



光华法学 · 法学博士文丛

A Study on Perpetrator 实行犯研究

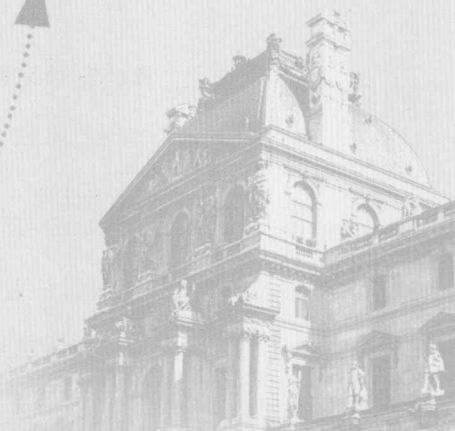
叶良芳 / 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



光华法学·法学博士文丛



A Study on Perpetrator
实行犯研究

叶良芳 / 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

实行犯研究 / 叶良芳著. —杭州: 浙江大学出版社,
2008.3
(光华法学·法学博士文丛 / 孙笑侠主编)
ISBN 978-7-308-05701-1

I. 实... II. 叶... III. 共同犯罪—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 196863 号

实行犯研究

叶良芳 著

出品人 傅 强
策划人 曾建林 夏立安
责任编辑 田 华
出版发行 浙江大学出版社
(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)
(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)
(网址: <http://www.zjupress.com>
<http://www.press.zju.edu.cn>)
电话: 0571—88925592, 88273066(传真)
排 版 浙江大学出版社电脑排版中心
印 刷 杭州长命印刷有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 18.75
字 数 327 千字
版 次 2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-05701-1
定 价 39.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88072522

总 序

中国正处于社会巨变和法制转型的关键期,对置身其中的法律人来说,其面临的机遇和挑战是前所未有的。一方面,转型中国以众多本土问题的形式,提供了学术和制度创新的各种契机;另一方面,现有法律秩序和法律理论作为西方的学习者和追随者,却无力解释和解决一些必须面对的中国式问题。就此观之,我们实处于一个“最好和最糟的时代”。

当下以法律移植为特征的大规模形式法制建设,需要理论研究在理念、制度和技术等诸方面及时跟进、适度超前。既要研究现代法律体系的构成和运作,也要研究诸多“之所以然”的问题,以求在固有传统与舶来品之间探询一种妥当的嫁接,获取一种合理的平衡,乃至实现适度的超越,避免落入“只有制度皮囊,而无价值骨血”的陷阱。这既是国家各级研究院、学术社团的任务,也是研究型大学要面对的课题;既是老一代法律理论工作者的学术使命,更是新一代法律学人的时代担当。

梁任公曾言,少年智则国智,少年富则国富,少年强则国强,少年独立则国独立,少年自由则国自由,少年进步则国进步,少年胜于欧洲则国胜于欧洲,少年雄于地球则国雄于地球。秉持“求是厚德,明法致公”的院训,追求“专业典范,社会公义”的教育理想,守候“返回法的形而下”的学术旨趣,浙江大学光华法学院特推出了一套由法学新锐创作的作品,冠名为“光华法学博士文丛”,以扶持学术,奖掖新人。历史表明法学的盛衰与政治的治乱息息相关:法学兴盛,政治才有可能兴

盛；法学衰败，则政治必然衰败。我们希望本丛书能持续成为高层次学术新著的展示窗口和成长园地，直至迎来法学的真正繁荣和法治的全面昌盛。

编 者

戊子年新春于钱江畔月轮山

序

因为最近东奔西跑的，良芳要我给他的新书写序一事就一直搁下了。然而内心的愧疚与日俱增，终于到了不得不写的地步。

良芳是我指导的博士研究生。他从浙江宁波考过来，原本是要考高铭暄老师的博士，因而是想做我的师弟的，却因为高老师招生的名额所限，最终做了我的徒弟，所以我一开始就对他有所歉疚。由于良芳的专业理论功底不错，学习自觉，加上做了多年的法官，为人又谦和，我这个导师当得就比较舒服，基本上是“无为而治”的。套用良芳本书研究所使用的术语，如果说常规的导师—学生的关系是一种“共犯”的关系或者说是“教唆犯—实行犯”的模式，那么良芳博士论文的完成基本上是单独犯罪，我在其中的实质贡献少之又少。因此在我的观念当中，觉得欠他的就更多。现在给他写序，也算是对他的一点补偿罢！

而写序，对我而言也不是一件易事。平素看书，我总是喜欢看别人的前言后记，序或者跋，它们或激扬文字，意气风发，或长吁短叹，老成练达，总之，自由得很，写意得很。然而轮到自己写了，就蛮不是那么回事了。好在序言无非写两样事，或写其书，或写其人；或二者兼备，或任选其一。我就任意为之了。

关于实行犯，我所知道的有限，大抵不超出“实行过限”的范围。而良芳对此一直有研究，他在西北政法学院（如今已经更名为西北政法大学了）攻读硕士学位的时候，就对这一问题有浓厚的兴趣。鉴于国内的研究现状和本题的理论与现实意义，良芳继续选择这个问题撰写他的博士论文，我是赞同的，因为这个题目毕竟是他所熟悉的。我

指导学生论文有两个原则:写你所熟悉的,否则就写我所熟悉的。良芳的选择符合了第一原则。本书的思路清晰,结构合理。在讨论了实行犯的有关概念后,对其与正犯的关系作了详细的探讨,明确了研究的对象范围,进而对其构成要件进行了非常深入的分析,为正确认定实行犯提供了理论依据。本书还结合我国刑法中的犯罪停止形态理论,对实行犯的预备形态、未遂形态和中止形态加以研究,并对实行犯的脱离形态进行了初步论证,这在我国刑法理论研究中是颇具创意的。司法实践中常见的实行过限形态自然是本书研究的重点,作者提出的实行过限的判定标准对于司法实践有较强的指导意义。在论文答辩通过顺利以后,良芳又根据各位答辩委员和评审老师的意见,继续修改补充,始成本书。

关于本书我就写这么多。而关于良芳其人,我还想多写几句,因为他成就了高老师和我们师徒之间与浙江大学的一段缘分。都说学术研究是薪火相传的事业,但真正有我们这样奇妙学术缘分的又有几人?

我于1983年毕业于中国人民大学法律系,同年考取国家教委公派赴法留学生,专业刑法学,导师为时任人大法律系主任的我国著名刑法学家高铭暄老师。高老师1947年考取浙江大学法学院,师从著名法学家李浩培、周子亚、黄秉坤、严仁赓等,由此与浙江大学结下不解之缘。虽然1949年因院系调整,高老师转学到了北京大学,毕业后又到人大读研、工作,但他与浙江大学的缘分一直未断,对中断已久的浙大法学学科牵挂不已。因此,在我1988年从法国学成归来到浙江大学工作的时候,他就对我提出殷切期望,一定要将当年竺可桢校长创办、李浩培教授挂帅的浙江大学法学院重新恢复起来。为此,高老师给予了多方的支持,付出了大量的心血。他不仅给我们指明了恢复浙大法学学科的前景与方向,而且具体提供了当年浙江大学法学院老师同学的通讯录,将我引荐给李浩培、周子亚等前辈;他应邀担任杭州大学法律系、浙江大学国际经济法系(后均并入浙江大学法学院)的兼职教授,多次回母校参加学术会议,举办讲座,为学生们讲课,还赠送了宝贵的图书资料;特别是高老师为浙江大学法学教育上规模、上层次出了大力。说高老师为浙江大学法学学科的恢复与发展作出了巨大贡献,这一评价是毫不为过的。而我在浙江大学工作十二年,经历

了法学学科从无到有的艰难时期,我自己也从法学的边缘开始步入学术的殿堂,高老师对我的提携帮助指导,是我终身难忘的。也许是师恩难忘,但最重要的是为了共同的学术事业的追求,1999年底我应高老师的召唤,重回母校人民大学,与高老师、赵秉志师兄等一起,创建国家重点人文社会科学研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心,由此开启了我的新的人生路程。尽管我已经离开了浙江大学,而且如今的浙江大学也已经是和杭州大学、浙江农业大学、浙江医科大学合并以后的新浙大,但我的浙大情结依旧;对于浙大法学的发展壮大,我也和高老师一样,一直是牵挂于心的。所以,当良芳博士毕业、向我询问就业去向的时候,我竭力推荐他去浙大法学院。良芳以他的学识人品顺利进了浙大,也因此成就了高老师和我们师徒与浙江大学的学术佳缘。

现代社会的一大特点就是变化快,如今我又离开了人民大学到北京师范大学创业,而良芳所在的浙江大学法学院更名为“光华法学院”后也要开上钱塘江畔的月轮山了。当年我在浙大工作的时候,也常常光顾月轮山麓的三分部,在远处观著名的钱塘大潮,别有一样情趣。看着潮起潮落潮退潮进,对于“长江后浪推前浪”的古训也别有一番滋味。世事无常,然人心依旧,我们的学术事业承前启后,如滔滔江水,向着一个既定的目标,缓缓东流。我的思绪也随之悠悠,更多的古训浮上心头。这里暂且摘录两则,寄语良芳,也激励更多的后人往前走。

一则:“是故弟子不必不如师,师不必贤于弟子。”

二则为《增广贤文》的部分,只是我把顺序打乱了:“人生一世,草生一春。黑发不知勤学早,看看又是白头翁。长江后浪推前浪,世上新人赶旧人。人有善愿,天必佑之。奉劝君子,各宜守己。只此程式,万无一失。”

是为序。

卢建平

2007年9月6日于京西世纪城时雨园

目 录

导 论	(1)
第一章 实行犯概述	(7)
第一节 实行犯的概念	(7)
第二节 实行犯的分类	(23)
第三节 实行犯的立法模式	(29)
第二章 实行犯的构成要件	(45)
第一节 实行犯构成要件之一——共犯关系	(45)
第二节 实行犯构成要件之二——实行行为	(70)
第三节 实行犯构成要件之三——实行故意	(82)
第三章 实行犯的存在范围	(90)
第一节 共谋行为	(90)
第二节 望风行为	(97)
第三节 承继行为	(102)
第四节 片面行为	(109)
第五节 共同过失行为	(114)
第六节 结果加重行为	(123)
第四章 实行犯的未完成形态	(128)
第一节 实行犯的预备形态	(128)
第二节 实行犯的未遂形态	(147)

第三节	实行犯的中止形态	(173)
第四节	共犯的脱离	(185)
第五章	实行犯的过限形态	(196)
第一节	实行过限行为概述	(196)
第二节	实行过限行为的构成	(209)
第三节	实行过限行为的分类	(216)
第四节	实行过限行为的判定标准	(225)
第六章	实行犯与身份	(236)
第一节	身份概述	(236)
第二节	实行犯与身份的关系	(243)
第七章	实行犯的刑事责任	(257)
第一节	实行犯的责任根据	(257)
第二节	实行犯的责任原则	(265)
参考文献		(278)
后 记		(289)

导 论

一、选题意义

共同犯罪理论,是刑法学的重要组成部分,也是刑法学中最为复杂的理论之一,一直为刑法学者们所孜孜求索。正如高铭暄教授在为陈兴良博士的《共同犯罪论》一书作序时所言:“共同犯罪这一研究领域,永远是一片充满诱惑的土地。”日本学者西村克彦则更是直截了当地指出:“共犯,几乎成了永恒的主题。”^①正因为共同犯罪理论有其特殊的复杂性、丰富性和挑战性,各国刑法学者均不遗余力对其进行广泛和深入的研究,成果汗牛充栋,令人瞩目。

共同犯罪既是一种有别于单独犯罪的形态,也是一种集合犯罪形态,其下位有实行犯(正犯)、组织犯、教唆犯和帮助犯等分支形态。所谓实行犯,是指在共同犯罪中,直接实行刑法分则规定的基本构成要件行为的一种犯罪形态或者共同犯罪人。实行犯是一种常规的犯罪形态,教唆犯、帮助犯、组织犯等则是非常规的犯罪形态。从理论研究的角度来看,非常规的对象较之常规的对象,显然具有更为广阔的、可予拓展的研究领域和研究空间。因而,研究共同犯罪的学者大多对实行犯关注不多,以至于这一研究领域,与共同犯罪其他领域相比,如教唆犯、帮助犯、组织犯等,要薄弱得多。但是,实行犯毕竟是共同犯罪中的核心人物,在共同犯罪中占有极其重要的地位,因而,在研究的重要性上,对实行犯进行研究绝不亚于对其他共同犯罪形态的研究。事实上,实行犯理论具有“牵一发而动全身”之功效,共同犯罪

^① [日]西村克彦:《东西方的共犯论》,《国外法学资料》1982年第1期,第20页。

中的其他理论通过它可以更好地贯通和梳理,更好地发展和完善。反过来,完备的共同犯罪理论又可以充分发挥理论的固有功能,更好地指导实践。毋庸赘言,实行犯是一个理论价值与实务价值兼备的研究课题。

(一) 研究实行犯有助于深化刑法理论

1. 研究实行犯有助于拓宽刑法研究领域。目前刑法学界,对实行犯,关注不多,落墨甚少,这对深化和丰富刑法理论是不利的。实行犯理论,是共同犯罪理论中的一个重要课题。共同犯罪理论中的许多问题均与此有关,如共同犯罪的成立范围问题、共同犯罪的故意内容问题、共同犯罪的过限问题,等等,均可以通过它得到系统的归纳和阐述。加强实行犯研究,不但可以促进实行犯理论本身的丰富和发展,而且必将丰富和深化共同犯罪理论,促进整个刑法理论的繁荣和发展。

2. 研究实行犯有助于丰富刑法研究范式。传统的刑法理论,一般是从正向的角度来研究共同犯罪的诸多问题的。如共同犯罪的成立范围问题,是通过构筑共同犯罪的成立条件来加以阐述的。符合共同犯罪成立要件的,则为共同犯罪;反之,则为单独犯罪。这种研究范式是一种顺向思维法。即先确立研究的目标,然后直接就该目标进行研究。其优势是目的明确,手段直接,但视角单一,深度不够。研究实行犯,当然仍需继续运用这种研究范式。但是,对实行犯理论中的一些特殊问题,则需运用新的研究范式。如实行过限问题,可以从对立的、反射的角度来进行研究。研究实行过限不是要确定共同犯罪的成立要件是什么,而是要研究共同犯罪的除外条件是什么,或者说共同犯罪中非共同犯罪的行为的成立要件是什么。^①就共同犯罪的成立范围而言,这一研究范式显然是反向的,是一种逆向思维法。虽然这种范式较为间接,但有利于多角度、立体地考察问题,从而有助于加深对研究对象的认识。因此,从方法论的角度看,研究实行犯,对丰富刑法学的研究方法也是一种有益的尝试。

(二) 研究实行犯有助于指导司法实践

1. 研究实行犯有助于对共犯的定罪。我国刑法对共同犯罪人的分类,是采用以作用分类法为主、分工分类法为辅的方法,将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。一般认为,这一将作用分类法和分工分类法统

^① 应当说,传统刑法理论也研究非共同犯罪行为。如许多刑法学教材在共同犯罪一章中都专门研究了共同犯罪的除外情形,但相比共同犯罪行为来看,无论在内容的深度上,还是在篇幅的长度上,非共同犯罪行为部分均显得过于浅显和单薄。

一起来的方法,克服了专采某一类分类法的弊端,有利于解决对共同犯罪人的量刑问题,同时也适当地解决了共同犯罪的定罪问题。但相对而言,这一分类法主要还是侧重于解决量刑问题。由于我国刑法没有明文规定实行犯,加之理论界对实行犯的研究又不够深入,因而在司法实践中,对共同犯罪人的定罪问题难免会发生困难。如实务中对国家工作人员和公司、企业中的工作人员共同贪污、侵占单位财产的案件,如何定罪,意见不一。为此,2000年7月8日施行的《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》,规定应当以共同犯罪中的主犯性质对各行为人为人定罪。但主犯主要是为解决共犯量刑问题而划分出的一种共犯类型,以主犯性质定罪的做法是“难为”了主犯,因为它并不能担此重任。实行犯才是共犯中的关键人物,才是决定整个共同犯罪行为性质的共同犯罪人,因此,应以实行犯所实施的行为的性质对各共同犯罪人定罪。司法解释这一失误的出现与实行犯理论不够成熟不无关系。

2. 研究实行犯有助于对共犯的量刑。研究实行犯,必然要涉及实行犯与主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的关系问题,从而可以为共同犯罪的量刑奠定基础。研究实行犯,不可能不涉及实行过限行为问题。共同犯罪,贯彻整体责任原则,因而,原则上,各共同犯罪人均应当对共同行为所造成的危害结果承担刑事责任。但是,在实行过限的情形下,各共同犯罪人应当如何承担刑事责任呢?在基本行为与过限行为不属于同一构成要件的情况下,各共同犯罪人又应当如何承担刑事责任呢?诸如此类的问题,均是源自司法实务、亟须理论指导的问题。通过对实行犯的责任根据、责任原则等问题的研究,有助于司法实务对各共同犯罪人的刑事责任作出准确的认定。

二、研究现状

实行犯是按分工分类法所确定的一种共犯类型,在共犯理论中占有极其重要的地位。在德日等大陆法系国家,共同正犯是法定的共犯类型,基于此,其刑法理论界对共同正犯的研究较为热烈和深入;而在我国,实行犯并非法定的共犯类型,因而,刑法理论界虽然不乏学者对其进行研究,但相对比较冷清和单薄。然而,总体上看,无论是国内,还是国外,对实行犯(正犯)的研究均不够系统、全面、深入。

在德日等大陆法系国家,一般是在共犯论中探及共同正犯问题的。“共犯”一词,有最广义、广义和狭义三种含义。最广义的共犯,是指任意的共犯和必要的共犯;广义的共犯,则是指任意的共犯中的共同正犯、教唆犯和从

犯;狭义的共犯,则仅指教唆犯和从犯。^①在德日等大陆法系国家的刑法理论中,共同正犯是与狭义的共犯相并列,作为共犯理论的一个分支加以阐述的。这种理论体系的安排,使实行犯理论相对显得不够独立,影响对其进行全面、系统的研究。这或许是大陆法系国家关于共犯理论的著作层出不穷,令人应接不暇,但关于正犯理论的专著却难以寻觅的原因之一吧。更重要的是,德日等大陆法系国家的刑事立法中,只有正犯和共同正犯的规定,而无单一正犯的规定。因而,其刑法理论只对共同正犯(数个共同犯罪人共同实行基本构成要件行为的情形)进行研究,而对单一正犯(只有一个共同犯罪人实行基本构成要件行为的情形)则不予探讨,视而不见。这种理论研究上的“近视”或许有其理论体系、立法规定等种种原因,但这种做法必然造成对正犯研究的片面、散乱。

在英美法系国家,实行犯是在共同犯罪中加以探讨的。英美法系国家普通法里传统的共犯模式是将共同犯罪人分为四类:一级主犯、二级主犯、事前从犯和事后从犯。现行刑事法律将一级主犯规定为主犯,将二级主犯和事前从犯合并为从犯,同时取消了事后从犯。虽然立法有所变化,但实行犯作为主犯、作为独立的共犯类型的地位一直没有动摇,因而,其刑法理论对主犯的研究相对比较深入。如“最小参与”、“共犯关系的脱离”、“可预见原则”等均具有较强的实践意义。但英美法系国家的共犯理论仅限于共犯既遂的情形,而不包括共犯未遂、共犯预备(共谋)等情形,因而,其共犯理论(包括对主犯的研究)又是不全面的。此外,基于实用主义的研究态度和判例形式的研究方法,其研究中思辨的成分极为罕见,通盘运筹的做法难成主流,因而其刑法理论界亦没有专门探讨实行犯(主犯)的专著问世。

关于实行犯,我国刑法理论界通常是在有关著述中附带涉及此方面的有关问题的。如《犯罪通论》(马克昌主编,武汉大学出版社1999年第3版)在第八章第一节中“共同犯罪的成立要件”,涉及实行过限的部分内容,即“超出共同故意的犯罪,不是共同犯罪”。又如《共同犯罪论》(陈兴良著,中国社会科学出版社1992年版)在部分章节中论述了共同实行犯与身份、错误、实行过限、犯罪未完成形态等问题。近年来,刑法学界以专题性论文的形式对实行犯进行研究日趋热烈。粗略地估算,有关实行犯(正犯)为研究主题的论文将近二十篇。特别值得一提的是,有两篇与实行犯相关的博士论文面世。一篇是吉林大学朴宗根博士所著的《正犯论》,另一篇是武汉大

^① 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第379—380页。

学陈家林博士所著的《共同正犯研究》。两篇博士论文率先专门对正犯问题进行全面、深入的研究,提出不少真知灼见,有利于促进实行犯研究向纵深发展。

综观现有的关于实行犯的研究样态,呈现出一种形式多样,内容丰富,观点纷呈,且向精深方向发展的良好局面。但也有以下几个方面有待改进:第一,尚没有真正以实行犯为研究对象的专著或者学位论文面世,这在一定程度上影响了对实行犯这一对象进行全面、系统、深入的研究。第二,现有的研究成果在一些重大问题上还存在分歧,没有真正厘清,如实行犯的概念与正犯概念的关系、实行行为与帮助行为的界定、间接实行犯是否必须以被利用者的行为不构成犯罪为必要,等等,因而,仍有必要对实行犯进行专门的研究。第三,现有的研究方法需要改进。现有的研究成果主要局限于对德日等大陆法系国家共同正犯理论的介绍,而在契合我国刑事立法及司法实践上相对有所欠缺,这不仅不利于我国刑法理论研究水平的提升,而且在研究对象上还会造成不必要的遗漏,如关于单一实行犯问题,现有的研究成果几乎均未涉及,因而,有必要拓宽实行犯的研究方法及其范围。

三、研究指导思想、方法及思路

辩证唯物主义和历史唯物主义是我们进行科学研究应当遵循的基本指导思想。本书将以之为指导,本着“洋为中用、古为今用”的基本原则,批判地借鉴大陆法系国家尤其是德日等国家刑法学者的思想观点,同时在一定程度上吸收英美法系国家在共犯理论方面的合理成果,以我国学者现有的研究成果为基础,对实行犯理论展开全面、系统和深入的研究,兼及与实行犯理论相关的其他共犯基本理论问题,并力求理论研究成果能够对我国共同犯罪制度的立法构建和共同犯罪案件的司法处理有所助益。

基于这一研究指导思想,本书在研究过程中主要采用以下研究方法:第一,历史研究的方法。任何法律制度都是有一定的历史渊源的,对实行犯的研究离不开对实行犯规定的历史考察。通过对古今中外实行犯规定的历史发展进行回顾和总结,可以清楚地了解实行犯的发展演变过程、大致脉络以及总体走向,把握其规律,为我国实行犯立法的方向选择和制度设计提供知识基础和背景。第二,分析研究的方法。刑法学的研究在很大程度上是对现行刑事法律规定的阐述和解释。基于此,本书将立足于国外刑事立法和我国刑事立法规定,对实行犯的本质、类型、构成要件、犯罪形态等问题进行分析。第三,比较研究的方法。“他山之石,可以攻玉。”国外刑法理论界对正犯,特别是共同正犯的研究已经相当深入,形成了较为完备的理论体

系。相比之下,我国刑法理论界对实行犯的研究,尚处于起步阶段,因而无论是在研究的深度和广度上,与国外刑法学界,特别是大陆法系国家的德日刑法学界相比,较为逊色,差距不小。在这种背景下,借鉴域外法律文化中的先进成果为我所用,就显得极为必要。通过对实行犯理论进行比较研究,可以进一步拓展研究视野,增进对各国实行犯立法规定的了解和掌握,并从中剖析是非优劣,评判利弊得失,从而吸取精华,剔除糟粕,科学地构建我国的实行犯理论,合理地规划我国的实行犯制度。第四,实证研究的方法。理论研究的生命在于实践。刑法学是一门理论性和实践性均极强的部门法学,对于实行犯的研究,也应当重视理论与实践的有机结合。一方面力求在理论与实践相结合的层面上提出问题,分析问题,解决问题;另一方面研究的着眼点要放在理论与实践的有效结合上,从而使理论研究能够在立法实践和司法实践中发挥其应有的效用。实证研究的一个有效的途径,就是案例分析法。本书将结合司法实践中发生的具体案例,对实行犯的相关理论进行深入分析,从中挖掘出具有实践意义的理论问题,进而大胆假设,小心求证,避免对实行犯有关理论的研究过于空泛,提出一些假命题,严重地脱离实际,以致窒息实行犯这一理论旺盛的生命力。

本书的研究思路大体如下:首先,对实行犯的概念展开讨论,并就其与正犯的关系进行详细的探讨,从而明确研究对象的范围;其次,在明确实行犯的概念之后,对其构成要件进行较为深入的探讨,从而为正确认定实行犯提供理论依据;再次,对一些特殊的犯罪形态,就其能否成立实行犯进行探讨,从而初步划定实行犯的存在范围;第四,结合我国犯罪停止形态理论,对实行犯的预备形态、未遂形态和中止形态加以研究,并对实行犯的脱离形态进行初步论证;第五,对司法实践中常见的实行过限形态进行研究,并提出实行过限的判定标准;第六,对实行犯与身份的关系进行研究,其中主要身份对实行犯定罪与量刑的影响;最后,对实行犯的刑事责任进行初步的探讨,其中主要研究实行犯的刑事责任根据和刑事责任原则两个基本问题。

第一章 实行犯概述

实行犯是共同犯罪中的核心人物,是造成法益侵害事实的直接因素,故其一直是理论界和实务界关注的对象。关于实行犯,首先应当明确以下基础性问题:何谓实行犯,其内涵和外延是什么?在理论上,实行犯可以分成几类?在立法上,实行犯有哪些模式?这些问题是研究实行犯时首先要面对的问题,也是无法回避的问题,因而必须作出正面的回答。

第一节 实行犯的概念

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人。如果我们试图完全否弃概念,那么整个法律大厦就将化为灰烬。由于法律的首要目的之一就是将人的行动与行为置于某些规范标准的支配之下,又由于不对某一特定标准所旨在适用于的行为种类加以划分就无法确立规范标准,所以法律与概念之间的紧密关系即刻就凸显了出来。”^①概念法学,就是以概念为核心而建构起来的一种具有严密逻辑性的法学体系。正是基于概念在整个规范法学中的隆而重之的地位,因而,对概念进行研究就绝不是无关痛痒的,故本书首先对实行犯这一概念进行剖析。

^① [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486—487页。