



日本刑法共谋共同正犯的理论及其发展

李邦友

日本刑法中并未规定共谋共同正犯的概念。这个概念是在日本长期的司法实践中通过判例形成的,它是“指二人以上在就犯罪的实行谋议后,其中一部分人实行了,包括没有直接实施实行行为的全体共谋者都成立共同正犯。”^①然而日本刑法第60条规定的共同正犯是指“二人以上共同实行犯罪”。在解释“共同实行犯罪”时,无论是依据犯罪共同说或行为共同说,都将其理解为每个人都犯罪的实行行为。正如木村龟二所说的:“所谓实行的共同意味着实行行为的分担。”^②然而判例将仅参加谋议共同实行犯罪而并未亲自下手实行犯罪的人与亲自下手实行犯罪的人一同作为共同正犯处罚。判例的这样处理与刑法对共同正犯规定的理解显有冲突,于是他们试图克服传统共犯理论,重新创立新的理论来解释判例的观点。

日本刑法确定的共谋共同正犯的判例已有近百年的历史。起初判例承认共谋共同正犯仅限于少数的几种犯罪。如诈欺罪、伪证罪、赠贿罪等犯罪,后来扩大到许多暴力犯罪。对共谋共同正犯由例外承认到广泛承认,表明判例的立场,日本刑法改正草案也曾规定了共谋共同正犯。日本判例的这一观点影响到韩国和我国台湾地区的司法实务,使它们也有判例肯定共谋共同正犯。这些现象表明理论上共谋共同正犯的确立对社会实践的意义,在于一定程度上可以有效地打击组织、领导犯罪集团或组织犯罪、黑社会犯罪的首要分子或骨干分子。

尽管判例确立共谋共同正犯之初受到不少批判,日本判例还是坚定其立场。日本刑法理论界为此想方设法解释判例的立场,于是乎,共同意思主体说、间接正犯类似说、目的的行为支配说、价值行为理论、优越支配理论等一系列肯定共同共谋正犯的理论就相继登台。

一、共同意思主体说

共同意思主体说是最早提出的共谋共同正犯理论学说。它最早是由日本的法官草野豹一郎所提出,齐腾金作、下村康正等学者继承和发展的理论。该学说的特点就是将共犯现象作为超个人社会心理现象来把握。这种理论认为,作为共犯现象,它不应被把握为各个共同意思的主体的个人的行为,而应作全体的共同意思主体来把握。

草野豹一郎作为该理论的开拓者,对共谋共同正犯的解释体现了该理论的特色。他说:“共犯现象是一种特殊的社会现象,它不是由个人的行为所产生,而是由数人的共同的行为所产生,这种共同现象在经济学、社会学上作为分工与合作来研究,在民商法上作为法人或组织体来规定,这种共同现象,从刑法上考察,就产生了共犯这种特殊的社会现象。由此观之,共犯系二个以上的人向着同一目标的一种特殊的社会心理现象。”对于这种社会现象为什么要作为共同正犯对待,他说:“二个以上的异心别体的个人,为了实现一定犯罪之共同目的,变成同心一体,并且这种共同意思主体,决不是自然产生的,而是二个以上之人协议实行一定之犯罪,

并且以此协议为共同之目标,相互利用、相互补充,实现共同的犯罪事实。这些参加谋议的个人结合起来,犹如法人或组织体,为着共同的事业,统一协调、统一行动。因此,共同意思主体的活动并不仅仅停留在谋议上,而是通过谋议,由参与谋议中的一人或数人去着手实行共同目的犯罪,这才是共同意思主体的活动。那些没有着手实行犯罪的通谋者,应当被看作是亲自实行犯罪的人。”③

在草野看来,共同正犯正是“二个以上之人实现共同犯罪事实的人”,而“二人以上的共同”则是指:“二个以上的有责任能力的人在意思的联络下,成为一体。”为了说有意思联络,只要互相认识共同犯行并利用他人的行为,去实现全体成员谋议或协力的犯罪事实。“共同实行犯罪,并非是全体成员分担犯罪的实行行为。不用说,只要有共同者中的任何人实行是必要的,没有分担实行的谋议人与分担实行的人没有任何优劣之分。而在教唆犯罪场合,教唆人去教唆本没有犯罪意图或有犯罪意图并不坚决的人去实行犯罪,教唆人本身是不会参与实行的。在这一点上共谋共同正犯与教唆犯是有区别的。共谋共同正犯在犯罪的实行上起着重要的作用,应与实行的人作同一处理。”④

齐腾金作是草野共同意思主体说的继承者。他对于草野主张的共犯成立乃至处罚上的“共犯连带性”的理论作了一个小小的修正。他认为“共犯成立上具有一体性,处罚上具有个别性。”即他认为,“共犯成立上,由于异心别体的个人向着共同的犯罪目标同心一体。相互利用、相互援助,完成了预谋的犯罪,但在处罚上,仍应区别对待。”显然,他的理论与草野的团体共犯理论——民商法上的法人或组织体的共同经营理论如出一辙,只是在处罚上仍应贯彻责任主义原则,实行区别对待。他说:“我认为,共犯之所以是共犯,在于二人以上异心别体的个人,为了实现犯一定之罪的共同目的,同心一体,因此共犯中不应就各个共犯人的行为个别地予以把握。对此,草野教授使用的‘共同意思主体’一语是适当的,但是在共犯的处罚上还承认草野的共犯连带性理论,则就过分了。这是因为刑法是对各个具有自由意思的个人作为主体进行规范的。这正如小泉博士所说的,‘刑罚是以自然人作为对象的,特别是以其具有自由意思作为对象的缘故,其责任的归属应当个别化,即共同者的责任应依照各自的身份、加功程度深浅、刑罚加重减免事由等情况的有无进行个别地考虑。’”因此,齐腾金作认为“连带性”一语很容易引起人们误认为“连带责任”,而刑事责任具有一身专属性,不应具有刑罚上的连带责任问题。他认为应将“共犯成立上的连带性”改为“共犯成立上的一体性。”但在共犯的处罚上仍然应个别地进行考察,特别是责任阻却事由是对具有该事由的人才能阻却责任,其他不具有该事由的,仍不能阻却责任。他举例,在刑事被告人A唆使他人B湮灭自己的犯罪证据。在共犯的成立上,A、B应成立共犯,但在处罚上应分别地进行考察。刑法规定的湮灭证据罪是指湮灭他人的证据,被告人湮灭自己的证据不构成该罪,属阻却责任事由。因此,被告人A不受刑罚处罚,B仍应受处罚。很显然,草野的观点具有浓厚的团体责任色彩,齐藤的观点稍缓和了草野的团体责任色彩。在今日提倡个人责任的刑法的背景下,草野的观点受到猛烈的批评就不难理解了,但齐藤的观点仍未跳出团体责任的圈子。

共同意思主体说将共犯现象作为一种特殊的社会现象,运用民商法的法人或组织体的共同经营理论来说明仅参加谋议而未亲自下手的人与亲自下手实行犯罪的人一样,对谋议的犯罪的实现起着重要的作用,这在一定的程度上解释了判例将仅参加谋议而未下手实行的人作为共同正犯来处理的理论根据。但它是团体责任的理论为理论根据。在今日强调个人责任、意思责任的刑法里,受到了不少刑法学者批评也就在所难免了。尽管这样,日本刑法实务中不少承认共谋共同正犯的判例还是采纳了共同意思主体说,如较典型的是昭和11年5月28日大审院刑事联合部的判决。该判决说:“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。其共同实现的手段未必一律,或者一起动手实现犯意,或者在共同谋议后由一部分人实现之,样

态虽然不同,但都是协心协力的作用、价值无异。因而,不论属于哪种情形。原则上都应该认为共同正犯的关系。”^⑤

由于具有团体责任思想的共同意思主体说受到学界的强烈批评,于是学者们就另避蹊径,寻找新的理论根据,支持共谋共同正犯说。

二、间接正犯类似的理论

此为日本刑法学者藤木英雄所主张的共谋共同正犯理论,他认为共同实行的有无应对二个以上之共同者的行为进行综合的全体的考察,全部成员都实行或一部分担实行是不必要的。其理由是没有实行的共谋者在共同犯罪意思的影响下,使实行担当者作为自己的手足使其行动,在实行担当者的背后起着精神上的鼓舞作用,并相互利用、相互补充,完成或实现共同的犯罪。^⑥即他运用间接正犯的理论,将仅参加谋议而没有亲自下手的人作为类似间接正犯的人来看待,将亲自下手实行犯罪行为的人作为他们的工具来看待。他说:“亲自实行犯罪并非是成立正犯的唯一标准。即使没有物理的身体动静,如果从行为的价值的角度进行考察,具有实质的正犯性质的行为仍是正犯的行为。”本来,“狭义的共同正犯,即所谓实行的共同正犯中,共犯人相互补充、互相利用向着共同的犯罪目标的实现而努力,这种亲自下手实行的人被确认为正犯没有特别困难。……但是,我也认为,没有下手实行而利用他人实现自己的犯罪,应当作为间接正犯来把握。间接正犯与下手的直接正犯应作同一处理。……从目的的行为论看来,它具有目的行为支配的作用。共同正犯,特别是利用他人行为的共谋者应与间接正犯作同一旨趣的理解,与亲自下手的正犯人的行为作同一评价。”他论证道:“以分担实行的人的谋议的意思为基础,在自己的意志支配下去实行犯罪,但决定其意思的内容,要受其与其他合谋者的谋议所约束,尔后的行为亦受谋议内容的约束,因分担实行的人没有实行与否的自由意思,也不容许放弃实行,即分担实行的人起着其他共谋者的道具的作用。”^⑦藤木英雄间接正犯类似理论欲摒弃坚持团体责任的共同意思主体说,以传统刑法理论定型说为根据来展开他的共谋共同正犯理论。针对现实社会中一些暴力团首领使其成员实行危害社会的严重犯罪,而自己则在幕后指挥,并不参与实行犯罪,以规避法律的制裁。日本刑法共犯一章规定的固有缺陷在于重点打击共同正犯,而教唆犯、帮助犯是从属于共同正犯的成立而成立。这样,像共谋共同正犯这样的人就难于以共同正犯受到处罚,这就很不利于打击那些暴力团首领。为了克服团体责任的共同意思主体说的缺陷,藤木运用间接正犯类似的理论来说明共谋共同正犯的正犯性,避免了团体责任理论的缺陷。但间接正犯类似的共谋共同正犯理论又制造了另一个缺陷,那就是共谋共同正犯与间接正犯确实不同:间接正犯是将他人——那些无刑事责任能力人——作为自己的手足——工具来实现自己的犯罪意图的情况,而共谋共同正犯是利用有责任能力的正犯实现共同谋议的犯罪意图,他人(正犯人)并不是简单的道具。正是由于这一明显的缺陷,主张这一理论的人极少,而且也同样受到了主张共同意思主体说的人的批判。

昭和33年5月28日,日本最高法院对所谓练马事件的刑事判决大体上采用了间接正犯类似理论来支持其承认的共谋共同正犯。判文说:“对共谋共同正犯的成立而言,重要的是二人以上者为了进行特定的犯罪,在共同犯意之下成为一体,互相利用他人的行为,进行了把自己的意思付诸实行这种内容的谋议,由此必须认为有实行了犯罪的事实,即使是没有直接参与实行行为的人,在将他人的行为作为自己的手段进行犯罪的意义上,也就没有理由认为其间在刑事责任的成立上有什么差异。在这种关系中,是否直接参与了实行行为,其分担或作用如何并不左右上述共犯的刑事责任本身的成立。”^⑧

三、目的的行为支配的理论

该理论从目的的行为理论出发来承认共谋共同正犯。根据目的的行为理论,行为系行为人根据自己的知识经验,预见能认识的结果,并以这种能预见的结果为目标,选择为达成此目标的必要手段,使其向着该目标的方向进行,而予以支配、操纵,并指导行为人的身体动静,以期实现该结果。^⑨在共谋共同正犯中,仅参加谋议而未下手的人对亲自下手实行谋议的正犯人具有

行为的支配力。即正犯人是按照谋议的内容,选择实行犯罪的手段,并向着预谋的共同犯罪目标进行,而予以支配、操纵着犯罪实行的过程。正因为谋议人在共同犯罪的过程中起着支配、操纵实行犯罪人的犯罪目标,最终实现的是自己意图的犯罪,所以谋议人具有共同犯罪的“实行行为的本质,即符合构成要件的行为支配的性质即是正犯”,而不是共犯。主张该理论的是日本的刑法学者平场安治。平场安治说:“共同实行并非是靠各个共犯人自己亲手实行构成要件的实行行为的一部或全部,只要对构成要件的实行行为具有全面的共同支配就足够了。因此,即使自己根本没有亲自下手实行,只要对他人的实行行为具有支配力,利用他人的行为去实现自己的犯罪,他就应该是共同正犯。”“对实行行为的理解应排除对其进行那种自然的、物理的、非得亲自下手实行的自然主义的理解,应当理解为对构成要件的实现具有支配力的行为。从这样的立场出发,那种一概否定共谋共同正犯的正犯性的理解就不是正确的态度。如果从行为人仅亲手实行一部分实行行为就应以共同正犯的规定对其追究全部的刑事责任这样的根据出发,共谋共同正犯不当然地被否定。”平场以这样的理解为基础:“按照我的理解,必须重视共谋者现实的意思及其谋议的客观机能。谋议者并不仅仅是参与谋议,而是具有对实行行为人的现实的支配力的影响作用,并促使其实行谋议的犯罪。对于这样的人,理当被认为是正犯……即使其中的某些实行行为人中止其犯行、谋议人会另寻其他实行行为人,最终完成犯罪,因此谋议人对整个共同犯罪具有支配力就在于此,让谋议关系者承担共同正犯之责的理由亦在于此。”

平场安治从目的的行为理论出发,在一定程度上说明仅参加谋议人的作用不亚于实行行为人,因为他对整个共同犯罪具有“支配力”。但是,并非所有参加谋议而未下手的人对整个共同犯罪具有支配力。即使对共同犯罪具有支配力的谋议人是否具有“正犯”的该当犯罪构成的实行行为,平场没有正面地说明。仅是说明他的作用对整个共同犯罪具有支配力,就具有了符合构成要件的实行行为。这样的理解实在难以说服坚持传统的定型说的学者。

四、价值的行为理论

该理论认为,判断刑法中实行行为的标准应以行为对社会是否具有价值即是否对社会有实际的影响来决定。同样的道理,要判断共谋行为是否具有“正犯”的性质,应否作为“正犯”负刑事责任,就必须判断“共谋”行为是否具有符合构成要件的实行行为的价值。如果“谋议”行为具有实行行为的价值,则该“谋议”行为就是符合构成要件的实行行为,谋议者就应负共同正犯之责任。主张这种理论的是日本的刑法学者庄子邦雄。庄子邦雄针对否定共谋共同正犯论者的论点指出,通过谋议,全体共犯人都对实行行为具有强烈的意思支配力,大体上都应被确认为正犯。分担一部分实行行为就是使欲实现犯罪的意思变成现实——外化为人的身体动静。

分担客观要件的部分行为与共同的意思支配的主观要件两者总和就形成了共同实行的评价判断。对于实现犯罪,可以说犯罪的谋议与分担的实行行为共同具有了强有力的影响力。因此即使不在现场的谋议人,其参与的谋议与在现场分担的实行行为共同具有了强有力的影响力。将他们作为共同实行者处理,没有什么不妥。庄子邦雄就认为,进行计划和发送命令的强盗犯罪的首要分子,即使不在犯罪现场,其计划与命令对于接受命令的在犯罪现场实行犯罪的正犯人实现其预谋的犯罪具有强烈的支配力。强盗犯罪的首要分子,尽管没有在现场分担实行行为,由于其命令、计划、指挥,也应作为全部预谋的责任者,与亲临犯罪现场分担实行行为的犯罪分子对实现其预谋的犯罪具有同样的作用,具有同样的价值。如果对于他人仅仅唤起实行强盗的决意,则是教唆犯,而不是谋议的共同正犯人,教唆犯对意图的犯罪没有参与或分担实行行为的意图。如果教唆犯唤起他人实行犯罪的决意时,其本人也达到支配和影响实行行为的作用时,利用、支配他人行为实现自己意欲协议的犯罪,则这种教唆犯就必须作为共同正犯来处罚。这种主张的特色在于其认为谋议人对整个共同犯罪具有强烈的意思支配力,因而共犯

人的共谋行为具有与正犯的实行行为相同的价值。日本的改正刑法草案对此引用为“基于共同的意思实行是指共同的意思支配下实行的实行行为。”

庄子的上述主张受到了大冢仁等学者的反对。大冢仁认为庄子将共谋行为从行为的价值角度解释刑法第60条的共同正犯的实行行为,是“牵强附会”的。的确,庄子的解释没有充分说明共谋行为的正犯性,只是因其具有“强烈的意思支配力”而具有实行行为的价值性,自然会受到学者的批判。

五、优越支配共同正犯说

这种理论认为在共谋人对实行行为人具有压倒优越的地位的情况下,实行行为人不得不实行犯罪,实行犯罪的人相当于谋议的人实现共同犯罪的工具时,其共谋行为具有了共同正犯的性格,应被评价为共谋共同正犯。主张这种理论的是日本刑法学者大冢仁。

大冢仁认为,本来共谋共同正犯的观念不符合刑法第60条的严格解释。但是,在认为实行行为就是包含着实现犯罪的现实危险性的行为的时候,单纯的共谋者中也存在着与直接的实行担当者同样应当被评价为实行者的人。例如,暴力集团的首领命令手下的人进行犯罪,手下的人在心理上受到头子命令的强烈约束,但是,当然没有失去身体的自由,如果不愿服从命令的话,可以逃走,也可以向警察寻求保护,留给他的自由还是很多的。在这个限度内,他就不相当于间接正犯的工具。不过,只要他还想作为暴力团员留在其中,采取违反头子命令的行为就是极困难的。所以,如果根据命令实行了犯罪,自身当然有实行行为、成立犯罪,关于首领的行为,因为对手下的人进行命令和给予了上述那种约束,起了远比教唆犯更大的作用,就是准间接正犯者的诱致行为的具有强制性质的行为,在法律上就可以评价为相当于实行行为。也就可以认为与手下的人实行行为一起实现了犯罪,是共同正犯。这确是准间接正犯的情况,我想可以称之为准间接正犯。准间接正犯的特征在于,作出命令的人与接受命令的人相比,在一定的社会关系上处于压倒的优越地位,虽然尚未达到剥夺接受此命令者的自由,将其作为工具的程度,但是处在能够给予这种程度的心理性约束的状况。这种形态的共同正犯可以称为优越支配共同正犯。

以上均是从正面肯定共谋共同正犯的理论。可见在日本刑法学理论界,对共谋共同正犯的性质的认识分歧还相当大。这种分歧,主要在于日本刑法对共同犯罪人的分类采取单一的分工分类方法,没有规定组织犯这一种特殊的共犯人的概念和处罚。组织犯在现实共同犯罪中是起重要作用的犯罪分子,特别是在集团犯罪、组织犯罪中,其作用凸显,在当代刑事立法例中早有认识。早在1970年美国国会就制定了《组织犯罪控制法》作为《美国法典》第18篇中的一章。该法规定的对组织犯的刑罚远远重于对具体的实行行为人的刑罚。我国刑法早在1979年就将起组织作用的首要分子作了规定并予以从重处罚。1997年修订的新刑法规定犯罪集团的首要分子应对犯罪集团所犯的全部罪行负刑事责任。这些规定充分显示了对组织犯用重刑的刑法思想。而日本刑法由于受传统古典刑法学的影响,对共犯的重点打击在“共同正犯”上,狭义共犯的成立从属于正犯,正犯不成立、共犯亦不能成立,显然其打击锋芒是共同正犯而非共犯。而作为组织犯的往往是领导、策划、组织犯罪的进行,一般不亲自下手实行犯罪,严格按照日本刑法第60条规定的共同正犯的客观要件去分析,则组织犯不是“共同正犯”,只能是共犯,日本的暴力团犯罪对社会的危害早已为日本社会所共识。打击暴力团头子是日本刑事司法的重要任务,要达到这一目的,只能绕过刑法第60条的规定,创立了一个“共谋共同正犯”这样一个概念。由于刑事司法的首肯,自然有理论来予以说明。笔者认为要正确地、科学地阐明共谋共同正犯以共同正犯进行处罚,不跳出日本刑法共犯分类的形式主义理论圈子,是难以做到的。因此,上述肯定判例中关于共谋共同正犯的所有理论,都受到来自否定说的批判,也就不足为怪了

- (1) 转引自马克昌等主编：《刑法学全书》，上海科学技术出版社1993年版，第658页。
- (2) 大冢仁：《犯罪论的基本问题》（中文版），冯军译，中国人民公安大学出版社1992年版，第271页。
- (3) 转引自(日)岗野光雄：《共同意思主体说与共谋共同正犯论》，载《刑法杂志》第31卷，第3期。
- (4) 同注③。
- (5) 同注⑤，第274页。以
- (6) 上均引自(日)下村康正：《共谋共同正犯与共犯理论》，学阳书房1983年版，第95-97页。(
- (7) 日)中山研一：《刑法论争问题研究》，成文堂1991年版，第189页。同
- (8) 注①，第272页。
- (9) 参见(台)洪福增：《刑法理论之基础》，刑事法杂志社印行1977年版，第44页。
- (10) 同注⑦，第102页。

（作者系西南政法大学法学院教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事）

更新日期：2007-1-27

阅读次数：838

上篇文章：试论德、日刑法中犯罪过失在犯罪论体系中的地位

下篇文章：韩国刑法分则的主要问题

 打印 |  关闭

 TOP