

美国刑法中共谋犯的理论根基

——“平克尔顿法则”的形成与启示

童德华* 杨蓓蕾**

目次

一、美国刑法中共谋犯及其正当性根据	理论的启示
二、平克尔顿法则的评价	(一) 共谋犯和共谋共同正犯理论比较
(一) 平克尔顿法则的反对论	(二) 我国适用平克尔顿法则的正当性前提
(二) 平克尔顿法则的支持论	(三) 有限的刑事代理责任在我国的具
(三) 平克尔顿法则的折中理论	体适用
三、平克尔顿法则对我国适用共谋共同正犯	四、结语

摘要 共谋共同正犯是德日刑法中修正的正犯概念,为了说明其处罚的正当性,德国学者从多个理论角度做出了尝试,然而,这些理论多少都存在一定缺陷。笔者通过比较分析得出,美国刑法中的共谋犯概念与德日刑法中的共谋共同正犯概念具有本质上的相通之处,而美国刑法中所确立的平克尔顿法则使得共谋犯基于有限的刑事代理责任而承担实质犯的罪责。其发展出的事实弱化标准和超出轻度参与标准不仅为我国在引进及适用共谋共同正犯正当性理论方面打开了新思路,而且为我国借鉴刑事代理责任制度完善刑法立法提供了借鉴。

关键词 共谋犯 刑事代理责任 事实弱化标准 超出轻度参与标准

根据《美国法典评注》,共谋犯的本质是行为人之间就某种实质犯罪形成的协议,无论行为人是否实现了该实质犯罪,均不影响共谋犯的成立。在某些场合,共谋参与者还要为他所不曾直接参与实行的实质犯罪承担实行犯的责任。^{〔1〕}这个概念与德日刑法中的共谋共同正犯较为相似。理论上,虽然有德日学者根据共同正犯的一般条件反对共谋共同正犯,^{〔2〕}但基于刑事政策的考量,很多学者肯定

* 中南财经政法大学刑事司法学院教授、法学博士。

** 中南财经政法大学刑事司法学院硕士研究生。

〔1〕 18 U.S.C.A. § 371 (West).

〔2〕 参见〔日〕曾根威彦:《刑法的重要问题》,成文堂1996年增补版,第324页。

共谋共同正犯概念,因为共谋共同正犯在犯罪中也有可能发挥和正犯一样大甚至更大的作用,将其作为正犯很有必要。^{〔3〕}为了说明处罚共谋共同正犯的正当性,德、日学界提出了共同意思主体说、间接正犯类似说(相互间接正犯说)、行为支配说、价值的或实质的正犯论等理论主张。^{〔4〕}可惜的是,这些理论都因存在这样或那样的缺点,不能对共谋共同正犯的正当性予以有效解释。基于上述看法的一个问题是,英美刑法中的共谋犯和德日刑法中的共谋共同正犯是否具有内在关联性?另外一个问题是,我们可否从重视刑法实用性的英美刑法理论中寻求到关于共谋共同正犯的解释依据,实现共谋共同正犯的理论依据的突破?最终也是最关键的一个问题是,虽然我国既没有共谋共同正犯也没有共谋犯,但是在我国司法实践中,客观存在行为人参与了犯罪的共同谋议却没有参与犯罪的实行行为的情况。由于传统观念,我国司法机关一般“对仅有共谋而未有共同实行者,依其情节以教唆犯或者帮助犯论处”。^{〔5〕}问题是,这种做法事实上不仅忽视了某些共谋行为与实行行为等价的作用,也忽视了共谋行为对实行行为可能存在的支配作用。总之,这种做法将本该从重处罚的罪犯从轻予以处罚,不免有轻纵行为人之嫌,也有违罪刑相适应原则的要求。因此,我们试图借鉴美国刑法中共谋犯的合理根据,为我国立法和司法中处理类似共谋共同正犯的问题提供新思路。

一、美国刑法中共谋犯及其正当性根据

在英美刑法中,共谋犯或者阴谋犯(Conspiracy Offense)是重要的概念。在非共同犯罪场合,它指称的是单独行为人责任的“阴谋犯”,是指对犯罪实行行为的谋划、谋议;而在共同犯罪场合,它则被指称为“共谋犯”。本文要分析的是共同犯罪中的共谋犯。在英美刑法中,共同犯罪的处罚对象主要有两种,即共谋犯与实质犯(Substantive Offense),它们之间具有相互依存的联系。共谋犯是指二人以上就实施一个非法的行为,或者通过非法方式实施一个合法的行为所形成的相互同意的形态。^{〔6〕}而实质犯是指根据对犯罪的谋划而实施具体的实行行为的形态,它比较接近我们所谓的直接的实行犯。可见,共谋犯是实质犯的准备形态,实质犯是共谋犯的完成形态。

之所以划分共谋犯和实质犯这两种不同的犯罪形态,在英美刑法学者看来,首先是因为从行为的本质要素看它们实际上是两种不同性质的罪行。共谋犯的惩罚对象是共犯之间为完成某一特定的犯罪行为所达成的共同谋议行为,对于此类犯罪所需要的要件是:其一,共谋者之间达成了犯罪协议;其二,共谋者之间形成了犯罪同盟关系,即参与者知道形成该同盟关系的目的,并且意图为推动该共谋而做出努力。^{〔7〕}实质犯针对的则是将共谋付诸实行行为时所犯的罪行,如果不是基于共谋而实施的犯罪行为,就需要证明行为人的行为符合个罪的每一个构成要件。^{〔8〕}

其次,在英美刑法中将共谋犯与实质犯作为两个相互独立的犯罪形态,还具有在刑事政策上要对它们分别定罪进而分别量刑的犯罪预防之目的。^{〔9〕}因为这种做法造成的现实效果是:第一,对共谋犯的惩罚并不以其所谋划的实质犯罪是否发生为必要条件,即便共谋之后没有实现实质行

〔3〕 参见童德华:《外国刑法导论》,中国法制出版社2010年版,第278页。

〔4〕 参见李邦友:《日本刑法共谋共同正犯的理论及其发展》,载《法学评论》2001年第1期,第141~145页。

〔5〕 刘艳红:《共谋共同正犯的理论误区及其原因》,载《法学》2012年第11期,第104页。

〔6〕 Steven L. Emanuel, *Criminal Law*(3rd ed., Emanuel Publishing Corp., 1992), p.167.

〔7〕 See 18 U.S.C.A. § 1956(h).

〔8〕 Anne Bowen Poulin, “Double Jeopardy Protection against Successive Prosecutions in Complex Criminal Cases: A Model”, *Connecticut Law Review* 95 (2017).

〔9〕 *Clune v. United States*, NO.517, 159 U.S.590, 16 S.Ct.125 (1895).

为,也不影响对共谋犯追究刑事责任;第二,共谋犯一般不会被经共谋所实现的实质犯所吸收。例如,甲、乙共谋盗窃,无论最终的盗窃行为是否实现,均要对其追究共谋盗窃的共谋责任;另外,如果甲、乙在共谋后实施了盗窃罪的实行行为,则还要另外追究其盗窃罪的实质责任。最终,行为人会因为仅仅参与犯罪共谋而受到惩罚,或者会因参与犯罪共谋以及实行而受到更重的惩罚,从而产生一般预防和特殊预防两方面的机能。值得注意的是,对共谋犯和实质犯分别处罚的做法一度受到了批判,因为它可能会使行为人遭受到“双重危险”(Double Jeopardy)。〔10〕这个批判也构成后来共谋犯合理性的司法论证不断发展的契机。

在早期的美国司法实践中,一般采用华尔顿规则(Wharton's Rule)。该规则要求:只有当实质犯的行为人与共谋犯的行为人是同一伙人,且这伙人基于该共谋犯了实质罪时,共谋犯才可以被该实质犯吸收或者合并。〔11〕例如当两人共谋犯罪时,要求两人同时参与实行犯罪,这类似于个人企图实施个人犯罪,如果没有任何相反的证据,则不对该共谋和已完成的实质犯罪分别进行处罚。〔12〕由于在这种场合,所有的共谋者完全参与到整个犯罪实行进程的情况并不多,而且同时参与实行犯罪的时机和范围都不明确,很容易因为具体情况的复杂而做出犯罪不具有同一性的判断,导致较为普遍地存在共谋犯不能被实质犯吸收或者合并的现象,很多时候还是需要它们分别定罪量刑。可见,这个规则并没有从实质上改变共谋犯在定罪量刑过程中存在重复评价的合理性问题。

1932年的布洛克伯格诉合众国(*Blockburger v. United States*)案试图更好地解决共谋犯与实质犯重复评价问题,从而确立了布洛克伯格方法(Blockburger Test)。该方法的基调是要从规范上确定共谋犯和实质犯的构成要件是否具有同一性,从而判断两种形态是否可以作为某个犯罪所涵摄。依据该方法:判断两个行为的要件是否同属于一个犯罪行为要件时,要考察其中的一个行为是否需要以另外一个事实加以佐证,而另一个行为则不需要前者的佐证。如果判断两个行为的事实是相同的,则应当将其视为同一个犯罪行为;如果他们并非是相同的事实,则应当将其视为两个不同的犯罪行为。〔13〕这种差异说明,如果共谋行为和实质行为并非相同的犯罪行为,其侵害的是不同的法益,自然不会使行为人因“对同一行为施加两次处罚”而遭受双重危险。而当共谋犯和实质犯的行为事实是同一犯罪事实时,为避免双重评价的非议,共谋犯就应被实质犯所吸收,只应追究实质犯的责任。但是,这个方法还是存在缺陷,因为它仅仅从事实的层面解决了两种犯罪形态之间合并或者吸收的问题,而任何犯罪都不仅是主观因素和客观因素的统一体,同时也是主体因素和客体因素互动的统一体,忽视主体及其主观因素的任何论述都将是片面的。虽然它们似乎解决了“双重危险”的问题,但是在实践中,基于功利主义或者实用主义的倾向,司法机关经常处罚共谋者,上述理论仅仅从权利保障的一方面部分解决了共谋犯的合理性问题,但无法从社会保护这一方面论证共谋者承担责任的正当性根据。

为了解决共谋犯的正当性根据,1946年的平克尔顿诉合众国(*Pinkerton v. United States*)案在吸纳先例的基础上,借鉴共犯代理责任的理论,衍生出了一个新的司法规则,从而确立了著名的平克尔顿法则(Pinkerton Rule)。

平克尔顿诉合众国(*Pinkerton v. United States*)的案情如下:华尔特·平克尔顿和丹尼尔·平克尔顿兄弟二人均住在丹尼尔的农场里,他们的住房之间有200码的距离。他们因涉嫌非法持有、

〔10〕 See 18 U.S.C.A. § 371, Title 18, Crimes and Criminal Procedure (Refs. & Annos), Part I. Crimes (Refs. & Annos), Chapter 19. Conspiracy. See *Morrison v. Hunter*, C.C.A.10 (Kan.) 1947, 161 F.2d 723 (1947).

〔11〕 See 15A C.J.S. Conspiracy § 115. Wharton's rule.

〔12〕 See *U.S. v. Khatib*, 706 F.2d 213, 7th Cir (1983).

〔13〕 See *Blockburger v. United States*, NO.374, 284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180 (1932).

转运以及销售威士忌酒而被指控违反国内税收法,并且均被指控既犯有违反国内税收法的共谋罪又犯有违反国内税收法的实质罪。^[14]当时的证据只能表明二人对非法持有、转运、销售威士忌酒存在共谋,因此他们均被指控是违反税法的共谋犯;但是,没有证据表明丹尼尔直接参与了由华尔特所实行的实质犯罪行为。另外,丹尼尔对华尔特所实行的实质犯罪行为也不存在“帮助、教唆、劝告、命令、引诱、受委托”等情形。^[15]事实上,当华尔特正在进行某些实质犯罪时,丹尼尔正因其他罪行而被囚禁在监狱中,甚至没有证据能证明丹尼尔知道华尔特独自实行的那些实质犯罪。审理该案的道格拉斯(Douglas)法官认为,“尽管没有证据证明丹尼尔直接参与了由他和华尔特共同谋议的实质性犯罪,但是,也没有证据表明丹尼尔采取了积极的行为从当初的共谋中脱离……只要其共犯关系依然存在,那么共犯人的行为对其他共犯来说就是在推动整体犯罪的进程……根据外化行为规则(Overt Act Rule),一个共犯的外化行为,^[16]可以称为全体共犯的共同行为,只要没有就该行为达成新的合意^[17]……那么,我看不出为何推动整体犯罪进程的某个共犯行为不能归责于其他共犯人^[18]……况且,其对犯实质犯罪的同意在最初的共谋中就已经形成”。因此,道格拉斯法官认为丹尼尔应当对其没有直接参与的,而是由华尔特所为的那部分实质犯罪承担责任。这样一来,在该案件中就确立了这样的一个法则(即平克尔顿法则):一个未曾直接参与其他共谋者所实行的实质犯罪的共谋者,在一定情况下要对其他共谋者实行的实质犯罪行为承担代理责任(Vicarious Liability)。

迄今,这个法则已经在司法实践中得到了较为广泛的认可和发展,共谋犯在实践中适用代理责任的条件已经较为成熟,包括:第一,该实质犯罪行为是在共犯关系存续期间做出的;第二,该实质犯罪行为具有被合理预见的可能性;第三,该实质犯罪行为推动了共谋的整体进程。^[19]在上述案件中,适用该规则的条件也可归纳为:其一,当华尔特实行某些实质犯罪行为时,丹尼尔尽管没有直接参与,但是他也没有采取积极的方式从最初的共谋中脱离出来,所以华尔特和丹尼尔共谋犯罪的关系持续存在着;其二,华尔特所为的那些实质犯罪行为,是基于他和丹尼尔先前的共谋所实行的,并且没有超出他们共谋的范围,所以丹尼尔对该行为具有完全的合理预见可能性;其三,根据上述情形,华尔特所实行的那些实质犯罪行为,是基于他和丹尼尔先前的共谋所实施的,它们是以共谋为基础的,这自然体现了华尔特推动共谋的整体进程的意思,并且他在事实上也推动了共谋的整体进程。综合上述条件,丹尼尔不但要对共谋行为承担责任,还应对其未直接参与的、由华尔特单独实行的那些实质犯罪承担代理责任。

二、平克尔顿法则的评价

在上述案件中,法官基于美国刑法对共谋犯和实质犯分而论之的态度,确立了平克尔顿法则,为共谋犯和实质犯两个相对独立的犯罪形态架设起了相互联结的桥梁。^[20]这个桥梁很明显地借

[14] *Pinkerton et al. v. United States*, NO.719, 328 U.S. 640, 66 S.Ct.1180 (1946).

[15] 18 U.S.C.A § 550.

[16] Overt Act 通常与 Conspiracy 相联系,指将内心犯意表现于外的行为。普通法系的共谋犯不要求具有外化行为要件,而联邦制定法中的共谋犯则要求具有外化行为要件。See 48 No. 3 Crim. Law Bulletin ART 6.

[17] *United States v. Kissel*, NO.390, 218US. 601,608,31 S.Ct.124,126, 54L.Ed.1168 (1910).

[18] *Pinkerton et al. v. United States*, NO.719, 328 U.S. 640, 66 S.Ct.1180 (1946).

[19] Alex Kreit, “Vicarious Criminal Liability and The Constitutional Dimensions of Pinkerton”, *American University Law Review* 585 (2008).

[20] *Lance Pisman v. United States*, NO.06, 2006 WL 2516991 (U.S.) (Appellate Petition, Motion and Filing) (2006).

鉴了刑事代理责任理论。代理责任最早出现在民事责任领域,后来随着刑事犯罪形态的不断复杂化,为了使刑法人权保障机能与社会防卫机能相协调,代理责任逐渐被引入刑事责任领域。刑事代理责任(Vicarious Criminal Liability)初见于雇主与雇员、船长与船员等相互之间存在一定上下级关系或者比照上下级关系处理(如在存在证照、委托管理公司)的场合,其本质是行为人基于特定的身份或地位,而对他人的行为或精神状态承担代理责任的一种责任承担形式。^[21] 尽管在共同犯罪领域的刑事代理责任的渊源如同普通法的产生一样历史久远,^[22]但是它并不是普通法中的规则,因此它是否真正适合为共谋犯提供正当性的根据呢? 正如我们将看到的,平克尔顿法则无论在实践中还是在理论上都面临着争议,一部分人支持这个法则,一部分人则反对这个法则,还有一部分人试图采取折中的立场。

(一) 平克尔顿法则的反对论

当美国个别州在司法实践中开始采用平克尔顿法则时,就出现了反对采取该法则的声音。基于个人罪责和正当程序两个刑事法治的传统原则,反对的观点认为:

首先,平克尔顿法则违背了个人罪责的原则。鲁特雷吉(Rutledge)法官在1946年对平克尔顿案做出判决时,就已经对所谓的“平克尔顿法则”提出了不同的意见。他认为,该案所做出的判决没有先例可循,并且如果以此案作为先例,那将是很危险的。^[23] 平克尔顿法则比照民事中的代理责任所做的是一种类推解释,它的责任范围要远大于民事代理责任的范围,这种过于广泛的追究刑事责任的方式,除非共犯人采取积极的措施从该共谋关系中脱离出来,否则几乎每一个共犯人都要对其没有实施的、由其他共犯所实行的犯罪行为承担代理责任。所以,平克尔顿法则的生效实际上颠覆了传统的佩欧尼标准(Peoni Standard),^[24]使行为人在不用被证明有任何积极的参与行为(An Affirmative Act of Participation)的情况下,仅仅因为其涉及某些实质犯罪的共谋团体而承担团体责任(Guilt by Association)。^[25] 团体责任被现代刑法视为异类,它严重悖逆了现代刑法中的个人责任主义原则。保罗·罗宾逊(Paul Robinson)则认为,虽然共谋犯中采用的代理责任,意在遏制由共谋而形成的因果关系所引起的共同体危险,但应该注意到,该共同体危险中的因果关系尚不能成立刑法意义上因果关系,此时它几乎等同于例外(but-for)判断中的条件性因果关系,^[26]这会使适用平克尔顿法则前的判断范围过于宽泛。这种对共谋者在整体犯罪进程中所处的地位以及所起到

[21] 参见童德华:《刑事代理责任理论介评》,载《法学评论》2000年第3期,第84页。

[22] Francis B. Sayre, “Criminal Conspiracy”, 35 Harv. L. Rev. 393, 394-409 (1922).

[23] 鲁特雷吉法官认为,尽管华尔特和丹尼尔多年前共谋了非法持有、转运以及销售威士忌酒的行为,其理应对共谋罪承担责任,但是并没有证据表明丹尼尔参与了后续的外化行为,甚至其也没有明显表现出具有参与后续的外化行为的意思,如果让丹尼尔对该实质罪承担责任,则就违反了“犯罪”的形式意义及其实质意义(此处的“犯罪”有三个层次的内涵:第一,完成实质犯罪;第二,帮助、教唆或者劝告他人去完成实质犯罪;第三,具有完成实质犯罪的共谋)。

[24] 在 *United States v. Peoni* 案中, Peoni 有一些假币,他将假币卖给 Regno, 然后 Regno 又将假币卖给 Dorsey, 三人都知道其交易的是假币, 当 Dorsey 企图将假币上市流通时被抓获。问题在于 Peoni 是否应当对 Dorsey 持有假币的行为负责。判例认为 Dorsey 的持有行为并非 Peoni 的持有行为, 且 Dorsey 并不是 Peoni 的代理人, 所以 Peoni 只应当作为 Dorsey 持有假币的从犯而承担责任。“Since Dorsey’s possession was not de facto Peoni’s, and since Dorsey was not Peoni’s agent, Peoni can be liable only as an accessory to Dorsey’s act of possession.” See *United States v. Peoni*, 100 F.2d 401, 402, 2d Cir (1938).

[25] Dean Browning Webb, “Pinkerton Applied to Rico Conspiracy Claims: Mediate Causation Employed to Ascribe Civil Affiliative Liability Part II”, 11 White-Collar Crime Rep. 1 (1997).

[26] See Dressler, Reassessing, supra note [13], at 109 n.98.

的作用完全不加以区分的做法,在实践中的问题是十分明显的,它常常会使贩毒集团中的一些微不足道的行为主体结果承担了犯罪集团组织者和领导者的责任,这显然不符合刑法中的比例原则或者罪刑平等原则,不仅如此,它还会促使犯罪集团中的从犯有成为主犯的强烈向往。^[27]这样一来,不仅没有实现共谋犯代理责任遏制共同体危险出现的初衷,反而有加剧该危险进一步扩大化的可能性。

其次,平克尔顿法则违反了正当程序这一英美法中的重要原则。正当程序包括实质正当和程序正当两个方面的含义,其设置的目的在于避免被告人遭受政府权力专断行为所造成的不利局面。^[28]依据正当程序的要求,基于平克尔顿法则通过刑事代理责任的方式追究被告人共谋犯的罪责的做法,无疑将遇到多方面的诘问:第一,该法则并没有对实践中所要求的“具有合理预见性”的范围加以更进一步的规范,而是将对它的判断全权交给法官进行自由裁量,这样就使得裁判者在决定“具有合理预见性”时,具有很大的随意性和不确定性,以至于在证明被告人是否具有合理预见的可能性时也面临重重困难;^[29]第二,基于上述类似的缺陷,司法实践中要求部分共犯人的实质犯罪行为“推动了共谋的整体进程”这一条件也同样不明确和不确定,甚至还有导致循环论证的嫌疑。^[30]例如,甲、乙、丙共同组成一个扒窃团伙共谋盗窃,在物色受害人丁之后,便按计划实行了盗窃行为。当甲用预谋的作案工具(小刀)划破了丁的背包意图盗取其财物之时,因乙、丙不停地催他“快点”,导致甲突然失去行为控制,并用手上的小刀疯狂捅刺受害人丁致其死亡。仅从表面的因果关系来讲,甲疯狂捅刺丁的行为确实在某种程度上加速了三人最初共谋的盗窃行为的完成,但能否以该行为“推动了共谋的整体进程”为由,运用平克尔顿法则的代理责任令乙、丙二人承担谋杀罪的共谋犯的责任?对此需要明确:第一,当甲实行谋杀行为时,甲、乙、丙基于盗窃罪的共谋所形成的共犯关系处于存续期间;第二,因为甲携带有具有相当程度杀伤性的小刀作为作案工具,基于该作案工具的性质,乙、丙对于其可能造成受害人重伤或者死亡的结果应当具有合理的预见可能性;第三,如果将“推动了共谋的整体进程”做最大范围的解释,无疑,采取任何加速完成犯罪计划的手段都可以被视为推动了共谋的整体进程。这样,对乙、丙的处罚将明显加重。在此意义上可以说,对行为人以代理责任的方式所施加的共谋犯大部分都将会是荒谬的,也是缺乏法理根据的。

(二) 平克尔顿法则的支持论

平克尔顿法则的支持者们大多站在功利主义的立场上,以“共同体危险”(Group Danger)为基本原理来声援和论证平克尔顿法则的合理性。^[31]其基本理由在于:第一,在实践中,犯罪往往需要协力完成,“一个人不可能推倒双子塔”,^[32]共同体行为唯有通过分工,才能够进一步实行更严重的犯罪,且提高犯罪成功的可能性。^[33]第二,一个单独的行为主体想要放弃犯罪较在共同犯罪情况下放弃犯罪容易,但是,当某个行为主体成为犯罪团体中的一员之后,他想要放弃犯罪无论在

[27] Katyal, *supra* note [34], at 1374. Refer to Mark Noferi, “Towards Attenuation: A New Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability”, *American Journal of Criminal Law* 98 (2006).

[28] “Due Process Clause of the Fourteenth Amendment Guards against the Arbitrary Exercise of the Powers of Government”, U.S.C.A. Const. Amend. 14. *Duhani v. Town of Grafton*, 52 F. Supp. 3d 176, D. Mass (2014).

[29] 参见前注[2],曾根威彦书,第324页。

[30] *Bourjaily v. United States*, 483 U.S.171 (1987).

[31] Mark Noferi, “Towards Attenuation: A New Due Process Limit on Pinkerton Conspiracy Liability”, *American Journal of Criminal Law* 98 (2006).

[32] Thomas Michael McDonnell, “The Death Penalty — An Obstacle to the ‘War Against Terrorism?’” 37 *Vand. J. Transnat'l L.* 353, 365 (2004).

[33] Note, *Developments in the Law, Criminal Conspiracy*, *supra* note [14], at 924.

心理上还是客观上都会面临更为艰难的选择,一是因为利益紧密联系的共同体并不是那么容易被打破的,这导致团体行为降低了部分行为人脱离共谋行为的概率。^[34]二是因为行为主体需要采取更为积极有效的措施才能补救(降低甚至消除)自己先前行为所创设的危险。第三,经验表明,在有些场合,共同体行为更能激发行为人参与实行一些与其当初共谋不相关的犯罪,^[35]例如在恐怖活动组织、黑社会性质的组织、传销组织中所实施的行为。

还有学者试图从因果关系理论出发论证其合理性,认为平克尔顿法则之所以能够使共谋者对其未曾直接参与的实质犯承担代理责任,是因为“每一个共谋者的谋划都能够激发犯罪,并且由他们缜密的谋划而形成了周至的行动方案,那么这个共谋就创设了一个危险,最终的实质行为与这个危险是具有因果关系的”。这种因果关系即是由该共犯整体的“共同体危险”所带来的。简单来讲,正是由于这种共同体危险的存在,以及为了惩罚并威慑行为人不要涉入这种共同体危险,判例才从功利主义的立场出发,突破原有的个人主义的刑事责任根基,而使共谋者替代其团体中的其他共谋者承受刑法上的不利后果。

(三) 平克尔顿法则的折中理论

基于平克尔顿法则本身所存在的问题缺陷,使得在共谋犯场合运用代理责任在很长时间内被理论界和实务界视为“潘多拉的盒子”,从而在理论上成为一个“被忽视的孤儿”。^[36]在此期间,针对共谋参与者的情况,一般是按照帮助者和教唆者理论加以解决的,但是基于实用主义的导向,司法实务中还是在不断尝试各种有效办法来处罚共谋犯。直到后来,在阿尔法雷兹(Alvarez)案采用“事实弱化标准”(Attenuation in Fact)和“超出轻度参与标准”(More Than Minor Participation)对平克尔顿法则的一些缺陷做了有效的限制,才再次确定了代理责任在共谋犯处罚正当性依据中的地位。

合众国诉阿尔法雷兹(*United States v. Alvarez*)一案,^[37]起因于4名被告人和两名联邦便衣侦探在一个宾馆的房间里进行可卡因交易。交易过程中,有1名被告人在房间外持枪望风,2名被告人当时正在将联邦便衣侦探介绍给他们的“头目”,第4名被告人当时正在交易现场当翻译。此刻,有1名被告人无意中发现有一对联邦侦探正在接近该房间,于是对房内的2名便衣产生了怀疑,进而向这2名联邦便衣侦探开枪射击并杀死了一名便衣侦探。在此案中,除了开枪射击的那名被告人之外,剩下3名被告人均基于平克尔顿法中的代理责任方式被控犯有谋杀罪。未直接参与开枪射击的三名被告均辩称,“后来的枪击行为已经超出了他们当初的可卡因交易的共谋,他们的可卡因交易行为和谋杀之间的距离实在过于遥远,况且他们在谋杀罪中起到的作用很小甚至根本没有起到作用,所以不应当以谋杀罪追究他们的责任”。考虑到这3名被告的辩解有其合理性,所以在该案审判伊始,法庭就着手限制适用代理责任可能产生的问题,并尽可能维系个人罪责和正当程序的要求,最终确定了“事实弱化标准”和“超出轻度参与标准”。

事实弱化标准所要考察的是,最初的共谋罪和最终的实质罪之间的关系在事实上是否受到了削弱或者弱化。例如在本案中,被告人辩称“当初共谋的可卡因交易和最终的谋杀行为之间的距离过于遥远”,这就表明他们的共谋与某个被告人的实质罪之间的关系受到了弱化。进一步说,采取事实弱化标准本质上是判断最终的实质罪是否超出了当初的共谋范围,这也是判断行为人是否具有合

^[34] Donald C. Langevoort, “Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review”, 51 Vand. L. Rev. 1499, 1501 n.5 (1998).

^[35] *United States v. Robinowich*, 238 U.S. 78, 88 (1915).

^[36] Major Uldric L. Fiore, “Vicarious Liability For Conspiracy: Neglected Orphan in A Pandora’s Box”, Army Law. 28 (1984).

^[37] *United States of America v. Alvarez et al.* NO.83-5333, 755 F.2d 830, 11th Cir (1985).

理预见可能性时的一个重要标准。针对上述案件,法庭认为,从其中一个共犯人持枪在外望风的这一行为就可以知道,他们已经预见到在交易中可能会发生使用武器以维护其他共犯的利益的情况,况且,这名被告持武器望风的行为应当是所有共谋参加者在共谋时形成的合意。此外,其中1名被告是酒店的老板,他容留这些人在酒店进行可卡因交易,当枪击发生时,他不仅正在现场担任翻译,而且他也没有表现出惊讶或者惊慌失措之类的状态,况且他曾明确表示过自己宁愿死也不愿坐牢,这些情况都表明这名被告对可能发生的致死性暴力行为也是具有预见性的。据此,法庭认为已经有充足的证据可以证明该上述3名共犯人对于谋杀罪都具有合理的预见可能性。对于本来就有意杀人的被告人可以直接根据实质犯罪定罪处罚,自然毋须适用代理责任确定其为共谋犯,但是对原本无意杀人的被告人,就必须考虑到如下情况:在通常情况下,进行毒品交易时携带武器是众所周知的事实,因此在某个进行毒品交易的具体场合,持有或者使用武器并不会使人感到异常,故此,毒品交易场合的谋杀罪并未超出犯罪人共谋的范围,也就是说,上述案件中的毒品交易行为人与谋杀行为的关系在事实上并未受到弱化。因为平克尔顿法则的核心要素在于,禁止当行为人与第三人的行为没有实质性联系时对其施加连带的罪责。对一个人施加代理责任,不是因为这个人仅仅与某个团体或者第三人有关,而是因为他与其参与的团体或者第三人的犯罪行为之间存在着充分的、未被削弱的实质性联系。^[38]这样,个人罪责要求也在实践中得到了最大限度的坚持和体现。当然,从功利主义的角度考虑,此时仅仅需要证明被告人存在着最低程度的个人罪责即可,并且这种个人罪责并不一定限于过失。

为了契合个人罪责的基本要求,笔者曾提出,“承担代理责任者均没有充分注意到自己应履行的义务,反之,如果他们注意到了自己的义务并为此尽了最大努力,那么就不可能判其有罪。即使在不可能适用罪过的场合,对代理人只能处以罚金”。^[39]如果个人罪责被定义为“行为人均没有充分注意到自己应履行的义务”,那么结合在上述案件中3名被告因没有做出明确反对交易中的谋杀的意思、难以当场形成合意的情况,根据代理责任承担谋杀罪的罪责,是比较现实的做法。换言之,用行为人没有明确反对共同的危险的意思来表明其合理预见可能性,也不失为一种现实的选择。假定甲乙共谋抢夺,甲在实行中发现乙携带有凶器,但是没有声张,根据我国刑法所规定的“携带凶器抢夺的,以抢劫罪定罪处罚”,此刻甲的行为是否可以升级为抢劫罪是值得研究的。很明显,甲“没有充分注意到自己应履行义务”,所以定抢劫罪也是比较合适的。

适用代理责任认定共谋犯还要求行为“超出轻度参与”的范围,即行为人必须是积极的参与者。只有作为一个积极的参与者,才能显示他的个人罪责,进而根据代理责任被控承担实质犯的责任。例如在美国诉卡斯坦内达(*United States v. Castaneda*)一案中,^[40]卡斯坦内达卷入到一场大规模的海洛因和可卡因交易之中,她的工作是为她的丈夫和其他共谋者在买家之间传递信息。有一次,她根据丈夫的要求,依据交易信息到街上去与买家交易时被捕。除了被控涉嫌非法销售海洛因和可卡因的共谋犯之外,她还被控涉嫌持有枪支的实质犯。法庭认为,她到街上去与买家交易的行为,应当被视为武装销售海洛因和可卡因的整个行为中的一个积极的行为,正是这种“积极的行为”使得她已经超出了轻度参与的标准。对这种“积极的参与”,不但要评价行为主体的认识因素,也同样要评价其意志因素。在卡斯坦内达案中,她不仅认识到自己在进行非法的毒品交易,而且她在意志上是愿意从事这种交易的,两者结合就可称之为“积极的参与”。例如在给恐怖主义组织提供医疗人道主义援助的案件中,医生救治生病的恐怖分子,不能基于医生主动提

[38] *Scales v. United States*, 367 U.S. 203, 81 S. Ct. 1469, 6 L. Ed. 2d 782 (1961).

[39] 前注[21],童德华文,第84页。

[40] *United States v. Castaneda*, 9 F.3d 761, 9th Cir (1993).

供医疗就将其定义为“对恐怖主义组织进行物质性帮助”,因为他并没有积极地参与该恐怖活动,只是基于人道主义的立场与该恐怖组织有所关联,^[41]它仅仅是一种中立行为。对这类中立行为不能仅依据其与犯罪的关联性,就令行为人代理承担恐怖主义所犯下的实质犯罪。

这样一来,在运用平克尔顿法则的时候,还需要采取一些在实践上具有操作意义和可能性的判断标准。它们是:(1)行为人承担其他共谋者的行为或者精神状态上的责任,必须是在共犯关系存续期间的行为或者精神状态。而考量共犯关系是否处于存续期间的因素有二,其一,行为人与其他共谋者之间的共谋协议是否依然存在;其二,行为人与其他共谋者之间的犯罪同盟关系是否依然存在。如果这两个条件之中的任何一个不再继续存在,就应认为该行为人已经脱离了原有的共谋关系。(2)行为人要对其他共犯人的实质犯罪行为具有合理的预见可能性,而判断“合理预见可能性”的主要依据是事实弱化标准。(3)部分行为人实施的实质犯罪整体上促进了共谋主要目标的完成与实现。(4)行为人对被指控的实质犯罪具有超出轻度参与的程度。至此,我们可以看到,平克尔顿法则的适用条件越来越成熟,限制也更为合理、更具有现实实效性。

三、平克尔顿法则对我国适用共谋共同正犯理论的启示

(一) 共谋犯和共谋共同正犯理论比较

首先,美国刑法中的共谋犯与德日刑法中的共谋共同正犯存在很大相同和相通之处:第一,两个形态均发生于共同犯罪的场合,且都是在共犯关系存续期间;第二,两种形态针对的主体是一致的,即那些参与了犯罪共谋、而没有参与犯罪实行的行为人;第三,两种形态要妥善解决的问题具有一致性,都是围绕仅参与共谋而没有参与实行行为的行为人如何以其参与实行的形态追究其责任;第四,两种形态承担责任的根据具有一致性,都是按照实行犯或者实质犯承担责任。

其次,英美刑法中的共谋犯与德日刑法中的共谋共同正犯的主要差异只存在于表述环境和习惯上,包括:其一,在共谋犯中,行为人是“未直接参与实质犯罪”;在共谋共同正犯中,行为人是“未参与实行行为”;其二,在共谋犯中,行为人“承担实质犯责任”;在共谋共同正犯中,行为人“承担正犯责任”。但是,根据我们的理解,英美刑法中的“实质犯”在很多时候等价于大陆法系的实行犯(正犯)概念。另外我们还可以根据以下传统提出这两个概念之间的共同特征:首先,英美刑法中共谋犯的理论基础在于对共谋行为和实质行为分而论之,同样地,共谋共同正犯的理论基础也由来于对共谋行为与实行行为区别对待的理论传统,可以说他们的逻辑根据是相同的;其次,参与犯罪与实行犯罪具有包容关系,实行是犯罪参与的最重要形式,非实行性参与也可达到或超过实行性参与的效果;最后,正是基于前述原因,共谋共同正犯与共谋犯在刑罚裁量上最终的落脚点都是个人的罪责,而非团体罪责。但是,个人罪责并不意味着行为人具有“过失”,它是因为个人对犯罪的积极参与。综上所述,共谋犯和共谋共同正犯的逻辑前提与理论框架基本上是相同的,说明此类问题在世界各国司法实践中具有普遍性,所以我们应当结合中国刑法立法的现状与司法的需要,吸收其中的合理因子,解决好我国的相关实践问题。

(二) 我国适用平克尔顿法则的正当性前提

首先,应当明确的是,在我国司法实践中,行为人仅参与共谋而未参与犯罪的实行行为的情况是客观存在的,而将这一行为认定为共同犯罪已经是刑法学界的共识。现在存在的问题是,在对这类行为人进行处理时,是否应当引进德日刑法中的共谋共同正犯理论。对于是否要引进,我国刑法学界则存在争议。反对论者认为,共谋共同正犯理论与我国现行立法体系相排斥,我国立法

[41] *United States v. Al Kassab*, 660 F.3d 108, 2d Cir (2011).

并未明确规定“正犯”，贸然引进“共谋共同正犯”有违罪刑法定原则，将原本认定为帮助犯或者教唆犯的行为人借共谋共同正犯理论认定为正犯，不仅会导致在实践中对正犯的认定过于宽泛，而且会使正犯和共犯之间的界限趋于模糊，最终导致区分制共犯体系的崩裂，从而不得不走向单一制共犯体系的道路。^{〔42〕}为了解决仅参与共谋而未参与实行行为的行为人的刑事责任问题，只要“在解释论层面上将犯罪参与类型与犯罪参与程度相区隔而采取‘在共同犯罪的定罪问题上按照分工分类法对共犯、正犯进行规定，而在量刑问题上按照作用分类法对主犯、从犯进行规定’的双层次操作方法即可”。^{〔43〕}而且，“共谋共同正犯中所讲的共谋犯实际上更类似于我国刑法中所规定的帮助犯、组织犯等共犯形态”。^{〔44〕}因此，共谋共同正犯的概念就无存在的必要。而支持论者认为，“从解决共谋而未参与犯罪实行的行为人的刑事责任问题和完善我国共犯理论的目的出发，在我国刑法中确立共谋共同正犯这一概念是具有必要性和合理性的”。^{〔45〕}并且，“我国的共犯体系是以主犯为核心的作用分类法为标准建立的……而主犯的确立是以不确定的、具有较大主观随意性的社会危害性为标准所确定的……所以，为了突出我国的人权保障机能，应该将其转化为以分工分类法为标准的正犯为核心的共犯论”。^{〔46〕}

我们站在支持论者的立场上，认为引入共谋共同正犯概念不但不会与我国现行刑事立法体系相排斥，相反地，它可以通过能动的司法创造弥补我国刑法立法的不足：首先，我国《刑法》中共同犯罪的参与人主要按作用大小分为主犯、从犯和胁从犯，另外兼顾到分工分类法，对于教唆犯采取了特殊规定，但是，这并不是对于共犯立法模式一元制参与体系或是二元区分制参与体系的认可，而仅仅是基于合理量刑的考量以期实现罪责刑相适应。所以提倡共谋共同正犯概念表面上是为了解决实行行为的构成问题，其实质是为了解决划分共谋者的作用大小问题和责任大小问题。虽然我国刑法中没有出现“正犯”“共同正犯”这样的概念，但是并不代表“我国没有共谋共同正犯赖以存在的法律基础”。^{〔47〕}我国以主犯为核心的共犯体系的最终实现也有赖于对行为人参与方式的初步评价。例如，主犯包括在犯罪中起主要作用的犯罪分子，而这些犯罪分子一般是实行犯，起次要作用的实行犯和帮助犯是不能成为主犯的，可见，事实上“正犯”概念启示内化于我国刑法体系之中。进而，我国刑法不仅不会成为引进共谋共同正犯的障碍，相反，我们可以通过对共谋共同正犯理论的探究，进一步完善我国以主犯为核心的共犯体系，推动我国构建精细化的共犯体系的进程。^{〔48〕}另外，甚至还可以认为，我国刑法立法中本身就包含着对共谋共同正犯概念的肯定，例如犯罪集团中的首要分子。^{〔49〕}根据我国刑法第25条对共同犯罪的规定，可以轻易地得出“单纯共谋者可以成立共同犯罪”的结论。但问题是，单纯共谋者是否能够成立共同正犯？为了有效地

〔42〕 参见方军：《共谋共同正犯否定论》，载《政治与法律》2015年第5期，第122页。

〔43〕 阎二鹏教授基于“共谋共同正犯否定论”的立场认为正犯与主犯在概念上可以重叠，但是基于“分工分类法着眼于共犯人的定罪，而作用分类法着眼于共犯人的量刑”，所以两者在功能与目的的设置上不能相互取代，也无主次之分，所以认为不如将“分工分类法”与“作用分类法”相结合，不动原有的立法论体系，而在解释论层面上进行双层次操作。参见闫二鹏：《共谋共同正犯理论中国化的障碍及其解释对策》，载《中外法学》2014年第4期，第1105~1108页。

〔44〕 陈毅坚：《“共谋共同正犯”——一个多余的范畴》，载《北大法律评论》2010年第1期，第248~256页。

〔45〕 王志祥、韩雪：《共谋共同正犯脱离制度在我国刑法中的确立》，载《国家检察官学院学报》2015年第3期，第72页。

〔46〕 前注〔5〕，刘艳红文，第103页。

〔47〕 参见刘明祥：《从单一视角看共谋共同正犯论》，载《法学评论》2018年第1期，第83页。

〔48〕 同前注〔46〕。

〔49〕 参见〔日〕大谷实：《日本刑法中正犯与共犯的区别——与中国刑法中的共同犯罪相比较》，王昭武译，载《法学评论》2002年第6期，第118页。

解决这个问题,我们应当从司法适用的实际需要出发,能动地进行司法认定。例如,我国刑法规定了主犯和从犯概念,这是司法最终确定行为人刑罚轻重的依据。但是对共同犯罪中的犯罪分子在什么时候应当认定为主犯,在什么时候应当认定为从犯,还是需要结合实行犯(正犯)、帮助犯和教唆犯这些概念。考虑到实行犯极可能被认定为主犯,也可能被认定为从犯,因此需要对于实行犯(正犯)概念进行类型化考量,以合理确定可以作为主犯的实行犯和作为从犯的实行犯之间的差异。在这一点上,德、日刑法中的修正正犯,如共谋共同正犯概念为我们提供了有价值的指导。

以日本刑法为例。日本刑法最初出现“共谋共同正犯”概念主要是为了应对和处罚一些组织犯罪中的“幕后操纵者”以及虽然没有亲自参与犯罪实行,但是在整个犯罪进程中发挥较大作用的共同犯罪人而提出的,它本身是一个应急性的政策工具。^[50] 在论证共谋共同正犯正当性的问题上,日本学界主要存在以下几种学说:第一种学说是由草野一郎提出的“共同意思主体说”,该说得到了日本相当多的学者的认同和支持,^[51]其认为共同正犯的本质在于数个一心别体的人结成同心一体,以共同的犯罪意思去实现犯罪,这即是共同参与者对最终犯罪结果承担全部责任的缘由。^[52] 第二种学说是由藤木英雄提出的“间接正犯类似说”,该说试图通过间接正犯中的“利用”关系来阐明共谋者成立正犯的正当性,认为共谋者在达成犯罪合意之后,所有犯罪人均受到共同意志的约束,共谋者正是利用这种心理约束来对实行行为人施加影响,利用实行者来实现自己的犯罪意志。^[53] 第三种学说是由平场安治主张的“行为支配说”,他认为对实施符合构成要件的行为的支配者是正犯,由于共同正犯是对符合构成要件的行为的全体支配,即便某个人没有实施构成要件行为,由于他依然支配着其他正犯的行为,他依然是共同正犯。^[54] 第四种学说是由大塚仁提出的“优越支配共同正犯说”,他认为单纯的共谋者不能成立正犯,但与直接实施的行为人相比,参与共谋的行为人从一般社会观念上来讲处于一种压倒性的优势地位,对直接实施的人以心理上的影响,而使其实施实行行为,在这种情况下,共谋者可以被视为共同正犯。^[55] 第五种学说是由前田雅英和西田雅之共同倡导的“重要作用说”,认为只要是从实质层面上看,对结果的发生起到重要作用的,就可以被认定为正犯。^[56] 第六种学说是由庄子邦雄提出的“价值行为说”,认为应以行为对社会是否具有价值作为判断刑法中的实行行为的标准,要判断共谋行为是否具有正犯性质,就要判断共谋行为是否具有符合构成要件的实行行为的价值,如果谋议行为具有等价性,该谋议者就可以被视为正犯。^[57] 然而,上述学说对于解释共谋共同正犯的正当性问题都存在一定的缺陷,有很多学者都逐一对上述理论进行了驳斥,例如分析进路的倒置、方法论上的混乱等。^[58] 可以看出,德日刑法中共谋共同正犯的理论的正当性争点并没有得到妥善解决,所以我们更多的时候选择了理论上的观望,这也是我国刑法学者反对引进共谋共同正犯理论的重要理由之一。与此同时,我们注意到共谋共同正犯概念与美国刑法中的以“平克尔顿法则”为基础的共谋犯概念具有等质性,在此不妨借鉴平克尔

[50] 参见前注[42],方军文,第118页。

[51] 参见前注[44],陈毅坚文,第243页。

[52] 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295页。

[53] 参见陈家林:《外国刑法基础理论与研究动向》,华中科技大学出版社2013年版,第257页。

[54] 参见马克昌:《比较刑法原理:外国刑法学总论》,武汉大学出版社2012年版,第626页。

[55] 参见黎宏:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,第221页。

[56] 参见于改之、周长军主编:《刑法与道德的视界交融:西原春夫刑法理论研讨》,中国人民公安大学出版社2009年版,第126页。

[57] 参见李邦友:《日本刑法共谋共同正犯的理论及其发展》,载《法学评论》2001年第1期,第144页。

[58] 参见前注[44],陈毅坚文,第248~253页。

顿法则下有限的刑事代理责任来弥补共谋共同正犯理论的正当性问题,以期建构更加精细化的归责路径来解决我国存在的“参与了共谋却未参与实行行为”的行为人的刑事责任问题。

(三) 有限的刑事代理责任在我国的具体适用

我们必须认识到,对于仅参加共谋而未参加实行行为的行为人的范围的认定不仅包括支配型共谋共同正犯,还包括实行分担型共谋共同正犯。支配型共谋共同正犯要解决的是所谓“幕后大人物”的问题,在犯罪集团及犯罪组织等场合适用我国的组织犯理论来解释,并无疑问;问题在于,对于实行分担型或者是对等性共谋共同正犯来说,共谋者不是在共同犯罪中实施组织、领导、策划、指挥行为的行为人,但是其在共同犯罪中起到了重要作用,如果只将其认定为帮助犯或者教唆犯显然不合适。例如,案例一:甲、乙谋议共同持刀到刘某家进行抢劫,在行动当天,甲因持刀被警察盘查,他谎称自己带刀是为了讨债时吓唬他人,警察信以为真将其释放。在甲被警察带往公安局接受盘问的过程中,乙单独到刘某家实施了抢劫。传统理论会将甲作为共同犯罪的帮助犯处理,但在此场合,甲已经不仅参与了预备行为,而且在预备阶段已经与他人的实行行为构成了事实上的共谋关系,而且他也有强化自己罪恶的意图,^[59]所以他无意阻止抢劫的发生,故此隐瞒事实,造成警察未能及时采取措施制止乙实行抢劫,甲在整个行为中并不仅仅分担了帮助的作用,其实际效果要远远超出望风之类的帮助。我国刑法对共同犯罪采取“部分实行全部责任”的原则,为了解决这一结果归属的正当性问题,我国很早就针对犯罪的本质展开了“犯罪共同说”与“行为共同说”之间的争论。因为本文要解决的问题并非是对何为“共同”的探讨,而是要解决从共犯到正犯的转化问题,所以在此不对“犯罪共同说”与“行为共同说”进行详细分析。一般来说,单纯的共谋者是共犯,但是我国刑法基于国家安全的特殊考量,于第103条规定的煽动分裂国家罪,第104条规定的策动武装叛乱、暴乱罪,第105条规定的煽动颠覆国家政权罪,直接将谋议、阴谋行为规定为实行行为,此时单纯的共谋者将直接被认定为正犯。除此之外的共谋者,不具有刑法分则构成要件所规定的定型性的实行行为,但是基于其在共同犯罪中起到的重要作用,如果不将其作为正犯论处,将有违罪刑相适应原则。但是,即便将其作为正犯论处,也绝不能认为共谋共同正犯是“对关系者产生了很大影响而使其产生了犯罪的危险,但在现实生活中并没有实施犯罪行为的人”。^[60]在此必须强调,共谋共同正犯并不是没有实施犯罪行为的人,而是没有实施犯罪实行行为的人,将犯罪行为进行限制解释为实行行为,就区隔开了共犯与正犯,因此也就不存在“不当扩大正犯认定范围”或者“混淆了正犯和共犯的界限”的问题。从通常意义上讲,正犯是指实施了符合刑法分则构成要件的行为人,从形式客观说的角度来看,此处所言的“仅参与共谋而未参与实施实行行为”不能被看作正犯,但是为了切实解决我国司法实践中出现的问题,不妨站在实质客观说的立场上来看待共谋共同正犯。此时,要解决的问题就是在共谋共同正犯中,由“共犯”转化到“正犯”的正当性问题了。如前所述,在对正当性的阐述中,德日刑法理论并没有对此做出妥善的回应。为了弥补德日刑法中共谋共同正犯理论的不足之处,我们试借鉴美国刑法中有限的刑事代理责任来为单纯共谋者承担正犯责任提供正当性依据。

在上述案例中,依据限制的平克尔顿法则,要确定甲能否被认定为共谋共同正犯就要解决以下问题:第一,甲、乙之间的共谋共犯关系是否存在存续期间;第二,甲对乙的抢劫行为是否具有合理的预见可能性;第三,乙的抢劫行为是否直接促进了甲、乙共谋的主要目标的完成;第四,甲隐瞒计划的行为与抢劫的实行行为之间是否超出了轻度参与的范畴。结合相关要求进行分析:第一个问

[59] Steven L. Emanuel, *Criminal Law* (3rd ed., Emanuel Publishing Corp., 1992), pp. 173-174.

[60] 参见[日]冈本洋一:《共谋共同正犯论的现状与问题》,宋文华译,载《山东大学法律评论》2010年卷,第250页。

题,甲虽然没有按照计划出现在抢劫行为的现场,但是其未参与实行行为并不代表其改变了原有抢劫计划或者撤销了这个计划,事实上他并没有用积极方式表明自己意图脱离原有的共谋关系,所以,甲、乙之间的共谋共犯关系依然存在;第二,甲、乙当初的共谋内容即是实施抢劫,乙也确实实施了抢劫行为,目标行为与实行行为完全重合,并没有超出共谋的范围,不存在事实弱化的问题,所以,甲对于乙的抢劫行为无疑具有合理的预见可能性,况且此处并不存在没有甲的参与乙就无法一人实施抢劫这样的情况;第三,甲、乙共谋所要达成的目标即是抢劫,乙的抢劫行为在客观上确实促进了二人共谋的主要目标的完成;第四,甲的行为超出了轻度参与的范畴。除非甲以积极的方式明确消除其共谋所引起的共同危险,否则甲的行为都在共同危险的创设中,这不是一般性的关联,而是实质意义上的关联,特别是隐瞒行为显著增强了自己与抢劫行为之间的事实上的联系。所以,甲不仅没有使自己远离抢劫行为,反而是将自己与抢劫行为拉得更近。综上所述,认为甲构成抢劫罪的共谋共同正犯更为合理。

再如,案例二:在黄甲、黄乙、王某盗窃案中,^[61]被告人黄甲、黄乙、王某商量采取谎称自己是香港人、手机用不了、借打手机、到酒店找朋友等手段骗取他人信任后趁他人不备获取他人财物,并约定三人各自寻找作案目标,如若相遇则互相掩护合作,所得财物按所起作用分配。后黄甲伙同黄乙成功行骗两次,王某试图盗取他人财物未果后回到三人住处。本案在审理中的焦点是王某是否要对黄甲和黄乙的盗窃既遂结果负责,如果要负责,则承担的是正犯责任还是(狭义的)共犯责任?法庭经审理后认为,“被告人王某与黄甲、黄乙事前进行了犯罪的共谋,按照共谋共同正犯的刑法理论,应当作为共同正犯处理;即使不作为共同正犯处理,被告人王某在共同犯罪过程中也提供了精神上的帮助,与黄甲、黄乙的犯罪结果存在心理上的因果关系,也应作为狭义的共犯进行处罚”。然而,这样的结论尽管肯定了王某应当作为共同犯罪人处罚,但是究竟是正犯还是狭义的共犯的地位显然没有明晰。如果根据平克尔顿规则,则王某构成盗窃罪的正犯而非帮助犯的结论是显而易见的(分析进路同案例一,在此不做赘述)。

当然,司法实践中的问题还不限于此。在案例一中,假定乙在抢劫时行凶,将刘某杀死,那么甲是否又应对刘某的死亡负责呢?依据平克尔顿法则,甲乙二人之间的共谋共同正犯的关系依然存续是没有异议的。但有三个实质性的问题需要解决:第一,甲是否对乙的杀人行为具有合理的预见可能性?判断是否具有合理预见可能性的主要考量标准是事实弱化标准。例如,前述在毒品犯罪与持枪所涉及的故意伤害、故意杀人等行为之间具有密切的联系,意味着当出现毒品类犯罪时,毒品犯罪的共谋者与相关的暴力性犯罪之间的关系一般不会受到事实上的削弱或者弱化。在本案中,抢劫本身就包含着对生命和健康的威胁,因此抢劫和杀人之间具有一定的实质关联性(伴生关系),而持刀抢劫则显著加强了这种实质性的关联性。持刀抢劫本身的后果是不可控的。因此,不发生伤害、发生伤害或者死亡结果等都有可能,轻微伤、轻伤害、重伤害或者死亡的结果,都应认定为在共谋者的合理可预见范围之内。第二,乙的杀人行为是否直接促进了其共谋主要目标的达成?甲、乙二人在共谋进行抢劫时,其合谋的整体计划应为“共谋抢劫预备+共谋持刀+共谋抢劫实行”,乙的杀人抢劫行为是其在甲不在场的时候实施的,但是该行为直接促进并完成了共谋的主要目标。第三,甲的行为对于杀人的结果是否超出了轻度的参与标准?甲参与了抢劫行为的共谋,虽未参与抢劫实行行为,也未参与故意杀人的实行行为,但是,他基于共谋参与的“先前行为”的义务而处于“保证人地位”,对于他人的实行行为应该承担代理责任。即甲在这种情况下的行为已经超出轻度参与的标准。综上所述,甲应当对乙抢劫杀人所造成的重伤的结果承担正犯的责任。

[61] 参见(2016)赣0102刑初231号刑事判决书。

从以上分析可以看出,事实弱化标准和超出轻度参与标准实际上在某种意义上即是对共犯与正犯界限所做的一种限制。一方面它突出了共谋者对共谋的参与程度及其对实质犯罪的推进作用,解决了共谋者承担正犯或者主犯的责任的理据问题;另一方面它为判断共谋参与者与后来的实行行为加重结果之间的因果关系提供了一个可资借鉴的重要参照系。因此,我们认为,根据有限的刑事代理责任理论,平克尔顿规则不仅不会不当地扩大正犯的归责范围,也不会导致正犯与共犯的界限趋于模糊,并且,更不会与我国的主犯、从犯的立法设置相矛盾。

四、结 语

刑事代理责任在多年前就被译介到我国,但是,因为受德、日刑法理论研究的影响,这个理论并没有为我国刑法学界接受与认可,而且还有学者批判其违反了罪刑法定原则,不符合刑法的人权保障要求。例如有学者认为,刑事代理责任是“为了实现社会防卫功能不可避免地牺牲一部分无辜者的权利,将不应受刑罚处罚的行为纳入刑法规制范围……其已经违反了罪刑法定原则的实质侧面和权利本位的价值取向”。^[62] 但需要看到,今天大陆法系也有学者自觉借鉴代理责任的合理性对相关刑法问题进行解释,如对法人的刑事责任根据所提出的代理责任。^[63] 而英美刑法不仅将其运用于国际人道犯罪、公司犯罪的处罚中,更是将其发展为共谋犯的解释根据。显然它还面临着上文的批判,但对平克尔顿法则的种种限制并没有阻却其在共谋犯中运用代理责任理论的进程,它在美国有关毒品和枪支等案件中已经得到了广泛适用。尽管我国刑法理论体系与美国刑法理论体系有诸多不同,但是“不论黑猫白猫,能抓住老鼠的就是好猫”,无论是支配型共谋共同正犯还是实行分担型共谋共同正犯,均可用刑事代理责任来予以正当性解释。

Abstract Plotting co-principals is the concept of amended principal in German and Japanese criminal law. In order to explain the legitimacy of its punishment, German scholars have tried from many theoretical perspectives. However, these theories are somewhat flawed. Through comparative analysis, we conclude that the concept of conspiracy offense in American criminal law is intrinsically similar to the concept of plotting co-principals in German and Japanese criminal law, and the Pinkerton Rule established in American criminal law makes conspiracy offense take the same guilty as substantive offense based on a limited vicarious criminal liability. “Attenuation in Fact” standard and “More Than Minor Participation” standard have not only opened up new ideas for China’s introduction and application of Plotting co-principals theory, but also have referential significance for China’s reference to the vicarious criminal liability system for criminal law legislation.

Keywords Conspiracy Offense, Vicarious Criminal Liability, Attenuation in Fact, More than Minor Application

(责任编辑:陈可倩)

[62] 赖佳文:《刑事代理责任的理论现状、制度引进与现实选择》,载《中国刑事法杂志》2013年第2期,第23页。

[63] 参见张克文:《拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归》,载《法学研究》2009年第3期,第47页。