

共谋共同正犯论的中国展开

孟红艳

【摘要】我国刑事司法实务对共谋共同正犯概念基本予以认可，但存在适用范围过广的不足。我国刑法学对共同正犯的支配性问题未做细致讨论，缺乏判断正犯性的具体标准。正犯的实质是对犯罪事实的支配，对于犯罪支配概念应当在规范的意义上理解，它在直接正犯、共同正犯和间接正犯中的侧重点有所不同。在中国语境下理解共谋共同正犯概念，需要充分关注此类正犯的特色不在于对构成要件行为的支配，而在于通过支配犯罪的因果流程造成法益侵害，共谋者在共同犯罪中的实质贡献由此应被评价为与实行具有等价值性。如此展开共谋共同正犯论既能够为加强相关案件的裁判说理提供支撑，也有助于准确区分主、从犯以实现量刑精确化，同时消除刑法学说和实务之间的对立，将法官裁判时的选择、决断，以及适用刑法的积极姿态等纳入刑法解释的关注视野。

【关键词】共谋共同正犯 正犯性 犯罪支配 因果流程

【作者简介】孟红艳，清华大学法学院2021级博士研究生。

【中图分类号】D924.1 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097-1125(2022)08-0124-15

对于共犯论的研究，除了要准确理解《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第25条的规定之外，司法上对于共谋共同正犯论的态度，也是理论研究时不能忽视的问题。我国司法实务中大范围认可共谋共同正犯概念有较为复杂的原因，也有一定合理性，但如果不对该概念的适用范围进行适度限制将会导致正犯认定的大幅扩张，并不妥当。因此，在中国语境下对共谋共同正犯概念予以系统展开具有现实意义。本文首先对我国实务中误用共谋共同正犯概念的现象及原因进行分析，在此基础上提出与我国立法规定相协调的共谋共同正犯支配性的认定规则，并对该支配性规则在我国刑事司

法实务中的具体运用及其可能产生的积极影响进行细致分析，以期为我国未来的司法实务认定共谋共同正犯提供一定的方法论指导。

一、共谋共同正犯概念的泛化及其根源

（一）司法现状：共谋共同正犯概念的使用随意化

我国刑事司法实务一直承认共谋共同正犯概念。在有的判决中，法院虽然没有使用共谋共同正犯的概念，但运用了共谋共同正犯的法理，将仅参与共谋而未参与实行的被告人认定成立共同正犯，实际上就运用了共谋共同正犯的法理。[例1，梁锋等人贩卖毒品案]被告人梁锋出资购买毒品，提供车辆、支付宝账号收取贩毒所获毒资，但贩卖毒品行为由梁国东和吴世勇具体实施。法院认为，被告人基于共同犯罪的意思，无须全体共同者均有分担实行行为的客观事实，仅参与共谋而未亲自实施行为者，亦成立共同正犯。^①近年来，有多个刑事判决在“本院认为”的说理部分使用了共谋共同正犯概念。^②有的判决对共谋共同正犯概念进行了解释，有的判决提到了共谋共同正犯理论，还有的判决甚至提到了“支配型共谋共同正犯”。

但是，我国的大量判决中未区分共谋与意思联络，对共谋共同正犯的范围认定过宽，导致共犯与正犯的界限模糊化，部分被实务认定为正犯的案件实际上属于共犯。[例2，胡利平盗窃案]被告人胡利平带被告人谈永刚到现场指明自己看中的银杏树，后被告人谈永刚邀约他人将银杏树（价值7100元人民币）盗走。法院认为，胡利平虽然未直接参与实施盗挖树木的行为，但他事先与谈永刚通谋确定了拟盗窃树木的位置、规格等，且事后对盗挖的树木予以收买或者代为销售。本案是胡利平主动要求谈永刚帮其盗挖事先看中的树木，并带谈永刚去踩点、指认其拟盗窃的树木，由谈永刚具体负责盗挖。根据共谋共同正犯理论，二人以上共谋实行犯罪，胡利平作为没有分担实行行为的人，实际上是将他人作为犯罪工具进行利用。二人以上共谋实行犯罪，只有一部分人基于共同的意思实行了犯罪，没有直接实行犯罪的共谋者与实行者构成共谋共同正犯。因此，判决认定胡利平与谈永刚系主

① 参见广西壮族自治区田东县人民法院（2020）桂1022刑初61号刑事判决书。

② 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院（2020）新40刑终93号刑事裁定书；浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01刑终299号刑事裁定书；江苏省无锡市梁溪区人民法院（2020）苏0213刑初318号刑事判决书；广西壮族自治区西林县人民法院（2020）桂1030刑初9号刑事判决书；江西省南昌市东湖区人民法院（2017）赣0102刑初353号刑事判决书；江西省南昌市东湖区人民法院（2016）赣0102刑初231号刑事判决书等。

犯，对两名被告人均判处有期徒刑2年6个月。^①

本文认为，上例中将胡利平认定为共谋共同正犯值得商榷。该判决的问题在于没有限定共谋这一要件，未区分共谋与普通的意思联络，认为存在共同的意思就可以成立共谋共同正犯的观点会导致共谋共同正犯的认定过于宽泛。胡利平虽有盗窃的故意，但他仅指定了要盗窃的树木，并没有和谈永刚一起商议盗窃树木的犯罪计划，后面的盗挖行为都是谈永刚策划并邀约他人共同实施的，因此，胡利平仅仅引起了谈永刚的犯意，并且和谈永刚具有盗窃树木的意思联络，但仅仅是抽象的“共同的意思”还达不到成立共谋共同正犯的“共谋”程度。综上，本案的被告人胡利平只能被认定为教唆犯。

此外，有的案件对“支配型共谋共同正犯”的认定存在疑问。[例3，梁立彪等诈骗案]文杨宣、梁立彪等人经预谋后，由文杨宣带人通过设局赌博诈骗黄某、盘某财物8700元人民币。辩护人提出，梁立彪在整个共同犯罪过程中起次要、辅助作用，其提供帮助的行为作用也极为有限，应认定为从犯。法院认为，梁立彪在共同犯罪中起组织、谋划的重要作用；案发后由文杨宣将4000元人民币赃款转给梁立彪，再由梁立彪分配给李文高、余朝明等人每人800元人民币，这说明梁立彪在案发后的分赃行为中起主导作用。因此，梁立彪成立支配型共谋共同正犯，进而认定被告人梁立彪、文杨宣为主犯，其他参与人为从犯。^②但是，本案中几名被告人属于临时组成的共同犯罪团伙，法院仅依据梁立彪积极参加组织谋划和分赃，就认定其为支配型共谋共同正犯，理由并不充分。

从上述做法来看，实务中对于共谋共同正犯的认定缺乏一贯的标准，基本在共犯而非正犯的意义上理解共谋共同正犯，由此也显示出在理论上建构共谋共同正犯支配性认定标准的迫切性。

（二）刑法理论：共谋共同正犯支配性标准的欠缺

在我国，部分学者站在不同的立场否定共谋共同正犯概念。^③与此相对应，主张采取实质立场区分共犯与正犯，并承认共谋共同正犯概念的主张成为多数说，其理由主要有如下几点。第一，当今共犯论处于正犯实质化的思潮之下，引进共谋共同正犯概念是必然结果。^④第二，共谋者在共同犯罪中

① 参见湖北省宜昌市中级人民法院（2012）鄂宜昌中刑终字第00154号刑事裁定书。

② 参见广西壮族自治区西林县人民法院（2020）桂1030刑初9号刑事判决书。

③ 参见张开骏：《共谋共同正犯理论的反思》，《中国法学》2018年第6期，第280页；方军：《共谋共同正犯否定论》，《政治与法律》2015年第5期，第117页；刘明祥：《从单一正犯视角看共谋共同正犯论》，《法学评论》2018年第1期，第75页。

④ 参见刘艳红：《共谋共同正犯论》，《中国法学》2012年第6期，第113~120页。

的作用完全可能比实行者大，对其不处以正犯之刑是不合适的。^① 第三，在国外的刑法理论和司法实务中，承认共谋共同正犯是大势所趋。我国法院在处理相关共同犯罪案件时，事实上已经承认了共谋共同正犯的观念，即使在部分判决中并未明确使用共谋共同正犯这一术语，但运用了相关法理。^② 第四，从我国的刑事立法看，我国《刑法》包含了共谋共同正犯的内容。例如，《刑法》第26条的规定包含了对集团犯罪中参与共谋而未实行犯罪行为者按照犯罪行为实施者进行处罚的精神。^③

无论从立法还是学理的角度看，承认共谋共同正犯概念才是务实的态度。不过，毋庸讳言，我国刑法理论目前对于共谋共同正犯的认定标准是相对比较宽泛的。日本刑法对共谋共同正犯限制较少的状况对我国理论有较大影响。众所周知，共谋共同正犯的概念起源于日本的司法实务，日本对共谋共同正犯的认定范围很广，大量判例广泛承认默示的意思联络也属于共谋行为。例如，被告人仅认识到某公司有不法投弃废弃物的可能性，仍委托该公司处理废弃物的，可以成立共谋共同正犯。理论上对此也予以认同。^④ 类似案件如果发生在我国，将委托者认定为帮助犯更合适。可见，日本刑法理论在讨论共谋共同正犯的成立条件时，明显存在迁就司法实务的嫌疑。在讨论共谋共同正犯成立的理论根据时，日本学界存在共同意思主体说、间接正犯类似说、综合判断说、重要作用说等学说，这些理论试图对共谋共同正犯的成立范围进行一定限定，但实际效果并不理想。日本当前的通说为重要作用说，我国有学者认为重要作用说和犯罪支配说只是称谓不同，基本要义相同。^⑤ 但实际上，犯罪支配说和重要作用说证成共谋共同正犯的路径存在极大的差异。犯罪支配说强调的是共同正犯的正犯性；而重要作用说事实上重视的是共同正犯的共犯性。^⑥ 西田典之教授在用重要作用说论证共谋共同正犯时，按照以下路径展开：第一，从因果共犯论的角度看，共谋者与犯罪结果具有因果性，因而具有作为共犯的可罚性；第二，在此基础上，如果

① 参见童德华：《正犯的基本问题》，《中国法学》2004年第4期，第148页。

② 参见周光权：《论正犯的观念》，《人民检察》2010年第7期，第9页。

③ 参见王志祥、韩雪：《论共谋共同正犯概念在我国刑法中的确立》，《中南民族大学学报》（人文社会科学版）2013年第2期，第97~98页。类似观点参见黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第283页。

④ 参见〔日〕松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第208页。

⑤ 参见钱叶六：《共犯论的基础及其展开》，中国政法大学出版社2014年版，第29页。类似观点参见张明楷：《刑法学（上）》，法律出版社2016年版，第392页。

⑥ 参见〔日〕松原芳博：《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299页。

共谋者的作用在犯罪的实现中相当于实行的分担，或者起到相当于实行分担的重要作用的场合（准实行），就可以作为共同正犯从重处罚（准实行共同正犯说）。^①

由此可见，按照重要作用说的逻辑，先认定共谋共同正犯和教唆犯、帮助犯一样是广义的共犯，当共谋者所起作用重要的时候，就将其提升为共同正犯处罚。这种论证方式必然会导致共谋共同正犯和共犯的界限模糊以及共谋共同正犯的范围扩大化，这与司法实务上根据处罚合理性去认定正犯还是共犯的逻辑很接近。因此，重要作用说在共谋共同正犯的问题上就事论事的特点较为明显，但反思性不足。

我国刑法理论界对于共谋共同正犯的讨论还大多局限在是否赞成这一概念的层面上，缺乏对共谋共同正犯成立条件具体化的研究。并且，赞成者大多借鉴了日本的理论，日本刑法理论虽然想限定共谋共同正犯的成立范围，但大多迁就实务的判决，对共谋共同正犯的成立条件进行宽泛的界定。受日本刑法理论的影响，我国刑法理论目前对于共谋共同正犯的范围界定也较为宽泛。例如，我国有学者认为成立共谋共同正犯需要满足三个条件：存在共谋的事实；共谋者中必须有人在谋议的基础上实施了实行行为；单纯共谋者能够被评价为具有分担实行行为的性质。^②该观点基本接近于前述西田典之教授对重要作用说进行具体化后的准实行共同正犯说。因此，理论上具有结合我国司法实务对于共谋共同正犯的成立条件进行具体化研究的必要性，尤其需要对于共谋共同正犯的支配性建构实质的、易于操作的判断规则。

二、对共谋共同正犯正犯性的理解

（一）共谋共同正犯的正犯性与犯罪支配的含义

与重要作用说不同，犯罪支配说在区分共犯和正犯时，以正犯的界定为核心，重点在于论证共同正犯及间接正犯的正犯性。本文认为，在区分正犯和共犯时应以正犯的界定为核心，只有明确了正犯的范围，才能使正犯和共犯的区分相对明确。另外，既然共同正犯最终要作为正犯处罚，当然将其性质认定为正犯更合适。正如井田良教授所言，在共谋共同正犯的问题上，

① 参见[日]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55~66页。

② 参见刘艳红：《共谋共同正犯论》，《中国法学》2012年第6期，第120~122页。

“考虑到作为理论构成的方向性，就要求论证正犯性”。^① 关于正犯性的探讨，迄今为止的研究均立足于行为，尤其是构成要件行为。立法者将某种行为在构成要件中加以确定，应从构成要件上区分正犯和参与。^② 因而，如何界定正犯在本质上就是如何理解构成要件行为。^③

我国有学者提出区分正犯和共犯应当以实行行为为标准，不过应规范地理解实行行为。^④ 但是，这一标准仍然是事实性的，共谋达到何种程度才是准实行行为或规范的实行行为也并不明确。与上述理论相比，犯罪支配说对于正犯性的解释显得更为合理。

按照通常看法，犯罪支配仅指对构成要件行为的支配。有学者认为，只有将犯罪支配理解为对构成要件行为的支配，才能包容行为支配、意思支配和功能性支配。在行为支配中，直接正犯的行为本身就是完整的构成要件行为；在意思支配中，强制支配者通过控制直接行为者而支配构成要件行为，错误支配者则凭借对因果流程的目的性超越决定而操控着台前者的构成要件行为；在功能性支配中，各共同正犯都实施了全部或部分构成要件行为，至少支配了部分构成要件行为。因此，能够成立正犯的，实际上始终是行为支配，亦即对于符合构成要件的行为的支配。^⑤

（二）对共谋共同正犯支配性的现有理解

从理论上讲，按照犯罪支配说的逻辑分析共谋共同正犯的代表性观点，主要有以下学说，但是否具有合理性和说服力还需要仔细推敲。一为目的行为支配说。该说基于行为支配说认为，在能认定幕后者直接作用于实行行为者的意思时，也可以存在自己没有实施行为，而是通过支配他人的行为来实现自己犯罪的共同正犯。^⑥ 但以行为支配说解释共谋共同正犯，被批评为“即使能肯定支配型共谋共同正犯，也难以承认任务分担型共谋共同正犯”。^⑦ 二为间接正犯类似说。该说认为共同正犯的本质在于存在相互利用

① [日] 井田良：《刑法总论的理论构造》，秦一禾译，中国政法大学出版社2021年版，第297页。

② 参见蔡桂生：《构成要件论》，中国人民大学出版社2015年版，第351页。

③ 参见袁国何：《刑法中组织支配理论的逻辑及其反思》，《法学家》2020年第6期，第93页。

④ 参见张开骏：《区分制犯罪参与体系与“规范的形式客观说”正犯标准》，《法学家》2013年第4期，第56页。

⑤ 参见袁国何：《刑法中组织支配理论的逻辑及其反思》，《法学家》2020年第6期，第93页。

⑥ 参见[日] 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62页。

⑦ [日] 佐伯仁志：《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。

关系，共谋共同正犯中也存在相互利用关系，这种相互利用关系与间接正犯中的利用关系是类似的。^①但是，间接正犯和共谋共同正犯在未实施实行行为者对直接实行者的影响的拘束力、利用关系的紧密度上，还是存在本质的不同的。^②共谋共同正犯的这种相互利用关系，其实就是分工合作的关系，和间接正犯中将被利用者当作工具利用的利用关系存在本质的区别。间接正犯是对被利用者的身体活动的工具性支配，而共谋共同正犯与具有平等关系的同伙者是共谋合作关系。三为优越支配的共同正犯说。此说认为：“没有担当实行的共谋者，当其在社会观念上对实行担当者而言处于压倒性的优越地位，对实行担当者给予了强烈的心理约束，使其实行时，从规范的观点就可以说存在共同实行，可以肯定为共同正犯。”^③但这种学说同样无法解释对等型共谋共同正犯。四为缓和的行为支配说。为了解释对等型共谋共同正犯的共谋者也存在支配，有学者认为共谋共同正犯是通过犯罪的实施形成合意，让实行者感到不仅是自己的犯罪，而且也是其他共谋者的犯罪，因而实行者处于很难完全按照己意放弃犯意的心理状态下，根据这种由心理性约束所形成的缓和的意思支配，对其他共谋者也能认定具有正犯性。据此，在对等的参与者之间就能认为也存在这种缓和的支配。^④前述后三种学说，概括起来看，都是试图论证共谋者对实行者具有意思支配，即按照间接正犯的路径去论证幕后者的正犯性。但是，间接正犯与共谋共同正犯的归责模式具有本质上的差异。间接正犯是纵向归责，将被利用人对法益的侵害结果仅归责于利用人。而共谋共同正犯与实行犯罪者居于平等地位，犯罪结果属于横向互相归责。^⑤五为形塑支配说。此说主张行为人虽仅参与了预备阶段，但其参与的作用足以左右他人稍后是否及如何犯罪，肯定其对犯罪具有形成和塑造意义上的支配，谋议行为乃是基于共同犯罪决意的行为分担，此时的共犯就是共谋共同正犯。例如，策划犯罪或组织犯罪，只要认为行为人在预备阶段的参与具有重要性，导致其参与在实行阶段能继续左右其他实行者完成犯罪，就是正犯，其参与谋议的分量与地位可以平衡对直接实行犯罪的不

① 参见 [日] 川端博：《共犯の理論》，成文堂2008年版，第51页。

② 参见 [日] 橋本正博：《“行為支配論”と正犯理論》，有斐閣2000年版，第185页。

③ [日] 大塚仁：《刑法概說（總論）》，馮軍譯，中國人民大學出版社2002年版，第262頁。

④ 参见 [日] 松原芳博：《刑法總論重要問題》，王昭武譯，中國政法大學出版社2014年版，第299頁。

⑤ 参见黄惠婷：《犯罪支配理论下的共谋共同正犯》，《台湾法学杂志》第161期，第65页以下。

足。^①形塑支配说的问题在于，脱离具体的行为、法益侵害等实存的形象来理解支配，规范色彩过于浓厚，不利于实务掌握和应用，判断标准也过于模糊，什么情况可以被称为形塑的支配，不同的判断者很难达成共识，同时，脱离社会现实的犯罪判断难以实现刑法的社会治理任务。^②

以上分析说明，现有的各种支配性学说对于共谋共同正犯之正犯性的解释均存在不足，需要寻找其他论证路径。

（三）共谋共同正犯支配性的证成

1. 将正犯的支配仅理解为行为支配并不具有合理性

如前所述，多数学说将正犯的犯罪支配理解为对构成要件行为的支配。这种严格的犯罪支配说的立场能够妥当解决直接正犯的行为支配、间接正犯的意思支配，也基本能够说明实行共同正犯的功能性支配。但是，一方面，这些行为都是内含结果发生可能性的，因此不能认为正犯的支配与结果的发生无关。直接正犯是自己直接实施符合构成要件的行为并指向结果；间接正犯是通过强制或欺骗而将他人作为工具，利用他人的实行指向结果；实行共同正犯通过实施功能性的分工合作的行为而指向结果。只不过由于行为人对构成要件行为的支配是显而易见的，理论上对于该行为对结果发生的影响力选择性地予以忽略，但是这丝毫不能表明犯罪支配仅与行为有关。对此，张明楷教授指出，犯罪支配是对犯罪构成要件事实的支配，特别是对法益侵害、危险结果的支配，对侵害结果或者危险结果的发生起支配作用的就是正犯。^③

另一方面，如前所述，按照间接正犯的路径去论证幕后者的正犯性存在明显不足，对于共谋共同正犯不应当按照间接正犯的意思支配的路径解释，而应当按照共同正犯的功能性支配的路径解释，即在功能性支配这种横向互相归责模式之下论证其正犯性。需要明确的是共谋共同正犯的功能性支配的具体内容。共谋共同正犯的支配，与实施了部分或全部构成要件行为的实行共同正犯所产生的功能性支配并不相同。实行共同正犯的行为人都能够支配自身的实行行为，但是共谋共同正犯只在犯罪起意阶段实施了具体的共谋举止，不像直接行动者那样分工实行，因此不存在行为支配，而只是因为其行为贡献在他人后续实行中发挥了特殊作用而得以被评价为正犯。因此对共谋共同正犯的支配，不宜仅从行为角度加以理解，而应关注共谋

① 参见黄惠婷：《犯罪支配理论下的共谋共同正犯》，《台湾法学杂志》第161期，第65页以下。

② 参见[德]克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2010年版，第88页。

③ 参见张明楷：《刑法学（上）》，法律出版社2016年版，第392页。

的作用在直接行动者着手实行导致结果这一具体的因果过程中持续发挥的问题。

这样说来，并不是所有正犯的支配都是对构成要件行为的支配，以谋议为起点，能够实质地左右事件发展流程的共谋共同正犯的功能性支配具体体现为对实现犯罪的因果流程存在支配；而对因果流程的支配也不是“一路通吃”的，直接正犯、间接正犯、实行共同正犯对犯罪的支配都侧重于对构成要件行为的支配。

2. 共谋共同正犯功能性支配的具体内容

共谋共同正犯具有对构成要件的实现的支配，即该行为人所追求的构成要件结果的实现是有保障的，直接行动者会实现构成要件。这与严格的犯罪支配说的行为概念不同，即由于这类案件并不是由共谋者利用行为工具去直接实施犯罪，评价的重点就不是作为判断起点的行为，而是对构成要件结果发生前的整个事件流程所具有的规范上的控制或操控。因此，这里的支配不是对符合构成要件的行为的支配，犯罪只不过是按照谋议的逻辑自然地向前发展，并在这个意义上成为行为人的作品。换言之，共谋者通过谋议，该谋议内容的具体执行者通过实行，共同将事件发展进程掌控在自己手中，即通过谋议而形成与直接实行者之间实质性的整体相互利用关系。这种功能性支配对造成法益侵害的因果流程具有支配性，显然并不要求每个正犯都直接通过自己的行为造成法益侵害。共谋共同正犯的支配性具体体现在：共谋者通过与实行共同正犯一起谋议、制定犯罪计划，让实行者感到这不仅是自己的犯罪，而且也是其他共谋者的犯罪，共谋者在这个意义上实现了对实行者行为的指引，决定了直接实行者的行为走向，使得共谋者的作用不仅在预备阶段发挥，而且在实行阶段发挥，共谋者参与制定的计划持续指引着实行者的行为，使得共谋的犯罪计划在实行阶段发挥了至关重要的作用，实行者就是按照共谋的内容实行并完成犯罪计划的，共谋者与实行者共同支配了指向法益侵害的因果流程，^①法益侵害结果在共谋者参与具有决定性的谋议的那一刻就已经被决定了。

将上述观点归结起来就是：如果共同的谋议行为加上操纵或有效地维持指向法益的因果进程，该共谋行为即可被评价为与实行具有等价值性。换言之，共谋者如基于参与谋议而对后续的因果流程具有支配性，就属于对结果发生或可能发生具有实质贡献，便具有正犯性。

当然，由于是否成立共谋共同正犯需要立足于共谋行为对后续因果流程的支配进行判断，那么，成立共谋事实当然要求行为人与直接实行者具有谋

^① 参见孟红艳：《〈刑法〉第27条“起次要作用的人”的教义学阐释》，《法学评论》2022年第3期，第77页。

议关系，这与（实行）共同正犯的意思联络存在实质差异。第一，共谋者对与其他犯罪人共同实行的犯罪有认识。第二，共谋者必须具有和其他犯罪人合作实行犯罪的共同实行的意思，形成和实行人的行为有同等价值的对等关系，即必须具有作为正犯的意思，以及将实行人作为自己的代行者、让他去完成自己所期待的实行行为，并据此实现对犯罪的支配。第三，共谋者的意思要清晰地表达出来，并与对方有超越一般意思联络的进一步谋议、商讨行为。

三、共谋共同正犯具体判定标准的中国展开

张明楷教授指出，共同正犯的认定范围取决于本国的评价标准。^① 共谋共同正犯的成立范围，要结合我国的评价标准和刑法规定来确定。一方面，我国的量刑普遍比较重，因此不能照搬日本刑法理论宽泛地界定共谋共同正犯的成立范围，而需要对其加以限定；另一方面，我国刑法有主犯、从犯的规定，所以共谋共同正犯成立范围的确定，还需要考虑和我国刑法对主犯、从犯的规定相协调。此外，共谋共同正犯的成立条件与共谋共同正犯和教唆犯、帮助犯的区别是一体两面的关系，明确了共谋共同正犯的成立条件，会使得共谋共同正犯与教唆犯、帮助犯的界限清晰化。与此同时，在探讨共谋共同正犯的成立条件时，需要认识到支配型共谋共同正犯和对等型共谋共同正犯存在一定的差异，对这两种类型的共谋共同正犯的成立条件应分开讨论。

（一）支配型共谋共同正犯的认定

第一，具有类似于组织性的特征。如果共谋者在犯罪组织中处于重要的管理地位，犯罪团伙内部具有上下级关系的组织架构，行为人积极参与共谋便属于支配型共谋共同正犯。如果不具有上述特征，认定支配型共谋共同正犯必须慎重。在前述 [例 3，梁立彪等诈骗案] 中，法院仅依据梁立彪积极参加组织谋划和分赃，就将其认定为支配型共谋共同正犯，理由并不充分。按照本文观点，由于没有证据证明该犯罪团伙具有一定的组织架构，也无证据证明梁立彪处于该组织的管理地位，几名被告人是临时组成的共同犯罪团伙，梁立彪和文杨宣等被告人最多属于对等型共谋共同正犯。

第二，存在共谋的事实。支配型共谋共同正犯的共谋，是指组织者下达了具体的指示，或者存在等同于下达了具体指示的事实。支配型共谋共同正犯的组织者可以不必参与制定详细的犯罪计划，而基于其在组织中的地位成

^① 参见张明楷：《共犯人关系的再思考》，《法学研究》2020年第1期，第153页。

为能够支配犯罪进程的共谋共同正犯。组织者、管理者下达的指示已经包含了谋议的内容，为后续犯罪指明了方向，负责实施的行为人也就是落实了指示的内容，因此，支配型共谋共同正犯的共谋内容就不那么具体。

在支配型共谋共同正犯中，如果默示的共谋达到了等同于下达指示的程度，则可以认定为支配型共谋共同正犯。例如，甲作为黑社会性质组织的负责人，他对受过特训、专门负责保护自己安全的手下乙携带枪支的行为承担共谋共同正犯的责任。虽然不能认定甲与乙之间有具体的谋议行为，但是，甲即使没有直接指示乙携带枪支保护自己的安全，却明知乙为了保护自己而主动携带了枪支，理所当然地予以认可、容忍，甲、乙之间就持有枪支有默示性意思联络。乙为了保护甲的安全而持有枪支，始终在甲身边与甲一起行动，而甲有指挥命令乙的权限并接受乙的保护。如果将甲的地位和影响力结合起来看，那么便能够评价为实质上正是甲让乙持有枪支的。因此，就非法持有枪支行为，甲、乙之间成立共谋共同正犯。在这里，并非仅仅因为甲、乙之间具有默示的意思联络而成立共谋共同正犯，而是该默示的意思联络和被告人的地位权限相结合可以评价为达到了等同于下达指示的程度。

（二）对等型共谋共同正犯的成立条件

第一，必须要有共谋的举动，即需要存在共同谋议的事实（如共同商议、制定犯罪计划等）。共谋是客观事实，需要进行严格的证明。

一方面，被告人要参与商议、制定较为详细的犯罪计划，单纯的意思联络或者明知不能认定为共谋。同时，在对等型共谋共同正犯的判断中，不能承认以默示方式进行共谋。如前文所提及的委托其他公司处理废弃物的案例，日本的判例承认在对等型的共谋共同正犯中，默示的意思联络也是共谋行为。按照本文观点，将共谋限定为必须要有共谋的举动，则在类似案件中，将委托者认定为帮助犯更为合适。

另一方面，共谋是商谈的行为，被告人在谋议过程中必须较为积极。共谋要建立在商谈的基础上。行为人不仅仅是单纯的相约共同犯罪，而是要有商谈的过程，对犯罪计划的形成有积极的贡献。若共谋者虽然参与了共谋，但在整个谋议过程中非常被动，仅仅是听取并赞成他人的犯罪计划，则难以被认定为共谋共同正犯，此时视情形成立具有心理因果性的帮助犯。

本文认为，日本近年来的判决对于共谋的认定有进一步扩大化的趋势。例如，被害人V患有I型糖尿病，其母亲A想着无论如何都要治好V，情急之下委托宣称能使用非科学力量治疗疑难杂症的被告人X，X虽知道如果不注射胰岛素V就无法生存，仍告诉A胰岛素有毒，反复指使A停止给V注射胰岛素。A说服了对X的治疗方法半信半疑的B（V的父亲），A和B停止了给V注射胰岛素，后V由于I型糖尿病性酮症酸中毒而死亡。原审判决

认定 X 成立利用 A 的杀人罪的间接正犯、与 B 之间在保护责任者遗弃致死罪的范围内成立共谋共同正犯，即认定 X 和 B 之间通过 A 顺次共谋。日本最高法院第二小法庭的决定基本认同了这一观点。^① 按照本文观点，共谋是商谈的行为，母亲 A 只是被 X 利用的工具，没有犯罪故意，她和 X 之间没有积极的共谋，A 说服半信半疑的 B 也难以认为 A 有积极的共谋，因此不成立共谋共同正犯，X 和 B 各自成立单独正犯。

第二，谋议的内容必须包含实现犯罪的关键部分，这一点体现了共谋共同正犯的犯罪支配性。谋议的内容包含了实现犯罪的重要内容，让实行者感到这不仅是自己的犯罪，而且也是共谋者的犯罪。对于这种包含实现犯罪重要内容的共谋，共谋者参与制定的犯罪计划持续影响了实行者在实行阶段的行为，使得共谋的内容在实行阶段发挥了至关重要的作用，共谋者与实行者共同支配了犯罪的因果流程。实现犯罪的重要内容具体包括：犯罪行为对象，实施犯罪的大致时间、地点，具体的实施过程，实施犯罪的手段、使用的工具等。若有多名实行者，还包括实行者之间的分工、犯罪后的逃跑路线、赃物的分配等。我国司法实践中存在未区分共谋与意思联络，进而导致对共谋共同正犯的认定范围过宽的问题，部分案件中的正犯应当认定为共犯。例如前述 [例 2，胡利平盗窃案]，被告人胡利平仅仅是引起了谈永刚的犯意，但并没有就如何实施盗窃的重要内容进行谋议，这种抽象的“共同的意思”还达不到成立共谋共同正犯要求的共谋程度，只能认定为教唆犯。

第三，实行者后续必须按照谋议的内容着手实行犯罪。共谋的内容要在犯罪实施过程中发挥至关重要的作用。若实行者的行为偏离了共谋的犯罪计划，且有比较重大的偏离，则可能认为实行者属于实行过限。若偏离不严重，大致按照谋议的核心内容来实施犯罪的，则仍然成立共谋共同正犯。

第四，主观上具备正犯的意思，且对犯罪实施有确定的认识。一方面，要有正犯的意思。所谓正犯的意思，即共谋者把整个犯罪当成自己的犯罪，而不仅仅是帮助犯罪的意思。对于实务中的很多案例，也可以根据被告人的客观行为推断其是正犯的意思还是共犯的意思。[例 4，胥某等贩卖毒品案] 胥某和王某、周某等人共谋贩卖毒品并商议了详细的犯罪计划，按照犯罪计划由王某和周某前往广州购买毒品并运回上海，但王某因吸毒被抓无法前往实行，法院认定王某是共谋共同正犯，但系从犯。^② 或许有人会质疑，既然

① 参见 [日] 林幹人：《不作為を利用する殺人と共謀共同正犯》，《法学教室》2021 年第 2 期，第 68～69 页。

② 参见上海市第二中级人民法院（2010）沪二中刑初字第 69 号刑事判决书。

最终认定王某是从犯，为什么不直接认定王某是帮助犯，反而要承认共谋共同正犯在例外情况下可以是从犯？理由在于，本案中王某与周某、胥某一起共谋贩毒，就详细的交易时间、地点、对象、购买资金、犯罪计划、各行为人的分工及犯罪收益的分配进行了谋议，从王某参与共谋的内容上看，其主观上不仅仅是帮助贩卖毒品的故意，而是正犯的意思，故王某应当被认定为共谋共同正犯。另一方面，必须要有确定的认识，而不能是未必的认识。在我国要认定成立共谋共同正犯，共谋者必须对犯罪具有确定的认识，否则会不当扩大共谋共同正犯的成立范围。对等型共谋共同正犯的成立条件在客观方面要求有共谋的举动，并且谋议的内容必须包含实现犯罪的重要内容，因此，共谋者对犯罪必然是确定的认识。

四、限定地理解共谋共同正犯支配性的意义

本文赞成共谋共同正犯概念并对其成立条件进行限定，属于一种功能性的思考。由于我国实务中广泛承认共谋共同正犯，所以既要考虑回应实务的问题和需求，也要对实务中概念适用随意、缺乏一贯标准、广泛认定共谋共同正犯的现象进行批判性反思，以尽量明确共谋共同正犯的成立条件，这样的研究立足于对中国问题的思考。

（一）限定地理解共谋共同正犯支配性有助于准确量刑

我国刑法未对正犯与共犯作出区分，主要从解决量刑的角度规定了主犯、从犯。准确划定共谋共同正犯的范围，并在主犯、从犯中为其找到妥当位置，对于实务中的量刑具有重大意义。无论是对等型共谋共同正犯还是支配型共谋共同正犯，我国实务几乎都将共谋者认定为主犯，且很多案件对共谋者的量刑比实行者重。例如，在前述[例1，梁锋等人贩卖毒品案]中，法院认定共谋者和实行者均是主犯。对共谋者梁锋判处有期徒刑5年，并处罚金15000元人民币；对实行者梁国东、吴世勇均判处有期徒刑3年6个月，并处罚金8000元人民币。该案是对等型共谋共同正犯的适例，法院对共谋者的量刑比其他正犯还要重。又如，[例5，刘艳蕾、任立强诈骗案]刘艳蕾提议并提供资金，任立强等人积极实施诈骗行为，法院对共谋者刘艳蕾判处有期徒刑4年1个月，对实行者任立强判处有期徒刑3年3个月。^①这两个案件都是对等型共谋共同正犯，若按照形式客观说的观点，对共谋者只能认定为帮助犯，其量刑不可能重于正犯，这一结论与司法实务立场相去甚远。因此，出于实践中合理量刑的需要，在我国有必要承认共谋共同正犯

^① 参见江苏省无锡市梁溪区人民法院（2020）苏0213刑初318号刑事判决书。

(尤其是对等型共谋共同正犯)。

事实上，按照因果流程支配来限定地理解共谋共同正犯是有利于被告人的，即限定了共谋共同正犯的成立范围。对于部分过去在实践中按照主犯和共谋共同正犯处理的被告人，按照本文的观点属于从犯，这对量刑均衡的实现有一定意义。

(二) 限定地理解共谋共同正犯支配性对司法实务提出了更高要求

1. 共谋共同正犯的确定并非仅与量刑有关

赞成形式客观说的个别学者认为，共谋共同正犯在量刑上的实益仅为能否将某一行为人当作正犯而判处重刑，这在我国完全可以直接将其认定为主犯，从而解决量刑问题。^①但是，这一看法狭隘地理解了共谋共同正犯概念的意义。共谋共同正犯概念当然要回答以何种理由将行为人认定为主犯的问题，同时也要区分在案件中除了提出谋议者外的其他一般教唆犯或者帮助犯。另外，此一概念还要解决谋议者的行为一开始具有支配性，但在着手实行时实行犯改变主意实行他罪的，共谋者的行为是否还类似于实行以及犯罪形态的问题。例如，甲制定详细的盗窃计划后与乙谋议，但甲第二天因腿部突然受伤而不能赶到现场，按照前一天计划实施盗窃的乙到现场后突然起意抢劫的，对甲、乙的处理就并非像形式客观说主张的那样仅为量刑问题，共谋盗窃但实行犯抢劫的，需要先考虑仅参与共谋者的实质贡献，确定甲还是不是核心角色，据此定罪之后才处理量刑的问题。由于难以认为甲的共谋对于被害人因被抢劫而丧失财物的因果流程仍具有支配性，因此无法成立盗窃罪的共谋共同正犯，而只能认定甲构成盗窃罪的教唆犯、乙构成抢劫罪。由此看来，应当承认共同正犯与从犯的区分并非单纯仅涉及量刑问题。

2. 共谋共同正犯支配性与诉讼证明

对于正犯的认定，应当在犯罪实现中的因果性贡献作为判断基准。共同正犯现实责任的构造就是以他人行为为媒介扩张自己行为的因果性的。在诉讼中需要查明具体谋议的形成过程、谋议的内容，以及该谋议对此后的实行行为具有何种影响力、约束性和贡献度，进而确定共谋对因果流程的支配性是否存在。为此，就需要以下事实的支撑：共谋所涉及的法益侵害的重大性、他人实施的容易性、对犯罪工具的准备、对犯罪场所的指示以及其他判断参考资料，如共谋者是否迎送直接行为人、是否原本计划参与实行过程、是否随时能够参与等。

^① 参见张开骏：《共谋共同正犯理论的反思》，《中国法学》2018年第6期，第296页。

3. 共谋共同正犯支配性与裁判说理

共谋共同正犯的正犯性体现为对因果流程的具体支配，与此相适应，在实务中就不能根据“大致有点像”的模糊感觉得出共谋共同正犯成立的结论，而应当查明对因果流程的支配是否存在，并在裁判文书中阐明认定共谋共同正犯的具体理由。

就裁判文书的说理而言，最好能够明确区分支配型共谋共同正犯和对等型共谋共同正犯。支配型共谋共同正犯对因果流程具有强支配性（起因上的意思支配加上对犯罪实行过程的功能性支配）；对等型共谋共同正犯对因果流程具有相对较弱的支配性，但也可以通过谋议形成实质性的整体相互利用关系。为此，判决说理时应当对共谋者是否支配了因果流程、为何应当成立主犯进行详尽说理。如此，则现有的裁判说理很少，仅因使用时较为便利而大量运用共谋共同正犯概念的状况就会有所改变。

五、结语

平野龙一教授指出，共谋共同正犯问题是学说和判决之间存在巨大差别、几乎“水火不容”的典型例证，日本刑法理论无数次试图通过批评相关具体裁判来改变法院的立场，但均无济于事，后来学者们逐渐认识到完全不能指望学说具有这种效果，转而注重去解释司法裁判的合理性。^①日本学者认识的转变对于我们也是有启发意义的，理论上对于共谋共同正犯的实务现状完全不予理会或一直保持批评的态度，显然不能为问题的解决提供有力的方案。不过，对于实务上共谋共同正犯适用范围过广、限制较少的现状，理论上也不应当无视。在此背景下，就共谋共同正犯支配性的内容进行探讨，重视行为人通过谋议形成实质性的整体相互利用关系，进而左右因果流程的发展走向这一点，对于裁判理由的形成具有现实价值，也能够推进我国刑法学的共犯理论向纵深发展。

（责任编辑：方 军）

^① 参见 [日] 平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 194 ~ 195 页。