

犯罪参与的归责模式

——个别归责说之提倡

李瑞杰*

Imputation of Joint Criminal —Promotion of Individual Imputation

Li Ruijie

内容摘要:法教义学的基本方法是演绎推理,经由演绎推理得出的结论才可靠。奉行“共同的归责思路”的传统共犯论,深信“违法是连带的、责任是个别的”。然而,责任的个别性意味着违法的个别性:个别责任不能建立在连带违法的基础上;自己责任不能建立在他人违法的基础上。违法连带说会造成共犯论庞杂的问题域和结论的不合理。因此,在共犯理论中应提倡“个别的归责思路”,该思路以共犯论在犯罪论中的机能为导向,限制共犯论的问题域,切断共犯之间在规范上(而非事实上)的牵连关系,从而贯彻犯罪论基本原理以解决片面共犯、共犯脱离、共犯中止、共犯错误等共犯论问题。

关键词:个别归责 共同归责 单一正犯 共同犯罪

* 南京师范大学法学院 2018 级硕士研究生。本文受江苏省研究生科研与实践创新计划项目“犯罪参加理论的讨论范式及其解构”(项目编号:KYCX19_0716)资助。

一、“共同归责说”及其问题

众所周知,犯罪参与的归责模式,分为“个别归责说”与“共同归责说”两种。传统共犯论遵循“共同的归责思路”,强调共犯依附于正犯的不法行为,共犯理论被当作归责理论的特殊形式对待。这种方法因缺乏机能性思考,造成共犯论杂乱无章的体系和不合理的处罚结论。我国共犯论借镜德、日刑法学,但德、日刑法采取区分正犯与共犯的区分制,我国刑法采取不区分正犯与共犯的单一制^[1],共犯论的架构本应与之不同。日本学者之所以将共犯论惯称为“绝望之章”,很大程度上是因为理论学说难以一贯。^[2] 共犯论是犯罪论的范畴,共犯论问题的解决也应贯彻犯罪论基本原理。我国刑法本就采取“个别的归责思路”,而这一思路也相对合理,所以,在共犯论中应放弃“共同的归责思路”,并依次检讨片面共犯、共犯脱离、共犯中止、共犯错误等问题。

“共同的归责思路”的实质是,共同犯罪的各个行为人彼此借重,最终充足一个构成要件。^[3] 其与“个别的归责思路”的根本差别在于,是从共同犯罪的本来属性,还是从共犯论的体系机能出发,理解共犯的本质。在基于“共同的归责思路”的传统共犯论(区分制)中,共同犯罪被称为“共犯现象”^[4],从而将存在论上的相互协作粗疏地理解为规范论上的共同归责,以致陷入如下理论困境:强调共同犯罪理论完全不同于单独犯罪理论,又或多或少地在处理共犯问题中运用单独归责的思考方法。具体而言:

第一,理论的合理性首先在于其前提合理,而“共同的归责思路”的前提(“违法是连带的、责任是个别的”)不尽妥当。日本学者西田典之认为,在“共犯与身份”问题上应坚持“违法身份的连带性,责任身份的个别性”,并据此理解以消除日本《刑法》第65条第1款和第2款的矛盾。^[5] 我国学者陈兴良指出:“违反(似应为‘违法’——引者注)的连带性,责任的个别性正是从限制从属形

[1] 对此,可参见李瑞杰:《晚近我国参与论研究的四大误区》,载《西部法学评论》2016年第5期,第109页。

[2] 参见林亚刚:《刑法教义学》(总论),北京大学出版社2014年版,第454页。在评点我国单一制论者刘明祥教授时,何庆仁教授也表示,“刘明祥的分析是自成一体且一以贯之的”。参见何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,载《法学研究》2016年第3期,第157页。

[3] 更准确的说法是,教唆犯、帮助犯借助正犯以充足构成要件,共同正犯之间彼此借重以充足构成要件。如何庆仁教授说,“共同犯罪系各参加者以各自的方式在社会背景下共同塑造了同一个符合构成要件的行为,该行为及其结果是全体共同犯罪人的‘共同作品’。”同前注[2],何庆仁文,第148页。

[4] 参见山口厚:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第303页。

[5] 参见西田典之:《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364—365页。

态中引申出来的必然结论。”〔6〕然而,限制从属性说只是违法连带说之必要而非充分条件,区分制体系至今尚未合理解释为何违法能够且必须连带。该体系也赞同责任主义,而按“不法是责任的基础”原理,顺理成章的推论是个别不法、个别责任,不法只能是与行为人自己相关联的独立不法,每个人只能因自己的不法受到惩罚,不能为他人的不法负责。在四十多年前,日本学界兴起反思限制从属性说而改采最小从属性说的思潮〔7〕,并非空穴来风。当然,由于构成要件属于违法类型,最小从属性说也非最佳完善方向。〔8〕

第二,理论的合理性也在于其结论合理,而“共同的归责思路”要么为了体系自洽而得出不尽合理的结论,要么为了结论合理而纵容体系中的异质因素。目前该思路在具体运作中主要表现为后种形态,亦即,为了应付结论不合理所产生的危机,区分制体系不得不在某些时候回过头去抛弃违法连带说。例如,该体系认为“一人既遂、全体既遂”“一人实行、全体实行”,但又承认,即使某些共犯犯罪既遂,有时也要个别认定其他共犯属于犯罪脱离、因而只构成犯罪未遂或犯罪预备。不难发现,采取违法连带说,在审查某共犯的不法的过程中,将牵涉其他共犯的不法,由此让共犯问题相互纠缠,从而形成共犯论庞大的问题域,几乎囊括所有犯罪论问题,最终堪为一块“试金石”。

第三,即使认为共同犯罪仅是不法形态、与责任无涉,也必须由于“主观不法”的个别性进而承认其上位范畴“不法”的个别性。“认识错误”中主要讨论行为人“结果归责”〔9〕问题。不论是客观归责理论,还是主观归责理论,都需要考察行为人有无“特殊认知”。这就意味着安顿于不法阶层的从属性说,也应体认此结论:结果归属能因个人具体情况而不同,在事实认识错误中分开讨论结果能否分别归属于各自的行为,而不是认为正犯的打击错误或对象错误就是共犯的打击错误或对象错误,正犯的因果关系错误就是共犯的因果关系错误等。在“伤害小指案”〔10〕中,甲知悉丙是血友病患者且知悉乙尚不知悉这一事实,唆使乙切下丙的小指。对于切下小指的行为事实,甲是杀人不法,乙是伤害不法。

〔6〕 陈兴良:《身份犯之共犯:以比较法为视角的考察》,载《法律科学》2013年第4期,第81页。

〔7〕 虽然还停留于思潮阶段,但已明显地使“限制从属性说内部也开始出现松动与分化”。十余年前,我国学者就对这一思潮进行过缜析。参见王昭武:《论共犯的最小从属性说——日本共犯从属性理论的发展与借鉴》,载《法学》2007年第11期,第103页。

〔8〕 参见柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第170页。

〔9〕 客观归责理论试图从客观层面判断构成要件合致与否,主观归责理论试图从主观层面判断构成要件合致与否。前者建立起一系列排除反常的因果关系的规则,后者构筑了一整套排除偶然的主观认知的体系。笔者认为主观归责论优于客观归责论。参见庄劲:《客观归责还是主观归责?——一条“过时”的结果归责思路之重拾》,载《法学家》2015年第3期,第55—71页。

〔10〕 参见邓毅丞:《结果加重犯在共同参与中的归责问题研究》,载《清华法学》2017年第1期,第82页。

但因区分制体系采取“共同的归责思路”，就要努力回答“共同在哪里”“共同犯罪是共同犯的什么不法”等问题，而这些问题明显与结果归责关系不大。

总之，“德国刑法教义学关于结果归责的理论通常是以一名行为人实施了一个行为导致一个法益侵害结果这种简单情形为基本模型的”，“共同的归责思路”在“判断上满足于多个行为组成的整体与结果的因果关系，而放弃了每个行为人的个别行为与结果之间关系的判断”。^[11] 从而，没有逐一审查每个行为人的行为是否制造了风险、实现了风险。“这种整体考察方式在根本上背离了现代法治国刑法个人责任主义这一基本立场。”^[12] 刑法体系中的共犯论，承担着将事实上的彼此协作转换为规范上的单独归责的机能，避免将“犯罪参与”简单评价为“共同归责”，以实现体系性思考与问题性思考的两相兼顾。区分制论者认为“共犯的不法实质上派生于主行为的不法”^[13]，继而将共同犯罪归结为共同不法。同时，区分制体系本限于共同故意犯罪（乃至共同故意作为犯罪）的场合。^[14] 由此，必然导致全面承认构成要件故意的下场，而认定故意显然只能单独进行。鉴于犯罪故意包括辨认要素和意志要素，结合《刑法》第18条精神病人“不能辨认或者不能控制自己的行为”的规定，我们能得出无责任能力即无犯罪故意的结论。有人声称，“单一行为人、单一归责与单一不法”的解释路径行不通，“在归责的意义上没有直接者和间接者、自己的犯罪和他人的犯罪之分，而是数人共同实现了一个共同不法”。^[15] 这首先无法经受“伤害小指案”的考验。并且，在德国与我国都存在处罚“未遂教唆”（versuchte Anstiftung）^[16] 的规定，无疑也肯定了教唆犯无须借助他者即可独立归责。有些区分制论者已然发现，“责任能力、责任年龄、故意内容、违法性认识的可能性与期待可能性等责任要素，都只能进行个别判断”^[17]，但却停留于此，也没引起学界的深刻反思。

[11] 徐凌波：《义务违反的竞合与结果可避免性》，载《南京大学学报（哲学、人文科学、社会科学）》2018年第2期，第139页、第141页。

[12] 同前注[11]，第142页。

[13] 陈毅坚：《预备罪及其共犯比较研究》，载《中国刑事法杂志》2011年第9期，第6页。

[14] 德国《刑法》总则第二章第三节的标题是“正犯与共犯”（Täterschaft und Teilnahme），对“共同犯罪”缺乏明确定义，然而，学界普遍认为，区分制体系只适用于共同犯罪故意的场合。参见约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2009年版，第281页。

[15] 参见何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，同前注[2]，第148页。

[16] 中国学界历来将“未遂教唆”理解为“未遂的教唆犯”。这是日本学者的不当翻译进而引入我国大陆所致。尤其是日本学者将诱惑侦查中的“虚假教唆”“陷害教唆”等也称为“未遂教唆”（事实上，这些情况中行为人由于缺乏唆使行为入“实现”构成要件故意，而根本不成立教唆），使得我国学界对这一概念的使用十分混乱。德语中的“未遂”有“尝试、力图”的意思，“未遂教唆”是努力去教唆但还是失败了。参见林东茂：《刑法总则修正评析》，载《台湾法学》2005年第2期，第70页；普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，台湾元照出版有限公司2010年版，第148页译者注；林山田：《刑法通论》（下），北京大学出版社2012年版，第72—74页。

[17] 张明楷：《共同犯罪的认定方法》，载《法学研究》2014年第3期，第9页。

这些论者虽然一贯反对单一制,不过他们似乎没有意识到,如果将正犯行为放到共犯行为的延长线上,尤其是否定共犯对正犯故意之从属,承认一个正犯行为能被评价为多个不法,不纠缠于参与者“共同犯什么罪”,就已经从根本上消解了违法连带说。正基于此,我们不必惊讶于上述论者得出“高度符合”单一正犯理论的结论;参与者“不过是利用了和他人一起行为的契机,实现自己犯罪目的的一种类型而已,和一个人单打独斗的单独犯之间没有什么两样”。^[18]究其原因,区分制一方面认为处罚共犯的原因也在法益侵害,另一方面认为共犯行为不符合构成要件。这或许落入脱离“构成要件”空谈“法益侵害”的“窠臼”,而与单一制“名异实同”。

二、“个别归责说”的理论辩驳

为消除区分制论者对“个别的归责思路”的不合理批评与误解,本文有必要明确以下几点:

首先,由于有责的不法决定刑罚的上限,所以单一制没有一概认为所有参与不法的分量相同。按单一正犯理论,在不法内涵上,“加功行为”与“构成行为”等价,“系指行为不法内涵的价值,在一定范围内,具有同等性,并不表示各行为人因参与形式等价,其不法内涵亦全然相等”。^[19]单一制和区分制的差别,不在于是否承认各参与者不法是否有轻重之别,而在于以什么标准进行这种区分。从这一角度来说,我国刑法不将实行行为作为区分参与行为不法内涵轻重的标准,是采用单一制的典型标志。我国刑法规定的共同犯罪只是犯罪参与的形式之一,在“过失正犯+过失共犯”“故意正犯+过失共犯”“过失正犯+故意共犯”等场合,我国采取的也是“个别归责说”,同时依据各参与者的作用大小对他们量刑。^[20]刑法将“故意正犯+故意共犯”形态抽取出来、命名为“共同犯罪”,是因为这种参与形式在法益侵害上有其特殊性,各故意犯罪参与人经过意思沟通,通过相互利用,使得犯罪更容易发生,更容易实现,更容易逃避侦查与打击。^[21]根据我国刑法,既没有“没有主犯的从犯”,也没有“没有从犯或其他主犯的主犯”。德、日刑法中正犯的常态是单独正犯,但我国刑法中的主犯不会存在于单独犯罪中。“主犯”和“正犯”不能等同。单一正犯理论将犯罪参与理解为单个人犯罪的特别形态,不是“完全忽视共同犯罪归责的特殊性”,使得

[18] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第465页。

[19] 同前注[8],第185页注7。

[20] 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,第65—66页;李瑞杰:《机能主义视野下共同犯罪的再解释》,载《法治社会》2019年第5期,第122页。

[21] 参见王作富:《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,第239页。

“共同犯罪的归责基础几乎被瓦解了”^[22]，而是贯彻责任主义的必然产物。如果我们以导致构成要件“泛滥”指摘单一制，恐怕也不适合。区分制如果不当认定狭义共犯和共同正犯，同样有导致刑罚泛化的危险。此外，单一制未必不能与结果归责理论结合：将他人行为视为自己行为的一部分，从而将他人行为的结果归属于自己的行为。^[23]

其次，有人认为，单一制摒弃违法连带说，将导致“不法内涵的相对化”：“同一个行为要么是不法，要么不是不法，并且一旦是不法就永远是不法，绝无可能在同一个时空里任意转换属性。因此，单一制在孤立地考察共同犯罪时，犯了不法相对化的错误。”^[24]这种说法或许不尽妥当。在打击错误的问题上，德国通说采取“具体符合说”，承认同样一个自然行为分别造成故意不法与过失不法。同理，即使是通常所谓的正当防卫和阻却“不法”的紧急避险，对于第三人而言，也可能仍是一个“不法行为”，进而可以正当防卫。例如，行为人A不知道行为人B是因为躲避仇人C追杀才闯进自己家里的，但A对其进行了防卫，在此案中，即使认为B的避险行为属于“正当化的紧急避险”，但也是“正在进行的不法侵害”，可以进行正当防卫。^[25]又如，在博物馆中，行为人A受到行为人B的追杀，A准备向B抛掷明朝景泰蓝花瓶，参观游客C为了保护古董，上前死死抱住行为人A的手。试图抛掷的行为既是紧急避险也是正当防卫，阻止抛掷的行为是正当防卫。在区分制体系中，以利用他人认识错误而形成间接正犯的案件而言，意志支配人的不法内涵与错误行为人的不法内涵也会不一样。^[26]不法内涵相对化的普遍存在，说明不法内涵绝对化理论的不合理。正是基于此，意大利刑法学界有人认为，犯罪参与是数个人数个犯罪的“竞合”。^[27]一般所称的想象竞合，是一个主体支配下一个自然行为造成数个法益侵害。而犯罪参与行为，是数个主体支配下一个自然行为造成数个法益侵害。

[22] 何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，同前注[2]，第143页。

[23] 详细论证参见李瑞杰：《体系的思考方法下的参加理论》，载《西部法学评论》2018年第6期，第40—41页。另需指出，意大利学界在参与者和危害结果因果关系的认定上，早已摒弃自然主义的条件说，转而采取规范性评价的因果关系。参见杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林评译，中国人民大学出版社2004年版，第332页以下。

[24] 何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，同前注[2]，第148—149页。

[25] 在被避险人知情时，是否还能对避险人正当防卫，或许有争议。但能肯定，如果被避险人不知情，其能为了保护自己的权益而对避险人正当防卫。基于法律保护私权的精神，被避险人没有容忍的义务，也有理由认为，即使其知情也可以拒绝避险人的避险请求，此即谓，“己所不欲，勿施于人”。

[26] 在德国通说归纳的间接正犯类型中，对一个自然流程存在多种不法评价的情形至少包括：（1）利用他人过失的行为；（2）利用他人不法意识错误的行为；（3）利用他人故意犯罪的行为；（4）利用他人适法的行为。参见罗克辛：《德国刑法学总论》（第2卷），王世洲等译，法律出版社2013年版，第21—37页。日本的情况，则参见同前注[4]，第69—73页。

[27] 参见陈忠林：《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社1999年版，第218页。

单一制中将实行犯的行为分别评价为狭义共犯的不法与实行犯的不法,难以被区分制论者接受,或许与罪数理论中历来将想象竞合犯视为“本来的一罪”思路密切相关,即自然单数不可能被评价为法律复数。^[28]事实上,正是由于区分制将彼此的不法绑在一起,使得对向参与行为可罚性的研究一直不深入^[29],也会在“共犯与错误”上造成一系列弊病。

再次,因果律与自由律的区分,无法为区分制提供实质根据。将自由律贯彻到底,则应否定因果共犯论,所有狭义共犯都不应当承担任何刑事责任。正犯有其自由意志,就应“抵御”其他人对自己行为的干扰,其行为的结果也不能由其他人负责。既然区分制论者认为,最重要的不是“法益侵害”,而是“法益侵害”落在构成要件的规制范围之内,那么,我们似乎也有理由说,根据自由律,每个人都只能对其自由意志支配的范围内之事负责,亦即,“人的意志只有不顾欲望、爱好和外界的支配,完全依照理性的先天道德原理,做到自律,即真正的自由或独立自主时,才有道德性,而人也才真正成为人”。^[30]事实上,区分制也没有将“人非工具”的理念完全落实。如在区分制中,“间接正犯是指将人利用为工具实行犯罪”,“间接正犯在利用他人犯罪这一点上,与教唆犯相似,而与直接正犯有所区别”。^[31]这样,区分制就在间接正犯场合明确承认台前人是幕后人的“工具”——这里不是指间接正犯的工具理论——即被他人假手实现构成要件。就此而言,如果有人指摘,在单一制中,“事实上的关联性无法建构起规范性归责的基础和界限”甚至“共同犯罪无非是数个单一不法的竞合,几乎与同时犯没有什么不同”^[32],可能也值得商榷。刑事司法坚持“以事实为根据,以法律为准绳”,评价客体先于对客体的评价。如果各行为人的行为在事实上没有关联,不论什么学说也不能认为他们之间会构成共同犯罪。单一制与区分制的差别,在于是否主张将存在论上的共犯现象归结为在规范论上的共同不法。区分制以往只强调共犯对正犯的从属,而忽视正犯对共犯的利用,这不自洽。区分制既然断定事实上的依存关系应理解为规范上的共同归责,或许就没有理由认为正犯不在规范上依附于共犯。反之,如果强调正犯和共犯的双向利用或依附,乃至于不拘泥于构成要件认定正犯,也不可行。区分制走到这一步,就走到了其理论终点,毕竟,论者自己都坦言,“何谓构成要件行为,尤其是何谓构成要

[28] 我国已有学者对基于“本来的思考方法”的传统罪数论展开深刻的反思。参见庄劲:《机能的思考方法下的罪数论》,载《法学研究》2017年第3期,第143—159页。

[29] 参见李瑞杰:《从单一正犯视角看网络犯罪中的参与问题》,载赵秉志主编:《刑法评论》(第32卷),法律出版社2019年版,第52—56页。

[30] 杨祖陶:《康德黑格尔哲学研究》,武汉大学出版社2001年版,第168页。

[31] 李在祥:《韩国刑法总论》,韩相敦译,中国人民大学出版社2005年版,第384—385页。

[32] 何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,同前注[2],第147页。

件行为的一部分,其实相当难以界定”。^[33]

最后,有学者或许会认为,“单一制始终没有很好地回应自由律的溯责禁止效应”^[34],倘若行为人已经自律地做出是否实现构成要件的决定,那么,构成要件结果就是在行为人管辖领域中产生的,该行为人应承担首要的责任,其他幕后者的单独正犯性就被否定。^[35]不过,既然坚持“溯责禁止”,那为什么只是不能对单独正犯进行回溯,而仍然能对共同正犯、教唆犯、帮助犯乃至“正犯背后的正犯”进行回溯?有鉴于此,学者最后也承认,“‘正犯后正犯’理论之提出具有浓厚的刑事政策色彩。这一理论使自我答责原则与溯责禁止理论受到根本性动摇”。^[36]其实,缺乏责任能力的正犯,本不应视为是在法律上存在意志自由而能承担责任的人。彻底坚持“溯责禁止”,就难以采取限制从属性说。

三、“个别归责说”的具体展开

从“共同的归责思路”到“个别的归责思路”的转向,能为许多共犯问题的解决提供全新的路径。

第一,解决片面共犯问题必须依赖单一制。在区分制中,“犯罪参与人之间应当具有双向或者多向的意思联络,片面共犯的可罚性成为问题”。^[37]在区分制中,片面共犯理论的地位十分尴尬:如果肯定片面共犯属于刑法总则中的共犯,必然会动摇区分制的理论根基;如果否定片面共犯属于刑法总则中的共犯,必然会造成不合理的处罚漏洞。我国《刑法》第25条第1款对“共同犯罪”范围进行了明确规定。如按区分制体系解释该规定,则不能处罚“共同故意犯罪”以外的参与者。在区分制中,先得“整体认定犯罪”、判断各参与者是否已经结成密不可分的共同归责体,而后才可能追究他们的责任。如果将“共同故意犯罪”之“共同”解释为“客观共同+主观共同”,由于片面共犯同其他参与者缺乏意思联络、没有“共同的故意”,因此,他们之间没有形成“共同归责体”而使片面共犯难以受到处罚。但依刑法基本原理——尤其是责任主义,甲是否构成犯罪,与乙是否认识到自己是在和甲共同犯罪,应毫无关系;乙的认知情况不能影响甲是否构成犯罪。职是之故,有些区分制论者将“共同故意犯罪”解释为“共同去

[33] 何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,同前注〔2〕,第154页。

[34] 何庆仁:《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》,同前注〔2〕,第146—147页。

[35] 参见岛田聪一郎:《正犯·共犯论的基础理论》,东京大学出版社2002年版,第263页,转引自西田典之:《共犯理论的展开》,江溯、李世阳译,中国法制出版社2017年版,第185页。

[36] 何庆仁:《溯责禁止理论的源流与发展》,载《环球法律评论》2012年第2期,第45页。

[37] 梁根林:《传统犯罪网络化:归责障碍、刑法应对与教义限缩》,载《法学》2017年第2期,第5页。

故意犯罪”^[38]或者“共同地故意地犯罪”^[39],以便在语义上为使片面共犯能成立“共同犯罪”扫清障碍。但问题是,倘若认为“即使仅具有物理性因果关系也可能为共犯的处罚提供根据”^[40]，“共同”仅指“客观共同”——不包括心理性联系,那么,平行正犯(同时犯)也将符合这一理解,最终使区分制的根基崩坏。反之,如按单一正犯理论解释我国刑法规定,在片面共犯场合,参与者之间虽不构成共同犯罪,但能对片面共犯直接根据分则定罪处刑,当然,对其可视情况处以比假定构成共同犯罪的参与者更轻点的刑罚。这不仅合乎情理、法理,也符合单一制的精神和我国共同犯罪规定的立法宗旨。

实际上,区分制因受制于“部分行为、全部责任”,也无法承认片面共同正犯。“共同正犯之实质处罚根据,系在于各共同正犯者透过部分实行行为所具有之相互补充功能与心理促进功能而惹起法益侵害之结果,因此,若共同者之间欠缺实行行为(相互利用、补充)之意思,则不应有‘一部行为全部责任原则’之适用,而不得成立共同正犯。”^[41]德国与我国台湾地区的实务与学说,也都持否定见解。日本的情况与此类似,“判例、多数说主张,要成立共同正犯,参与者之间的意思沟通是必不可少的”。^[42]在本质上,共同正犯是区分制的产物、共同正犯规定是刑罚扩张事由,在采取区分制的德、日刑法与我国台湾地区“刑法”中均有共同正犯规定。例如,《德国刑法典》第25条第2款规定,“数人共同实施犯罪的,均依正犯论处”。为区别平行正犯和共同正犯,德国法官审查共同正犯“共同性”时,对各参与者,不仅需要考察他们是否存在“客观共同”,还需要考察他们是否存在“主观共同”。由此,片面共同正犯不符合德国刑法共同正犯规定、不能论以共同正犯。

第二,在区分制中,共犯行为不具有实行性。这从立法层面排除正犯既遂而共犯未遂、正犯未遂而共犯中止的情况,而与共犯脱离理论抵触。采取区分制的刑法,在其总则中都有犯罪未遂的定义与罚则。直接故意犯罪的分则构成要件,专门为既遂情形而设。如果刑法缺少对未遂这一“刑罚扩张事由”的规

[38] 参见张明楷:《共同犯罪是违法形态》,载《人民检察》2010年第13期,第8页。不过,在刑法条文中擅自加入“实义动词”,有违罪刑法定原则。而且,该条文原本是裁判规范,用于法官裁判案件时如何认定共同犯罪,但论者将“陈述行为状态”的规定,变通解释为“侧重于表达共同犯罪人的行为趋向和目的”的规定,也有不妥。

[39] 参见李强:《片面共犯肯定论的语义解释根据》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第2期,第57页。

[40] 西田典之:《共犯理论的展开》,同前注[35],第164页。张明楷教授也称,“共同犯罪”中“共同”应理解为“不要求共犯人之间存在作为共通的犯罪意思的故意”。参见张明楷:《共犯的本质——“共同”的含义》,载《政治与法律》2017年第4期,第14页。

[41] 参见陈子平:《刑法总论》(2008年增修版),中国人民大学出版社2009年版,第370页。

[42] 桥爪隆:《有关不作为与共犯的几个问题》,王昭武译,载《苏州大学学报(法学版)》2018年第1期,第132—133页。

定,则不得处罚未遂犯。由于构成要件主体限于单个的直接行为人,而实行之后才能构成犯罪未遂,因此,在犯罪参与中,如果缺少正犯或者正犯尚未实行,那么犯罪参与根本不成立。《日本刑法典》第 61 条第 1 款规定,教唆犯是教唆他人使之实行犯罪的人,显然,正犯实行犯罪后才成立教唆犯。日本刑法通说正是据此归纳出“实行从属性说”。在现行《德国刑法典》第 25 条第 2 款的共同正犯规定中,虽说没有继续沿用旧刑法中“实行”(ausführen)一词,而改采“做出”(begeht)一词,但因在第 25 条第 1 款有关两种形式(直接正犯、间接正犯)的单独正犯规定中,同样使用的是“做出”,所以,共同正犯的认定也应紧紧围绕构成要件进行。不然,共同正犯将与狭义共犯混淆。类似地,《日本刑法典》虽然没有规定单独正犯,但是明确规定共同正犯,而且,第 43 条犯罪未遂规定中所用的“着手实行”与第 60 条共同正犯规定中所用的“共同实行”保持着表述上的一致。由此而言,没有犯罪实行就没有犯罪参与,未遂犯的处罚根据与正犯性的认定标准相同。在这样的立法背景下,共犯依附于正犯,自然是实行犯未遂、中止或既遂,则其他共犯未遂、中止或既遂。但根据共犯脱离与共犯中止理论,撇开实行犯,对狭义共犯论以未遂或中止,就意味着区分制论者承认教唆犯与帮助犯的实行性。《日本刑法典》第 43 条规定,“那些着手实行犯罪行为而未能实现的人,可以减轻处罚”——第八章的章名是“未遂罪”(含第 43—44 条)。故在区分制中,不能在承认正犯未遂或既遂的同时,认定共犯中止或未遂。“只要赞同以正犯着手为共犯可罚之前提的实行从属性说,就不能承认加担行为本身未遂可以中止。”^[43]但在我国,《刑法》第 13 条是对犯罪行为的一般规定,第 14 条是对故意犯罪的一般规定,第 22—24 条是犯罪未完成形态的认定依据。第 25—29 条作为“共同犯罪”节的规定,应受到上述五个条文的指导。^[44]基于罪责自负原则,结合第 13 条中“犯罪”的概念、第 14 条中“自己的行为”的表述,第 22 条中“为了犯罪”显然只能被理解是“为了自己着手实行犯罪”,而不是“为了他人着手实行犯罪”,不然就无法解释为何为了他人的犯罪“准备工具、制造条件”却需要自己负责。同理,第 23 条中“已经着手实行犯罪”,是指“行为人自己已经着手实行犯罪”,而非“别人已经着手实行犯罪”,不然就无法解释为何他人着手实行犯罪却导致自己被评价为未遂犯。根据《刑法》第 22 条与第 23 条,“着手实行”是未遂犯具备可罚性的起点(着手与未遂难以割裂对待);成立未遂,需要已经着手实行的犯罪,因“犯罪分子意志以外的原因而未得逞”。这说

[43] 西田典之:《论共犯中止——共犯脱离与共犯中止》,周微译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 27 卷),北京大学出版社 2010 年版,第 2 页。

[44] 第 13 条与第 14 条指导第 25—29 条的路径,很容易得出。而且,由于共同直接故意犯罪的场合才可能存在未完成形态,所以是第 22—24 条指导第 25—29 条,而不是相反。事实上,德国刑法、日本刑法、我国台湾地区“刑法”,也都是未遂(障碍未遂与中止未遂)规定在共犯规定之前。

明,在“着手实行”时各参与者都存在一个追求犯罪得逞的主观意志,“着手实行”不能做纯粹客观的理解,同时,“犯罪未遂”“犯罪中止”的认定与各参与者主观意志相连接,对于“犯罪结果”未能发生的原因,需要认真考察其究竟源自各参与者“意志以外”还是“意志以内”。至于成立哪种犯罪的未遂,就更需要考察各参与者主观意志的内容(故意的内容)。而在犯罪参与中,各“犯罪分子意志”不同的情形并不罕见。为准确认定犯罪形态,当然需要对各参与者的主观意志进行个别判断、采取“个别的归责思路”。

第三,区分制奉行“部分行为、全部责任”口号,但此口号缺乏法理基础。^[45] 区分制不仅借助共犯脱离理论绕开“一人既遂、全体既遂”命题,而且通过个别认定理论反思“一人实行、全体实行”命题。德国刑法通说原本流行以“整体认定理论”认定参与着手的时点。“只要参与者中有一人着手犯罪的实行,并超越预备行为和未遂之间的界限”,则全部的参与人“都必须承担未遂的罪责”。^[46] 当然,根据该理论,“着手”后参与进来的共犯,一旦参与即成立未遂乃至既遂。这种思路鲜明地体现在1958年1月23日经由德国联邦最高法院第四刑事部判决的“谋杀案”中。在该案中,甲乙丙三人持枪潜入食品店内盗窃,并且约定逃跑中遇到紧急情况,可以向追捕的人开枪。在被害人发现他们盗窃后,三人开始逃跑,其中一人将同伙误认为追击者而向其开枪,子弹卡在同伙上衣的袖子内。德国联邦法院认定三人都构成谋杀罪的未遂。^[47] 在时隔近二十年后, Schilling 于1975年出版专著《共同正犯和间接正犯的犯罪未遂》(*Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*),猛烈批评该案判决。其后, Kratzsch、Bloy、Rudolphi 等人继续推进这一研究。^[48] 确实,法官不宜认定“共谋”的内容包括允许射杀自己。甲乙虽能成立抢劫致人重伤,但丙只是抢劫罪的基本犯,否则,在交通肇事中,肇事者身负重伤的结果也得计入对肇事者不法归责的范畴。罗克辛在其1963年的教授资格论文《正犯与犯行支配》以及《刑法典莱比锡注释书》第10版以前都采取“整体认定理论”,此后则开始赞同“个别认定理论”。他给出的例子是:甲与其他人约定一同抢劫银行,结果在到达约定地点的路上被警察查获,而其他入见甲爽约,便决意不等他而马上行事且抢劫犯罪既遂。其表示,甲只构成《德国刑法典》第30条第2款的“重罪

[45] 按单一正犯理论,即使在不存在广义的共犯脱离的时候,实行犯既遂使得教唆犯既遂的原因,也与“一人既遂、全体既遂”等无关,而是个别归责思路的运用。

[46] 参见陈毅坚:《预备阶段共同参与行为的性质:以共谋为例》,载《中外法学》2010年第5期,第789页。

[47] 德国学界的讨论情况,参见克里斯托斯:《未遂的着手与共犯》,赵书鸿译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第41卷),法律出版社2015年版,第355页。

[48] 详细介绍,参见陈毅坚:《共同正犯的未遂——以德国刑法释义学为视角》,载《中国刑事法杂志》2010年第1期,第111页以下。

约定”、论以犯罪预备^[49]，而其他人论以犯罪既遂。^[50] 如果将甲也认定为犯罪既遂，显然是在要求一个被羁押的行为人去阻止同伙继续犯罪。同样的情形还出现在“虚假参与”的场合，例如，甲乙两人为抢劫一对老夫妇，强迫他们的邻居丙去按门铃。虽然丙答应去按门铃，但同时也向警察报了警。在丙按门铃的时候，警察及时赶到，将甲乙抓走。德国联邦法院虽肯定甲乙构成犯罪未遂，但亦否定丙的实行性。^[51] 此外，在“假想参与”中也存在类似问题。例如，甲受人欺骗，误以为杂货店老板乙想实施保险诈骗，而允许自己抢劫杂货店，从而制造保险事故、骗取保险金。事实上，乙没有保险诈骗的故意，但在受到抢劫后果真向保险公司提出赔偿请求。德国联邦法院认为甲构成保险诈骗罪未遂的共同正犯。^[52] 确如学者所说：“如果共同犯罪只有一个共同不法，只共同充足了一次构成要件，则本应只有一个着手点；只有认可数个平行的单一不法，才可能承认着手的多样化。”^[53] 正是因为区分制论者已经意识到其理论的固有缺陷，他们有时也在偷偷采取“个别的归责思路”。

第四，由于区分制中刑罚扩张事由限于总则明确规定，必然使“故意共犯+过失正犯”情形中的共犯脱离刑事制裁的范围。如果承认构成要件故意、正犯能因缺乏故意而不符合构成要件，那么会出现共犯无从依附一个“故意的违法行为”（zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat）得以成罪的局面。例如在“上山打猎案1”中，甲乙两父子上山打猎时，甲看见了父子共同的仇人丙，并误以为乙也看到了，就喝令乙赶快开枪，而潜伏在草丛中的乙，此时看见了一头狂奔的麋鹿，误以为是甲要自己开枪打麋鹿，结果乙开枪击中麋鹿，而根本没注意仇人，但子弹从仇人头上飞过。甲已经故意地引发了致人死亡的紧迫危险，不过，由于乙不具备犯罪故意，基于“共同的归责思路”，两人没有形成共同的不法结果，故他们不成立共同犯罪、甲也不构成犯罪。同理，在“喂服毒药案1”中，医师以为护士能预见自己开的某药品为毒药，并指示护士给患者喂服，护士其实根本无法预见自己送给患者的是毒药。采取区分制后，我们也只能认为医师无罪。虽然上述两则案例只涉及“教唆共犯+过失正犯”情形，但在“帮助共犯+过失正犯”的场合，亦然。正是因为“共同的归责思路”存在这些弊

[49] 德国刑法分则中实质预备罪很少，但通过第30条第2款，将所有重罪的共谋纳入刑事制裁的范围。

[50] 德国学者罗克辛对该案的深入讨论，参见李进荣：《共同正犯之未遂》，台湾政治大学法律研究所1998年硕士论文，第106页。

[51] Vgl. BGHSt 39, 236 (236 f). 中文资料，参见同前注[47]，第356—357页。

[52] Vgl. BGHSt 40, 299 (299 f). 中文资料，参见罗克辛：《德国最高法院判例·刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社2012年版，第139—141页。

[53] 何庆仁：《归责视野下共同犯罪的区分制与单一制》，同前注[2]，第149—150页。

病,德国学界也不乏对其批评的声音。^[54]可能有人会说,按《德国刑法典》第30条第2款未遂教唆的规定,在犯罪参与中,即使主行为人只是过失犯罪,而策动者误认为其是故意犯罪,也能对策动者论以未遂教唆。^[55]问题在于,该款限定于法定最低刑为一年以上徒刑的重罪,而且德国刑法缺乏处罚未遂帮助的规定,更何况,包括日本在内的许多采取区分制的国家,甚至连处罚未遂教唆的规定都没有。

第五,区分制将构成要件的主体假定为直接且单独的行为人。间接行为人如果成为正犯或共犯就必须存在明确的刑罚扩张事由,这表现为间接正犯、共同正犯、教唆犯、帮助犯等规定。这样,区分制在未完成形态的认定上形成两套不同的体系:从形式上看,满足刑罚扩张事由会成立参与的既遂;从实质上看,“共同”犯罪行为实现“法益”侵害也会成立参与的既遂。例如,在“喂服毒药案2”中,医师以为护士不能预见自己开的某药品为毒药,并指示护士给患者喂服,护士其实已经察觉到自己送给患者的是毒药。从间接正犯的构成要件上来看,医师成立故意杀人罪(间接正犯)的未遂犯;从犯罪参与的侵害结果上来看,医师成立故意杀人罪的既遂犯(满足《刑法》第14条与第232条)。有学者认为:“间接正犯的故意在利用他人这一点上,与教唆犯的故意有着基本相同的一面,同时,从实质性的责难可能性程度来看,比教唆犯的故意具有更恶劣的性质,可以把教唆犯的故意包含在其中,因此,在法律上确认为更轻程度的教唆犯的故意是可以的。”^[56]然而,间接正犯是比教唆犯更高的不法形态。正如在故意杀人中已经致人轻伤但未遂时,我们难以认为行为人不构成故意杀人罪(未遂)、转而认为其构成故意伤害罪(既遂),我们也没有道理一律将医师只评价为教唆犯既遂。并且,医师和护士没有共同犯罪的故意、两人不能构成共同犯罪,否则,我们就要根据刑法规定将两人分别认定为主、从犯或者都认定为主犯。同理,在“上山打猎案2”中,若乙开枪击中麋鹿、同时击中自己没注意到的仇人,从教唆犯的构成要件上来看,甲是故意杀人罪(教唆犯)的未遂犯;从犯罪参与的侵害结果上来看,甲是故意杀人罪的既遂犯。同理,“教唆犯与无形的帮助犯的区别主要在于是否使他人产生实行特定犯罪的决意。教唆犯是使没有犯罪决意的人产生实施特定犯罪的决意。而帮助犯是指强化他人实施特定犯罪的

[54] 自1943年德国刑法修订、明确要求共犯对正犯故意之从属以来,德国学界对其就不乏批评之声。如罗克辛认为,上述立法“令人难以理解地撕开了刑事可罚性的漏洞”,不过,考虑到法教义学的内在品性,“根据现行法律,这个立法者看着被撕裂的刑事可罚性漏洞必须加以容忍”。参见罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),同前注[26],第107—108页。

[55] 如果认为《德国刑法典》第30条第2款规制的是顶着未遂犯名义的预备犯,那么将“上山打猎案”中的甲论以未遂教唆是很不恰当的做法。

[56] 木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第394页。

决意,或者是提供建议使他人更容易地实行犯罪”。^[57] 在“教唆犯”不知正犯早有犯罪决心而仍然对其“教唆”的情况中,若最终正犯实行既遂,对于“教唆犯”究竟论以“未遂教唆”还是“帮助既遂”? 显然,出现难题的直接原因,在于区分制要求共犯存在“双重故意”,亦即,教唆故意包括,完成一个确定的故意地违法的主行为 and 使主行为人萌生行为决意。帮助故意包括,实施并使得一个特定的故意地违法的主行为实现既遂和自己提供帮助的故意。^[58] 在被教唆者没有责任能力(或没有规范意识),而教唆者误认为其具备责任能力(或误认为其具备规范意识)时,按区分制原理,同样难以对教唆者进行归责:“被利用者由于不具有责任能力不能成为正犯,而利用者单独成了教唆犯,按共犯从属性之通说这是不可理解的。”^[59] 详言之,被教唆者没有支配犯罪而不是正犯,教唆者虽在客观上“支配”犯罪但因其没有支配犯罪意思也不能论以正犯。故区分制论者不得不承认:“着眼于错误理论适用上的特殊情况,这时,只有回避从属性说的制约。”^[60]

第六,严格根据违法连带说,实行犯^[61]成立打击错误或对象错误,则共犯也应成立打击错误或对象错误,实行犯的犯罪结果提前发生或推迟发生也当然及于共犯。在“马厩杀人案”^[62]中,农场主甲意欲杀死自己的继承人(儿子乙)而找来丙,要丙潜伏在乙日常必经的马厩,并向其提供乙的照片、详细讲述乙的长相。在暮色降下后,丙依稀看见有人走来,便迫不及待地开枪射击。事后发现受到枪击的是丁。丙是故意杀人既遂并无问题,但甲是否成立打击错误则留有疑问。我国区分制论者认为,丙的对象错误就是甲的对象错误,丙当然是故意杀人既遂。^[63] 这种思考方法是,实行犯的侵害结果是教唆犯的教唆行为制造的,基于“共同的归责思路”,教唆犯也应对实行犯的对象错误负责。^[64] 详言之,在区分制中,“共同犯罪是靠正犯的实行行为来完成的,教唆犯、帮助犯、正犯之间的关系也是以实行行为作为纽带”,“因此,认定教唆犯、帮助犯的错误的性质,应以正犯者的实行行为为标准。正犯者是客体的错误,对教唆犯、帮助

[57] 赵晨光:《论共犯区分制体系下国际刑法中的个人刑事责任原则》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第26卷),法律出版社2011年版,第462页。

[58] 参见金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第443页、第458页。

[59] 刘明祥:《错误论》,中国法律出版社、日本国成文堂联合出版1998年版,第287页。

[60] 同前注[56],第394页。

[61] 由于区分制中已经逐渐抛弃了其理论根基“限制的正犯概念”,“正犯”可能不直接实现构成要件,所以采取“实行犯”的措辞更为妥当。这样,讨论中的“共犯”包括共谋共同正犯在内。

[62] 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法中的共犯理论》,劳东燕、王钢译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第27卷),北京大学出版社2010年版,第102页。

[63] 参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第444页;黎宏:《刑法学总论》(第2版),法律出版社2016年版,第307页。

[64] Vgl. BGHSt 37, 214 (218). 中文资料,参见同前注[52],第24—29页。

犯来说,不应该认定为方法错误。”^[65]上述做法必然会抹煞诸多不同情形中归责结论应有的差异。例如,在“一半黄金案 1”中,甲在教唆乙杀丙时,给乙详细地介绍了丙日常生活习惯,还交给他两张非常清晰的照片,并告诫他不要杀错人,他的心里只想让丙死,如果乙杀错人则后续一半的黄金将得不到。乙准确地“捕捉”到了丙,但在开枪时出现打击错误,没击中丙,却击中路人丁。又如,在“一半黄金案 2”中,乙同样准确地“捕捉”到了丙,但丙与朋友丁同行,乙为不放过这个天赐良机,明知可能误伤丁,但不管不顾,结果在开枪的时候出现偏差,没击中丙,却击中其朋友丁。按照前述论者的逻辑,在“一半黄金案 1”中,由于实行犯属于打击错误,教唆犯也属于打击错误;而在“一半黄金案 2”中,由于实行犯不是打击错误也不是对象错误,所以教唆犯不是打击错误也不是对象错误。^[66]这些结论明显不妥,故有少数区分制论者认为,“马厩杀人案”中的甲属于打击错误。例如,罗克辛就将实行犯比作是教唆犯自己射出去的一支箭,在此案中,教唆犯“发出的‘箭’发生了‘偏离’”。虽然乙是对象错误,但甲则成立打击错误。^[67]虽然少数学者的结论具有合理性,但与区分制原理抵触。在区分制中,实行犯不是教唆犯支配的犯罪工具,间接正犯才是。相反,按单一正犯理论,我们只需要单独判断为某共犯利用的其他共犯行为及其引发的结果,能否归责于某共犯的犯罪故意。由此,“教唆犯、帮助犯实施教唆、帮助行为时,其所指向的客体就是其意欲侵害的客体,因此,客体并非发生错误,只是由于实行行为出现偏差,才导致实际侵害的客体与教唆、帮助行为指向的客体不一,这无疑应视为方法的错误”。^[68]在“马厩杀人案”和“一半黄金案 1”中,教唆犯都明确表示出“不希望错杀”的愿望,并且通过各种途径“尽力避免”错杀,所以对于被害人死亡结果只具有犯罪过失。同时,由于教唆犯的犯罪行为最终也造成了故意杀人的紧迫危险,其应成立想象竞合犯。而在“一半黄金案 2”中,由于乙明知自己的行为可能会造成甲不希望的结果,但还是去做了,理所当然地甲应成立打击错误。

四、结语

何庆仁教授认为,“共同犯罪与单独犯罪的差异不在于人数的多寡,也不在于是故意还是过失,而在于规范视野下是共同归责还是单独归责”。^[69]但如前

[65] 同前注[59],第 287 页。

[66] 值得说明,刑法学者研究打击错误的时候,首先存在一个前提,即“行为人对处于目标乙旁边的丙并不存在未必的故意”。参见同前注[5],第 192 页。

[67] 参见罗克辛:《德国刑法学总论》(第 2 卷),同前注[26],第 127 页。

[68] 同前注[59],第 287 页。

[69] 何庆仁:《共同犯罪的立法极限——以我国刑法中的共同过失犯罪为中心》,载《法学》2018 年第 8 期,第 87 页。

所述,不论客观归责理论还是主观归责理论,都依据单个人的具体认知而展开。共同犯罪只是犯罪的方法类型,而不是不法的归责类型。“部分行为、全部责任”,只是区分制在事实层面对共动现象的素描,难以据此延伸出规范层面的共同归责:“不可能仅仅因为实施了部分实行行为,而要其承担‘全部’责任”〔70〕,承担全部责任的根据只能是,“他人的行为作为自己的行为”的一部分〔71〕,或者说,“将他人的行为作为中介,扩张了自己行为的因果性”〔72〕。既然犯罪的本质是侵害法益,共同犯罪的本质也只是共同侵害法益。从中,我们既不能得出犯罪共同说,也不能得出行为共同说,更无法由此建构出共犯从属性说。区分制体系偏重于“共同犯罪行为与单独犯罪的不同”,但“主体的区分只是表象而非实质”。〔73〕在间接正犯の場合也涉及多个主体的区分,但没人由此认为,间接正犯必然属于共同犯罪人。在“个别的归责思路”之外不能也没必要另提“共同的归责思路”。〔74〕

(审稿编辑 邵博文)

(校对编辑 徐成)

〔70〕 阎二鹏:《犯罪参与体系之比较研究与路径选择》,法律出版社2014年版,第208页。

〔71〕 李世阳:《规范论视角下共犯理论的新建构》,载《法学》2017年第11期,第104页。

〔72〕 黎宏:《刑法学总论》,同前注〔63〕,第282页。

〔73〕 同前注〔70〕,第6—7页。

〔74〕 参见李瑞杰:《犯罪参与理论的讨论范式及其转换》,载《交大法学》2019年第4期。