

共同“不
的主
障碍
实质可
程度的

情形下可以作为共同正犯追究其刑事责任 此即

正犯被限定为全部实行或部分分担犯罪构成要件所规定的实行行为的人。如果将仅参与谋议而未参与实行的共同犯罪人认定为“正犯”，不仅与形式的正犯概念相冲突，也将面临如何圆说《日本刑法》第77条“共同实行犯罪的，皆为正犯”的立法规定的难题。因此，学理上必须对这种现象进行说明。

最早为共谋共同正犯提供理论根据的是时任大审院判事的草野博士所创立的“共同意思主体说”，该说“着眼于异心别体的二个以上的人由于为实现同一目的而结合为一体的社会心理活动，认为共犯是在为实现一定犯罪的共同目的的基础之上，通过二人以上的人的共谋而形成的共同意思主体”。〔%〕学界历来对该说以“立足于团体责任，违反个人责任原则”为理由大加挞伐，其实，细加思索，这种指摘或许也存在失当之处。与团体责任相对应的个人责任原理要求，各行为人只对自己的行为承担刑事责任而不能对他人的行为负担刑事责任，但在共同犯罪的场合，这样的原则需要做出部分修正。“部分行为全部责任”法理其实最终就是将整个共同犯罪团体的结果归责于每一个共同犯罪人，即使这些共同犯罪人并非都亲自实施了构成要件行为。换言之，只要承认“部分行为全部责任”的法理，就必然带有“团体责任”的印迹，不管是将其说理命名为“共同意思主体”抑或其他。因此，共同意思主体说只是“部分行为全部责任”原则的翻版。

共同意思主体说不被接受的真正原因或许是：在正犯、共犯二元区分制前提下，共谋共同正犯的核心问题并不是单纯谋议者是否构成共同犯罪，而是能否被作为“正犯”看待。对此，西田典之教授这样概括：“这并不是共同正犯为何要作为‘共犯’承担全部责任这一处罚根据问题，而只是为何应作为共同‘正犯’受到处罚这一共同正犯性的标准问题。”〔（〕反观草野博士，其在大审院刑事判例中明确提出：“共同正犯的本质在于，二人以上者有如一心同体，相倚相援，共同实现各自的犯意，以实行特定的犯罪。这就是共同者都对既成的事实负担全部责任的理由。”〔&〕但所有参与者对整个共同犯罪的结果承担全部责任，并不代表这些参与者一定成立共同“正犯”，在教唆、帮助等间接实现构成要件结果的场合，行为人也要对整个共同犯罪结果负担全部责任。共同意思主体说只是回答了犯罪参与者作为共犯对犯罪结果承担责任的根据，因而只能被作为“共犯的处罚根据论”意义上的理论对待，对于共谋共同“正犯”的成立条件的说理依赖所谓的“同心一体”“互相支援”等说辞并不能实现。

我国学者在理解共谋共同正犯的理论根据时也存在同样的问题，如刘艳红教授引用大谷实先生的观点，“共同正犯中的共谋共同正犯的场合，共同人在通过共同谋议，形成相互作用、补充的合作关系，实施犯罪的实行行为，

种观

以意

。〔〕

谋共

的判

最高

以上

志,由此实行犯罪。因此,只要参与

行为的参与人,也可以认定其以他人的行

和实际实施犯罪的人之间没有理由加以区

正犯
共同正犯
也有
的情况
实行犯
一方面
犯。〔#
。〔#〔

正犯概念的初衷相违背。也正是由于
于共谋共同正犯的主流观点。

犯的本土化障碍

(一)形式障碍

共谋共同正犯概念存在的前提在于正犯、共犯二元区分制的立法体系,这是学界的共识,因此,将此一概念引入我国,首先要解决的问题便是我国的犯罪参与立法模式与正犯、共犯二元区分制体系之间是否存在冲突?

从形式上看,我国共犯立法并未采取正犯、共犯相区分的二元参与体系,立法文本中也不见“正犯”的文本表述,相反却有“主犯、从犯”的立法文字,这种立法模式的体系归属问题在学界存有不小的争议,多数学者将区分制的共犯立法模式称为“分工分类法”,并认为我国《刑法》是以作用为主兼顾分工对共同犯罪人予以分类,我国刑法学上研究的是两类四种共同犯罪人,即一类为主犯、从犯、胁从犯,另一类为教唆犯。^{〔#&〕}逻辑延伸的结果便是,由于我国刑法承认了教唆犯的存在,便意味着认同分工分类法的价值,从这个意义上说,我国刑法在共犯领域是倾向于区分制的。^{〔#.〕}与上述观点不同,刘明祥教授基于我国《刑法》关于教唆未遂的处罚规定,旗帜鲜明地提

以在子...的外...
了教...
与独...
可以...
犯”[...]
。不...
关系

逐不处罚”之规定。李埏主张为，常...
危险性是间接的，无法将其评价为实行...
也并不必然受到处罚。所以，即使采用单...
是可能的。〔%〕 相反，区分正犯、共犯的二元制，
...教唆主谋抑或独立教唆犯

就是主犯。从犯，就是在共同犯罪中起次要或者辅助作用的犯罪分子。这种划分，是根据犯罪分子在共同犯罪中所起的作用来划分的。主犯，是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。从犯，是指在共同犯罪中起次要或者辅助作用的犯罪分子。主犯和从犯的划分，是刑法中的一项重要制度，对于正确定罪量刑具有重要意义。

主犯、从犯的标准。主犯、从犯的区别标准，是所有学者的共识，在共同犯罪中起主要作用的人（即主犯）的社会危害性大。但无论是“起主要作用”还是“起次要作用”，都是根据犯罪分子在共同犯罪中的实际作用来划分的，而不是根据其在共同犯罪中的地位来划分的。因此，主犯、从犯的划分，应当以犯罪分子在共同犯罪中的实际作用为标准。

……因此,不可避免地要介入法官的价值
……进行实质考虑的现象,如间接正犯、实行
……确定正犯概念时也采取这种见解是符合实态
……准的实质的正犯论,与我国《刑法》中的主从犯

因此,不可避免地要介入法官的价值
进行实质考虑的现象,如间接正犯、实行
确定正犯概念时也采取这种见解是符合实态
准的实质的正犯论,与我国《刑法》中的主从犯

体系

与构

之前

正犯与

那一种

正犯

正犯

结果赋予任何条件的人！包括亲自实施

为正犯%\$ 如此！教唆犯&帮助犯与正

从确认刑法评价主体资格的角度看！并无任

于对构成要件进行规范地把握！使得教唆犯&帮

成要件
大陆
的基
一决
本的
能有
参与

以正犯概念为前提的形式客观说界定
起了至关重要的作用,但由于其并未亲
正犯(在教唆不成立的前提下),必然导致罪刑
本并不符合限制正犯概念立场的犯罪人合理地

...之
...之行
...实行
...刑罚
...或曰
...犯罪
...即将
...能,此
参与

混淆参与类型的途径求得刑罚裁量
接受的概念正是此种立法例所衍生的
端的集中体现:仅参与共谋而未参与实行行
范围之外,但在其对共同犯罪的完成发挥了重

吸收各自合理性的说法,比如兼顾形式与实质合理性的优势,是似是而非的;即便采用双重标准,仍存在何者为主何者为辅的问题。”〔1〕

其实,分工分类法与作用分类法能否结合,端视其各自的功能与目的能否相互取代,若对两者赋予相同的功能或者目的,则逻辑上自应做出取舍,即使并存也必然涉及主次的问题;相反,若两者体现的是不同的功能与目的,则完全可以也应当同时存在。众所周知,对共犯人的分类并不仅仅是立法技术层面上的问题,其背后体现的是定罪与量刑的目的性需求。正如学界的共识那样,分工分类法着眼于共犯人的定罪,即通过构成要件符合性这一核心确定刑罚的处罚范围;而作用分类法则着眼于共犯人的量刑,即通过各犯罪参与者对共同犯罪的参与程度(作用)对各共同犯罪人分配合理的裁量刑罚,此种判断显然与构成要件无涉。“定罪乃量刑之前提”为刑法学的一般常识,在未对定罪做出清晰判断之前不应该直接跨越至量刑层面,亦即,定罪层面的判断与量刑层面的判断是有逻辑位阶的,这就决定了分工分类法与作用分类法由于规范功能的不同不应当处于同一层面。〔2〕既然两者在功能与目的设置上不能相互取代,也不应存在主次之分,那么为实现对共同犯罪人合理的定罪与量刑,就应当将分工分类法与作用分类法进行“结合”,在共同犯罪定罪问题上按照分工分类法对正犯、共犯进行规定,而在量刑问题上按照作用分类法对主犯、从犯进行规定。这一立法构想最早为陈兴良教授提出,〔3〕不过,与陈教授基于立法论的视角提出上述立法构想不同,窃以为,在目前的刑事立法框架下,这一结论完全可以在解释论的视角下得出。如前文所述,我国现行的共犯立法模式仅仅解决了共犯人的量刑问题,在构成要件层面即对共犯人的定罪问题上仍是空白,作用分类法的立法模式与构成要件之间未建立起关联,因而备受学界诟病。而在定罪层面上的空白正好可以通过分工分类法予以弥补,这种解释论层面的结论与我国共犯立法规定并不冲突。也正是由于立法的这一规定,在解释论层面上将犯罪参与类型与参与程度相区隔进行双层次的操作,从而消弭前述德日等大陆法系国家的体系性弊端成为可能。

在将参与类型与参与程度区隔处理的基础上,定罪与量刑的分步骤判断成为可能:参与(共犯人)类型与分工分类法对应,其设置的功能在于定罪;参与程度(共犯人在共同犯罪中所起的作用)与作用分类法对应,其功能设置在于量刑。如此,在定罪阶段即可实现以“构成要件”为核心的共犯论体系之建构,在量刑阶段亦可得到以“参与程度”为核心的量刑标准。以限制正犯概念为基本立场区隔直接实现构成要件之正犯与间接实现构成要件之共犯,从而使得正犯、共犯之界定围绕“构成要件符合性”之行为方式的观念在双层次的操作模式中方可得到确立。就共谋共同正犯这一现象的处理而言,在定罪层面,单纯参与谋议者在限制正犯概念前提下当然不能成立正犯,在确认其与构成要件的结果之间具有因果关系的前提下,基于行为人参与形式的不同,分别成立教唆犯与帮助犯;而在量刑层面,依据其参与程度即对共同犯罪的完成所发挥之作用而认定为主犯或者从犯。如此处理,对其定罪与量刑并没有任何逻辑障碍。

〔1〕 刘艳红,见前注〔1〕。

〔2〕 正是在此意义上,教唆犯不是与主犯、从犯、胁从犯并列的共犯人类型。

〔3〕 参见陈兴良:“历史的误读与逻辑的误导——评关于共同犯罪的修订”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第4卷),中国政法大学出版社

提供
、黑暗
否与
义思
参与
定的
能滑
定型
之优

刑阶段则维持主从犯的立法模式,如
不应“抛弃作用分类法并放弃主犯概
最终是将其固有的体系性弊端也全盘接受
消弭上述体系性弊端提供了解释路径上的空