



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

组织犯及其 相关问题研究

赵 辉◎著

JIQIXIANGGUANWENTU



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

组织犯及其 相关问题研究

赵 辉◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

组织犯及其相关问题研究 / 赵辉著. —北京: 法律出版社,
2007. 11
(上大法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7814 - 1

I. 组… II. 赵… III. 犯罪集团—刑事犯罪—研究
IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 161633 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2007 年 12 月第 1 版

印张/7.125 字数/179 千
印次/2007 年 12 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)

销售热线/010 - 63939792/9779

传真/010 - 63939777

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

苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7814 - 1

定价: 18.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《上大法学文库》编委会

主 任:赵万一

副主任:陶鑫良

委员(以姓氏笔画为序):

王卫国 李瑜青 陈剑平 张秀全

赵万一 姜一春 陶鑫良 徐静琳

秘 书:瞿 琨 李凤章 郑 飞

《上大法学文库》总序

上海大学法学院发展到今天差不多已经三十年了。子曰：三十而立。经过近三十年筚路蓝缕的开拓和高歌猛进的奋斗，一所引人注目的新型法学院已崭露头角。一个学校、一个学院要在强手如林的学术界占有一席之地必须有自己的文化传承和文化积淀，必须有良好的学术氛围，必须有鲜活的学术思想。而学术氛围的打造、学术思想的凝练则必须靠具有一定学术水准的专著、论文、学术讲座等学术平台加以记载、传播和张扬。为了活跃思想、提升学术档次，上大法学院在学校支持下相继打造了“上大法学大讲堂”、《上大法学文库》和《上大法学评论》三个学术阵地。

“上大法学大讲堂”主要是邀请国内外名流、学术精英到上海大学杏坛晒技、传经布道。他们当中，既有我国法学界的领军人物，如江平先生，也有国外的学术名流，如日本著名商法专家早稻田大学教授大塚英明先生、澳大利亚拉卓比大学法学院院长戈登·沃克先生；既有德高望重的学术名宿和学术泰斗，如马克昌先生、李龙先生，也有蜚声学术界的中青年法学家，如朱苏力先生、尹田先生。他们深邃的学术思想、超人的学术勇气和犀利的语言，使广大受众获益良多，同时也极大地提升了上大法学院的学术水准和学术品位。

《上大法学评论》则是一个学术论文集，其主要目的是密切追踪学术动向、及时发布学术思想，作者群主要以本院的师生为主，同时

亦邀请了一些学术名家以这一出版物为阵地将其最新研究成果与社会分享。《上大法学评论》现已出版了四本,今后将定期出版,其超前的学术思想和不凡的学术观点已开始在学术界引起关注。

《上大法学文库》是以发布具有较强理论深度和较高学术水准的学术专著为内容的学术平台,其主要目的是通过系列专著的方式集中展示上海大学法学院的整体研究实力,充分反映上大人“重基础、高起点、严要求、铸精品”的学术理念。《上大法学文库》初期的写作队伍以本院的教师为主,以后将逐步吸纳一些能够引领学界的学术大家和崭露头角的青年才俊加入这个群体。我们也真诚地希望社会各界积极对本文库进行关心和指导,使《上大法学文库》这棵学术幼苗尽快发育成长为学术之林中的一棵参天大树。

赵万一

二〇〇七年十月

内容提要

目前,我国学者对组织犯的理论研究比较少。组织犯及其相关问题的探讨需要进一步的展开,对组织犯的认识也需要进一步的深化。

组织犯的规定见于俄罗斯等国家的刑事立法,而在大陆法系国家刑法中,组织犯这一概念则并不存在,但其立法和司法上对组织犯的情形分别采用了不同的处理原则。德国学者超越“主观主义共犯论”和“客观主义共犯论”的争论,提出了行为支配理论,^①从而将共同犯罪中的组织犯情形纳入正犯之中予以打击;而在日本,刑法理论上经过长期争论,“客观主义共犯论”中的“实质客观说”已居于通说地位,其理论界及司法界绕过刑法第60条对共同正犯的规定,通过判例创造出“共谋共同正犯”的概念,从而得以运用较重的刑罚对组织犯加以严惩。

我国1997年刑法没有明确规定组织犯的概念,而是将其作为主犯的一种予以处罚。我国刑法理论一般所讨论的组织犯,是针对任意共同犯罪而言,由总则规定的作为共犯类型的组织犯。组织犯作

^① 主观主义共犯论以行为人的故意内容和行为目的、利益的差别探求正犯与狭义共犯的区别,客观主义共犯论则提出应以行为的客观方面来区分正犯与狭义共犯,而行为支配说则将正犯定位在对于犯罪行为的支配性。对于正犯和狭义共犯区分的学说,包括主观主义共犯论、客观主义共犯论、行为支配论等我们将在第二章第三节进行详细的论述。

为共犯类型之一,是指在共同犯罪中组织、策划、领导、指挥犯罪活动的人;而作为共犯参与形态,其指的是在共同犯罪中,以组织、领导、策划、指挥等行为加功于犯罪实施的犯罪参与形态。组织犯的成立不以正犯的成立为必要,其处罚也独立于正犯,但是,组织犯所成立的具体犯罪由实行犯实施的实行行为所决定,即罪名以及停止形态从属于正犯。

组织犯的成立也要求主观要件与客观要件的统一。组织犯的组织行为,是指在共同犯罪中的组织、领导、策划、指挥他人犯罪活动的行为。组织犯故意的认识因素是一种双重认识,组织犯不仅必须认识到自己的行为必然或可能会发生危害社会的结果,而且必须能够认识到实行犯等人的行为必然或可能会发生危害社会的结果;组织犯故意的意志因素也是一种双重意志,组织犯对于自己的行为所能导致的危害结果是持希望态度而积极追求的;对于实行行为人等其他共犯人的行为所造成的危害结果则既可能是希望,也可能是放任。我国现行的刑法规定以及刑法理论框架,是否承认片面共犯的成立的,因此,所谓“片面的组织犯”当然也是无法成立的。

以我国刑法理论对共同犯罪形式的认识为基础,组织犯不仅仅存在于犯罪集团中。实施行为的性质,是确立组织犯的根本标准,至于共同犯罪是否以有组织的形式实施,则不是确认组织犯是否存在的依据。因此,我国的组织犯在一般的共同犯罪(包括狭义的团伙犯罪)、集团犯罪中都应当有存在的空间。

组织犯与正犯之间具有较强的控制和支配关系。组织犯的组织、领导、策划、指挥行为是使他人去从事具体的犯罪意图,他人参与者对该共同体的性质都是有所认识的,这是组织犯与其他共犯、间接正犯的主要区别。组织犯也存在预备、未遂、中止、既遂等停止形态,组织犯以实行犯的着手为其着手。对于实施了诚挚的努力阻止犯罪继续进行或结果发生,但不符合中止犯的有效条件的,应当承认组织犯从共犯关系中的脱离。若组织犯实施了组织行为,又实施有实行行为、教唆行为、帮助行为中的一种或几种行为的,应当依高度行为

吸收低度行为、重行为吸收轻行为的原则,一律认定为组织犯。组织犯也存在一罪数罪的问题,其也有连续犯、牵连犯,但是过失形态下的结果加重犯的组织犯是不能成立的。

组织犯的错误包括了法律错误与事实错误,而事实错误又可以分为同一构成要件内的错误与不同构成要件间的错误。组织犯与实行过限的问题,因为与组织犯的错误存在密切联系,所以也纳入其中进行讨论。否定过失情况下结果加重犯的组织犯的成立,并不意味着承认组织犯一定对加重结果不承担刑事责任。如果该组织犯对加重结果发生存在过失,也应当就加重结果承担责任。另外,组织犯与身份的关系主要表现为两种情形,即无身份的人组织有身份的人实施真正身份犯以及有身份的人组织无身份的人实施真正身份犯。

组织犯在整个犯罪过程中具有操纵性之行为支配地位,对于是否从事犯罪与如何进行犯罪以及对于犯罪之结果与目的,均具有决定性之角色或地位。正是这一点决定了组织犯具有较大的人身危险性和社会危害性,从而为其承担刑事责任奠定了事实基础。在我国刑法理论以及实践中,一般将组织犯作为主犯进行处罚,并且要求其对所组织、领导、策划、指挥的全部犯罪负刑事责任。

我国刑法应当在立法上坚持分工分类法与作用分类法两种标准,对共犯人的种类分别予以明确规定,从而为共犯人的定罪与量刑提供明确的法律依据。对于组织犯而言,刑法应当采取明确的总则化规定。

前 言

在共同犯罪中,尤其是在集团犯罪等有组织犯罪中,犯罪参与人中存在着一类组织、领导、策划、指挥他人实行犯罪的行为人,即组织犯。组织犯是以分工分类法为标准而划分的共犯类型之一,它是与实行犯、帮助犯、教唆犯相并列的共犯类型,对整个共同犯罪活动的实现起着控制、支配作用。

从世界各国的刑事立法来看,组织犯并不是普遍认可的共犯类型。组织犯的有关规定多见于俄罗斯、阿尔巴尼亚、蒙古等国家的刑事立法;而在大陆法系及英美法系国家刑法中,组织犯这一概念并不存在。但是,概念的不存在,并不等同于实践中组织犯情形的不存在。因此,这些国家在立法或司法上,对组织犯的情形分别采用了不同的处理方式。例如,日本、德国在理论及实践中,一般直接将其作为正犯进行处罚;^①法国在司法上也将其纳入共同正犯之中;意大利刑法理论及司法上将其纳入共犯之中;巴西等国刑法则将其与其他共犯一并纳入“统一的正犯概念”之中进行处理。

我国刑法并没有明确规定组织犯,只是在第26条规定了“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的,是

^① 日本刑事司法判例以及刑法理论上的共谋共同正犯包括了组织犯的情形;德国判例的通说对正犯与狭义共犯的区分采主观说,组织犯的情形作为正犯处理;德国刑法理论中的“无形的共同正犯”或“正犯背后的正犯”则包括了组织犯的情形。

主犯”。理论及实践界一般认为,该条文内含了组织犯的规定。因此,在我国刑法学理论研究以及司法实践之中,组织犯并不是一个陌生的概念。

但是,与实行犯、教唆犯、帮助犯的研究现状以及丰硕的研究成果相比,组织犯却是一个几乎被学者们遗忘的角落,重视其研究的人少之又少,研究成果更是寥寥无几。就目前我国刑法学界对组织犯的研究现状来看,大致可以分为如下三种情况:

一是对有关组织犯的理论内容只作简单涉及。在这种情况下,组织犯仅仅作作为共犯者类型之一,在介绍共犯者分类时被提及。而且,通常只是就其概念或相关问题进行简单阐述,并不做详尽的论述。大多数的刑法学教材以及法学辞典一般采用此做法。

二是就组织犯的某一相关问题进行比较详细的论述,这多出现在一些关于共犯理论的文章中。这种情况往往是在对共同犯罪的某一问题进行探讨时,组织犯因作为共犯类型之一而就该问题进行专门的论述。

三是对组织犯虽然进行了一定程度上系统的研究,但并不是专题性的论述,这种情况主要反映在有关共同犯罪的一些刑法专著中。

到目前为止,我国较为深入地探讨组织犯问题的有关著作主要有:叶高峰、张绍谦教授主编的《共同犯罪的理论及其应用》(河南人民出版社1990年版),这部论著虽然没有对组织犯进行专门的论述,但是,其对共犯的分类标准进行了详细的介绍,对我国共犯分类立法方式的优点与缺陷——包括分工分类法在我国刑法中的存在形式——等问题进行了细致的分析,对于组织犯的研究有着重要的借鉴意义;陈兴良教授的《共同犯罪论》(中国社会科学出版社1992年版),对组织行为、组织故意、组织犯的停止形态、组织犯的错误、组织犯与一罪数罪以及组织犯的其他相关问题进行了阐述,并从立法完善的角度提出组织犯的立法建议;马克昌教授主编的《犯罪通论》(武汉大学出版社1999年版),则对组织犯的概念、组织行为、组织犯罪故意进行了比较全面的分析;而周加海、阴建峰两位学者的《共同

犯罪适用中疑难问题研究》(吉林人民出版社 2001 年版),对组织犯的认定,包括组织犯的主、客观特征以及刑事责任的范围,都进行了较为详细的论述。

由此,我们可以看出,我国刑法学界对组织犯的专题缺乏深入研究,现今的理论研究状况表现出研究成果数量少、缺少专题性论文及著作的特点。

而且,已有的关于组织犯的研究论述,对组织犯及其许多相关问题的认识也是不尽一致的,甚至是模糊的。例如,组织犯的概念界定(主要包括组织犯是不是只能存在于犯罪集团中,即一般共同犯罪中能否存在组织犯;组织犯是总则性的概念,还是分则性组织犯也存在;组织犯与首要分子是什么关系等);组织犯承担其所组织、领导、指挥、策划的所有犯罪的刑事责任之根据所在;组织犯与共谋共同正犯、正犯后的正犯等国外相关理论的区别与联系;组织犯与共同正犯、间接正犯、教唆犯、帮助犯的不同之处及理论界定;如何认定组织犯的预备、未遂、中止等未完成形态。这些问题,我们只有在进一步深入研究的基础上,才能做出正确的回答。

另外,伴随着改革开放的深入,市场经济体制的逐步确立,我国社会进入转型时期,犯罪形式也发生了很大的变化,特别是有组织的犯罪日益增多。^① 组织犯罪的人具有相对于其他共犯人而言更为严重的社会危害性及人身危险性,所以,组织犯罪应成为刑法打击的重点对象。然而,与之形成鲜明对比的却是,刑法学界对该类共犯理论研究的不重视。因此,为了更好地打击此类犯罪参与人,对组织犯进

^① 加入 WTO 后,经济全球化在给我国经济发展带来机遇的同时,也在经济、政治、社会、文化传统等方面带来了冲击和挑战,从而在多方面助长了我国有组织犯罪的产生和发展。跨国金融、贸易的发展为有组织犯罪创造了生存和发展空间;经济体制的转型和产业结构的调整为有组织犯罪提供了依附形式和组织成员基础;社会结构的变迁导致的社会失范和社会控制力弱化,腐败的大量滋生,家庭教育功能弱化和家庭暴力日益普遍为有组织犯罪的产生和发展提供了便利条件;西方文化的冲击,不良亚文化的产生也是其孕育的土壤。

行深入研究是非常有必要的。

总而言之,组织犯及其相关问题的探讨需要进一步的展开,对组织犯的理论认识也需要进一步的明确与深化。

目 录

第一章 组织犯概述	1
第一节 共犯的分类	1
第二节 我国刑法中的组织犯	5
第二章 组织犯与国外相关理论	17
第一节 国外刑法及其理论中的组织犯概述	17
第二节 日本刑法中的共谋共同正犯	32
第三节 德国刑法中的正犯后的正犯	49
第三章 组织犯的成立	59
第一节 组织犯的性质	59
第二节 组织犯的主客观要件	67
第三节 组织犯的存在范围及类型	85
第四章 组织犯与相关犯罪形态	102
第一节 组织犯与相关共犯形态	102
第二节 组织犯与犯罪停止形态	120
第三节 组织犯与一罪、数罪	136

第五章 组织犯的认定与处罚	149
第一节 组织犯与错误	149
第二节 组织犯与身份	167
第三节 组织犯的刑事责任	177
第六章 组织犯的立法探讨	185
第一节 我国刑法的共犯分类	185
第二节 组织犯的立法完善	194
结语	201
参考文献	203
后记	212

第一章 组织犯概述

• 第一节 共犯的分类

所谓共犯^①的分类,是指依照一定的标准,对共同犯罪或者共同犯罪人所进行的适当划分。由于各国政体性质和国情的不同,法律文化传统不同以及刑法理论观点的不同等原因,各国在刑法理论上或立法上对共犯的分类存在着较大差异。然而,从逻辑上讲,对同一事物可以采用不同的标准进行分类,其标准本身必然带有明显的目的性和价值取向。各国对共犯之所以在立法上予以分类,其主要目的在于解决刑事责任即定罪量刑的问题。从各国立法上来看,绝大

^① “共犯”一词并非我国刑法及刑法理论固有的术语,而是德、日等大陆法系国家刑法及其理论上的术语。在德、日等大陆法系国家刑法及其理论中,共犯概念有广义与狭义之分。广义的共犯是指正犯(共同正犯)、从犯、教唆犯,狭义的仅指从犯与教唆犯。在此,我们所谓的共犯分类是指广义上的共犯概念。

多数国家对共犯的种类都是加以区分的。^①

至于对共犯如何进行分类,如果从标准的同一性考察,主要有两种分类法:一是分工分类法,即按照共同犯罪人行为的性质和活动的分工特点分类;二是作用分类法,即按照共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用来进行分类。

一、分工分类法^②

分工分类法又存在二分法(分为正犯和从犯)、三分法(分为共同正犯、教唆犯和从犯)以及四分法(分为实行犯、组织犯、教唆犯和帮助犯)三种不同情况。

(一)二分法,即正犯与从犯

1810年《法国刑法典》采用该分类法。正犯,直接实行犯罪行为者为正犯。从犯,教唆、帮助他人实施犯罪或者事后隐匿罪犯、湮灭罪迹者为从犯。

(二)三分法,即共同正犯、教唆犯与从犯

德国现行刑法典,是以1871年《德国刑法典》为基础,经多次修订而公布的,其对共犯的分类采用的是三分法。现行日本刑法、韩国刑法对共犯的分类也均采取这种方法。1871年《德国刑法典》规定:共同正犯,“两人以上共同实行犯罪时,各以为正犯处罚之”;教唆犯,“依赠与、结约、强迫、威权与错误之诱起增进,或其他之方法,故意使人实行犯罪者,以之为教唆者而罚之”;从犯,“知犯重罪或轻罪,而以助言或行为帮助者,以之为从犯而罚之”。

(三)四分法,即实行犯、组织犯、教唆犯与帮助犯

1952年的《阿尔巴尼亚刑法典》首先采用四分法。该法典第13条规定:“直接参加实施犯罪的人,是实行犯。组织犯罪团体、领导犯

^① 在世界各国刑法关于共同犯罪的立法中,只有少数国家如挪威、奥地利采用“排他的正犯概念”,不规定共同犯罪人的分类。例如,《奥地利刑法典》认为“行为的参与人皆为正犯”,第12条规定“直接实施犯行、唆使他人实施犯行或其他加功于犯罪行为之实行者,均为实施犯罪行为之人”。参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第535页。

^② 马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第664~666页。