

## 完全犯罪共同说的本土化证成

王 俊

**内容提要:**共犯的责任构造对于共犯成立的范围具有制约效果,由于狭义共犯以因果共犯论为基础,因此强调结果归属的行为共同说有其优势。而共同正犯的成立需要行为的支配与意思的联络,对此必须以立足于相互行为归属的犯罪共同说进行解释。但根据我国现行刑法,无论何种共犯形式均是一种整体性的责任,行为共同说难有存在的空间。此外,行为共同说还存在忽视构成要件的类型性、违反“存疑时有利于被告”原则、抵触我国立法等问题,难以得到认同。部分犯罪共同说强调在构成要件重合范围内认定共犯,但是通过分析构成要件结构,只有法条竞合中的特别关系与吸收关系才有构成要件重合的空间。同时我国刑法否定过失的共同犯罪、强调在同一罪范围内划分主从犯,部分犯罪共同说在解释论上没有存在的空间与意义。《刑法》第29条第2款为采取完全犯罪共同说的不足提供了救济之道。完全犯罪共同说严格解释了共犯的成立要件,限定了其责任范围,应予提倡。

**关键词:**共同正犯 狭义共犯 因果共犯论 行为共同说 犯罪共同说

王俊,苏州大学王健法学院副教授。

### 一 问题的提出

关于共同犯罪的本质问题,学理上存在着犯罪共同说与行为共同说之争。我国刑法理论以往的通说是坚持完全犯罪共同说,认为共同行为人之间必须具有共同的犯罪故意以及共同的犯罪行为,才能成立共同犯罪。<sup>[1]</sup>司法实践大体也采取这种观点。但是近年来,认为共犯的成立仅需要“行为共同”的行为共同说得到了许多学者的赞同,例如张明楷教授指出,“由于共同犯罪是违法形态,所以,共同犯罪中的‘犯罪’是指违法层面意义上的犯罪。而完全意义上的犯罪包含违法与责任两个层面,所以,对共同犯罪应当采取行

[1] 参见高铭喧主编:《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第331页。

为共同说”。〔2〕可见,行为共同说以“不法与责任的区分”作为其口号。这也表明刑法理论从完全犯罪共同说转向行为共同说,与四要件的犯罪构成向区分不法与责任的阶层体系的转型具有一定关联。同时行为共同说的发展也“得益”于互联网犯罪的兴起,“互联网出现以后,虽然一些具有严重社会危害性的后果是由若干主体通过网络行为共同加功而成,但是他们之间的意思联络却明显减弱,已经达不到传统共同犯罪中行为人之间意思联络的清晰程度”。〔3〕因此,许多学者试图引入行为共同说的理论,来缓和甚至取消意思联络的要件,以此扩张网络共犯的范围。〔4〕

我国关于共犯本质理解的变化,除了上述两点原因外,还明显受到日本刑法理论的影响。日本的刑法理论与判例基本否定完全犯罪共同说的观点,立足于结果无价值论的行为共同说则非常有影响力。但是,从学理和我国实际情况分析,日本模式并不当然适用于我国。一方面,从刑法学理上看,只有在古典犯罪论体系的语境下,故意才能被作为责任要素,这对结果无价值论占据优势的日本学界而言,行为共同说的提倡有其必然性。〔5〕可如若认为故意属于违法要素,那么共同故意的判断当然是作为“违法形态”的共同犯罪认定的应有之义。且故意究竟是违法要素还是责任要素只是阶层体系内部的争议,不应在区分违法与责任的“口号”中遮蔽共犯本质问题的讨论,这对于目前正处于体系转型期的我国刑法学而言,尤为必要。另一方面,从实定法上看,我国刑法关于共犯的规定与日本刑法并不相同,不顾法条的限制,盲目地引入源自日本的行为共同说,势必会抵触罪刑法定原则。我国学者虽然也尝试在解释论语境下解决以上难题,但在笔者看来,这种尝试并不成功。此外,研究共犯的本质还必须结合共犯的责任问题展开讨论。目前的理论过于重视对“共同”范围的理解,却忽视了对“责任”概念的考察,但是,只有对共犯归责问题进行整体、全面地理解,才能明晰共犯的本质。倘若既脱离我国共犯立法模式笼统地讨论共犯责任,又不注意到结果归属与行为归属的差异,则势必反过来会制约对于“共同”范围的澄清。

在共犯本质问题上,本文明确反对行为共同说,支持犯罪共同说,同时认为,在犯罪共同说内部,部分犯罪共同说也存在疑问。相反,以往备受指责的完全犯罪共同说在实定法上有其存在的根据,理论界不面对这种现实而作出的批驳恐怕值得反思,因而本文尝试对完全犯罪共同说进行“拨乱反正”。

## 二 论述的前提:共犯责任构造之厘清

如前文所述,对于共犯责任的理解会制约“共同”范围的认定,因此本文将首先对此

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

〔3〕 米铁男:《共犯理论在计算机网络犯罪中的困境及其解决方案》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第10期,第54页。

〔4〕 参见王霖:《网络犯罪参与行为刑事责任模式的教义学塑造——共犯归责模式的回归》,《政治与法律》2016年第9期,第41页。

〔5〕 结果无价值论基本上是古典犯罪论体系在违法性论上的表现形式,关于行为无价值论与结果无价值论的基本观点及其在日本的理论现状,参见付立庆:《战后日本刑法学的发展谱系及其课题》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期,第57页。

进行界定。在笔者看来,“责任”的问题主要涉及到应否区分共同正犯的责任与狭义共犯的责任。

张明楷教授对此指出,“就教唆犯、帮助犯这种‘二次责任’而言,由于采取共犯从属原则,在确定了正犯的不法之后,只需要判断哪些人的行为与正犯的不法结果之间具有物理或者心理的因果性,即可解决结果归属问题。但就共同正犯这种‘一次责任’而言,由于不存在从属性问题,便需要以‘共同性’来解决结果归属问题”〔6〕。但是这一观点存在疑问。一方面,如果坚持区分共同正犯与狭义共犯分别进行讨论,实质上已经背离了行为共同说的前提。因为按照行为共同说,对于共同正犯的一方,追究责任的前提也在于物理与心理的因果性,正因如此,才能接受片面共同正犯的成立。既然如此,即便不存在“从属性”,根据“因果性”的判断,也能认定共同正犯的成立,这与狭义共犯其实是一致的。另一方面,就狭义共犯而言,也会涉及到是否需要罪名的从属,这个问题同样涉及到犯罪共同说与行为共同说的争论。对此日本学者指出,“犯罪共同说与行为共同说之间的对立,尤其是狭义的共犯的场所,体现于是否以‘罪名的从属性’为必要,即共犯所成立的犯罪的罪名是否应与正犯相同。”〔7〕

如果在共同正犯的认定中采取行为共同说,那么就没有必要刻意去区分共同正犯的责任与狭义共犯的责任,因为两者的处罚根据其实都在于因果共犯论。也正是基于此,赞成行为共同说的学者都会认为因果共犯论是行为共同说的理论归结。但是,从因果共犯论出发支持行为共同说可能存在如下疑问:其一,犯罪共同说与行为共同说的争议点在于数人一罪还是数人数罪。即便按照犯罪共同说,也不可能对没有因果性的共犯行为进行处罚。毋宁说,其只是在行为共同说的标准上提出了更高的要求,可见犯罪共同说与因果共犯论也不冲突。其二,因果共犯论包括修正惹起说、纯粹惹起说、混合惹起说等观点,虽然修正惹起说体现了结果无价值论的立场,但是混合惹起说与行为无价值论更容易调和。因此从理论上讲,行为共同说与因果共犯论的结合也并不绝对。其三,因果共犯论强调共犯通过正犯的实行行为侵犯法益,因而正犯的实行行为对共犯具有限制作用。共犯必须在正犯的构成要件不法范围内确定罪名,即至少在共犯之罪重于正犯之罪时,肯定罪名的从属性〔8〕。这不得不说与行为共同说的立场是冲突的,而更加符合犯罪共同说的观点。其四,行为共同说可能会否认罪名从属性与因果共犯论之间的关联。因果共犯论只是有关违法性的理论,与作为构成要件论的行为共同说并无多少关联。

在本文看来,将因果共犯论与行为共同说等同的最大问题是将共同正犯“降格”为狭义的共犯,这虽然突出了其共犯性,但却忽视了其正犯性的一面。可是,“与其他狭义共犯不同,共同正犯被作为正犯,既然如此就必须有与其他正犯共通的、作为正犯的实质”〔9〕

〔6〕 张明楷:《共犯的本质——“共同”的含义》,《政治与法律》2017年第4期,第7页。

〔7〕 [日]松原芳博著:《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292页。

〔8〕 山口厚教授指出,“共犯虽能较之正犯的罪名成立更轻的罪名,却不可能成立较之更重的罪名”。参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第三版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第329页。而在共犯之罪轻于正犯之罪的场合,按照部分犯罪共同说,也承认罪名之独立性,两者并不存在实质差异。

〔9〕 [日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第337页。

这个问题在认定片面共犯时表现得尤为突出。如果按照因果共犯论的思路,会认为,“针对这种单纯的协助来说,只要帮助者基于帮助的故意,对被帮助者提供了帮助,而这一帮助行为客观上确实使实行犯的实行行为得到了方便,从而使实行犯的实行行为更容易实施,即便被帮助者对此并没有认识,也可以说帮助犯的帮助行为取得了应有的效果,完全可以成立帮助犯”<sup>[10]</sup> 因为因果共犯论是以犯罪行为人为出发点,只要他对整体的犯罪事实具有物理或者心理的因果性,就足以承担共犯的责任。如果严格地按照这种逻辑,就会自然得出片面共同正犯肯定说的结论。<sup>[11]</sup>

但是,承认片面的共同正犯存在疑问。因为单纯因果性的存在并不能弥补正犯构成要件的欠缺。例如,乙对丙实施抢劫,甲在乙不知情的情况下,拿枪对准丙,由乙取得财物,此时不能认为甲构成抢劫罪的片面共同正犯。作为单独正犯而言,甲缺少了取走财物的实行行为,作为共同正犯而言,因为与乙之间缺乏共同的意思联络,也不能将乙的行为归属于甲。在这种情况下,就不能认为甲成立抢劫罪的正犯。按照因果共犯论,只能将丙被乙取走财物的这一结果归责于甲,但是凭此却不能建立起彼此间的行为归属。而很明显的是,缺乏行为归属时,单纯的结果归属并没有任何意义。对此我国学者指出,“我国的结果无价论者意识到共同犯罪结果的客观归责侧面,却忽略了共同正犯的举止归责侧面,从而缺乏正当理由地将一些不具有正犯构成要件符合性的秘密支持认定为片面共同正犯”<sup>[12]</sup>

为了承认独立于结果归属的行为归属,考察的基点就不能只是立足于单纯的因果力,这将永远难以绕过因果共犯论所划定的范围。此时便不得不承认“在共同正犯中,因为个人的违法行为是可以相互归属的,所以是对整体的结果承担责任,这个相互归属,应该理解为基于共谋的产物”<sup>[13]</sup> 换言之,只有根据共同犯罪意思的联络所进行的活动分担,才能视为彼此的行为予以相互归属。<sup>[14]</sup> 这里的意思联络必然是双向的,而不能是单向的,否则只是心理因果力的换种表述。或许也正是基于这样的考虑,即便是赞成行为共同说的黎宏教授,也否认片面共同正犯的存在可能。认为对于成立共同正犯而言,“各个行为人与人之间心理上的意思联络必不可少,因为,正是这种意思联络,才使各共犯人的行为成为一个彼此配合、相互支持的有机整体”<sup>[15]</sup> 但是,如果强调共同正犯是基于“意思联络”而成为一个“有机整体”,是否还能认为是行为共同说的结论?

在立法论的意义上来说,应当区分共同正犯的责任与狭义共犯的责任。无论是强调物理因果力还是心理因果力,本质上都只是因果共犯论的要求,<sup>[16]</sup> 仅凭此难以符合共同

[10] 郑泽善:《片面共犯部分否定说证成》,《政治与法律》2013年第9期,第92页。

[11] 参见尹晓静:《论片面共同正犯的成立依据——基于“部分行为全部责任”原则的解读》,《法学》2012年第11期,第129页。

[12] 吕翰岳:《互联网共同犯罪中的意思联络》,《法学评论》2017年第2期,第152页。

[13] 参见[日]高桥则夫著:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第163页。

[14] 日本学者桥爪隆教授一方面认为共同正犯之间需要相互之间的意思联络,但另一方面又说即便没有意思联络,在客观观存在相互施加影响的关系,也有成立共同性的可能。参见[日]桥爪隆:《共谋的意义》,王昭武译,《苏州大学学报(法学版)》2016年第3期,第131页。在本文看来,这显然存在矛盾。

[15] 黎宏著:《刑法总论的问题思考》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第432页。

[16] 值得说明的是,赞成行为共同说的学者一般都强调物理的因果力,担心倚重心理的因果力会导向犯罪共同说。参见尹晓静:《论片面共同正犯的成立依据——基于“部分行为全部责任”原则的解读》,《法学》2012年第11期,第131页。但是心理的因果力充其量只能算是单方面的意思联络,并不是犯罪共同说所言的双方的意思联络。

正犯的构造。由此,本文认为,受到共同正犯责任归属的限制,仅以因果共犯论作为理论依据的行为共同说存在疑问,犯罪共同说的立场才是正确的。但是对于狭义共犯而言,倘若采取古典犯罪论体系,那么由于古典犯罪论体系将故意作为责任要素,不严格要求罪名的从属,此时行为共同说至少在逻辑上是没有问题的。

问题是,我国刑法究竟能否作出以上的理解?对此有论者认为,《刑法》第25条第1款“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”的规定可以解释为共同正犯的规定。<sup>[17]</sup>如果上述解释成立,可以说我国刑法明文区分了共同正犯与狭义共犯的责任构造。虽然本文也认为,《刑法》第26条的主犯可以规范性地解释为正犯,第27条的从犯可以解释为帮助犯,再加之《刑法》第29条明文规定的教唆犯,我国刑法关于对共犯的规定是一种区分制的立场。<sup>[18]</sup>但是《刑法》第25条却难以被理解为仅是对共同正犯的规定,因为第25条是对《刑法》第二章第三节共同犯罪概念的解释,是《刑法》第26条至29条的总括性规定,必须被认为是包括了帮助犯、教唆犯在内的广义共犯的规定。<sup>[19]</sup>因此,我们对于共同正犯与狭义共犯责任的理解都需要受限於《刑法》第25条的规定。即从解释论而言,我国刑法要求共同犯罪的成立需要彼此间相互的意思联络。可见,仅凭物理或心理的因果力都不足以成立共犯。在这个意义上,不仅是片面的共同正犯,就算是片面的帮助与教唆也难以成立。<sup>[20]</sup>基于此,行为共同说在狭义共犯领域也难以获得其正当性,对于共同的范围必须统一地采犯罪共同说。

### 行为共同说之本体批判

以上主要是从共犯责任的角度阐明了其对于共同犯罪成立范围的制约。本文认为,行为共同说在共同正犯层面和狭义共犯层面都难以符合现行刑法的规定。不仅如此,行为共同说本身亦存在诸多疑问,对此也需要进行学理上的进一步反思。

其一,行为共同说忽视了构成要件的类型性。首先,从客观上看,行为共同说认为,在甲基于杀人故意,乙基于伤害故意,共同实施开枪行为,结果致丙死亡,但无法查明是谁的子弹引起死亡结果(下称“案例一”)中,“从犯罪构成来看,故意伤害罪和故意杀人罪之间,所共同的只是客观方面的行为,在这种客观事实范围内,甲、乙行为才能成立共同正犯,而不是因为共同的主观意思即故意杀人的内容当中包含有故意伤害的意思”。<sup>[21]</sup>但是,从客观上来看,杀人行为是具有致人死亡危险性的行为,伤害行为是具有致人伤害危险性的行为,两者并不共同。倘若从规范上看,认为杀人行为可以包容伤害行为,则此时

[17] 参见钱叶六:《我国犯罪构成体系的阶层化及共同犯罪的认定》,《法商研究》2015年第2期,第153页。

[18] 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》,《法学研究》2013年第4期,第183页。

[19] 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》,《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第1期,第62页。

[20] 在解释论上,由此造成的处罚漏洞只能作为第22条犯罪预备予以处理,对此可以参见吕翰岳:《互联网共同犯罪中的意思联络》,《法学评论》2017年第2期,第153页。

[21] 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。

已经是部分犯罪共同说的结论了。除此以外,根本难以说明两者在何种构成要件的行为上具有共通之处。事实上,行为共同说的坚定拥护者黎宏教授也认为,故意伤害(致死)与故意杀人之间并不是包含关系,而是对立、择一关系,两者所共同的,只是“致人死亡”这种客观的结果事实。<sup>[22]</sup>但既然这两者的构成要件是对立关系,又如何得出构成要件的行为共同呢?难道致人死亡这种结果的共同能被评价为行为的共同吗?那么此时行为共同说将会成为“结果共同说”,这显然不可思议。

于是,行为共同说者为了缓和这种批评,提出只要对殴打这种属于杀人罪实行行为的行为具有共同实施的意思,对于这种实行行为的共同,就应当成立共同正犯。<sup>[23]</sup>但是,单纯殴打又如何能作为杀人罪的实行行为?在我国,由于刑法没有规定暴行罪,殴打根本就不具备构成要件的意义。即使在日本,至少也是在暴行罪的范围内才具有共同性,但这又是部分犯罪共同说的看法。也有学者认为,行为的共同是“违法事实”的共同。<sup>[24]</sup>但何谓“违法事实”?在刑法教义学上,只有构成要件才属于违法类型,那么此时违法事实就是构成要件事实的另一种表述,这就是犯罪共同说的结论。因此,客观主义的行为共同说要么在具体结论上倒向部分犯罪共同说,要么就直接演变为主观主义的行为共同说,其本身不具有独立的理论地位。

其次,从主观上看,为了区别于同时犯,又要区别于共同的犯罪故意,行为共同说者创造了一个新的名词——“行为意思的共同”。<sup>[25]</sup>但是,应如何认定这里行为意思的共同呢?如果认为,这里的行为意思指的是构成要件的行为意思,那么由于实行行为属于构成要件的核心要素,便会与共同的犯罪故意难以区分;倘若是指自然行为的意思,例如对故意伤害与故意杀人中暴力行为的认识,那么就彻底脱离了构成要件的约束,从而与主观主义的行为共同说无异。我国学者指出,“在逻辑上,构成要件理论决不可能与行为共同说结合在一起”,<sup>[26]</sup>此言甚是。

面对上述批判,有赞成行为共同说的论者也认为成立共同正犯需要意思联络的要件,并且指出,“在‘意思联络’方面,不要求行为人必须具有共同实现犯罪的意思联络,只要就实施行为具有一般意义上的意思联络就可以;而且,这种意思联络可能是片面的,即存在片面的共同正犯”。<sup>[27]</sup>但是,一方面,如果认为这种意思联络是相互的,便承认了正是基于这样的意思联络,将整个犯罪连接为一个整体。而这很明显是犯罪共同说的思考方式,是行为共同说一直以来批判的“团体责任”。因此,“如果认为数人之间必须要有意思联络的话,那么行为共同说和犯罪共同说,实际上就只有一纸之隔”。<sup>[28]</sup>另一方面,如果要求这种意思联络只要是单方具备即可,那么如上所述,这只是心理因果性的说法,其本

[22] 参见黎宏著:《刑法总论的问题思考》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第421页。

[23] 参见[日]十河太郎:《论共同正犯的抽象的事实错误》,王昭武译,《江海学刊》2014年第5期,第22页。

[24] 参见钱叶六:《共犯与正犯关系论》,《中外法学》2013年第4期,第777页。

[25] 参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》(第六版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第305页。

[26] 许富仁:《重建共犯本质理论逻辑基点——关于德日共犯本质理论逻辑基点的否定》,《法律科学(西北政法大学学报)》2007年第5期,第69页。

[27] 刘涛:《片面共同正犯的成立及其范围》,《政治与法律》2014年第11期,第31页。

[28] 郭研、贾宇:《行为共同理论之提倡》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第103页。

身并不足以支撑共同正犯的成立,也违反了我国《刑法》第25条关于共同犯罪的规定。此外,与“共同的行为意思”一样,“行为共同说所谓的‘就共同实施构成要件的违法行为’的一般意义的意义联络并非规范意义上的故意,说到底,仍然是在离开刑法规定的违法构成要件的前提下而言的,因此其在刑法上属于无意义之概念”。<sup>[29]</sup>

其二,行为共同说违反了“存疑时有利于被告”的原则。吊诡的是,在一些行为共同说者的论述里,反而指责部分犯罪共同说的思维路径会导致对“存疑有利于被告”原则的违反。理由是,在实践中无法查明谁的行为导致死亡时,只要能认定为共犯,就无需再判断因果关系。<sup>[30]</sup>但是论者忽视了相对于部分犯罪共同说,行为共同说进一步扩张了处罚范围。在案例一中,不仅导致了对于轻罪的乙成立故意伤害致死,哪怕对于重罪的甲,也要认定为故意杀人的既遂,难道此时反而能规避这种指责吗?事实上,按照部分犯罪共同说的观点,才不会违反此项原则。案例一中,之所以认定甲与乙都为死亡结果负责,只是在故意伤害罪的范围内来说的,既然可以认定甲、乙在故意伤害致死范围内成立共犯,当然可以适用部分行为全部责任法理,将丙的死亡结果归属于甲、乙的故意伤害行为。<sup>[31]</sup>但按照行为共同说却难以得出甲成立故意杀人共同正犯既遂的结论。

行为共同说坚持要将甲认定为故意杀人既遂,是认为没有理由说最终的死亡结果只让具有轻罪故意的乙承担,而基于重罪杀人故意的甲却只承担未遂责任,有轻纵犯罪之嫌。<sup>[32]</sup>但为了避免轻纵犯罪,就要让其承担既遂责任,在法理上难以自圆其说。于是行为共同说得出,成立共同正犯,无需彼此的意识联络,只要具有利用他人行为实现自己犯罪的意图就够了。<sup>[33]</sup>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。在案例一中,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。

共犯之间意思联络的要件,是其承担共同责任的基础,是贯彻部分行为全部责任原则不可缺少之要件。<sup>[34]</sup>只要他人的行为存在于彼此活动计划的范围之内,就会形成行为支配的内容,在这个意义上,他人的行为能够与自己的行为一起进行相互归属。<sup>[35]</sup>而以“相互利用相互补充的关系”来说明部分行为全部责任,其意思本身未必明确。因此正犯性是由行为支配奠定基础的,其内容不仅包括功能性的行为支配,还需要由合意的约束力形成的意思支配。<sup>[36]</sup>因此,当缺乏意思联络时,仍然让行为人为难以查明的结果承担责任,

[29] 胡东飞:《过失共同正犯否定论》,《当代法学》2016年第1期,第98页。

[30] 参见阎二鹏:《共犯本质论:基于“个人责任”的反反思性检讨》,载赵秉志主编《刑法论丛》(第19卷),法律出版社2009年版,第223页。

[31] 如下文所述,这一结论也难以符合我国刑法的明文规定,故在解释论语境下,部分犯罪共同说同样存在疑问。

[32] 参见钱叶六著:《共犯论的基础及其展开》,中国政法大学出版社2014年版,第79页。

[33] 参见黎宏:《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115页。

[34] 参见[日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民公安大学出版社2010年版,第277页。

[35] Vgl. Roxin., Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 285.

[36] 日本学者松原芳博教授认为在案例一中,甲应承担既遂责任的理由在于,只要B是基于与A之间的合意而开枪,对于能够预见丙会被射杀的甲,追究其杀人既遂责任,没有障碍。但是这里的合意并非是有关系人的合意,松原教授恐怕是误解了支配理论所说的意思支配,在甲、乙没有共同的行为计划(共同的犯意联络)时,难以认定其具有意思支配。参见[日]松原芳博著:《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290-291页。

无法通过部分行为全部责任法理加以正当化,违反“存疑时有利于被告”的原则。

在案例一中,如果甲只参与了谋议,而由乙实施了伤害行为并引起结果,那么上述结论便让人更难以接受。行为共同说的支持者会认为甲仍然构成故意杀人的既遂,并以此批评犯罪共同说,“明明具有杀人的故意,且已经致人死亡,却一律不成立杀人罪,这种结论也难言妥当”。<sup>[37]</sup>但这种观点明显加重了甲的责任。假设甲教唆乙杀人,但乙仅实施了伤害行为,此时乙连故意杀人的实行行为都不存在,按照共犯从属原则,甲是否构成故意杀人的教唆未遂尚存在疑问。那么在甲仅参与共谋的情况下,却如何能成立故意杀人的既遂!按照犯罪支配理论,在实行过程中,只要甲没有进一步实施故意杀人的实行行为,哪怕乙实行了杀人行为,甲的共谋行为都因为缺乏功能的行为支配,难以评价为杀人罪的共同正犯。<sup>[38]</sup>即便承认共谋共同正犯理论,在缺乏甲、乙杀人共谋的情况下,也难以成立故意杀人的共谋共同正犯。如果仅以甲具有杀人故意便予以归责,便成了主观归罪。

其三,行为共同说虽然称其符合重视构成要件的客观主义的立场,但事实上却并非如此。例如,赞成行为共同说的论者一方面认为,“对于行为共同说,依然要遵循犯罪的类型性,必须能够认定各自共同实行了各自的犯罪。与他人行为的共同关系,只有占了所成立的犯罪类型的重要部分,才能承认部分行为实行全部责任的效果”。<sup>[39]</sup>但是,另一方面,其却无视犯罪类型重要部分的认定,极大地扩张了共犯成立的范围。例如,甲出于抢劫的意图,乙出于强奸的意图,共同对丙女实施暴行,结果致丙女死亡,但事后难以查明谁的行为造成了这一结果(下称“案例二”),如果甲、乙的暴行并没有达到故意伤害罪的程度,那么在我国不处罚暴行罪的情况下,便不能认定构成要件行为的共同。即便在日本,暴行也不能说是抢劫与强奸的重要部分,严格按照行为共同说,同样也不能作为共同正犯处理。但是赞成行为共同说的学者却依然得出肯定共同正犯的结论。<sup>[40]</sup>这显然存在矛盾,也不符合刑法客观主义的立场。

其四,行为共同说无法解释我国刑法有关共犯的相关规定。从整体上来看,我国刑法的共犯规定区分了主犯、从犯和胁从犯,这与多数国家区分为正犯与共犯的立法例存在差异。姑且不论这究竟属于单一正犯的立法模式还是区分制的立法模式。但可以肯定的是,“只有在同一犯罪之内,各个共犯的责任才是可以比较的,主犯与从犯的划分才是可能的。如果是在不同的犯罪之间,各自承担起所犯之罪的刑事责任,从而并不存在共犯中刑事责任的分担问题”。<sup>[41]</sup>因此主张可以在不同犯罪内成立共犯的行为共同说难以得到认同。从具体条文而言,我国《刑法》第25条第1款规定,共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。虽然对于如何理解这里的“共同故意犯罪”有不同的理解,但是无论是将其解释为“共同去故意犯罪”,<sup>[42]</sup>还是“共同地故意地犯罪”,<sup>[43]</sup>这里的共同指的都是客观行为上

[37] [日]十河太郎:《论共同正犯的抽象的事实错误》,王昭武译,《江海学刊》2014年第5期,第21页。

[38] Vgl. Herzberg, Mittäterschaft durch Mitvorbereitung; eine actio communis in causa?, JZ 1991, S. 859 ff.

[39] 郭研、贾宇:《行为共同理论之提倡》,《国家检察官学院学报》2016年第2期,第102页。

[40] 参见陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第51页。

[41] 陈兴良著:《判例刑法学(上卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第413页。

[42] 参见张明楷:《共同犯罪的认定方法》,《法学研究》2014年第3期,第12页。

[43] 参见李强:《片面共犯肯定论的语义解释根据》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期,第56页。



的共同,而此时故意的作用仅在于限定共同犯罪的性质。如此一来,必然会将同时犯纳入第25条第1款之中,这显然并不合理。可见只有将这里的共同去修饰故意,才符合立法原意,而这明显不符合行为共同说的观点。

此外,《刑法》第26条第2款规定,“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,是犯罪集团”;第3款规定,“对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚”。可见,刑法对犯罪集团的有关规定,体现出犯罪共同说将犯罪视为整体予以归责的思想。对此,虽然支持行为共同说的部分学者认为,在犯罪集团中,当首要分子需要对全部犯罪承担刑事责任时,是由于其支配了不法构成要件的实现,换言之,他只是对“自己的行为”承担责任,而不是对“集团犯罪”承担刑事责任。<sup>[44]</sup>但是,该理解其实是将对间接正犯的认定扩张至共同正犯当中。因为行为共同说强调的是将对方之行为作为自己行为的补充与延伸,其实质在于将间接正犯中的行为利用关系作为共同正犯的成立依据,“在这个意义上说,共同正犯在构造上表现为互为间接正犯”。<sup>[45]</sup>但是,共同正犯并不能简单地比作为自然力或者是某种“能够控制”的工具——如果是这样的话,他就几乎不可能成为行为人了。<sup>[46]</sup>简言之,采取行为共同说的最终逻辑会将所有的共同正犯均理解为单独正犯,这便背离了其初衷。因此,必须认为,“共同正犯者并非其他人的工具,而是共同形成了活动事情的自己答责地实施了行为的个人”。<sup>[47]</sup>

行为共同说一直批评犯罪共同说是整体责任,是在借用他人的行为去实现一个犯罪的全部实行行为,从而导致行为主体与责任主体的分离,违反个人责任原则。但是,行为共同说难道就可以避免这种批评吗?事实上,行为共同说认定的责任范围较之于犯罪共同说更广,因为其一直强调要将他人的行为视为自己行为的延长线,行为之间要相互协作、相互补充。<sup>[48]</sup>这种相互补充才能认定责任的做法与犯罪共同说有何差异?假设在案例一中,事后查明是乙的子弹击中丙,按照行为共同说的结论,此时要想认定甲也承担既遂责任,只能是在借用乙的行为的情况下才能实现。较之于犯罪共同说,行为共同说甚至还脱离了共同意思联络的约束,其整体责任反倒显得更为明显。黎宏教授甚至坦率地承认,“现今的行为共同说的核心是,共同犯罪是各个共犯人为实现各自的目的而相互利用对方或者团体力量的一种现象”。<sup>[49]</sup>因此,“在共同犯罪的认定上,整体考察方法似乎无法避免,否则共同这一制度设定亦将失去其存在之意义”。<sup>[50]</sup>

其五,行为共同说对于数罪之间如何能成立共犯的说辞始终存在疑问。虽然学者认为,承认所谓单方的共同正犯只是观念上的,是为了适用“部分行为全部责任”法理。<sup>[51]</sup>但是,单方的共同正犯概念让人难以理解,倘若仅仅为了加重责任而采取新的概念,则令

[44] 参见阎二鹏:《共犯本质论议》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2009年第7期,第49页。

[45] 张伟:《过失共同正犯研究》,《清华法学》2016年第4期,第174页。

[46] Vgl. Küper., Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 57.

[47] [日]高桥则夫著:《共犯体系和共犯理论》,冯军、毛乃纯译,中国人民公安大学出版社2010年版,第273页。

[48] 参见钱叶六著:《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。

[49] 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114页。

[50] 任海涛著:《承继共犯研究》,法律出版社2010年版,第72页。

[51] 陈洪兵著:《共犯论思考》,人民法院出版社2009年版,第57页。

人无法接受。因为从根本上说,部分行为全部责任的适用前提与单方的共同正犯存在严重抵触。还有学者认为,可以首先在客观上成立重罪的共同正犯,然后依据错误论的法理,使主观上不具有重罪故意的行为人成立轻罪。在案例一中,承认甲、乙构成客观上杀人罪的共同正犯,同时由于乙缺乏杀人故意,适用处理抽象认识错误的原理,最终乙构成故意伤害致死。<sup>[52]</sup>但是,理论上,只有同时符合主客观要件才能成立正犯,那么在成立共同正犯时,如何能存在所谓“客观杀人”的共同正犯?而且,此说在将乙作为伤害罪处理时,又不经意地采取了构成要件重合的解决方法(轻罪的故意实施了重罪的行为),可既然如此为何不径直采取部分犯罪共同说呢?在只有甲成立杀人罪时,仍称其为杀人罪的共同正犯,也令人难以理解。在方法论层面上,原本可以直接以部分犯罪共同说得出结论,但却先采用行为共同说,然后再运用错误论的理论的方式也过于繁琐。

#### 四 完全犯罪共同说之回归

究竟应如何理解共同犯罪的成立范围,从而贯彻“部分行为全部责任”的法理?对此,国内外有相当部分学者在批判完全犯罪共同说的基础上,提出了部分犯罪共同说,但在笔者看来,部分犯罪共同说如行为共同说一样存在许多疑问,而完全犯罪共同说至少在我国刑法语境下有其存在的正当性,因而需要进行深入考察。

##### (一) 构成要件重合的范围

部分犯罪共同说与完全犯罪共同说的区别之处在于,其承认在构成要件重合的范围内认定共同犯罪。于是如何合理认定其范围,成为选择部分犯罪共同说的关键。对此张明楷教授提出在四种情况下存在构成要件的重合:其一,当两个条文之间存在法条竞合的关系;其二,虽然不存在法条竞合,但两种犯罪所侵犯的同类法益相同,其中一种犯罪比另一种犯罪更为严重;其三,虽然不存在法条竞合关系,两种犯罪侵犯的法益也不完全相同,但其中一种犯罪侵犯的法益包括了另一种犯罪侵犯的法益;其四,成立转化犯时,就转化前的犯罪成立共同犯罪。<sup>[53]</sup>笔者认为张明楷教授的划分范围过于宽泛,事实上很多犯罪之间根本不可能存在构成要件的重合关系,故不应人为夸大部分犯罪共同说与完全犯罪共同说的对立,以下分别对张明楷教授所列举的情况展开讨论。

首先,关于法条竞合的问题。通说认为法条竞合大体包括特别关系、补充关系、吸收关系等类型。其中对属于特别关系的犯罪,认定为构成要件重合基本不存在疑问。问题在于补充关系与吸收关系。通说认为,故意杀人罪与故意伤害罪在法益侵害的方向上,具有发展关系,故属于补充关系的一种。<sup>[54]</sup>但是,杀人行为未必以伤人的行为方式去实现,杀人行为不能全部包容伤害行为,因此难以认同故意杀人罪与故意伤害罪之间存在法条竞合关系。陈兴良教授虽然反对两罪之间属于法条竞合,但却认为,两者属于想象竞合关

[52] 参见[日]十河太郎:《论共同正犯的抽象的事实错误》,王昭武译,《江海学刊》2014年第5期,第22页。

[53] 参见张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第273-276页。

[54] 参见甘添贵著:《罪数理论之研究》,中国人民大学出版社2008年版,第78页。

系。“在这种想象竞合的情况下,故意杀人罪与故意伤害罪之间存在着局部犯罪事实的重合。在这一重合限度内,可以成立共同正犯”。<sup>[55]</sup>但是,一方面,想象竞合的前提在于侵犯不同的法益,虽然故意杀人与故意伤害在行为方式与主观故意上存在差异,但从法益论的角度看,两者毕竟存在着一定的包容关系,难以认定为想象竞合。另一方面,构成要件能够重合,应当建立在侵害法益同一的基础之上。而想象竞合既然侵犯了数个法益,就不能同时认为其符合构成要件的重合关系。综上,笔者认为,两罪之间难以在故意伤害罪范围内形成共同犯罪。故在案例一中,即便采取部分犯罪共同说,所得出的结论与完全犯罪共同说也并不存在差异,最终甲、乙分别应认定为故意杀人罪与故意伤害罪的未遂。

其次,法条竞合中的吸收关系大体等于张明楷教授所说的第三种情况。这里以放火罪与故意杀人罪为例展开说明。张明楷教授之所以未将吸收关系归于法条竞合之中,是认为放火罪与故意杀人罪之间属于想象竞合关系。但陈兴良教授则认为,放火罪中的致人死亡,是包括故意杀人的,两者保护的法益具有包容关系,因此放火罪与故意杀人罪属于法条竞合而非想象竞合。<sup>[56]</sup>因此,行为共同说指责犯罪共同说在此问题上难以得出合理结论的批评难以成立。按照行为共同说,在甲教唆乙用枪杀死丙,乙却采用放火的方式杀死丙的案件(下称“案例三”)中,甲成立故意杀人罪的教唆犯,而乙成立放火罪的正犯。但问题是,如果不先认定乙实施了故意杀人罪的实行行为,却将甲的行为认定为故意杀人罪的教唆犯,会严重抵触共犯从属原则。按照部分犯罪共同说,由于放火罪与故意杀人罪具有法条竞合关系,故甲、乙在故意杀人罪的范围内成立共同犯罪(此时便能以乙具有杀人的实行行为为由,追究甲教唆杀人的责任),乙另成立放火罪。而根据完全犯罪共同说,甲被认定为教唆杀人未遂,乙成立放火罪(既遂)。在此,完全犯罪共同说与部分犯罪共同说之间确实存在差异,哪种方案更为合理,后文再作分析。

再次,张明楷教授所举第二种情况,虽然不成立法条竞合,但由于一种犯罪比另一种犯罪严重,在规范上可以认定存在重合关系。典型的是抢劫罪与盗窃罪的关系。针对这种情况,张明楷教授指出,“既然低程度行为能够成立甲罪,那么高程度的乙行为更能成立甲罪”。<sup>[57]</sup>这里张明楷教授运用了举轻以明重的解释方法,但是存在疑问。因为举轻以明重的前提是建立在构成要件能够涵摄事实的基础上,不然就是一种典型的实质入罪,违反罪刑法定原则。对此德国刑法理论通说认为,抢劫罪与盗窃罪属于取得罪,在破坏他人占有方面相同,但破坏占有的手段并不一样,由于实行行为的异质性,它们之间并不具有构成要件的包容与被包容的关系。<sup>[58]</sup>故难以认同抢劫罪与盗窃罪存在构成要件重合。在这种情况下,按照部分犯罪共同说还是完全犯罪共同亦没有差别,在甲教唆乙盗窃,但乙却实施了抢劫行为的案件(下称“案例四”)中,甲构成教唆盗窃未遂,而乙构成抢劫罪(既遂)。值得一提的是,有德国学者认为,在共同正犯的情况下,彼此归责不是基于从属性原则进行,故只要整个行为的一部分仍然属于共同犯罪的决意之内,具体的法律评价可

[55] 陈兴良著:《判例刑法学(上卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第420页。

[56] 参见陈兴良著:《判例刑法学(下卷)》,中国人民大学出版社2009年版,第29页。

[57] 张明楷著:《刑法分则的解释原理(上)》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第247页。

[58] Vgl. Sabine Tofahrn, BT II, 2. Aufl., C. F. Müller 2010, § 1 Rn. 6.

以不同,例如一共同正犯可以抢劫处罚,另一共同正犯可以盗窃处罚。<sup>[59]</sup> 应当说,这是典型的部分犯罪共同说的观点。按照上述观点,应区分共同正犯与狭义共犯,狭义共犯由于受到从属原则的限制,盗窃与抢劫不能认定为重合关系。而在共同正犯的情况下,则可以进行不同的评价。但这存在疑问。如果采取犯罪共同说(包括部分犯罪共同说),在罪名从属的意义上,共同正犯与狭义共犯并没有区别。在方法论上,即便认为共同正犯中不具有罪名从属关系,也不能认定两罪存在重合关系,因为对共同正犯的认定只是比对狭义共犯提出了更高的要求,在最低限度上必须首先符合狭义共犯的标准。况且我国《刑法》第 25 条对上述两种共犯形式提出了统一的认定标准,因此并不存在区分的可能。

最后,在转化犯的情况下,部分犯罪共同说与完全犯罪共同说的结论存在一定差别。以转化型抢劫为例,甲教唆乙盗窃,乙在盗窃过程中,转化为抢劫,张明楷教授认为,按照部分犯罪共同说,甲构成盗窃教唆既遂,不适用《刑法》第 29 条第 2 款,按照完全犯罪共同说,甲构成盗窃教唆未遂,适用《刑法》第 29 条第 2 款,但事实上,没有甲的教唆,乙不会实施盗窃行为,更不会转化为抢劫,因此部分犯罪共同说合理。<sup>[60]</sup> 笔者认为,这种观点过于绝对,需进一步分析。我国《刑法》第 269 条规定,“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物,抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照《刑法》第 263 条关于抢劫罪的规定定罪处罚”。因此在窝藏赃物的场合,之前的盗窃犯罪必然已经既遂,故即便乙转化为抢劫,甲依然构成教唆盗窃既遂。而当抗拒抓捕或毁灭罪证时,只要乙盗窃既遂的,甲同样构成教唆盗窃既遂,只有当乙盗窃未遂时,按照完全犯罪共同说,甲才会构成盗窃教唆未遂。故其中存在的差异仅属于个别情况,需要区分对待。

## (二) 部分犯罪共同说与完全犯罪共同说之选择

究竟是采取部分犯罪共同说还是完全犯罪共同说? 笔者认为,应支持完全犯罪共同说。

其一,从解释论上看,我国《刑法》第 25 条明确否定了过失共同犯罪的成立,因此理论上同样应当否定的是结果加重犯的共同正犯。虽然也有学者一方面否定过失的共同犯罪,另一方面却肯定结果加重犯的共同犯罪。<sup>[61]</sup> 可是,这种观点存在矛盾,如果对加重结果出于故意,那么没有疑问地属于共同故意犯罪。但如果对加重结果出于过失,要承认结果加重犯的共同犯罪,前提必须承认共同过失的存在。如果不做这种要求,“通说要求对加重结果存在过失这一点就变得没有意义”。<sup>[62]</sup> 因此作为解释论,在我国并没有成立结果加重犯的共同正犯的空间。

在案例一中,即便认为故意杀人罪与故意伤害罪存在着重合关系,按照部分犯罪共同说,甲、乙在故意伤害致死的范围内成立共犯,甲单独成立杀人罪正犯(未遂);按照完全犯罪共同说,甲成立故意杀人罪(未遂),乙成立故意伤害罪(未遂)。可见两种学说的差别在于乙是否为死亡结果负责。而得出肯定结论的前提,就是要在故意伤害致死这一结

[59] Vgl. Jescheck, Weighed., Lehrbuch des Strafrechts, 5 Aufl., 1996, S. 676.

[60] 参见张明楷著:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 282-283 页。

[61] 参见刘艳红主编:《刑法学(上)》(第二版),北京大学出版社 2016 年版,第 261、264 页。

[62] 参见[日]松宫孝明著:《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 204 页。

果加重犯内成立共同正犯。但如上所述,在我国刑法下,难以认同这种结论。故即便采部分犯罪共同说,结论只能是在故意伤害罪范围内成立共犯,由于结果无法查明,乙成立故意伤害罪,甲成立故意杀人未遂。如此一来结论便与完全犯罪共同说相同,根本没有必要再去考虑故意伤害罪的重合问题。我国有学者虽然否认过失共犯的成立,但却认为,可以根据具体情形认定共犯者个人是否有对他人行为之注意义务,进而考虑是否为对方的过失行为负责,因此,乙可以成立故意伤害致死。<sup>[63]</sup>但是,认定是否有过失,与认定是否存在因果关系是两个问题。只要否定过失的共同犯罪,那么即便承认个人的过失,在案件事实难以查明的情况下,也不能将死亡结果归责于任意一人,否则即违反“存疑有利于被告”原则。

其二,即便认同对于结果加重犯可以成立共同正犯,部分犯罪共同说也难以说明罪数关系。在案例一中,根据部分犯罪共同说,甲、乙在故意伤害致死范围内成立共犯,甲单独成立故意杀人罪。对此通说认为,甲所成立的两罪是想象竞合关系。<sup>[64]</sup>但是由于想象竞合属于实质的数罪,因此这种观点将不可避免地违反禁止重复评价的原则,也会出现甲对于同一死亡结果同时存在故意与过失的心态。而且想象竞合所侵犯的法益并不相同,也难以认定存在构成要件之间的重合关系。于是,有观点便认为,“如果考虑伤害致死罪被杀人罪既遂所吸收,就能够避免双重评价”。<sup>[65]</sup>可这种观点成立的前提在于能够认定甲成立故意杀人罪的既遂。但是,诚如有学者指出的那样,“部分犯罪共同说对过剩行为人承担既遂结果的责任,一直视为理所当然的结论,却缺乏富有说服力的论证,可谓是其致命的缺陷”。<sup>[66]</sup>因为犯罪共同说“重视对特定犯罪的共同,对特定犯罪成立共同正犯,因此,从逻辑上讲,作为共同正犯之效果的部分行为全部责任,理应也只是在该特定犯罪的限度之内才适用”。<sup>[67]</sup>可见,作为超越故意伤害罪范围的故意杀人罪,难以承认死亡结果的归属。既然如此,就难以认为故意杀人的未遂可以吸收故意伤害致死的既遂。倘若认为甲是将杀人的故意与故意伤害致死的共同正犯结合起来,认定其成立故意杀人罪的既遂,那么便倒向行为共同说的结论。因此本文赞成张明楷教授对部分犯罪共同说的下述质疑,“部分犯罪共同说显得十分尴尬:一方面主张共犯是数人共同犯一罪,因而坚持罪名的同一性,另一方面又不能完全实现这一要求;于是,在定罪的逻辑思维的中间阶段维持罪名的同一性(从属性),在最终阶段又实现了罪名的非同一性(独立性)”。<sup>[68]</sup>

持部分犯罪共同说的学者以肯定部分犯罪共同可以仅在观念中进行的说法来回避上述质疑。本文认为,如果不需要考虑主从犯的划分,那么这种回应也可以接受。但是我国刑法规定了区分主从犯的共犯模式。既然如此,则必须明确说明其相应的罪数关系。除

[63] 参见任海涛著:《承继共犯研究》,法律出版社2010年版,第73页。

[64] 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131页。

[65] [日]佐伯仁志著:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,中国政法大学出版社2017年版,第318页。

[66] 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(西北政法学报)》2015年第5期,第91页。

[67] [日]十河太郎:《论共同正犯的抽象的事实错误》,王昭武译,《江海学刊》2014年第5期,第21页。

[68] 张明楷:《共犯的本质——“共同”的含义》,《政治与法律》2017年第4期,第14页。

了上述想象竞合的理解外,理论上还存在着认为是法条竞合的观点。但是由于法条竞合属于假性竞合,其实质是排斥了重合构成要件的适用,故在被排斥的法条中根本难以进行主从犯的考虑。可见部分犯罪共同说在这种立法现状下,根本难以回答其中的罪数关系。更为棘手的是,在我国的共犯体制下,正犯未必是主犯。因此若案例四中的乙最终被认定为从犯,便会在抢劫罪中形成没有主犯的从犯的局面,这显然不当。

其三,完全犯罪共同说被责难的主要理由在于,由于受到共犯从属原则的限制,在正犯实行过限的场合,由于教唆行为所对应的实行行为并不存在,故教唆犯将被论以无罪,这难以令人接受。若承认部分犯罪共同说,至少还能在重合范围内认定教唆既遂的成立。<sup>[69]</sup> 但我国《刑法》第 29 条第 2 款已经为此提供了救济之道,即正犯未犯被教唆之罪,教唆犯仍能成立所教唆之罪未遂的责任。应当说,本条规定与共犯从属性原则确实存在一定的抵触之处,但在笔者看来也并非毫无合理之处。因为《德国刑法典》第 30 条第 1 款与我国《刑法》第 29 条第 2 款类似,规定命令或教唆他人实施重罪而未遂的,依该重罪的未遂论处。德国学界普遍认为,这里包括了不成功的教唆、没有结果的教唆、不适当的教唆、无效教唆等情况。<sup>[70]</sup> 只是与我国不同的是,德国明确限定为对重罪的教唆未遂,这或许是为了在有效保护法益的同时,平衡与从属性原则之间的冲突。而我国《刑法》第 29 条第 2 款,并未区分重罪与轻罪,确实与从属性原则完全背离。因此从解释论角度,笔者主张参考德国刑法规定,对此款作出限缩解释,即将其中的罪限定为重罪(3 年以上有期徒刑)。

其四,在否定过失共犯的情况下,“犯罪共同说难以回答的问题在于,对加重结果无故意的结果加重犯何以能够认定成立共同正犯”<sup>[71]</sup>。但是,真有必要认定为共同正犯吗?在正犯实施的是轻罪,而教唆犯教唆重罪的情况下,按照部分犯罪共同说,同时采取上文对《刑法》第 29 条第 2 款的解释,对于正犯与教唆犯在轻罪范围内成立共同犯罪。但这样对于教唆犯而言,却没有评价其重罪的主观故意,属于评价不足。因此,应对教唆犯论以重罪教唆未遂的责任,于是作为中间过程的共犯认定毫无意义,最终结论与完全犯罪共同说是一致的。在正犯实施重罪,而教唆犯教唆轻罪的情况下,按部分犯罪共同说,正犯与教唆犯在轻罪范围内成立共犯(既遂),正犯成立重罪;按完全犯罪共同说,教唆犯成立教唆未遂,正犯成立重罪。

可见问题主要集中于正犯实施重罪,而教唆犯教唆轻罪的情况下,究竟教唆犯是既遂合理还是未遂合理?笔者认为,此时应认定为教唆未遂。例如在甲教唆乙盗窃,而乙在盗窃过程中转化为抢劫一案中,虽然乙的抢劫由甲的教唆盗窃行为所引发,但毕竟抢劫不属于甲教唆的范围,而是乙临时另起犯意的行为,那么在缺乏意思联络的情况下,将超出双方意思联络的抢劫行为导致的财产损失归属于甲的教唆行为,在法理上难以正当化。按照因果共犯论的观点,如果可以认为甲的教唆对乙实施抢劫具有心理因果性,则也有成立

[69] 但部分犯罪共同说同样无法解决在构成要件不能重合的情况下教唆未遂的处理,可谓仍存在缺陷,与其如此,不如合理地解释《刑法》第 29 条第 2 款的规定。

[70] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 2 卷),王世洲等译,法律出版社 2013 年版,第 218 页。

[71] [日]松宫孝明著:《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 201 页。

教唆盗窃既遂的空间。但如上文所述,在我国刑法的语境下,即便是狭义共犯也需要意思的联络,因此难以承认责任的归属。倘若是盗窃既遂在前,转化抢劫在后,当然可以根据前部分行为认定甲教唆盗窃既遂。在案例三中,甲教唆的内容是实施杀人行为,如果此时甲能预见乙会用放火作为手段的话,按照完全犯罪共同说,甲、乙当然可以成立放火罪的共犯(既遂)。但如果甲对此没有预见,那么乙的放火行为就属于另起犯意,并没有在甲教唆的范围之内。而在彼此就放火罪没有意思联络的情况下,难以将乙放火行为造成的结果归属于甲。

需要说明的是,并非必须在行为人所涉罪名的构成要件中才存在重合。例如在前文案例二中,倘若甲、乙的暴力行为达到了故意伤害罪的标准,那么按照部分犯罪共同说,甲、乙可以在抢劫与强奸共同包含的故意伤害罪范围内成立共犯。但由于我国刑法否定了过失的共同犯罪,故甲、乙难以构成故意伤害致死。因此,这里的死亡结果也无法归属于抢劫罪与强奸罪。此时部分犯罪共同说的结论与完全犯罪共同说完全一致,甲、乙只构成普通抢劫罪与强奸罪。倘若甲、乙的暴力行为并未达到故意伤害罪的成立标准,那么由于不存在构成要件重合的空间,也没有采取部分犯罪共同说的必要。

综上,在大部分情况下,部分犯罪共同说与完全犯罪共同说的结论均相同。在正犯实施重罪,而教唆犯教唆轻罪的情况下,虽然两者的结论会存在不同,但采取完全犯罪共同说有助于严格限定共犯责任的范围,因此更为合理。从方法论上看,部分犯罪共同说在判断共同的主观故意之前,必须先判断共同的客观行为(构成要件重合性判断的需要),因此在共犯论中明显采取了一种客观判断优先于主观判断的方法。而完全犯罪共同说直接以共同故意的范围决定共犯是否成立,显然是一种主观优位的思维方式。可以说两者的对立,也是以行为无价值论为基础的客观不法论与主观不法论的立场之争。因此,本文的最终观点也可以说明,以主观不法论为立场,对共犯论的相关问题进行解释是一种值得探索的思路。

## 五 结 语

“部分行为全部责任”是共犯归责的基本原则,而对于共犯责任的讨论,对于如何认定“共同”范围亦具有制约作用,这是以往研究中存在的盲点,因此必须首先在理论上明晰共犯责任的构造。本文认为,在立法论上,应明确区分共同正犯与狭义共犯的责任,其中对共同正犯而言,存在彼此间的意思联络方能承认行为的归属,而狭义共犯则只需要具备对结果的因果联系即可(因果共犯论)。但是作为现行刑法的解释论而言,对于狭义共犯的责任归属必须与共同正犯作出统一理解,方能符合《刑法》第25条之规定。因此,行为共同说即便在狭义共犯领域也难有存在的空间。此外行为共同说还存在忽视构成要件的类型性、违反“存疑时有利于被告”原则、抵触我国立法等问题,我国众多学者热衷于赞同行为共同说的现象确实需要进行反思。

而完全犯罪共同说虽然受到了来自部分犯罪共同说的批评。但是,对此仍需进行理性的分析,避免人云亦云。通过分析构成要件之间的重合关系,大体可以认为,想象竞合

与法条竞合中的补充关系并非属于构成要件重合的类型。虽然法条竞合中的特别关系与吸收关系均有构成要件重合的空间,但是,我国刑法否定过失的共同犯罪,导致部分犯罪共同说与完全犯罪共同说的差异进一步缩小。同时,我国刑法强调在同一罪范围内划分主从犯,部分犯罪共同说对此难以说明罪数关系。我国《刑法》第 29 条第 2 款,也为采取完全犯罪共同说的不足提供了救济之道。在正犯实施的是轻罪,而教唆犯教唆重罪的情况下,按部分犯罪共同说,会得出评价不足的结论,而在正犯实施的是重罪,教唆犯教唆轻罪时,采取完全犯罪共同说,认定为相应犯罪的未遂,更能表明完全犯罪共同说严格以构成要件理论为基础,具有限定共犯成立范围,实现刑法自由保障机能的意义。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金后期资助项目“不法主观化的刑法教义学展开”(19FFXB051)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] The liability structure of accomplice has the effect of limiting the scope of accomplice. Since accomplice in the narrow sense is based on the theory of causality accomplice, the theory of behavior in common has its advantages in emphasizing the attribution of result. However, the establishment of joint principal offenders requires behavior control and intentional connection, which can be explained only by the theory of crimes in common with its emphasis on mutual attribution of behavior. Nevertheless, under the current Chinese criminal law, all forms of accomplice are a kind of holistic responsibility and there is no room for the theory of behavior in common. Moreover, the theory of behavior in common also has such defects as ignoring the type of constitutive requirements, violating the principle of “In Dubio Pro Reo”, contravening Chinese legislation, etc. which make it hard to be accepted in China. The theory of crime in common partially emphasizes that joint offenders should be recognized within the scope of overlapping constitutive elements. However, the analysis of the structure of constitutive elements shows that this conclusion is possible only between the special relationship and the absorptive relationship. Meanwhile, the Chinese Criminal Law denies the joint offense of negligence and emphasizes the distinction between principal offenders and accomplices within the scope of the same crime. This means that there is neither the possibility nor the necessity for the existence of the theory of crime in common partially in the view of hermeneutics. Article 29 (2) of the Chinese Criminal Law provides a remedy for the deficiency in the theory of crime in common totally. This theory should be advocated because it strictly explains the establishment requirements of joint crime and limits its liability scope.

---

---

(责任编辑:贾元)