



同濟大學 法學文叢

共同犯罪研究

黃麗勤 周銘川 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

共同犯罪研究

黄丽勤 周铭川 著

图书在版编目(CIP)数据

共同犯罪研究 / 黄丽勤, 周铭川著. —北京: 法律出版社, 2011. 9

(同济大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2521 - 6

I. ①共… II. ①黄…②周… III. ①团伙犯罪—研究—中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 186950 号

同济大学法学文丛	共同犯罪研究	黄丽勤 周铭川 著	责任编辑 高山 装帧设计 李瞻
----------	--------	--------------	--------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.625 字数 184 千

版本 2011 年 10 月第 1 版

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

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)

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2521 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

共同犯罪理论是刑法学中的基础理论,也是刑法学中最为重要、争议最为激烈的理论之一,其与刑法学说史上的诸多重要的、原则性的、根本性的理论都息息相关,如犯罪论上的客观主义与主观主义、刑事责任本质上的道义责任论与社会责任论、责任原则方面的个人责任与团体责任、刑罚论上的报应刑论与目的刑论,等等。可以毫不夸张地说,要真正解决共同犯罪的诸多问题,首先必须对刑法学说发展史上的根本性理论具有详尽而透彻的理解,然后结合各时代特有的具体问题进行认真的研究,这样,才能为各种疑难、复杂的实践问题寻找到既具有适当理论基础、又容易形成共识的妥善答案。当然,这需要论者具有深厚的刑法学功底。《共同犯罪研究》一书在这方面作出了比较好的尝试,通过对共同犯罪理论各种学说的评析,对现实中存在纷争的诸多疑难问题进行研究,从刑法学角度对共同犯罪现象进行新的论证,或者提出新的看法。这种努力是可贵的,也是艰辛的,当然也是要冒一定风险的。因为这样的研究,除了需要研

究者具有深厚的理论功底之外,还需要较大的学术勇气,有面对各种质疑和批判的胆量,毕竟一种新的学说、理论的提出,无论其多么正确、多么富有创见,都要经受时间的检验、经受实践的洗礼、经受刑法学人多方面的批评,才能逐渐为人们所接受认同。本书作者能够作出这种选择,也说明了其责任心和自信心。

目前,刑法学界对于共同犯罪本质等诸多基本问题,不仅国内没有定论,而且在刑法学理论较为发达的德、日等国也纷争不断;而共同犯罪又是一种社会中常见的犯罪现象,司法实践中经常出现一些令司法者十分困惑、难以解决的疑难问题:例如,不典型的、数人实施犯罪的现象能否认定为共同犯罪以适用部分行为全部责任原则、实际上仅起次要或辅助作用的暗中帮助者能否认定为从犯给予从宽处罚、中途加入或者退出共同犯罪关系的行为人如何处理,等等,这些问题的解决,无不需以正确的共同犯罪本质理论作为指导。现有的共同犯罪本质理论,无论是两种行为共同说还是四种犯罪共同说,不管是共犯从属性说还是共犯独立性说,都不但在理论上存在难以自圆其说之处,而且也无法有效地指导司法实践正确解决这些问题。究其原因,诚如本书作者所言,就在于它们将共同犯罪的事实认定与共犯的认定及对各行人的定罪量刑等不同层次的问题混为一谈,因而是试图在某个论域一并解决其他论域的问题,恰似缘木求鱼,自然达不到良好效果。对此,本书作者在本书中提出的“共同故意实施犯罪说”,不失为一种简单明快、令人耳目一新的解决办法。作者对自己的观点进行了详尽而充分地论证,体现出作者较为深厚的刑法学理论功底,并能够正确地把握刑法学上的这些基础性、根本性问题,具有较强的逻辑思维能力与写作论证能力。

共同犯罪本质是整个共同犯罪理论的基础,也是解决实践中各种实践问题的基本切入点,如果这一问题能得以妥善解决,那么与之直接

相关的其他问题的解决就不再会棘手。因此,本书作者在本论著中,在对共同犯罪本质进行系统阐述的基础上,也以此为原点,向外延伸,对于共犯的本质、共谋犯、片面共犯、承继的共犯及共犯的脱离等共同犯罪方面的其他疑难问题,也都作了深入的论证,从而使全书形成了一个相对完整、系统的共同犯罪研究理论。作者对于这些问题的研究,无不体现其深厚的理论功底和新颖独特的见解。同时,由于这些观点具有正确的理论支撑,论证方法也科学、严谨,因此,虽然看上去新颖独特,细读起来,却并不显得突兀,让人感到能够自圆其说,能成一家之言。

在研究之中,作者引用、借鉴了大量的德国、日本以及其他国家与地区刑法学界对于共同犯罪的研究成果和各种观点,这使得本成果具有比较丰富的资料基础,因而也使其研究结论具有较强的可信性,说明作者对这一问题的研究是严肃、认真的。当然,作者也没有局限于机械地引入国外相关理论,而是本着洋为中用的原则,用科学的方法将这些理论融入我国本土,使各种学说、观点能紧密切合当代中国的立法、司法实际,以使其能更好地为我国的法律研究者、法律工作者所准确理解和把握,作者书中所提出的“共同故意实施犯罪说”等一系列理论观点,都鲜明地表现出这个特点。

总而言之,本书应当说是目前国内外刑法学界近年在共同犯罪研究方面比较少见的力作,对于我国共同犯罪理论未来的发展能够产生积极的影响,对于指导解决我国司法实践中出现的种种疑难问题也具有比较明显的现实意义。

张绍谦

2011.5

目 录

引言 1

第一章 共同犯罪的本质 5

- 一、关于共同犯罪本质的常见学说 7
- 二、犯罪共同说和行为共同说的利弊分析 16
 - (一) 犯罪共同说的理由评析 18
 - (二) 行为共同说的理由评析 36
- 三、共同犯罪本质的确定原则 46
- 四、共同故意实施犯罪说之提倡 51
- 五、余论:共同正犯的真正含义 62

第二章 共犯的本质 64

- 一、引言:能否承认独立帮助犯 65
- 二、共犯与正犯的区分理论 68
- 三、共犯从属性说与共犯独立性说的分歧 76
 - (一) 共犯从属性说与共犯独立性说的具体理由 77
 - (二) 共犯从属性说与共犯独立性说的理论根基 81
 - (三) 共犯从属性说与共犯独立性说的简要评析 86
 - (四) 共犯从属性说与共犯独立性说在中国
刑法里的命运 94
- 四、余论:可以有限度地承认独立帮助犯 102

第三章 共谋共同正犯与共谋犯 107

- 一、为什么会产生共谋犯问题 107

- 二、日本共谋共同正犯理论简评 109
- 三、我国关于共谋行为法律性质的争议 114
- 四、共谋行为是一种单独的共犯行为 116
- 五、共谋犯的认定与处罚原则 119

第四章 片面共犯 122

- 一、片面共犯中共同犯罪的成立范围之争及评析 123
- 二、片面共犯性质之争及评析 132
- 三、片面共犯人的认定与处罚原则 136
 - (一) 片面正犯的认定与处罚 136
 - (二) 片面帮助犯的认定与处罚 138

第五章 对向犯 141

- 一、对向犯概念辨析 142
- 二、对向犯双方不属于共同实行犯 146
- 三、对于法律没有规定处罚的一方,不能依狭义共犯的规定处罚 150
- 四、对两个司法解释的解读 154

第六章 承继的共同正犯 157

- 一、后行为人应否就全部行为成立共同正犯 158
 - (一) 全部肯定说及其评析 159
 - (二) 否定说及其评析 163
 - (三) 部分肯定说及其评析 166
- 二、共同实施部分行为亦可成立共同正犯 173
- 三、承继的共同正犯理论的具体适用 178

第七章 共犯关系之脱离 183

- 一、共犯脱离的发生阶段 184

- 二、共犯脱离的成立条件 186
- 三、从共犯关系中脱离者应如何承担罪责 189
- 四、适用共犯脱离理论时应注意的其他问题 194

第八章 共同犯罪的其他问题 195

- 一、主从犯问题 196
 - (一)主从犯的分类问题 197
 - (二)主从犯的刑事责任问题 205
 - (三)主从犯认定中的若干问题 206
- 二、身份犯的共犯问题 208
 - (一)身份与身份犯之概念辨析 208
 - (二)成立之身份犯的共犯问题 214
 - (三)定性之身份犯的共犯问题 215
 - (四)共同故意实施犯罪说对身份犯的共犯问题的影响 219
- 三、共同犯罪中的犯罪停止形态 222

主要参考文献 225

后记 232

引 言

共同犯罪理论是现代刑法理论中的基础理论之一,也是刑法理论中争议最大、学说对立最为激烈的理论之一,由于其疑难复杂性,甚至获得了“刑法理论中最黑暗而混乱的绝望之章”的美誉。而对于共同犯罪理论本身的基础性理论,即共同犯罪本质理论,也是争议之声不绝,不仅有犯罪共同说与行为共同说的对立,而且有完全犯罪共同说与至少三种部分犯罪共同说、两种行为共同说的对立。这种对立,对于共同犯罪的诸多理论,均有广泛而深远的影响,诸如共犯本质、共谋共同正犯、片面共犯、对象犯、承继的共犯、共犯的脱离、过失的共同正犯问题等,无不受制于共同犯罪本质理论,这些问题及相关司法实践问题的正确解决,无不依赖于共同犯罪本质理论的正确解决。现有共同犯罪理论之所以被人戏称为“刑法理论中最黑暗而混乱的绝望之章”,正是缘于对共同犯罪本质的错误解读。

而关于共同犯罪本质的种种对立学说的共同谬误,都在于混淆了“共同犯罪”与“共犯”这两个根本

不同的概念,试图在认定是否存在共同犯罪关系(这是事实认定问题)、以决定对各行为人能否适用部分行为全部责任原则(这是法律适用问题)的同时,一并解决对各行为人的身份认定(即属于共同正犯、教唆犯或帮助犯)以及定罪问题(这二者均是法律适用问题),因而无法摆脱非要给共同犯罪关系本身定罪的思维定式,似乎不给共同犯罪关系定罪,就无法认定是否存在共同犯罪关系。而要给共同犯罪关系定罪,首先得确定各行为人所触犯的罪名(一般是数人分别触犯不同罪名,否则不会有类似部分犯罪共同说和行为共同说之类的争议),才能考虑这些犯罪的构成要件之间是否具有“重合”关系,这无疑颠倒了认定犯罪的逻辑顺序,并且有团体责任及违背犯罪构成原理之嫌。因为犯罪认定的顺序应当是,先确定是一个人犯罪还是几个人共同实施犯罪(这是事实认定问题),再分别认定各行为人是否应当承担刑事责任以及如何承担刑事责任(这是法律适用问题)。而传统学说给共同犯罪关系本身定罪,不外乎是给团体定罪,并且给某种人与人之间的关系定罪,本身即是不可思议的,事实上也是不必要的。例如,在甲以杀人故意、乙以伤害故意,共同将丙殴打致死一例中,轻罪的部分犯罪共同说首先根据甲的犯罪故意肯定甲构成故意杀人罪(既遂),根据乙的犯罪故意肯定乙构成故意伤害罪(致死),再比较两人所触犯的罪名在构成要件方面是否有重合之处,进而肯定二人在故意伤害罪(致死)的范围内成立共同犯罪。但是,既然已经认定各行为人所触犯的罪名分别是故意杀人罪和故意伤害罪,并且最终不能够违背各行为人的犯罪故意去认定犯罪,则无论可不可以对各行为人适用“部分行为全部责任原则”,都没有必要硬给共同犯罪关系本身定一个罪。因为只要认定甲与乙之间存在共同实施“犯罪”行为的事实,即可对甲、乙二人适用“部分行为全部责任”原则,进而划分主从犯。反之,否认了甲、乙之间存在共同实施“犯罪”行为的事实,即可认为不应对甲、乙应适用“部分行为全部责任”原则。

而要给共同犯罪关系本身定罪,必然违背犯罪构成基本理论,因为它可能要在各行为人均不触犯的罪名中挑出一个最相近似的罪名作为“共同犯罪”的罪名。例如,对于甲以强奸故意,乙以抢劫故意,共同对丙实施暴力致丙重伤一例中,轻罪的部分犯罪共同说认为,甲和乙要在故意伤害罪的范围内成立共同犯罪,也就是说,甲的一个强奸行为,要同时触犯强奸罪和故意伤害罪两个罪名,而乙的一个抢劫行为,也要同时触犯抢劫罪和故意伤害罪两个罪名,理由是强奸罪和抢劫罪的犯罪构成可以包含故意伤害罪的犯罪构成。但问题是,由于几乎所有的犯罪都有与之“相似”的罪名,是否所有的犯罪行为都可同时触犯多种罪名?这种观点显然会破坏犯罪构成要件的定型性和唯一性,无异于认为一种犯罪可以根据需要认定为具有多种犯罪的犯罪构成,因而同一行为事实必然可以同时触犯多种罪名。

其实,各行为人之间是否存在共同犯罪关系,是一种相对简单的事实认定问题,其答案也是唯一的,要么属于共同犯罪关系,要么不属于共同犯罪关系,不应当随着“共同犯罪”的学说不同而摇摆不定,更不应当也不必要给这种人与人之间的关系确定一个罪名甚至是各行为人均不触犯的罪名。对共同犯罪关系存在与否的判断,依靠的是有效的证据,它与对各行为人的身份认定及定罪问题是处于不同层次的问题,后者才需要犯罪构成理论来解决。因此,有必要克服非要先给“共同犯罪”本身确定罪名才能对各行为人适用“部分行为全部责任”原则的思维定式,将是否存在共同犯罪关系的判断在认定事实层次解决,而将对各行为人的定罪量刑在适用法律层次解决。因此,所谓共同犯罪,是指两人以上共同故意实施社会通常观念上的、事实认定意义上的“犯罪”,不必是完全符合犯罪构成的“犯罪”,这才是“共同犯罪”的本质。简言之,认定“共同犯罪”,无非是为了确定对各行为人能否适用“部分行为全部责任”原则,进而在此基础上划分主从犯,而这一理论目的,只要认

定了各行为人共同故意实施“犯罪”因而具有共同关系即可达到,根本不需要先给共同犯罪关系本身确定一个罪名。

共同犯罪的本质问题解决好了,与之相关的一系列理论问题也能迎刃而解。例如,共犯本质问题不再与犯罪共同说与行为共同说纠缠不清,而是完全依存于犯罪构成理论与各国的立法实际。据此理论基础分析,我国刑法对于教唆犯和帮助犯的规定,既未采取共犯从属性说,又未采取共犯独立性说,而是根据处理问题的实际需要,灵活地作了规定:应承认共谋犯的独立地位,将共谋犯作为一种独立的共犯人类型;片面共犯均不属于共同犯罪,片面教唆概念应予否定,但可有限度地承认独立的帮助犯,将暗中帮助他人实行犯罪者认定为帮助犯并参照适用从犯的处罚原则;对象犯也不属于共同犯罪,即使对于诸如重婚罪之类根据同一条文处罚双方的犯罪,双方也是各自触犯这一条文而不是共同实施犯罪;承继的共犯也是各自依其故意和行为构成犯罪,是否参与实施全部行为并不重要;从共同犯罪关系中脱离者也是依其故意和行为单独定罪,并不取决于其他犯罪人的行为。例如,在甲、乙均以间接故意对丙实施暴力,但甲中途脱离场合,甲只应对至其脱离时止的行为及结果负责,如果其脱离时丙尚未受到轻伤以上伤害,则甲不构成犯罪;而过失共同犯罪、过失共同正犯罪、过失教唆犯罪、过失帮助犯等概念,不仅被我国立法所否定,就是在理论上也毫无存在余地,因为它根本就不是数人共同实施犯罪,缺乏犯意联络是谈不上共同实施的。

本书对于共同犯罪本质及与之密切相关的诸问题均有较为详细的梳理,并均作了不同于传统理论思考,因此有助于刑法学研究者、教师、学生及司法实务人员了解这些理论现状,并从新的角度与思路去看待分析这些问题,相信本书对于共同犯罪的理论发展及司法实践,均能起到一定的作用。

第一章

共同犯罪的本质

——共同故意实施犯罪说之提倡

【要点】犯罪共同说和行为共同说都存在将共同犯罪关系与共犯及定罪问题混为一谈等诸多弊端,因而无法圆满解决共同犯罪的本质问题。实际上,共同犯罪的认定、共犯的认定以及对各行为人的定罪量刑,是处于不同阶段、不同层次的问题,不应混为一谈。因此,应严格区分事实认定与法律评价、认清需要与可能,将共同犯罪的认定定位于单纯的事实认定,而将共犯的认定及定罪问题归还给犯罪构成理论去解决,不应赋予共同犯罪本质理论过多的功能。据此,共同犯罪是指二人以上共同故意实施“犯罪”。所谓共同,要求各行为人具有犯罪故意和犯意联络,都认识到自己是在与他人一起实施犯罪;所谓“犯罪”,是指事实认定意义上的、社会通常观念上的犯罪,不一定是完全符合犯罪构成的犯罪。

共同犯罪的本质问题,是共同犯罪理论中的基础

性问题,这一问题的正确解决,对于诸如共犯的本质、承继的共犯、片面共犯、过失犯的共犯等诸多理论问题的解决,都具有十分重要的影响。而就这一理论本身而言,仍具有许多值得研究之处。例如,虽然危害结果是由各行为人共同造成的,但是有的行为人不具有刑事责任能力时,能否认为该犯罪是仅由具有刑事责任能力的行为人实施,因而让他真正地完全地对危害结果承担刑事责任?能否对其中构成犯罪的人认定为从犯或胁从犯?

例如,刚满14周岁的甲与还差一天就满14周岁的乙共谋共同杀害丙,在作案时,甲因胆小并且比较狡猾,只用木棍敲打了丙的大腿几下,乙则本性凶狠而鲁莽,用尖刀连捅丙胸部几刀致丙当场死亡。此例中,尽管甲的主观恶性并不比乙逊色,并且乙不构成犯罪,但是,在客观上,甲在“共同犯罪”中所起的作用确实比较小,因为丙的确是乙用刀捅死的,不是被甲用棍子敲打腿部致死的。如果根据传统的学说,无论是犯罪共同说还是行为共同说,势必认为甲、乙不构成共同犯罪,甚至认为甲是利用乙实施犯罪的间接正犯,不管事实上是甲挑起犯意还是乙挑起犯意、“是帮甲报仇还是帮乙报仇”。并且,由于不能认定共同犯罪,也无法将甲认定为从犯,无法对甲适用关于从犯“从轻、减轻或者免除处罚”的规定。这对于确实在“共同犯罪”中起次要作用的甲公平吗?不认定共同犯罪,而认为甲是利用乙杀死丙的间接正犯,会不会与案件事实大相径庭?将甲的刑事责任与乙的刑事责任能力捆绑在一起,是否毫无商榷余地?

又如,虽然事实上危害结果是由各行为人共同造成的,但各行为人的故意性质各不相同并且危害结果到底由谁直接造成无法查清时,能否评价为共同犯罪?能否对各行为人适用“部分行为全部责任”原则?这些问题的解决,都有赖于共同犯罪本质问题的解决。

一、关于共同犯罪本质的常见学说

对于共同犯罪是在什么方面“共同”，即共同犯罪是指犯罪的共同还是行为的共同，学界争议较大。在日本刑法学界，素有犯罪共同说、共同意思主体说与行为共同说的对立。早期对立的背景，在于古典学派(旧派)所采的客观主义立场与近代学派(新派)所采的主观主义立场的对抗，后来则演变成客观主义立场内部的对抗。^①其中，除了专门针对“共谋共同正犯”提出的共同意思主体说不具有普遍意义之外，犯罪共同说与行为共同说之间的争议十分激烈。在我国，早期通说为完全犯罪共同说，但近年来，轻罪的部分犯罪共同说有渐成通说之势，只有少数学者明确主张行为共同说。

犯罪共同说认为，共同犯罪是指数人共同实施特定的犯罪。^②根据对共同犯罪成立范围的理解不同，犯罪共同说可分为两种：一是完全犯罪共同说，二是部分犯罪共同说。

完全犯罪共同说认为，共同犯罪是指数人共同故意实施同一种犯罪，要求各行为人具有完全相同的犯罪故意；如果各行为人的犯罪故意不同，则成立各自的单独犯而非共同犯罪，属于同时犯而非共同犯罪。例如，有学者认为，“二人以上实施犯罪时故意内容不同的，不构成共同犯罪。共同犯罪故意是二人以上共同实施同种犯罪的故意。如果实施犯罪时故意的内容不同，就背离了共同犯罪的本意，因此不能成立共同犯罪。例如，一人是伤害的故意，一人是杀人的故意，即使是同时或先后对同一对象实施的，也不能视为共同犯罪，只能按照各自的罪过和行为分别处理”。^③“实施犯罪时故意内容不同的，不构成共同犯罪。例

① 陈子平：《刑法总论》(下)，元照出版有限公司2006年版，第99页。

② [韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第570页。

③ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社2007年版，第192页。

如,甲、乙共同用木棍打击丙,甲是伤害的故意,乙是杀人的故意,结果由于乙打击丙的要害部位致丙死亡,由于没有共同的犯罪故意,不能按共同犯罪处理,只能按照各人的主客观情况分别定罪,即甲定故意伤害罪,乙定故意杀人罪。”^①

部分犯罪共同说认为,成立共同犯罪不要求各行为人的犯罪故意完全相同,只要几个犯罪在构成要件上具有重合部分,就可成立共同犯罪。但是,由于各行为人的犯罪故意不同,最终所触犯的罪名也应不同,故存在一个各行为人“应就何种犯罪成立共同犯罪”的问题。根据对“应就何种犯罪成立共同犯罪”的看法不同,部分犯罪共同说可分为三种:重罪的部分犯罪共同说、轻罪的部分犯罪共同说和各自犯罪的部分犯罪共同说。

重罪的部分犯罪共同说认为,各行为人应就重罪成立共同犯罪,但对于没有重罪的犯罪故意的行为人,只能判处轻罪的刑罚。^②

轻罪的部分犯罪共同说认为,各行为人应在数罪的构成要件相重合的范围内成立共同犯罪,这通常是指其中的轻罪,如盗窃罪和抢劫罪中的盗窃罪,故意伤害(致死)罪和故意杀人罪中的故意伤害(致死),^③也可能是指与相重合的构成要件相符合的另一轻罪,如抢劫罪和强奸罪中的故意伤害罪,但对于具有重罪的犯罪故意的行为人,只能按重罪定罪量刑。这是目前多数学者的观点,通常所谓部分犯罪共同说,即指此说。

各自犯罪的部分犯罪共同说认为,由于共同犯罪是各行为人通过利用其他人的行为以实施刑法命令或禁止的行为,故从各行为人自己的角度来看,只要是在构成要件重合的限度内,其他人就都是自己犯罪

① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第181页。

② [日]山口厚:《问题探究——刑法总论》,有斐阁1998年版,第267页。

③ [日]山口厚:《从新判例看刑法》(第2版),付立庆等译,中国人民大学出版社2009年版,第40页。