

论我国刑法语境下过失共同犯罪成立的解释路径

——以单一正犯体系为出发点

王 珏

摘 要:我国刑法第25条规定了“共同犯罪”并将“共同犯罪”局限于故意的场合,但这并不意味着否定了过失共同犯罪的适用。包括刑法第25条第1款等条文中的“共同犯罪”,应在区分了正犯与共犯的区分制共犯立法体例下进行理解,以处理故意共同犯罪的情形。而刑法第25条第2款强调的并非是过失共同犯罪以单独犯论处,而是各参与者在单一制共犯立法体例下,全部按正犯处理。故意共同犯罪和过失共同犯罪均是共同犯罪原理统摄下的共同犯罪形态,在同一部刑法中将故意和过失的共同犯罪形态分别置于区分制和单一制下,没有超出共同犯罪的可能立法范围,是在罪刑法定原则下进行的合目的性解释。肯定过失共同犯罪的适用,能够回应风险社会下频发的过失共同犯罪现象,体现功能主义刑法观指导下刑法解释的生命力。

关键词:过失共同犯罪;区分制;单一制;解释论

中图分类号: D924.11 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-0766 (2023) 04-0137-10

我国传统的共同犯罪理论主要是围绕故意犯罪建立起来的,多人因共同的过失行为引起法益侵害且行为符合刑法分则相关罪名规定的场合,应认定为共同犯罪还是同时犯,理论和实践中的争议很大。不可否认的是,过失共动现象和故意共动现象一样,客观存在于纷繁复杂的社会活动中,特别是随着社会的发展和进步,工作上的分工配合愈发紧密,团队合作的场合越来越多,因此出现失误的情况在所难免。司法实践对由此过失造成法益侵害的现象能否以过失共同犯罪来处理,直接决定了能否在无法准确证明每个具体行为人与侵害结果之间因果关系的情况下,合理解决其刑事责任的问题。

一、过失共动现象与我国刑事立法的紧张关系

无论是德国刑法第25条规定的“数人共同实施犯罪的,均依正犯论处”,还是日本刑法第60条规定的“二人以上共同实行犯罪的,都是正犯”,通过总则共同正犯条款和分则相关过失犯罪规定的结合,为过失共同正犯的成立提供了立法层面的容许性。^①与之相比,我国刑法第25条第1款明确将共同犯罪限定于故意共同犯罪,^②导致在存在论上不可忽视的过失共动现象无法被顺利纳

作者简介:王珏,法学博士,四川省成都市高新技术产业开发区人民法院法官(成都 610000)

- ① 德国刑法第26条和第27条明确规定教唆、帮助行为必须是故意实施的,日本刑法理论则从处罚必要性角度出发,得出过失共犯不罚的结论,故德日刑法理论大都仅以过失共同正犯作为研究对象。日本刑法判例目前已经对过失共同正犯持肯定态度;而在德国,过失共同正犯还没有被司法判例明确承认,但肯定性观点已经是刑法理论上的主流。参见山口厚:《刑法总论》,付立庆译,北京:中国人民大学出版社,2011年,第359-360页;克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲等译,北京:法律出版社,2013年,第73-74页。
- ② 我国刑法并未明确规定正犯概念,但是这并不等于我国刑法理论和司法实践中不存在正犯问题。准确界定正犯与共犯,将直接关系到刑法正义理念的彰显,构成要件理论本身的维护和发展,共同犯罪中不同参与者的定位以及刑罚调配等一系列重要问题,尤其能够使我国刑法对共同犯罪诸问题的研究精致化。参见刘艳红:《论正犯理论的客观实质化》,《中国法学》2011年第4期。

入我国刑事立法中。

不可否认的是,过失共动现象是普遍存在的,这一点无论过失共同犯罪的肯定论者还是否定论者都没有异议。然而共同犯罪却是一个实定法概念,否定论者系从实定法角度出发,指出过失共动现象是否存在和其应否被刑法评价为过失共同犯罪,是两个完全不同的问题。将过失共动现象进行归纳分析,可能具有犯罪学意义,但这种现象并不能直接被评价为刑法并未承认的过失共同犯罪。^①可见,否定论者祭出罪刑法定主义的大旗,认为在法无明文规定的情况下,无论如何不能突破刑法规定来实现保护法益的现实需要和处罚冲动。与之相对,肯定论者并非无视刑法的规定,其同样认为对于作为实定法之产物的共同犯罪而言,在立法指向的框架内建立教义理论体系是应有之意。肯定说重视的是过失共动现象于现实中的多发性,以及立法上忽视这一现象可能导致的法律问题和社会问题,进而从刑事政策角度出发,希望在现行立法范围内将这种现象“解释进入”刑法中。

否定说基于刑法第 25 条的明文规定来否定过失共同犯罪,看似无懈可击,实际上理由未必充分。通说的思路是将第 25 条第 2 款视为注意规定,认为只有共同故意才能使各参与者形成共同的有机整体,进而具有更大的社会危害性,而共同过失因缺乏意思联络无法成为共同的有机整体。^②过失共同犯罪与故意共同犯罪的区别仅仅在于主观方面,故意并不应是认定数人之间存在意思联络的判断因素。除了系反射性动作等原因被否定行为性的场合,绝大多数行为都是行为主体自由意志的体现,各行为人之间在非故意的自由意志下产生合作的意思,并不会有不自然之感,毋宁说是很普遍的现象。而这就已经可以为意思联络的认定提供事实依据,因为如此意义上的意思联络已经足以起到相互促进、强化对方不履行注意义务的效果,从而使任何一方的行为对结果具有因果性。

当然,否定论者也从法益侵害和责任主义角度出发,主张可以通过同时犯来评价过失共动现象。可见,二者对过失共动现象具有可罚性、当罚性是意见一致的。只不过在肯定论者看来,在同时犯的路径于证据层面存在极大适用障碍的现实背景下,否认过失共同犯罪的适用将导致很多法益侵害行为无法受到应有的刑法评价。而否定论者认为同时犯是处罚过失共动现象的极限。如有学者举例,在数十人乃至上百人进行射击训练时,其中一枚子弹走火造成他人死亡,在无法查清是谁发射那枚子弹的情况下,让全部参与射击训练的人承担过失致死的责任,尽管是弥补了处罚上的空当,也会引起肆意扩大处罚范围的问题。^③如果每个射击者有各自的靶位,分别自行进行射击,当然不会构成过失共同犯罪;如果是所有人轮流在一个靶位射击,假设系在正规射击训练场实施并履行相关规范所要求注意义务的前提下,则很难评价为过失。当然,如果所有射击者违反相关规定,在人流较多的地方私自开展射击活动,无论是轮流射击还是共同射击,则确实共同制造了法益侵害的危险,对危险所现实化的结果,具有共同承担责任的基础,这时就不应认为是在肆意扩大处罚范围,而是处罚的应有之意。

综上,过失共同犯罪不应存在理论上的适用障碍,其在我国刑法中面对的是来自实定法规定的争论。在各国立法均未完全排除过失共同犯罪的情况下,我国刑法第 25 条是否真将其予以排除,至少从司法实践中的一些现象可以看出,否定论者的逻辑结论未必得到普遍认可。

二、过失共同犯罪在我国的适用现状

如前所述,承认过失共同犯罪最大的实质意义,是能够在缓和因果关系认定标准的基础上,顺利运用部分实行全部责任之归责原理,以实现刑法打击犯罪的根本任务。否认过失共同犯罪将导致一些具有当罚性的行为因与结果之间的因果关系无法认定而不能作为犯罪处理。也正因如此,司法实践中

① 黎宏:《“过失共同正犯”质疑》,《人民检察》2007 年第 14 期。

② 参见高铭喧、马克昌:《刑法学(第五版)》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2011 年,第 165 页以下。

③ 黎宏:《“过失共同正犯”质疑》,《人民检察》2007 年第 14 期。

虽然没有言及过失共同犯罪，但相关案件的审判或评论已经在悄悄地适用部分实行全部责任的原理来处罚各行为人，蕴含了肯定过失共同犯罪的思考方法。^①

在“蒋勇、李刚过失致人死亡案”中，被告人蒋勇、李刚因让道问题与被害人徐某发生争执并扭打后，为了摆脱徐某的纠缠而驾车离开。蒋勇在低速行驶过程中已经看到徐某的手抓住了车辆护栏，但因急于摆脱徐某的纠缠而没有停车。李刚基于蒋勇驾车行驶的速度缓慢，而在车厢内扳徐某抓住护栏的手。徐某最终从车外跌落，被该车后轮碾压致死。法院认为，蒋勇、李刚共同的主观目的是为了摆脱被害人徐某的纠缠，二人之间并无共同的致害故意，只是由于违反注意义务而造成致害结果，二人的行为均符合过失致人死亡罪的基本特征。^② 该案作为指导案例，评论部分在认可以过失致人死亡罪对二名被告人分别定罪的同时，指出刑法第25条第2款实际上是承认了过失共同犯罪的合理存在，该案只不过不以共同犯罪处理而已。^③

在更早发生的“雷克奇、孔建华在旅游区开枪致人死亡案”中，二名被告人经商议后轮流开枪，比试将远处树林中的一个玻璃瓶击碎，结果在二被告人各开数枪后，其中一枚子弹击中正在穿过树林的被害人。^④ 本案最终判决二名被告人均构成以在旅游区开枪射击的危险方法致人死亡罪。判决书虽然在说理部分并未言明按照共同犯罪处理，但实际上因为个人因果关系不明，只有根据共同犯罪原理才会得出上述判决结果，可以认为是事实上承认过失共同犯罪的案例。

除了我国现存的支持过失共同犯罪的相关案例，在司法实践中还可以发现一些暗含肯定过失共同犯罪的线索。

线索之一系最高人民法院2000年发布的《关于审理交通肇事刑事案件具体运用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）。与立法上的明确态度不同，《解释》中对过失共同犯罪的适用似乎保持了相对缓和的立场，其第5条第2款的规定^⑤在通说认为刑法第25条不承认过失共同犯罪的大背景下，显得很特别。但一些对该司法解释的解读，又在极力和过失共同犯罪肯定论划清界限。相关观点认为，《解释》是在属于过失犯罪的交通肇事罪中，“独立”出交通肇事逃逸的故意加重类型，从而制造出成立共同犯罪的空间。^⑥ 这一观点在独立规定有肇事逃逸罪的我国台湾地区刑法中尚合乎逻辑，然而我国大陆刑法并未将“肇事逃逸”规定为独立的罪名，“肇事逃逸”和“逃逸致人死亡”虽然均属于交通肇事罪的加重类型，但难以认为作为过失犯的交通肇事罪，其加重类型能转化为故意犯。

线索之二是司法实践对结果加重犯之共同犯罪的态度。实施基本犯罪，但发生了加重结果的结果加重犯，其典型形态是故意行为与过失行为之结合。按照不承认过失共同犯罪的观点，数个行为人共同造成基本犯罪事实而其中一人过失导致了加重结果时，似乎就只能成立基本犯的共同犯罪。但司法实践中却出现了诸多从结论上看肯定结果加重犯之共同犯罪的案例。在“张满、牛爱民非法拘禁案”中，牛爱民事前为张满等人提供犯罪经费，由张满等人将索债对象即被害人进行捆绑、堵嘴后，置于汽车后备厢，后张满等人驾车去与牛爱民接应时，发现被害人已经死亡。二审法院认为上诉人张满伙同他人非法剥夺被害人人身自由，在非法拘禁过程中使用暴力致人死亡，构成故意伤害罪（致人死亡）。上诉人牛爱民伙同张满等人非法剥夺他人人身自由致人死亡，构成非法拘禁罪。本案中，张满在非法拘禁被害人的过程中使用暴力致被害人死亡，罪名经刑法

① 张明楷：《共同过失与共同犯罪》，《吉林大学社会科学学报》2003年第2期。

② 参见“（2005）惠刑初字第426号刑事判决书”，北大法宝引证码CLI.C.8316528。

③ 最高人民法院刑事审判第一至五庭主办：《中国刑事审判指导案例乙（危害国家安全罪、危害公共安全罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪）》，北京：法律出版社，2017年，第525页。

④ 参见“雷德奇、孔建华在旅游区开枪射击致人死亡案”，北大法宝引证码CLI.C.87282。

⑤ 该条款规定，交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。

⑥ 孙军工：《正确适用法律 严惩交通肇事犯罪——〈关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2000年第12期。

第238条第2款拟制转化为故意伤害罪(致人死亡)没有问题。而对于牛爱民为何应对被害人的死亡结果负刑事责任的问题,二审法院认为,牛爱民伙同张满等人在非法剥夺被害人人身自由的范围内构成共同犯罪,且牛爱民对被害人在过程中可能死亡具有预见性,故根据部分行为全部责任的归责原则,牛爱民对被害人的死亡结果应负刑事责任。^①在被害人于非法拘禁过程中被张满等人使用暴力致死的事实背景下,二审法院以牛爱民故意参与了作为基本犯的非非法拘禁为由,整体性地将后续因张满等人过失造成的被害人死亡结果也归责于牛爱民。但是对于牛爱民与张满是如何在过失的加重结果层面成立共同犯罪的,二审法院并没有言明。

有学者为上述判决思路做了进一步解释,认为全部行为对加重结果承担责任,是由结果加重犯的构造决定的,既然其他行为人也共同实施了基本犯罪行为,且均对加重结果具有过失,就当然均应按照结果加重犯处理。^②但是为何全部参与者要对其中一人过失造成的加重结果承担责任,如果不承认过失共同犯罪,就根本无法说明。毋宁说,若将共同犯罪限定在故意领域,那么全部参与者在基本犯的范围内属于共同犯罪才是这种观点的应有立场。基于此得出的结论就是,承认结果加重犯的共同犯罪,就要同时肯定基本犯部分和过失加重部分共同犯罪。

我国司法实践之所以对过失共同犯罪保持了相对温和的态度,究其原因还是与我国关于共同犯罪的立法有关。是否承认并适用过失共同犯罪,不仅是立法问题,更是司法问题。司法实践中与上述裁判思路类似的案例尤其是结果加重犯的案例还有很多,虽然归纳的结论可能是或然的,但正如有学者指出的,当我们面对一个样本观察结果时,往往能一眼看出其是审慎的还是武断的。“我们之所以可能判断其是否理性,是因为我们不大可能会将个人偏好、特殊利益、身份、案件中某个细节与自己的特殊联系等因素带入判断”。^③作为适用法律和以合理解决问题为己任的司法机关,当意识到问题的解决遇到障碍时,保留灵活处理问题的模糊空间几乎是本能选择。但这种选择毕竟只能是权宜之计,为适用过失共同犯罪打开通向罪刑法定原则的通道,才是根本解决方法。这就不禁需要思考,立法者是否真的放弃了过失共同犯罪,刑法第25条第2款中“不以共同犯罪论处”是否存在其他的解释路径,否定论者和肯定论者是否都忽视了立法条文背后更多值得分析的面向。

三、破局路径:共同犯罪的两种立法体例——区分制与单一制

过失共同犯罪的适用在理论上没有明显的逻辑障碍,且对司法实践具有现实意义,这使得我们有必要重新审视我国刑法对共同犯罪章节的规定。虽然刑法第25条第2款明确过失共同犯罪“不以共同犯罪论处”,但这并不当然意味着立法者对过失共同犯罪与故意共同犯罪相似的本质构造也一并否定。共同犯罪的本质可以规范性地理解为可共同归责。^④无论是故意还是过失的心理状态,各参与者在意思疏通下,各自行为对结果均具有因果上的促进性,共同制造和实现了法所不允许的危险。因此,故意共同和过失共同均具有共同归责的基础,应在大层面上共享一个不同于单独犯罪的共犯结构。尊重作为共同犯罪之本质的共同归责,也就划定了刑事立法在共同犯罪领域的立法范围极限。而作为现今共同犯罪立法中的两种不同体例,单一制和区分制均以共同归责原理为基础,行走在共同犯罪的应然立法范围之内。

区分制立法体例认为,正犯和共犯在不法内涵上具有根本上的差异。^⑤区分制以限制正犯体系

① 参见“(2018)冀刑终16号刑事判决书”,北大法宝引证码CLI.C.11148163。需要说明的一点是,二审判决系在考虑牛爱民系从犯,可对其减轻处罚的情况下,将一审对牛爱民判处的有期徒刑10年改为有期徒刑6年,一审和二审判决均认为牛爱民应当对被害人的死亡结果承担责任,适用的是刑法第238条第2款即“犯前款罪(非法拘禁罪)……致人死亡的,处十年以上有期徒刑……”。

② 李邦友:《结果加重犯基本理论研究》,武汉:武汉大学出版社,2001年,第176页。

③ 白建军:《反思刑事司法大样本研究》,《中国应用法学》2023年第1期。

④ 何庆仁:《共同犯罪的归责基础与界限》,北京:中国社会科学出版社,2020年,第291页。

⑤ 高桥则夫:《共犯体系和共犯理论》,冯军译,北京:中国人民大学出版社,2010年,第62页。

为理论根基，将正犯定义为直接实现构成要件的人，并努力通过规范论、解释论将间接正犯纳入正犯范畴。而为了将处罚范围扩张到合理的程度，通过总则共同犯罪的相关条文和分则具体条文共同适用，使其他参与者（共同正犯、教唆犯、帮助犯）符合具体犯罪的修正构成要件，以肯定当罚性。区分制立法体例区分的是不同违法程度的犯罪参与形态，通过共同正犯的部分实行全部责任原理和共犯对正犯的从属性原理，将全部参加者捆绑在一起进行归责，并根据总则关于共犯处罚的条文和具体分则条文，对各参与者实现量刑差异化。据此来看，区分制立法体例无疑没有超出共同犯罪的立法范围。

与限制正犯体系相对的是单一正犯体系，对应的共同犯罪立法体例就是单一制。单一制立法体例将所有犯罪参与者在不法层面均视为正犯；或者虽然形式上区分犯罪参与形态，但区分作用仅限于刑罚裁量。^①前者对应的是形式单一制，认为所有加功于犯罪的人皆当为全部不法同等负责，由裁判者在相同法定刑幅度内进行刑罚裁量，是最彻底的单一制；后者对应的是机能单一制，认为各参与者虽然共同实现相同的不法，但对不同参与者进行了类型性的区分，不过在价值上、本质上仍都属于正犯类型。单一正犯体系认为所有共动形态必须具有的共同基础，就是对实现构成要件而言的因果性，这一点与区分制下的因果共犯论有共通之处。^②所不同的是前者主张对构成要件结果具有因果性的行为人，无论实行者、教唆者、帮助者，都是正犯；后者仅将以直接实现构成要件者和在背后支配下实现构成要件者厘定为正犯，以共犯来涵盖其他的不法参与类型。另外，单一制在量刑方面对所有参与者统一适用分则条文规定的法定刑，但也当然地会考虑具体案情以及刑法中的各种量刑规则，从而实现刑罚个别化。

单一制立法体例容易让人产生各参与者都是独自在犯罪的认识误区，从而模糊了共同犯罪的立法本意。其实，单一制也明确各参与者要为全部结果共同承担责任，只是在一定程度上否认不同参与者在不法层面上的程度差异，将正犯与“共犯”的区分置于量刑阶段，并未割裂各参与者的共同归责关系。故单一制立法体例也是在共同犯罪的立法范围之内。

单一正犯理论于19世纪末在德国被提出，在当时的历史背景下，不得不说是以行为人刑法为指导的刑事政策下的产物。但在如今背景下，单一正犯理论亦是在客观主义刑法的轨道下运行并不断发展和完善。值得注意的是，考虑到我国刑法关于主犯、从犯的立法规定仅区分了共同犯罪各参与者的作用大小，而未能凸显各参与者的分工定性，少数学者主张我国刑法仅对各参与者的不法参与程度做了量上的区分，而未表明有质上的差异，我国刑法就共同犯罪而言采用的是单一制立法体例。^③

四、我国刑法中的故意共同犯罪与过失共同犯罪 ——区分制与单一制下的平行共存

支持单一制立法体例的观点，忽视了我国刑法不仅在作用层面规定了主犯和从犯，另在分工层面规定了教唆犯这一事实。但在实务中，分工分类法下的实行犯、教唆犯和帮助犯既可能被认定为刑法第26条规定的主犯，也可能被认定为刑法第27条规定的从犯。这就导致分工分类法下的三种共同犯罪类型各自的不法程度难以准确地划定层级。按照这样的理解，就容易认为我国刑法采用的是机能的单一制立场。

然而我国刑法明文规定的是主犯与从犯，并未使用正犯与共犯的用语，未必需要如同德日刑法一样，围绕构成要件来区分二者。只要不拘泥于将正犯理解为实行犯、共犯理解为非实行犯的形式正犯观点，那么分工分类法和作用分类法就不是不可调和。经由作用分类法的规范化和分工分类法的实

① 江溯：《单一正犯体系研究》，《刑事法评论》第24卷，北京：北京大学出版社，2009年，第402页。

② 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理（注评版）》，陈忠林译评，北京：中国人民大学出版社，2004年，第335页。

③ 刘明祥：《论犯罪参与的共同性：以单一正犯体系为中心》，《中国法学》2021年第6期。

质化,二者完全可能达成一致,即对构成要件的整体实现在规范意义上起“主要作用”的是主犯,否则是从犯。而根据实质正犯论,正犯的判断标准并不是要实施构成要件行为的全部或一部,而是要考察行为在共同犯罪中的意义份额,即也是对“主要作用”的判断。这样,主犯、从犯与正犯、共犯就不再是异质化的概念。事实上为他人犯罪提供帮助的行为,经过规范判断,未必当然成立帮助犯。端视行为对共同犯罪的贡献,上述帮助行为可能成立主犯,进而在不法程度上属于正犯;也可能成立帮助犯,在不法程度上属于共犯。^①也就是说,实定法层面上的主犯、从犯和事实层面上的实行、教唆、帮助行为存在交叉对应关系,但和规范层面上的正犯、共犯是一一对应关系,主犯、从犯肩负着正犯、共犯区分犯罪核心人物和边缘人物的任务,具有区分不法内涵和解决量刑的双重功能。故此应当认为,我国刑法在总体上确是采用区分制立法体例。^②

需要指出的是,从各国刑法关于共同犯罪的规定来看,或多或少都体现出区分制与单一制二者的特征,以至于目前已经无法找到完全采纳一元性或二元性理论的共同犯罪制度了。^③在这一背景下,我国刑法在原则上采区分制共犯体例的同时,对单一制也并非完全排斥。区分制的立场对于故意共同犯罪无疑是正确的选择,因为从罪刑法定原则出发,对正犯和共犯进行区分更能实现明确性要求。然而对于过失共同犯罪,区分制就未必是最合适的。如罗克辛教授所言,“在现行德国刑法中,单一实行人的概念的确在一个领域中得到完全的适用:在过失犯罪中”。^④单一制将对结果的引起有因果关系的参与者均视为正犯,从法条注释的角度看,就应当认为各罪名的构成要件原则上涵盖了实行、教唆和帮助等多种行为类型。从故意犯构成要件定型性的角度出发,上述理解有违反罪刑法定原则之嫌。但是过失犯的构成要件具有不定型的特点,在行为人因过失造成结果的场合,过失理论关注的不是行为人在当时不应实施特定行为,而是关注行为人当时应该实施怎样的行为以及如果实施了合义务行为的结果回避可能性判断。过失犯的构成要件行为被开放式地规定为“违反注意义务的行为”,必须根据个案情况进行填补。^⑤也即在行为人主观系过失的情况下,无论是“直接实施行为致人死亡”还是“因教唆、帮助实行者导致他人死亡”,都可以被认为是因违反注意义务导致他人死亡,进而认为直接符合过失致人死亡罪的构成要件,成为过失实行人。这也就解释了为何过失共同犯罪和单一制有着天然的相性。

回看我国刑法,既然明确将第25条第2款纳入共同犯罪一节,那么径行根据字面意思将该款排除在共同犯罪的立法之外就未必恰当。第25条第2款的规定,并不是要脱离共同犯罪的法理,而仅仅在于对过失共同犯罪不再适用本节其他条款中规定的主犯、从犯之分类。对此,有学者很早就提出,刑法第25条第2款已经有“二人以上共同过失犯罪……”的表述,就说明刑法已经承认了过失共同犯罪这一概念,只不过第25条第2款同时在后半段规定了对过失共同犯罪不以传统的共同犯罪论处。^⑥据此,根据客观解释的原理、采用合目的解释的方法,可以对第25条的两款规定做如下理解:故意共同犯罪的,区分主犯(正犯)、从犯(共犯)进行处罚;而对于结构相对简单、行为不具有定型性的过失共同犯罪,全部认定为正犯,分别处罚。也即对故意共同犯罪,根据限制正犯体系,采

① 考虑教唆行为的违法程度较之帮助行为普遍更高,区分制立法体例通常规定对教唆犯判处正犯之刑,从这一点来看,教唆他人犯罪的,通常被认定为教唆犯即可。但若教唆行为在共同犯罪中的作用确实达到主犯规范认定标准进而属于实质正犯时,在德日刑法中通常会以正犯背后的正犯、间接正犯或共谋共同正犯理论来处理。另外,对于实施了部分实行行为,但确实在犯罪中发挥作用较小的情况,日本刑法理论提出了“实行行为下的从犯”概念。参见佐伯仁志:《刑法总论的思之道·乐之道》,于佳佳译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第344页。

② 针对刑法第29条第2款关于“教唆未遂”的规定与区分制下的共犯从属性原理相抵触的问题,主流的解释观点认为该款规定的是“被教唆的人没有犯被教唆的(既遂)罪”,进而认为该条规定没有突破共犯从属性原理。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。

③ 王世洲:《现代刑法学(总论)》,北京:北京大学出版社,2011年,第242页。

④ 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,第10页。

⑤ 曹菲:《管理监督过失研究——多角度的审视与重构》,北京:法律出版社,2013年,第45页。

⑥ 侯国云:《过失犯罪论》,北京:人民出版社,1993年,第161页。

取区分制；对过失共同犯罪，根据单一正犯体系，采取单一制。而如前所述，区分制和单一制均以共同犯罪原理为基础，从而与单独归责划清了界限。

过失共同犯罪的否定论阵营，或多或少忽视了单一正犯体系的存在，在看到立法就如何归责问题上对故意共同犯罪和过失共同犯罪做出区别对待，就径行认为过失共同犯罪要按照同时犯处理，错误地将结论引导至单独犯领域。我国刑法只是在共同犯罪要如何归责方面，对故意和过失场合作出区别规定，而在是否要共同归责方面，所有的共同犯罪形态都要遵循共同犯罪的法理。需要注意的是，德日刑法条文由于未将共同正犯限定在故意场合，所以依区分制即可肯定过失共同正犯，并按照部分实行全部责任的原理来进行归责，而对于过失共犯，德日刑法均采取不罚的态度。与之相比，我国刑法肯定过失共同犯罪需要借助单一制，而单一制立法体系在不法层面否定了教唆犯、帮助犯的实质存在，全部参与者都要对全部不法负责，与部分实行全部责任相对，单一制立法体系下的共同犯罪可谓是全部实行全部责任。

另外值得一提的是，部分学者对过失共同犯罪的“杀伤力”表示出担忧，通过强调“共同注意义务的共同违反”这一要素，来限制过失共同犯罪的适用。如有学者指出，共同注意义务不仅要求各共同行为人为了使自己的行为不发生犯罪结果而需要引起注意，还要求其保证其他共同行为人也尽到注意义务。^①但既然每个共同参与者都对自己和他人的行为负有注意义务，那么就可以将每个参与人都按照单独正犯处理。而且上述义务并非源于共犯理论或过失理论，仅是为了限缩处罚范围而提出的。有学者主张将监督过失理论作为“共同注意义务的共同违反”这一要求的设定依据。^②但在如今高度分工的社会环境中，监督过失概念已经高度类型化，多为业务上的上下级关系，在现实中的多数案件中，很难肯定监督与被监督关系。而且监督过失本质上属于过失竞合的一种，应当对监督者和被监督者分别按单独犯处理，而非认定为过失共同犯罪。当然，对于大范围肯定过失共同犯罪，恐怕会带来处罚过宽的顾虑是需要正视的，但是径直为过失共同犯罪添加成立要件，则难以在逻辑上自圆其说。

五、过失共同犯罪的典型场景应用——集体研究型犯罪的处理方案^③

在我国刑法的框架下，追究集体决定中个人的刑事责任会优先考虑适用单位犯罪的相关规定，而对于不属于单位犯罪的情况，不可避免地要考虑每个参与决策的个人与结果之间的因果关系。

需要明确立场的一点在于，诸如企业董事会这样的决策团体，与具体执行者相比，在犯罪中应处于类似间接正犯的地位，承担正犯责任。虽然在该场合，执行者具有完全答责能力，但决策集体利用了单位组织结构和规章制度，使得其决定往往会被坚决地执行。集体决策的特点，决定了其与执行者的教唆犯的一个重要不同，教唆者永远要从属于执行者，而决策集体却没有这样的束缚，对其而言，执行者具有可替代性。^④另外，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》第5条规定，以“集体研究”形式实施渎职犯罪的，应当依照刑法分则第九章的规定追究国家机关负有责任的人员的刑事责任；对于具体执行人员，应当在综合认定其行为性质、是否提出反对意见、危害结果大小等情节的基础上决定是否追究刑事责任和应当判处的刑罚。该司法解释以处罚决策者为基本要求，而对执行者则要具体情况具体分析，亦表明了决策者在犯罪中的重要地位。

在不法决策得到饱和赞成票的情况下，如果不适用过失共同犯罪进行处理，则不可避免要回应被

① 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，北京：中国政法大学出版社，1993年，第260页。

② 西田典之：《日本刑法总论》，王邵武、刘明祥译，北京：法律出版社，2013年，第346页。

③ 本文仅对现实中最常见也是流程相对正规的“公开讨论后投票表决”的集体决定形式进行讨论。

④ 克劳斯·罗克辛：《德国最高法院判例·刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，北京：中国人民大学出版社，2012年，第220-221页。

告人这样的辩护意见,“即便本人没有投票赞成,不法决策还是会通过并被执行,本人的行为与最终结果没有因果关系”。结论就会是根据存疑有利于被告的原则,无法认定所有个人与结果的因果关系。而对于企业灾害、公害事故等重大事件的发生,动辄以存疑有利于被告为由免除全部决策者的做法未必会收到良好的法律效果和社会效果。

在不承认过失共同犯罪的情况下达入罪的目的,以单独犯的处理方式为导向的个别化说是可选的解决方案。其核心观点可概括为,在讨论各决策者的态度与决议做出之间的因果关系时,不能忽视决策者的个人因素以及所有决策者之间的关联性。个别化说注重各决策者的态度实际上对其他人发挥了怎样的作用,要求详细考察“决议是在所有人达成一致的情况下做出的”,还是“只有几个就具体议题具有优势地位的决策者积极主张,其他人顺从大势”。后一种情况中,随大流的决策者们对决策的做出根本就没有起到因果作用。^①可见,个别化说对案件证据调查方面的要求很高,重视现实存在的事实背景对因果关系判断的影响力。只有那些对议题能够发表实质见解、足以改变或影响其他决策者观点的决策者,才与最终结果的发生之间存在因果关系。个别化说的优点在于通过认定个人因果关系,准确认定有罪与无罪,进而维护了刑法的保障机能。可是个别化说适用的最大难点也在于,集体讨论时的发言内容,各个决策参与者事前所掌握的信息,每个参与者对具体议题所具备的专业知识,参与者在集团中的身份地位等事项在现实案件中能否都被全部查明。而且即便全部查明,综合考虑每个参与者所有相关信息,所做出的因果关系有无的结论很大程度上还是会取决于裁判者的主观判断,甚至可能出现裁判者又需要集体研究决定参与者与结果的因果关系,从而陷入集体决定的无限漩涡中。可见,个别化说的理论初衷是好的,但其设想过于理想化,在证据调查和事实评价等环节一旦出现问题,就又回到个人因果关系不明而无法定罪的原点上。

与单独犯不同,共同犯罪对因果性的认定较之单独犯的场所要更为扩张,只要对结果的引起有促进作用即可。采用过失共同犯罪可以在很大程度上规避个别化说的现实缺陷,从规范角度较为顺利地将最终赞成的决策者纳入犯罪圈,之后根据各人在共同犯罪中的作用大小以及过失程度等因素,处以不同程度的刑罚。

鉴于德日刑法理论对狭义过失共犯采不罚立场,这为构成过失共同犯罪的决策者中的部分人员提供了出罪可能,根据个案具体情况否定一些情节轻微的决策者的正犯性,达到和个别化说相似的限制处罚的效果。而如前文所述,我国刑法肯定过失共同犯罪以承认其处于单一制立法体例下为前提,全部投赞成票的决策者都将被认定为正犯,出罪管道大幅限缩。但通过准确认定各被告人在集体研究中的地位作用,对地位作用较低的参与者宣告缓刑或免于刑事处罚,同样能在很大程度上保障人权和做到精准处罚。较之因果关系不明时完全不处罚的后果,过失共同犯罪的方案较之个别化说是更能被接受的。

六、旁论——过失共同犯罪在适用上的克制

共同犯罪较之单独犯罪的重要区别之一,就在于对各参与者行为与结果之间的因果关系进行了宽泛认定。此外,刑法以处罚故意犯为原则,仅有少数过失行为成为刑法的规制对象。可以说过失共同犯罪已经达到了刑法规制的边缘与极限。对于上文提及的集体研究型犯罪等共同过失导致的犯罪中,能够以单独犯来处理的,应避免通过过失共同犯罪来入罪。在这个意义上,应限制过失共同犯罪的适用范围。

认定过失单独犯应着重考察行为人对结果的回避可能性和预见可能性。上文关于交通肇事罪的

① 北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点——ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに」、『早稲田法学』第71卷2号。

《解释》第7条的规定,^①与《解释》第5条不同,第7条并没有“共犯”的表述,这种做法当是正确的。因为第7条规定的场景属于监督过失,“指使、强令”者对违章驾驶会引发事故完全可以预见,完全能回避结果的发生,其违反注意义务的行为可以与被“指使、强令”者的违章驾驶行为分别进行评价,各自成立交通肇事罪的单独犯,无须以过失共同犯罪入罪。

与《解释》第7条不同的另一种情况是,在流水线分工合作导致结果发生的场合,各行为人符合过失单独犯的成立条件,且经意思联络等角度的考察,未必构成共同犯罪。如在日本发生的“横滨市立大学医院患者弄错案”中,病房护士将两名待做不同手术的病人送至手术区,在与手术区护士对接时不小心将两名病人的先后顺序弄反,而手术区护士也没有认真核实,将两名病人分别送至错误的手术室。两台手术的麻醉师和主刀医师在手术前,虽然对患者的体貌特征和身体状况感到疑惑,但都没有再次进行患者身份确认,最终导致两名患者分别做了本不应做的手术。日本最高裁判所最终认定所有医护人员构成业务上过失伤害罪的过失竞合。^②该案裁判全部医护人员有罪是否合适,姑且不论,但考虑医护人员之间的意思联络并不明显等因素,该裁判没有适用过失共同犯罪而是通过过失竞合以单独犯分别定罪的思路具有合理性。

另一个值得关注的案件是我国2009年发生的“央视大火案”,21名被告人均被认定犯危险物品肇事罪,分别被判处有期徒刑或免于刑事处罚。^③公诉机关在本案审理过程中提出21名被告人有共同的注意义务,属于过失共同犯罪。本案经审判并生效后,一审承办法官亦表示,本案21名被告人的行为相互结合,形成前后连续的整体,共同作用导致央视新址重大火灾的发生,造成特别巨大的损失,该21名被告人的行为构成过失共同犯罪,应对火灾造成的人员伤亡和财产损失负相应的刑事责任。^④

本案通过过失共同犯罪实现了对各被告人的处罚,从结果来看基本上是合适的。然而本案人数众多,案情复杂,在审理思路能否将本案21名被告人打包式地全部纳入一个共同犯罪中,则有深入分析的价值。

根据过失的内容,本案21名被告人可以分为四组。第一组是决定、策划、组织者,第二组是涉及燃放烟花方案、提供布置烟花的人,第三组是对违规燃放烟花负有发现和阻止义务的人,第四组是就烟花的运送、存储等事宜,给予前几组人员帮助的人。可见,本案和上文患者弄错案一样,存在较为详细的分工,如果将各组分别作为整体来看,前三组其实是符合过失竞合下的单独过失犯成立条件的,只是在各组内部的具体行为人之间可能是过失共同犯罪的关系。而对于第四组,如果考察该组人

① 该条规定,“单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故,具有本解释第二条规定情形之一的,以交通肇事罪定罪处罚”。

② 具体案情参见日本最高裁判所最决平成19·3·26,裁判所 Courts in Japan, https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/422/034422_hanrei.pdf, 2022年11月28日。

③ 本案具体案情如下:央视新址办主任徐威违反北京市政府发布的《关于春节期间禁放烟花爆竹的通知》的规定,擅自决定于2009年2月9日晚在央视新址施工区内燃放烟花,并让朋友沙鹏联系烟花公司。沙鹏通过李小华联系到烟花经销商宋哲元,宋哲元又联系了浏阳市一烟花制造商刘发国。刘发国根据沙鹏的要求设计了烟花燃放方案。央视新址办技术处的耿晓卫经徐威同意后,确定了燃放地点。后耿晓卫将燃放情况告知工程处的胡德斌,胡德斌按照徐威的指示通知了承包项目部的田可耕、装饰部的陈代义协助燃放前的相关工作。刘发国在2009年2月初委托物流公司将烟花运送到河北省永清县刘桂兰的不具备存放资质的仓库。2月6日刘发国及下属曾旭在沙鹏带领下再次进入央视新址工地查看燃放地点,后陈代义联系安保部的李俊义,经李俊义同意,刘发国和宋哲元以及农民工薛继伟、张炳建,用没有运输资质的货车将烟花于2月7日运送至央视新址工地。在刘发国的指挥下,曾旭等人将烟花布置完毕。2月9日,胡德斌在徐威的指示下,通知田可耕和承包部的高耀寿做好安全方面工作,二人通知李俊义及安保部的陈子俊、关联公司安保部的戴剑霄及邓炯慧具体安排当晚的消防工作。陈子俊向安保部负责人刘军汇报后,刘军对燃放烟花一事未阻止,监督组组长高宏得知此事后亦未阻止。2月9日当晚,央视新址办副总经理王世荣在徐威的指示下,点火启动了烟花燃放活动,引发火灾,造成多人死伤及巨额直接经济损失。参见高鑫:《“央视大火”危险物品肇事案一审宣判》,《检察日报》2010年5月11日,第001版。

④ 刘克河、金昌伟:《危险物品肇事中共同过失犯罪的额认定——“央视大火”案法律评析》,《人民司法》2010年第16期。

员的行为内容,就会发现第四组的相关人员即薛继伟、张炳建、刘桂兰要履行的注意义务是“使用具有烟花运输资质的货车”和“使用具有烟花存储资质的仓库”。三名被告人虽然违反了爆炸性物品的相关管理规定,但无法肯定履行相关义务对火灾发生的结果回避可能性,即使遵照规定进行运输、存储,最终的火灾还是会发生。对于第四组人员,只能认为是第一组人员决策的执行者,对本案结果的发生起到促进作用,通过过失共同犯罪纳入犯罪圈。分析至此,当展现了本案各被告人在分工、配合上的具体架构。

代结语——功能主义下的刑法解释

弗兰茨·冯·李斯特的名言“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”,道出了刑事政策与刑法体系之间的紧张关系。但自 20 世纪下半叶,为了应对风险社会带来的挑战,刑法体系不断进行自我调整,以求有效化解外部环境造成的压力。对此,克劳斯·罗克辛倡导将刑事政策的目的性融贯于刑法体系的构建之中。从“李斯特鸿沟”到“罗克辛贯通”的理念转变过程中,最直接的体现就是功能主义刑法观登上历史舞台。

以概念法学作为方法论基础的传统刑法解释论,因为过于关注形式逻辑的要求,导致刑法体系成为与外部环境相隔绝的封闭性的存在,无法满足日益复杂化的外部环境对刑法体系提出的要求。全面禁止法外价值判断进入刑法体系,不仅难以实现个案正义,也会使刑法丧失生命力。承认功能主义刑法解释论和传统教义学所代表的形式逻辑之间的相互补充、相互制约关系,在遵循罪刑法定原则的基础上,通过法解释学将法外价值判断输入刑法体系内部,是比较务实的做法。在功能主义刑法观的指导下对刑法条文进行解释时,应考虑刑法在社会中承担的功能,从最适宜实现相应刑事政策目标的角度解释刑法。这样,刑事政策会借助目的管道进入刑法体系之中,影响和形塑刑法条文的内涵和外延。法外价值判断通过刑法解释完成由外在价值向内在价值的转化之后,最终会成为刑法体系本身的价值判断。^①

过失共同犯罪于我国刑法并没有适用上的绝对障碍,将我国刑法第 25 至 29 条理解为同时纳入了单一制和区分制的共犯立法体例,在满足目的理性的同时,既没有违背共同犯罪原理,也没有超出相关条文和用语的含义射程。过失共同犯罪的适用,为集体研究型犯罪等场合提供了较为可行的处理方式,只要在受到相关教义学理论的制约并遵循罪刑相适原则的基础上谨慎适用,就能够较好地处理风险社会下诸多造成危害的过失共动现象。较之动辄以存疑有利于被告原则导致相关案件无法处理的尴尬,过失共同犯罪在司法实践中的适用无疑具有社会现实意义;而较之裁判文书按照过失共同犯罪的思路定罪量刑,但又刻意回避认定过失共同犯罪的无奈,希望在单一制和区分制下过失共同犯罪和故意共同犯罪平行共存的解释路径,能为裁判文书的说理提供些许自信。

(责任编辑:刘楷悦)

^① 劳东燕:《功能主义的刑法解释》,北京:中国人民大学出版社,2020 年,第 99 页。