

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【刑法适用】

从犯的犯罪既遂认定问题

干股分红型受贿犯罪研究

【司法实务】

走私犯罪案件涉案财物处理问题研究

【证据运用】

我国腐败犯罪刑事推定规则之构建

——以《联合国反腐败公约》为契机

【法律释义】

《最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》的理解与适用

【疑案剖析】

论寻衅滋事罪的性质、特征及相近罪名之界限

——强行向“洗头房”推销避孕套案解析

【公诉理论征文】

行贿犯罪案件起诉书制作情况调查及其改进建议

总第39集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2009 年第 3 集(总第 39 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 袁建伟



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2009年. 第3集:总第39集 / 最高人
民检察院公诉厅编. —北京:法律出版社, 2009. 10
ISBN 978-7-5036-9364-9

I. 刑… II. 最… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼
法—研究—中国 IV. D924.04 D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第180377号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗 何海刚

装帧设计/李 瞻

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/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2009年10月第1版

印张/7 字数/166千
印次/2009年10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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9364-9

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》
2009年第3集(总第39集)

顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张明楷

陈卫东 陈兴良 郎胜 赵秉志

梁根林 阎敏才

编辑委员会

主编:张仲芳

副主编:彭东 王军 聂建华 黄河

史卫忠

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 卢宇蓉 李树昆 李景晗

张凤艳 张寒玉 张晓津 张希靖

贺湘君 侯亚辉 路飞

通讯编委:崔杨 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 张书华

乔洪翔 季刚 蒋永良 沈雪中

张厚琪 施忠华 黄秀强 王景风

鲍峰 刘在贤 刘光圣 丁维群

张毅敏 罗绍华 李思阳 潘祥均

张树壮 杨永华 杨滨 李志虎

甘延俊 陈录 高原 孙金梁

焦向凉 朱会生

执行编委:张希靖

(207) 从一重罪从重处罚的适用问题 田国良 田国良《宝财

【附则】

目录

(271) 李 敏 蔡
(281) 蔡 余 平 丽 芬
宝财的构成要件关系宝财的取
案受即社吴林——

【刑法适用】

从犯的犯罪既遂认定问题 曹 坚(1)
干股分红型受贿犯罪研究 郭竹梅(17)
关于走私罪主观故意及既未遂的认定问题 马 融(43)
论组织、领导传销活动罪的几个问题 高锋志(64)
商业贿赂犯罪刑法适用若干疑难问题 薛进展 闫 艳(86)
“在经济往来中”的商业贿赂犯罪刑法适用情况调查与
研究 张志平 张铭训(116)

【司法实务】

走私犯罪案件涉案财物处理问题研究 蔺 剑(131)

【证据运用】

我国腐败犯罪刑事推定规则之构建
——以《联合国反腐败公约》为契机 吴小军 齐丽青(140)
非法证据排除规则之浅思
——理想在现实中的衡量与考验 郝 静 裴 跃(153)

【法律释义】

《最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的

规定》的理解与适用…… 最高人民法院刑事审判第一庭(167)

【疑案剖析】

论寻衅滋事罪的性质、特征及相近罪名之界限

——强行向“洗头房”推销避孕套案解析

…… 薛 薇 李 勇(175)

通过特定关系人受贿的认定

——析吴远明受贿案 …… 张丽平 余 萍(185)

【公诉理论征文】

行贿犯罪案件起诉书制作情况调查及其改进建议

…… 谢 杰(191)

关于上海检察机关办理“两简”案件情况的专题调研

…… 万海富 王宏艳 赵 凡(197)

【公文写作】

(131) 施 简 …… 论海盐县检察院刑事检察科案件质量评查

【以案释法】

(041) 曹丽艳 牟心昊 …… 论某县《公安机关与国安局》以——
…… 思考之便……

(123) 郑 某 韩 某 …… 论……

【义释辞考】

【刑法适用】

论从犯犯罪既遂认定问题

从犯的犯罪既遂认定问题

曹 坚*

目 次

一、问题的提出及基本思路

二、从犯性质的组织犯犯罪既遂认定

(一) 组织犯是否一律是主犯

(二) 组织犯犯罪既遂的具体认定

三、从犯性质的教唆犯犯罪既遂认定

四、从犯性质的实行犯犯罪既遂认定

(一) 实行犯的具体层次划分

(二) 从犯性质的实行犯犯罪既遂的基本原则

五、帮助犯犯罪既遂的认定

(一) 帮助犯与从犯的关系

(二) 帮助犯犯罪既遂的具体认定

* 上海市人民检察院第一分院检察员,华东政法大学刑法学博士研究生。

一、问题的提出及基本思路

共同犯罪的既遂,是指共同犯罪人实行的犯罪行为已经符合刑法规定的犯罪构成,成立犯罪的既遂。共同犯罪的既遂是一个复杂的刑法理论问题,不同于单独犯罪既遂认定的单一性,认定共同犯罪既遂涉及对不同共同犯罪人行为的考察,既要注重各个共同犯罪人犯罪行为的相对独立性,亦要强调共同犯罪的整体性,只有将部分与全部、个体与整体结合起来,并合理运用共同犯罪的有关认定原则,才能恰当把握共同犯罪既遂的问题。所谓共同犯罪的认定原则,是指在认定共同犯罪完成状态时,专门针对共同犯罪形态而具有一定指导意义的准则,主要包括部分行为全部责任的原则、辅助行为依附实行行为的原则、区别对待的原则等。

所谓部分行为全部责任的原则,是指共同犯罪是一个整体,各个共同犯罪人之间是相互补充、相互配合、相互利用的关系,即使只是实施了一部分行为的共同犯罪人,也要对整个共同犯罪行为所导致的全部结果承担责任,即部分行为、全体责任。认定共同犯罪时必须将所有共同犯罪人作为一个整体,共同对共同犯罪行为造成的危害结果承担责任,不能将其中某个共同犯罪人的行为及其造成的危害结果同整个共同犯罪割裂开来,单独进行认定和评价。

所谓辅助行为依附实行行为的原则,是从共犯从属性与独立性统一的角度出发,共犯所构成的具体犯罪罪名以及所承担的刑事责任,取决于正犯所实施的特定犯罪,不存在脱离具体犯罪的共犯;非实行犯的刑事责任问题可以通过实行行为解决,即在罪名认定方面非实行犯必须依附于实行犯的实行行为,以实行行为触犯的罪名作为全体共犯人共同触犯的罪名,在犯罪形态方面,非实行行为也在很大程度上受到实行行为的制约。

所谓区别对待的原则,是指当部分共同犯罪人在主观上对共同犯罪结果的期望与其他共同犯罪人之间存在一定差异时,应当

对其区别对待。该原则主要适用于共同犯罪中的中止犯及部分共同犯罪人实行过限的情形,在此类共同犯罪中若对所有共同犯罪人不加区别地处以同等刑罚,要求其承担同等刑事责任,有违共同犯罪的基本原理。

上述三个原则运用于对共同犯罪的犯罪既遂认定不无指导意义,但是由于各共犯人的分工不同、作用大小不一,以哪一种原则解决共同犯罪的既遂问题,尚须区别对待:在共同犯罪人均是实行犯的场所,各个共同犯罪人均是直接实施某一犯罪构成要件的行为,各实行犯之间在客观上相互配合,相互促进,共同指向同一犯罪对象,在主观上具有共同的犯罪故意,犯罪目的相同。当所有实行犯均全部实行完毕犯罪构成要件的行为时,无疑已成立共同犯罪的犯罪既遂;当其中一部分实行犯完成全部犯罪构成要件行为,而另一部分实行犯没有完成的,依据部分行为全部责任的原则,一般也应当认定构成共同犯罪的犯罪既遂。例如,两人合谋故意杀害某人,某甲持刀刺中被害人的心脏,是导致被害人死亡的直接原因,某乙虽然没有击中被害人的要害部位,但同样要对被害人死亡的结果承担故意杀人犯罪既遂的刑事责任。在共同犯罪人中既存在实行犯,也存在组织犯、教唆犯、帮助犯的场所,认定共同犯罪的犯罪既遂较为复杂。笔者将对上述共同犯罪人的犯罪既遂情况分别予以阐述,重点是分析以从犯形式而存在的组织犯、教唆犯、帮助犯、实行犯的犯罪既遂的认定。

二、从犯性质的组织犯犯罪既遂认定

(一)组织犯是否一律是主犯

组织犯是否一律都是主犯,有无存在从犯的可能,存在争议。笔者认为,有必要结合刑法总则关于主犯的规定以及刑法分则有关组织型犯罪的规定仔细分析,不可简单从刑法总则关于主犯的规定中得出结论即组织犯均为主犯。这里以聚众斗殴罪为例,来说明组织犯中存在从犯的可能。聚众斗殴罪作为一种典

型的聚众犯罪,当然是共同犯罪,同时聚众斗殴犯的刑事责任人中相当一部分也是组织犯。聚众犯罪是否也如其他共同犯罪一样,可以根据情况区分主犯、从犯。从《刑法》第292条规定来看,聚众斗殴的,对首要分子和其他积极参加的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,有若干严重情形的,处3年以上10年以下有期徒刑,《刑法》将首要分子和积极参加者的刑事责任一并规定,并未予以区分。因而有观点认为,聚众斗殴犯罪只有首要分子和一般主犯,不可能存在从犯和胁从犯,除了首要分子,其他积极参加者在聚众斗殴犯罪中必然起主要作用,是当然的主犯。笔者认为,在首要分子和其他积极参加者之间,仍然可以区分主、从犯,但聚众斗殴罪的责任主体中一般不存在胁从犯。虽然《刑法》是一并规定首要分子和积极参加者的刑事责任,但这并不表明两者的刑罚一定是一致的,《刑法》对聚众斗殴罪设置的刑罚具有一定的量刑幅度,实践中可根据具体情况对两者处以不同轻重的刑罚。需要强调的是,这里的首要分子和其他积极参加者都是应承担刑事责任的人员,他们是相对于其他无须承担刑事责任的一般参加者而言的,因此,在认定首要分子和其他积极参加者的刑事责任时,应比较首要分子和积极参加者在聚众犯罪中的作用大小,而不应比较首要分子或积极参加者与其他不承担刑事责任的一般参加者的作用大小,否则,有造成量刑失衡之虞。例如,甲、乙、丙三人参加聚众斗殴,甲为召集者和组织者,乙为积极参加者,丙为一般参加者。如果将甲、乙在聚众斗殴中所起的作用与丙相比,无疑二人均是起主要作用,都是主犯;但如果比较甲、乙二人的作用大小,就有可能二人均是主犯,或者可能甲是主犯,乙是从犯;至于是否存在甲是从犯,乙是主犯的可能,笔者将进一步阐述。

聚众斗殴罪中的首要分子是否一律都是主犯?通常情形下,首要分子均为主犯,因而《刑法》将首要分子纳入主犯条款予以规定。但是,这里需要仔细区别《刑法》第26条与第97条中首要分

子的差异。第26条规定,对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚,可见这里的首要分子是指犯罪集团中的首要分子。第97条规定,本法所称首要分子,是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子,显然,这里的首要分子包括犯罪集团中的首要分子和聚众犯罪中的首要分子两种。第26条只是将犯罪集团中的首要分子规定为主犯,而未涵盖聚众犯罪中的首要分子。此就表明,聚众犯罪中的首要分子多为主犯,但也不能绝对排除认定为从犯的可能。例如,甲、乙等多人聚众斗殴,被追究刑事责任的为甲、乙二人,且二人均为首要分子,均在聚众斗殴中起组织、策划、指挥的作用,如果二人均起主要作用,可将甲、乙二人均认定为主犯;但是如果乙所起的作用与甲相比明显较小,不将其认定为从犯有造成罪刑失衡之虞,可将其认定为从犯。

(二) 组织犯犯罪既遂的具体认定

刑法理论界对组织犯的性质存在两种针锋相对的观点。否定观点认为,组织犯的组织行为具有不同于实行犯的特点,它不是刑法分则加以规定的,而是由刑法总则规定的。肯定观点认为,组织行为因具有“功能性支配”,因而应纳入实行行为范畴,组织犯凭借犯罪集团组织的控制力,通过支配和控制实行犯而支配和控制犯罪构成要件的行为,进而对危害后果或危险的产生具有原因力的作用,从实质标准评价看,组织行为与实行行为具有等价性,因此,将组织犯纳入正犯范畴具有正当性。^①笔者认为,考察组织行为的属性,依然需要结合我国刑法的具体规定。从刑法对组织犯的规定来看,组织行为大致可分为两种,一种是首要分子在犯罪集团中实施的组织行为;另一种是属于某一犯罪客观方面要件的组

^① 向朝阳、邹佳铭:“论组织犯及其刑事责任”,载《中国刑事法杂志》2006年第4期,第30~31页。

织行为。对于前者,这种组织行为对犯罪集团实施的犯罪行为具有“功能性支配”的作用,虽然组织行为不是具体实施犯罪的构成要件的行为,但是其性质和作用不在实行行为之下,因而可将其拟制为实行行为。对于后者,这种组织行为是犯罪客观方面的要件之一,实施该组织行为自然就是实施该犯罪的构成要件行为,当然具有实行行为的性质。综上所述,应将组织犯视为实行犯。将组织犯视为实行犯与否,直接关系到对组织犯犯罪既遂的认定。认为组织犯不具有实行犯性质的学者,多主张组织犯的犯罪既遂依赖于实行犯的犯罪既遂,实行犯完成犯罪的,组织犯为既遂犯;实行犯已经着手实行犯罪但未完成犯罪的,组织犯为未遂犯;实行犯尚未着手实行犯罪的,组织犯为预备犯。^①笔者认为,组织犯是一种特殊的实行犯,具有独立性地位,判断组织犯是否达到犯罪既遂,并不完全依赖于实行犯的犯罪状态。细分之,犯罪集团中的组织犯,如果不直接参与实施犯罪集团所主要实施的犯罪,而仅是发挥为犯罪集团建章立制、分工协作、移赃分赃等组织性功能和作用,那么组织犯的犯罪既遂应以犯罪集团中实行犯的犯罪既遂为标准,实行犯已经实际实施完毕犯罪行为的,组织犯即构成犯罪既遂;聚众犯罪中的组织犯,组织聚众的行为本身就是此类犯罪的客观要件行为之一,因此实施了组织聚众行为的,就可能构成组织犯的犯罪既遂;一般共同犯罪中起组织作用的组织犯,组织行为是共同犯罪中不同犯罪分子之间的分工,判断犯罪既遂的标准应参照前文所述犯罪既遂的标准,也就是在统一的构成要件齐备标准之下,结合既遂犯的具体表现形式,展开犯罪既遂的具体标准,对从犯性质的组织犯的犯罪既遂认定也不例外。

^① 刘之雄:“共同犯罪中的犯罪终结形态辨析”,载《政法学刊》1998年第3期,第34页。

三、从犯性质的教唆犯犯罪既遂认定

教唆犯犯罪既遂的认定,与教唆犯的性质息息相关。在独立教唆犯の場合,教唆犯独立构罪,并不依附于所谓的实行犯,如何认识此时教唆犯的犯罪形态,刑法理论中存在犯罪预备说、犯罪未遂说、犯罪既遂说等不同观点。笔者赞同犯罪未遂说。独立教唆犯在客观方面已经实施了教唆行为,显然不属于犯罪预备的性质,犯罪预备说不可取;被教唆者拒绝了教唆,教唆犯何来犯罪既遂,如果认定是犯罪既遂,无疑会产生定罪的问题。例如教唆他人故意杀人,他人拒绝实施故意杀人犯罪,按我国刑法的规定,对教唆者应认定为故意杀人罪(未遂),如果认定是故意杀人罪(既遂),显然不符合我国刑法关于故意杀人犯罪结果犯的立法模式。因此,在独立教唆犯の場合,由于教唆目的未达到,被教唆者未实施所教唆的犯罪,教唆犯的犯罪形态只能是犯罪未遂。在共犯教唆犯の場合,教唆犯与被教唆者之间形成了共同犯罪关系,被教唆者实施了教唆犯所教唆的犯罪,按该犯罪的属性认定共犯教唆犯的犯罪既遂,即实行的是目的犯,以犯罪目的是否实现作为判断犯罪既遂与否的标准;实行的是结果犯,以特定危害结果是否发生作为判断犯罪既遂与否的标准;实行的是行为犯,以特定的危害行为是否完成作为判断犯罪既遂与否的标准;实行的是危险犯,以是否出现刑法分则条文所规定的特定危险状态或结果作为犯罪既遂与否的标准。总体而言,共犯教唆犯的既遂依赖于被教唆者的既遂,只有被教唆者既遂时,教唆者才既遂。

四、从犯性质的实行犯犯罪既遂认定

(一) 实行犯的具体层次划分

实行犯是指在共同犯罪中直接着手实行犯罪的犯罪分子。笔者认为,在实行犯这一大概概念下具体细分,包括行为犯、结果犯、举动犯等子概念。刑法理论界对这几种犯罪分类存在不同观点,有的认为行为犯就是举动犯,有的认为行为犯也是结果犯,还有的将

行为犯进一步区分为举动犯和过程犯。行为犯、结果犯、举动犯这些概念均是基于刑法分则具体罪名的规定,同时也取决于有关刑法解释的具体规定,刑法本身并没有言明何为行为犯,何为结果犯,何为举动犯。刑法理论界对这几种概念的界定,占据主流地位的观点是:所谓行为犯,是指以实行法定的犯罪行为作为犯罪构成必要条件的犯罪……二者的区别在于,举动犯的既遂以着手实行犯罪为标志,而行为犯只有当实行行为达到一定程度时,才过渡到既遂状态。^①

笔者主张对实行犯予以层次区分,这样有助于更加清晰地界定实行犯的犯罪既遂。实行犯是相对于非实行犯而言的,是以分工的标准区分共同犯罪人。不直接实行犯罪具体构成要件行为的人是“非实行犯”,也就是我们通常所说的帮助犯、教唆犯;直接实行犯罪具体构成要件的人是实行犯。当行为人具体实施某一犯罪构成要件的行为时,依据刑法分则关于这一罪名的规定,如果刑法要求行为人实施的犯罪行为必须导致某一犯罪结果的出现时才构成犯罪既遂,这时的实行犯就表现为结果犯;如果刑法要求行为人实施的犯罪行为必须经历一定过程或者达到一定程度时才构成犯罪既遂;这时的实行犯就表现为行为犯;如果刑法要求行为人实施的犯罪行为一经着手就构成犯罪既遂,这时的实行犯就表现为举动犯。因此,行为犯、结果犯、举动犯是实行犯在不同情形下表现出的一种犯罪状态,在性质上都属于实行犯。

(二)从犯性质的实行犯犯罪既遂的基本原则

从犯性质的实行犯,是指在共同犯罪中直接着手实行犯罪,且在共同犯罪中起次要作用的犯罪分子。从犯性质的实行犯犯罪既遂的认定,既要考虑到实行犯犯罪既遂的基本原则,也要兼顾从犯的特殊性。在单独犯罪的实行犯中,犯罪既遂的认定相对简单,只

^① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第499页。

要是行为人将实行行为实施完毕,就达到犯罪既遂的程度。在共同犯罪的实行犯中,从犯犯罪既遂的认定则相对复杂。笔者认为,要准确把握从犯性质的实行犯的犯罪既遂,须坚持以下三种原则:

1. 从犯实行犯的犯罪既遂依赖于主犯实行犯的犯罪既遂

判断从犯实行犯犯罪既遂与否,主犯实行犯的犯罪状态具有决定性的作用。如果主犯实行犯达到犯罪既遂,从犯实行犯只要着手实施了犯罪,也就达到犯罪既遂。即便是在结果犯的场所,主犯实行犯的犯罪行为产生了法定犯罪结果,从犯实行犯只要是着手实施了犯罪,也一并被认定是犯罪既遂,即使这一犯罪结果不是该从犯直接导致产生。例如,两名犯罪分子故意杀害某人,都直接实施了故意杀人的犯罪行为,某甲击中了被害人的要害,是导致被害人死亡的直接原因,虽然某乙在犯罪中只是实施了打击被害人非要害部位的次要的犯罪行为,但是也应当被认定是犯罪既遂,这样认定就坚持了共同犯罪的整体认定精神。

2. 从犯实行犯的犯罪既遂受制于具体的犯罪类型

实行犯可进一步区分为行为犯、结果犯和举动犯,从犯实行犯的犯罪既遂直接受到这些具体犯罪类型的制约。在行为犯的场所,从犯实行犯只要将刑法所规定的某一犯罪构成要件的行为实施完毕,即达到犯罪既遂的程度;在结果犯的场所,从犯实行犯不但要实施刑法所规定的某一犯罪的构成要件的行为,还要求发生法定的犯罪结果,才能达到犯罪既遂,虽然这一犯罪结果并不要求由该从犯的犯罪行为直接导致;在举动犯的场所,只要从犯实行犯一着手实施刑法所规定的某一犯罪,就达到犯罪既遂。

3. 从犯实行犯的犯罪既遂受实行犯单复数的影响

根据犯罪行为的结构和特点不同,犯罪行为可以分为单一危害行为和复杂危害行为。有的学者称之为“构成要件行为之单复”。构成要件行为之单复与行为犯既遂形态的确定有着密切的联系。对犯罪行为单复的确定,国外刑法理论有多种学说。如依

行为之自然形态确定的自然说,依通常之社会观念确定的社会说,依行为人的行为意思决定的意思说,依充足构成要件次数决定的充足要件说,以及对以上学说的折衷说等。对此,我国学者提出了自己的看法,如有人在对以上观点具体分析之后指出:作为构成要件的危害行为,已经不是自然现象上和一般社会上的行为,而是具有特定刑法特征的犯罪实行行为,所以,判断某种犯罪构成要件行为的单复,必须根据刑法对该种犯罪的具体要求来决定。根据犯罪构成要件的规定,在行为犯中,有的只有一个构成要件的危害行为,其中虽然有的犯罪行为的完成有赖于他人(主要是犯罪对象或受害人)实施某种行为,但不能把这当复杂危害行为看待。其余的行为则包含两个或两个以上的危害行为。^①单一行为犯中,从犯实行犯与主犯实行犯一样,都是实施单一的危害行为,对从犯实行犯的犯罪既遂认定可以参考上述两种原则。复杂行为犯中,行为犯的犯罪行为由手段行为和目的行为组成。这类行为犯的既遂应以复杂行为均已实行为标志。如果行为人仅仅是实行了手段行为,尚未着手实行目的行为,就不能认为是犯罪既遂。复杂行为犯中的从犯实行犯,一般是实施这类犯罪的手段行为,例如妇女在强奸犯罪中负责暴力压制被害人的反抗,其犯罪既遂与否取决于目的行为是否已经着手实施。只有在目的行为已经着手实施的情况下,从犯实行犯才能达到犯罪既遂,当然,目的行为不要求实施完毕,刚刚开始实施即可。

五、帮助犯犯罪既遂的认定

(一)帮助犯与从犯的关系

帮助犯是指在共同犯罪中起帮助作用的犯罪分子。关于从犯与帮助犯之间的关系,刑法理论界主要存在两种观点:一乃包含

^① 金泽刚、张正新:“行为犯的概念及其既遂形态研究”,载《法商研究》1999年第3期,第101页。

说,即帮助犯就是从犯,帮助犯是从犯的一种;二乃交叉说,即一部分帮助犯是从犯,另一部分帮助犯是主犯。争议源于对我国《刑法》总则关于从犯界定如何理解。我国《刑法》第 27 条将从犯区分为在共同犯罪中起次要作用的从犯和起辅助作用的从犯。通说观点认为,起次要作用的从犯就是次要的实行犯,起辅助作用的从犯就是帮助犯。例如,马克昌先生主编的《犯罪通论》就持该观点,认为在“共同犯罪中起……辅助作用的”从犯,所指就是帮助犯,只是没有使用帮助犯的概念。^①高铭喧先生主编的《刑法学原理》也持该观点,认为在共同犯罪中起辅助作用的犯罪分子,就是指帮助犯。所谓帮助犯是相对于实行犯而言的。是指没有直接参加犯罪的实行,但为实行犯的犯罪创造便利条件的犯罪分子。^②

近年来,一些青年刑法学者对帮助犯主流观点提出了挑战,认为帮助犯在一定条件下可以是主犯。有学者就认为,“帮助作用”并不一定就是辅助作用,帮助他人犯罪的,完全可以在共同犯罪中起主要作用而成为共同犯罪中的主犯。被告人张某,男,24 岁,曾因强奸罪被判刑 5 年。张某经人介绍认识了女青年李某,两人交往一个多月后,李某得知张某有前科,又见张某好逸恶劳,便产生了与张某分手的念头,遂对张某开始冷淡。张某连续约李某数次,均被李某找借口拒绝。张某见如此,便产生了强奸李某,逼李某嫁给自己的恶念。张某将自己的想法告诉其母陈某,陈某认为儿子为恋爱花费了不少钱财,便积极支持。陈某认为由儿子再约李某不方便,便想好了几种引李某到自己家来的计划。一日,陈某以儿子不在家,约李某好好谈谈为由,将李某骗至自己家。陈某将自己事先放有大量安眠药的茶水倒给李某,李某喝后不一会儿,感觉身

① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 549 页。

② 高铭喧主编:《刑法学原理》(第 2 卷),中国人民大学出版社 1993 年版,第 468 页。