



中国青年政治学院
CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

中青年刑法学者专题研讨会文集

共犯论研究

MODERN TREATISE
ON COMPLICITY

林维◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书得到中国青年政治学院出版基金资助

共犯论研究

MODERN TREATISE
ON COMPLICITY

林维◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共犯论研究/林维主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 23550 - 8

I. ①共… II. ①林… III. ①同案犯 - 研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 290579 号

书 名: 共犯论研究

著作责任者: 林 维 主编

责任编辑: 王建君

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23550 - 8/D · 3474

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 41.75 印张 767 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 88.00 元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

新中国的法学研究起步于20世纪50年代,改革开放以来不断发展,现在达到了空前的繁荣。当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,建设社会主义法治国家的历史重任业已摆在了我们的面前,完备的法治需要先进的法律文化,先进的法律文化必然能推动完备法治的形成。当代中国的法律学者任重道远,我们应该有信心、有能力建立起有中国特色的法学理论体系,创造出引领中国法治建设的先进的法律文化。

中国青年政治学院法律系的法学研究人员同样担负着这样的使命和责任,并积极参与其中。中国青年政治学院法律系成立于1993年,伴随着我国改革开放的深入和法治建设的进程,不断发展壮大。该系是一个年轻的教学科研单位,广大教师年富力强,绝大多数是改革开放以后在国内外著名大学取得博士学位的青年才俊。他们热爱法学教育事业,关心我国的法治建设,思想活跃,科研能力较强,科研成果丰富,把他们的优秀科研成果汇编成丛书,不仅是对他们的鼓励,也能够极大地促进我校的法律科学研究,并为国家的法治建设作出独特的贡献。

基于这样的目的,我们编辑出版了《中国青年政治学院法学文库》。该文库以反映在中国青年政治学院法律系工作的法律学者的研究成果,促进我国法治建设和法学的繁荣、发展,促进我校科学研究和人才培养,扶植学术新生力量为主要宗旨,由学院学术委员会和法律系学术委员会审慎选择我校法律研究人员的优秀学术成果,由中国青年政治学院逐年资助出版。

列入出版计划的相关书籍涵盖法学各个学科,观点新颖,思想丰富,学术规范,论证严密,不失为优秀的法学著作。学术事业是一个薪火传承的事业,今后,本文库将不断推出新人新作,希望中国青年政治学院法律系教师能够继续潜心治学、求真求新、务实严谨,并且凝聚成一个朝气蓬勃、锐意进取的学术团体,创造出更高、更有分量的学术成果,为繁荣我国的法学研究和法学教育事业贡献自己的力量。

王新清

中国青年政治学院常务副院长、教授

序

“全国中青年刑法学者专题研讨会”不是一个学会,而是一个每年举行的学术论坛。首届是2004年11月26日至27日在北京大学深圳研究生院举办的“刑法方法论专题研讨会”。此后,每年选择一个在刑法理论上具有前沿性的题目进行深入讨论,并且出版一本论文集。在本届研讨会论文集即将付印出版时,我受邀作序,却之不恭,因而从命,此乃本序之所由来也。

当前我国每年召开的学术研讨会多如牛毛,如果每会必到,一会一文,就会耗费一个学者的全部精力,因而可能沦为“会议学者”。可悲的是,我国这样的“会议学者”并非罕见。但凡“会议学者”,大多数没有自己的学术计划,更无学术追求与学术使命,而是被各种会议的议题牵着鼻子走,其文大多为应景之作,毫无学术创新可言。这样的学术会议除培养一批“会议学者”以外,其实并无太大的学术价值。现在,随着国际交流的加强,国际学术研讨会又开始盛行,诸如世界法律大会之类,不一而足,因而“会议学者”又升格为“国际会议学者”,以参加各种国际会议为荣。对于学术会议的频繁举行,我是颇有微词的,也不以缺席为耻。实际上,一些大型的学术会议,动辄数百人,来自不同领域,具有不同背景,怀有不同目的的人聚合在一起,除了“结识新朋友,再会老朋友”的交谊功能以外,学术氛围已经淡而又淡,学术功能也就退居末位。我以为,学术是一种个人的志业,写作更是一种个体化的行为。先有个人的“自思”,才有公众的“共思”。“共思”是以“自思”为前提的。若无前者则无后者。我并不否认学术交流的重要性及其对于个人研究的启迪性,但我国目前如此频繁、如此庞杂的学术会议,已与学术的宗旨与会议的初衷相去甚远。除了造就一些“华威先生”式的“会议学者”以外,我们的某些学术会议又复何用?

当然,我并不是学术会议的虚无主义者,对于学术活动也不是一概的否定论者。只是对当下的某些以学术之名举行而无学术之实的学术会议,有所不满而已。大概与我有同感的学者不在少数,因而我们几位中青年刑法学者凑在一起,想举办一次我们想参加的学术会议。这一动议由来已久,在我的印象中,至少可以追溯到

2 共犯论研究

1996年的乐山刑法学年会。当时,张绍谦、冯亚东、贾宇、吴振兴、游伟等人,可能还有其他人,但我已经回想不起来了,对张绍谦和冯亚东是印象较为深刻。当时张绍谦还在郑州大学法学院担任院长,有职务上的便利可以利用,想在次年召集一个小型的学术研讨会,讨论刑法基本理论问题。当时的设想很有吸引力,把与会者拉到某风景旅游区,可以携带家属,边游览边讨论,颇有些亚里士多德田园学派之遗风。可惜张绍谦很快想要调离郑州大学法学院,此一调动过程持续数年之久,会议的预想终于未遂。此后,冯亚东又在2002年发起在成都开会,当时冯亚东刚从四川大学法学院调到西南财经大学法学院,为创牌子,院里拨了点儿经费,预定在2003年5月中旬,先到成都开会,然后到海螺沟、稻城等听到地名就令人向往的风景区旅游,谓之会议的延续。没想到人算不如天算,2003年春季,一场席卷全国的非典,又使这次冯亚东已辛苦筹划许久的学术会议告吹。可谓一波三折。我也于1998年从中国人民大学法学院调到北京大学法学院任教。到了2004年这一年,恰逢百年院庆,院里拨了五万元作为刑法学科举办学术庆典活动的经费,这才想起重圆那个做了近八年的学术会议的梦。这次天遂人愿,首届全国中青年刑法学者专题研讨会终于在深圳研究生院召开。

我以为,全国中青年刑法学者专题研讨会最大的特点在于:小规模、专题性、开放式和争辩化。这也是我们设计的初衷,现在按照我个人的理解阐述如下:

小规模,是相对于大规模或者超大规模的学术会议而言的。小规模之小,约在20~30人,超出50人就不属于小规模,100人以上可谓大规模,1000人以上可谓超大规模。在我看来,会议之规模大小恰与会议之学术含量成反比:会议规模越大则学术含量越低,反之亦然。从首届全国中青年刑法学者专题研讨会的规模来看,均未超过30人。唯有会议规模小,才有深入探讨某一问题的可能。因此,小规模是首先需要坚守的一条底线。

专题性,是相对于漫无主题式的研讨活动而言的。每个学术会议都号称有中心议题,但不是中心议题过于宽泛,就是存在多个中心议题,因而使学术讨论难以集中深入。全国中青年刑法学者专题研讨会以单一性专题和小专题为中心议题,不作泛泛而论,而是有感而发。我们设想以后每年的专题设计为刑法教科书中的三级标题甚至四级标题,以某一核心概念为主题,例如第二届的“违法性认识”即为范例。由于专题小,非有专门研究者与会不能有发言权,由此提高了会议的专业性,将“会议学者”拒之门外。

开放式,是相对于封闭式而言的,包括议题开放和与会人员开放。全国中青年刑法学者专题研讨会是一个开放的论坛,凡对某一议题有兴趣者均可参加。它不是一个专门的学术机构,因而是“无组织”;它又遵循一定的学术规范,因而是“有纪律”。这种“无组织有纪律”式学术会议规则能够使之长久地坚持下去。当然,这里的开放式还指会议向举办地的同学开放,首届会议在北京大学深圳研究生院

召开时,参加旁听的法律硕士多达百人,同学们还向与会者提问,展开互动。由此添增了会议的“人气”,又使会议附带地收获“教学”的功效,可谓一举多得。

争辩化,是相对于以往会议只有发言没有交锋的状况而言的。在会议进行当中,学者之间可以就某一问题展开充分而深入的观点争辩,甚至不乏脸红耳赤之状,一改学者的温良恭俭之风。尤其是陈忠林教授、冯亚东教授、冯军教授,均以好争善辩而著称于会,可惜没有实况录像,未与会者无缘一睹争辩时各位教授的风采。

学术会议的学术性不仅贯穿在会议当中,更重要的是体现在会议达成的共识上。我甚至想,能否每次会议都由主办者起草一份“关于×××问题的决议”,抑或是“宣言”,以免会后遗忘,也告未与会者周知。

我们的会议名称为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,似有排斥老年刑法学者之嫌。当时起名的初衷有自谦之意,只是少数中青年学者的造次,未敢惊动刑法学界的老一辈学者。当然,有老年刑法学者参与指导则更是会议之幸矣。首届会议有北京大学法学院德高望重的储槐植教授、张文教授与会,使会议大为增色。当然,我们也有年老的那一天,届时会议名称仍为“全国中青年刑法学者专题研讨会”,会议的主体将是那时的中青年刑法学者,而我辈则将退居二线矣。

以上感言,率性而随意,不文不白,不三不四,亦可为序乎?是为序也!

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

目 录

第一议题 共同犯罪关系的脱离

共同犯罪关系之脱离

——兼论共同犯罪参与之中止/徐育安	3
共犯脱离的判断基准:规范因果关系遮断说/刘艳红	21
共犯脱离论文评议/黎 宏	43
共同犯罪(参与犯)关系脱离的评论意见/陈子平	52
论共谋共同正犯脱离制度在我国刑法中的确立/王志祥 韩 雪	74
论共犯关系脱离的认定	
——从结果归责出发/葛 磊	93
论英国刑法中的共犯退出/谢望原 王 波	106
我国共犯关系脱离的刑事政策研究/张曙光	122

第二议题 共同犯罪与身份

共犯与身份/陈志辉	133
真正身份犯之共犯问题展开	
——实行行为决定论的贯彻/林 维	151
身份犯之共犯:以比较法为视角的考察/陈兴良	169
犯罪参与及身份	
——评林维教授与陈志辉教授两篇文章/王效文	186
共同犯罪与身份问题的迷思/陈世伟	195
商业贿赂犯罪共犯的定性问题探讨/孟庆华	204
身份犯中的犯罪参与问题比较研究/童德华	215

第三议题 教唆犯的独立性与从属性

主行为故意对共犯从属的意义/许泽天	235
-------------------	-----

2 共犯论研究

共犯从属性说的展开/周光权	257
我国大陆不宜采取共犯从属性说/刘明祥	274
共犯从属性的光与影/李圣杰	285
从属性观念下共犯形态论之阶层考察 ——兼议构成要件符合形态论之提倡/阎二鹏 任海涛	292
论共犯的从属性与独立性 ——从共犯处罚根据论的检讨/王 俊	312
共犯的实行从属性说之提倡/钱叶六	325
论教唆犯的独立性与从属性 ——兼议教唆犯的成立根据与处罚根据/魏 东	344

第四议题 帮助犯的因果关系

帮助行为的因果关系/蔡圣伟	379
论帮助犯的因果关系/陈家林	397
关于两篇“帮助犯的因果关系”主报告的评论/冯 军	418
帮助行为的因果关系及中性帮助问题/林钰雄	427
帮助行为因果关系研究/刘代华 齐文远	449
共同犯罪的正犯、帮助犯理论的反思与批评/杨兴培	473

第五议题 共同犯罪的其他问题

交通肇事逃逸的相关问题研究/劳东燕	487
设定性教唆:一种教唆类型的证成/陈兴良	515
论结果加重犯的共同正犯的归责原则和原理/方 鹏	522
事前通谋与共同犯罪成立 ——兼评我国有关“事前通谋”的司法解释/姜 涛	539

高级论坛实况	563
--------	-----

第一议题

共同犯罪关系的脱离

共同犯罪关系之脱离

——兼论共同犯罪参与之中止

徐育安*

一、序言

(一) 问题的提出

共同正犯在刑法上被视为一个法律评价上的整体,全体成员一致对犯罪之结果负责;而教唆犯与帮助犯则按照从属性之法理,应按照正犯所犯之罪罚之,依此,数人参与犯罪就意味着他们彼此之间在犯罪成立上与评价上具有关联性。“共同犯罪关系”虽然细观之下仍有不同之处,其或者同心合力休戚与共,或者为虎作伥助纣为虐,或者引他人于歧途,但是,可以一并讨论的是,这样的共同犯罪关系是否以及如何能够脱离,这一点迄今在台湾地区学术界与实务界的讨论与思考仍属鲜少,而且多局限于共同正犯关系之脱离问题。^① 本文要探讨的主题,换一个角度来说,倘若正犯或正犯中之一人已达于犯罪既遂时,其他的犯罪参与者是否仍可能仅须负未遂之责? 其仅负未遂责任之前提条件为何?

与本文此一课题紧密相关的是,共同犯罪中之部分成员能否单独成立中止犯,由于中止犯唯有在行为人负未遂责任的前提之下,方有成立之可能。因此,若是对于数人共同犯罪之案例,承认有可能可以分别论就罪责,才有可能出现虽部分参与者论以既遂犯,但其他人仍得以成立中止犯之情形。然则,台湾地区“刑法”第27条第2项规定,“前项规定(亦即中止犯之规定),于正犯或共犯中之一人或数人,因己意防止犯罪结果之发生,或结果之不发生,非防止行为所致,而行为人已尽力

* 台北大学法律学系副教授。

① 迄今学者所著文献有:甘添贵:《中止犯之基本理念》,载甘添贵:《刑法之重要理念》,台北瑞兴图书股份有限公司1996年版,第159页以下;李茂生:《共犯关系之脱离》,载《月旦法学杂志》1996年第21期;陈子平:《刑法总论》,台北元照出版公司2008年增修版,第635页以下;陈子平:《共同正犯的脱离与中止》,载《月旦裁判时报》2010年第1期;陈子平:《着手实行前共同正犯关系之脱离》,载《月旦法学杂志》2012年第203期;徐育安:《共同正犯之既遂、脱离与中止》,载《台湾法学杂志》2011年第181期。

为防止行为者,亦适用之”,依此条文之文义,在其所述的两种下位类型,皆以犯罪之结果不发生为前提,如此一来,似乎否定了结果发生时,部分参与者仍可成立中止之可能性。

(二) 脱离与中止之区分

此处尚须事先进一步说明者为,有文献意见不区分共同犯罪关系之脱离与中止,亦即将这两个概念视为同一者^①。本文以为,此两者之间确实甚有关联,但仍予以清楚划分之意义与必要,脱离所指的是参与犯罪的数人之间,在参与结构上的解消,此意味着归责关联上的脱钩;而与之不同的是,共同犯罪之中止,其所涉及的乃参与犯罪的数人,其中部分之人如何成立中止的问题。

脱离与中止既然分属不同的问题范畴,因此在要件上也当有不同,对于前者所要思考的是,共同犯罪之结构会在何种条件之下解体;而后者则是着墨于何种行为可获得刑罚上的宽免。脱离与中止两者紧密之处在于,前者可能是后者成立的主要条件,因为中止犯成立的前提之一,即是进入着手却尚未既遂,而脱离共同犯罪关系之人,可以不受犯罪既遂之归责,因此,即满足中止犯成立条件之一;而脱离与中止两者不同之处则在于,脱离是犯罪参与者的分道扬镳,其出现的时间点不但可以是未遂阶段,若尚在着手犯罪之前,仍可为之;但是,中止则与之不同,按照普遍的见解,必须是犯罪已进入着手阶段之后,方有中止犯成立之可能。^②

综上所述,既然脱离与中止是紧密但不相同的两个概念,那么,我们应当予以划分后,个别地检视其要件。不过,由于台湾地区实务并未严格区分两者,因此,以下即以此一思考方向作为讨论之开端,观察其中将衍生的问题。

二、台湾地区实务判决与学说意见

(一) 实务见解

台湾地区“最高法院”对于共同犯罪关系脱离此一课题,按照犯罪行为之发展阶段,分为两种下位类型思考,亦即区分为预备阶段与未遂阶段两种情形

1. 着手前之脱离

针对前者,亦即虽有共同犯罪之部分成员于预备阶段退出,但其他成员并未放弃犯罪计划,并进而有着手实行行为之情形时,值得一提的是早期实务曾著有一判

① 参见陈子平:《刑法总论》,台北元照出版公司2008年增修版,第633页;陈子平:《着手实行前共同正犯关系之脱离》,载《月旦法学杂志》2012年第203期。

② 相近之说明参见甘添贵:《中止犯之基本理念》,载甘添贵:《刑法之重要理念》,台北瑞兴图书股份有限公司1996年版,第163页。

例,即1917年非字第67号判例谓:“共谋行劫,同行上盗,经抵事主门首,心生畏惧,即行逃回,事后亦未分得赃物者,既已于着手强盗之际,以己意而中止,则对伙犯入室后拒伤事主,自不负责。”此一判例虽有“中止”之用语,应仍属一对于着手前脱离之案例,因为按照早期实务所主张之形式客观说言之,退出的时点是在抵达被害人居所门前之时,此时尚难谓已开始于构成要件行为之全部或一部。^①本案判决认为,行为人于退出之后,即毋庸对于其他共同正犯所为负责,但是,对于理由之构成少有着墨,仅有寥寥“心生畏惧,即行逃回”数语,亦即只需于着手前离开,即可全身而退,此一见解可以说极为宽纵与失诸笼统。

以近期实务意见来说,“最高法院”已对于数个相关之案件作出判决,例如,行为人甲与其他共同正犯乙等数人计划对被害人泼硫酸,但在与其他共同正犯一起抵达埋伏地点时,见被害女子当时携同小孩在旁,甲乃反悔而未下手,并出手阻挡乙,但乙仍走近被害人,自背后拍打其肩膀,并趁其转身之际,将硫酸朝被害人脸部泼洒,使其受到重伤。二审将行为人以共同使人受重伤罪论处,但“最高法院”则持不同意见,其于2005年台上字第3515号判决中表示,被告事前共谋犯罪或参与预备犯罪之行为,但于尚未着手之际即因反悔而拒绝参与实施犯罪之行为,并以行动阻止其他人实施犯罪之行为;纵其阻止无效,其他人仍下手实施犯罪行为而发生犯罪之结果,反悔者既已无与之共同犯罪之意思,亦未参与实施犯罪之行为,除法律有处罚该罪之阴谋犯或预备犯之规定,应论以该罪之阴谋犯或预备犯外,不能论以该罪之共同正犯。

在另一案中,行为人A与B、C、D因缺钱用,B提议寻找家境富有之对象骗取提款卡、存折,再加以杀害、弃尸,然后向其家属诈骗金钱。经多次谋议后,选定E为对象,并推由A邀其外出,D负责骗取其银行卡及存折,B与C则负责杀害行动。但A因恐犯行败露,一度离去,随后又坚定心意加入。其后,众人改以F为对象,由A邀约至某撞球场一同撞球,并介绍与B、C认识。A思及F将遭杀害,又改变心意,不愿意继续参与,即借词离开,拒绝与B等人联络,终止其共同杀人及诈财之犯意联络。其后B、C、D继续原先之犯罪计划,在撞球场顺利骗取F之银行卡、存折及密码,进而予以诱杀后,电告其父须将赎款汇入F之账户。其间,B担心计划可能会遭A破坏,乃拨打其移动电话,因A拒绝接听,B遂留言令其联络,否则将受不利。

^① 参见甘添贵:《中止犯之基本理念》,载甘添贵:《刑法之重要理念》,台北瑞兴图书股份有限公司1996年版,第169页。不过,本判例被列入2005年修正“刑法”总则第27条第2项之修正理由中,依此,似乎认为本判例所涉及者为着手后之脱离与中止。

本案于二审论处 A 以共同连续预备杀人罪刑,其不服而上诉后,“最高法院”于 2006 年台上字第 3251 号判决支持二审判决并指出,于着手前退出犯罪计划之人,由于其并未参与犯罪行为之实行,至多仅能论以阴谋犯或预备犯之罪,无成立中止犯之余地。依此,退出者离开了共同正犯结构,是故,在刑事责任上当与其他继续坚持犯罪之人分离,并未一同进入着手阶段,因此,无法成立以着手为前提的中止犯。

上述两个判决在案件事实上的差异在于,2005 年台上字第 3515 号判决中行为人为甲,其曾试图阻止其他正犯之行为而无功,而 2006 年台上字第 3251 号判决之行为人为 A 则毫无作为。而从这两个判决的发展脉络中可以看出,这一点似乎已经对于“最高法院”无关紧要。^① 综合两个判决的主张,在预备阶段即停止共同犯罪之参与者,当可借由其退缩不前而得与其他犯罪者从此一刀两断、划清界限,最后仅为自身所实际参与之阴谋与预备之行为负责,虽然,“最高法院”在此处并无脱离之用语,但其结论与共同犯罪关系脱离之思考相吻合。

不过,“最高法院”此一法律意见的理论基础其实并不清楚,这也导致其适用条件不明,尤其如学者指出,2006 年台上字第 3251 号判决其中所涉及的不作为责任,丝毫未被提及。^② 质言之,退出犯罪计划之人,如何才能算是成功退出,在两个判决之中并未提及,恐有失诸于笼统之嫌。再者,是否在拒绝共同实行犯罪之后,尚须阻止犯罪结果之发生,确有不明确之处。

2. 着手后之脱离

针对已进入着手阶段的情形,以下之案例为其典型:甲于 2004 年 10 月 18 日受乙指示,将化学物料、制作工具等物搬运进入无人山区,且于夜晚与甲共同进行化学原料反应,尝试以化学原料制作相关毒品。其后,甲知其受警方查找,乃于同年 10 月 21 日前往“内政部”警政署保三总队,经警员告知已经掌握其有协助乙制毒之行为时,甲衡量利害轻重下供出部分犯行,制作一检举乙制毒之笔录。经台湾地区高等法院高雄分院 2005 年上诉字第 1105 号判决,认为共同实施犯罪行为,系在合同意思范围内相互利用他人之行为,借以达成其犯罪之目的,原不必每一阶段均参与,只需分担犯罪行为之一部分,即应对于全部所发生之结果共同负责,因而认定甲与乙为制造第二级毒品既遂罪之共同正犯。甲不服此判决,乃提起第三审上诉,其上诉理由主张,制造甲基安非他命之过程可分为三个阶段,其纵系参与第一阶段,之后即离开并前往制作检举笔录,显系因己意而中止犯罪行为,为中止未

^① 参见陈子平:《着手实行前共同正犯关系之脱离》,载《月旦法学杂志》2012 年第 203 期。

^② 同上注。

遂,因此,该判决论甲以既遂罪,自属违法判决。

对于上述争论,“最高法院”于2007年台上字第2883号判决指出,共同实施犯罪行为,系在合同意思范围内相互利用他人之行为,借以达成其犯罪之目的,本即毋庸参与每一犯罪行为阶段,而只需分担犯罪行为之一部分,即应对于全部所发生之结果共同负责,既然如此,则当共同正犯中之一人,其犯罪已达于既遂程度者,其他正犯亦应以既遂论科。又中止犯仍为未遂犯之一种,必须犯罪之结果尚未发生,始有成立可言。共同正犯之一人或数人虽已中止其犯罪行为,尚未足生中止之利益,必须经由其中止行为,予其他共犯以实行之障碍;或劝导正犯全体中止;或有效防止其犯罪行为结果之发生;或其犯罪行为结果之不发生,虽非防止行为所致,而行为人已尽力为防止行为者,始能依中止未遂之规定减轻其刑。依此,由于“刑法”第28条之适用,必须对于其他共同正犯之行为负责,不得仅因自己之停止犯罪而得置身事外,无法片面主张脱离共同正犯关系,而在其他共同正犯既遂之情形,亦视同自己犯罪既遂,故无法成立中止犯。

由本判决之见解观之,似乎认为一旦进入了着手的阶段之后,则此共同犯罪关系即无法解消,亦即部分之参与者即便于此时完全退出,仍然一律要担负犯罪既遂之结果,这样的结果正与着手前脱离之情形完全相反。不过,已有学者正确指出,其实本判决是忽略了“共同正犯脱离”之概念^①,换言之,该判决并未有脱离此一问题意识,而单纯以共同正犯之法理推导出全部负责之结论。

综上所述,台湾地区实务上对于数人共同犯罪关系,是否能够彼此间相互“脱离”,其答案是有所区分的,亦即若于预备阶段退出时,即能成功地脱离;但是,若是在进入未遂阶段之后方才退出,则否。此一区分之法理何在,值得深究,初步言之,似乎是建立在共同正犯互为他人行为负责的基础之上,意即相互为对方的实行行为负责。果真如此,我们可以轻易地看出,此一意见将会造成一个难解的问题:意即要如何解释台湾地区实务上所承认之共谋共同正犯即成为问题,因为在此类型中,即便行为人仅参与谋议并至预备阶段,但只要其中部分共同正犯进入未遂或进而达成犯罪既遂,仍然要为其他共同正犯之行为负责。因此,仅以犯罪阶段作为区分脱离可能性之标准,似乎过于形式化,尚欠缺更细致与实质的说理。

(二) 学说意见

1. 共同犯罪之中止

共同犯罪成立中止犯之要件,依照台湾地区于2005年修正之“刑法”第27条第2项之明文,系将单独正犯之规定,于数人参与犯罪中之一人或数人符合“因已

^① 参见陈子平:《共同正犯的脱离与中止》,载《月旦裁判时报》2010年第1期。

意防止犯罪结果之发生,或结果之不发生,非防止行为所致,而行为人已尽力为防止行为者”之情形时,亦有适用,换言之,共同正犯与共犯亦得因其中止而获得刑罚之宽免。然而,此种个人解除刑罚事由,即便未有明文,在刑法论理上亦当如此解释,此属台湾地区学界通说之意见^①,亦属实务所承认^②,依此,仅准中止犯的部分必须仰赖法律明文予以确定之。

按照上述之通说意见,共同正犯或共犯中之一人或数人成立中止犯之要件,在主观上其中止系出于己意,这一点与单独正犯并无不同,然而,在客观上则有较为严格之条件,亦即仅单纯之中止其个人之犯罪行为仍属不足,须其中止阻碍正犯犯罪之既遂,或采取防止劝导等手段,令犯罪计划不遂者,方为已足。^③依此,台湾地区学界多数意见认为,若共同正犯之犯罪已然既遂者,即便其中之一人或数人曾经于犯罪着手后己意中止且采取防止行动,该中止之人仍无由成立中止犯。^④

2. 共同犯罪之脱离

所谓共同犯罪关系的“脱离”,台湾地区学者一般而言对此虽较少着墨,但早已出现有力学说引入日本之学说意见指出,脱离即意味共同正犯关系之解消,以共同正犯为例,其中之一人或数人于预备阶段即行退出犯罪计划,不参与犯罪之着手;或于犯罪着手之后,虽曾对于犯罪之进行确有所贡献,但嗣后另以行动消除其既有之影响,以此与原有之共同正犯集团分离。而对于脱离与否之认定,主张本概念者从正犯与共犯之处罚基础皆在于保护法益出发指出,既然两者皆以造成法益侵害或法益侵害危险为处罚之理由,若是此一侵害法益的因果作用力不复存在,即从归责上脱离,依此,乃提出“因果关系切断说”认为,欲脱离之人必须是在因果关系上,其对于犯罪结果完全丧失作用力,而且此因果作用力不但是物理的,也包含心理上的作用力。若此两种关联尽予断除,则该脱离者对于其他共同正犯所实现之结果即毋庸负责,换言之,若共同正犯之一人或数人已与其他共同正犯脱离,则即便其他成员不放弃原犯罪计划而使犯罪既遂,脱离者仅论以未遂犯之共同正犯。

① 参见韩忠谟:《刑法原理》,台北五南图书出版公司1982年版,第299页;台湾地区“最高法院”1988年台上字第4409号判决。

② 参见司法院1932年院字第785号解释(二):共同正犯、教唆犯、从犯,需防止结果发生之效果发生,始能依中止犯之例处断。

③ 参见韩忠谟:《刑法原理》,台北五南图书出版公司1982年版,第299页;林山田:《刑法通论》(增订十版)(下),2008年自版,第101页;林东茂:《刑法综览》(第6版),一品文化出版社2009年版,第1—281页;司法院院字第785号解释;台湾地区“最高法院”1988年台上字第4409号判决。

④ 参见韩忠谟:《刑法原理》,台北五南图书出版公司1982年版,第299页;林山田:《刑法通论》(增订十版)(下),2008年自版,第96页;林钰雄:《新刑法总则》(第2版),台北元照出版公司2009年版,第446页;台湾地区“最高法院”1988年台上字第4409号判决,2010年台上字第6492号判决。