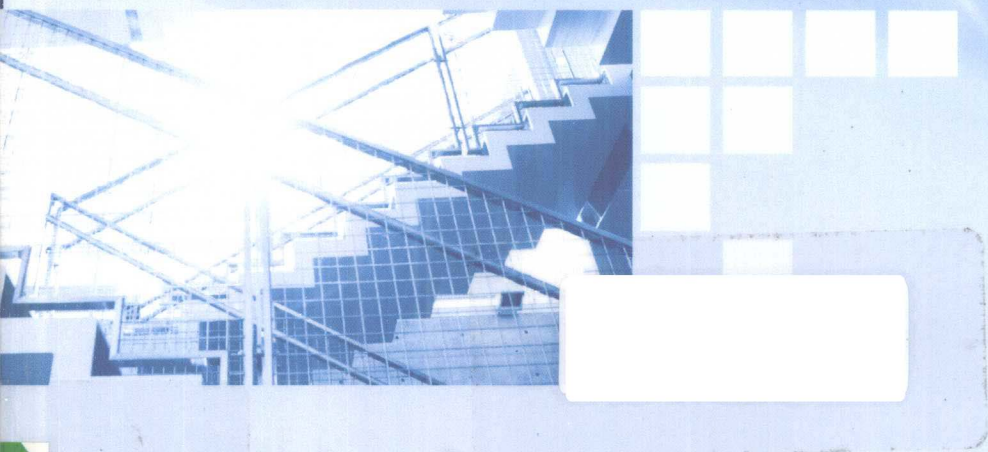


片面共犯的理论与实践

田鹏辉◎著



科学出版社

片面共犯的理论与实践

田鹏辉 著

科学出版社
北 京

内 容 简 介

片面共犯是单独犯罪还是共同犯罪,直接涉及共犯的可罚性界限问题。本书包括片面共犯史论、片面共犯理论和片面共犯实践论三部分,较系统地对面共犯进行了历史探源和立法考察,分析了片面共犯的性质,界定了片面共犯的概念,明确了片面共犯的意义。本书坚持罪刑法定主义的基本原则,立足于主客观相统一的基本立场,认为片面共犯是共同犯罪的一种行为类型,应属于共同犯罪的特殊形态。单向意思联络是片面共犯的根本特征,也是共同犯罪故意的最低标准。将片面共犯归属于共同犯罪的范畴,既不违背罪刑法定原则,又符合诉讼经济原则。本书在此基础上概括了片面共犯的构成要件,划分了片面共犯的基本类型,明确了片面共犯承担刑事责任的根据、原则及方式。司法实践中出现的一些案件,有的是典型的片面共犯,有的则形似片面共犯,而实为单纯一罪,或是属于其他犯罪形态。

本书可供刑法学及相关专业的研究生、教师使用,也可作为公、检、法部门处理相关案件时的参考资料。

图书在版编目(CIP)数据

片面共犯的理论与实践 / 田鹏辉著. —北京: 科学出版社, 2013

ISBN 978-7-03-037395-3

I. ①片… II. ①田… III. ①团伙犯罪—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 090219 号

责任编辑: 籍达心 / 责任校对: 范杰锋
责任印制: 徐晓晨 / 封面设计: 蓝正设计

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京京华虎彩印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2013 年 5 月第 一 版 开本: 787×1092 1/16

2013 年 5 月第一次印刷 印张: 9 1/2

字数: 220 000

定价: 45.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

前 言

片面共犯作为一种社会现象是客观存在的。由于刑法学者的共犯观念和基本立场不同,其在片面共犯的归属问题上自然结论各异。在大陆法系国家,持犯罪共同说的学者否认片面共犯成立共同犯罪;而行为共同说的赞同者则认为片面共犯应属于共同犯罪的范畴。在英美法系国家,片面共犯被称为潜在同谋犯。在我国刑法学界,对片面共犯理论的研究虽非空白,但还比较薄弱,缺乏深入的体系性研究。相当一部分学者从共同犯罪的法定概念出发,以片面共犯在刑法中不能直接“对号入座”为由,将其排除在共同犯罪的范畴之外。当然,也不乏持肯定说者。但总的情况是,这些研究,虽有见地,但不够深入;虽有涉及,但不够系统;虽有论证,但不够充分。

片面共犯是共犯论的基础性问题,直接涉及可罚性共犯的界限问题。片面共犯应该是共同犯罪大家族中的重要一员,否认片面共犯成立共同犯罪是共同犯罪制度的重大理论缺失。片面共犯作为一种客观存在的社会现象,不仅是刑事立法如何评价的问题,更是刑法理论如何解释的问题。其实,在片面共犯面前,我国刑法并非大门紧闭,我们完全可以从刑法解释学的角度,根据罪刑法定原则,重新理解、解释刑法关于共同犯罪的规定,为界定共同犯罪的范围提供明确的理论标准,进而将片面共犯归属于共同犯罪。本书立足于主客观相统一的基本立场,坚持罪刑法定主义的基本原则,以规范分析为研究视角,对片面共犯的历史发展、形态归属、构成要件、基本类型、刑事责任、与相关犯罪形态的界限,以及具体行为中片面共犯的认定问题进行了论述,以期能对我国刑法理论特别是对共同犯罪理论的发展有所助益。

刑法学者及刑法理论应与时俱进,树立全新的共同犯罪观念。目前,有的学者对共同犯罪的研究还局限于对法条的注疏,过于强调共同犯罪的法定概念,并将之作为整个共同犯罪理论的基石,还未全面展开对共同犯罪理论的研讨。由于在较大程度上受到现行法条的局限,这种研究仅仅处在刑法注释学的水平上,理论研究的深度和广度明显不够,不能进行系统全面的研究,也不可能把研究的触须伸向共同犯罪的各个领域,在片面共犯问题上就呈现先天不足的状态。共同犯罪是非常复杂的社会现象和法律现象,刑法学者应深入到具体的社会历史条件中去,正确认识共同犯罪的本质特征。传统理论对共同犯罪,特别是对共同故意的狭隘理解是不完整的。片面共犯能否成立共同犯罪,既取决于法律的规定,更取决于对刑法理论的认识。片面共犯与全面共犯是从不同角度考察共同犯罪的结果,二者完全可以并存,片面共犯也是行为人参与共同犯罪的一种方式。我们的刑法理论要面对现实,回答司法实践提出的问题,用正确的刑法理论指导司法实践。既然司法实践中出现了片面共犯这一社会现象,我们就应认真地接纳、理性地

研究。片面共犯事实的客观存在是片面共犯理论产生的逻辑前提，也是共同犯罪理论发展的契机。特定的主观联系，正是片面共犯独特性之所在，也是片面共犯存在的根本价值。片面共犯存在的事实，要求我们继续研究和完善、丰富、发展共同犯罪理论，而不应拘泥于全面共犯的传统定义而故步自封。将片面共犯纳入共同犯罪的范畴中，还可借鉴全面共犯某些早已成熟的研究方法和定罪量刑的基本原则，对其进行深入系统的研究。

片面共犯问题牵涉到刑法领域中很多基本范畴，对此理论界本来就有着较大争议。而研究片面共犯不可能回避这些持续着的论争的挑战。同时由于资料匮乏，学力有限，本书中的观点及其论证难免有不成熟之处。本书对片面共犯的研究只是初步的，具有探索的性质，并没有完全勾勒出片面共犯的理想图景。需要着重指出的是，在本书写作过程中，笔者参考和借鉴了刑法学界前辈和同仁的大量著述和见解，并对其中一些进行了一定的评述。在此深表感谢！若有不当之处，敬请谅解，并给予指导。

目 录

前言

第一部分 片面共犯史论

第一章 片面共犯历史探源·····	3
第一节 片面共犯的缘起·····	3
第二节 片面共犯的发展·····	7
第二章 片面共犯立法考察·····	9
第一节 境外立法中的片面共犯·····	9
第二节 中国立法中的片面共犯·····	14

第二部分 片面共犯理论

第三章 片面共犯概念界定·····	27
第一节 片面共犯的性质·····	27
第二节 片面共犯的概念·····	35
第三节 片面共犯的意义·····	38
第四章 片面共犯形态归属·····	45
第一节 理论前提设定·····	45
第二节 理论根据论证·····	52
第五章 片面共犯构成要件·····	65
第一节 共犯构成的一般理论·····	65
第二节 片面共犯的构成要件·····	70
第六章 片面共犯类型划分·····	76
第一节 片面实行犯·····	76
第二节 片面组织犯·····	82
第三节 片面教唆犯·····	85
第四节 片面帮助犯·····	90

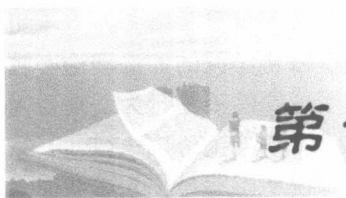
第七章 片面共犯刑事责任	97
第一节 承担刑事责任的根据	97
第二节 承担刑事责任的原则	100
第三节 承担刑事责任的方式	101

第三部分 片面共犯实践论

第八章 片面共犯与相关犯罪形态的界限	107
第一节 片面共犯与同时正犯的界限	107
第二节 片面共犯与承继共犯的界限	113
第三节 片面共犯与间接正犯的界限	119
第四节 片面共犯与连累犯的界限	126
第九章 具体行为中片面共犯的认定	132
第一节 利用行为中片面共犯的认定	132
第二节 帮助行为中片面共犯的认定	134
第三节 网络行为中片面共犯的认定	136
第四节 渎职行为中片面共犯的认定	138
第五节 轮奸行为中片面共犯的认定	138
参考文献	140
后记	144

第一部分

片面共犯史论



第一章

片面共犯历史探源

片面共犯从一种客观存在的社会现象，发展成为共同犯罪中的一种特殊形态，经历了从模糊到明确、从杂乱到系统的演变过程，是人类认识水平不断提高、法律文化日臻进步和完善的结晶。马克思主义世界观和方法论告诉我们，为了科学地解决社会科学问题，“最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系，考察每个问题都要看某种现象在历史上是怎样产生，在发展中经历了哪些主要阶段，并根据它的这个发展去考察这一事物现在是怎样的”^①。探寻片面共犯的理论渊源，总结片面共犯的发展历史，考察片面共犯的立法沿革，既可以使我们对它有一个全面而深刻的认识，又对审视我国的共同犯罪理论，明确片面共犯的形态归属，完善共同犯罪立法具有重要意义。

第一节 片面共犯缘起

片面共犯作为一种客观存在社会现象，古已有之。但片面共犯这一概念最早是大陆法系国家的刑法学术语，由资产阶级刑法学者首创。

片面共犯理论直接产生于刑事古典学派的犯罪共同说与刑事实证学派的行为共同说的理论纷争之中。最早产生的共犯构成理论是建立在刑事古典学派的刑法理论基础之上的犯罪共同说。犯罪共同说是客观主义的共犯理论。该说根据犯罪的本质是法益侵害的客观事实，认为共犯是二人以上共同对同一法益实施犯罪侵害，即共犯是两个以上有刑事责任能力的人共同参与实施一种犯罪。所谓“共同”，就是以同一犯罪的意思，对同一犯罪的协同加功，因此又叫犯意共同说。根据犯罪共同说，片面共犯是不能成立共同犯罪的。19世纪后半期以来，由于资本主义经济的发展，自由竞争的资本主义开始转化为垄断资本主义即帝国主义。在这个转化的过程中，帝国主义国家中的阶级矛盾更加

^① 《列宁选集》第4卷，人民出版社，1960年，第43页。

尖锐，犯罪（特别是盗窃之类的财产犯罪）急剧上升，累犯、常习犯显著增多，少年犯或青少年罪行也呈激增趋势。在犯罪现象急剧增长面前，刑事古典学派的刑法理论有较大的局限性，此时刑事实证学派便应运而生。该学派认为应受惩罚的不是行为而是行为人，行为人的反社会状态是惩罚的基础，进而全面否定了刑事古典学派的犯罪共同说，而代之以行为共同说。行为共同说是主观主义的共犯理论，该说从犯罪是犯人恶性的表现的观点出发，认为共犯中的“共同”关系，不是二人以上共犯一罪的关系，而是共同表现恶性的关系。因此共犯应理解为二人以上基于共同行为而各自实现自己的犯意，只要行为共同，不仅共犯一罪可以成立共犯，即使各自实施不同的犯罪，也不影响共犯的成立。基于行为共同说的基本观点，片面共犯成立共同犯罪是其应有之意。今日通说的见解认为，两学派的认识都有其正确的一面，但又都有所片寄^①。现代刑法理论发展至今，已走上了古典学派与实证学派折中与调和的道路，在很多具体问题上，已不仅拘泥于学派立场，而是兼采两派之长，克己之短。在共同犯罪的立场上，犯罪共同说与行为共同说都存在明显的不合理之处，即使基于犯罪共同说或行为共同说立场的学者，也要在相当程度上采用对方的观点。因此基于主观主义和客观主义不同的基本立场，学者们对片面共犯的态度可谓泾渭分明。

在大陆法系国家的刑法理论和刑事立法中，片面共犯一般是就如下情形而言的：一方有共同犯罪的意思，另一方没有共同犯罪的意思，但有单独犯罪的意思，而有共同犯罪意思一方的为没有共同犯罪意思一方的犯罪提供了帮助，即暗中参与了他人所实施的犯罪。例如，甲入乙室意图杀乙，邻居丙察觉，心中极为赞同，于是暗中将乙室房门从外面锁上，以防乙逃走。此时甲并不知道丙在暗中实施帮助行为，将乙逼到墙角，把乙砍死。在此情形中，甲、丙两行为人故意相同而未相通。在主观上，丙基于与甲相同的故意而实施犯罪行为（帮助他人犯罪）；在客观上，丙秘密实施的帮助行为与乙死亡的危害结果具有因果联系，学术上将丙称为片面共犯。可见，当时片面共犯仅是用来概括故意单方帮助他人犯罪的刑法学术语，即仅指片面帮助犯。任何理论的提出都是针对一定的特殊实践问题的。片面共犯理论的提出，是为了解决这样一个难题：割裂开帮助行为与帮助犯所配合的犯罪实行行为之间的联系，对片面帮助者的行为便无法处理。片面共犯所实施的行为必须与共同犯罪相联系，即只有视片面共犯为共同犯罪，才能确定其罪名，并追究其刑事责任。就上述案例而言，丙的帮助行为不是刑法分则所规定的犯罪构成客观要件的行为，如果将丙的帮助行为与甲的实行行为割裂开来，就不能根据刑法分则的规定追究丙的刑事责任，这样显然放纵了犯罪分子。有了片面共犯这一概念，对于片面帮助者，就能够定罪处刑，做到不遗漏罪犯，使法网趋于严密。资产阶级刑法学者创立片面共犯的概念后，就将那些表面上来看尚不构成犯罪，但与共同犯罪或者其他犯罪人的行为相联系的行为，通过这个概念，可以认为构成犯罪。其之所以被认为是犯罪，从旧派刑法学的观点来考察，是因为其主观方面具有犯罪故意，只是这种犯罪故意是通过其他罪犯所实施的犯罪行为实现的；在客观方面，该行为与其他罪犯所实施的犯罪行为相融合，成为犯罪行为的组成部分，应当认为其是犯罪。从新派刑法学的观点来

^① [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社，1993年，第2页。

考察,片面共犯实施暗中加功协力的行为,就表现其人身危险状态,对其定罪处刑符合新派刑法学有关定罪量刑的刑法理论。

片面共犯出自大陆法系国家的刑法理论,它作为一个用来概括故意单方面地帮助他人犯罪的刑法学术语,是与这些国家有关共犯的刑事立法相适应的。概言之,这些国家的共犯立法有以下两种情况。

(1) 刑法总则不对共犯概念作严格限定,将单方面帮助行为包容其共犯中。例如,《意大利刑法典》总则第3章第3节关于“共犯”的规定就未给共犯下定义,而该节的一个条文明确出现了“过失犯罪之共犯”的规定。这就表明,其共犯的成立并不以共犯人彼此之间的意思沟通为必要条件,即没有主观罪过形式的限制。这样的共犯规定显然不排除故意单方面帮助实行犯的共犯形式,更不排斥其刑法理论中的“片面共犯”概念。其实在片面共犯问题上,意大利的司法实践和刑法理论界也多持肯定态度。著名刑法学者杜里奥·帕多瓦尼认为,“对共同行为的故意”的对象,是行为人对自己实施的行为,以及这种行为和其他共同行为人的行为间的联系,其具体内容是对实现共同犯罪行为的认识和意志。这种故意的成立,不要求共同行为人之间必须有意思的沟通(或者共同的意志),因为共犯行为也可能是单向的行为。例如,某不忠的佣工,知道有人要来偷主人家的东西,故意不启动家中的保险装置,让盗窃者能更便利地偷到更多的东西。在这个例子中,佣工是盗窃行为的共犯,但对盗窃行为的实行者只能按单独实施了盗窃罪确定刑事责任^①。此外,德国、瑞士联邦、新加坡、法国等国家也没有在刑法典中规定共同犯罪的概念,而是在刑法典中直接规定共同犯罪人的种类,诸如共同正犯、实行犯、帮助犯、教唆犯等共同犯罪人的规定。但是在上述国家的刑法理论界,却不乏对共同犯罪概念下定义者。德国刑法理论界认为,共犯是指“二人以上共同实现犯罪”。其刑法学家毕克迈耶指出:“刑法意义上的共犯,指数人为了一个犯罪结果发生而协力,因而协力中的各人就其达成的整个结果处罚的情况。”法国刑法学者斯特法尼等认为:“共同犯罪仅仅是参与犯罪的一种形式,共同犯罪不是由一人单独实行犯罪,而是有数人一起实行犯罪。”由上述定义可以看出,其除了揭示共犯成立的主体条件为二人以上之外,还揭示了共犯成立的客观要件,即共同或一起实施犯罪或者为了一个犯罪结果发生而协力。值得强调的是,上述定义都没有涉及共犯成立的主观方面的要件,即共同故意。这就为片面共犯的成立提供了广阔的空间。

(2) 规定共犯概念,但同样不限定主观要件,同时在共犯条文中明确设定帮助犯条款,从而将所有的帮助犯都囊括于共犯之中,当然包括单方面的帮助行为。例如,《日本刑法典》总则第60条规定:“二人以上共同实行犯罪的都是正犯。”第62条规定:“帮助正犯的,是从犯。”一方面,其共犯不以故意为必要条件;另一方面,法条未对“帮助”概念作任何限定,帮助从犯当然包括单方面的帮助行为。日本学者认为,“共犯指的是两人以上的行为人共同实行的犯罪”。“所谓共犯,在最广义上是指二人以上的行为人共同实现犯罪的情形。”“一般所谓共犯,是相对于单独犯的概念,指二人以上者共同实施犯罪的情况。”总之,大陆法系国家刑法中的共犯概念不以共同犯罪人彼此之间

^① [意] 杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法原理》,陈忠林译,法律出版社,1998年,第328~329页。

的意思沟通为必要条件,也就不排斥单方面地对实行犯暗中帮助的行为,将此作为共犯的一种特殊情况,称之为“片面共犯”,是合情合理合法的^①。日本学者大塚仁指出,刑法规定从犯的要件是“帮助了正犯的人”,所谓帮助,仅仅只意味着帮助,从犯者以帮助的意思实施了帮助正犯者的实行行为的行为时,只要可以认为其行为使正犯的实行容易进行,就应该解释为成立从犯,不特别要求以从犯者与被帮助者的正犯之间必须存在意思的联络为其要件^②。

从更深的层面来看,片面共犯的存在也是与这些国家的共犯构成理论相适应的。大陆法系国家刑法中的共犯构成理论将共犯人分为正犯与从犯,正犯是实行犯,从犯是教唆犯、帮助犯等。关于正犯与从犯的关系,有共犯从属性说与共犯独立性说。共犯从属性说是一种客观主义的共同犯罪理论,认为共犯对于正犯具有从属性,共犯的成立及可罚性,以存在一定的实行行为为必要前提。只有在正犯已构成犯罪并具有可罚性的前提下,共犯才从属于正犯而成立并具有可罚性。该说严格地限制了共犯的构成条件,在一定程度上正确地揭示了正犯与共犯的关系,但其立足于客观主义的立场,无视行为人的主观犯意,割裂主观与客观的联系,简单地根据行为的分工,将共同犯罪人分为正犯与共犯。共犯独立性说是主观主义的共同犯罪理论,认为犯罪乃行为人恶性的表现,共犯的教唆行为或帮助行为,系行为人表现其固有的反社会的危险性,并对结果具有原因力,即为独立实现自己的犯罪,并非从属于正犯的犯罪,应依据本人的行为而受处罚。在二人以上参与共同犯罪的场合,不应认为存在从属于他人犯罪的情形。教唆与帮助行为本身应独立构成犯罪,均可独立予以处罚。共犯独立性说将共犯的可罚性建立在本人的行为基础之上,对教唆犯的主观恶性予以充分的关注,在一定程度上克服了共犯从属性说的缺陷,但其建立在主观主义基础之上,也同样割裂了主观与客观的联系,断然否定共犯对正犯的从属性,无助于正确地揭示正犯与共犯的关系。在德国和日本,其客观主义的立场,主张共犯具有属性,并认为共犯之所以应受到处罚是因为犯罪的共同,而不要求行为的共同,由此均不对共同犯罪统一的构成要件作出规定,而是将其细化为共犯人的要件,因此共同正犯、教唆犯、帮助犯各自的构成要件是不同的。而意大利和法国,其主观主义的立场则主张共犯具有独立性,认为共犯之所以应受到处罚是因为行为的共同,而不是犯罪的共同,帮助犯和教唆犯是因为其自身的行为构成犯罪,而不是因为其帮助或者教唆的实行犯构成犯罪。因此特别强调“犯罪心理”或者“意识和意志”,并认为无论是帮助犯还是教唆犯,只要知道自己的行为符合刑法的规定即可,不需要清楚同正犯的意思联络,基于这种共性,不需要细化共犯人的构成要件,即不必对不同的共犯人的构成要件分别阐述。片面共犯实际上是共犯从属性说的表现形式,即要追究单方面的帮助行为的刑事责任,必须将该行为与实行犯结合起来^③。

① 夏勇、罗立新:《论非共犯的帮助犯》,《法学杂志》,2000年第3期,第31页。

② [日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社,1993年,第265~266页。

③ 日本学者指出,从属性共犯存在其自身不从属于正犯的独立性。从属性共犯虽然是以表现其教唆行为、帮助行为的正犯行为为介体,才带有现实的犯罪性的,然而,其犯罪性的基础当然存在于教唆行为、帮助行为自身之中,在正犯行为不能完全与教唆行为、帮助行为连接起来时,就必须承认从属性共犯本身的独立意义。[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社,1993年,第290页。

第二节 片面共犯的发展

大陆法系国家的刑法理论对片面共犯理论的研究比较深入系统,并已取得较大发展。以日本为例,20世纪初,日本刑法学界关于正犯、教唆犯或从犯是否成立片面共犯的问题,展开了激烈争论,争论的焦点在于对主观要件的追究。从共同犯罪的角度来看,其成立是否要求各个共同犯罪人必须有共同犯罪观念的存在,进而对共同犯罪观念的要求或追究的程度不同,产生了肯定说、否定说和折中说。肯定说主张,无论正犯、教唆犯还是从犯并无分别,皆可肯定一方共犯之存在。从共同犯罪的观念上而言,行为入双方不必通谋,即彼此毫不知情,只要同为一犯罪行为,即为共犯。在片面共犯的成立范围上,肯定说全面肯定片面共犯,即无论正犯、教唆犯、从犯都可以成立片面共犯^①。牧野英一也认为:“共同加功的意思属于犯人心理的事项,其互相交换或共犯者的双方有此交换,不外是外界的事项。所以我们认为,作为共犯的主观要件的这种意思,即使在片面的场合也可成立。在该场合,对于有这种意思的一方,产生共犯的效果。”^②否定说认为,正犯、教唆犯、从犯以双方应有共同之观念始可成立,而全面否定一方共犯之存在,即否定说强调共犯之成立以通谋为必要要件,如双方并无通谋,即不得为共犯,自然谈不上片面共犯问题。有学者尖锐指出:“共犯之主观要素,除共同者须各自有责之外,共同者间须以共同犯罪之认识为必要,换言之,共犯者必须认识自己之行为与他人之行为互相合作而成立一定之犯罪。故(一)无故意者相互间,不生共犯关系。(二)无故意者对于有故意者,不成立共犯。(三)于故意犯罪者相互间全无意思联结时,不成立共犯。”^③折中说承认片面共犯有存在的空间,但其范围应有所限制。基于对片面共犯成立的范围不同,又存在不同的主张。有学者认为,正犯和教唆犯不能成立片面共犯,帮助犯则可成立片面共犯,因为“正犯相互间和教唆者、被教唆者间以双方皆有共同观念为必要,然于正犯不知情而为帮助行为者亦可成立从犯”^④。也有学者认为,教唆犯和从犯不能成立片面共犯,但正犯可以成立,因为“共同犯罪之意思系所有共犯者所共通,即以共犯者相互之意思疏通为必要,此于加担亦即教唆或从犯之情况,固无问题,于共同正犯之情况,若仅一方有共同之意思,则将生疑义,然尽管如此,由于共犯之规定乃定责任之规定,故一方虽无共犯之意思,另一方有共犯之意思者,亦可承认共犯之成立,亦即肯定片面之共同正犯而否定片面之教唆或从犯”^⑤。还有学者认为,教唆犯不能成立片面共犯,正犯和从犯则可以成立,“造意犯两方宜通谋,其余正犯与从犯不必问其有共同意思与否”。关于片面共犯之所以会出现上述分歧,主要是由于刑法学者对于共同犯罪的观念不同。

所谓共同犯罪观念,是指各共同犯罪人通过加功或协商,认识到他们的共同犯罪行为

① 陈子平:《共同正犯与共犯论》,台湾五南图书出版股份有限公司,2001年,第51页。

② 〔日〕牧野英一:《日本刑法》(上),有斐阁,1939年,第444~445页。

③ 徐岱:《中国刑法近代化论纲》,人民法院出版社,2003年,第142页。

④ 徐岱:《中国刑法近代化论纲》,人民法院出版社,2003年,第143页。

为会发生危害社会的结果，并决意参加共同犯罪，希望或放任危害结果发生的主观认识。其包括两个层面的内容：一是各行为人之心理事项，即共同加功或自己为他人加功的意思表示，也就是现代刑法理论所说的“意思联络”。二是各行为人之外界事项，即各共同犯罪行为入相互之间交换意见或共犯双方间之协商。肯定说认为，各共同犯罪人只需要具备第一层面的共同犯罪观念便构成共同犯罪，进而主张正犯、教唆犯和从犯都可成立片面共犯；否定说认为，共同犯罪的成立不仅要求第一层面的共同犯罪观念，更为重要的是必须具备第二层面的共同犯罪观念，行为人实施片面行为时，与相对行为人没有意思联络，所以全面否定片面共犯的存在；折中说则认为，不同的共同犯罪人所应具备的共同犯罪观念因素不同，因而主张片面共犯是否成立因共同犯罪人的不同而不同。一般来说，肯定片面共犯成立是以行为共同说为理论基础的，而否定片面共犯成立则是以犯罪共同说或共同意思主体说为理论根据的。目前，日本通说和判例的观点是肯定片面从犯，而否定片面共同正犯。

在我国司法实践中，同样存在片面共犯的现实，但由于立法上没有明确规定，理论研究又十分薄弱，至今没有形成共识，导致实践中对此类案件的认定也存在差异。

我国刑法理论界自20世纪50年代开始即对共同犯罪的有关刑事立法、司法和理论问题进行研究。从现有的研究现状看，共同犯罪从宏观到微观的各方面问题已经逐步受到学者们的关注，共同犯罪也成了我国刑法理论中研究得比较充分的一个课题。但也应当承认，有关共同犯罪的研究成果主要体现在共同犯罪的概念和构成、共同犯罪的形式、共同犯罪人的种类和共犯的刑事责任等方面，各类刑法学教材几乎也只涉及这三方面内容，而对于共同犯罪中的一些特殊问题、疑难问题，如共同犯罪与身份、共同犯罪与单位犯罪、共同犯罪与停止形态、共同犯罪与认识错误、共同犯罪与罪数以及间接正犯、同时犯、亲手犯、不作为共犯、共犯过限、连累犯等共同犯罪的附属形态等问题，研究的广度和深度都尚显不足。即使是一些研究得较为充分的共同犯罪专题，如共同犯罪人的分类、犯罪集团等问题，也存在着理论结构不甚合理、研究方法单一、视野不够开阔等明显缺憾与不足。值得注意的是，对于涉及共犯可罚性界限的片面共犯问题，更是缺少深入系统研究。在较早的关于共犯的著作中，如《论共同犯罪》、《共同犯罪理论与司法实践》、《共同犯罪理论及其适用》、《共同犯罪论》等，都涉及了片面共犯问题，但片面共犯仅是其中的一小部分，学者并没有展开论述。近年来，陆续发表的一些关于片面共犯的论文，对片面共犯进行了初步研究并取得一定成果。从已有的论文中可以看出，相当一部分学者从共同犯罪的法定概念出发，以片面共犯在刑法中不能直接“对号入座”为由，将其排除在共同犯罪的范畴之外。即使持肯定说者，也多将片面共犯的范围局限于片面帮助犯，而且无论其思维进路还是论证方式，都大同小异。总的情况是，这些研究虽有见地，但不够深入；虽有涉及，但不够系统；虽有论证，但不够充分。然而，理论上的争端甚至滞后，毕竟掩盖不了片面共犯存在的客观事实。因此，为准确定罪量刑，真正贯彻罪责刑相适应的刑法基本原则，刑法学界应重视片面共犯理论的研究，而且在研究的广度和深度上，都应进一步拓展，从而更好地为司法实践服务。



片面共犯立法考察

“法律就像语言一样，既不是专断的意志也不是刻意设计的产物，而是缓慢、渐进、有机发展的结果。”^① 片面共同犯罪作为一种犯罪现象，古已有之，片面共同犯罪制度从其产生到逐步发展经历了一个漫长的历史演进过程。考察片面共同犯罪的立法沿革，对推动现今的共同犯罪理论研究，发展和完善我国现代共同犯罪制度，有着极其重要的作用。

第一节 境外立法中的片面共犯

尽管刑法理论界对片面共犯的争议尚无定论，但由于片面共犯现象的客观存在及司法实践的迫切需要，世界上许多国家或地区均在其刑法典中予以规定。

一、大陆法系国家刑事立法中的片面共犯

根据历史资料记载，共同犯罪现象在外国古代刑法中几乎没有规定。例如，在《汉穆拉比法典》（约公元前 1792 年～前 1750 年）、《中亚述法典》（约公元前 20 世纪）等国外奴隶制法典中，均没有关于共同犯罪的规定。仅在《赫梯法典》（公元前 15 世纪）中有关于共同犯罪的不规范的规定。该法第 189 条规定：假如某人同自己的亲生母亲一起犯罪，则应加以处罚；假如某人同自己的女儿一起犯罪，则应加以处罚；假如某人同自己的儿子们一起犯罪，则应加以处罚^②。但这只是关于共同犯罪模糊的认识，还不存在较明确的共同犯罪的观念，因此作为共同犯罪重要组成部分的片面共犯的概念也是不

^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，第 89 页。

^② 《外国法制史资料选编》，法学教材编辑部，北京大学出版社，1982 年，第 95 页。

存在的。到罗马法时期,虽然在成文法中没有正犯与共犯的记载,但当时的法学著作中,却有关于共犯的分类。例如,命令犯、代理共犯、意见共犯、协行共犯、帮助共犯、核心共犯、隐匿共犯等。但不论哪种共犯,其刑事责任均属相等,因而上述区分也就没有什么法律价值。不过,这种责任平等主义却被后世刑法学者认为是近代法国刑法关于共犯责任规定的直接渊源^①。

随着社会的发展和法律文化的进步,西欧中世纪的统治阶级逐渐认识到共同犯罪的特殊社会危害性,并逐渐通过立法形式予以明文规定。在意大利法学指导下的《加洛林纳刑法典》(1532年)是具有代表性的刑法典之一。该刑法典不仅规定了共同正犯和教唆犯,也规定了帮助犯,只是对帮助犯的处罚采用得减主义。这是西方共同犯罪立法发展史上的一个巨大进步,其所体现的共犯观念已为现代刑事立法所确认。

现代意义上的共同犯罪概念产生于1810年的《法国刑法典》和1871年的《德国刑法典》。1810年《法国刑法典》最先创立了资产阶级刑法体系,即在立法技术上将刑法典分为总则和分则,并把共同犯罪作为一种独立的刑法制度规定在总则中,这就改变了长期以来共犯仅限于某些具体犯罪的立法例,不但与人类认识规律相吻合,而且在立法技术上也是一个进步^②。该法典第59条规定:“重罪与轻罪之共犯,一律处以与该重罪或轻罪之正犯同样的刑罚,但法律另有规定者除外。”第60条规定:“凡以馈赠、约许、威胁、利用权势奸诈、教唆或指使他人犯重罪或轻罪者,应以该重罪或轻罪之从犯论。明知供犯罪之用,故意供给正犯以武器、器械或其他工具者,以从犯论。故意协助正犯一人或数人从事犯罪之准备、或予以实施犯罪之方便,或使其完成犯罪行为者,以从犯论。但关于危害国家内部或外部安全之正犯或教唆犯,本法典特别规定其刑罚者——不问其共谋或教唆之罪行是否完成,均不适用本项之规定。”可以看出,1810年《法国刑法典》将共犯分为正犯和共犯两大类,教唆他人犯罪和帮助他人犯罪的都以从犯论,把教唆犯纳入从犯的范畴,而没有把教唆犯独立出来。对各共犯的处罚,采取同一责任原则,依正犯所犯之罪,与正犯处以同样的刑罚。该法典对共犯规定的特殊性就在于采取相同责任原则,对共犯按正犯处罚,并缩小了共犯的范围,严格规定了可能担负共犯刑事责任的条件,使共犯从杂乱走向系统,给大陆法系各国刑法关于共同犯罪的规定以很大的影响,几乎成为后资本主义国家刑事立法的范例。1871年的《德国刑法典》继承了《法国刑法典》的共犯立法体例,同时也发展了共犯理论。首先,增加了共同犯罪的规定。该法典第47条规定:“二人以上共同实行犯罪时各以为正犯处罚之。”首先,这是对共同犯罪的规定更加全面,弥补了《法国刑法典》对正犯的规定过于简单的缺陷。其次,将教唆犯从从犯中独立出来,成为共同犯罪人的一种,把共犯分为共同正犯、教唆犯和从犯,使共同犯罪人的分类更加完善。该法典第48条规定:“教唆者之列,照可适用为其教唆之犯罪之法律定之。”最后,对从犯的处罚采用得减主义。该法典第49条规定,从犯之列,照可适用为其帮助之犯罪之法律定之。但得按照犯罪未遂予以减轻。《德国刑法典》创立的共同犯罪人的分类体系和立法技术,被后世的大陆法系国家争相

① 李光灿、罗平:《论共同犯罪》,中国政法大学出版社,1987年,第15页。

② 刘凌梅:《帮助犯研究》,武汉大学出版社,2003年,第20页。