

西南刑事法与毒品问题研究文库



承继共犯研究

Research about the Successive Acomplicity

任海涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南刑事法与毒品问题研究文库

承继共犯研究

Research about the Successive Acomplicity

任海涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

承继共犯研究/任海涛著. —北京:法律出版社,
2010. 8
ISBN 978-7-5118-1129-5

I. ①承… II. ①任… III. ①刑事犯罪—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第163853号

©法律出版社·中国

责任编辑/郭相宏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/6.75 字数/166千

版本/2010年9月第1版

印次/2010年9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

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 978-7-5118-1129-5

定价:17.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“西南刑事法与毒品问题研究文库”

编 委 会

主 任 刘建宏

编委会成员

朱建华 李永升 梅传强

王利荣 黄开诚 石经海

作者简介

任海涛(1978—),男,黑龙江绥化人,汉族,1999年、2003年、2006年分别获吉林大学法学学士、刑法学硕士、刑法学博士学位。2006年于西南政法大学法学院刑法教研室从事教学工作,同时从事博士后研究(刑法学方向),2009年博士后出站,讲师,硕士生导师,主要研究方向:比较刑法学。在《刑事法评论》、《中国刑事法杂志》《刑事法学》等刊物上发表论文十余篇。

西南刑事法与毒品问题研究文库

总序

西南政法大学法学院自建立以来都是我国西部地区刑事法教学与研究的一个重镇。同时,它也是我国西部地区唯一一个刑法学博士学位授权点,多年来为我国培养了大批优秀法学人才。学科教师队伍中,老中青不同层次都不乏优秀学者,也产出了很多有价值的科研成果。

刑法学科长期研究领域的一个重要方面就是毒品犯罪研究。以刑法学为依托,西南政法大学在十年前建立了“毒品犯罪与对策研究中心”,这是我国西部最早建立的毒品问题研究基地,并被重庆市政府认定为“重庆市人文社会科学重点研究基地”。因此,西南政法大学的毒品问题研究与刑事法研究从来都是紧密联系的。以与法律有关的毒品问题研究为起点,西南政法大学对毒品问题研究逐步扩大到各个方面,并产生了一批优秀成果,如由我校赵长青教授主编的《禁毒全书》被人们称为一部有关禁毒专题的“百科全书”,并被江泽民主席作为礼品赠送给联合国禁毒署。毒品问题研究是西南政法大学刑事法研究的一个突出特色和强项。我们这次推出的《西南刑事法与毒品问题研究文库》就突出了西南政法大学法学院研究领域上的这一特色。

出版这套文库对西南政法大学法学院来说不仅是郑重推出了一批优秀的研究成果,还有着特殊的意义,这就联系到西南政法大学自2009年起一轮具有深刻意义的重大改革。我们西政学子历来有着深切关怀学校发展命运的长期传统,尽管西政是块金字招牌,但如何

使它重新崛起,近年来一直是西政新老学子们心中的共同关切。2009年3月以来,西南政法大学党政领导推出了一系列重大改革措施,包括二级管理体制改革、引进海内外高层次人才等,力图实现“改革提高,突出特色,促转型升格,建高水平大学”的目标,简称“转型升格”。现在,“转型升格”的战略目标确立了,做什么,怎么做,西政学子上下一致的一个共同认识可以说反映在李昌麒教授为全校党政领导所作的“关于学习科学发展观”的报告中,那就是“多出成果、快出成果、出好成果”。在这样的背景下,法学院与其他学院共同担负着大幅提高学术研究水平、产生优秀学术成果的重任。在学院诉讼法已是全国重点学科的情况下,刑法学科急起直追,实现学术创新,成果丰收就成为学院工作的重中之重。全体学科成员深切认识到共同担负的历史使命,决定同心协力实现新的学科规划,为西南政法大学转型升格,为刑事法与毒品问题研究实现新的突破做出历史贡献。《西南刑事法与毒品问题研究文库》就是这一共同努力的一个成果。

这套文库在研究内容、研究方法上有其自身特色:

在研究内容上,文库包含了刑法基本理论研究,包含了对国际著名刑法学基本思想、基本理论的历史比较研究,包含了毒品问题的刑事法专门研究等。在研究方法上,文库作者们尝试引入实证方法,尤其是在毒品问题研究上,以经验调查为基础,获得关于毒品问题的科学数据,并对数据做出科学的统计分析,以达成具有实践意义的研究结论。

文库作者们秉持西南政法大学“理论与实践相结合”的优良学风,选题上密切关注刑事法与毒品问题研究的重大现实问题,以达到理论与现实的结合。作者们普遍保持开放的心态和开阔的视野,重视国际文献的发展,重视借鉴国际先进的刑事法理论与实践,毒品问题的政策与控制的经验,结合我国国情,实现内容上和成果上的新的突破。

我们期望并相信,经过组织者、作者和出版者的共同努力,这套

《西南刑事法与毒品问题研究文库》一定会对我国这方面的研究作出有价值的贡献。

刘建宏

2010年3月31日

目 录

导 言	1
第一章 承继共犯概述	4
第一节 承继共犯之语义分析	4
第二节 承继共犯之分类与介入时点	7
一、承继共犯之学理分类	7
二、承继共犯之可介入时点	9
三、承继共犯之核心问题	10
第二章 正犯与共犯之区分	12
第一节 大陆法系正犯与共犯区分理论评述	12
一、正犯与共犯区分之意义	13
二、相关争议案例之举要	14
三、相关学说之举要	15
第二节 对我国形式客观说之反思	23
一、我国学者之主张	23
二、形式客观说之难题	24
三、实行行为与正犯	27
四、行为支配论之提倡	29
五、行为支配论后之正犯概念与主犯概念	30
第三章 承继共同正犯概述	32
第一节 承继共同正犯概念与特征	32
一、承继共同正犯之概念	32
二、承继共同正犯之特征	34
第二节 德国关于承继共同正犯之学说	37

一、肯定说·····	37
二、否定说·····	38
第三节 日本关于承继共同正犯之学说·····	40
一、纯粹的肯定说·····	40
二、修正的肯定说·····	42
三、纯粹的否定说·····	43
四、修正的否定说·····	45
五、中间说·····	46
第四节 我国关于承继共同正犯之学说·····	47
一、纯粹的肯定说·····	48
二、修正的肯定说·····	50
三、中间说·····	56
第四章 肯定论与否定论之追溯——与犯罪共同说、行为 共同说关系考察·····	63
第一节 共同正犯之本质·····	64
一、诸学说之争议·····	64
二、整体主义与个体主义·····	69
第二节 肯定论与共犯本质之间关系考察·····	73
第五章 单一行为犯之承继共同正犯·····	76
第一节 单一行为犯中探讨承继共同正犯问题是否必要·····	77
第二节 判例及学说之检讨·····	79
一、判例举要及分析·····	79
二、肯定论之检讨·····	81
三、结论·····	83
第六章 复合行为犯之承继共同正犯·····	85
第一节 判例及诸学说之检讨·····	85
一、判例举要及分析·····	85
二、事实前提之重新设定·····	90
三、纯粹肯定说之检讨·····	91

四、修正肯定说之检讨·····	99
五、修正否定说之检讨·····	103
六、中间说之检讨·····	105
第二节 结论·····	110
一、复行为犯概念之困惑·····	110
二、个罪之处理·····	113
三、纯粹否定说之难题·····	127
第七章 承继帮助犯·····	131
第一节 承继帮助犯概述·····	131
一、承继帮助犯与事中帮助犯关系辨义·····	131
二、帮助犯之因果关系考察·····	133
第二节 判例及诸学说之检讨·····	136
一、判例举要及分析·····	136
二、诸学说之争论·····	138
三、结论·····	143
第八章 承继共犯与相关问题·····	144
第一节 因果关系不明确之承继共犯问题·····	144
第二节 承继共犯与转化犯·····	146
一、问题之提出·····	146
二、问题之解决·····	147
第三节 承继共犯与认识错误·····	150
第四节 承继共犯与共谋共同正犯·····	154
一、共谋共同正犯概述·····	154
二、问题之提出与解决·····	155
第五节 承继共犯与片面共犯、间接正犯·····	156
一、片面共犯与间接正犯概述·····	156
二、问题之提出与解决·····	160
第九章 一些新的认识·····	163
第一节 德日区分制之两个体系性弊病·····	163

一、参与形式与参与程度之混淆	163
二、参与类型之遗漏	171
第二节 帮助犯因果关系问题初探	178
一、问题之提出	178
二、学说之争论	179
三、学说之检讨	181
四、结论	185
参考文献	189
后 记	196

导 言

承继共犯这一称谓,只是粗糙地表达了一种事实情况,也就是说,当一个人中途加入到他人的犯罪行为之中,那么他的责任范围到底应该有多大。大陆法系国家,关于这一问题存在诸种学说的争论:纯粹肯定说、修正肯定说、纯粹否定说、修正否定说、数种中间说等。一般说来,不同之学说所归结的责任范围均有所不同,因而最终会影响到对行为人的定罪量刑。

由于承继共犯只是共犯论中一较小之题目,以前国内刑法学对这一问题并未给予过多着墨,而只是出于对共犯类型划分之角度考虑,将承继共犯作为与原始共犯相对应的一种类型,且仅此而已。多数教材、专著对承继共犯之核心问题——归责范围问题并未给予深入研究,伴随着近年来日本、台湾之相关资料的引入,承继共犯之归责范围问题方引起国内刑法学的关注,并相续有学者发表了一些论文,与大陆法系之理论现状相对应,国内关于承继共犯问题仍出现了肯定说、否定说、中间说的论争,因而并未形成较为一致的意见,本书试图对这些学说做较为深入之考察,并提出自己的一些不成熟意见。

一般而言,对承继共犯问题进行探讨习惯于遵循承继共同正犯、承继帮助犯这一传统分类模式,本书亦遵循这一思路。即如此,则首先面临承继共同正犯与承继帮助犯二者界限如何划定问题。当然,如欲解决该问题,不能仅从承继共犯视角出发,仍需在整個共犯领域之宏观视角予以考察。正犯与共犯如何区分,在大陆法系存在形式客观说、实质客观说、主观说、主客观择一说、行为支配论等诸多学说之争论。形式客观说于适用中虽貌似简洁明快,但却存在难以克服

之弊病,因而本书采行为支配论,并据此对承继共同正犯与承继帮助犯予以区分。

承继共犯之核心问题为归责之范围问题,即后行者应在什么范围内承担何种责任问题。关于这一问题存在诸多学说,而不同之学说最终会影响到对行为人的定罪量刑,因而,对以上诸种之学说应如何加以考量,则是本文的核心内容。

通常对共犯本质之理解不同,亦会影响到对承继共犯之肯否论出现分歧,即“对于承继的共同正犯,犯罪共同说与行为共同说同样是有图式化的分歧:犯罪共同说从数人一罪的原则出发,在理论上易于肯定承继的共同正犯;行为共同说固守数人数罪的立场,可以将其看作各人各自的犯罪,一般具有否定承继的共同正犯的倾向”。然而,一般认为,犯罪共同说是限制了共同正犯成立之范围,而行为共同说是扩张了共同正犯成立之范围,为何唯独在承继共同正犯问题上出现了完全相反之结论?事实上,正是由于分别习惯于从整体主义、个体主义出发来理解共犯本质才导致了犯罪共同说与行为共同说在承继共同正犯肯否论上产生不同认识。因而,虽不绝对,但从考察其思考方法出发,采行为共同说论者对承继共同正犯似无采肯定论之余地。反之,采完全犯罪共同说对肯定说具有天然之亲和力,而由于部分犯罪共同说之出现,使得关于承继共同正犯之肯否论上,整体主义考察方法不再局限于易与肯定论相对应之态势。故当今采部分犯罪共同说而主张肯定论、否定论之学者呈现分立之势。

关于在单一行为犯中是否需探讨承继共同正犯问题,我国刑法理论上尚存争议,一些学者认为,“……像伤害、盗窃这类由单一行为构成的犯罪,不会发生继承性共犯。继承性共犯只存在于以下两种犯罪形态中:(1)由法定的手段行为和目的行为组成的单纯一罪;(2)结合犯。”本书认为,诚然,在多数单一行为犯中,从最终罪名之确定上看,承继共同正犯肯否论对案件之最终处理结果都是一致的。但不可否认,基于肯否论之论理不同,在一些特定案例中则会导致出现具体处理结果上之分歧,如在既遂与未遂界限划分等问题上。倘

若说在单一行为犯中承继共同正犯肯否论争论之结果尚仅限于主要对后行者既遂与未遂之认定不同,则在复行为犯中,承继共同正犯肯否论争论之结果就可能对后行者所定罪名产生实质上之不同认识。本书对肯定说所据以立论的理由:实行行为不可分割性、“认识、容认”之刑法意义、共同作为结果发生之原因进行了深入考察,并指出其尚不能作为支撑后行者对先行者行为予以承继之理由。最终得出结论:既然后行者对先行者之先前行为已无赋予因果力之可能,则不存在对先行者之先前行为及结果予以承继问题,因而,自应遵从纯粹否定说之论理加以考量。

承继帮助犯与承继共同正犯之处理自当遵从同一法理,故对承继帮助犯问题自仍应从否定之立场加以考量,此为逻辑上推演所自然而然得出之结论。与共同正犯所不同的是,依据共犯从属性原理,帮助犯之行为应被视为仍依附于其加入后正犯之实行行为而已。针对有学者认为应当将承继帮助犯与事中帮助犯两个概念加以区别的观点,本书以为,将此二概念加以区分既无可能亦无必要,相反,倘若硬性加以区分,则可能造成没有必要之混乱出现。

针对因果关系不明确之承继共犯问题,应当认为,无适用罪疑从无原则而认定后行者成立未遂之余地。对于承继共犯与转化犯交织问题,应当首先适用共犯与身份原理来确定后行者之具体参与形态,而后考虑适用承继共犯原理来确定后行者之具体责任。必须先后同时适用两个理论来解决问题。对于承继的片面共犯问题,可能常常会给人造成错觉,认为仅仅是一个片面共犯问题,造成这种错觉之原因仍在于,长期以来,我们对承继共犯本身一直想当然地认为应持肯定论。基于从法益侵害之角度思考,对所谓承继的片面共犯问题,仍应同时适用承继共犯(否定论)与片面共犯两种处理原则而具体确定刑事责任。承继共犯与间接正犯易发生关联的可能在于:是否需要借用间接正犯理论来说明承继共犯现象?在否定论前提下,无法引入间接正犯概念,因为,后行者对其加入之前所发生的事,根本没有成立间接正犯所需要的诱致行为,又何谈负责之说。

第一章 承继共犯概述

第一节 承继共犯之语义分析

对于承继共犯的研究最初肇始于承继共同正犯这一概念,“承继共同正犯也就是德国刑法学中所讲的 *sukzessive Mittaterschaft* 的译语,一般是指一人(先行者)已着手实施犯罪,在实施了部分行为之后,行为尚未完全结束之前,他人(后行者)承接前者的意图,利用前者以完成的状态,继续实施犯罪行为。”^①关于 *sukzessive Mittaterschaft*,目前国内刑法译著一般将其译为“渐次的共同正犯”^②。日本学者则使用承继的共同正犯、相续的共同正犯、继承的共同正犯等词来指称其含义。而后,德日又相续出现承继帮助犯之概念。“承继帮助犯是指在正犯者的部分实行行为终了之后,参与犯罪,使其后正犯的犯罪行为更容易实施或完成的情形。”^③在日本,一般用承继的从犯这一语词来指称承继帮助犯。

从语词的角度比较,“继承”这一表述在民法中已经具有特定之含义,如将其延续至刑法领域可能会有混淆的嫌疑,而“承继”这一表述其实并不符合汉语的语言习惯,其可能来自于对日语中“承继の共犯”这一表述的直译,而“相续”这一表述意指先后加入犯罪而前后相续,应为比较形象、准确。但鉴于当前国内学理上较多采用

① [日]植田重正著:《共犯论上之诸问题》,成文堂1985年版,第101页。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2001年版,第823页。

③ 刘凌梅著:《帮助犯研究》,武汉大学出版社2003年版,第160页。

“承继”这一表述,为不至于引起混淆并造成歧异,本书仍延续承继这一表述。当前,我国有学者用“承继犯”这一表述来概括承继共同正犯与承继帮助犯,认为:“承继共犯的称谓则先入为主地认为这种情况是共同犯罪,而且在共同犯罪的情况下,广义的共犯和狭义的共犯又往往容易发生混乱。所以为了避免混乱,承继犯的提法好于承继共犯。至于是否以共同犯罪来处理,还有待理论界对其进行更深入的探讨。”^①本书以为,以上说法尚有待于进一步商榷。首先,承继犯这一语词,若从字面含义分析,“承继”一词并无标识与共同犯罪有关联之义,其最多能表征于客观面先行者与后行者有相续,似乎并不能表征先行者与后行者于主观面有意思之联络,因而单从字面出发,是否会出现个别同时犯之形态亦被包含于承继犯之形态之中?如甲先入丙家实施盗取,而后乙亦进入盗取,甲乙各自将行为实施完毕,但未结成共同犯罪关系之形态。因而,承继犯这一语词似有扩大承继共犯所指称范围之嫌。其次,基于认为广义的共犯与狭义的共犯往往容易发生混乱这一理由而否定承继共犯这一提法,似乎并无过多说服力。确实,当前广义共犯与狭义共犯于刑法中常常交替出现,但根据特定语之语境,尚可完全明确分辨。又如,片面共犯肯定论者中,一些学者主张不仅承认片面帮助犯,而且承认片面教唆犯与片面共同正犯,但却不妨碍其使用“片面共犯”一语对三者进行统称。

围绕承继共犯的含义,基于使用该概念的出发点不同,从理论上可以归结为两种。第一种从形式意义上把握承继共犯,如将承继共犯中之承继共同正犯作为与原始的共同正犯或偶然的共同正犯相对称之概念:“所谓原始的共同正犯,又称预谋的共同正犯,指两人以上在着手实施犯罪实行行为之前,已经就共同实行犯罪形成了意思联络。这又可以分为两种情况:一种是各行为人在实施实行行为

① 张森、杨佩正:“承继犯研究”,载吴振兴主编:《犯罪形态研究精要》,法律出版社2005年版,第478页。