

从单一正犯视角看共谋共同正犯论

刘明祥*

内容摘要:共谋共同正犯理论是从判例发展而来,宗旨是为使犯罪的共谋者中未分担实行行为的幕后大人物受到更重的处罚(即作为正犯处罚)。目前这种理论已被日本刑法学界多数学者所接受,也得到许多德国学者的支持。但是,将未分担实行行为者作为正犯来处罚或评价,违背区分正犯与共犯的初衷,会动摇区分制的根基。我国采取不区分正犯与共犯的统一正犯体系,刑法对作为犯罪参与特殊类型的共同犯罪及其处罚原则有明文规定,将有严重社会危害性和危险性的共谋犯罪案件,认定为共同犯罪,根据共谋者在犯罪之中所起作用的大小分为主犯或从犯,给予轻重不同的处罚,能确保参与者之间处罚均衡合理,根本不需要引进共谋共同正犯论。

关键词:共谋 共同正犯 共同犯罪 单一正犯

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.01.007

一、共谋共同正犯论的缘起

(一)共谋共同正犯概念及其产生背景

所谓共谋共同正犯,是指二人以上共谋犯某罪,共谋者中有部分人实行该罪の場合,所有的共谋人都成立共同正犯的情形。^①日本刑法学者认为,共谋共同正犯的思想来自于中国古代刑法中“造意者为首”的观念。^②但作为刑事法学的概念,则是由日本实务上的判例孕育而生,此后才由日本学者在理论上予以论证,为其奠定理论基础,并形成多种学说。尽管1974年的《日本改正刑法草案》对共谋共同正犯作了明确规定,但时至今日仍未成为正式法律,其他大陆法系国家的刑法也未见有类似的明文规定。

长期以来,我国台湾地区和韩国等国的司法实务及刑法理论,深受日本的共谋共同正犯论的影响;^③近些年来,我国大陆也有不少学者开始接受或采纳这种理论。^④

按照德、日刑法的规定,共同正犯是二人以上共同实行犯罪的情形。一般认为,成立共同正犯,不仅要求参与人之间主观上有意思的联络(即共同实行犯罪的意思),而且在客观上还要有共同实行的行为。而共谋共同正犯论认为,即便是未分担实行行为的人,也能与其他共谋者(含实行者)一起构成共同正犯,同样要承担正犯的责任。如甲、乙共谋杀丙,双方经多次商议,最终确定按乙设计的方案,由甲到现场去实行,而乙不去现场。如果认定双方成立共谋共同正犯,这就意味着仅由一人去实施犯罪的实行行为,也可能成立共同正犯,不到现场去实施实行行为的人,同样能成为正犯(即与他人一起构成共同正犯)。这显然与正犯乃至共同正犯的基本原理相悖。那么,为什么会出现这样的理论呢?

究其缘由,是因为按德、日等国的区分制,正犯是犯罪的核心角色,共犯是犯罪的从属(或依附)者,刑法对正犯处罚重、共犯处罚轻。如果要求只有实施了实行行为的全部或一部分的人,才能成立正犯或共同正

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

① 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第387页。

② 参见[日]川端博、西田典之、日高义博:《共同正犯论的课题与展望》,载《现代刑事法》2001年第8期。

③ 参见陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第104页。

④ 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;刘艳红:《实质犯罪论》,中国人民大学出版社2014年版,第286页。

犯,那就“无法涵盖现代社会的共犯现象的多样性,也无法充分把握具有共同‘正犯’的当罚性的所有参与者。”^⑤特别是在有组织、集团性地实施犯罪的场合,身处幕后策划、指挥犯罪者,尽管没有参与犯罪的实行,但对于犯罪的实现无疑是发挥了重要作用,理应将其作为“正犯”来处罚。虽然有反对论者提出,德、日刑法规定,对教唆犯是判处正犯的刑罚,将这种“幕后人物”按教唆犯处罚同样能产生重罚的效果,没有必要以共同“正犯”来论。但在采取区分正犯与共犯的区分制的德、日等国刑法中,教唆犯毕竟是在共犯之列,在观念上比正犯的罪轻,司法实务中对其处罚实际上也轻于正犯。^⑥况且,由于教唆犯以被教唆者本无犯意为成立的条件,许多在犯罪的预备等阶段发挥了重要作用者,并没有分担实行行为,又不属于教唆犯的,就只能作为帮助犯来处罚,而对帮助犯则要按正犯的刑罚减轻处罚,这显然不具有合理性。加上,在处于对等关系的参与者共同完成犯罪的场合,有些没有实施实行行为但对犯罪的实现发挥了重要作用者,如提供保险柜密码给对方入室打开保险柜窃取巨额现金后两人平分,对其以帮助犯减轻处罚,明显不合理。正因为如此,才不得不将参与共谋未分担实行行为却发挥了重要作用者,作为“正犯”(即“共谋共同正犯”)给予更重的处罚,以保证处罚上的妥当性。^⑦

(二)日本的相关判例与学说

共谋共同正犯的概念,在日本旧刑法时代就被判例所采用。开始只限于在诈骗罪、敲诈勒索罪、伪造文书罪、虚假告诉罪等所谓智能犯罪案件中采用。大审院的有关判例,在肯定智能犯罪中精神上的加功之重要性的基础上,判定“犯意的发起者”成立相关犯罪的共同正犯。其后,对于放火罪、杀人罪等所谓实力犯罪案件,大审院也开始认定类似情形成立共谋共同正犯。^⑧为这类判例的共谋共同正犯论提供理论基础的是草野豹一郎裁判官所提倡的共同意思主体说,认为意欲犯罪的共犯人若成为同心一体,即所谓共同意思主体这种超个人的团体,其成员之中无论是谁实施犯罪的实行行为,均应将这种犯罪归属这一共同体。正是受这种学说的影响,共谋共同正犯的适用范围不只是限于智能犯。例如,某政党的地下组织的干部X为了筹措资金,计划抢劫银行,并让手下的党员Y等人实施了抢劫。大审院对此案的判决认定,X成立抢劫罪的共同正犯,并明确指出,该案所有犯罪者均可认定为共谋共同正犯,同时,还从共同意思主体说的立场阐述了判决理由。这一判决标志着作为判例理论的共谋共同正犯论的确立,此后大审院、最高裁判所认定为共谋共同正犯的判例也相继出现。但是,由于只要犯罪人之间存在“共谋关系”就可能成为共同正犯,而在司法实务中对共谋的认定又比较宽松,导致共谋共同正犯的范围有扩大化的倾向。正因为如此,对这种判例及共同意思主体说,当时学者们大多持否定态度,并提出了猛烈的批判,认为既违反了个人责任原则,同时也与日本刑法第60条有关共同正犯的规定不符。^⑨

在这种学术背景之下,日本最高裁判所不得不对共谋共同正犯论的适用予以一定的限制。第二次世界大战后,“练马事件”的判决是最高裁判所的态度发生这种改变的一个标志。该案中某政党的军事组织干部X,与Y共谋袭击警官A,并在Y的指挥之下由Z等人将A伤害致死。对此案,最高裁判所的判决认定,“要成立共谋共同正犯,必须能够认定存在这样的事实:二人以上为了实施特定犯罪,进行在共同意思之下结为一体相互利用他人的行为、并将各自意思付诸实行这种内容的谋议,进而实施了犯罪。因此,只要能认定在上述关系之下参加了共谋这一事实,即便是没有直接参与实行行为者,在将他人行为作为自己的手段而实施了犯罪这一意义上,就没有理由认为,其间(直接参与实行者与未直接参与实行者之间)在所成立的刑责上会产生差异。”这一判决尽管还保留有共同意思主体说的色彩,但引人注目的是,提出了利用他人行为实现自己的犯罪这种与“间接正犯类似说”相同的主张,并试图由此限定共谋的内容。而且,该判决还认为,“共谋”或者“谋议”属于共谋共同正犯中的“应罪事实”,因而要予以严格证明。这意味着对共谋共同正犯的认定附加

⑤ 参见[日]西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年日文版,第45页。

⑥ 参见黄荣坚:《基础刑法学(下)》(第三版),中国人民大学出版社2009年版,第491页。

⑦ 同前注⑤,西田典之书,第46页。

⑧ 参见[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295页。

⑨ 参见[日]西田典之等编:《注释刑法 第1卷 总论》,有斐阁2010年日文版,第816页。

了诉讼法上的限制,无疑也具有重要意义。^⑩

“练马事件”的判决出台之后,持“客观的谋议说”的论者认为,这一判决表明事前的“谋议”应当理解为共谋共同正犯的必要条件。此后,最高裁判所的所谓“松川事件”的判决,就是以否定“谋议”的存在为理由,撤销死刑判决的。不过,也有持“主观的谋议说”的论者反对做这样的理解,而把“共谋”解释为“意思的联络”。但应当肯定的是,当时判例倾向于共谋的成立以有谋议行为为必要,仅有意思的联络、共同犯行的认识是不够的。值得关注的是,最高裁判所的“练马事件”、“松川事件”的判决之后,下级裁判所的一些判例,对现场共谋的案件,即便是没有明示的谋议行为的存在,而只要有所谓“默示的共谋”,也认定为成立共同正犯。^⑪

在日本刑法学界,对共谋共同正犯一直存在肯定说与否定说的争论。前期由于实行共同正犯论处于支配地位,从而流行否定说;但后来以其代表人物团藤重光担任大法官后改变立场为象征,肯定共谋共同正犯、同时又力图限制其成立范围的主张成为主流。^⑫

1. 否定说

共谋共同正犯否定说认为,参与共谋而不去实施实行行为的人,不可能与实行行为者构成共同正犯(即不成立共谋共同正犯),这种单纯的共谋者只可能成为教唆犯或帮助犯。其主要根据在于,实施实行行为者为正犯,这是限制正犯概念的基础,据此来理解日本刑法第60条的规定,作为共同正犯的成立要件至少要实施实行行为的一部分。未实施实行行为的共谋者自然也就不可能成为正犯。目前,既有持犯罪共同说的论者采取这种否定说,也有持行为共同说甚至共同意思主体说的论者采取此说。^⑬

2. 肯定说

共谋共同正犯肯定说认为,参与共谋而未实施实行行为的人,完全有可能与实行行为者构成共同正犯(即共谋共同正犯)。由于学者们所持的理论根据不同,从而形成不同学说,主要有共同意思主体说、间接正犯类似说、行为支配说、优越支配共同正犯说、重要作用说、包括的正犯说,等等。^⑭

(1) 共同意思主体说

如前所述,共同意思主体说认为,二人以上异心别体的个人通过共谋实施一定的犯罪,形成一种作为超个人的社会性存在的“共同意思主体”,由于可以将部分构成成员所实施的行为视为该共同意思主体的行为,因而全体成员均为共同正犯。^⑮共同意思主体说还试图运用民法的合伙理论来为共谋共同正犯奠定理论基础。

(2) 间接正犯类似说

此说认为,参与谋议者与实行担当者就犯罪的实施达成合意(共谋)的场合,由于实行担当者其后的行为要受该合意的约束,很难按己意放弃实行,因而在此限度内,就可评价为实行者是作为其他共谋者的工具而被利用,这与间接正犯相似,对背后的利用者(共谋者)当然也应按正犯(即共谋共同正犯)来处罚。^⑯

(3) 行为支配说

此说以正犯是基本构成要件该事实的实行者为前提,主张在能认定幕后者直接作用于实行行为者的意思,并使其按自己的意思行动、自己自身也成了实现该犯罪的主体时,幕后者作为基本构成要件该事实的共同实现(或共同支配)者,也能成为共同正犯。^⑰

(4) 优越支配共同正犯说

此说认为,没有担当实行的共谋者,并非都能认定为共同正犯;只有当其在社会观念上对实行担当者而言处于压倒的优越地位,对实行担当者给予了强烈的心理约束,并使其实行时,才能从规范的观点认为存在

^⑩ 同前注^⑧,松原芳博书,第295—296页。

^⑪ 同前注^⑨,西田典之等编书,第818页。

^⑫ 同前注^⑤,西田典之书,第40页。

^⑬ 参见[日]浅田和茂:《刑法总论(补正版)》,成文堂2007年日文版,第418页。

^⑭ 参见[日]川端博:《刑法总论讲义》,成文堂2001年日文版,第545—546页;同前注^⑬,浅田和茂书,第417—418页。

^⑮ 参见[日]草野豹一郎:《刑法要论》,有斐阁1956年日文版,第118页。

^⑯ 参见[日]藤木英雄:《可罚的违法性理论》,有信堂1967年日文版,第336页。

^⑰ 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年日文版,第373、397页。

共同实行,可以肯定为共同正犯。¹³

(5)重要作用说

此说认为,共谋者虽然没有分担实行行为,但如果能够认定在犯罪的共谋、准备或者实行阶段,其行为对于犯罪的实现发挥了可与实行行为的分担相匹敌,或者相当于此的重要作用,就应当肯定其具有共同正犯性,即成立共谋共同正犯。¹⁴

(6)包括的正犯说

此说认为,之所以将共同正犯作为“正犯”,是因为在共同实行的意思之下,通过相互利用、补充他人的行为实现犯罪,所以,只要是基于共同完成犯罪的合意(共谋),相互利用、补充他人的行为,结果实现了犯罪的话,就都应作为正犯处理,即分担或未分担实行行为的共谋者均为共谋共同正犯。¹⁵

(三)德国的相关判例与学说

在德国的司法实践中,行为人是否能够通过预备行为(包含共谋行为)参与他人的实行行为,进而因其在预备阶段做出的行为贡献成立共同正犯,是经常遇到的问题。判例从帝国法院的初期采取主观的共犯论开始,就将没有实施实行行为者认定为共同正犯。¹⁶ 主观理论在所谓的“澡盆案”¹⁷和“斧击案”¹⁸的判决中达到极致。帝国法院认为,即使在预备阶段随意的甚至微小的参与(包含共谋),只要行为人具有正犯者的意思,或者说具有自身的利益,而没有意志上的从属性,就足以成立共同正犯。¹⁹ 后来的联邦最高法院最初也是从帝国法院的主观理论出发,强调正犯意志的必要性,以故意内容来区别正犯和共犯,认为“精神上的参与,以及共同正犯通过在实行之前所提供的建议而站在实行的犯罪共同体的一方,或者在无论哪个时点上强化其实现犯罪构成要件的意志,以此种方式采取的预备行为”,便足以成立共同正犯。²⁰ 主观理论后来发展成为现在所称的“规范的综合理论”,它要求对所有的情势从价值评价上加以考察。但这种理论仍然是一种主观导向的理论,这在联邦法院的许多重要判决中均得到了体现。不过,后期在运用规范综合理论的判断中,对客观的要素也非常重视。应当注意的是,虽然德国联邦法院基本上是采取规范综合理论来解释预备行为涉及的共同正犯问题,但这种立场并非是一以贯之,相反,判例始终处于摇摆不定的状态,尤其在该理论出现的初期。比如,在二十世纪五十至七十年代,联邦法院又重新回到帝国法院时极端的主观理论,典型的实例是“施塔辛斯基案”²¹的判决。随着1975年德国刑法典的生效,主观理论失去了法律基础,联邦法院也放弃了过去极端的做法,但在采取规范的综合理论的同时,还在判例中并行地使用主观理论的字眼。甚至在大部分判例中,仍将预备行为和支持帮助行为视为成立共同正犯的充分的行为贡献。²² 特别是在“柏林墙射击事件”²³中,将预备阶段参与共谋的幕后人物(中心人物)作为正犯对待。这与日本最高裁判所将类似人物按共谋共

¹³ 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第三版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第262页。

¹⁴ 同前注¹³,西田典之,第51页。

¹⁵ 同前注¹³,大谷实书,第391—393页。

¹⁶ 参见[日]岛田聪一郎:《共谋共同正犯论的现状与课题》,载[日]川端博等编:《理论刑法学之探究(3)》,成文堂2010年日文版,第43页。

¹⁷ 该案为:一位未婚生子的母亲,因迫于压力决意将刚生下之婴儿杀死,但自己下不了手,便恳求其妹将婴儿溺死在澡盆中,其妹按其要求实行。判决认定杀婴的妹妹是帮助犯,恳求妹妹杀婴的姐姐是正犯。

¹⁸ 该案为:被告人受被害人之妻所托,按照其所定之计划,用斧子杀死了被害人。判决认定,实行杀人者和确定杀夫计划的被害人的妻子均为正犯。

¹⁹ 参见陈毅坚:《对等型共谋的德国问题与路径选择》,载赵秉志主编:《刑法论丛》2010年第3卷,法律出版社2010年版,第354页。

²⁰ BGHSt 11 268,271. 转引自同前注¹⁶,陈毅坚文,第355页。

²¹ 该案为:前苏联的克格勃命令其情报人员施塔辛斯基使用特制手枪,杀害了从苏联逃亡到德国的两人。判决认定实行杀人的被告人为帮助犯,而下令的克格勃是间接正犯。

²² 同前注¹⁶,陈毅坚文,第356—358页。

²³ 该案为:原民主德国两名士兵射杀了企图越过柏林墙逃亡到原联邦德国的市民。德国统一后,这两名士兵被以杀人罪起诉,并被法院按此罪定罪处刑。此后,柏林检察院又认为是当时民主德国的高层领袖下令杀人,以共同正犯而非教唆犯起诉六名前国家领导人。

同正犯处理如出一辙。只不过在近期的几个特殊个案中，德国法院出现了严格要求共同参与的情形，在对所有情势进行综合考察后，认为仅有预备阶段的行为不足以成立共同正犯。^②

德国的学说虽然没有特别针对共谋共同正犯做探讨，但在研讨个别学说有关共同正犯成立要件的理论时，亦有学者在结论上肯定类似共谋共同正犯的概念。^③ 其中，有的以主观理论为依据，认为一个处于预备阶段的行为，或者共同谋议的行为，只要在预备阶段的行为时点上，存在以正犯来行为的意愿，那么这样的参与者就可以作为共同正犯来处罚；也有的以犯行支配理论为根据，认为能否成立共同正犯，应视行为人“客观犯罪贡献是否达到功能支配的地步而定”，如果参与共谋、拟定犯罪计划，即便是没有分担实行行为，只要达到了功能支配的程度，就可能成立共同正犯。^④ 德国的肯定说的一大特点是，通过对上述联邦院所判决的典型案例分析，提出了所谓“正犯背后的正犯”的理论，来扩张间接正犯的范围，从而将犯罪中的幕后人物作为正犯对待。

但是，德国也有不少学者认为，仅实施预备行为（包含共谋行为）的人，不可能成为正犯或共同正犯。其中，有的是从客观理论出发，认为既然是以实行行为作为区分正犯与共犯的标准，而预备行为并非实行行为，实施预备行为的人，也就不能成为正犯，只能认定为共犯；另有的则是从犯行支配理论出发，认为如果行为人只是参与了预备行为，则他无法被视为整个情事的“核心人物”。即使他在预备阶段扮演的是非常重要的角色，也仍然无法支配整个情事的流程，因为其他的参与者可以在实行行为的时候完全不依赖于他而行为。所以，对于单纯的参与预备阶段行为的人，不应当认定为共同正犯。^⑤

二、共谋共同正犯论剖析

如前所述，日本的共谋共同正犯论认为，参与共谋而未分担实行行为者，不仅有可能成为正犯，而且是与实行行为者构成共同正犯。这种理论是由司法实务中的判例孕育而生，开始虽然很少有学者赞成，但实务中的判例一直未改变立场，随着后来的刑法修改草案予以确认，学者们的态度也相继发生了根本性的转变，使之成为学界的通说。德国的情况有所不同，很少有学者直接采用共谋共同正犯的概念。对参与共谋而未分担实行行为者，认定为正犯的判例虽不在少数，但有些判例是作为单独正犯而不是作为共同正犯对待。刑法学者一般也不否定这种共谋者有可能成为正犯，只不过有些学者也是作为单独正犯来看待。上述所谓“正犯背后的正犯”的理论，将幕后人物扩张解释为间接正犯就是适例。如果以最终的结果都是将单纯共谋者作为正犯来处罚为根据，从广义上将这种情形也纳入共谋共同正犯的范畴，则无论是日本还是德国，共谋共同正犯肯定论无疑是通说。但是，总体而言，共谋共同正犯肯定论明显存在如下弊病：

第一，承认共谋共同正犯，无疑是超越了日本刑法第 60 条规定的共同正犯成立要件即“二人以上共同实行犯罪”的文意范围，违反罪刑法定原则。但肯定论者辩解说，将该规定理解为“在二人以上共同的基础上，其中部分参与者实施了犯罪的，全体参与者均为正犯”，作为日语的表达本身，也并非不可能。^⑥ 在笔者看来，这样解释固然是能将共谋共同正犯包容于该条之中，然而，该条所用的是“实行犯罪”而非“使之实行犯罪”，单纯的共谋者并未“实行犯罪”，充其量只是使其他参与者实行犯罪。如果说数人只要有主观犯意的共同或预备阶段行为的共同，“其中部分参与者实施了犯罪的，全体参与者均为正犯”，那么，教唆、帮助他人犯罪的，也都属于这种情形，岂不都成了正犯（即共同正犯）？事实上，日本“刑法第 60 条规定，二人以上者存在‘共同’、并且进行了‘实行’，才能成立共同正犯，……仅仅是共谋归根到底不能说存在实行行为。所以，不应该承认共谋共同正犯的观念。”^⑦

第二，将参与共谋而未实施实行行为者认定为共同正犯，会湮没正犯与共犯的区别，最终走向统一的正

^② 同前注^②，陈毅坚文，第 358 页。

^③ 参见陈志辉：《共谋共同正犯与共同正犯之参与行为》，载《月旦法学杂志》第 114 期（2004 年），第 42 页。

^④ 同前注^②，陈毅坚文，第 359—363 页。

^⑤ 同前注^②，陈毅坚文，第 367—369 页。

^⑥ 同前注^⑧，松原芳博书，第 296—297 页。

^⑦ 参见[日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 275—276 页。

犯(或单一正犯)论,即对所有参与者按照同一参与类型予以处罚,其结果是不仅会将相当于共犯者“升格”为共同正犯,甚至连不相当于共犯者也会作为共同正犯来处罚。^⑤但共谋共同正犯肯定论者辩解称,只要不采取完全的形式的客观说,将未直接实施实行行为者认定为共同正犯都不成其为问题。并且,许多案件的归责结构与共谋共同正犯并无不同,既然如此,将单纯共谋者作为共同正犯予以归责,也就是合理的。^⑥毋庸讳言,在德、日刑法学界和司法实务中,对共同正犯的解释和认定,确实存在扩大化的倾向,这也是为寻求处罚的公平合理性、以弥补区分制缺陷的一种迫不得已的做法。可是,这种做法本身与区分正犯与共犯的立法体系相冲突。因为从参与行为的形式将参与者区分为正犯与共犯并给予轻重不同的处罚,这是采取区分制的立法本意或初衷。只不过由于数人参与犯罪的情形极为复杂,仅从客观的参与行为的形式区分正犯与共犯,无法保证处罚轻重合理,为此,不得不将一些在犯罪中起重要作用而未实施实行行为的参与者也“升格”为正犯。这种仅参与共谋未实施实行行为的正犯与教唆犯、帮助犯的区分,就不能再以客观的行为形式为标准了,这显然与区分制的立法本意相悖,同时,也使正犯与共犯的界限变得更加模糊,导致两者更难以区分。加上日本的“实务中对共谋共同正犯采取了简单承认的态度。……这样一来,教唆犯、从犯(指帮助犯——笔者注)已处于濒临消失的状态。”^⑦“绝大多数的参与者都是作为(共谋)共同正犯来处理,共谋共同正犯的适用对象已经远远超出了当初提出该理论的目的,即应对那些被称为‘幕后者’的核心人员。之所以如此广泛地适用共谋共同正犯,也可以说是起因于与教唆犯、从犯相比,起诉状以及判决书的制作更为简单,且更容易举证。”^⑧正是由于共谋可以被更轻易地认定,这就有可能将无关者卷入其中,从而导致处罚范围的扩大化。

第三,共谋共同正犯肯定说实质上是让个人承担团体所实施的犯罪的罪责,违反作为责任主义之内容的个人责任原则。持此说的论者辩解称,“这一批判,直接针对的是共同意思主体说,但对于间接正犯类似说等立足于个人主义的共谋共同正犯肯定说,则并不妥当。”^⑨在笔者看来,共同意思主体说让个人承担团体所实施的犯罪的罪责自不待言,至于间接正犯类似说等立足于个人主义的肯定说,固然是认为共谋而未分担实行行为者是将实行者作为工具加以利用、或者是支配实行者的行为,也就是因为自己的行为贡献而成为正犯,但是,即便是这种肯定论者也不否认,“如果轻视各参与者与犯罪事实之间的具体联系,就难保不出现这样的结果:事实上转嫁针对他人犯罪的责任。”况且,日本近些年来许多判例通过广泛承认“默示的共谋”,而对于那些参与者个人的因果性贡献尚存疑问的情形,也肯定成立共谋共同正犯。^⑩另外,间接正犯类似说等所谓立足于个人主义的肯定说,并非是让单纯的共谋者仅对自己参与共谋的行为承担罪责,也不是以单独正犯来处罚,而是要与实行行为者一起作为共同正犯来受同样的处罚,这当然意味着所有参与者(含单纯共谋者)对团体所实施的犯罪整体都要承担同样的罪责,这样处罚单纯共谋者,即使是对诸如暴力团的“老大”命令手下实施犯罪这种“支配型的共谋共同正犯”具有合理性,但对于那种参与者之间并未形成上下级关系的“对等型共谋共同正犯”,则明显不妥当。

具体来说,前述各种共谋共同正犯肯定说的理论根据均不可靠。其一,如前所述,共同意思主体说是将共犯解释为共同意思主体的活动,也就是二个以上异心别体的个人,为实现特定犯罪之共同目的而形成同心一体的共同意思主体,若此群体中的某一或一部分人为实现共同目的而实行犯罪时,可将该行为视为共同意思主体的活动,其全体成员均应成立共同正犯。毋庸讳言,在有组织的犯罪中,由于集团心理的影响非常强烈,且必须要有坚强的团体组织力,因此,将有组织的犯罪视为集团整体的犯罪,自然有其合理性。但各国刑法中的共犯并非仅限于有组织的集团犯罪,而是只要有二人以上犯罪即可,在人数较少的共犯中,集体的影响力薄弱,各成员的个性将浮现出来,因此,无法用团体理论来解释这种共犯现象。况且,将仅参与谋议未分担实行行为且发挥作用轻微者也认定为共同正犯,难免有团体责任或连带责任之嫌。并且,按共同意思主

^⑤ 同前注^⑧,松原芳博书,第296页。

^⑥ 同前注^⑧,松原芳博书,第297页。

^⑦ 参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第207页。

^⑧ 同前注^⑧,松原芳博书,第296页。

^⑨ 同前注^⑧,松原芳博书,第296页。

^⑩ 同前注^⑧,松原芳博书,第298页。

体说,由于是超越个人的共同意思主体施行的犯罪,故该共同意思主体即为犯罪的主体,而刑罚却不可能由该主体来承受,为解决这一问题,又提出可以类推民法上“合伙”的法理,将犯罪的责任归属于组成共同意思主体的各个成员,即对个人分别科处刑罚,但这势必会使犯罪主体与受罚主体分离,显然违反了近代刑法的基本原理。^④另外,既然共犯是共同意思主体施行的犯罪,并且都应认定为共同正犯,这就有可能将所有参加谋议的人都以加入了共同意思主体这一团体为由,不问其作用如何,均作为正犯处理,那么,教唆犯、帮助犯也就失去了存在的余地。如果还采取“主观的谋议说”,将谋议理解为内在的心理状态,同时广泛承认“默示的共谋”,那就会进一步增大将无辜者卷入其中的危险。为此,现在持共同意思主体说的多数论者,并未采取只要加入了共同意思主体就直接成立共同正犯这种模式,而是主张在共同意思主体的内部发挥重要作用的是共同正犯,其他的则属于教唆犯或帮助犯。^⑤然而,按经过如此修正后的理解,共同意思主体这一概念就只不过具有划定广义共犯的外围边界的机能,并不能为肯定共谋共同正犯提供根据与标准。^⑥而这种意义上的共同意思主体说,就与前述“重要作用说”实质上并无多大差异了。

其二,间接正犯类似说在试图克服共同意思主体说有可能无限扩大共谋共同正犯的范围而对其进行限定这一点上,是应予肯定的。但是,间接正犯中的利用人与被利用人的关系,毕竟不同于共谋共同正犯中单纯的共谋人与实行行为人的关系,前者的双方大多没有共同去犯某罪的意思,被利用者通常并不知道(或无能力认识)利用者有特定犯罪意思,因而存在被蒙蔽的现象,这正是其被对方作为犯罪工具加以利用的原因所在;后者的双方有共同的犯罪意思或意思的联络,并有共同谋议的行为,只是单纯的共谋者未分担实行行为而已,实行行为者则往往是按与对方的约定和预先设定的犯罪计划去实行犯罪,不存在被蒙蔽或被利用的问题,因此,用间接正犯的法理来解释共谋共同正犯并不具有合理性。至于持此说的论者提出,所有参与者就犯罪的实施达成合意(共谋)后,实行担当者的行为要受该合意的约束,很难按己意放弃实行,因而可以评价为被其他共谋者作为工具加以利用,这与间接正犯相似。但是,分担实行行为者作为有认识和控制能力的犯罪个体,不可能完全受制于不在现场的他人,特别是对于并无上下级关系的共同者所形成的“对等型共谋共同正犯”,认为分担实行者被单纯共谋者所支配或被作为工具加以利用,明显与事实不符。况且,如果共谋者能真正支配实行者,则实行者属于被利用的工具,共谋者属于间接正犯(正犯背后的正犯)。尽管如此,却不认为该共谋者属于间接正犯而只是认定其为共同正犯,这也足见其难以自圆其说。^⑦

其三,行为支配说“以目的行为论为基础,认为共谋共同正犯中的共谋者存在行为支配,所以是共同正犯。这种见解可以说与上述间接正犯类似说实质上并无不同。但是所谓行为支配,实际上也是说明间接正犯是正犯时所使用的概念,其模糊不清另当别论,问题还在于,将他人作为工具利用的间接正犯者与共谋共同正犯中的单纯共谋者果然能够在完全相同的意义上进行行为支配吗?”^⑧加上“行为支配的概念原本就不明确,根据不同立场,教唆行为、帮助行为也不能说就没有行为支配。”^⑨“而且若认可行为支配的话,则只要认可单独正犯就够了,没有必要认可共同正犯。”^⑩况且,“具有故意的实行者属于规范的障碍,难言共谋者支配着该行为人”。^⑪特别是“对等型共谋共同正犯”的情形,正如前文所述,明显不能认为共谋者支配了实行者。另外,行为支配概念的使用还会使实行行为的概念松弛、扩大。^⑫

其四,优越支配共同正犯说认为,单纯共谋者中有的幕后大人物,应将其作为正犯处罚。这种主张当然具有合理性。持此说的论者虽不赞成使用“共谋共同正犯”的名称,^⑬但却认为没有担当实行的共谋者如

④ 参见[日]川端博:《刑法总论》,余振华译,元照出版有限公司2008年版,第320页以下。

⑤ 参见[日]西原春夫:《刑法总论》(下卷),成文堂1993年日文改订准备版,第325页。

⑥ 同前注⑤,西田典之,第48页。

⑦ 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》(第2版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第313页。

⑧ 同前注⑦,大塚仁书,第275页。

⑨ 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(第3版),有斐阁2000年日文版,第265页。

⑩ 同前注⑦,大谷实书,第391页。

⑪ 同前注⑧,松原芳博书,第299页。

⑫ 参见[日]山中敬一:《刑法总论》(第2版),成文堂2008年日文版,第875页。

⑬ 同前注⑦,大塚仁书,第277页。

果处于压倒性的优越地位,就可以认为其支配(或利用)了实行者的行为,从规范的观点可以说是与实行者共同实行了犯罪,也就是与实行者一起构成共同正犯,这一结论与共谋共同正犯肯定说并无不同,其理论根据与上述“间接正犯类似说”和“行为支配说”也无实质的差异,与这两说存在同样的缺陷或问题。并且,与“行为支配”相比,“优越支配”的标准更不明确,司法实务中更难恰当认定。另外,认为单纯共谋者中,只有与实行者相比处于压倒性优越地位者才能成为共同正犯,就意味着与实行者处于对等关系者不可能成为共同正犯,这种以行为人在社会关系上所处的地位而不是以其实施的行为来决定其能否成立正犯的主张,明显与区分正犯与共犯的基本观念不符。况且,如果共谋者处于压倒性的优越地位,又对实行担当者给予了强烈的心理约束,那就是典型的间接正犯,而不属于以对等关系为本质特征的共同正犯。同时,将单纯共谋的行为从所谓“规范的观点”解释为共同实行,这同样会使实行行为的概念宽泛、扩大化。^①

其五,重要作用说虽然也同上述“间接正犯类似说”、“行为支配说”和“优越支配共同正犯说”一样,立足于个人主义,但不像这三种学说那样强调共同正犯的正犯性,而是注重共同正犯的共犯性,认为如果从其与实行者之间的支配关系以及作用分担上看,可以认定对犯罪的实现做出了相当于实行行为的重要的事实性贡献,就可以作为共同正犯从重处罚。在笔者看来,这种主张有一定的合理性。因为单纯共谋者如果对犯罪的实现作出了重要贡献,仅仅因为其未分担实行行为就不作为正犯而是作为共犯给予较轻的处罚,明显不具有公平合理性。这正是以犯罪参与形式作为区分正犯与共犯根据的区分制的一大缺陷。“不过,仅凭所谓‘作用的重要性’,显然难以使共同正犯区别于教唆犯。因为,教唆犯是所谓‘造意者’,对于犯罪的实现发挥着重要的作用。而且,要将所有教唆犯均解消于(共谋)共同正犯之中,还会与现行法(指日本刑法——笔者注)发生正面冲突。”^②另外,“对于犯罪之实现的‘重要的贡献’,是带有程度之分的概念,缺少作为法律要件(这种法律要件是以‘是否符合’作为问题)的张弛;‘重要的贡献’具有多样性,难以通过客观事实的形式予以要件化”,^③很容易走上以犯罪人的主观意思为依据来判断其“重要贡献”的歧途。

其六,包括的正犯说认为,只要是基于共同完成犯罪的合意(共谋),相互利用、补充他人的行为,结果实现了犯罪的话,就不管是否分担实行行为,统统都应作为正犯(即共谋共同正犯)处理。这种主张的思维路径同上述“重要作用说”相似,其结论同“共同意思主体说”接近。^④因为教唆犯、帮助犯通常都会与实行犯有“犯罪的合意(共谋)”,也存在利用实行者的行为实现犯罪的问题。按“包括的正犯说”似乎均要纳入“共谋共同正犯”的范围,结果就会走向单一正犯(或统一正犯)的道路,与日本等国刑法的规定明显不符。

如前所述,德国的司法实务和刑法理论界,虽然对单纯共谋未分担实行者也认为可能成立共同正犯,但也有些判例和不少学者则是作为单独正犯(或间接正犯)来看待。视为单独正犯固然不会与刑法有关共同正犯的规定相冲突,但将单纯共谋行为从实质上评价为实行行为(或正犯行为),无疑是违反了限制正犯概念论,会动摇区分制的根基,同时,会使正犯与共犯失去客观的区分标准,导致事实上无法准确区分;另外,如果还对共谋做宽泛的理解,那就会无限扩大正犯的成立范围,使教唆犯和帮助犯失去存在的空间或余地,同样有可能走向单一正犯的道路。

三、共谋共同正犯论引进之争

在我国,对参与共谋而未分担实行行为者能否定罪处罚,从古至今几乎没有太大的争议,结论都是肯定的。我国79年刑法典施行时期,主要对单纯共谋者与实行者是否构成共同犯罪,存在肯定与否定两种不同主张。^⑤97年修订的刑法典施行之后,引进日本的共谋共同正犯理论的呼声逐渐升高,反对之声也一直存在,从而形成肯定论与否定论对立的局面。

否定论者中,有的是从单一正犯的立场予以否定,认为“从单一正犯体系角度上,不法构成要件的实现,

^① 同前注^④,山中敬一书,第875页。

^② 同前注^⑧,松原芳博书,第300页。

^③ 同前注^⑧,松原芳博书,第301页。

^④ 同前注^⑬,浅田和茂书,第418页。

^⑤ 参见林文肯、茅彭年:《共同犯罪理论与司法实践》,中国政法大学出版社1987年版,第54页。

本来就不需要行为人自己亲自实施,而是可以利用(通过)他人来实现。在共谋的情况下,虽然行为人只是参与了共谋,最终实现犯罪的是其共谋者,但毫无疑问的是,可以认为行为人是利用(通过)共谋者实现了不法构成要件。”因此,单纯共谋者不仅可能构成犯罪,而且在其他共谋者完成了犯罪的条件下成立犯罪既遂。^⑤至于处罚轻重则根据其参与犯罪的性质和参与的程度来决定。也有的是从区分制的立场来予以否定,认为“我国不存在使用共谋共同正犯理论的必要性”。因为我国刑法是将共同犯罪人分成主从犯给予轻重不同的处罚,^⑥“对于未参与构成要件行为实行的共谋者而言,不论其以何种形式(如组织犯或者教唆犯)协力、加功于共同犯罪的不法事实,只要其在共同犯罪中发挥了重要作用,就可以按照主犯加以严惩。相反,如果其所起的作用较小,就以从犯论处。如此看来,日本刑法实务界基于实现刑事处罚的合理性的需要而不得已创立的共谋共同正犯理论,对于我国刑法理论并无实际的借鉴价值。”^⑦

肯定论者大多认为,我国刑法采取了与德、日相同的区分正犯与共犯的区分制,因而也应采用作为德、日之通说的共谋共同正犯理论。^⑧此外,还主要有如下几方面的理由,笔者不以为然,在做简要介绍的同时予以反驳:

第一,肯定论的重要理由之一是,我国刑法规定以下几种情况可以成立共谋共同正犯:(1)在集团犯罪和聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子,即首要分子可以成为共谋共同正犯;(2)刑法分则以首要分子为构成犯罪条件的犯罪,其首要分子(如第290条聚众扰乱社会秩序罪中的首要分子)也可以成为共谋共同正犯;(3)刑法明文规定或者其他事前通谋、事后实施帮助行为之人,如第310条第2款规定犯窝藏、包庇罪,事前通谋的,以共同犯罪论处,即成立共谋共同正犯;(4)刑法明文规定由单位构成的犯罪,并规定对直接负责的主管人员予以处罚的,其直接负责的主管人员应当视为具有共谋共同正犯的性质。^⑨

在笔者看来,肯定论者认为我国刑法采取区分正犯与共犯的区分制体系,因而存在采用共谋共同正犯理论的法律基础,但这并不可信。因为我国刑法并非采取区分制而是采取单一正犯体系,^⑩我国刑法之中也并未出现“正犯”、“共同正犯”这样的概念,而且不能将我国刑法中的“共同犯罪”等同于“共同正犯”。^⑪既然如此,那就表明我国并无共谋共同正犯赖以依存的法律基础。至于有论者提出,我国刑法有上述几种与共谋共同正犯相关的具体规定,在笔者看来,这也是一种误解。众所周知,我国刑法规定的集团犯罪、聚众犯罪中的首要分子,固然大多属于仅参与共谋(或策划)而不直接实行犯罪的幕后大人物,并且一般要被作为主犯来处罚,这与日本等国判例认定的共谋共同正犯十分相似,但显著的差别是共谋共同正犯中的单纯共谋者与实行者,均构成共同正犯,原则上应同样处罚,而在我国的集团犯罪中,幕后策划指挥的首要分子与前台实行犯罪者虽然都构成共同犯罪,但实行者完全可能成为从犯(含胁从犯),比作为主犯的首要分子处罚可能要轻得多。如果是聚众犯罪,当刑法规定仅处罚首要分子时(如第290条聚众扰乱社会秩序罪),首要分子可能仅一人,那就是单个人犯罪;如果首要分子有几人均构成犯罪,那就属于共同犯罪,还有可能出现有的首要分子是主犯另有的属于从犯的情形,这与德、日刑法中的共同正犯有天壤之别。至于刑法规定犯某罪“事前通谋的,以共同犯罪论处”(如第310条),也不能视为对某罪的共谋共同正犯的规定。因为对事前通谋者“以共同犯罪论处”与“以共同正犯论处”并不相同。如上所述,我国刑法采取单一正犯体系,并无对“正犯”、“共同正犯”如何处罚的规定。即便是按有的论者的解释,将我国刑法中的“主犯”等同于德、日刑法中的“正犯”、“共同正犯”,^⑫由于我国刑法中的“以共同犯罪论处”,是指认定成立某罪的共同犯罪之后,再按各行为人在共同犯罪中所起作用大小,确定谁是主犯谁是从犯,分别给予轻重有别的处罚,并非是对各行为人均只能按主犯处罚。

^⑤ 参见江湖:《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328页。

^⑥ 同前注^③,陈家林书,第148页。

^⑦ 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47—48页。

^⑧ 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335页;同前注^④,刘艳红书,第342页。

^⑨ 同前注^④,林亚刚文。

^⑩ 鉴于笔者对此已作过专题论述,在此不赘述。参见刘明祥:《论中国特色的犯罪参与体系》,载《中国法学》2013年第6期。

^⑪ 参见刘明祥:《不能用行为共同说解释我国刑法中的共同犯罪》,载《法律科学》2017年第1期。

^⑫ 参见周光权:《“被教唆的人没有犯被教唆的罪”之理解——兼与刘明祥教授商榷》,载《法学研究》2013年第4期。

既然如此,按把“主犯”等同于“正犯”之论者的逻辑,也同样不能得出“以共同犯罪论处”就是“以共同正犯论处”的结论。另外,单位犯罪虽然也可能是此单位与彼单位或单位与个人之间的共同犯罪,但大多是单位单独犯罪(并非共同犯罪),被定罪处罚的直接负责的主管人员也可能仅有一人,根本不会出现与共谋共同正犯相似的问题。如果被定罪处罚的直接负责的主管人员有数人,并认为他们构成共同犯罪,那么,按我国刑法规定的对共同犯罪的处罚原则,同样有可能要分为主犯给予轻重不同的处罚,这同德、日的对(共谋)共同正犯的处罚原则也有重要差别,因此,不能认为我国刑法规定的单位犯罪具有与共谋共同正犯相同的性质。

第二,肯定论的另一重要理由是,我国的司法实践对共谋共同正犯也是持肯定态度。“对共谋后,因错过到现场实行犯罪的时机、找错地方、认错对象等原因,未实际参与抢劫、伤害、盗窃、贩卖毒品的行为人,法院判决均认为共谋者是实行行为者,或与实行行为者成立共同犯罪,属于犯罪既遂,且大多按照共同正犯(或主犯)处刑。”由此可见,“实务上大体承认共谋共同正犯的法理”。^④

如前所述,参与共谋而未实施实行行为者有可能构成犯罪,这是我国从古至今一直存在的法律观念。由于新中国刑法有共同犯罪的规定,参与共谋而未实行者可能与实行者构成共同犯罪(即共谋共同犯罪),这是我国刑法学界的通说。“我国刑事司法实践在很早的时候就表现出对共谋‘共同犯罪’的承认,且一直延续至今。”^⑤有论者对上世纪八十年代以来法院审判的相关案例进行分析后发现,“法院对它们的判决均只指出,共谋者是实行行为者的‘共犯’或与实行行为者成立‘共同犯罪’,而没有指出共谋者是哪种性质的共犯,即是正犯、教唆犯还是帮助犯。”^⑥这样定性或处理无疑是符合我国刑法之规定的。但是,对共谋者认定为与实行者构成共同犯罪,属于犯罪既遂(不是犯罪预备),且大多按主犯处刑,并不意味着是承认或运用了共谋共同正犯的法理,更不能将“共谋共同犯罪”与“共谋共同正犯”等同起来。如前所述,参与共谋者与实行者若成立共谋共同正犯,就意味着所有成员均为共同正犯,即都是正犯均要适用正犯之刑给予同样的处罚。而在共谋共同犯罪的场合,按我国刑法的规定,原则上所有成员均构成共同犯罪(并非共同正犯),至于处罚则要根据参与者(包含单纯共谋者)在共同犯罪中所起作用的大小,分为主犯与从犯(含胁从犯),对于主犯按基准刑处罚;“对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”对于胁从犯,“应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚”。也就是说,对共谋共同犯罪中的所有成员,无论是单纯共谋者还是实施实行行为者,均既有可能被认定为主犯,也可能被认定为从犯,处罚轻重会出现差异,并非一概认定为主犯原则上给予相同的处罚,这与共谋共同正犯明显不同,自然不能同等看待,也不能说是运用了共谋共同正犯的法理。道理很简单,若运用共谋共同正犯的法理处理案件,就不会出现这样的差异、得出如此结论。

第三,肯定论还有一条重要理由是,由共谋“共同犯罪”转化为共谋“共同正犯”,有如下几方面的益处:(1)有利于明确单纯共谋者的法律性质与责任并发展出精细化的正犯、共犯区别理论;(2)有利于通过共谋共同正犯之问题点实现对主犯核心共犯体系整体合理性之探讨,并得出否定这种共犯体系的结论;(3)有利于进一步推动我国以构成要件为核心成立条件的阶层化犯罪论体系之探讨。^⑦

首先,认为由共谋“共同犯罪”转化为共谋“共同正犯”,有利于明确单纯共谋者的法律性质与责任。因为认定参与共谋者构成共同犯罪,只是解决了其定罪问题,并没有明确“共谋而未实行者究竟应作为实行犯亦即正犯对待,还是应该被认定为教唆犯或帮助犯?笼统地说单纯共谋者与实行者之间构成共同犯罪,……这实际上是对……实践中存在的不同共犯人相互界限问题的漠视,也是对共犯人性这一关键问题的回避”。^⑧在笔者看来,这明显是用区分制的观念来看待我国刑法关于共同犯罪的规定,而没有看到我国刑法中的“共同犯罪”与德、日刑法中的“共同正犯”或“共犯”的重要差别。如前所述,对数人参与犯罪的情形,德、日刑法是采取区分正犯与共犯的区分制体系,我国刑法是采取不做这种区分的单一正犯体系。在区分制体

^④ 同前注^⑤,周光权书,第335页。

^⑤ 同前注^④,刘艳红书,第277页。

^⑥ 同前注^④,刘艳红书,第278页。

^⑦ 参见刘艳红:《共谋共同正犯论》,载《中国法学》2012年第6期。

^⑧ 同上注。

系下,必须先确定行为人是正犯(包含直接正犯、间接正犯、共同正犯)还是共犯(包括教唆犯和帮助犯),才能对参与者准确定罪。因为共犯的定罪至少要受实行从属性的制约,即正犯若没有实行犯罪,作为共犯的教唆犯和帮助犯就不能成立。加上采取区分制体系的刑法是将犯罪参与者分为正犯、教唆犯和帮助犯,分别给予轻重不同处罚的,如果不确定参与者是正犯还是教唆犯或帮助犯,就无法对其予以处罚。但是,按我国刑法的规定,参与犯罪的人实施的是实行行为还是教唆行为或帮助行为,对其成立共同犯罪并无影响。只要能肯定单纯共谋者有共同的犯罪行为 and 共同的犯罪故意,认定其构成共同犯罪,再依据其所起作用的大小,确定是主犯还是从犯,就能对其依法予以恰当处罚了,根本不需要确定其是正犯还是教唆犯或帮助犯。相反,按区分制的理念将单纯共谋者认定为“共同正犯”或教唆犯、帮助犯,不仅无法律依据,而且由于我国刑法并无“共同正犯”、“正犯”、“帮助犯”的规定,将单纯共谋者认定为共谋“共同正犯”之后如何予以处罚,仍然是一个难题。

其次,认为由共谋“共同犯罪”转化为共谋“共同正犯”,“有利于通过共谋共同正犯之问题点实现对主犯核心共犯体系整体合理性之探讨”,从而得出主犯核心共犯体系不具有合理性、因而应转变到正犯核心的共犯体系上来的结论。其根据在于:(1)“从正犯概念优于主犯概念的定型性、规范性,以及其与罪刑法定原则的契合性来看,应该实现我国共犯体系‘主犯’核心到‘正犯’核心之转变”;(2)“从分工分类法优于作用分类法的人权保障色彩来看,应该实现我国共犯体系从‘主犯’核心到‘正犯’核心之转变。”^⑥笔者以为,这种观点值得商榷,其理论根据并不可靠。如前所述,“正犯”、“共同正犯”乃至“共谋共同正犯”是依存于区分制体系的概念,而“主犯”、“从犯”则是我国采用的单一制体系所特有的概念,区分制与单一制两种不同犯罪参与体系各有其利弊,很难说区分制优于单一制。^⑦虽然“正犯”比“主犯”更具有定型性,法官也很难像认定“主犯”那样随意认定“正犯”,采用区分正犯与共犯的体系确实更符合罪刑法定的要求,也有利于保障人权,但是,由于“正犯”处罚重于“共犯”,而“正犯”并非在所有场合所起的作用都大于“共犯”,并且在“共同正犯”(含共谋共同正犯)的场合,每个“正犯”人所起的作用可能会有较大差异,但处罚却并无不同,因此,区分制体系不能确保共同参与犯罪者之间处罚均衡合理。而单一制体系则是依据参与者所起作用大小分为“主犯”与“从犯”、给予轻重不同的处罚,正好能有效弥补这一缺陷。况且,即便确实是“正犯概念优于主犯概念”,也由于“主犯”与“正犯”是两种不同犯罪参与立法体系的不同概念,其内涵也有很大差异,在现有立法体系未变的情况下,根本不可能“实现我国共犯体系从‘主犯’核心到‘正犯’核心之转变”。如果说是修改我国现行刑法的相关规定,即改采区分正犯与共犯的区分制体系,那也不能说是我国的共犯体系实现了“从‘主犯’核心到‘正犯’核心之转变”,只能说是改换成了另一种犯罪参与体系(即以“正犯”为核心的犯罪参与体系),只存在依法适用改换后的犯罪参与体系的问题。

再次,认为由共谋“共同犯罪”转化为共谋“共同正犯”,“有利于进一步推动我国以构成要件为核心成立条件的阶层化犯罪论体系之探讨”。因为只有阶层化犯罪论体系才具有科学合理性,但“如果在以构成要件为核心的阶层化犯罪论体系之下,存在的是以社会危害性为出发点的主犯核心共犯体系”,是不可思议的事。因此,“即使是维持我国目前主犯核心共犯体系,为了构筑精细的正犯、共犯区别理论,仍应实现共谋‘共同犯罪’向共谋‘共同正犯’问题之转换。”^⑧在笔者看来,单一正犯体系与阶层化犯罪论体系并不存在无法兼容的现象。因为单一正犯体系是解决对数人共同参与的犯罪如何定罪处罚的问题,其定罪的规则与单个人犯罪相同,理论上对这类犯罪及其成立条件的阐述即所采取的犯罪论体系并无不同。奥地利、意大利等采取单一正犯体系的国家,学者们大多也是立足于阶层化犯罪论体系来展开他们的单一正犯理论的。^⑨因此,在我国现行刑法采取单一正犯体系的情况下,同样不妨碍学者们采用阶层化犯罪论体系来阐述以主犯为核心的共同犯罪问题。相反,如果无视我国现行刑法的规定,用区分正犯与共犯的区分制理论来解释我国的“共同犯罪”,用“正犯”、“共同正犯”的观念来理解或取代“主犯”、“共同犯罪”的概念,将共谋“共同犯罪”转换为共谋

^⑥ 同前注④,刘艳红书,第281—283页。

^⑦ 参见刘明祥:《主犯正犯化质疑》,载《法学研究》2013年第5期。

^⑧ 同前注④,刘艳红书,第285页。

^⑨ 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第78页以下。

“共同正犯”，不仅违反罪刑法定及应当严格解释刑法的基本要求，而且不具有合理性与可行性。^③

如前所述，日本的共谋共同正犯由于是将参与共谋而未实行者作为正犯（即共同正犯）来定罪处罚，因而其成立条件有比较严格的限制，除了要求参与共谋者中有人已着手实行犯罪之外，还要求未去实行犯罪的共谋者的共谋行为与实行行为在实质上相当，并非是将所有参与共谋而未实行者都作为正犯来看待。^④但是，我国的共谋共同犯罪的范围明显要比共谋共同正犯宽泛得多。例如，甲、乙、丙共谋在公交车上进行大规模杀人的犯罪活动，在共谋的过程中被发现。这属于我国的共谋共同犯罪的情形，对甲、乙、丙均要按故意杀人（预备）罪定罪处罚。但在日本，则由于尚无人着手实行犯罪而不能成立共谋共同正犯。并且，对参与共谋而未实行者，如果其共谋行为对犯罪的实现不起重要决定作用，只是具有一定的促成或帮助作用，按日本的通说，只能认定为帮助犯，不能认定为共谋共同正犯，但按我国的通说，这种参与共谋者也在共谋共同犯罪之列，只不过通常要作为从犯来处罚。此外，对所有共谋共同正犯者，按德、日刑法的规定，均要作为正犯来处罚（即处罚上无差异）。但按我国刑法的规定，对所有的共谋共同犯罪者，均要根据其在共同犯罪中所起的作用大小，分为主犯与从犯，即共谋而未实行者有可能成为主犯也有可能是从犯，实行犯罪者同样既可能被认定为主犯也可能是从犯，分别给予轻重不同的处罚。由此可见，我国的共谋共同犯罪与日本的共谋共同正犯有重大差别，根本不可能实现所谓的“转换”或替代。

四、单一正犯体系下的共谋共同犯罪

如前所述，在数人共谋且共谋者中有部分人已实行犯罪的场合，对仅参与共谋而未实行犯罪者，按区分制的理论，定罪不成问题。只不过依据作为区分制根基的限制正犯论，对这种单纯共谋者只可能认定为共犯（教唆犯或帮助犯）。但参加共谋者中的有权威者，罪责尽管重却被视为共犯（作为轻罪责者来评价）明显不适当，只有认定为“正犯”或做这样的评价才合适。这正是日本的判例确认共谋共同正犯的根本理由或内在动因，^⑤也是为寻求处罚或评价的合理性而采取的一种迫不得已的务实做法，或者说是为弥补区分制的缺陷所采取的一种补救措施。

但是，我国采取的单一正犯体系相对于区分制体系的一大明显优势，就在于不是根据参与行为的形式来区分正犯与共犯、并给予轻重不同的处罚，而是根据参与者参与犯罪的性质和参与的程度，给予轻重有别的处罚。对二人以上共同故意犯罪（即共同犯罪）这种犯罪参与的特殊类型，我国刑法明确规定了处罚原则，即根据行为人在共同犯罪中所起作用的大小，分为主犯与从犯（含胁从犯）给予轻重不同的处罚。由于共同犯罪人的处罚轻重，是由其在共同犯罪中所起作用的大小来决定，其参与行为的形式（即实施的是实行行为还是教唆或帮助行为）并不决定处罚的轻重，因此，根本不会出现类似德、日那样的处罚上的难题或法律制度造成的处罚不均衡的问题。就数人共谋共同犯罪的案件而论，参与共谋未实行犯罪者，若在共同犯罪中起主要作用（如幕后策划、操纵），依法自然应当被认定为主犯给予较重的处罚；参与共谋并着手实行犯罪者，如果在共同犯罪中只是起次要作用（如受别人指使、被别人操纵），依法则应当被认定为从犯给予较轻的处罚，也就是说，按我国刑法的规定，参与共谋者是否去实行犯罪，对其能否成为主犯受较重的处罚并无决定性的意义。所以，完全不可能出现对仅参与共谋而未实行犯罪的幕后操纵者，只能处比前台实行犯罪者更轻刑罚的现象，当然也就没有必要引进或借鉴日本的共谋共同正犯论。不仅如此，按我国刑法的规定和单一正犯理论来处理共谋共同犯罪的案件，还能有效避免共谋共同正犯论留下的多种后遗症。

如前所述，共谋共同正犯论的诞生背景是，幕后操纵者仅有共谋的行为而未去实行犯罪，按区分制的限制正犯论，只能认定为共犯（即教唆犯或帮助犯），不能认定为正犯，只有前台的实行者才是正犯，这样来评价或处罚幕后操纵者，明显不具有合理性，只有将其认定为正犯（即共谋共同正犯）才合适。但是，“仅仅共谋就认定为共同正犯（纯粹的共谋共同正犯）的做法则未免矫枉过正”。^⑥因为如果只是参与共谋，并非是组织、

^③ 同前注⑫，刘明祥文。

^④ 同前注⑤，西田典之书，第48页以下。

^⑤ 参见[日]林干人：《刑法总论》（第2版），东京大学出版会2008年日文版，第406页。

^⑥ 同前注⑮，松宫孝明书，第207页。

策划、指挥者,对犯罪方案的形成、以及犯罪的实现不起决定作用,并且未去实行犯罪,对这样的单纯共谋者也认定为共同正犯,自然是不适当地扩大了共同正犯的范围,无疑也“违反了刑法(指日本刑法——笔者注)第60条中的关于‘共同实行犯罪’的明文规定”。^⑦正因为如此,共谋共同正犯论者不得不对其适用范围予以限制,目前在日本“虽肯定共谋共同正犯论,同时又力图限制其成立范围的观点占据主流。”^⑧但如何限制又成为一个难题。由于很难找到一个公认且恰当的限制方案,司法实践中认定标准不一从而导致执法不统一的现象不可避免;并且,不可能按区分制的理论合理说明为何对同样的仅参与共谋而未去实行犯罪者,有的被认定为正犯(共同正犯),另有的却被认定为共犯(教唆犯或帮助犯);另外,参与共谋构成共谋共同正犯的人数可能较多,每人在犯罪之中发挥的作用大小也可能会有较大差异,而处罚轻重却并无不同。

但是,正如前文所述,按我国刑法的规定和单一正犯的理论,由于不区分正犯与共犯,共谋共同正犯论所面临的上述难题根本不存在。在数人共谋犯罪的案件中,如果共同犯罪成立,对每个共犯人应分别按其在共同犯罪中所起作用的大小给予轻重有别的处罚,具体来说,参与共谋并起组织、策划、指挥作用者,不论其是否到现场去实行犯罪,均应认定为主犯,给予比其他参与者更重的处罚;参与共谋但并未起组织、策划、指挥作用,只是为犯罪方案的完善、犯罪信心的确立等发挥了一定的作用,又因故未到现场去实行犯罪的,可认定为从犯给予较轻的处罚;参与共谋并到现场去实行了犯罪的,如果是受人指使甚至受胁迫去实行犯罪,且犯罪结果并非是由其所实施的行为直接引起的,通常应认定为从犯或胁从犯;如果是积极参与实行犯罪,并由其直接引起犯罪结果发生的,往往应认定为主犯。这样处理案件,无疑能有效避免按共谋共同正犯论可能带来的上述弊病,并能确保对犯罪参与者处罚的公平合理性。

另外,按共谋共同正犯论处理共谋犯罪的案件,还可能出现处罚漏洞。因为共谋共同正犯成立的前提是,共谋者中至少要有一人已着手实行犯罪,如果尚无人着手实行犯罪,不仅共谋共同正犯不能成立,而且对所有参与共谋者可能还无法定罪处罚。这是由于共谋犯罪的行为并非是犯罪的实行行为,至多只能算是犯罪的预备行为,而日本等大陆法系国家的刑法原则上不处罚犯罪的预备行为,加上刑法又没有单独对共谋犯罪设处罚规定,如果单独来论某个参与共谋者的共谋行为,虽然也可视为教唆或帮助他人去犯罪,但按区分制的理论,教唆犯和帮助犯这种共犯的成立以实行犯(正犯)已着手实行犯罪(实行从属性)为必要条件,既然参与共谋的他人没有去实行犯罪,每个参与共谋者也就不可能分别构成教唆犯或帮助犯,最终的结论是所有参与共谋犯罪者均不构成犯罪。毋庸讳言,共谋犯罪而尚无人着手实行的案件,由于只是停止在犯罪的预备阶段,社会危害性程度较低,大多并无给予刑事处罚的必要性。但在恐怖犯罪频发且危害性极大的当下,共谋危害性极大的犯罪,例如,甲、乙、丙三人共谋用塑料袋装大量汽油在乘客众多的公交车上放火,因被人听到后举报而案发。对这种共谋犯罪的案件,如果不以犯罪论处,显然有放纵危险犯罪之嫌、不利于维护社会安全。

按我国刑法的规定和单一正犯理论,对共谋犯罪的案件,只要有定罪处罚的必要性,均可以定罪处罚,不存在无法定罪处罚的问题。因为我国“刑法分则的构成要件不是为狭义的正犯而设,而应当涵括了每一种参加形式。”^⑨也就是说,刑法规定的具体犯罪行为,并非仅限于实行行为(或正犯行为),而是还包含教唆行为、帮助行为和预备行为。例如,我国刑法第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”。该条中的“杀人”就包括实行杀人、教唆杀人、帮助杀人、预备杀人等多种行为类型,并非仅指“实行杀人”一种情形。由于二人以上在一起共谋杀人是一种为杀人做准备(即预备杀人)的行为,分别而论每个参与共谋者客观上都实施了杀人罪的构成要件行为,其主观上也有杀人的故意,完全具备我国刑法第232条规定的故意杀人罪的主客观要件,对其按该罪定罪不存在任何问题。同时,又由于数人在一起共谋杀人,表明他们主观上有杀人的共同故意,客观上有杀人的共同行为,只不过还处于预备阶段属于共同预备杀人,完全具备我国刑法第25条规定的共同犯罪的成立条件。对每个参与共谋构成共同犯罪者,应根据他们在共同犯罪

^⑦ 同前注^⑦,松宫孝明书,第207页。

^⑧ 同前注^④,西田典之书,第310页。

^⑨ Baumann, Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH, NJW 1962, s.375.转引自何庆仁:《共犯判断的阶层属性》,载《中国刑事法杂志》2012年第7期。

中所起作用的大小,认定为主犯或从犯,给予轻重有别的处罚;另外,还要适用刑法关于预备犯的处罚规定,给每个共谋者比既遂犯轻一些的处罚。这样处理共谋犯罪的案件,不仅堵塞住了共谋共同正犯论及区分制可能带来的处罚漏洞,而且能保证对参与共谋者之间的处罚均衡合理。

当然,笔者也不否认,按单一正犯理论和我国传统的共谋共同犯罪的观念,对共谋犯罪案件的处理,确实存在扩大处罚范围的风险。如前所述,如果仅有共谋犯罪的行为,既没有共谋者去实行犯罪,甚至也没有进一步的为犯罪做准备的活动,加上共谋的犯罪并非是恐怖犯罪等危害性和危险性特别大的犯罪,若将这类案件也纳入共谋共同犯罪的范围,显然是扩大了处罚范围、不具有合理性。不过,应当看到,只是存在这种风险或可能性,并不存在扩大处罚范围的必然性。因为我国刑法总则第13条“但书”的规定,为我们将情节显著轻微危害不大的共谋犯罪的行为排除在犯罪之外,既提供了法律依据,又可以说是刑法的基本要求,只要我们掌握好认定犯罪的标准,扩大处罚范围的风险是可以得到有效防控的。

Abstract: The theory of collusive co-principal offender is derived from judicial precedents. It aims at imposing heavier punishment (that is, punishing them as perpetrators) on the conspirators who did not conduct the perpetrating act but played a significant role behind the scenes. At present, this theory has been accepted by most scholars in Japanese criminal law circle and also supported by many German scholars. However, punishing the offender who did not conduct the perpetrating act as a perpetrator contradicts the original intention of distinguishing perpetrators from accessories, and it will undermine the foundation of dividing system of crime participation. The unitary system of complicity, which Chinese criminal law has adopted, does not divide perpetrators and accessories. The criminal law clearly stipulates the joint offence, which is the special type of criminal participation, and the principle of punishment. Identifying the conspiracy which has nature or dangers of harming society as joint offence, and dividing the conspirators into principles and accomplices, and punishing them respectively, can ensure that the punishment between participants is balanced and reasonable. There is no need to introduce the theory of collusive co-principal offender.

Key Words: Conspiracy; Co-principal Offender; Joint Offence; Unitary System of Complicity

(责任编辑:何荣功)