刑法》第29条第1款);不同案件中教唆犯的作用有大有小,作用大就认定为主犯,“应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚”(《刑法》第26条第4款);作用小就认定为从犯,“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”(《刑法》第27条第2款)。(2)对于实行犯(正犯),同样根据作用大小,区别认定为主、从犯,然后处罚。换言之,不因为是正犯,就一定认定为主犯,判处最重的刑罚,也可能被认定为从犯,判处相对较轻的刑罚。(3)帮助犯通常被认定为从犯,例外情况下也可以认定为主犯,从而判处轻重该当的刑罚。(4)如果共犯人具有“被胁迫参加犯罪的”情节,“应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚”(《刑法》第28条)。

由上可见,在中国共犯立法中,正犯与共犯在量刑时不是僵硬地赋予重罚和轻罚,教唆犯不是一律依照正犯处罚,帮助犯也不是一律比正犯减轻处罚,而是依据他们各自在共同犯罪中的作用大小,适用相应的处罚原则。正是在这一最重要的背景下,刑法学界的主流见解是,中国刑法学的正犯认定,没有造成量刑不当的刑法规定方面的顾虑,没有必要牵就量刑而过度实质化。

本文认为,完全可以在“形式的客观说”基础上,坚持“规范的形式客观说”标准。详言之,正犯的认定应坚持实行行为的标准,但不是拘泥于早期的纯粹的“形式的客观说”,即自己亲手实施构成要件行为的才是实行行为,而是在此基础上,对实行行为作规范性理解(规范的实行行为)。假手于人实施构成要件行为时,如果被利用者对利用人

^③ 参见前引①,钱叶六书,第69页。

^④ 参见前引①,高铭暄、马克昌主编书,第178页。

意图实现的犯罪不具有规范障碍,那么,利用行为就能够被评价为实行行为,实施了利用行为的利用者就具有实行行为性,从而成立正犯(间接正犯)。也就是说,亲自实施构成要件行为(形式的实行行为)的人以及实施了对不具有规范障碍者的构成要件行为的利用行为(规范的实行行为)的人都成立正犯。共同正犯则是共同实施这类实行行为的人,每个正犯者要求全部或者分担地实施了实行行为;换言之,成立共同正犯,客观上要求每个正犯亲自(全部或者分担地)实施了构成要件行为,或者利用不具有规范障碍者实施了构成要件行为,而不承认利用实行正犯、实质上具有支配性的共谋正犯。因此,否定共谋共同正犯可谓是中国共犯立法和正犯理论的自然归结。

3. 中国刑法对正犯采用规范的实行行为标准的理论依据

在中国刑法学中,对正犯采用规范的实行行为标准,除了立法背景外,还具有充分的理论依据。(1)它是纯粹的形式客观说之外最具明确性的标准,以构成要件行为为中心,具有客观性、定型性和法定性的优点,能够避免日本正犯过度实质化导致的学说繁杂、认定模糊。“在以构成要件为主轴的犯罪论中,应该从实现构成要件该事实的见地出发,来讨论正犯与共犯的区别。”^⑤客观上亲自实现构成要件该当行为之人恒属正犯,这是不争之论。^⑥(2)坚持实行行为的正犯标准,能够相对清晰地划定正犯与共犯的界限,这有利于坚持和运用共犯从属性原理,解决共犯的犯罪成立等诸多问题。(3)相比于共犯,正犯的主要职能是犯罪成立和犯罪性质认定。那些认可共谋共同正犯的人几乎都承认共谋正犯的从属性,也就是说共谋共同正犯没有定罪意义(由实行正犯担负其责)。而像本文提倡的正犯理论,由于采用实行行为的标准,完全能够胜任该使命。采用规范的实行行为的正犯标准时,实行行为不限于亲手实施构成要件行为,还包括了间接正犯的利用行为。由此也可以说,中国刑法学的正犯判断并非完全形式化,也有一定的实质内容,只不过实质化的倾向有限,只是建构在规范障碍的层面。

综上,在有助于量刑的主、从犯的刑法规定背景下,中国刑法学应该坚持能够担负定罪之责的实行行为标准的正犯理论,而没必要采用在日本刑法规定背景下,对定罪毫无实益,仅对部分参与人量刑具有实益的共谋共同正犯。

(二) 中国不采用共谋共同正犯能够解决共犯的定罪与量刑

从实务角度看,采用“规范的形式客观说”(规范的实行行为)标准下的正犯理论,结合中国刑法的主、从犯规定,能够合理解决共犯的定罪量刑问题,满足司法实践需求。

1. 刑法理论中的正犯(实行犯)能够解决共犯定罪

分工标准下的正犯与共犯分类,对于认定共同犯罪的成立和罪名性质具有重要意义。中国刑法通说在相同意义上使用正犯和实行犯概念。例如,认为正犯和实行犯是

^⑤ 前引②,[日]大谷实书,第398页。

^⑥ 参见林山田:《刑法通论(下册)》(增订9版),台大法学院图书部经销2005年版,第27页。

一个事物的两种不同称谓,将间接正犯称为间接实行犯,^{⑥7}将共同正犯称为共同实行犯。^{⑥8}以实施构成要件行为的人作为定义正犯的基础,并对实行行为进行规范性理解,那么,实行犯和正犯的内涵在中国刑法理论中应该是相同的。亦即,限于直接正犯、间接正犯和实行共同正犯的范围(即直接实行犯、间接实行犯、共同实行犯),来理解和使用正犯(实行犯)概念。

日本共谋共同正犯的提出只是为了实现对有些共犯人的合理量刑,而无关乎共犯的定罪问题。换句话说,即使不提出共谋共同正犯,不对正犯认定标准作过度实质化,依靠实行正犯的角色,原本就能顺利地解决“共谋正犯”的定罪。即使承认了共谋共同正犯,在脱离了实行正犯的情况下,单凭共谋者这样的“正犯”,也完全不可能完成定罪使命。既然如此,在中国刑法学中坚持规范的实行行为的正犯标准,正犯(实行犯)也能够承担起共同犯罪的定罪职责。原理是,由实行犯单独或者共同地亲自或者利用他人实施构成要件行为,决定构成要件符合性和罪名性质;共谋者等非实行犯从属于实行犯的实行,从而决定其犯罪成立和可罚性。对此,在日本不管是否提出共谋共同正犯都应如是处理,在中国不采用共谋共同正犯也能够照此在理论上得到处理。

日本共谋共同正犯中的共谋正犯,在中国正犯理论下不是正犯,而是狭义共犯。具体来说,(1)促使实行者产生犯意的共谋者,成立教唆犯;如果同时实施了谋议、组织、指挥等非实行行为,视为教唆犯与帮助犯的竞合,也认定为教唆犯。(2)实行者已有犯意,共谋者仅是强化犯意、谋议策划、组织指挥的,成立帮助犯。(3)有的共谋共同正犯的事实和作用,相当于中国刑法中的组织犯,根据行为类型,或可将其认定为第三种共犯类型。无论如何,作为狭义共犯的共谋者在犯罪成立上从属于正犯的实行,根据正犯符合的构成要件类型来决定罪名性质,并且从属地承担正犯的既遂责任(当然,共犯的犯罪停止形态并不是简单问题,需要另外撰文专门探讨)。

补充说明的是,共同犯罪案件的处理,定罪在前,量刑在后。明确谁的行为符合刑法分则具体犯罪构成要件及其罪名性质至关重要。刑法不按照分工分类法对正犯与狭义共犯进行规定存在明显不足。^{⑥9}尽管中国刑法理论上存在正犯(实行犯)概念,能够解决定罪,学说上也一般认为主犯、从犯规定中包含了实行犯的内容,但是,从更有利于共同犯罪定罪,更好地贯彻罪刑法定原则的角度来说,中国刑法有必要明文规定正犯(实行犯)和帮助犯。^{⑦0}

2. 刑法规定中的主犯、从犯能够解决共犯量刑

在中国,正犯、教唆犯和帮助犯与处罚不直接对应,他们的刑罚轻重,由刑法根据作用标准规定的主、从犯来裁量,因此,为量刑服务进行正犯实质化在中国是不必要的。

^{⑥7} 参见赵香如《间接实行犯研究》,世界图书出版广东有限公司2013年版,第1页;阮齐林《刑法》,中国人民大学出版社2013年版,第79页。

^{⑥8} 参见王光明《共同实行犯研究》,法律出版社2012年版,前言第6页。

^{⑥9} 参见前引^{⑥7},周光权书,第354页。

^{⑦0} 参见陈兴良《共同犯罪论》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第543页。

共谋共同正犯在量刑上的实益就是被当作正犯而判处重刑,在中国完全可以把他认定为主犯,从而解决量刑问题。正犯、教唆犯和帮助犯尽管在行为类型上存在差异,但是根据案情被认定为主犯或者从犯,从而判处适当的刑罚,在解释论上是完全通畅的。

中国刑法学不需要共谋共同正犯,但是日本为了肯定共谋共同正犯而提出的正犯实质化的理论或者学说可以给我们一些启示和借鉴。例如,(1)日本正犯有向中国主犯接近的一面,其关于正犯与共犯区分的学说,关于正犯的判断要素,对于中国主、从犯的作用大小的判断,具有参考价值。因为,日本实质化的正犯与共犯的区分,与中国主犯与从犯的区分,都要解决对共犯人量刑合理化这一相同问题。在中国刑法学中,肯定个别情况下帮助犯也可认定为主犯,与日本刑法学中将有的实施非构成要件行为的帮助者认定为主犯,从而对其判处更重的刑罚,具有异曲同工之妙。(2)典型的共谋共同正犯是有组织犯罪、集团犯罪中居于幕后的大人物,这相当于中国刑法的组织犯。中国刑法将组织犯规定为主犯,这种立法规定的理论依据,可以借鉴与共谋共同正犯相关的犯罪支配理论或者重要作用说来辅助说明。

本文认为,中国共犯人量刑面临的任务,是将作用大小的认定标准(或者依据)加以明确化、规范化,即何为主要作用、何为次要或者辅助作用,从而避免司法机关在认定主、从犯时的茫然或者随意。在作用大小的认定上,刑法通说认为,应综合考虑共犯人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的作用等各方面因素。^①有学者具体分析了起因、地位、参与程度、罪行大小和利益分配情况下的主、从犯认定。^②司法机关也是采取综合考量的策略,考量因素包括行为类型的分担(实行、教唆或者帮助)、犯罪意思和计划的提出、犯意的强烈程度、具体任务的多寡和重要性、是否有犯罪未遂或者中止情节、犯罪后分赃多寡等。个别学者提出了简洁扼要的认定标准,“行为人的行为对危害结果具有实质性支配力的,属于起主要作用。”具体来说,共同实行犯一般属于起主要作用,但各人的支配力相差较大时,支配力大的起主要作用;参与共谋而未实行的,共谋的内容对犯罪具有实质性影响时,共谋者起主要作用;教唆犯原则上起主要作用。^③

关于中国主、从犯的理解和适用,本文有如下几点看法:(1)主、从犯的认定,不是共犯人最终宣告刑的唯一依据。尽管刑法将共犯人分为主、从犯,并规定了轻重不同的处罚原则。但是,基于在报应刑制约下考虑预防刑的并和主义刑罚理论,即使共犯人被认定为主、从犯,量刑时还要考虑其是否存在自首、坦白、立功、累犯等法定量刑情节,或者认罪悔罪、积极赔偿等酌定量刑情节。正如通说的教科书所述,“考查各共同犯罪人的人身危险程度和犯罪后的态度,实行区别对待。具备从重或者从轻、减轻、免除处罚情节的,予以从重或者从轻、减轻、免除处罚。因而各共同犯罪人即使都是主犯,量刑也会

① 参见前引①,高铭喧、马克昌主编书,第175页。

② 参见前引③,黎宏书,第289页。

③ 参见前引①,曲新久主编书,第159页。

不同,甚至主犯的处罚可能比从犯的处罚还轻。”^⑭当然,在相同的法定或者酌定量刑情节的情况下,主、从犯的认定直接影响共犯人宣告刑的轻重。(2)共犯人作用大小的考量时点,不应限于犯罪既遂之前,而应包括犯罪行为完成的阶段,以及后续的撤离犯罪现场、毁灭犯罪证据等有助于犯罪完成和妨碍查获的犯罪活动过程。很多犯罪行为在法规范的既遂时点之后仍继续着,法益侵害也就持续着甚至进一步扩大,因此,该阶段共犯人的表现有必要纳入考量。但是,犯罪后分赃多少不应成为考量因素,因为这无益于法益侵害结果的发生,也无益于犯罪完成和妨碍查获。中国刑法传统思维中有重视犯罪获益归属的特性,这需要检讨反思。(3)共犯人作用大小的考量资料,应以属于犯罪成立条件的客观行为和主观责任为优先,特别是要重视实行行为的分担角色及其作用大小。相比于分担非实行行为的人,分担实行行为的人应优先考虑为主犯(组织犯例外);分担实行行为的多人中,也尽可能地根据作用大小区分出主、从犯,而不是一律认定为主犯。根据以上若干分析,通说和实务对教唆犯的主、从犯认定值得商榷。考虑到教唆行为不具有直接的法益侵害性,教唆犯的违法性低于实行犯;教唆犯对实行犯没有实质性支配,实行犯仍能自由意思决定。所以,教唆犯原则上应认定为从犯,特别是教唆方法比较缓和时,例如单纯地建议或者劝说等。少数情况下教唆犯可认定为主犯,例如采用雇佣、胁迫等教唆方法;反复、多次地教唆;教唆并提供帮助;基于家庭、工作或者社会地位对被教唆人具有较大影响力;教唆未成年人等。

(三)中国共犯立法和正犯理论下具体案情认定

中国的共犯立法和理论可以有机结合,不必采用共谋共同正犯,在实行犯(正犯)与教唆犯、帮助犯明确区分的前提下,能够有效解决具体案件中共犯的定罪和量刑,实现对共犯人公正量刑的法律效果。以下举例说明。

1. 有组织犯罪

例如,被告人为日本某暴力团的组长,平常出门总是带保镖。保镖为了保护组长安全,身边总携带枪支,尽管组长对此并未要求,双方也未就是否携带枪支有过具体明确的意思联络。在组长的一次出行中,车队携带的枪支被警察查获。日本的最高裁判所认定组长成立违反《枪炮刀剑类持有取缔法》“禁止持有”的共谋共同正犯。^⑮如果该案发生在中国,组长成立非法持有枪支罪,可以认定为组织犯,当然是主犯。直接携带枪支的成员是实行犯(正犯),但可以作为从犯处罚。中国发生过相似案情和罪名性质的案件。在“王渝男等人非法持有枪支、弹药等案”中,被告人王渝男组织、领导黑社会性质组织,以营利为目的,出资开设赌场或者参与聚众赌博活动。在开设赌场的过程中,被告人张荣彪等人持猎枪守卫存放赌资的“码房”,被告人胡林利持仿“六四”式手枪到赌场。法院认为,上列被告人非法持有枪支、弹药,均是有组织,并且是为了该组织的共同犯罪目的和利益而实施的犯罪行为,王渝男是黑社会性质组织的组织、领导者,应该

^⑭ 参见前引①,高铭喧、马克昌主编书,第170页。

^⑮ 参见“保镖案”,最决平成15年[2003年]5月1日刑集57卷5号507页;前引③,[日]西田典之书,第351页。

对上述罪行承担刑事责任,故其构成非法持有枪支、弹药罪。针对王渝男及其辩护人提出其行为不构成本罪的辩解和辩护意见,法院作出如下反驳:“王渝男等人在共谋开设赌场中,明确了要保证赌场资金的安全,在赌场开业后,亦安排专人守护赌资,至于是持枪守护还是采取其他方式守护,均属于其共谋的犯意范围之内。”因此,王渝男应该对该组织成员非法持有枪支、弹药的行为承担刑事责任。^⑦结合我国刑法的有组织犯罪和组织犯规定,法院对被告人王渝男承担非法持有枪支、弹药罪的刑事责任,作了颇有说服力的裁判说理,并无必要采用共谋共同正犯。

2. 雇佣犯罪

例如,雇主基于报复他人等动机,花钱雇佣凶手实施杀人、伤害等犯罪。雇主一般会提出明确的犯罪要求,通常也会向凶手提供被害人的必要信息。在日本,根据通说,雇主成立共谋共同正犯。但是在中国,由于凶手对犯罪行为有认识,且有意思决定自由,雇主不成立间接正犯;由于雇佣行为不是构成要件行为,不成立共同实行犯(共同正犯)。因此,雇主应认定为教唆犯。但是他发挥的作用重大,应当作为主犯处罚。凶手无疑是实行犯(正犯),也应作为主犯处罚。在凶手有多人的情况下,也可以区分主、从犯。

在“刘贻光雇凶杀人案”中,被告人刘贻光因对被害人夏某某与其妻的不正当关系而导致其离婚不满,欲对夏某某进行报复。刘贻光指使被告人徐国军找到被告人刘福光,刘福光又邀约被告人肖顺长及钟某某(另案处理)。某日凌晨,刘福光、肖顺长和钟某某找到夏某某,并开枪打死了他。刘贻光先后支付刘福光等人报酬600余元。二审法院裁定,刘贻光、刘福光、徐国军、肖顺长均构成故意杀人罪。在共同犯罪中,刘贻光提出犯意,出资雇凶,与其他被告人多次共谋,刘福光受雇后邀约他人参与,多次参与共谋,开枪致被害人死亡,其行为积极主动,二人均起了主要作用,是主犯,应对所参与的犯罪承担主要责任;徐国军受刘贻光指使,为其寻找报复人员,并为刘福光等人实施报复带路,肖顺长受雇后积极参与,二人起次要作用,是从犯,依法应当减轻处罚。^⑧在本案中,被告人刘福光和肖顺长是故意杀人罪的实行共同正犯,法院根据其作用大小,分别认定为主、从犯。被告人徐国军是教唆犯,作用较小,认定为从犯。被告人刘贻光无疑是教唆犯,法院根据其“提出犯意,出资雇凶,与其余被告人多次共谋”等事实,认定其在共同犯罪中“起主要作用,系本案主犯,应对所参与的犯罪承担主要责任”,圆满地解决了他的罪责认定。本案如果发生在日本,被告人刘贻光肯定成立共谋共同正犯,但在中国司法实践中,通过现有理论和刑法的主、从犯规定,就能够对被告人合理地定罪量刑。

3. 具体个罪

例一 故意杀人罪。甲、乙事前共谋袭击警察局并杀害警察,然后由乙、丙等人付诸

^⑥ 参见重庆市高级人民法院(2002)渝高法刑终字第393号刑事附带民事判决书。

^⑦ 参见四川省高级人民法院(2013)川刑终字第630号刑事裁定书。

实施。在日本,乙、丙等人无疑是共同正犯,甲也能被认定为共谋共同正犯。^⑦但是在中国,一般共同犯罪中的甲,由于并未亲自实施,因而不是共同实行犯(共同正犯)。此时,根据犯意是否由甲先提起的不同情形,分别认定甲为教唆犯或者帮助犯,一般认定为从犯。如果综合案情来判断,甲发挥了主要作用的,也可能认定为主犯,以便合理量刑。乙、丙等人作为共同实行犯(共同正犯),应作为主犯处罚。

中国发生过一起共谋故意杀人案,被告人杨富贵图谋报复被害妇女冯某某,在与有暧昧关系的被告人冯梅卿共谋后,冯梅卿积极联系,将被告人张杰介绍给杨富贵。杨富贵雇佣张杰并带领其到冯某某家进行踩点。某日晚23时许,冯梅卿带领张杰到杨富贵家再次共谋。当日24时许,杨富贵伙同张杰到冯某某家,由杨富贵将门骗开,将冯某某压住,张杰用事先准备的白色尼龙绳套在冯某某颈部,二人共同将冯某某勒死。然后逃离作案现场,并分别给冯梅卿打电话告知“事已办成”。事后杨富贵付给张杰酬金9500元。二审法院裁定,三名被告人共谋报复被害人冯某某,并实施了非法剥夺他人生命的行为,造成冯某某死亡的后果,均构成故意杀人罪。在共同犯罪中,杨富贵、张杰起了主要作用,是主犯。冯梅卿起了次要作用,是从犯。^⑧在本案中,被告人杨富贵和张杰是故意杀人罪的实行共同正犯(杨富贵是实行犯和教唆犯的竞合),都是主犯。被告人冯梅卿是帮助犯,其参与的犯罪行为是介绍杀人同伙,并多次参与共谋。虽然刑事裁定书中使用了冯梅卿“共谋”的表述,但是中国刑法理论根据共同犯罪故意的形成时间,将共同犯罪形式分为“事前通谋的共同犯罪”与“事前无通谋(即事中通谋)的共同犯罪”,^⑨故此处是指“事前通谋”之意,而不是共谋共同正犯。本案如果发生在日本,冯梅卿成立共谋共同正犯。但是,中国司法实践不采用共谋共同正犯理论,根据中国刑法理论认定冯梅卿成立帮助犯,结合刑法的从犯规定进行量刑。

例二,走私毒品罪。甲计划从外国走私毒品,请求乙分担走私行为,遭到乙拒绝。但是,乙在获取毒品欲求的驱使下,向甲介绍了熟人丙代替自己。同时与甲约定事后获取一部分走私的毒品,并向甲提供了部分资金。在日本,乙被认定为走私毒品罪的共谋共同正犯。^⑩但是在中国,由于乙未分担走私的实行行为,不可能成立走私毒品罪的实行犯(正犯);由于乙介绍同伙、与甲约定获取一部分毒品和有提供资金的行为,均属于帮助行为,故应认定为帮助犯,从属于实行犯定罪。为了合理量刑,一般来说,乙应以从犯论处。

结 语

可以预见,日本在其共犯立法体系下,共谋共同正犯的理论与实践将持续推进。今

^⑦ “练马案”,最大判昭和33年[1958年]5月28日刑集12卷8号1718页。参见前引③,[日]西田典之,第350页。

^⑧ 参见山西省高级人民法院刑事裁定书(2001)晋刑一终字第188号。

^⑨ 参见前引①,高铭喧、马克昌主编书,第168-169页;前引⑩,张明楷书,第430页。

^⑩ “走私大麻案”,最决昭和57年[1982年]7月16日刑集36卷6号695页。参见前引⑮,[日]西田典之,第69页。

后的努力方向是,理论上对共谋共同正犯的根据予以进一步阐明;实践上对其成立范围加以明确框定。中国部分学者推崇、共谋共同正犯理论,并冀望对中国现有的共犯解释论与正犯理论进行“另起炉灶”,这不仅会引发理论争议和混乱,而且于司法实务无益。因此,在介绍日本的共谋共同正犯理论时,应立足于中国的立法和司法实际,理性、客观地进行评价,慎重地对待在中国引入共谋共同正犯理论问题。

Abstract: The determination of the perpetrator in Chinese and foreign criminal law has abandoned the early objective theory and presented a normative or substantial tendency. The criminal law community and judicial practice of Japan are limited to the joint crime legislation. In order to sentence reasonably, they have developed the substantial tendency of perpetrator theory and proposed the complicity co-perpetrators. Pros and cons about the complicity co-perpetrators theory exist in China. The positive standpoint is not convincing and its criticism of objective theory and arguments are difficult to establish. The substantial tendency of perpetrator and the complicity co-perpetrators have many defects. In view of joint crime legislation, the substantial tendency of perpetrator is unnecessary in Chinese criminal law, and the complicity co-perpetrators are dispensable. China adopting complicity co-perpetrators cannot avoid the inherent theoretical defect, and there is no benefit to the judicial practice. China should adhere to the standard of perpetrating act, and combine the effect of accomplice and punishment principle to solve the crime and penalty of accomplice properly.

(责任编辑:白岫云)