

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【刑法适用】

事后抢劫的共犯

滥用职权罪与玩忽职守罪比较研究

【诉讼实务】

检察实务中电子证据运用的问题与对策

【证据运用】

论刑事诉讼中对鉴定结论的审查

【法律释义】

《中华人民共和国刑法修正案（八）》内容解读

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

【疑案剖析】

论单位行贿与个人行贿的合理界分

——析某置业有限公司、某投资发展有限公司单位行贿案

巨额财产来源不明罪的司法认定若干问题研讨

——兼对王某某案的法理探析

总第46集

刑事司法指南



法律出版社

LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2011 年第 2 集(总第 46 集)

主 编：彭 东

副 主 编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

侯亚辉

执行主编：侯亚辉



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2011 年. 第 2 集: 总第 46 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2011. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1955 - 0

I. ①刑… II. ①彭… III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 044554 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贺 兰

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/8 字数/192千

版本/2011 年 6 月第 1 版

印次/2011 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1955 - 0

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》 2011年第2集(总第46集)

顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卞建林	龙宗智	何家弘	张仲芳
张明楷	陈卫东	陈兴良	郎胜
赵秉志	梁根林	阎敏才	

编辑委员会

主编:彭东

副主编:王军 聂建华 黄河 史卫忠

侯亚辉

执行主编:侯亚辉

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军	马相哲	孙铁成	李景晗
张凤艳	张希靖	张晓津	张寒玉
陈鸷成	贺湘君	高锋志	

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙

马迎春 吕景文 曾天 乔洪翔

李 宁 俞昕水 沈雪中 张厚琪

施忠华 黄秀强 孙牯昌 鲍峰

孟国祥 毕奎明 王桂芝 张毅敏

罗绍华 曾广津 李建超 雷秀华

李世清 杨 滨 胡群力 谭 鹏

赵宏斌 高原 冯明杰 孙金梁

赵铁实 蒋洪军

执行编委:张晓津 李 莹

目 录

【刑法适用】

- 事后抢劫的共犯 张明楷(1)
滥用职权罪与玩忽职守罪比较研究 董文辉 敦 宁(28)

【诉讼实务】

- 检察实务中电子证据运用的问题与对策
..... 周晓燕 侯晓焱(54)

【证据运用】

- 论刑事诉讼中对鉴定结论的审查 李 娜 周治成(68)

【法律释义】

- 《中华人民共和国刑法修正案(八)》内容解读 黄太云(83)
最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用
法律若干问题的解释》的理解与适用 刘为波(165)
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理国家出资
企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》
解读 陈国庆 韩耀元 王文利(191)

【刑法适用】

事后抢劫的共犯

张明楷*

目 次

- 一、未参与前行为的人中途参与后行为
- 二、未参与前行为的人中途独立实施后行为
- 三、前行为人中的一方独立实施后行为
- 四、无责任者与有责任者的共同事后抢劫

刑法第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”刑法理论将该条规定的犯罪称为事后抢劫(罪)或者准抢劫(罪)。由于本罪的构造是先实施盗窃、诈骗、抢夺行为(即前行为。为节省篇幅，本文一般仅以实施盗窃为例)，后实施暴力或者以暴力相威胁的行为(即后行为。为节省篇幅，本文一般仅以实施暴力为例)，而行为人可能仅

* 清华大学法学院教授、博士生导师、最高人民检察院公诉厅副厅长(挂职)。

实施了其中的前行为或者后行为,于是,在共同犯罪的认定上产生了诸多问题。本文就其中的若干类型,作初步探讨。^①

一、未参与前行为的人中途参与后行为

案例1:甲盗窃了被害人A的财物,A当场发现并抓捕甲以便夺回被盗财物;甲为了窝藏赃物,在逃跑的过程中对A实施暴力;没有参与盗窃行为的乙知情后,与甲共同对A实施暴力。

甲的行为无疑属于事后抢劫,问题是,乙的行为是否成立事后抢劫的共犯?这也是国外刑法理论长期争论的问题。日本《刑法》第238条规定:“盗窃犯在窃取财物后为防止财物的返还,或者为逃避逮捕或者隐灭罪迹,而实施暴行或者胁迫的,以抢劫论。”^②日本《刑法》第65条第1、2项分别规定:“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人,虽不具有这种身份的,也是共犯。”“因身份而特别加重或者减轻刑罚时,对于没有这种身份的人,判处通常的刑罚。”由于存在上述规定,日本刑法理论在解决案例1的问题时,出现了两个路径。

路径一:将事后抢劫理解为身份犯,适用日本《刑法》第65条解决案例1的问题。但是,事后抢劫究竟是构成的身份犯(真正身份犯),还是加减的身份犯(不真正身份犯),则存在争议。

构成的身份犯说认为,事后抢劫属于真正的身份犯,因为盗窃犯以外的财产犯罪人,为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证,而实行暴行或者胁迫的,不成立事后抢劫。例如,前田雅英教授指出:“事后抢劫罪是以盗窃犯为主体的构成的(真正)身份犯。在盗窃犯以防止财物的返还为目的对被害人实施暴行时,(非盗窃

① 为了充分展开讨论,本文归纳整理了十多种案例。但需要说明的是,本文各节标题下的案例类型,并不完全与标题相符合。

② 直译应为“以强盗论”。为了避免混乱,本文将日本刑法与刑法理论所称的“强盗”均译为“抢劫”。另请注意的是,日本刑法所规定的事后抢劫,仅限于犯盗窃罪的情形。

犯)开始共同加功的场合,根据刑法第65条第1项成立事后抢劫罪的共同正犯。”^①据此,案例1中的乙虽然不具有盗窃犯的身份,但由于其参与了事后抢劫罪(身份犯)的实行行为,成立事后抢劫的共同正犯。^②

本文不能采纳这种学说。(1)诚然,就单独的事后抢劫而言,如果仅着眼于行为人必须先实施盗窃行为,后出于特定目的实施暴力行为,则可以认为,实施暴力行为的主体,必须是已经实施盗窃行为的人。在此意义上说,事后抢劫是身份犯。但是,其一,任何人都可能实施盗窃、诈骗、抢夺罪,故这些犯罪并不是身份犯。其二,将事先实施盗窃作为身份看待,过于扩大了身份的范围。因为事后抢劫是一种独立的犯罪,^③由两个特定行为组成;两个行为之间,不仅具有时间与场合的密切性,而且具有心理上的联系性。倘若将实施前行为作为身份,那么,由两个以上行为构成的犯罪(如普通抢劫、强奸等),都会被理解为身份犯。例如,根据上述观点,我国刑法第239条所规定的绑架杀人也属于身份犯(即绑架犯杀人的才成立绑架杀人)。这可能难以被人接受。(2)事后抢劫依然属于财产犯罪,其实行行为必须具有侵犯财产的内容。倘若将犯盗窃等罪作为主体身份的要素对待,那么,事后抢劫的实行行为就只剩下暴力与暴力威胁。可是,单纯的暴力与暴力威胁不具有财产犯罪的性质。只有将作为前行为的盗窃等行为理解为事

① [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2007年版,第242页。同页的注释指出:“事后抢劫罪是身份犯,实行行为是暴力、胁迫。”

② 根据日本刑法理论与审判实践的通说,日本《刑法》第65条第1项中的“共犯”包括共同正犯。参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2007年版,第457页以下;[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第387页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2007年版,第473页;[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,第322页。

③ 虽然我国的司法解释与刑法理论没有将事后抢劫表述为独立的罪名,但不影响将事后抢劫作为独立的犯罪予以理解。

后抢劫的实行行为,才能解释事后抢劫的财产犯罪性质。^① (3)倘若认为事后抢劫属于身份犯,那么,作为前行为的盗窃等行为,只是表明身份的要素,而不是事后抢劫的实行行为的一部分。然而,身份的有无并不影响犯罪的既遂与未遂的区分,故作为前行为的盗窃既遂与否便与事后抢劫既遂与否无关。于是,当行为人犯盗窃等罪未遂时,为了抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场实施暴力的,也成立事后抢劫罪的既遂。这显然与事后抢劫的既遂、未遂区分标准相冲突。^② (4)虽然日本《刑法》第238条的表述,可以成为构成的身份犯说的文理根据,但我国刑法第269条的表述,并没有为构成的身份犯提供文理根据。

加减的身份犯说认为,由于设立本罪是为了防止行为人在盗窃过程中实施加重的暴力、胁迫行为,故事后抢劫属于加减的身份犯。但持加减的身份犯说的学者得出了两种不同的解释结论:第一种观点认为,事后抢劫罪“是以抑制在盗窃的机会中实施暴行、胁迫的旨趣而设立的,具有对人身犯罪的性质,故应将其理解为加重暴行、胁迫罪的不真正身份犯。因此,不具有该身份的人,以本罪的目的,与盗窃犯共同实施暴行、胁迫时,根据刑法第65条第2项的规定成立暴行罪或者胁迫罪”。^③ 据此,案例1中的乙并不成立事后抢劫的共犯,仅成立暴行罪或者胁迫罪。第二种观点认为,事后抢劫罪的“主体虽然必须具有盗窃犯这种身份,但是,不具有该身份的人以本罪的目的,与盗窃犯共同实施暴行、胁迫的,根据刑法第65条第1项的规定,成立本罪的共同正犯,对非盗窃犯的共同者,根据同条第2项的规定,处以暴行罪或者胁迫罪的刑罚。共同造成被害人伤害时,成立抢劫致伤罪的共同正犯,对非盗窃犯

① [日]高桥则夫:《规范论と刑法解释论》,成文堂2007年版,第210页。

② [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2005年版,第228页。

③ [日]大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2007年版,第232页。

的共同者应适用伤害罪的刑罚”。^①

本文不能接受这一学说。(1)如上所述,任何人都可能犯盗窃等罪,将事后抢劫作为加重身份犯并不妥当。(2)这种观点一方面认为事后抢劫具有对人身犯罪的性质,同时认为只有当行为入盗窃既遂时才成立事后抢劫既遂。^②这给人的印象是以盗窃是否既遂作为对人身的犯罪(事后抢劫)的标准,有自相矛盾之嫌。(3)认为“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是加重暴行罪、胁迫罪的违法性的身份要素,或者是加重暴行罪、胁迫罪的有责性的身份要素,均与我国没有规定暴行罪、胁迫罪的刑法不符合。(4)由于我国刑法并没有规定暴行罪、胁迫罪,根据上述第一种观点,如果案例1中的甲、乙并没有造成伤害以上结果,乙的行为不成立任何犯罪。这难以被我们接受。根据上述第二种观点,案例1中的乙成立抢劫罪,但适用暴行罪、胁迫罪的法定刑。这导致定罪与量刑脱节,因而缺乏合理性。

复合身份犯说认为,事后抢劫罪中的“盗窃犯”这一身份的性质,因目的不同而不同:当盗窃犯出于防止财物的返还(窝藏赃物)的目的时,属于日本《刑法》第65条第1项的身份(真正身份);当盗窃犯出于逃避逮捕或者隐灭罪证的目的时,属于日本《刑法》第65条第2项的身份(不真正身份)。在案例1中,当盗窃犯甲出于窝藏赃物的目的对被害人A实施暴力、胁迫时,非盗窃犯乙知情而实施暴力、胁迫的,成立事后抢劫罪的共犯;当盗窃犯甲出于逃避逮捕或者隐灭罪证的目的而对被害人A实施暴力、胁迫时,非盗窃犯乙知情而实施暴行、胁迫的,以暴行罪、胁迫罪的共犯论处。^③

① [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁2005年版,第224页。

② [日]大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2007年版,第231页。

③ [日]佐伯仁志:“事后强盗罪の共犯”,载《司法研修》第632号,第3页。

本文也不能采取这种学说。因为上述对构成的身份犯说与加减的身份犯说的质疑,同样适用于复合身份犯说。

路径二:将事后抢劫理解为结合犯,按承继的共犯解决案例1的问题。即事后抢劫并不是身份犯,而是由盗窃的前行为与暴力、胁迫的后行为构成(结合犯),盗窃行为与暴力、胁迫行为都是本罪的实行行为,行为人仅参与后行为的,属于是否成立承继的共犯的问题。对此存在否定说与肯定说。

否定说认为,事后抢劫罪是由盗窃罪与暴行罪、胁迫罪构成的结合犯,后行为人的罪责取决于承继的共犯成立与否。由于后行为人只对参与后的行为与结果承担责任,因而仅就参与后的犯罪成立共同正犯,而不能就整体犯罪成立共同正犯。据此,案例1中的乙,并不对整体犯罪(事后抢劫)负责,仅对参与后的行为与结果(暴行罪、胁迫罪)承担责任。^①

但是,日本的这一有力学说,难以适用于我国。我国刑法没有规定暴行罪、胁迫罪,故事后抢劫并不是结合犯,至少不是典型的结合犯。根据承继的共犯否定说,案例1中的乙,虽然在日本能承担暴行罪、胁迫罪的刑事责任,但在我国意味着不承担任何刑事责任,因而缺乏合理性。

肯定说认为,事后抢劫罪具有结合犯的构造,盗窃只不过是先行于暴行、胁迫的行为;因此,即使行为人仅实施了其中的暴行、胁迫,也应作为承继的共同正犯,以事后抢劫罪论处。^② 据此,案例1中的乙成立事后抢劫罪的共同正犯。

本文赞成以承继的共犯的路径解决本问题且持肯定说,但同时主张,应当根据我国刑法的规定阐述理由并得出具体结论(不

① [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2005年版,第229页。

② [日]中森喜彦:《刑法各论》,有斐阁1996年版,第132页;[日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂2007年版,第170页。

赞成日本的肯定说的部分理由与具体结论)。

(1)如上所述,在我国,暴行、胁迫本身并不成立犯罪,故不能认为事后抢劫属于结合犯。所以,难以从结合犯的角度展开讨论。但是,一方面,事后抢劫由盗窃等前行为与暴力等后行为构成,其构造与结合犯相似。另一方面,承继的共犯并非仅存在于结合犯,只要犯罪行为具有一定的过程,就可能存在承继的共犯。事后抢劫完全可能存在承继的共犯现象,按肯定说处理案例1,可以得出乙构成事后抢劫的共犯的合理结论。

(2)按肯定说解决案例1时,所遇到的最大障碍(或来自否定说的最严厉批判)是:既然乙并没有实施盗窃行为,只是参与了暴力或暴力威胁行为,乙就只能对暴力或暴力威胁行为负责,而不能对自己参与前的甲所实施的盗窃行为负责。因为甲的盗窃使甲的行为具有财产犯罪(事后抢劫)的性质,而乙的行为与甲的盗窃并无因果性,故乙就不能承担事后抢劫的责任。^① 本文的回应是:首先,在案例1的场合,乙的行为与甲最终取得赃物具有因果性;^② 即使甲盗窃的赃物最终被A夺回,乙的行为也为A夺回财物制造了困难(危险)。其次,后行为并不是单纯的暴力与暴力威胁,而是同时具有使盗窃等前行为成为事后抢劫的实行行为的机能。因为在事后抢劫中,盗窃等前行为,原本只是盗窃等罪的实行行为,而不是事后抢劫的实行行为;^③ 只是因为行为人出于特定目的着手实施暴力、暴力威胁的后行为时,才使盗窃等前行为成为事后抢劫的实行行为。^④ 所以,案例1中的乙的行为,不只是单纯的暴力

① [日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,第350页以下。

② 如前所述,就事后抢劫而言,以行为人最终取得财物作为既遂标准,是一种相当有力的学说。

③ 不能认为,行为人开始实施盗窃等行为时,就是事后抢劫的着手。

④ [日]古江赖隆:“窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共謀の上財物の取还を拒ぐため被害者に伤害を負わせた場合の拟律”,载《司法研修》第457号,第67页。

行为,而是同时起到了使甲的盗窃行为成为事后抢劫的实行行为的作用。即使乙是为了使甲逃避抓捕或者为了毁灭罪证而与甲共同对被害人A实施暴力,也依然起到了这种作用。既然如此,就应当肯定乙的行为对甲的行为转化为事后抢劫起到了作用,乙应当承担事后抢劫的责任。最后,否定说是将事后抢劫作为结合犯理解的,似乎割裂了前行为与后行为的主客观关联性。倘若将前行为与后行为作为事后抢劫的实行行为来理解,则能得出肯定说的结论。就案例1而言,乙在外表上参与的是暴力行为。但是,该行为是甲事后抢劫的一部分,故乙参与的是事后抢劫行为的一部分,而不是独立的行为。另一方面,乙是在知情后与甲共同对A实施暴力的,而其中的“知情”包括乙明知甲是为了窝藏赃物,故乙具有事后抢劫的故意与特定目的。^①

(3)按肯定说解决案例1还可能遇到另一障碍:按否定说,对案例1中的乙以暴行罪、胁迫罪的共同正犯论处;我国没有暴行罪、胁迫罪,意味着我国的处罚范围窄,但肯定说却导致对乙反而以更重的事后抢劫罪论处。换言之,肯定说导致的局面是:原本对乙的行为应按轻罪处理,由于我国刑法没有轻罪,反而导致对乙按重罪处理。但本文认为,这只是一种表面现象,肯定说不会导致处罚的不均衡。以案例1为例。根据形式的客观说,只要实施了刑法分则所规定的实行行为的人,就是正犯,由于暴力行为是事后抢劫罪实行行为的一部分,乙实施了该行为,因而与甲构成事后抢劫的共同正犯,但形式的客观说缺乏合理性。^②根据犯罪事实支配理论,中途实施暴力行为的乙,只有事前与甲相通谋时,才与甲构成事后抢劫的共同正犯;倘若乙事前并未与甲通谋,其中途参与暴

^① 如果乙不知情,则不能认为其有事后抢劫的故意与特定目的,当然不成立事后抢劫的共犯。

^② 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第287页以下。

力的行为并没有支配事后抢劫的犯罪事实,仅成立事后抢劫罪的帮助犯。^①我国刑法将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯;就事后抢劫的整体犯罪而言,乙仅起到了次要作用,故应认定乙构成事后抢劫的从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。^②显然,与在日本将乙认定为暴行罪的正犯(否定说)相比,在中国将乙认定为事后抢劫的从犯,可能导致对乙的处罚更轻。

(4)在乙与甲的暴力行为共同造成了伤害或者死亡的情况下,根据部分实行全部责任的原理,乙与甲均对伤害、死亡结果承担责任。即使不能查明由谁的具体行为引起了伤亡结果,乙与甲也均应对该伤亡结果负责。但是,如果在犯盗窃等罪的前行为人实施了部分暴力行为后,后行为人参与部分暴力行为,造成伤亡结果的,则需要根据部分实行全部责任和存疑时有利于被告的原则作出妥当处理。

案例2:甲单独入室盗窃被发现后,对前来抓捕的被害人A腹部猛踢一脚,A极力抓捕甲,经过现场且知道真相的乙接受甲的援助请求,也向A的腹部猛踢一脚,A因脾脏破裂流血过多而死亡,但不能查明谁的行为导致其脾脏破裂。谁应对A的死亡承担责任?

根据前述分析,乙与甲构成事后抢劫的共犯,但死亡结果只能由甲承担。一方面,不管死亡结果由谁造成,甲都要承担责任。假

① 根据德国学者罗克辛的观点,行为人没有实现全部的构成要件,只是亲自实现了部分的要件时,不能成为直接正犯。因为此时的个人行为并不能直接支配符合构成要件的全部事实。例如,在抢劫中没有使用暴力,只是取得了财物的行为人,只能成立盗窃的正犯,而不成立抢劫的正犯。但是,如果事前有通谋,由他人实施暴力行为,行为人只负责取得财物的,则应将行为人认定为抢劫罪的正犯。Vgl., Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C. H. Beck 2003, S. 22.

② 如若乙与甲的暴力行为致被害人伤亡,且乙对致人伤亡起主要作用,那么,对乙以主犯论处,也理所当然(在日本,根据否定说,也会认定乙是杀人罪或伤害罪的正犯)。

定死亡结果由乙造成,由于甲与乙构成共同犯罪,根据部分实行全部责任的原理,甲当然应对此结果负责;倘若死亡结果由甲造成,甲更无疑问地要对此结果承担责任。另一方面,乙虽然与甲就事后抢劫罪构成共犯,但是,乙对自己参与前的甲的行为所造成的结果不承担责任。因为在承继的共犯の場合,先行为人实施的行为已经造成结果时,后行为人的行为不可能成为该结果的原因,因而不可能对该结果承担责任。即使后行为人了解先行行为人的行为及其结果,也不表明后行为人对该对结果有共同故意,更不表明该结果由二人共同造成。^① 换言之,利用先行为人已经造成的结果不等于后行为人的行为与该结果之间具有因果关系;后行为人不应对与自己行为没有任何因果关系的结果承担责任。在本案中,死亡结果可能是甲在乙参与之前造成的,果真如此,乙不能对该结果负责。另外,由于不能证明A的死亡由乙造成,根据存疑时有利于被告的原则,乙不能对A的死亡结果负责。^②

以上讨论的是前行为人与中途参与的后行为人均亲手实施暴力或暴力威胁的情形。问题是,倘若前行为人甲仅唆使中途参与者乙对被害人A实施暴力或者暴力威胁的,应如何处理?

案例3:甲犯盗窃罪被被害人A发现,在甲逃跑和A抓捕的途中,甲遇到朋友乙,向乙说明真相,并唆使乙对A实施暴力或暴力威胁,以便自己逃避抓捕。乙对A实施了暴力。甲与乙是否成立事后抢劫的共犯?

倘若认为刑法分则条文规定的行为只是实行行为,那就意味着,刑法第269条规定的事后抢劫,要求犯盗窃等罪的行为人直接实施了暴力或暴力威胁的行为;如果犯盗窃等罪的行为人仅教唆

① [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第382页以下;Vgl., Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C. H. Beck 2003, S. 92.

② 对甲适用抢劫致死的法定刑,对乙适用普通抢劫的法定刑。

他人为自己逃避抓捕而实施暴力或暴力威胁,则意味着没有实施实行行为,于是不符合刑法第 269 条的构成要件,因而不成立事后抢劫罪。如若甲不成立事后抢劫,那么,仅直接实施了暴力或暴力威胁的乙,因为没有实施盗窃等行为,更不可能成立事后抢劫罪。

这可能是我国刑法理论遇到的重要问题之一,值得探讨。本文初步认为,事后抢劫不是身份犯,而是由两个实行行为构成的犯罪,因此,没有犯盗窃等罪的人,也能实施后行为。在共同犯罪的情况下,只要有人实施了实行行为即可,而不是所有的共犯人都必须实施实行行为。当甲实施了盗窃行为后,唆使乙对被害人 A 实施暴力或暴力威胁的,乙与甲就事后抢劫的部分实行行为具有共同的故意与行为,因而成立了事后抢劫罪的共同犯罪。换言之,在这个共同犯罪中,甲实施了前行为(盗窃)并教唆了后行为,乙实施了后行为(暴力或暴力威胁)。而且,甲、乙对后行为具有故意行为,后行为又是事后抢劫的一部分,故甲与乙成立事后抢劫的共犯。

不仅如此,在行为主体与案例 3 相反的情形下,也应以事后抢劫的共犯论处。

案例 4:甲犯盗窃罪被被害人 A 发现,在甲逃跑和 A 抓捕的途中,知道真相的乙,唆使甲对 A 实施暴力,以便甲逃避抓捕。甲接受乙的教唆,对 A 实施了暴力。乙是否成立事后抢劫的共犯?

可以肯定的是,甲的行为已经构成事后抢劫。因为甲不仅实施了盗窃罪的实行行为,而且出于抗拒抓捕的目的实施了暴力行为,完全符合事后抢劫的构成要件。问题是,乙是否成立事后抢劫的共犯(教唆犯)?将此案例予以抽象所形成的问题是,在他人实施一般犯罪或基本犯罪的过程中,行为人唆使他人实施加重犯罪的,是否成立教唆犯?对此,德国刑法理论上存在四种学说:①

① Vgl. ,Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C. H. Beck 2003, S. 161 ff.

(1) 拆解分析说主张,唆使者仅对正犯没有决意的构成要件部分成立教唆犯。据此,案例4中的乙成立暴行罪的教唆犯。这种观点将事后抢劫视为盗窃与暴行的简单相加,因而受到了批判。而且,我国刑法没有规定暴行罪,故对乙的行为不能以所谓暴行罪的教唆犯论处。(2) 综合考察说主张,唆使者对所唆使的重罪成立教唆犯。在案例4中,乙不仅使甲实施了暴行,而且使甲实现了一个独立的违法性,故乙成立事后抢劫的教唆犯。可是,根据综合考察说,倘若当甲犯盗窃罪后原本只欲在当场对被害人实施暴力,而乙唆使甲对被害人造成伤害的,也成立事后抢劫的教唆犯。但本文认为,此时的乙只能成立事后抢劫的帮助犯,故难以赞成综合考察说。(3) 规范性支配说认为,只有当进行加重教唆的幕后者具有规范性支配时,才就加重犯罪成立教唆犯。但是,规范性支配的概念比较模糊,缺乏明确的标准。(4) 折中说认为,行为人唆使正犯实施的加重构成要件行为是一个独立的犯罪时,成立教唆犯;行为人唆使正犯实施的只是加重犯而非独立的犯罪时,不成立教唆犯。本文赞成折中说。例如,甲已有盗窃犯意,乙唆使其抢劫的,成立抢劫罪的教唆犯。基于同样的理由,在甲犯盗窃罪而没有打算当场对被害人A实施暴力的情况下,乙唆使甲实施暴力的,实际上是唆使甲实施较盗窃更重的事后抢劫罪,因而成立事后抢劫的共犯(教唆犯)。

二、未参与前行为的人中途独立实施后行为

案例5:甲单独入室盗窃被发现后逃离现场(盗窃已既遂)。在甲逃离的过程中,知道真相的乙为了使甲逃避抓捕,而对抓捕者A实施暴力。但甲对此并不知情。

可以肯定,案例5并不成立承继的共犯。承继的共犯,是指先行为人已经实施了一部分犯罪行为之后,后行为人以共同犯罪的意思参与实施犯罪的情况(包括承继的共同正犯与承继的帮助犯)。承继的共同正犯,则是指先行为人已经实施一部分实行行