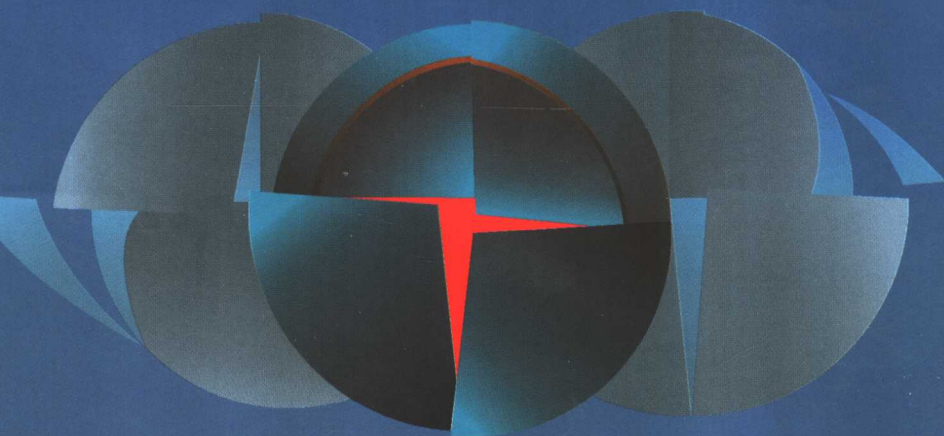


武汉大学
刑法学
博士文库

共同正犯 研究

GONGTONG ZHENGFAN YANJIU

陈家林 / 著



全国优秀出版社
武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

共同正犯研究

陈家林 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

共同正犯研究/陈家林著. —武汉: 武汉大学出版社, 2004. 10
武汉大学刑法学博士文库
ISBN 7-307-04318-1

I. 共… II. 陈… III. 犯罪, 共同正犯—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 079344 号

责任编辑: 郭园园 责任校对: 王 建 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 850×1168 1/32 印张: 11 字数: 281 千字 插页: 4

版次: 2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04318-1/D·599 定价: 20.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两本刑法学博士论文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

前 言

共同正犯是按分工分类法所确定的一种共犯类型，是共犯理论中的一个重要范畴。在德、日等大陆法系国家，共同正犯是法定的共犯类型，这些国家对共同正犯的研究也颇为深入。而在我国，理论界一般不使用共同正犯一词，而是称之为共同实行犯。这是因为我国刑法将共同犯罪分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，并不采用正犯或者共同正犯这一概念。

那么共同正犯与共同实行犯二者之间是否有区别呢？这涉及到正犯与实行犯的关系问题。实行犯是前苏联（俄罗斯）刑法所使用的概念，我国刑法理论受其影响，也放弃了自清末以来一直使用的正犯概念，而改称实行犯。但是从国内通说的观点来看，事实上学者们是在同一个意义上使用这两个概念的，认为正犯就是实行犯，或者认为正犯和实行犯仅是一种事物的两个不同的称谓而已。同样，学者们也是在同一意义上使用共同正犯与共同实行犯。如高铭喧、马克昌两教授主编的《刑法学》中指出“简单的共同犯罪，在西方刑法学中叫共同正犯（共同实行犯）”。笔者认为，正犯与实行犯虽然在观念上有细微的区别，但是在共同犯罪领域内，可以将二者等同。不过笔者更倾向于使用共同正犯一词。首先，从我国刑事立法史上看，《大清新刑律》、《暂行新刑律》、两部《中华民国刑法》都使用正犯一词，解放后有的刑法草案使用正犯，有的则使用实行犯。立法者还曾经特别解释为什么在草案中用“正犯”这一名词而不用“实行犯”，是因为“实行犯这一名称不科学，实际上不但实行犯去实行犯罪，其他共犯

也是实行犯罪的，而用了‘实行犯’这一名词就意味着其他的共犯好像坐在那里什么都不干，这与实际情况是不符的”。这一解释主要立足于一般人的法律意识，虽不能说十分准确，但至少反映了在人们的观念中，使用正犯一词更为合适。其次，我国学者在使用实行犯这一概念的同时，事实上也在使用正犯概念。如“间接正犯”一词在我国各种教科书中被广泛使用。再次，从国际交流的角度来看，改革开放以来，我国与其他国家在刑事法领域内的交流日益频繁，目前大多数大陆法系国家使用的是共同正犯一词，既然我国学者是在同一意义上使用共同实行犯，而共同正犯这一用语在我国又有较长的使用历史，那么就没有必要标新立异，不如直接使用共同正犯一词，从而为国际间的交流与对话提供方便。鉴于以上考虑，笔者在本书中使用正犯、共同正犯的概念来指称我国通说中的实行犯与共同实行犯。

在共同犯罪的研究中，我国学者将主要精力放在法定的共犯类型上，这固然无可厚非。但是笔者认为共同正犯作为按照分工分类法所确定的一种共犯类型，有其不可忽视的重要性，不能因为法律未作规定就忽略对共同正犯的研究。笔者认为对共同正犯的研究有以下意义：

第一，有助于认清定罪与量刑的关系。我国刑法对主犯、从犯、胁从犯的规定，其作用在于量刑，而非定罪，但是这一点经常被忽视。例如对无身份者与有身份者共同犯罪以及两个不同身份者共同实施犯罪的情况，1985年“两高”发布的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答》以及2000年最高人民法院发布的《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》，均主张应当以共同犯罪中的主犯性质对各行为人定罪处罚，这便是混淆定罪与量刑关系的典型例子。究其根源，仍然在于忽视分工分类的重要性，尤其是忽视对共同正犯的研究。

第二，对共同犯罪诸问题的解决均离不开对共同正犯的研究。

究。近年来，我国刑法学界陆续展开对过失共同犯罪、片面共犯、继承共犯等问题的研究，并提出了多种多样的观点。需要指出的是，要解决好这些问题，都必须重视按照分工分类法所确定的共同正犯、帮助犯、教唆犯、组织犯的重要性。单纯的套用主犯、从犯的规定是无助于问题的解决的。

第三，共同正犯本身包含范围广泛，也需要进行专门的研究，形成一种贯穿全局的理论，确保各个问题的协调一致。例如在共同正犯的性质上，必须确定其属于共犯还是正犯，如此始能确定其适用单独的处罚根据理论还是准用教唆犯、帮助犯等狭义共犯的处罚根据理论。在共同正犯的本质，需要明确是采用犯罪共同说还是行为共同说，如此才能确定对所谓过失共同正犯、承继共同正犯、片面共同正犯的肯否立场。而我国学者多是对共同正犯的各个子问题展开论述，缺乏统一的考量，导致不少观点有矛盾之处。

基于上述考虑，笔者将“共同正犯研究”作为博士学位论文选题，以期通过对这一课题的研究，对我国共同正犯理论的发展有所裨益，从而为有关共同正犯的刑事立法和刑事司法提供理论依据。

武汉大学
刑法学
博士文库

编委会

主任
马克昌

委员
马克昌
喻 伟
赵廷光
李希慧
刘明祥

目 录

第一章 共同正犯概说	1
第一节 正犯与共犯的一般理论	1
一、单一的正犯体系与正犯·共犯分离体系	1
二、正犯的概念	9
第二节 共同正犯的概念与性质	33
一、共同正犯的概念	33
二、共同正犯的性质	35
第二章 共同正犯本体论	41
第一节 共同正犯的处罚根据	41
一、准用共犯处罚根据论	43
二、集团主义原理与个人主义原理的解释方法	53
三、机能的行为支配说	56
四、共同正犯处罚根据之我见	59
第二节 共同正犯的本质	60
一、概说	61
二、犯罪共同说和行为共同说的对立	63
三、部分犯罪共同说之展开	73
第三节 共同正犯的成立要件	79
一、主观的要件	80
二、客观的要件	88
第四节 共同正犯的分类	97

一、分担的共同正犯与并进的共同正犯	97
二、原始的共同正犯与继承的共同正犯	98
三、实行的共同正犯与共谋的共同正犯	98
四、故意的共同正犯与过失的共同正犯	99
五、相互的共同正犯与附加的共同正犯	100
六、累积的共同正犯与择一的共同正犯	101
第三章 共同正犯形态论	104
第一节 共谋共同正犯	104
一、概念与产生背景	104
二、判例中共谋共同正犯理论的形成	106
三、日本的学说及其评析	113
四、德国的学说与判例	137
五、我国学者的观点	140
六、理论归结	146
第二节 片面的共同正犯	149
一、国外刑法理论界之争论	149
二、我国学术界之观点	158
三、观点评析	161
第三节 过失的共同正犯	171
一、问题之所在与议论的实益	171
二、各国立法概况	173
三、判例评析	174
四、理论纷争	183
五、我国学者的观点	194
六、过失共同正犯问题之我见	199
第四节 结果加重犯的共同正犯	206
一、结果加重犯概说	206
二、国外之理论	214

三、我国之学说	218
四、观点评析	221
第五节 继承的共同正犯	226
一、概说	226
二、判例研究	226
三、学说的对立	230
四、理论归结	238
第六节 不作为的共同正犯	244
一、不作为犯概说	244
二、判例研究	252
三、学说观点	256
四、笔者的观点	268
 第四章 共同正犯的其他问题	272
第一节 共同正犯与犯罪未完成形态	272
一、共同正犯与预备犯	272
二、共同正犯与未遂犯	276
三、共同正犯与中止犯	284
四、共同正犯关系的脱离	289
第二节 共同正犯与身份	296
一、身份概说	296
二、共同正犯与身份	298
第三节 共同正犯与错误	309
一、共同正犯与法律错误	310
二、共同正犯与事实错误	311
第四节 共同正犯的刑事责任	321
一、学说与立法	321
二、我国共同正犯刑事责任的原则	322

主要参考文献.....	325
后 记.....	335

第一章 共同正犯概说

第一节 正犯与共犯的一般理论

共同正犯，顾名思义，是共同的“正犯”，同时世界各国刑事立法和刑法理论又多将其规定在共犯一章中。因此要明确共同正犯之概念，必须首先研究正犯与共犯之一般理论。

一、单一的正犯体系与正犯·共犯分离体系

正犯一词，本系我国古代之法律用语，指的是触犯正条的犯罪人。这里的正条，即刑法中罪刑式条文。此后，日本人将德语中 Täterschaft 一词译为正犯。我国清末颁布的《大清新刑律》复将具有资产阶级刑法意义的正犯一词引入国内，其后的《暂行新刑律》、两部《中华民国刑法》都沿用正犯概念。解放后，虽然我国刑法典不再使用正犯一词，但理论界仍然在对正犯（实行犯）进行研究。

在现代各国刑事立法中，存在单一的正犯体系与正犯·共犯分离体系两种类型。

（一）单一的正犯体系

单一的正犯体系，又称统一的正犯概念或单一的正犯概念。这一概念是“二战”后德国刑法所使用的术语，但实际上作为一

种立法现象,其存在历史相当久远。^①单一的正犯体系将所有为犯罪的成立赋予条件者都视为正犯,并规定一个同一的法定刑,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的具体的犯罪参与程度而确定。各个正犯者都是直接实施犯罪行为,不重视教唆、帮助这样的类型上的区别。对各个正犯者的行为个别的、独立的考察犯罪是否成立。一般认为,单一的正犯体系具有如下特征:第一,对犯罪的成立赋予条件者,都是正犯。第二,不重视行为形态的区别。第三,就犯罪的成立而言,针对每个正犯者进行个别的考察。第四,对各个正犯适用同一的法定刑。第五,量刑时根据各个正犯的参与程度、性质来加以确定。^②

世界上有不少国家采用单一的正犯体系。日本学者认为根据单一的正犯体系表现形式的不同,又可以具体分为以下种类:(1)形式的统一的正犯概念。不承认正犯和共犯区别,以及在共犯内部不同的行为形态之间的区别,由法典统一规定一切犯罪参与者的责任,至于各犯罪行为者的具体责任则在量刑中解决。意大利刑法第110条以下、巴西刑法第25条以下的规定就属于这种情况。(2)实质的统一的正犯概念。对共犯内部的行为形态只在概念上进行区别,而在刑法典上规定将一切犯罪参与者都作为正犯规定(在总则部分只规定一些场合下的减轻事由)。挪威刑法第58条、丹麦刑法第23条、阿根廷刑法第45条以下、奥地利刑法第12条等就属于这一类。(3)包括的共犯概念。虽然区别正犯和共犯,但不区别共犯内部的行为形态。前苏联刑法第17条、前民主德国刑法第22条、前匈牙利刑法第12条以下、

① 参见[日]木村龟二:《包括的正犯者概念》,载木村龟二编:《体系刑法事典》,青林书院新社1966年版,第264页。

② [日]高桥则夫:《共犯体系与共犯理论》,成文堂1988年版,第38~39页。

前保加利亚刑法第 20 条以下,就属于此种情况。^①日本学者认为这类规定虽然“名称上是包括的共犯概念,实质上则与包括的正犯者概念属于同一类”,^②因为它虽然将共犯区分为实行犯、组织犯、教唆犯、帮助犯,但在量刑时并不以实行犯为转移,而是按照每一个人实际参与犯罪的性质和程度来加以决定,这与统一的正犯概念有共同之处。^③不过在笔者看来,前苏联、东欧地区的刑法仍然重视实行犯与非实行犯的区别,只不过它在如何对共犯进行刑罚裁量的问题上与德、日等国的认识不一样。这种认识上的差异不应当成为将其归类于单一的正犯体系的理由。因此,笔者认为,单一的正犯体系只包括形式的统一的正犯概念与实质的统一的正犯概念这两类。

因为在单一正犯体系下,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问题、间接正犯的问题等复杂性问题,所以从方法论角度来看,有其存在的价值。但是,多数学者认为单一正犯体系本身存在诸多的局限性和不合理性。在单一正犯体系下,各个行为人参与程度的评价与量刑由法官来加以判断,使通过对构成要件的严格解释来限定犯罪成立范围的刑法的“法治国家机能”不可能得到真正的发挥,因此,与法治国家的思想相矛盾。而且对处罚未遂的犯罪而言,可能使所有参与犯罪的人都会因未遂而受处罚,导致处罚范围的扩大。并且,由于单一的正犯体系仅从因果性、引起法益侵害的角度来理解犯罪,被认为是只重视结果无价值,而轻视行为无价值。^④

① 参见〔日〕西原春夫:《刑法总论》(改订准备版·下卷),成文堂 1995 年版,第 356 页。

②③ 〔日〕高桥则夫:《共犯体系与共犯理论》,成文堂 1988 年版,第 38~39 页。

④ 〔德〕Roeder, Die Erscheinungsformen des Verbrechens, 1953, S. 65.

此外，更有学者认为，即使上述的所谓统一的正犯概念的有利点，也是言过其实。例如，在身份犯与目的犯的场所，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所，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”这样的更扩大范围的规定。又如，在奥地利，对于德、日刑法所说的间接正犯也存在是“直接的正犯”还是“间接的正犯”的争论，也有认为间接正犯是“直接的正犯”的见解，既如此，关于直接的正犯的具体含义就必然存在争议。

（二）正犯·共犯分离体系

正犯·共犯分离体系，是以基本的犯罪构成为前提，对多数人参与实施犯罪的情形，在总则中设立一般规定，使其成为分则各本条规定的基本犯罪构成要件的组成部分或者必要的补充。换言之，共犯是基本犯罪构成的修正形态。这是以德、日为代表的大陆法系国家刑法所采纳的立法例。如《德国刑法典》“以‘正犯与共犯’标题规定了共犯的所有形式，并以一般的要素描述之。正如第 25~27 条直接表明的那样，正犯与共犯并不处在同一层次”。^① 在这种分离形式的立法例中，正犯和共犯的区分问题成为首要课题，理论上存在诸多争议，各学派、各学者之间很难求得共识。大陆法系国家刑法共犯理论的复杂性就是这种共犯立法例直接导致的结果。这正是“正犯·共犯分离体系”不可避免的局限性。但是，这种分离体系是建立在以“构成要件为中心”的基础之上，有利于贯彻罪刑法定原则，因此世界上多数国家采纳这种方式。

^① 参见[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 778 页。