

刑法与刑事司法



2014年第1卷

总第3卷

刑事法学教授论坛

从参与关系脱离之责任归属 / 余振华

犯罪趋势中长期预测的实验与反馈 / 冯树梁

论实行行为性的判断 / 林亚刚 黄鹏

俄罗斯联邦预防腐败法律文化的提升 / [俄]加尔马耶夫·尤·普

论社会危害性的范畴 / 彭文华

刑事法·科学·文化

【CLCJ笔谈&环境犯罪疑难论】

笔谈案语 / 焦艳鹏

环境污染犯罪疑难问题探析 / 缪军

污染环境罪若干争议问题研究 / 束玉兴 戴有举

污染环境罪司法解释研究 / 赵宏轩

人类主体主义是环境刑法的永恒本色 / 陈自强

【学术书评】

美国学者视野下的中国刑事审判——读何宽教授的英文著作

《中国刑事审判：一场综合性的实证探寻》/ 李晓明 朱嘉璐

论刑事被害人救济的一元制模式

——格哈德·瓦格纳《损害赔偿法的未来》读书笔记 / 陆通

一部追求刑法理论创新的著作

——评王俊先生《犯罪论的核心问题》/ 蔡桂生

我国社会治安防控体系建设的又一篇宏观巨作

——评李晓明、张跃进主编的《社会治安防控体系建设研究》一书 / 陈波

一本环境刑事证明研究的创新之作

——评蒋兰香教授《污染型环境犯罪因果关系证明研究》/ 焦艳鹏

《刑法与刑事司法》编辑部

刑个罪与实体法

自贸区金融创新与刑法“口袋罪”关系问题研究

——“负面清单”规则司法落实 / 保建明 付继博

中国互联网金融犯罪及刑法控制研究 / 何雷

酌定量刑情节影响死刑裁量的规则构建

——以91个故意杀人罪典型指导案例为样本的实证考察 / 赵权 李军

论民意能否作为刑事司法定罪量刑之考量因素 / 朱强

民刑交叉案件的热点问题探讨——以一则案例为例 / 蒋桂芳 胡昊

网络言论的刑法规制——从“两高”司法解释切入 / 时方

对事后抢劫罪的解读——兼评周某行为之性质 / 帅红兰

刑事司法界

Evolution of the Re-Education through Labor System in China:
with Specific Reference to Its Development over the Last
Ten Years / Yin Bo Wang Fu

检务公开法制化研究——以国外官方信息公开法制化为视角 / 尹吉

刑事审判庭与刑事法院——法院组织法预设的基本关系 / 张成敏

论当前我国侦查的私人刑事调查化 / 欧阳爱辉

新《刑事诉讼法》背景下羁押性刑事强制措施制度的问题

揭示与完善路径分析 / 刘福龙 刘宏光

现场勘查见证人制度的反思与完善 / 乔顺利 李克刚

关于渎职犯罪审理中若干问题的调研报告

——以S省H市法院渎职犯罪案件审理情况为分析样本 / 田源 王群

论对精神病人的强制医疗 / 何群 吴志华

探索刑满释放人员的回归社会之道

——美国的“重返社会计划”与中国借鉴 / 朱嘉璐

【刑事司法界风采录】

苏州市中级人民法院 / CLCJ编辑部

传承创新中的苏州市姑苏区政法委员会 / CLCJ编辑部

前进中的仪征市人民检察院 / CLCJ编辑部

国际刑法与区际刑法

条件不起诉制度之比较 / 刘文

刑事司法协助的困境及其出路 / 蒋铃 高攀



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Criminal Law and Criminal Justice

刑法与刑事司法



2014年第1卷

总第3卷

《刑法与刑事司法》编辑部



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法与刑事司法. 2014 年. 第 1 卷: 总第 3 卷 / 李晓明主编. —北京: 法律出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7209 - 8

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924. 04②D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 265712 号

刑法与刑事司法(2014 年第 1 卷·总第 3 卷)

李晓明 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2014 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.75 字数 450 千

印次 2014 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

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 - 5118 - 7209 - 8

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编：李晓明

副 主 编：张成敏

编 务：帅红兰

网络编务：陈培培

英文翻译：朱嘉珺

英文审校：焦艳鹏

编辑部地址

苏州市十梓街1号

苏州大学王健法学院 (215006)

Kenneth Wang Law School,

Soochow University

编辑部电子信箱

clcj99@163.com

编辑部官方博客：

<http://clcj.fydz.cn/>

目 录

刑事法学教授论坛

从参与关系脱离之责任归属	余振华(1)
犯罪趋势中长期预测的实验与反馈	冯树梁(13)
论实行行为性的判断	林亚刚 黄 鹏(19)
俄罗斯联邦预防腐败法律文化的提升	[俄]加尔马耶夫·尤·普 龙长海译(29)
论社会危害性的范畴	彭文华(35)

个罪与实体法

自贸区金融创新与刑法“口袋罪”关系问题研究	
——“负面清单”规则司法落实	保建明 付继博(44)
中国互联网金融犯罪及刑法控制研究	何 雷(51)
酌定量刑情节影响死刑裁量的规则构建	
——以 91 个故意杀人罪典型指导案例为样本的实证考察	赵 权 李 军(57)
论民意能否作为刑事司法定罪量刑之考量因素	朱 强(81)
民刑交叉案件的热点问题探讨	
——以一则案例为例	蒋桂芳 胡 昊(91)
网络言论的刑法规制	
——从“两高”司法解释切入	时 方(96)
对事后抢劫罪的解读	
——兼评周某行为之性质	帅红兰(102)

刑事司法界

Evolution of the Re-Education through Labor System in China; with Specific Reference to Its Development over the Last Ten Years	Yin Bo Wang Fu(110)
检务公开法制化研究	
——以国外官方信息公开法制化为视角	尹 吉(122)
刑事审判庭与刑事法院	
——法院组织法预设的基本关系	张成敏(129)
论当前我国侦查的私人刑事调查化	欧阳爱辉(135)
新《刑事诉讼法》背景下羁押性刑事强制措施制度的问题揭示与完善路径分析	刘福龙 刘宏光(147)

现场勘查见证人制度的反思与完善	乔顺利	李克刚(154)
关于渎职犯罪审理中若干问题的调研报告		
——以S省H市法院渎职犯罪案件审理情况为分析样本	田源	王群(160)
论对精神病人的强制医疗	何群	吴志华(189)
探索刑满释放人员的回归社会之道		
——美国的“重返社会计划”与中国借鉴	朱嘉璐	(201)

【刑事司法界风采录】

苏州市中级人民法院	CLCJ编辑部	(214)
传承创新中的苏州市姑苏区政法委员会	CLCJ编辑部	(215)
前进中的仪征市人民检察院	CLCJ编辑部	(216)

刑事法·科学·文化

【CLCJ笔谈 & 环境犯罪疑难论】

笔谈案语	焦艳鹏	(217)
环境污染犯罪疑难问题探析	缪军	(218)
污染环境罪若干争议问题研究	束玉兴	戴有举(227)
污染环境罪司法解释研究	赵宏轩	(234)
人类主体主义是环境刑法的永恒本色	陈自强	(245)

【学术书评】

美国学者视野下的中国刑事审判

——读何霓教授的英文著作《中国刑事审判：一场综合性的实证探寻》

.....	李晓明	朱嘉璐(259)
-------	-----	----------

论刑事被害人救济的一元制模式

——格哈德·瓦格纳《损害赔偿法的未来》读书笔记

一部追求刑法理论创新的著作

——评王俊先生《犯罪论的核心问题》

我国社会治安防控体系建设的又一篇宏观巨作

——评李晓明、张跃进主编的《社会治安防控体系建设研究》一书

一本环境刑事证明研究的创新之作

——评蒋兰香教授《污染型环境犯罪因果关系证明研究》

国际刑法与区际刑法

海峡两岸附条件不起诉制度之比较	刘文	(278)
论海峡两岸刑事司法协助的困境及其出路	蒋铃	高攀(284)

Contents

The Criminal Law Professors' Forum

- Attribution of Responsibility From the Participation Relationship Yu Zhenhua(1)
- Experimentand Feedback on Crime Trends and Long Term Forecasting
..... Feng Shuliang(13)
- On the Implementation of Behavioral Judgment Lin Yagang Huang Peng(19)
- Enhance of Law Culture of Corruption Prevention by Russian Federation
..... (Russia) Гармаев Ю. П./Long Changhai(29)
- On the Category of Social Harm Peng Wenhua(35)

Crimes and Substantive Law

- Research on Relationship Between Financial Innovation in Free Trade Area and
“Pocket Crimes” of Criminal Law Bao Jianming Fu Jibo(44)
- Chinese Internet Financial Crime and Criminal Law Control He Lei(51)
- Discretionary Sentencing Rules Affecting Discretionary Death Penalty Construction
—Empirical Investigation in 91 Typical Guidance Cases of Intentional Homicide as
Samples Zhao Quan Li Jun(57)
- On the Public can Consider as Factors Criminal Justice Conviction and Sentencing
..... Zhu Qiang(81)
- Hot issues Discussed about Civil Criminal Cases Jiang Guifang Hu Hao(91)
- Criminal Regulation of Network Speech
—Cut from Two High Judicial Interpretations Shi Fang(96)
- Interpretation of Post-Robbery
—Comment on Behavior Nature of Mr. Zhou Shuai Honglan(102)

Criminal Justice Circle

- Evolution of the Re-Education Through Labor System in China: with Specific
Reference to Its Development Over the Last ten Years Yin Bo, Wang Fu(110)
- Making Public Legalization—in Perspective of Foreign Official Information
Disclosure Legally Yin Ji(122)
- Criminal Court and Criminal Court Zhang Chengmin(129)
- On the Current Private Criminal Investigation of Investigation Ouyang Aihui(135)

Issues Reveal and Perfect Path Analysis of Custodial Criminal Coercive Measures
System under the Background of New “Criminal Procedure Code”

..... Liu Fulong, Liu Hongguang(147)

Reflection and Improvement of Witnesses System Site Survey

..... Qiao Shunli, Li Kegang(154)

Investigation Report on the Dereliction of Duty Crimes—Taking Court Criminal Trial
of Dereliction of Duty in City H, Province S as the Analysis Samples

..... Tian Yuan, Wang Qun(160)

Theory of Compulsory Medical to Mental Patients He Qun, Wu Zhihua(189)

Explore the Road of Released Prisoners Return to Society-America’s “Reintegration
Plan” and Reference for China Zhu Jiajun(201)

[Elegance in the Criminal Justice Circles]

The Intermediate People’s Court of Suzhou The Editorial Department of CLCJ(214)

Inheritance and Innovation in Suzhou Gusu District, Suzhou Municipal Committee

..... The Editorial Department of CLCJ(215)

The People’s Procuratorate of Yizheng City in Advances

..... The Editorial Department of CLCJ(216)

Criminal Law • Science • Culture

[Writings of CLCJ & On problems about Environmental Criminal]

Comment by the Moderator Jiao Yanpeng(217)

Knotty Problem of Environmental Pollution Crimes Miao Jun(218)

Research on Several Issues of Environmental Pollution Crimes

..... Su Yuxing, Dai Youju(227)

Study on Judicial Interpretation of Environmental Pollution Crimes

..... Zhao Hongxuan(234)

The Human Subjectivism is the Eternal Qualities of Environmental Criminal Law

..... Chen Ziqiang(245)

[Academic Review]

Chinese Criminal Trial under the View of American Scholars

—Reading “China’s Criminal Trial: a Comprehensive Empirical Search” Written by

Professor He Ni Li Xiaoming, Zhu Jiajun(259)

On Unified System of Criminal Victims Relief

—Reading Notes of “Damages Act in the Future” Written by Gerhard Wagner

..... Lu Tong(262)

A Work Pursuing Theoretical Innovation of Criminal Law

—Review of “Core Issues on Crimes” Written by Mr. Wang Jun Cai Guisheng(265)

Another Macro Masterpiece about Our Social Security Protection System Construction —Reading “Social Security Protection System Study”	Chen Bo(273)
An Innovation Work on Research about Environmental Criminal Proving-Comment “Polluting Environmental Crime to Prove Causation Research” Written by Jiang Xianglan	Jiao Yanpeng(276)

International Criminal Law and Interregional Criminal Law

Compare of Conditional Non-Prosecution System Between Areas across Strait	Liu Wen(278)
On Straits and its Solution of Criminal Judicial Assistance in Areas across Strait	Jiang Ling, Gao Pan(284)

从参与关系脱离之责任归属

余振华 日本明治大学法学博士

“中央警察大学”法律学系暨法律学研究所教授兼系主任、所长

壹、前言

多数人犯罪之情形,包含共同正犯与共犯(教唆犯、帮助犯)两大类型,目前学说上大多数系以“参与犯”来表示。有关参与关系所形成之问题,例如中止、错误或脱离等问题,由于学说与实务见解分歧,故仍然系属参与犯理论中所必须深入探讨之重要课题。

其中从参与关系脱离之责任归属问题,台湾地区文献着墨并不多,而且大多数系并在中止未遂犯之范畴来处理,本文拟针对中止未遂犯以外之情形,参考日本学说及实务见解,提出较清楚之论点,期望提供刑法学研究者与实务运作之参考。

参与犯罪之行为人,在参与关系成立后,犯罪尚未完成前,参与犯罪之其中一部分行为人,基于心生悔悟,而从参与关系中离去,但其他参与行为人仍基于参与关系实行犯罪行为,而实现犯罪之情形,究竟该脱离之行为人应如何论处?换言之,在该种情形中,该脱离参与关系之行为人对其他参与行为人所实现之犯罪,究竟应在何种范围内负刑事责任?有关此一问题,可分为以下两种情形:(1)参与犯罪之其中一部分行为人,在其他参与行为人着手实行之前,从参与关系脱离(着手前之脱离);(2)参与犯罪之其中一部分行为人,在其他参与行为人着手实行之后,从参与关系脱离(着手后之脱离)。

针对上述(2)之情形,大多数系以参与犯之中止(台湾“刑法”第27条)为主题,由于所论述者均以“着手实行后”而“未达既遂”之情形为范围,故其中所存在之问题较少。本文所讨论者,系将重点置于其他参与行为人基于共同参与关系而实现犯罪(既遂)之情形。^①台湾地区“最高法院”针对共同正犯之脱离,曾在判决中提出“行为人参与共同之谋议后拟脱离犯罪者,如于着手前对其他共同正犯已提供物理上之助力,或强化心理上之犯意,则须在客观上明确解除前述对其他共同正犯之影响力,而切断与其他共同正犯嗣后遂行犯罪结果之相当因果关系者,始得对该犯罪之结果免责,而不论以该罪之共同

目次

壹、前言

贰、参与犯之处罚根据论

叁、从参与关系脱离之理论基础

肆、从参与关系脱离之实务状况

伍、结论

^① 有关参与关系之脱离问题,学说上虽有区分为既遂与未遂二种情形,唯在未遂之情形,应属于中止未遂之范畴,因此本文将其区分为参与关系之脱离与参与关系之中止二种相异问题。

正犯”之见解,^①此种见解系实务上针对“从共谋关系脱离”之处理原则。若依据此则判决要旨,参与行为人于“着手前”对其他共同正犯已提供物理上之助力,或强化心理上之犯意者,必须明确解除该“影响力”且切断“相当因果关系”,始可谓脱离该参与关系。

有关从参与关系脱离之情形,除共同正犯之脱离外,尚有教唆犯或帮助犯之脱离,针对此两种共犯关系之脱离,是否完全适用共同正犯脱离之认定标准?从参与关系脱离之法律效果,亦即在何种范围内处罚?有关脱离与否之解释,仍然必须从共同正犯与共犯之处罚根据上来探讨。基于此,本文拟先归纳整理参与犯之处罚根据,依此而探讨从参与关系脱离之理论基础,并撷取台湾地区与日本之重要判决,综合学说与实务之重要论点后,厘清“从参与关系脱离”之责任归属。

贰、参与犯之处罚根据论

有关参与关系之脱离,究竟为何形成问题?关键在于:犯罪结果已经发生,纵然无适用中止犯之余地,但脱离之参与行为人已经尽其可能阻止其他参与者继续实行,防止结果之发生,若对该犯罪结果论以既遂之责任,则从刑罚适正性之观点而言,呈现罪刑不相当之结论。基于此,若以脱离之时点(着手前或着手后)来论,是否可论以预备罪或未遂罪?若可论以预备罪或未遂罪时,则在障碍未遂有“裁量减轻”之问题,此点与中止犯之“必要减轻”相比较,同样系属努力防止结果发生,是否可准用中止犯之法律效果?

有关参与关系之脱离,必须从参与犯之处罚根据论着眼,综观共同正犯之脱离、教唆犯之脱离与帮助犯之脱离等之实务见解,针对着手实行前而结果发生(既遂)前之脱离,详细检讨后,始能厘清参与行为人究竟应在何种范围负刑事责任。

一、“一部实行全部责任”之处罚根据

共同正犯之本质,可从集团与个人两种观点来理解,基于集团主义之立场,共同正犯系由多数人组织之“集团”所实行之犯罪行为,而在该集团之支配下遂行犯罪之犯罪类型;而基于个人主义之立场,共同正犯始终系由“个人”共同实行特定犯罪之犯罪类型。^②倘若采集团主义之观点,在组织犯罪之情形,由于集团之心理影响力相当强烈,且必须有坚固之集团组织力,故强调该种组织力,亦可合理解释共同正犯之性质。然而,在集团构成员较少之情形中,集团之影响力薄弱,各构成员之个性将浮现出来,若依集团主义所解释“各构成员均受集团拘束”之想法,并无法适当地说明此种人数较少之共同犯罪现象。

反之,若基于个人主义之立场,则可将共同犯罪现象还原至各个行为人之行为,并视为各行为人之合作关系来理解,故共同正犯可解释为“由具有独立人格之行为人组成合作关系,分担且遂行犯罪行为之犯罪现象”。原本,若集合多数人形成具有一定目的之集团时,则产生基于共同目的之心理拘束力,而此种拘束力主要系依个别之人的结合所强化而形成。该种人的结合越紧密,其对各构成员间越强烈产生心理之一致性,亦越来越

① 参照台湾地区“最高法院”100年台上字第5925号判决。

② 参照[日]川端博:《共犯论序说》,成文堂2001年版,第70~71页。

难以脱离该集团之共同目的关系。刑法针对基于合作关系而遂行犯罪之情形,特别以“共同正犯”来加以论处,因此而产生“一部实行全部责任”之法理。

承上,共同正犯之法律效果系“一部行为全部责任”,然而“一部行为全部责任”之根据为何?首先,在形式上,其系以台湾地区“刑法”第28条“二人以上共同实行犯罪行为者,皆为正犯”为其处罚根据。其次,其实质之处罚根据究竟何在?基于个人主义之观点来理解共同正犯,但仍产生“可分解各个人行为之单纯结合型态”与“数人遂行一个犯罪因为系属共同正犯之本质,故不容许分解该行为”等二种见解,此即行为共同说与犯罪共同说之对立见解。^①

(一)犯罪共同说

基于犯罪共同说之立场,共同正犯系数人共同实行特定之犯罪,亦即数人共同实行同一犯罪(数人一罪)。换言之,共同正犯必须共同行为人为具有共同实行之意思,亦即须具有共同犯罪之认识,且基于此种认识而共同实行该行为。^②因此,所谓“实行”,系实现该当基本构成要件事实之行为,从而共同正犯系共同实行该当一定基本构成要件之实行行为者。犯罪共同说有“完全犯罪共同说”与“部分犯罪共同说”二种不同见解。

完全犯罪共同说系源自客观犯罪理论,其特别重视犯罪之定型性,以特定犯罪之存在为前提,认为共同正犯必须系数人共同实行特定之犯罪始能成立。^③而所谓特定犯罪,不仅犯罪须特定,且罪名亦须同一,若罪名不同,则不成立共同正犯。依据此说之论点,所有行为人必须基于同一故意且共同实行行为,并不论其结果责任,故亦称为犯意共同说。^④

部分犯罪共同说认为,数行为人所共同实行之犯罪,纵然不属相同之构成要件,但是在不同构成要件之间,如具有同质重合之关系时,则在该同质重合限度内,仍得成立共同正犯。换言之,此说将共同实行“特定犯罪”解释为“构成要件重叠部分”,即使系属不同犯罪,若有构成要件重叠之部分,则于此限度内肯定共同正犯之成立。基本上,部分犯罪共同说系为了缓和完全犯罪共同说适用范围过于狭隘之缺陷,而提出之修正见解。^⑤

(二)行为共同说

行为共同说认为,共同正犯之成立只须有实行行为之分担即可,不必有意思之共同,因此既然不必有意思之共同,则共同正犯之成立只须有客观之共同犯行即可。^⑥基本上,行为共同说主张共犯乃数人共同“行为”而遂行各自之犯罪(亦即数人数罪)。其中可分

① 参照橋本正博:“犯罪共同說と行為共同說”,载《刑法の争点》,有斐阁2007年版,第98~99页。

② 参照蔡墩铭:《刑法精义》,翰芦出版社2007年版,第326页。

③ 参照蔡墩铭:《刑法总论》,三民书局2004年版,第260页。所谓共同实行,系以犯罪共同说来说明共同正犯成立之要件,亦即共同正犯必须具有一定之主观要件,此即共同实行之意思,亦即须有共同犯罪之认识,且基于此认识而实施之行为。

④ 采此说见解者大多为早期之学者,例如日本学者小野清一郎、泷川幸辰等。参阅[日]小野清一郎:《犯罪构成要件の理論》,有斐阁1953年版,第104页;[日]泷川幸辰:《犯罪論序說》,有斐阁1971年版,第195页。

⑤ 采部分犯罪共同说立场之学者,例如团藤重光、福田平等。参照[日]团藤重光:《刑法纲要総论》,创文社1990年版,第389页以下;[日]福田平:《全订刑法総论》,有斐阁2001年增补版,第255页以下。

⑥ 参照蔡墩铭:《刑法精义》,翰芦出版社2007年版,第326页。

为基于主观主义之行为共同说与基于客观主义之行为共同说两种见解。^①

基于主观主义之行为共同说认为,行为系犯罪人恶性之表现,而共同正犯则系数人藉由共同行为而各自表现其恶意,企图实现其各自之犯罪。换言之,行为系藉由他人之协助而更有效且更容易地达成自己之犯罪目的,并藉由行为之共同,相互以他人之行为做为自已之行为,其因此而发生之结果,自然应由各人承担。^②然而,在此所指称行为共同,系指自然行为之共同,亦即前于构成要件或法律上之事实共同,故本说亦称为事实共同说。

基于客观主义之行为共同说认为,行为之共同并非指上述“自然行为之共同”,而系指构成要件事实行为之共同。因此,行为共同说系以行为或因果过程之共同为前提,实现各自犯罪的实行行为之共同。依此说之见解,共同正犯系与他人共同实现自己之犯罪行为,故共同正犯不必局限于同一之犯罪,亦不以共通之犯罪意思存在为必要。至于他人之行为是否该当同一构成要件,甚至根本不该当任何构成要件,亦得认为系具有实行行为之共同或利用之意义存在。申言之,数行为人所共同实行之犯罪,纵然不属相同之构成要件,但是在不同之构成要件之间,如具有同质重合之关系时,则在该同质重合之限度内,仍得成立共同正犯。最近,支持“基于客观主义之行为共同说”之见解者有增加之趋势,^③显然此说已成为有力之主张。

本文认为,台湾地区现行“刑法”第28条系规定“二人以上共同实行犯罪之行为者,皆为正犯”。而非规定“二人以上共同犯罪者,皆为正犯”。足见“刑法”对于认定成立共同正犯,仍着重于共同“实行”犯罪行为。然而,基于构成要件之基本立场,以恶性之主观表征为背景之主观主义行为共同说,其系与构成要件理论无法兼容。因此,基于客观主义之行为共同说之立场,二人以上行为人所共同实行之犯罪,纵然属于不同之构成要件,但是在不同之构成要件之间,若具有同质重合之关系时,则在该同质重合之限度内,仍得成立共同正犯。因此,若采客观主义行为共同说之论点,可肯认共同正犯之处罚根据。

二、共犯之处罚根据

针对教唆犯或帮助犯两种共犯,由于此两种犯罪类型,其本身并未亲自实行犯罪行为,但仍视为共犯而加以处罚,其处罚之根据究竟何在?有关共犯处罚根据,学说上有各式各样之分类,即使分类之名称相同,亦必须注意其内容具有差异性。在学说分歧之情形中,若能明确地充分掌握分类基准,则可避免混淆不清之状况。大体而言,可将各种学

① 参照陈子平:“共同正犯之本质——犯罪共同说与行为共同说之对立”,载《刑事法学之理想与探索——甘添贵教授六秩寿论文集》(第一卷),学林文化2002年版,第404页以下。

② 参照[日]木村龟二、阿部纯二增补:《刑法总论》,有斐阁1978年增补版,第404页以下。

③ 平野龙一博士认为,原本行为共同说之主张并非以全部犯罪行为之共同为必要,即使系一部分之共同,亦可成立共同正犯。例如,甲以强盗之故意、乙以强奸之故意,在相互不知对方目的之情况下,共同对A施强暴皆未达成其目的时,甲属于强盗未遂、乙属于强奸未遂,且二人于强暴之范围内成立共同正犯,亦即甲乙不仅要担负自己犯罪的结果,且须对其他共同者所为之结果(伤害)负责,因此甲还须负强盗致伤、乙还须负强奸致伤之责任。参照[日]平野龙一:《刑法总论(Ⅱ)》,有斐阁1975年版,第364页以下。此外,前田雅英教授亦有相同论旨,参照前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,第418~419页。

说归纳为以下二种见解：^①亦即(1)责任共犯说；(2)因果共犯说(惹起说)。

(一)责任共犯说

责任共犯说将共犯之处罚根据求诸于“共犯诱惑正犯,使正犯陷于责任与刑罚之中”。若依此说之见解,唯有正犯之行为具有构成要件该当性、违法性与有责性时,共犯始得加以处罚。此外,从责任共犯说与行为无价值论连接来解释,亦即由于共犯并非直接违反刑法各本条之禁止规范,而系违反“不得使他人决意犯罪或帮助他人为犯罪行为”之禁止规范,故在使正犯产生决意而实行犯罪之阶段,已经具备共犯处罚不可或缺之行为不法。

基于责任共犯说之思考立场,共犯之处罚根据在于将对方(即正犯)陷于责任或刑罚。一般认为,该立场系以行为无价值论为基础来掌握共犯之概念;亦即从行为无价值之观点来看,由于在驱使正犯遂行实行行为之阶段上,已经将正犯陷于处罚,故可处罚共犯之行为。^②此种思考方法,可谓并非以共犯因果性为根据,而系以驱使正犯之行为无价值性为根据来肯定共犯之可罚性。

(二)因果共犯说

因果共犯说将共犯之处罚根据求诸于“共犯介入正犯之行为,而惹起法益侵害或法益侵害之危险”。若从结果无价值论(物的不法论)与行为无价值论(人的不法论)之观点来说明,一般认为结果无价值论系趋向于因果共犯说,共犯亦对法益侵害之结果造成影响,此为因果共犯之立场。依此说之论点,可区分为以下二种见解:(1)纯粹惹起说;(2)修正惹起说。

纯粹惹起说将共犯之处罚根据求诸于“共犯与正犯共同惹起实现之结果”。此说系以刑法任务在于保护法益之法益侵害说为其基础,在依正犯或共犯等参与人之不同而违法判断亦有所不同相异之意义上,肯定违法之相对性(个别性),只要共犯与正犯共同惹起结果即为已足。修正惹起说否定违法之相对性,此说将共犯之处罚根据求诸“共犯与正犯共同惹起违法之结果”,此说系现在德国与日本之通说见解。

参、从参与关系脱离之理论基础

一、共同正犯关系之脱离

所谓共同正犯关系之脱离,系指共同参与犯罪之其中部分行为人,于犯罪完成之前,放弃共同实行之意思,而且向其他共同行为人表明从共同参与关系脱离之意旨,其他共同行为人表示认同后继续实行,而实现犯罪而言。此种情形之脱离,可分为着手实行前之脱离(共谋或预备阶段)与着手实行后之脱离(共同实行阶段)。

基于否定共谋共同正犯之立场,着手实行前之脱离,有预备罪、教唆犯或帮助犯之成立问题,而是否成立教唆犯或帮助犯,则仍然有讨论之空间存在。亦即,倘若未分担实行行为,则参与谋议之行为人并不成立共同正犯,故并无“从共谋共同正犯之脱离”之问题。

^① 参照余振华:《刑法总论》,三民书局2011年版,第369~370页。

^② 参照[日]川端博:《集中讲义刑法总论》,余振华译,元照出版社2008年版,第366页。

反之,若基于肯定共谋共同正犯之立场,则“从共谋共同正犯之脱离”(共谋关系之脱离)具有重要意义。换言之,若肯定从参与关系脱离,则脱离之行为人并不须负共同正犯之责任,仅止于负预备罪、教唆犯或帮助犯之责任而已。此外,由于参与行为人系在着手实行前脱离,故并无中止未遂之问题。

共同参与谋议之部分行为人,向其他共谋者表明脱离之意思,其他共谋者认同后,其间之共谋关系可谓已经解除,故原则上可肯认该脱离者已经脱离共谋犯罪。然而,若该脱离者系首谋者,则必须具有实质上解除共谋关系之积极行为,若非首谋者,则在共谋阶段所分配之任务,必须由其他共谋者取代后,始可肯认已经脱离。至于在共同行为着手后之脱离,脱离者除必须在共同实行中,对其他共同实行人表明脱离之意思,且获得其他共同行为人认同之外,应以积极行为阻止其他共同行为人之实行行为,亦即脱离者必须使该犯罪未如同共谋计划般进行,始能肯认其脱离共同参与关系。

有关脱离之成立要件,有因果关系之切断与主观面向之重视二种,前者系属于较有力之见解。若基于因果关系之切断,脱离之参与行为人已经切断对其他参与行为人之物理或心理之因果性时,可肯认其脱离参与关系。换言之,由于参与行为人之离去,在离去之前所形成之共谋关系随之解除,若肯认其他参与者另外形成新的共谋关系时(亦即前后二种共谋关系之间并无因果连续性时),可肯定其脱离参与关系。此种见解,系属于多数说之见解。

若基于主观面向之重视,则共同正犯之意思联络,若在遂行犯罪之途中有所欠缺时,其后各个行为人之行为早已无法视为全体行为来评价(井上正治)。亦有学者认为,共谋共同正犯之共谋具有继续犯之性质,当共同遂行犯罪之意思消灭时,亦即针对参与行为人改变遂行犯罪之决意具有相互之认识时,由于共谋已经消灭,故并非仅止于全体行为人改变共同遂行犯罪之意思,即使系部分参与者改变共同遂行之决意,而其他参与者已经知悉该事实时,可肯认该改变决意者之共谋关系消失,不负其后所发生结果之刑事责任(藤木英雄)。此种见解系过度肯认离脱之范围,故属于少数说之见解。

二、共犯关系之脱离

共犯关系之脱离,有从教唆犯关系之脱离与从帮助犯关系之脱离二种情形。首先,针对从教唆关系脱离之情形,倘若可肯认解除教唆犯关系,则将与共同正犯之脱离同样地适用障碍未遂之“裁量减轻”效果。然而,究竟在何种情形下,可肯定从教唆关系脱离?

本文认为,应从被教唆者(正犯)实行行为终了前与实行行为终了后二种情形来进行判断。亦即(1)教唆者对正犯实行教唆行为后,在正犯实行行为终了之前,教唆者若真挚性积极努力阻止正犯之实行,而正犯仍实现犯罪(既遂)时,可肯认从教唆关系脱离;(2)在正犯实行行为终了后,结果尚未发生时,若有阻止结果发生之可能性,教唆者真挚地努力防止结果发生,而结果仍然发生时,可肯认从教唆关系脱离。

其次,针对帮助关系之脱离,在以下之情形,可肯认解除帮助关系,而同样适用障碍未遂之“裁量减轻”效果;亦即(1)帮助者对正犯实行帮助行为后,在正犯实行行为终了之前,帮助者真挚性积极努力阻止正犯实行行为之情形;(2)正犯实行行为终了后,结果尚

未发生时,若有阻止结果发生之可能性,帮助者真挚地努力防止结果发生之情形;(3)帮助者在正犯实行行为前或实行行为中,放弃帮助之意思,完全解除有助于正犯实行之帮助行为,结果仍然发生之情形。

肆、从参与关系脱离之实务状况

中止犯仍为未遂犯之一种,必须犯罪之结果尚未发生,始有成立之可言。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。^①从参与关系之脱离,例如共同参与关系之脱离,共同正犯应就全部犯罪结果共负责任,故正犯中之一人,其犯罪已达于既遂程度者,其他正犯亦应以既遂论科。然而,若肯认从共谋关系脱离,亦即肯认解除该共谋关系,而其他共同参与行为人继续实现犯罪时,则该脱离者不必负共同正犯之责任,有关实务上之处理,有以下数起判决可供参考。

一、台湾之司法见解

(一)从共同谋议掳人勒赎关系之脱离

【犯罪事实】上诉人郭○○、陈○○、蔡○○、蔡○○与张○○共同策划议定绑架黄○○,张○○嗣并邀被告龚○○、颜○○参与,获得同意,而于1996年9月29日晚上8时许,由张○○驾车搭载颜○○、龚○○、蔡○○、郭○○,分携西瓜刀等物,前往黄宅欲绑架时,因附近人员出入众多,无法下手,始告暂时作罢。嗣龚○○、颜○○决意中止参与掳人勒赎犯意,拒绝再参与执行行动,但翌日中午12时30分,张○○即伙同郭○○、蔡○○前往绑架黄○○得逞。既认定龚○○、颜○○事先同谋,且参与预备掳人勒赎行为,嗣并已由张○○、郭○○、蔡○○完成掳人行为。

【判决要旨】“最高法院”认为,以自己共同犯罪之意思,事先同谋,而由其中一部分人实施犯罪之行为者,亦为共同正犯……虽龚、颜二人其间决意中止参与掳人勒赎犯意,拒绝再参与执行行动,但既未防止其他共犯着手实施掳人勒赎行为,则能否谓其二人仅系共犯“惩治盗匪条例”第2条第3项之预备意图勒索而掳人罪,而非与郭○○、蔡○○、陈○○、蔡○○、张○○共犯同“条例”第2条第1项第9款之意图勒索而掳人罪,饶有研求余地。^②

(二)从共同谋议贩卖毒品关系之脱离

【犯罪事实】数人共同谋议贩卖毒品牟利,先共同贩入大量第一级毒品,并交由其中之二人负责贩卖。该二人于分配了毒品后,约定各自单独贩卖,再将贩毒所得汇与其他共犯。

^① 参照台湾地区“最高法院”96年台上字第2883号判决;陈子平:“共同正犯的脱离与中止——九十六年度台上字第2883号判决的评释”,载《月旦裁判时报》2010年第1期。

^② 参照台湾地区“最高法院”87年台上字第2188号判决。

【判决要旨】“最高法院”认为,共同正犯之行为人已形成一个犯罪共同体,彼此相互利用,并以其行为互为补充,以完成共同之犯罪目的。故其所实行之行为,非仅就自己实行之行为负其责任,并在犯意联络之范围内,对于他共同正犯所实行之行为,亦应共同负责。此即所谓“一部行为全部责任”之法理。又行为人参与共同之谋议后拟脱离犯罪者,如于着手前对其他共同正犯已提供物理上之助力,或强化心理上之犯意,则须在客观上明确解除前述对其他共同正犯之影响力,而切断与其他共同正犯嗣后遂行犯罪结果之相当因果关系者,始得对该犯罪之结果免责,而不论以该罪之共同正犯。因此,如该二人未切断彼此间共谋关系所生之影响力,就嗣后各自单独贩卖毒品部分,仍应论以共同正犯。^①

(三)从参与关系脱离之没收

【犯罪事实】上诉人张○○、洪○○二人相继于中途退出伪造犯罪集团,并认定该集团于其二人退出后继续伪造人民币出售,并以所得价金之五十万元留供购置伪造所需之器械等情,则该集团嗣后所购置之物及所印制之人民币成品、半成品,自与该二人之犯罪无涉。虽“刑法”第205条规定此等物品,不问属于犯人与否没收之,但于此所称“不问属于犯人与否”,乃针对“刑法”第38条第3项前段之须“以属于犯人者为限”而言,非谓凡此物品,一经查获,即可不问其犯罪成立与否概予没收之。

【判决要旨】“最高法院”认为,没收为从刑之一种,其宣告以有主刑之存在为前提,故如谕知被告无罪,或被告所犯者为他罪,而与案内扣押之物全然无关时,该扣押物,即不得对之宣告没收。又共犯数人中之一人仅就连续数行为中之一部分参与犯罪,随即脱离他去,此后其他共犯所购置供犯罪或犯罪所得之物,自不得对该脱离之被告为没收之谕知。^②

二、日本之司法见解

(一)从共谋窃盗关系之脱离

【犯罪事实】甲与乙共谋窃取A宅之财物,在前往A宅之途中,甲突然想起自己仍在缓刑期间内,于是中止犯罪行为而独自返家。

【判决要旨】日本东京高等裁判所认为,被告虽然与其他行为人共谋犯罪,但在着手实行前,向其他共谋者明示中止实行犯罪而且得到应允,其他共谋者基于共谋而实现犯罪时,先前之共谋完全无法作同一评价,不应令被告负其他行为人实现犯罪之责任。在此判例中,基于(1)甲表明脱离之意思;(2)乙应允甲离去等二个要件,针对乙所完成之窃

① 参照台湾地区“最高法院”100年台上字第5925号判决。

② 参照台湾地区“最高法院”85年台上字第3757号判决。此外,参照“最高法院”100年台上字第4909号:“依毒品危害防制条例第18条第1项,查获之第一级毒品,不问属于犯人与否,均没收销毁之,学理上称为绝对义务没收主义,其系居于查获毒品如何处理之立场而为规范。然于具体案件,仍须以该毒品和被告所犯之罪具有一定关系,始有其适用。申言之,倘卖方已将之交付买方,且扣押在买方施用毒品案件之内,既与卖方之贩卖毒品案件脱离关系,自不能在卖方之本案判决,谕知将扣在买方之另案内毒品,予以没收销毁。”