

● 韩 玲 著 ●

共同犯罪的 罪过形式研究

GONGTONG FANZUI DE ZUIGUO XINGSHI YANJIU

大连海事大学出版社

共同犯罪的罪过形式研究

韩玲 著

大连海事大学出版社

· © 韩玲 2007

图书在版编目(CIP)数据

共同犯罪的罪过形式研究 / 韩玲著. —大连: 大连
海事大学出版社, 2007. 8

ISBN 978-7-5632-2078-6

I. 共… II. 韩… III. 共同犯罪—研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 116444 号

大连海事大学出版社出版

地址: 大连市凌海路 1 号 邮编: 116026 电话: 0411-84728394 传真: 0411-84727996

<http://www.dmupress.com>

E-mail: cbs@dmupress.com

大连住友彩色印刷厂印装

大连海事大学出版社发行

2007 年 8 月第 1 版

2007 年 8 月第 1 次印刷

幅面尺寸: 140 mm × 203 mm

印张: 6.625 字数: 171 千

责任编辑: 王瑞国

版式设计: 小月

封面设计: 王艳

责任校对: 金以铨

ISBN 978-7-5632-2078-6

定价: 18.00 元

内 容 提 要

共同犯罪的罪过形式问题在整个共同犯罪理论中占有举足轻重的地位。本书以历史考察和比较研究的方法详细探究了各国刑法关于共同犯罪的罪过形式的立法规定和理论现状,指出对于共犯的本质,应采部分犯罪共同说的立场,并对共同犯罪的罪过形式的概念进行了界定。共同犯罪的意思联络是贯穿本书的一条主线。本书首先对法定的共同犯罪的罪过形式——共同故意进行了深入的剖析,解决了某些理论上悬而未决的问题;其次,提出共同过失因同样具有行为人之间的意思联络(对于违反共同注意义务的意思联络)从而同样可以构成共同犯罪;再次,对于理论上极易造成混乱的共同混合罪过的相关问题进行了详细论证,认为共同混合罪过因不具有意思联络而不能构成共同犯罪;最后,对于与共同犯罪相关的同时犯、片面共犯、连累犯、过限犯、承继共犯、共谋共同正犯等犯罪形态的罪过形式进行分析研究,并对实践中某些具体问题的解决提出了适当的处理方法。

前 言

在刑法理论中,共同犯罪是个非常复杂的论域,有“刑法学的迷路”之称。前苏联著名刑法学家 A·H·特拉伊宁曾指出:“共同犯罪的学说,是刑法理论中最复杂的学说之一。”^①而日本学者中义胜更把共同犯罪称为“绝望之章”。共同犯罪已经成为刑法理论研究永恒的主题。综观各国刑法,无不以个人责任为基调,普遍以自己的实行行为完成犯罪的单独犯罪行为作为原则性设想而在刑法条文当中作为构成要件加以规定。然而,社会生活纷繁复杂,对于犯罪的完成形态,有个人单独实现构成要件的情况,也有几个人共同实现的。有关后者是指本应由一个行为人实现的构成要件,却由几个行为人加以实现的情况,这在刑法有关共同犯罪的理论当中被称为任意共犯。与任意共犯相对的必要共犯是刑法分则加以规定的,刑法总则当中规定的则是出现较多的任意共犯。刑法典中有关共同犯罪的规定,把本来预定由单独犯所犯的构成要件扩展适用于几个人共同实现犯罪时的处罚范围。从刑法价值观上看,在大陆法系国家,刑法理论尤其重视犯罪构成,共同犯罪则一直被看作是对单独犯罪在构成要件上的修正,并且共犯理论内容庞大、体系复杂,很难就整个共犯的理论形成通说。在共犯理论当中,“共同犯罪的罪过形式”是一个复杂而有争议的问题。时至今日,我国关于共同犯罪的罪过形式的有关理论都是围绕“共同故意”而展开,这是由我国刑事立法的现状所决定的。晚近,多有学者提出“共同过失犯罪”或“过失共同犯罪”之概念,来表述现实生活中出现的二人以上违反共同注意义务共同实施过失犯罪这

① [前苏]A·H·特拉伊宁著,薛秉忠等译:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社,1958年版,第231页。

种社会和法律现象。甚至也有学者提出二人以上的“过失与故意相竞合”能否构成共同犯罪的问题。理论的研究不应囿于立法状况的制约,而是应当适时地作出明智的反应,来正确合理地解释现实中出现的问题。因此,笔者将共同犯罪的罪过形式从传统的只有“共同故意”一种形式扩展到包括“共同过失”在内,并对不能够成立共同犯罪的“共同混合罪过”进行合理的分析定性。刑法理论研究应更多地从应然的角度来解决实践中出现的问题,因此探讨共同过失以及共同混合罪过等罪过形式并非不必要,而是具有重大的现实意义。

“所谓犯罪构成只是我们在犯罪发生之后用来借助理解犯罪的一种认识工具,我们不是用所谓的构成来规定犯罪,而是用此来认识犯罪,这才是我们规定所谓犯罪构成的终极目的。这种看法同样适用于我们理解犯罪主观方面的构成。”^①同样地,看待共同犯罪的主观方面也是如此,过失的共同犯罪自然是存在的,只不过不是法律意义上的共同犯罪。至于为什么共同故意犯罪就应该作为共同犯罪来处理,而共同过失犯罪就“不以共同犯罪论处”,仅是由于存在着法律上的对共同犯罪犯罪构成的主观方面罪过形式的概括,而并不代表着共同过失犯罪在现实中就不存在。理论上认为的共同过失犯罪不作为共同犯罪加以处理的原因主要在于:一是刑法的谦抑精神的体现。刑法之所以将共同犯罪在总则中单独列出加以规定,不外是由于普遍认为的共同犯罪相较单独犯罪具有更大的社会危害性,共同犯罪人之间具有至今在理论上难以解决的极其复杂的关系,因此有必要做出特殊的规定。就共同过失犯罪而言,本身过失犯罪相较故意犯罪社会危害性就为小,而共同过失犯罪行为之间共同关系的把握相较共同故意犯罪难度又很大,共同过失的认定本身就成为问题。而且,刑法并没有认为共

^① 李洁,李立丰:《美国刑法中主观罪过表现形式初探》,载《法学评论》2005年第1期,第99页。

同过失犯罪就不需要负刑事责任,而是“按照他们所犯的罪分别处罚”。没有将共同过失犯罪作为共同犯罪加以处理体现了刑法谦抑性的要求。二是因袭了社会主义法系国家的历史传统。我国刑事立法受原苏联等社会主义国家影响颇大,而这些国家普遍都规定共同犯罪限于共同故意犯罪。“过失共同犯罪的观点不仅与立法结构相抵触,而且歪曲了共同犯罪的本质。过失罪过排除共同犯罪人对互相行为的知情,因而也就排除若干人行为之间的内在协调一致。”^①三是认为各过失行为人之间缺乏共同犯罪人之间所应具有的意思联络,因而,共同过失犯罪不能够作为共同犯罪加以处理。然而,事易时移,越来越多的学者们认识到了将共同过失犯罪认定为共同犯罪的必要性,况且,相当多的国家的立法例也都承认至少并不否认共同过失犯罪在共同犯罪体系中占有一席之地。如果刑法的谦抑性与人们所追求的公平正义的目标相抵触,最终的结果当然是选择公平与正义。正如罗尔斯(Rawls)所言:“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造和废除。”^②至于认为共同过失犯罪无行为人之间的意思联络,缺乏对共同犯罪的认识,进而否定共同过失犯罪的观点也是站不住脚的。即使就单独过失犯来讲,无论是疏忽大意的过失还是过于自信的过失,同样都缺乏对于实施犯罪的认识,如果已经认识到了自己将要或正在实施犯罪,那就不是过失,而是故意了。但当然不能就此认为过失犯罪不是犯罪。共同过失犯罪同样如此,只要行为人违反了共同注意义务,

① [俄]库兹涅佐娃、佳日科娃主编,黄道秀译:《俄罗斯刑法教程》(总论·上卷·犯罪论),中国法制出版社,2002年版,第393页。

② [美]约翰·罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社,1988年版,第3页。

共同实施了过失犯罪行为,以致造成了危害结果,就应当按照共同犯罪来追究刑事责任。

虽然,“共同故意才能构成共同犯罪”是我国刑法理论的通说,在共同犯罪的构成当中主观方面也仅限定为故意,但是对于共同故意的具体含义及范围在学界却讨论甚少。尤其是关于意思联络的含义与性质,在理论界少有触及。意思联络应是对共同犯罪的罪过形式进行研究的一个理论基点。共同故意犯罪存在着意思联络,这是不可否认的;共同过失犯罪当中行为人对于共同注意义务的违反,也应该是意思联络的某种特殊形式,只不过它不是一种基于犯罪的意思联络。在共同混合罪过之下,很难认为有意思联络的存在,或者至多也只是一方面的主观连接,而不能称其为意思联络。因此,在共同混合罪过之下不能成立共同犯罪。此外,同时犯、片面共犯、连累犯、过限犯、承继共犯、共谋共同正犯等与共同犯罪相联系的特殊犯罪形态都需要进一步分析其主观方面的特征,从其罪过形式这个角度来分析其内在的特性,为相关问题的解决做出合理的论证。这正是研究共同犯罪的罪过形式的目的之所在。

韩玲

2007年3月

目 录

第一章 共同犯罪的罪过形式基础理论	(1)
第一节 我国刑法中共同犯罪的设定目的及价值目标 ...	(1)
一、共同犯罪的设定目的	(1)
二、共同犯罪的价值目标	(5)
第二节 大陆法系国家共犯的处罚根据	(6)
一、狭义共犯的处罚根据	(7)
二、共同正犯的处罚根据	(18)
第三节 共同犯罪的本质	(19)
一、共同犯罪的本质与共同犯罪的罪过形式之间的关系	(19)
二、犯罪共同说与行为共同说的对立	(20)
三、共同意思主体说	(27)
四、部分犯罪共同说之提倡	(28)
第四节 罪过的一般理论	(30)
第二章 共同犯罪的罪过形式立法及理论研究概览	(34)
第一节 中国共同犯罪的罪过形式之历史沿革	(34)
第二节 各国共同犯罪的罪过形式立法规定及理论研究概况	(41)
一、大陆法系国家的立法规定及理论研究概况	(41)
二、英美法系国家的立法规定及理论研究概况	(46)
三、原社会主义法系国家的立法规定及理论研究概况	(49)
四、我国的立法规定及理论研究概况	(51)
第三章 共同犯罪的罪过形式概说	(53)
第一节 共同犯罪的罪过形式概念	(53)

第二节 共同犯罪的罪过形式之基本立场	(54)
一、对于共同故意的立场——对现行立法规定与理论现状之检视	(54)
二、对于共同过失的立场——共同过失犯罪之辨正	(55)
三、对于共同混合罪过的立场——共同混合罪过存在之质疑	(62)
第四章 共同故意	(66)
第一节 共同故意的概念及构成因素	(66)
一、共同故意的概念	(66)
二、共同故意的构成因素	(67)
第二节 共同犯罪人的意思联络	(70)
一、意思联络的含义	(70)
二、意思联络的性质	(72)
三、意思联络的方式	(73)
第三节 共同故意的类型	(74)
一、实行故意	(74)
二、组织故意	(75)
三、教唆故意	(76)
四、帮助故意	(82)
第四节 共同故意的成立	(83)
一、共同故意的成立范围	(83)
二、共同犯罪人之间故意的相符合性	(84)
三、共同故意的生成机理	(86)
第五节 共同犯罪的目的与动机	(87)
一、共同犯罪的目的	(87)
二、共同犯罪的动机	(90)
第五章 共同过失	(91)
第一节 共同过失的一般理论	(91)
一、需要澄清的若干理论前提	(91)

二、共同过失犯罪的概念界定	(95)
第二节 我国相关司法解释及判例评析	(96)
第三节 共同过失犯罪确立之根据与理由	(103)
一、国外理论界之争论	(103)
二、我国学术界之观点	(107)
三、理论归结——确立的根据与理由	(111)
第四节 共同过失犯罪的成立要件	(112)
一、客观要件	(113)
二、主观要件	(119)
第五节 共同过失犯罪的成立范围	(120)
一、关于共同过失犯罪的成立范围的争论	(120)
二、过失共同正犯	(121)
三、过失教唆犯	(122)
四、过失帮助犯	(125)
第六章 共同混合罪过	(128)
第一节 共同混合罪过的概念与特征	(128)
一、共同混合罪过的概念	(128)
二、共同混合罪过与相近概念辨析	(129)
三、共同混合罪过的特征	(130)
第二节 共同混合罪过与间接正犯的关系	(133)
第三节 应正确界分的其他几种关系	(138)
一、利用他人过失行为实施犯罪与利用他人的过失 犯罪实施犯罪是否等同	(138)
二、共同混合罪过与英美法系中无罪之代理人的关系	(138)
三、利用者的故意行为与被利用者的过失行为是否必须有 “诱致”的关系	(139)
四、共同混合罪过当中的故意与教唆故意的区别	(140)
五、过失教唆犯与教唆过失犯	(141)

第七章 相关犯罪形态的罪过形式探究	(143)
第一节 同时犯的罪过形式	(143)
一、同时犯的概念	(143)
二、同时犯的罪过形式	(146)
三、同时犯的其他相关问题	(149)
第二节 片面共犯的罪过形式	(150)
一、片面共犯学说概览	(150)
二、片面共犯与意思联络	(153)
三、笔者对于片面共犯的态度	(154)
第三节 连累犯的罪过形式	(158)
一、连累犯的概念	(158)
二、连累犯的罪过形式	(160)
第四节 过限犯的罪过形式	(164)
一、过限犯的概念及罪过形式	(164)
二、实行过限与临时起意	(167)
三、关于追加故意	(169)
第五节 承继共犯的罪过形式	(172)
一、承继共犯的概念	(172)
二、承继共犯的各种学说及其评述	(173)
三、承继共犯的罪过形式	(178)
第六节 共谋共同正犯的罪过形式	(179)
一、共谋的概念	(180)
二、共谋共同正犯的理论根据	(181)
三、共谋共同正犯的法律性质	(182)
结 论	(186)
参考文献	(188)
后 记	(198)

第一章 共同犯罪的罪过形式 基础理论

第一节 我国刑法中共同犯罪的设定 目的及价值目标

犯罪,可以是一个人实施,也可以是数个人实施。两个以上的人成为一体、相互协助而实施犯罪的场合,就是共犯。大多数国家的刑法典都对共同犯罪有所规定,那么,在刑法典中规定共同犯罪的目的何在?刑法设定共同犯罪的价值目标究竟是什么呢?

一、共同犯罪的设定目的

犯罪应是具有社会危害性、应受刑罚惩罚性、刑事违法性的行为。其中社会危害性是犯罪的本质特征,这样的基本思路,导致共犯的设定目的,“是要解决多人共同实行某种刑法所规定的犯罪行为时,将哪些参与人作为犯罪人;对参与程度不同,在犯罪中所起作用不同的行为人,如何使其承担与其地位与作用相当的刑事责任问题”。^① 普遍的观点认为共同犯罪较之一个人单独犯罪具有更大的社会危害性。^② 二人以上的参与值共犯者胆大妄为,二人以上的配合使共犯行为后果严重,因此需要区分共同犯罪与单独犯罪;共同犯罪的结构、类型不同,其危害程度就有差异,因此需要揭示不同类型的共同犯罪在危害程度上的差别。设定共同犯罪的目的,是与设定共同犯罪所要规制的对象密切相关的。一般说

① 李洁:《中日共同犯罪比较研究概说》,载《现代法学》2005年第3期,第110页。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社,1999年版,第504页。

来,共同犯罪规制的对象应该有两个,一是未参与实行行为的人,只是实行了教唆或者帮助行为的人是否要承担刑事责任以及如何解决其刑事责任的问题;二是多人参与实行行为时,其参与者的责任分担问题。这是共同犯罪的设定所需要解决的问题。而对上述一切问题的研究,其理论基点都在于不同的共同犯罪人所实施行为的社会危害性之大小。不同共同犯罪人行为的社会危害性大小不同,直接决定了他们是否要承担刑事责任以及承担的刑事责任的程度。未参与实行行为的人并未直接实施构成要件的行为;多人参与实行行为时,各人的行为也可能未及于构成要件的全部,那么要求这些共同犯罪人接受刑罚处罚的实质根据是什么?从根本上说就在于他们所实施的行为具有社会危害性。

那么,接下来出现的一个问题就是,共同犯罪人的行为的社会危害性程度究竟是由什么决定的呢?共同犯罪是犯罪的特殊形态,共犯行为属于刑法意义上的非典型行为。我国刑法中犯罪的最根本特征在于行为的社会危害性,如果行为人没有直接实施构成要件的行为或者没有实施构成要件的全部行为,能否认为其行为具有社会危害性因而可罚?此时刑罚介入的依据是什么?“根据刑法的基本原理,刑事责任的大小主要取决于其行为的社会危害性大小,而行为的社会危害性大小,取决于其行为在侵害法益过程中所起作用的大小。”^①刑法的目的在于法益保护。行为人没有直接实施构成要件的行为,即是没有直接对法益造成侵害;行为人没有实施构成要件的全部行为,即是没有侵害到所受保护法益的全部。那么,教唆犯、帮助犯与共同正犯可罚的根据是什么?由此可以引出这样一个问题:共犯行为对法益的危险,以“危险”作为共同犯罪的立法依据。简单地理解,就是没有直接实施实行行为的共同犯罪人(如教唆犯、帮助犯)与没有实施全部实行行为的共同犯罪人(共同正犯)对于法益损害的结果造成了某种危险,以此

① 张明楷著:《法益初论》,中国政法大学出版社,2003年版,第433页。

来作为这些共同犯罪参与人可罚的根据。

问题不妨再深入一步。“危险”是什么？“刑法中的危险指的是行为所导致的法益损害的可能状态。”^①这样的危险概念对于未直接造成法益损害的行为实际上起着刑事可罚的作用。没有对于法益的危险，刑罚的介入就是不应当的。这种危险首先表现为共同犯罪参与者对于法秩序的敌对意志；其次，这一敌对意志是否已经为立法者或社会大多数人所感知，感知的内容应该是该敌对意志是否会对法益造成损害或具有造成法益损害的可能性。“危险”，实质上是人们所具有的对法秩序的不安全感或动摇感，具体地说就是人的心理对行为的畏惧感。人们能够感知某种共犯行为会对法益造成侵害或者存在造成法益侵害的可能，即意识到危险存在的时候，就会因此而认为该行为可罚。试举一例：甲与乙素来有隙，于乙夜归路上无人之处蹲守，伺机杀乙。甲妻见丈夫夜深久不归，恐其挨饿受冻。于是做好饭菜，带好衣服，给甲送去。后甲杀乙。甲妻能否成为故意杀人罪的帮助犯？应当认为肯定的观点较为牵强。甲妻的行为对于犯罪似乎也存在帮助，但是该行为对于法益侵害的可能性是微乎其微的，因其在法益侵害的过程中所起作用甚小，由此可以判断该行为的社会危害性也是很小的，并不存在对于法益的强烈危险，由此来排除甲妻行为的可罚性。

或者可以从另一个角度来探讨共同犯罪的设立目的。例如，甲、乙共同杀丙，各刺丙一刀，其中任何一个人的行为都不会造成丙的死亡结果，但是二人的合力造成了犯罪既遂。如果不按照共同犯罪来处理的话，甲、乙的行为分解开来都只能定为未遂。在单独负责不能独立成罪的情况下，只能引入共同犯罪的观念。另一方面，在不能成就合理的处理方式的情况下，也必须依靠设立共同犯罪来解决问题。如，李某与张某在共同实施抢劫中，实行分工，由李某对被害人实施暴力，张某趁机取得财物。如果将二人行为

① 李海东著：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社，1998年版，第132页。

割裂开,就难以以抢劫罪来定罪处罚。只能认为李某与张某各自实施了构成要件的部分行为,二人的行为结合在一起充足了抢劫罪的全部要件。

普遍的观点认为刑法分则的规定是以单独犯的单一罪的既遂状态为标本的。共同犯罪于这一角度来看与分则规定并不相符。涉及共同犯罪的案件,就不能直接适用刑法分则的规定。刑法分则欠缺对共同犯罪人进行刑罚处罚的直接与合理的依据。并且刑法分则不可能、也不必要对各种具体犯罪的共同犯罪的处罚做出规定,所以刑法总则必须规定共同犯罪的相关问题,以适用于刑法分则。这也是为了避免法条规定过于浩繁所做的明智之举。如果说因共犯行为具有社会危害性而应受刑罚处罚是共同犯罪设立的内在目的的话,为了处罚的方便而在刑法总则中规定共同犯罪应是共同犯罪设立的外在目的。

共同犯罪的罪过形式作为共犯的成立条件当中的内容,与共同犯罪的设定目的密切相关。对共同犯罪的罪过形式的规定,直接决定了哪些人根据刑法典的规定应当作为共同犯罪人,哪些人不应当作为共同犯罪人;按照共同犯罪人在犯罪中所起作用与分工的不同,应当受到何种刑罚处罚的问题。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第二十五条规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。”即条文明确规定共同犯罪的罪过形式是共同故意,排除过失成立共同犯罪的可能性。由此而得出的结论是,共同故意犯罪具有严重的社会危害性,应当作为共同犯罪来处理;共同过失所构成的犯罪中的行为人不能作为共同犯罪人来处理;因行为人所持共同故意的内容或者类型的不同(如在同一共同犯罪中有的是实行故意,有的是教唆故意),所应当受到的刑罚处罚也各不相同。共同故意犯罪通过密谋策划、互相分工,使得某些由单个人不可能完成的犯罪由数人来共同实施而变得易于实行,其社会危害性的严重程度决定了应作

为共同犯罪来处理；而我国刑法没有规定除共同故意犯罪以外其他罪过形式的共同犯罪的根本原因也是源于我国刑法所认为的犯罪的最本质特征——社会危害性。从实质性的层面简单地说，我国刑法理论认为因共同过失所构成的犯罪没有达到共同犯罪所要求的社会危害性的严重程度，因而没有必要作为共同犯罪来处理，如前所述，这也体现了刑法的谦抑性的要求。或者从事实的层面来看，刑法理论认为现行刑法的规定已经完全满足了惩治该种犯罪的需要——“按照他们所犯的罪分别处罚”。

本书明确提出共同过失应作为共同犯罪的罪过形式之一，其根本原因也是和共同犯罪的设立目的的密切相关的。即认为共同过失犯罪的社会危害性已经达到了相当严重的程度，需要作为共同犯罪来处理。进一步说，共同过失犯罪具有造成法益损害的现实危险，如数人因违反共同注意义务所致的共同过失造成了单个过失所不可能造成的法益损害结果，不作为共同犯罪来处理，就不会实现刑法典设立共同犯罪所欲达到的价值目标。另一方面，现实中发生的很多由共同过失构成的犯罪如果不按照共同犯罪来处理，就无法正确地解决犯罪参与者的刑事责任问题。^①

二、共同犯罪的价值目标

刑法的机能主要有两个方面，一方面是保护机能，即保护法益不受侵害、保护社会秩序之机能；另一方面是刑法的保障机能，即保障人权不受侵害。各国立法对两种机能均有不同的侧重。我国刑法设立共同犯罪的价值追求应当是倾向于保护机能。刑法的社会保护机能的理论基础是整体主义，主要体现在对国家利益、社会利益、个人利益的保护等方面。“侧重于刑法的保护机能是中国刑事立法的传统，由此导致的立法形式与立法内容也就必然渗透

^① 详见本书“共同过失”一章。