

## 【专题】

# 共谋共同正犯理论的反思

张开骏

【作者简介】张开骏,上海大学法学院副教授,法学博士。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2018.6.280~300

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。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。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,是亟需面对和解决的课题。

## 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),依据分则各条的刑罚进行处断。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)。这样的共犯立法对于共犯人的处罚具有一定的合理性,但也会带来一些问题:(1)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。(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。(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。(4)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,权衡之下有必要对其从轻或者减轻处罚。

### (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。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。共谋共同正犯的认定范围在不断扩大。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)。

共谋共同正犯在早期的正犯理论中曾不被承认。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。最初提出的是共同意思主体说。在最高裁判所的“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;(2)从实行行为是正犯概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;(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,会淹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。

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。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。

### (三) 日本共谋共同正犯理论的简评

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。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,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。在现行刑法对共犯人类别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。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

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。形式客观说的最大难题是间接正犯。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。“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”。

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。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,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。

另外,赞同单一正犯理论的学者,也会否定共谋共同正犯,但这与本文在理论层面赞同限制正犯理论大异其趣。有的共谋共同正犯否定论者,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。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。肯定论者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准,造成正犯与共犯的界限模糊。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。

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。(1)中国刑法通说虽然认可了共谋者成立共同犯罪,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。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。不意味着是对共谋共同正犯的规定。(3)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,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。

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。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,在解释路径上未必行得通。日本正犯有向中国主犯接近的一面。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。

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。站在形式客观说或者对其修正的学说的立场上,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。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。

第五,以日本共犯论体系替代中国共犯论体系不切实际。一方面,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。

第六,正犯过度实质化在论理上存在诸多缺陷。(1)正犯过度实质化就会导致,没有实施实行行为的参与人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人也可能认定为帮助犯。(2)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别标准,无疑是量刑反制定罪。(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,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。日本学界对此也提出了激烈的批评。

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。

### 三、中国共谋共同正犯否定论与相应共犯问题的合理解决

(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

中国刑法明确规定了主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。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。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。正是在这一最重要的背景下,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。

正犯的认定应坚持实行行为的标准,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,从而成立正犯(间接正犯)。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。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。

在中国刑法学中,对正犯采用规范的实行行为标准,还具有充分的论理依据。(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。(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)正犯的主要职能是犯罪成立和犯罪性质认定。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。

(二)中国不采用共谋共同正犯能够解决共犯的定罪与量刑

刑法理论中的正犯(实行犯)能够解决共犯定罪。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。刑法规定中的主犯、从犯能够解决共犯量刑。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,在中国完全可以把她认定为主犯,从而解决量刑问题。

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,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。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。

(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:有组织犯罪;雇佣犯罪;具体个罪(略)。

### 结语

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。理论上对共谋共同正犯的进行进一步阐明;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,这不仅会引发理论争议和混乱,而且于司法实务无益。应立足于中国的立法和司法实际,慎重地对待在中国引入共谋共同正犯理论问题。