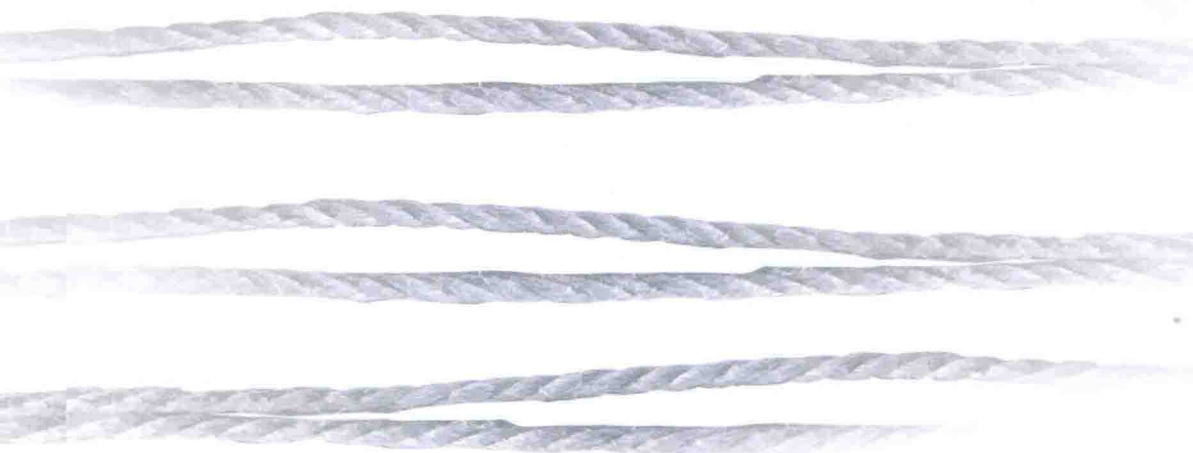




共犯罪数问题研究

RESEARCH ON COMPLICITY'S CRIMES

袁建伟 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

湖北省“十二五”重点学科立项建设项目“湖北经济学院省级重点培育学科建设”

(项目编号: 2013XKJS) 结项成果



共犯罪数问题研究

RESEARCH ON COMPLICITY'S CRIMES

袁建伟 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

共犯罪数问题研究/袁建伟著. —武汉: 武汉大学出版社, 2014. 5
ISBN 978-7-307-13248-1

I. 共… II. 袁… III. 同案犯—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 085762 号



责任编辑:陈 帆 责任校对:鄢春梅 版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 15.25 字数: 214 千字

版次: 2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-13248-1 定价: 32.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

在刑法领域，尤其是大陆刑法领域，共同犯罪问题是刑法理论中最重要、最复杂的问题之一。共同犯罪相关问题的研究，始终是各国刑法研究的重点和难点，理论界学派林立，观点各异，可以说共犯论是犯罪论的迷宫和永恒的主题，日本学者大谷实教授甚至称“共犯论是令人绝望的一章”。在我国，共同犯罪问题的研究也存在类似的情形，刑法学界对共同犯罪的刑事立法大加指责，在共犯本质、共犯人分类等相关问题上的争论也是经久不息。因此，选择共同犯罪作为研究课题毋庸置疑具有重大的理论价值。罪数，指犯罪的个数，或者说一罪与数罪。在我国刑法学界，经过学者们不断的努力，关于罪数问题的研究在宽度和深度上有了很大的发展，在罪数的判断标准和罪数形态等方面都取得了一定的成果，罪数论已成为刑法学的重要范畴之一。但是，关于罪数的研究一般是以单独犯罪为前提的，而对共同犯罪的罪数问题涉及较少，尤其是共犯罪数的判断标准几乎是一片空白。实践中，一些复杂的共同犯罪案件往往也与罪数有关，由于共犯罪数判断标准的缺失和理论研究上的匮乏，司法机关很少注意共犯尤其是狭义共犯的罪数与单独实行犯的不同，因此很难做到正确地认定罪数，更不用说准确地定罪量刑。

与单独犯罪相比，共同犯罪有多数人参与，因此，其中一人实施数个行为或者数个犯罪时，对于其他共犯有无影响以及产生什么样的影响，单独犯罪与共同犯罪在罪数判断标准上是否一致，都很有探讨的必要。共犯的罪数问题位于共犯论与罪数论的交叉地带，在共犯论方面，涉及共犯的性质和刑事责任；在罪数论方面，涉及犯罪的判断标准以及单复数问题。研究共犯的罪数形态，不仅将推

进共犯论与罪数论的深入发展，而且有利于共犯论与罪数论的相互协调，使犯罪论体系更为完善。

共犯的罪数形态是理论性和实务性都很强的课题。在国外，这一课题首先由德国法院以判例的形式提出，日本也积累了大量判例。在德国和日本，判例和学说都经历了从正犯行为标准说到共犯行为标准说的过程。正犯行为标准说认为共犯罪数完全取决于正犯的罪数，正犯构成何种罪数形态，共犯也就构成何种罪数形态。共犯行为标准说则认为应当以共犯行为为基准，在认定正犯罪数的基础上，把共犯罪数形态的判断建立在共犯行为基础之上。针对正犯行为标准说与共犯行为标准说的缺陷，学者又提出了分割可能性说、不作为犯类似说等新理论。在我国台湾地区，刑法学者在吸收德、日等国学说的基础上，也展开了对共犯罪数的研究，在理论界和实务界主要有正犯行为标准说和共犯行为标准说的对立。而且，这种对立是建立在共犯本质的界定——共犯从属于正犯的基础之上。

在国内，学界对共犯的罪数的研究非常薄弱，只有少量的几本专著略有提及，而且在结论上多有值得商榷之处。与理论的苍白相对应的是实务中问题意识的缺乏，从公开的一些案例来看，我国司法机关很少意识到认定共犯尤其是狭义共犯的罪数与单独正犯的不同，当然也就不可能得到正确的结论。刑法一般理论认为，共犯可以说是法定的产物，与单独犯罪相比，共犯概念及其类型受一国实定法的影响尤为重大。与德、日等国及地区刑法规定相比，我国刑法关于共同犯罪的规定有很大的不同，在共犯概念和共犯形式上与外国刑法都有一定的差别，因此外国刑法的这些学说可否适用于我国共犯罪数的判断成为问题。

针对这种现实，现阶段需要解决的问题主要有以下几点：(1)共犯罪数判断标准的界定前提。由于我国刑法关于共犯的规定与外国刑法有一定差别，如何认识我国共犯的刑事立法以及特征，成为共犯罪数判断标准建立的必要前提。而且，为了借鉴外国刑法的研究成果，出于概念衔接的考虑，也应当对共犯理论中的一些基本概念做出相应的界定和寻根究源。(2)共犯的罪数判断标准。单

独立实行犯罪数的标准，学界虽然还存在比较大的争论，但基本上形成了犯罪构成标准说这一通说。与单独实行犯相比，共同犯罪由于参与主体的个数以及犯罪的实施方式具有很大的不同，能否直接适用这一标准成为问题。而且，由于共犯存在不同的形式，能否适用统一的判断标准也成为问题。(3)罪数形态问题以及罪数问题。在共犯参与人之一符合某种罪数形态时，如何认识其他共犯人的罪数形态，以及共犯参与人实施数个犯罪行为，如何认识其他共犯人的罪数单复，即共犯人之间罪数判断的相互影响也成为问题。

鉴于以上研究现状及存在的问题，本书拟在已有研究成果的基础上，结合司法实践，开阔研究视野，构筑理论体系。在研究方法上，运用比较研究和历史分析方法，对中外有关共犯罪数论的相关问题进行纵向和横向的比较分析，揭示中外共犯罪数论有关立法与学说的异同，剖析利弊优劣，借鉴有益经验，吸取已有成果的合理成分，以深化理论研究；坚持理论与实践相结合，运用逻辑思辨与实证分析，诠释共犯罪数的基本理论和制度规定，并对中外有关共犯罪数论的立法、司法实践和理论学说进行述评和逻辑实证分析；从整体、系统的角度，拓宽研究思路 and 理论视野，以共同犯罪和罪数为视角，探索和思考共犯罪数论的有关问题，以全面系统地深化共犯罪数论的研究。

在研究思路，围绕何谓共同犯罪、共犯人以及罪数、共犯罪数判断的逻辑前提，如何认识共犯人之间实施犯罪的相互影响以及如何判断共犯的罪数，通过分析共犯的相关罪数形态为逻辑线索，针对有关共犯罪数的刑法理论、立法和司法实践中的问题，通过归纳、分析、抽象和系统梳理，力争形成一个有关共犯罪数的科学、完整、统一的理论体系。

目 录

第一章 共犯概论.....	1
第一节 共犯论中的基本概念.....	1
一、共犯与正犯.....	1
二、狭义共犯与广义共犯.....	5
三、正犯与实行犯.....	9
第二节 共犯的本质	11
一、外国刑法中的共犯本质理论	11
二、我国刑法中的共犯本质理论	16
第三节 我国刑法中的共犯分类	27
一、我国刑法共同犯罪人的分类标准	27
二、共犯的分类——分工分类法	31
第二章 共犯罪数的判断	44
第一节 罪数的一般理论	44
一、罪数评价的基准	44
二、外国刑法学界关于罪数判断的学说及其评价	47
三、我国刑法学界关于罪数判断的学说及其评价	48
第二节 共犯的罪数判断标准	51
一、共同犯罪与单独犯罪罪数判断之比较	51
二、德、日关于共犯的罪数判断的学说	57
三、对诸说的评价	63
四、共犯的罪数判断标准——犯罪构成说之坚持	65
第三章 共犯与继续犯	70
第一节 继续犯概述	70
一、继续犯的概念与特征	70

二、继续犯的本质与处断原则	73
三、共犯的继续犯问题聚讼	74
第二节 组织犯的继续犯	75
一、组织犯的继续犯之特征	75
二、组织犯的继续犯之处断	77
第三节 共同实行犯的继续犯	78
一、共同实行犯的继续犯之特征	78
二、共同实行犯的继续犯之处断	80
第四节 教唆犯的继续犯	81
一、教唆犯的继续犯之特征	81
二、教唆犯的继续犯之处断	83
第五节 帮助犯的继续犯	85
一、帮助犯的继续犯之特征	85
二、帮助犯的继续犯之处断	88
 第四章 共犯与想象竞合犯	90
第一节 想象竞合犯概述	90
一、想象竞合犯的概念	90
二、想象竞合犯的本质	91
三、想象竞合犯的处罚	94
四、共犯的想象竞合犯问题聚讼	95
第二节 组织犯的想象竞合犯	97
一、组织犯的想象竞合犯之特征	97
二、组织犯的想象竞合犯之处断	99
第三节 共同实行犯的想象竞合犯	100
一、共同实行犯的想象竞合犯之范围	100
二、共同实行犯的想象竞合犯之特征	101
三、共同实行犯的想象竞合犯之处断	104
第四节 教唆犯的想象竞合犯	106
一、教唆犯的想象竞合犯之范围	106
二、教唆犯的想象竞合犯之特征	108
三、教唆犯的想象竞合犯之处断	110

第五节 帮助犯的想象竞合犯	113
一、帮助犯的想象竞合犯之范围	113
二、帮助犯的想象竞合犯之特征	115
三、帮助犯的想象竞合犯之处断	117
第五章 共犯与结果加重犯	119
第一节 结果加重犯概述	119
一、结果加重犯的概念	119
二、结果加重犯的特征	124
三、结果加重犯的本质	126
四、共犯的结果加重犯问题聚讼	128
第二节 组织犯的结果加重犯	129
一、组织犯的结果加重犯之范围	129
二、组织犯的结果加重犯之特征	130
三、组织犯的结果加重犯之处断	131
第三节 共同实行犯的结果加重犯	132
一、共同实行犯的结果加重犯之范围	132
二、共同实行犯的结果加重犯之特征	137
三、共同实行犯的结果加重犯之处断	139
第四节 教唆犯的结果加重犯	139
一、教唆犯的结果加重犯之范围	139
二、教唆犯的结果加重犯之特征	142
三、教唆犯的结果加重犯之处断	143
第五节 帮助犯的结果加重犯	144
一、帮助犯的结果加重犯之范围	144
二、帮助犯的结果加重犯之特征	146
三、帮助犯的结果加重犯之处断	148
第六章 共犯与连续犯	149
第一节 连续犯概述	149
一、连续犯的概念	149
二、连续犯的特征	151

三、连续犯的本质·····	156
四、共犯的连续犯问题聚讼·····	159
第二节 组织犯的连续犯·····	161
一、组织犯的连续犯之特征·····	161
二、组织犯的连续犯之处断·····	162
第三节 共同实行犯的连续犯·····	163
一、共同实行犯的连续犯之特征·····	163
二、共同实行犯的连续犯之处断·····	164
第四节 教唆犯的连续犯·····	164
一、教唆犯的连续犯之特征·····	164
二、教唆犯的连续犯之处断·····	166
第五节 帮助犯的连续犯·····	167
一、帮助犯的连续犯之特征·····	167
二、帮助犯的连续犯之处断·····	168
 第七章 共犯与牵连犯·····	169
第一节 牵连犯概述·····	169
一、牵连犯的概念与特征·····	169
二、牵连犯的处断原则·····	176
三、共犯的牵连犯问题聚讼·····	179
第二节 组织犯与牵连犯·····	181
一、组织犯的牵连犯之特征·····	181
二、组织犯的牵连犯之处断·····	183
三、疑难问题——牵连关系的评价·····	184
第三节 教唆犯的牵连犯·····	185
一、教唆犯的牵连犯之特征·····	185
二、教唆犯的牵连犯之处断·····	187
三、疑难问题——复数行为的认定·····	187
第四节 共同实行犯的牵连犯·····	188
一、共同实行犯的牵连犯之特征·····	188
二、共同实行犯的牵连犯之处断·····	189
第五节 帮助犯的牵连犯·····	190

一、帮助犯的牵连犯之特征·····	190
二、帮助犯的牵连犯之处断·····	191
三、疑难问题——混合行为的评价·····	192
第八章 共犯与集合犯·····	194
第一节 集合犯概述·····	194
一、集合犯的概念·····	194
二、集合犯的本质与处断原则·····	200
三、共犯的集合犯问题聚讼·····	203
第二节 组织犯的集合犯·····	205
一、组织犯的集合犯之概念·····	205
二、组织犯的集合犯之处断·····	206
三、组织犯的集合犯之特殊问题·····	207
第三节 教唆犯的集合犯·····	208
一、教唆犯的集合犯之概念·····	208
二、教唆犯的集合犯之处断·····	209
三、教唆犯的集合犯之疑难问题·····	210
第四节 共同实行犯的集合犯·····	211
一、共同实行犯的集合犯之概念·····	211
二、共同实行犯的集合犯之处断·····	213
三、共同实行犯的集合犯之疑难问题·····	214
第五节 帮助犯的集合犯·····	215
一、帮助犯的集合犯之概念·····	215
二、帮助犯的集合犯之处断·····	217
三、帮助犯的集合犯之疑难问题·····	217
主要参考文献·····	221
后 记·····	228

第一章 共犯概论

共犯是一个具有多重内涵与外延的概念。研究共犯的罪数问题，首先需要明确与共犯相关的若干概念的含义、用法以及共犯论的一些基础理论，将其作为展开论述的前提，避免一些不必要的争议。

第一节 共犯论中的基本概念

一、共犯与正犯

共犯与正犯是刑法共犯理论中一对重要的概念。但什么是正犯与共犯，基于不同的立场，会给出不同的回答。在现代各国刑事立法中，主要存在单一的正犯体系与正犯·狭义共犯分离体系这两种立场，其中正犯·狭义共犯分离体系又存在着二元论、限制的正犯概念、扩张的正犯概念，以及近些年来为了解决正犯概念内容的实质化的正犯概念。

（一）单一的正犯体系，又称统一的正犯概念，是基于主观主义立场的共犯的基础理论

在这一体系之下，不区分正犯与共犯，将所有参加犯罪者都视为正犯，并规定同一的法定刑，各犯罪行为者的量刑在同一的刑罚范围内根据各犯罪行为者具体的犯罪参与程度而定。在这种立场下，对于构成要件的实现具有因果贡献的人都是正犯，至于该参与者的行为在犯罪中具有何种意义，在所不问。教唆或帮助他人犯罪之人皆为正犯，根据各犯罪行为者的具体的犯罪参与程度，在量刑上有所不同。在这种前提下，共犯与正犯的区分就没有太大的意

义。在单一正犯体系下，不需要考虑共同正犯与教唆犯、从犯的区别以及与此有关的从属性、间接正犯等复杂性问题，所以从方法论角度来看，有其存在的价值。但是，多数学者认为，这一正犯概念违反法治国的基本原则，而且也不符合一般的法感情。因为行为符合构成要件，不仅仅是对法益有因果的侵害，在多数犯罪中还限于特殊的侵害方式，如果连因果关系疏远的加功行为也和构成要件行为等价，就破坏了构成要件的界限，而扩大法定性的范围，降低法律效果的明确性，最终会导致行为人刑法。更有学者指出，即使上述的所谓单一的正犯概念的优点，也是言过其实。例如，在身份犯与目的犯的场合，参与犯罪的无身份者与无目的者，因其缺乏“正犯”的要件，为了处罚他们，还是有必要设定特别的规定。在自手犯与举动犯的场合，也有类似的问题。而且，因不作共同正犯的规定，在无法辨别各人的行为与结果之间的因果关系的时候，就不得不作类似日本刑法中“同时伤害的特例”这样的更加扩大范围的规定。^①虽然后来德国学者 Kienapfel 针对这种情形进行了批评，修正了向来的单一正犯概念，提出了“功能性的正犯概念”，而且意大利、奥地利等国的刑法典至今仍然采用这种学说，但单一的正犯概念早已让出了刑法理论中的主流地位，现今只是极少数学者的观点。^②

（二）限制的正犯概念

此说是从立法例上发展起来的，严格意义下的限制正犯概念是以亲自实施构成要件之人为正犯，如果仅仅对于构成要件的实施具有因果关系，而非亲自实施者，不能称为正犯。后来，受实质客观理论的影响，再加上一些国家立法明文规定，现行的限制正犯概念并非最严格意义下的限制正犯概念，主张凡亲自或利用他人或与他人共同实施该当构成要件行为之人，都是正犯。教唆犯、从犯的规定是对本来的正犯以外的行为所作的规定，是将处罚范围扩大到正

^① 参见陈家林：《正犯体系与正犯概念研究》，载《中国刑事法杂志》2005年第1期。

^② 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第554页以下。

犯以外的共犯。这种正犯概念和构成要件理论配合紧密，如果贯彻“实施构成要件者方予以处罚”的主旨，则教唆与帮助皆无处罚依据，然而立法例上始终有处罚教唆和帮助的规定，因此，种种处罚规定是刑罚扩张的表现，教唆犯和帮助犯在这种概念下即被称为“扩张刑罚事由”。^①目前，限制的正犯概念是日本刑法理论的通说。

（三）扩张的正犯概念

此说认为因果关系是刑法运作的前提，只是表现条件与结果之间的必然关系，所有条件和结果之间的关系既然是必然的，就是等价的，因此无法借由因果关系来区分正犯与共犯，尝试从刑法的评价这一视角界定正犯——评价要素就是法益受害的结果。基于这种立场，凡是使构成要件实现，因而违法且有责地造成法益受侵害的人，就是正犯。教唆犯、从犯的规定不过是对需要减轻刑罚或根据实行从属性需要限定处罚范围的情况所作的特殊规定，是“刑罚限制事由”。例如，德国学者麦兹格就持这种观点，他认为凡是对构成要件实现给予因果条件者，全部是实行，都应当是正犯。在这种理论的支配下，教唆犯、帮助犯都是正犯，所以他给正犯下的定义就是：“所谓正犯，就是用自己的行为赋予构成要件的实现以原因者，不管他的行为是教唆还是帮助。”^②对此，有学者批评道，扩张的正犯概念看起来是借由构成要件定义正犯，其实它强调法益的受害结果，是借着法益受害的概念，赋予纯粹逻辑形式的因果关系以评价的色彩，也就是说因果关系作为刑法归责的前提，它的实质法理依据在于法益侵害，在界定正犯范围时，所依据的仍然是因果关系条件理论。因为只要是对法益受害结果有贡献，不管是哪一种贡献，皆是正犯，这正是法益侵害流程中各个因素等价的意思。^③

^① 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第574页。

^② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》（总论），中国法制出版社2001年版，第785页。

^③ 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第571页。

(四)行为支配论

基于限制的正犯概念立场的形式客观说曾经是德国刑法理论的通说,按照这种观点,如何认识“实施犯罪构成要件”的实质内涵就是自然而然的疑问,为此,德国学者进行了实质化的努力。这种努力以“法益受害结果”为运作要素,以法益为中心努力探究两个关键的着力点:一个是谁操纵、支配法益受害的因果流程;另一个是将构成要件类型加以分类,逐渐发展出概括正犯本质要素的“犯罪支配”、“目的支配”、“意思支配”的行为支配理论,用以区分正犯与共犯。

早期的行为支配论追求的目标在于为各种正犯形态的正犯性奠定统一的基础,因此这些理论又称为一元的行为支配论,其代表性观点是威尔兹尔(Welzel)的目的行为支配论。不过,该种理论受到不少批判,现在德国成为通说的是多元的行为支配理论或者说是功能性的行为支配理论,其代表性作者是洛克辛(Roxin)。洛克辛的行为支配论的基本主张主要有以下几点:(1)正犯是犯罪事实的核心人物,而犯罪支配这个概念便是一个用来满足这个条件的概念。这是确定正犯的指导概念。(2)犯罪支配是一个开放性的概念。洛克辛认为,行为支配论并非定义记述的要素,提供决定性的公式,也不是对构成要件的行为简单进行的分类。犯罪支配这个指导原则,有待各种实现构成要件的样态进一步确定它的概念内涵。(3)犯罪支配的样态也即正犯的样态有三种:直接正犯、间接正犯与共同正犯,它们的正犯特质分别是:行为人亲自实施构成要件,即有行为支配;行为人未亲自实施而利用自己的意思力量,即有意思支配;利用实行阶段的分工合作,即有功能性的犯罪支配。^①从犯罪支配论的这些基本主张可以看出,犯罪支配论在直接正犯和共同正犯方面侧重于正犯客观的实质要素,侧重于构成要件类型对法益的侵害结果来认定正犯,而在间接正犯方面则侧重于主观的意思力量,是主观说的表现,因此可以把犯罪支配说定位为主客观综合理

^① 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第572页。

论。为了进一步地界定“犯罪支配”的含义，基于法理学、法律史以及犯罪学的观点，洛克辛把构成要件类型分为两大类：支配犯和义务犯，认为大部分的构成要件类型都可以犯罪支配来区分正犯与共犯，而义务犯类型则不行，义务犯不需要对构成要件有实际的支配，只要违反特别拥有的义务，即可满足构成要件，而被论以正犯。

笔者认为，基于正犯·狭义共犯分离体系的立场，考虑到德、日等国及地区刑法理论发展的现实，限制的正犯概念是可取的。在日本这是通说。目前在德国处于通说地位的行为支配论也是对限制的正犯概念的深化。限制的正犯概念强调正犯与教唆犯、帮助犯等狭义的共犯性质上的区别，充分考虑了不同共犯行为人主观犯意和客观行为的差别，符合共同犯罪的客观事实和罪刑法定的要求，能够有效地说明法律为何要对正犯与狭义共犯作出不同的处理规定，有助于罪责刑相适应原则的实现。这也是我国刑法学界的通说。^①无论是单一的正犯概念还是扩张的正犯概念，在因果关系的等价值性上把正犯与狭义共犯同等看待，难以做到正确评价正犯与狭义共犯在共同犯罪中的区别，这既与客观事实不符，也违背公众一般的法感情。结合我国刑法的规定来说，刑法明文规定了教唆犯，意味着肯定了正犯与共犯的分类。因而，适用限制的正犯概念是恰当的。

二、狭义共犯与广义共犯

在限制的正犯概念之下，共犯有广义共犯和狭义共犯之分。广义共犯包括共同正犯、教唆犯、帮助犯；狭义共犯，则仅包括教唆犯和帮助犯，其区别主要在于如何认识共同正犯。

所谓共同正犯，是指两人以上共同实行犯罪的情况。现行德、日以及我国台湾地区的立法都作了相应的规定，并把它作为正犯来

^① 例如，我国著名刑法学家马克昌先生指出，根据罪刑法定主义和罪刑相适应原则，正犯与狭义共犯分离体系为可取。参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第624页。

处理。例如，日本现行刑法典第 60 条规定：“两人以上共同实行犯罪的，都是正犯。”但是，在刑法理论界，关于共同正犯到底是正犯还是共犯仍有分歧。一种意见认为共同正犯是正犯的一种，不是共犯。例如德国学者弗兰克认为，虽然德国刑法第三章“共犯”中包括地规定着共同正犯、教唆犯、帮助犯，但是共同正犯“不过是正犯的一种，从而，对于教唆犯、帮助犯来说妥当的道理，不能直接适用于共同正犯”。另一种意见认为，共同正犯是共犯的一种，不是正犯的形态之一。例如德国学者毕克迈耶认为，共同正犯不是正犯的一种，而是与教唆犯、帮助犯（从犯）并列的狭义共犯的一种，主张共同正犯的从属性。在日本，也有很多学者持有这样的观点，如西原春夫等人。在他们看来，日本刑法第 60 条的规定，一方面揭示了正犯的概念，同时也表示正犯如何扩张于共犯的情形。^①第三种观点认为，共同正犯同时具有共犯与正犯的性质。譬如日本学者大谷实认为：“共同正犯是正犯和共犯的中间形态。刑法第 60 条规定，二人以上共同实施犯罪的，都是正犯。和教唆犯、帮助犯不同，在共同正犯の場合，共犯人全部都是按照单独正犯处罚。……共同人，虽然具有亲自实现构成要件的意思，但是在和他人的实行行为一起，并据此来实现犯罪的一点上，同时具有正犯与共犯的特征。”^②

具体到我国刑法界，立法上对于共同正犯并没有作出相应的规定，理论界针对共同正犯的含义以及性质争论较大。一种观点认为，二人以上共同实施犯罪行为，称为共同实行行为。在刑法理论上，共同实行犯又称为共同正犯，是指二人以上共同直接参与实施犯罪行为的犯罪分子。事物的属性在于其本质特征，共同正犯是正犯的一种还是共犯的种类，关键还在于对这种类型的犯罪的处罚应当依据正犯还是共犯。我们认为，共同正犯虽然具有实行犯的特

^① 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2006 年版，第 671 页。

^② [日]大谷实著，黎宏译：《刑法讲义总论》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 363 页。