

犯罪形态

研究系列

2

片面共犯 研究

田鹏辉 著

中国检察出版社

片面共犯研究

田 鹏 辉 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

片面共犯研究/田鹏辉著. —北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-419-5

I. 片… II. 田… III. 刑事犯罪-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 054035 号

片面共犯研究

田鹏辉 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 8.875 印张

字 数: 240 千字

版 次: 2005 年 7 月第一版 2005 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-419-5/D·1397

定 价: 23.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《犯罪形态研究系列》丛书编辑委员会

总 主 编：吴振兴

副总主编：张明楷 陈兴良

编 委：刘明祥 李 洁 张 旭

张明楷 陈兴良 陈忠林

吴振兴 邱兴隆 谢望原

曲新久

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不

是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态中大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为人主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此而外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980~1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986~1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪宪教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，

也提出了宝贵的意见，并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量，2003年8月，由吉林大学法学院博士点牵头，与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京，正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是，以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编，同学术成果丰硕、学术造诣深湛而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授，却在本《丛书》中屈尊担任一般编委，这不仅使本《丛书》增添了光彩，也必将使本《丛书》扩大影响，是本人之幸，也是本《丛书》之幸。

为了扩大大《丛书》的社会效应，在吉大法学院的大力支持下，我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏，该杂志自2002年第4期始，不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章，现已发表十几篇。

为了扩大大《丛书》的社会效应，2005年3月，我们还出版了《犯罪形态研究精要》（上、下册），以此作为本《丛书》的序曲，并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

80年代以来，我国刑法理论获得长足发展，现今已是姹紫嫣红。与此同时，一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版，如80年代的专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著；90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著；最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著；而且，其中有几本就是我和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世，反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况，主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说，它与刑法理论的深入发展是相伴而行的，甚至在一定的意义上说，也是刑法理论深入发展的一个标志。文章大家写，何必限一人。同样的题目或者同样内

容的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构设，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术青睐，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赘数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序

田鹏辉的博士论文即将由中国检察出版社出版，作为其导师，我不禁由衷地高兴，于是欣然命笔，为之作序。

片面共犯是客观存在的社会现象，已成共识，但其究竟属于单独犯罪还是共同犯罪，在中外刑法理论中，观点聚讼，持论各异。面对极大的定性困惑和复杂的学说之争，该书展开了深入透彻的法理之辩，并提出了具体可行的解决之道。作者立足于主客观相统一的基本立场，坚持罪刑法定的基本原则，认为片面共犯是共同犯罪的一种行为类型，属于共同犯罪的特殊形态。书中既梳理了片面共犯的理论渊源、发展历程及立法沿革，又明确了片面共犯的性质，界定了片面共犯的概念；既批驳了片面共犯否定说的观点，又对自己的主张进行了理论论证；既描述了片面共犯的一些具体形态特征，又划清了片面共犯与间接正犯等共犯附属形态的界限。全书洋洋二十万言，观点鲜明，视角颖异，结构严谨，体系完整，内容充实，论析精当。答辩时受到专家学者的一致好评，同时也取得了一些有益的意见。答辩之后，作者对论文进行了认真修改和适当补充。我认为这是一部具有一定理论深度的刑法学专著，弥补了我国刑法学界“片面共犯”专著短缺的不足，对发展我国共同犯罪理论，指导司法实践，具有重大现实意义。同时，也展示了作者不畏难的理论勇气和探索精神。

该书的特色可以概括为三个“一”。

“更新共犯观念，创新共犯理论”，这是贯穿全书的一条基本脉络。如何将片面共犯现象上升为共同犯罪制度，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，归根到底是共犯观念问题。囿于立法规定的局限，多数学者主张修改刑事立法，从而使片面共犯“有法可依”。修改立法固然是解决片面共犯归属问题的一种有效方式，但修改立法成本很高，周期很长，且不能解决修改之前司法实践中的片面共犯问题。作者认为在片面共犯面前，现行中国刑事立法并非大门紧闭，而是内在地暗含了片面共犯的情形，如第198条关于保险诈骗罪的规定，就包含了片面共犯情形。因此，至少目前无需针对片面共犯而修改刑事立法。即使修改立法，也需要必要的理论支撑。鉴于此，该书提出更新共犯观念，创新共犯理论，才是解决片面共犯的根本出路，并以此贯穿统领全书。共同犯罪理论应随着实践的发展而发展，片面共犯事实的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。当然，作者提倡创新共犯理论，并非是对现行共犯理论的根本否定，而仅是部分修正，以解读现行刑法中内涵的新法律现象。

“单向意思联络是共同犯罪故意的最低标准”，这是突破传统理论的一大崭新亮点。关于片面共犯，学者们对其犯罪客体、主体、客观方面异议不大，争议的焦点主要集中在对“共同犯罪故意”的理解上。片面共犯肯定说与否定说的对立，实质上也正是片面共犯是否存在共同犯罪的意思联络之争。目前，多数学者以传统的共同犯罪构成理论为前提，认为在刑法条文中，片面共犯不能直接“对号入座”，进而将其排除在共犯之外。而该书与此针锋相对，大胆地向传统观点提出挑战，认为传统观点对共同犯罪故意的理解是狭隘的、不科学的，没有揭示其全部本质内涵。单向意思联络也应是共同犯罪故意的表现形式之一，其与全面共同犯罪故意一起，构成共同犯罪故意的全貌。将单向意思联络解释为共同故意的一种形式，并没有超出刑法关于共同犯罪

规定的文意射程，完全符合罪刑法定原则。这一认识突破了共同故意只能是双向意思联络的思维定势，有益于丰富、发展我国的共同犯罪理论，也为司法实践提供了理论支撑。

“片面共犯符合诉讼效益原则”，这是论证片面共犯的一个独特视角。从诉讼法角度研究实体法，是法学研究方法的重大飞跃。这也正是本书的特色之一。从实体法角度，即以共同犯罪的实定法规定为依托，以传统的共犯构成理论为前提，以共同犯罪的法定概念为标准，论证片面共犯是否构成共同犯罪，是关注片面共犯的多数学者的惯常做法。本书在肯定片面共犯的本质是法益侵害，将片面共犯归属于共同犯罪符合罪刑法定原则的基础上，认为将片面共犯认定为共同犯罪，既可以节约有限的司法资源，又可以避免给当事人带来讼累，实现提高诉讼效益的司法目的。这种从诉讼法角度论证片面共犯的研究方法，在国内现有研究成果中尚属罕见。

书中自然也存在值得商榷之处，个别观点的论证尚不够充分，与片面共犯的理想图景还存在一定距离。田鹏辉博士目前正在做博士后研究工作，希望并相信他在未来的研究工作中，能够取得更多的科研成果。

特缀数语，是为序。

吴振兴

2005年4月于深圳

导 言

片面共犯作为一种社会现象是客观存在的。由于刑法学者的基本立场和共犯观念不同，在片面共犯的归属问题上自然结论各异。在大陆法系，持犯罪共同说的学者否认片面共犯成立共同犯罪；而持行为共同说的学者则认为片面共犯应属于共同犯罪的范畴。在英美法系，则将片面共犯称之为潜在同谋犯。在我国刑法学界，对片面共犯理论的研究虽非空白，但还相当薄弱，至今未有以此为研究对象的硕士博士论文，更未见相关专著问世。在现有的成果中，除一些几千字的论文外，多数是在刑法学教材或其他专著中一笔带过，缺乏深入系统研究。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。但总的感觉是，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问题，涉及到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，否认片面共同犯罪是共同犯罪制度的重大理论缺失。片面共犯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，我们完全可以从解释学的角度，根据罪刑法定原则，对刑法关于共同犯罪的规定，进行重

新理解、解释，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。笔者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，以规范分析为视角，对片面共犯的历史发展、形态定位、构成要件、基本类型、刑事责任、具体形态及与相关犯罪形态的界限问题进行了论述，但愿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。

人类已进入 21 世纪。刑法学者及刑法理论也应与时俱进，树立全新的共犯观念。目前共同犯罪的研究还是囿于对法条的注疏，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，全面展开对共同犯罪理论的研讨。由于较大程度上受到现行法条的局限，处在刑法注释学的水平上，致使理论研究的深度和广度不够，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。共同犯罪是一种复杂的社会现象和法律现象，应深入到社会历史条件中去，正确认识共同犯罪的本质。传统理论对共同犯罪，特别是对共同故意的理解是狭隘的、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，又取决于刑法理论的认识。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具体问题，用正确的刑法理论指导司法实践。既然实践中出现了片面共犯这一社会现象，我们就应理性地、认真地接纳、分析、研究之。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同犯罪的定义而固步自封。将片面共犯纳入共同犯罪的范畴中，还可借鉴全面共同犯罪某些早已成熟的研究方法和定罪量刑的原则，对其进行深入研究。

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，本文中的观点及其论证肯定有不成熟之处，特别是片面共犯形态论部分更显薄弱，似乎存在套用现有理论之嫌，但笔者的确尽力了。本文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画面。需要着重指出的是，在本文写作过程中，参考借鉴了刑法学界前辈及同仁的大量著述和见解，有的还进行了一定的评述。在此深表感谢。若有不当之处，敬请谅解，并给予指导。

目 录

CONTENTS

序	(1)
导言	(1)

上篇 片面共犯基础论

第一章 片面共犯的概念界定	(3)
第一节 片面共犯理论渊源	(3)
一、片面共犯理论的缘起	(3)
二、片面共犯理论的发展	(9)
第二节 片面共犯立法考察	(13)
一、外国刑事立法中的片面共犯	(13)
二、中国刑事立法中的片面共犯	(21)
第三节 片面共犯概念界定	(31)
一、片面共犯的性质	(31)
二、片面共犯的概念	(44)
三、片面共犯的意义	(49)
第二章 片面共犯的形态确立	(61)
第一节 理论前提澄清	(61)
一、犯罪共同说及其评析	(61)
二、行为共同说及其评析	(64)
三、共同意思主体说及其评析	(66)
四、主客观统一说及其评析	(69)

第二节 理论根据论证	(72)
一、片面共犯与法益侵害	(73)
二、片面共犯与罪刑法定	(79)
三、片面共犯与诉讼效益	(88)
第三章 片面共犯的构成要件	(94)
第一节 共同犯罪构成的一般理论	(94)
一、犯罪构成的修正形式	(94)
二、共同犯罪的成立要件	(97)
第二节 片面共犯的构成要件	(102)
一、主体要件	(103)
二、主观方面要件	(104)
三、客观方面要件	(106)
第四章 片面共犯的基本类型	(110)
第一节 片面实行犯	(111)
一、学说之争	(111)
二、观点论证	(115)
第二节 片面组织犯	(119)
一、组织犯的存在范围	(120)
二、片面组织犯的成立空间	(123)
第三节 片面教唆犯	(125)
一、理论分野	(125)
二、观点论证	(127)
三、片面教唆与概然教唆的区别	(132)
第四节 片面帮助犯	(133)
一、片面帮助犯的认识程度	(135)
二、片面帮助犯的表现形式	(138)
三、片面帮助犯的行为方式	(140)
第五章 片面共犯的刑事责任	(145)
第一节 片面共犯的处罚根据	(145)
一、主观根据	(148)