

论共谋而未参与实行类型主犯的认定

热点聚焦

□ 黎宏

2023年,我国有两个死刑判决引人注目,一个是“叶诚尘等故意杀人案判决”,另一个是“洪峤等故意杀人案判决”,两个判决的共同点是,不仅明确地指出共谋而未参与者能够成立共同犯罪中的主犯,而且还详细地列举了将共谋者认定为主犯的具体条件、处以比实行者更重刑罚的标准,其能够为今后处理类似案件提供参考,但遗憾的是,这两个判决的说理仅是依据我国刑法第二十六条就事论事,但对于为何将看似教唆的共谋行为认定为亲自动手的主犯,并予以最为严厉的处罚,并没有作出详细的说明,难以产生“以理服人”的效果,有必要借鉴“共谋共同正犯”论,对其成立依据以及成立条件进行梳理探讨。

“共谋而未参与实行类型主犯”与“共谋共同正犯”

对共谋而未实行类型的主犯参与者,为何能够作为正犯予以最为严厉的评价,最初在刑法学说上进行探讨的,是“共谋共同正犯”论。

我国刑法中尽管没有“共谋共同正犯”的规定,但刑法第二十六条第3款、第4款规定,对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚;对于首要分子以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。这些规定已经显现出和“共谋共同正犯”相同的理念。特别是刑法第三百一十条第2款规定“犯前款罪,事前通谋的,以共同犯罪论处”,这里的“通谋”即共谋。换言之,行为人事后的窝藏、包庇行为,如果是基于事前的“共谋”而实施的,便将这种事后“帮助”行为视为被帮助对象事前所实施的共同犯罪的组成部分。二者之间成立共同犯罪。据此可知,我国刑法虽然没有日本刑法学中所谓共谋共同正犯的概念,但并不意味着没有类似的做法;并且在组织犯の場合,虽说犯罪集团的首要分子以及其他实施组织、指挥行为的主犯,所实施的

组织、领导、指挥之类行为,很大程度上和刑法第二十九条规定的教唆犯类似,但为什么对其处罚不是和教唆犯一样,“按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”(刑法第二十九条第1款),而是“按照集团所犯的全部罪行处罚”以及“应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚”呢?这些规定的背后,也体现出即便只是参与“共谋”,但也成立共同正犯,按照“部分行为、全部责任”的原则加以处罚的“共谋共同正犯”的道理。

“共谋而未参与实行类型主犯”的成立根据和成立条件

(一)“共谋而未参与实行类型主犯”的成立根据

“共谋共同正犯”的成立根据,主要有“共同意思主体说”“行为支配说”“因果关系说”之争。本文主张“因果关系说”。将其应用于共谋而未参与实行类型主犯的话,就是:一方面,由于共谋使得各个共犯参与者之间具有强烈的心理因果性,由此而不要求各个参与者之间具有形式上的实行行为的分担;另一方面,由于共谋人对实行人具有强烈的心理影响、心理支配,故认为其在犯罪实现过程中,具有和分担实行者匹配的地位,或者说起到了与其类似的重要作用の場合,就成立共谋共同正犯。据此,共同正犯并不一定要实施实行行为,只要实施了值得作为正犯严厉处罚的行为就足够了,没有分担实行行为的谋议参与者,对于实现犯罪而言,发挥了和“实行”类似的贡献和作用,其奠定了共同正犯性的基础,因此要作为共谋共同正犯,依据“部分行为、全部责任”的原理处理。

(二)“共谋而未参与实行类型主犯”的成立条件

依照“因果共犯论”,成立共谋而未参与实行类型的主犯,必须满足两个条件:一是具有“共谋”行为,二是该种“共谋”行为发挥“重要作用”,足以被评价为“正犯”即主犯。

1.“参与共谋”

所谓共谋,是指二人以上就相互利用,补充他人行为,从而将各自的犯意付诸实施而达成合意的商谈或者协议。仅只是像聊天一样地表达一种愿望,而没有就具体细节进行商议,就具体犯罪内容达成一致

见的场合,不能说其属于所造成结果的“共谋”。

成立共谋,各个参与者除了具有意思表示之外,相互之间还必须具有意思联络和沟通,否则,就无法在共谋行为和各个实行者的行为以及最终所发生的结果之间形成精神和心理上的因果关系。也正是通过这种相互之间的意思联络和沟通,使得共谋者不用实施实行行为,也能对最终引起的结果或者其他实行者的行为产生促进或者支配作用,并最终为结果的发生提供因果性,因此共谋者不用实施实行行为,即可构成现实发生的犯罪行为的正犯。要注意的是,“未置可否”既不是通常意义上的“共谋”,也不能被视为默示的“共谋”。

2.发挥“重要作用”

在判断共谋者是否发挥了“重要作用”时,要考虑以下三个因素:

一是“关系”,即“参与谋议者(非实行者)”和“实行行为者”之间处于何种关系,是处于“上下级关系”还是“同等等级的关系”?通常来说,上位者对下位者具有支配力、影响力,故和下位者相比,往往能对犯罪的实现发挥重要作用。相反地,在处于同等等级关系の場合,则容易说,无论哪一方都在发挥重要作用。只是,地位和立场自身并没有什么意义,其只是判断参与谋议者对实行担当者发挥了什么样的具体影响的判断材料而已,因此,不能据此就立即断定是否发挥了“重要作用”。

二是“贡献”,对结果的贡献程度,在判断不分担实行行为的共谋者是否为共同正犯的时候,具有决定性的作用。因为,共同正犯的特征是即便只是实施部分行为,也要承担全部责任,由此倒推,就所发生整体结果,要让行为人承担全部责任的话,要求其对该结果的发生具有决定性的影响,即对犯罪结果的发生具有重大贡献,对结果的发生是否具有重大贡献,必须在犯罪的谋议阶段、准备阶段、实行阶段,综合考虑共谋者的行为对于整个犯罪的实现而言,是不是发挥了主导作用(主导性)、是否为实现犯罪所必不可少(必要性)、是否作出了重要贡献(重要性),然后才能得出结论。

三是“目的”,即共谋者参与共犯是为了自己利益还是为了他人利益,在其他条件相当的情况下,为了



自己利益而犯罪的,是共谋共同正犯;为了他人利益而犯罪的,是教唆之类的共犯。实务之所以这样重视“实现自己的犯罪的意图”,主要是出于将共谋共同正犯和教唆犯、帮助犯区别开来的考虑。实行共同正犯の場合,以行为人有无构成要件行为就能将其与教唆、帮助区分开来,但共谋共同正犯の場合,由于不要求行为人具有实行行为,因此共同实行的意思就成为区别共谋共同正犯和教唆犯、帮助犯的重要参照。当然,考虑“目的”也有刑事政策以及量刑上的考虑。就教唆、帮助等狭义共犯而言,其应当是整体评价上罪责较轻者,而整体上评价罪责轻重的关键,就是“正犯意思”。共谋行为,客观上看,即便对犯罪结果的实现起着重要作用,但在共谋者没有正犯意思の場合,也难以成立共同正犯。

结语

在我国的司法实践中,已经有不少将“共谋而未实行”的情形不仅认定为共犯,而且还将其认定为主犯,予以最严厉的处罚情形。这种场合下,尽管可以按照刑法第二十六条的规定对其予以定罪处罚,但刑法第二十六条规定背后体现什么样的刑法原理,其适用条件和限度何在,是需要探讨的问题,在此背景下,借鉴“共谋共同正犯”中的“因果关系说”,将共同正犯的行为不限于具体构成要件的实行行为,而从为结果的发生提供与实行犯同等程度或者匹配的影响的视角出发,将支配或者操控了行为过程,影响了共犯结果发生的“共谋”行为认定为“共同正犯”乃至“主犯”,也并无不可。只是,在进行这种判断的时候,首先要考虑行为人是是否具有“共谋”行为,其次考虑行为人的“共谋”行为是不是在共同犯罪结果引起的过程中发挥了“重要作用”。如此,才能让人对将“共谋而未实行”的行为认定为主犯的结论心服口服。

(原文刊载于《政法论坛》2025年第2期)

知识产权案例指导制度运行困境与路径

前沿关注

□ 胡相龙

习近平总书记强调,“一个案例胜过一打文件”。2010年我国案例指导制度正式确立,案例指导制度是具有中国特色的司法制度。知识产权案例指导制度具有统一法律适用、提高审判质量、维护公平正义、助推新质生产力发展的重要价值。本文考察知识产权案例指导制度运行现状,剖析运行困境并提出完善路径。

知识产权案例指导制度的运行现状

(一)指导性案例发布情况

最高人民法院迄今共发布256例指导性案例,其中,知识产权类涵盖11个批次,共计39例,占全部指导性案例的15.23%。指导性案例呈现以下特点:第一,来源地不均,最高法居首。来源于最高人民法院的指导性案例27例,江苏3例,山东、天津各2例,上海、重庆、浙江、贵州、甘肃各1例。第二,民事为主,刑事唯一。刑事1例,民事35例,行政3例。第三,发布批次、时间和数量随机分布。2013年1例,2014年2例,2015年6例,2016年1例,2017年11例,2018年1例,2019年3例,2021年6例,2023年8例。

(二)指导性案例应用情况

目前,以“北大法宝司法案例库”为数据库检索到93例应用案例。应用情况具有以下特点:第一,援引率及频次较低。发布的39例知识产权指导性案例仅有21例被援引,占比为54%,被援引的指导性案例中,82

号有29例应用案例(批量案件有21例),46号有15例应用案例(批量案件有6例),47号有6例应用案例,其余指导性案例均有1至5例应用案例。第二,以当事人为主导的援引机制。从援引主体分布来看,在93例应用案例中,当事人作为援引主体的占比达65.6%(61例),显著高于法官主动援引的34.4%(32例)。第三,司法援引回应比例较低。当事人援引指导性案例的61个案例中,获得法官明确回应不及四成(24例39.3%)。第四,隐性援引占比四成。在93例应用案例中,采用明示援引方式的裁判文书占比60.2%(56例),显著高于隐性援引的39.8%(37例)。

知识产权案例指导制度的运行困境

(一)指导性案例供给不足

一方面,从数量上看,案例数量少影响其广度。2010年至今,全国法院审结知识产权案件达435万件,而同期发布的指导性案例仅39例。另外,指导性案例主要集中在实体法方面,涉及的规范点有限,程序法方面较少,难以满足知识产权审判需要。另一方面,从质量上看,部分指导性案例的裁判要点缺乏指导性,未能体现案例指导制度的创新价值,亟待提升案例的实质指导效能。

(二)指导性案例效力不明

指导性案例的规范效力,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条规定为“应当参照”。学界对指导性案例的法源地位及“应当参照”的效力存在分歧。关于指导性案例是否具有法源地位,学界存在肯定说和否定说两种截然不同的观点。关于指导性案例的效力,主要有“法律拘束力”“事实拘束力”两种观点。指导性案例效力不明,严重影响法官对指导性案

例的参照。

(三)指导性案例应用技能不高

我国作为典型的大陆法系国家,其法典化的法律体系塑造了以“三段论”演绎推理为特征的司法裁判范式。指导性案例应用机制呈现出与传统裁判思维的显著分野,其核心在于类比推理方法的运用。我国知识产权法官普遍存在运用类比推理判断类似案件以及作出类似审判的司法技能短板,实践中法官类似案件判断难和类似审判说理难,影响法官对指导性案例的参照,削弱了知识产权案例指导制度的价值实现。

知识产权案例指导制度的完善路径

完善中国特色知识产权案例指导制度,应当坚持以习近平法治思想为指引,以问题为导向、以实效为目标,开创指导性案例工作新局面。

(一)完善案例供给机制,提高案例数量质量

第一,推进案例社会推荐模式。目前指导性案例主要依靠法院系统逐级推荐遴选的单一方式,要落实社会推荐模式,鼓励社会各界人士可以向人民法院推荐指导性案例,建立审查推荐结果反馈制度,及时向推荐者反馈采纳结果,以确保指导性案例的广泛选择。第二,优化案例审查程序。案例指导工作办公室审查的所有备选指导性案例,应当征求相关国家机关、专家等的意见,以确保指导性案例的深入研究、审慎公布。第三,建立指导性案例动态调整机制。最高人民法院应当对指导性案例进行定期评估,认为指导性案例不再具有指导作用的,应当予以清理废止,做到吐故纳新。第四,强化信息化技术支撑。在新科技革命背景下,应当充分依靠信息化手段,抓取、分析、编选指



导性案例,提升指导性案例数量和质量。

(二)确立指导性案例的参照效力,强化效力保障机制

第一,确立指导性案例的参照效力,增强其在司法适用中的实际拘束力。指导性案例具有“应当参照”的效力,其效力等级拟入准拘束力,即后案法官不参照同类指导性案例作出裁判的,有义务说明不参照的理由。第二,强化效力保障机制。规定对应应当参照指导性案例而没有参照的案件,二审或者再审可以改判或者撤销原判。《《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则》第十一条规定法官须回应当事人等援引的指导性案例并说明理由,但未明确不回应的责任,严重影响其效力的发挥,应当建立惩戒性措施。

(三)统一类似案件判断方法,提升法官案例应用技能

案例指导制度旨在实现类似案件类似审判,其关键在于:如何判断类似案件和如何作出类似审判。关于类似案件的判断标准和方法,理论中存在多种观点,尚未形成统一认识。实践中,我国知识产权法官普遍存在运用类比推理判断类似案件以及作出类似审判的司法技能短板。因此,应当统一类似案件的判断标准和方法,强化法官类比推理方法的专业训练,提升运用类比推理判断类似案件以及作出类似审判的司法技能,实现案例指导制度的应然价值。

构建虚拟货币犯罪协同治理机制

前沿观点

□ 刘宝阳

数字技术的迅猛发展赋予虚拟货币双重属性,其去中心化、匿名性和交易便捷性既催生了跨境资金流通的创新模式,也因技术特性被犯罪活动利用,成为全球金融安全的新挑战。当“特朗普币”通过区块链技术实现非法资金跨境转移的案例出现,当全球虚拟货币犯罪规模以年均32%的速度增长、跨境犯罪占比超过65%(数据来源:Chainalysis),构建协同治理体系已成为维护金融稳定与国家治理现代化的紧迫课题。

虚拟货币犯罪已突破传统犯罪模式,形成全球性、体系化的新型金融犯罪生态。犯罪团伙借助区块链技术构建国际网络,利用各国监管差异实施“监管套利”,将服务器置于境外,通过混币器、跨链转移等工具实现资金流向混淆与身份关联切断,使传统电子取证技术面临失效风险。这种犯罪形态的演变不仅体现在地理分布的全球化,更表现为组织结构、作案手法的系统性升级——跨境洗钱、非法融资等活动形成跨国协作链条,对中心化监管体系造成结构性冲击。

我国对虚拟货币的监管政策经历了从探索到规

范的过程。早期监管部门认可其技术创新价值,2017年《关于防范代币发行融资风险的公告》出台,标志着监管转向全面规范阶段,明确禁止代币发行融资,体现了金融风险防范的持续强化。但在全球范围内,多数国家尚未建立有效监管体系,虚拟货币沦为洗钱等犯罪的重要工具,对我国金融安全构成严峻挑战。

虚拟货币犯罪治理面临多维挑战。在监管维度方面,国际监管标准不统一成为主要障碍。犯罪组织利用各国法律属性认定分歧(如虚拟货币的“商品”“金融工具”属性争议),通过境外服务器部署和多司法管辖区资金流转规避监管,导致跨境取证与资产冻结困难。程序冗长,规则冲突难以实施。在技术对抗方面,区块链技术的匿名化与去中心化特性,使得追踪资金流向、匿名存储技术切断资金与身份关联,形成“技术闭环”,传统资金追踪手段效能显著降低,倒逼执法机构构建链上数据分析体系。在制度制约方面,各国监管框架参差不齐引发法律冲突。跨境追赃中,管辖权争议与电子证据效力认定差异频发,监管真空区域与技术升级叠加,加剧了犯罪收益追缴难度。本质上,这是技术创新速度与制度供给能力失衡的产物,亟须系统性解决方案。

破解治理困境,需从三方面构建协同机制:

一是完善链上数据监管体系:以技术创新突破破

名化壁垒。针对虚拟货币匿名特性,强化区块链数据分析能力是关键。加大区块链解析技术研发,建立国家主导的监测节点网络,接入全球主要公链节点,实现主流币种交易实时追踪;探索监管沙盒机制,在可控环境测试新型监管工具。确保技术手段与犯罪升级同步;通过智能合约预审机制,在去中心化金融协议中嵌入合规审查模块,利用区块链不可篡改特性实施链上合规筛查,自动拦截违规智能合约部署,从技术源头阻断非法资金流转,划定金融科技创新的安全边界。

二是推进数字人民币可控匿名实践,以数字货币压缩犯罪空间。数字人民币的三层账户体系为风险防控提供技术路径。小额支付场景保持用户匿名性,满足隐私需求;大额可窥交易设置追溯触发机制,做到交易图谱技术实现依法调证。其中中心化运营架构有效管控隐私币等高风险品种,压缩虚拟货币犯罪空间。同时,加强央行数字货币与虚拟货币监管联动,通过可编程特性设置智能风控规则,在跨境支付等领域建立合规通道,既维护货币主权,又为全球数字货币监管提供实践参考。

三是创新国际规则协作机制,以全球共治破解治理壁垒。虚拟货币治理需突破国际协作瓶颈。推动国际反洗钱组织标准落地,将虚拟资产服务商纳入统一监管框架,明确客户身份识别与交易报告义务;构建跨境司法协作平台,建立涉案资金快速冻结与追缴机



制,解决管辖权冲突与证据认定差异;通过区块链存证技术实现跨国电子证据互认,缩短司法协作周期,重点完善服务商所在国的信息共享机制,减少监管套利空间,形成全球协同治理网络。

虚拟货币犯罪治理是技术创新与制度供给的动态平衡过程。我国实践形成的“监管体系、技术手段、国际合作”三位一体模式,既立足国家金融安全,又着眼全球数字货币建构——通过技术治理实现链上数据追踪,通过制度创新完善监管框架,通过国际协作凝聚治理共识,为发展中国家参与全球数字货币治理提供经验借鉴。

面对数字时代的挑战,唯有坚持协同共治,才能破解“技术赋能犯罪”与“监管滞后”的矛盾。这不仅是在维护国家金融主权的现实需求,更是推进数字经济法治现代化、构建人类命运共同体 的关键探索。当技术治理与制度创新同频共振,当全球协作取代监管孤岛,虚拟货币才能回归服务实体经济 的本质,为数字经济文明发展开辟安全、有序的新路径。

观点新解

刘鹏飞谈虚假诉讼损害赔偿之诉——兼具给付之诉和确认之诉的程序功能



南开大学法学院刘鹏飞在《国家检察官学院学报》2025年第2期上发表题为《虚假诉讼损害赔偿之诉的请求权基础与程序定位》的文章中指出:

近年来,虚假诉讼在实践中频发,日渐引发广泛关注。虚假诉讼造成的损害涵盖两种维度:公益方面,虚假诉讼扰乱司法秩序,影响司法公正及公信力;私益方面,虚假诉讼会侵害对方当事人和案外人的合法权益,所造成的损失既包括错误判决产生的财产损失等直接损失,也包括虚假诉讼程序运行带来的各项间接损失以及因虚假诉讼行为入申请保全错误造成的损失等。

虚假诉讼损害赔偿之诉虽在我国实践中已经存在,但因缺乏规范依据,对其请求权基础理解分歧,程序定位认识混乱的实践现状严重制约其程序功能发挥。

请求权基础是法律行为或者赋予一项请求权的法律规范(请求权规范),它们的构成要求确定了请求权产生的前提条件。单纯以侵权责任一般规范作为其请求权基础的实体法方案无法充分填补因虚假诉讼产生的程序成本,需在民事诉讼法中增设具有惩罚性赔偿性质的律师费转付规范以补足其请求权基础,这是虚假诉讼损害赔偿之诉提起的实体维度。将虚假诉讼损害赔偿之诉的律师费转付制度作为实施惩戒的媒介,其“惩罚”的出发点是这种损害严重危害普适性公益、救济目的是通过惩罚实现私权补偿和秩序维持的双重目的,有利于威慑和警示潜在的此类加害行为。

确定的判决被赋予既判力,是法定性的考虑。虚假诉讼判决是否具备既判力的判断,直接影响虚假诉讼损害赔偿之诉的程序定位,决定着虚假诉讼损害赔偿之诉与其他救济程序的适用关系。虚假诉讼损害赔偿之诉兼具给付之诉和确认之诉的程序功能,而不具备形成之诉的程序功能。首先应肯定虚假诉讼损害赔偿之诉程序功能的独立性,其并非以状态恢复为程序目标,不具有并入再审程序或第三人撤销之诉的可能。因此,再审程序、第三人撤销之诉与虚假诉讼损害赔偿之诉程序功能迥异,在诉的提起方面应具备独立性,采用分别审理而非诉的合并。虚假诉讼损害赔偿之诉与再审程序、第三人撤销之诉相配合,可实现损害填补、违法震慑和状态回复的救济目标。

李海明谈纠正生育津贴给付中的不当限制——是优化生育政策中效果较为明显的选择



中央财经大学法学院李海明在《法学》2025年第2期上发表题为《生育津贴给付中的不当限制及其纠正》的文章中指出:

“生育津贴”顾名思义是因生育而给付之津贴,是由一系列法律法规所确认的一项依据职工假期期限而支付的特定生育津贴。从其具体依据来看,有两类法律法规:一类是生育保险法律法规(规章),这类法律法规的核心是生育保险基金,围绕生育保险基金的收入和支出展开,目前来看,在生育保险和职工基本医疗保险合并后,不再单列生育保险基金收入,而在职工医疗保险统筹基金待遇支出中设置生育待遇支出项目,生育津贴仍然是生育待遇之一;另一类是妇女产假期权益保护法律法规,这类法律法规的核心是明确妇女的具体权利,围绕产假的确定和生育津贴的确定而展开。

在制度落实和司法实践中,生育津贴给付中存在三个层面的限制:其一,制度本身设置了参保要求和性别限制。职工请求生育津贴必须以参保缴费为前提,用人单位未参保缴费,女职工生育津贴常会落空;另外,立法限定的给付对象为女职工,男职工参保缴费并不意味着其配偶因此而享有生育津贴。其二,各地在细化生育津贴给付时增加了缴费期限要求,使基金支出更为保守。其三,实践中,社会保险基金不直接向女职工支付生育津贴,而是给用人单位,再由用人单位根据情况支付给女职工。可见,没有用人单位的申请与配合,女职工很难实际享有生育津贴。用人单位在收到生育津贴款项后,可能会如数支付给女职工,也可能用来抵扣工资。目前的这种支付方式为用人单位实际抵扣提供了便利,而女职工工可能感受不到生育津贴的存在。

这种从立法、执法、司法三个方面对生育津贴请求权的限制可称为系统性限制生育津贴请求权。这种系统性限制并非完全没有理性,其形成和有效执行有着多重的背景与基础,但在优化生育政策的背景下,这些限制明显存在不当之处,构成了系统性的不当限制。除了从立法、执法、司法三个方面限制初步检讨外,系统性限制生育津贴请求权至少还违反了以下法律原则:其一,违反反生育福利法治原则,损害家庭的生育福利权益;其二,违反公平就业原则,对不稳定就业者构成了间接歧视;其三,违反有利劳动者的解释原则,在保障女性生育津贴请求权,是优化生育政策中措施较为简单、效果较为明显,内容较为基础的选择,所以,系统检讨生育津贴给付中的不当限制不仅可行而且必要,更应当为当务之急。

(赵珊珊 整理)