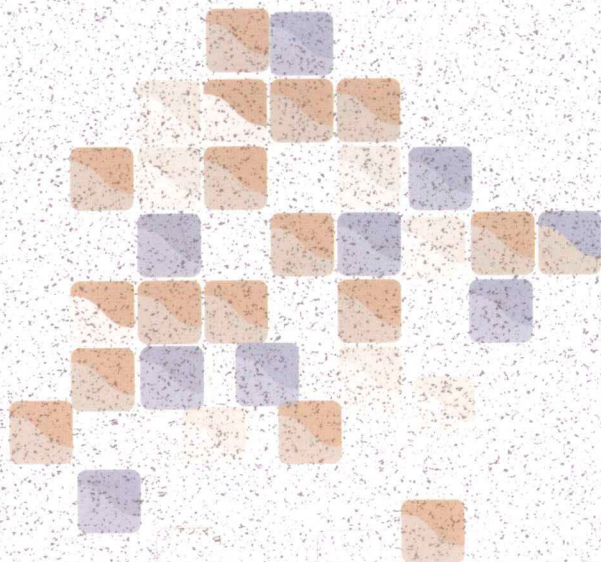


武汉大学刑事法研究中心共同犯罪研究系列丛书(1)

主编\莫洪宪 吴振兴



GONGFANGGUOXIANLUN

共犯过限论

肖本山 © 著



中国人民公安大学出

武汉大学刑事法研究中心共同犯罪研究系列丛书 (1)

共犯过限论

肖本山 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

共犯过限论/肖本山著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 1

(武汉大学刑事法研究中心共同犯罪研究系列丛书/莫洪宪, 吴振兴主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0126 - 1

I. ①共… II. ①肖… III. ①共同犯罪—研究 IV. ①D914. 04
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 141334 号

共犯过限论

肖本山 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2011 年 1 月第 1 版

印 次: 2011 年 1 月第 1 次

印 张: 10.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 289 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0126 - 1

定 价: 33.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

编 委 会

顾 问 马克昌
主 编 莫洪宪 吴振兴
成 员 (按姓氏笔画为序)
王 晨 皮 勇 许发民
陈家林 林亚刚 贾 宇
康均心

总 序

近一年来，莫洪宪、吴振兴两位教授策划并主编了《共同犯罪研究系列丛书》（以下简称《丛书》）。这是武大刑法学人新的学术平台，将集中展现我们在共同犯罪理论研究方面的学术成果。

1988年我曾为陈兴良教授的《共同犯罪论》一书作序，“序”中曾对此前国内外关于共同犯罪的研究成果作了概览性介绍。至今已有二十余年。在此期间，国内外对于共犯理论的研究均获得长足发展，学术成果数不胜数，难以列举殆尽。仅武汉大学就有《有组织犯罪研究》（莫洪宪著）、《共同正犯研究》（陈家林著）、《帮助犯研究》（刘凌梅著，武大2002届刑法专业博士生）、《中日共同犯罪比较研究》（马克昌、莫洪宪主编）、《共同犯罪与身份关系研究》（李成著，武大2006届刑法专业博士生）等。管中窥豹，由此可以略见一斑。

众所周知，共同犯罪是一种纷繁复杂的犯罪现象。其深入研究过程中遇到的“难啃的酸果”几乎俯拾即是。日本著名的刑法学者中义胜曾将共同犯罪的研究称为“绝望的一章”，这是较为经典的概括。它无论是体系的构建模式还是基本的理论内容抑或与犯罪论相关问题的交叉上，都有深入探究的余地。

首先，在体系的构建模式上，我们姑且勿论德日的单一的正犯体系（或称统一的正犯体系）和“正犯与共犯分离”体系之争。仅就“正犯与共犯分离”体系而言，它是按照正犯与共犯（狭义的共犯，指从犯和教唆犯）两条主线构建共同犯罪理论大厦的，而无论是正犯论还是共犯论，其理论内容的丰富性和复杂性都是不

乏共识的，如正犯论中的共同正犯、间接正犯、承继的共同正犯、不作为共同正犯、共谋共同正犯等；共犯论中的教唆犯、帮助犯、共犯的共犯（亦称连锁的共犯）等。当然，正犯论与共犯论说是分离，实际上这两条主线并不是完全平行的，在许多问题上都会发生交叉，如共犯的过限，从而使共同犯罪理论愈显错综复杂。

其次，在基本的理论内容上，几乎无一不是众说纷纭，学派林立。关于共犯的本质，涉及共犯的成立（即二人以上在哪些方面共同才成立共犯）、正犯与共犯的关系两个方面的问题，其中前者有犯罪共同说、行为共同说和共同意思主体说的长期纷争；后者则有共犯从属性说、共犯独立性说和共犯两重性说的多年聚讼。关于共犯的类型，理论上可以划分为任意共犯与必要共犯、一般共犯与特殊共犯、简单共犯与复杂共犯、双面共犯与片面共犯、有形共犯与无形共犯、故意共犯与过失共犯、事前通谋的共犯与事中通谋的共犯、横的共犯与纵的共犯等，其中有些共犯类型因是从不同角度划分的，称谓虽然有别，基本内容则相差无几，如双面共犯与故意共犯。但大多共犯类型是有必要作为专题加以展开研究的，其中有的共犯类型还可以分解开来单独研究，如必要共犯中的集团犯、聚众犯、对向犯。关于共犯者的分类，则有分工分类法、作用分类法和混合分类法的不同，由此也必然引申出许多研究课题，如按分工分类法引申出的组织犯、实行犯、教唆犯和帮助犯的研究；由按作用分类法引申出的主犯、从犯的研究。这类的专题有些已有研究成果，但仍有深入研究的必要；有些则迄今尚无专著问世。关于共犯的处罚根据，这是近年来共同犯罪理论研究中的一个热点问题，在德日刑法学界可谓见仁见智，莫衷一是，甚至在学说分类上也存在很大歧义。其中有一种分类法近来逐渐占据优势，即分为责任共犯论、违法共犯论和因果共犯论。

还有，就是共同犯罪理论与犯罪论中相关问题的交叉，包括共犯形态与停止形态、共犯形态与罪数形态、共同犯罪与认识错误、共同犯罪与身份，如此等等。这些问题在理论内容上跨越了犯罪论

相关范畴，具有更大的研究难度，也是颇富理论意义和实践意义的研究课题。

总之，共同犯罪理论的丰富、深邃和错综复杂难以尽述，有待刑法学人的进一步研讨。

《丛书》由武汉大学刑事法研究中心的教授组成编委会，负责稿件的初审。我们预计每年出版几部，每部 20 万字以上，已有选题 24 个，在实施计划过程中会根据研究现状有增有减，但总体上不少于 20 部。各专著之间在个别内容上也许会有交叉，在个别观点上也许会有冲突。对于前者，编委会将严格把关，力戒重叠；对于后者，编委会掌握的原则是，只要论之有据，持之有故，允许百花齐放。至于《丛书》的社会评价如何，留待读者评说。

最后需要指出的是，多年来中国人民公安大学出版社对于武汉大学刑法学科一直鼎力相助，继《武汉大学刑法博士文丛》之后，又为我们出版这套《丛书》。深情厚谊，不胜感激。借此机会，我代表《丛书》编委会谨向中国人民公安大学出版社表示衷心的感谢。

《丛书》业已付梓，两位主编盛情邀请为之作序。我对《丛书》甚为赞赏，因而欣然命笔，略述原委，以告读者，是为序。

马克昌

2010 年 11 月于珞珈山

目 录

引言	(1)
第一章 共犯过限概述	(5)
第一节 共犯过限的概念	(5)
一、共犯过限的称谓辨析	(5)
二、共犯过限的概念界定	(9)
第二节 共犯过限理论的发展	(12)
一、外国刑法中的共犯过限理论	(12)
二、我国刑法中的共犯过限理论	(28)
第三节 共犯过限的本质	(41)
一、共犯过限的本质探究	(42)
二、共犯过限的判断标准	(54)
第四节 共犯过限的特征	(62)
一、共犯过限的主体特征	(62)
二、共犯过限的主观特征	(64)
三、共犯过限的客观特征	(100)
第二章 共犯过限的理论根据	(111)
第一节 共犯理论在共犯过限问题上的不同认识	(111)
一、犯罪共同说关于共犯过限的基本认识	(111)
二、行为共同说关于共犯过限的基本认识	(117)
三、笔者的立场	(121)
第二节 共犯过限与部分犯罪共同理论的展开	(129)
一、重合过限的重合性之性质问题	(129)

2 | 共犯过限论

二、重合过限的重合性的表现形式	(132)
第三章 共犯过限的基本类型	(134)
第一节 重合过限与非重合过限	(134)
一、重合过限与非重合过限概述	(134)
二、重合过限	(139)
三、非重合过限	(145)
第二节 实行过限与非实行过限	(148)
一、实行过限与非实行过限概述	(148)
二、实行过限	(150)
三、非实行过限	(166)
第三节 单独过限与共同过限	(177)
一、单独过限	(177)
二、共同过限	(177)
第四节 故意过限与过失过限	(179)
一、故意过限和过失过限概述	(179)
二、故意过限	(180)
三、过失过限	(180)
第四章 共犯过限的处罚	(183)
第一节 共犯过限的处罚根据	(183)
一、刑事责任根据概说	(183)
二、共犯过限的处罚根据	(184)
第二节 共犯过限的处罚原则	(189)
一、个人责任原则概述	(189)
二、个人责任原则与共犯过限	(192)
第三节 共犯过限的罪名确定	(198)
一、共犯过限罪名的认定原则	(198)
二、共犯过限罪名的确定	(200)
第四节 共犯过限的刑罚适用	(201)

一、实行过限的刑罚适用	(201)
二、非实行过限的刑罚适用	(202)
第五章 罪数形态中的共犯过限	(208)
第一节 想象竞合犯中的共犯过限	(208)
一、想象竞合犯与共同犯罪的关系	(208)
二、想象竞合犯共犯过限的认定	(217)
三、想象竞合犯共犯过限的处罚	(228)
第二节 牵连犯中的共犯过限	(231)
一、牵连犯共同犯罪的特点	(231)
二、牵连犯共犯过限的认定	(243)
三、牵连犯共犯过限的处罚	(251)
第三节 结果加重犯中的共犯过限	(255)
一、结果加重犯的共同犯罪概述	(255)
二、结果加重犯共犯过限的认定	(268)
三、结果加重犯共犯过限的处罚	(277)
第四节 连续犯中的共犯过限	(279)
一、连续犯共同犯罪的特点	(279)
二、连续犯共犯过限的认定	(293)
三、连续犯共犯过限的处罚	(297)
第五节 转化犯中的共犯过限	(302)
一、转化犯与共犯过限之间的逻辑关系	(303)
二、转化犯共犯过限的认定	(305)
三、转化犯共犯过限的处罚	(317)
参考文献	(318)
后 记	(329)

引 言

在国外刑法理论，尤其是大陆法系国家刑法理论中，共同犯罪是一个非常复杂的领域，而且，“共同犯罪的学说是刑法理论最复杂的学说之一”。^① 尽管如此，学者们并没有止足于这一被日本学者中义胜所感慨的“绝望之章”，仍然进行着不断的探索，以寻求共犯的本质。在我国，虽然共同犯罪的立法自秦、汉时代即有规定，但对共同犯罪这一犯罪形态的理论研究则始于晚近，很多学说领域尚待开垦和深入。正如有的学者所言：“应当承认，有关共同犯罪的研究成果主要体现在共同犯罪的概念和构成、共同犯罪的形式、共同犯罪人的种类和刑事责任等方面，各类刑法学教材涉及的几乎只有这三个方面的内容，而对于共同犯罪的特殊、疑难问题，研究的广度和深度都有不足，需要大力开拓，如共同犯罪与身份、共同犯罪与单位犯罪、共同犯罪的犯罪停止形态、共同犯罪与认识错误，以及片面共犯、间接正犯、亲手犯、同时犯、共犯过限、连累犯等共同犯罪附属形态等问题。”^②

共犯过限是共同犯罪中的重要问题之一。在司法实践中，存在着这样一种情形，即数人事先预谋或临时协议实施某一犯罪，但在实施该犯罪时，其中某一人或某几个人超出了原来的共同故意内容的范围，实施了其他的犯罪行为。对于这种情形，该如何处理？这实际上涉及共犯过限的认定问题。因为在上述场合，存在着两种犯

^① [苏] A. H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠等译，中国人民大学出版社1958年版，第231页。

^② 赵秉志主编：《犯罪总论问题探索》，法律出版社2003年版，第491页。

罪行为，即共同谋议的犯罪和超出共同谋议之外的犯罪。如何甄别二者的界限，就成为本书研究的主题和内容。

从世界各国的刑事立法和理论研究来看，在立法上对共犯过限作出明确规定的立法例的只有诸如俄罗斯、意大利等少数几个国家。在我国古代，如《唐律》等即有共犯过限的规定，但新中国成立之后的刑事立法，包括1979年和1997年两部刑法，均没有明确规定。从理论上，对于共犯过限问题，学界的认识不尽一致。例如，在日本，多数学者主张错误论，也有一些学者认为应以共犯理论来处理过限问题。这一理论状况在我国学者之间同样存在。那么，共犯过限的本质是什么？其理论地位应如何确定？这些都需要进行认真的研究。不仅如此，从我国目前的研究情况来看，共犯过限问题并没有引起人们足够的重视，一般是在论述共同犯罪的成立条件时作为共同犯罪的排除情况之一加以提及。不过，随着共同犯罪理论研究的深入，尤其是司法实践中此类问题的时常出现，近年来一些学者开始逐渐重视共犯过限问题。就目前我国刑法学界对共犯过限的研究现状来看，大致可分为三种情况：一是对共犯过限的内容简单涉及，即在阐述共同犯罪的主观构成要件时，将共犯过限作为理解和把握共同犯罪故意的内容和范围的一个适例来加以介绍。绝大多数教科书采取此种做法。二是对共犯过限的概念及其认定作出介绍和分析。这种情况多出现在有关共同犯罪的著作和文章之中。三是对共犯过限的概念、特征、类型和认定等问题作了一定程度的研讨。这种情况出现在若干篇共犯过限的硕士学位论文中。应当说，这一研究势头是令人感到高兴的。因为，在我国立法缺乏明确规定的情况下，人们探讨并建构一种较为成熟的理论学说，其对司法实践的指导（或称参考）意义是不容低估的。但是，应当正视的是，就目前的理论情况来看，达到这一“较为成熟”的程度还有一段不小的距离，至少可以说，共犯过限的理论仍然很不全面，尚未形成完整的体系。例如，司法实践中存在的一些影响共同谋议犯罪界定的主观罪过形式，诸如“概括性故意”、“临时起

意”、“追加故意”、“犯意转化”以及“选择性故意”等情形下行为人所实施的犯罪行为应该如何处理？能否认定为共犯过限？这些问题在理论上仍是众说纷纭，观点不一。这在很大程度上影响并制约着相关案件的正确处理。此外，共犯过限的存在范围。例如，共犯过限是否仅存在于犯罪的实行阶段，在犯罪的预备阶段或者实行后阶段是否存在共犯过限等问题，学界尚未给予必要的关注和研究。

在共犯过限的处罚上，人们一般赞成过限行为应由过限行为人承担刑事责任，其他共同犯罪人不负责任。但是，对于共犯过限刑事责任的承担根据问题，缺乏必要的、深入的探讨。这在一定程度上影响着共犯过限理论的发展，从而导致人们在共犯过限的认识上始终处于“表象”层面。同时，对于共犯过限的罪名确定，尤其是共犯过限的刑罚适用等问题，理论上依然缺乏深入的研究。

从共犯过限的适用层面来看，只有个别学者作了一定的探讨。例如，有的学者仅对结果加重犯中的共犯过限问题进行了研究，^①但该研究的深度还远不够。此外，其他罪数形态，诸如想象竞合犯、牵连犯、连续犯、转化犯等犯罪形态中可否存在共犯过限？如果存在的话，应如何认定？这些领域中的相应问题，理论上都缺乏必要的探讨和研究。

笔者在原有理论研究的基础上，试图就上述问题进行较为全面、系统和深入的探讨，希望以此来丰富共犯过限的理论，并在一定程度上为解决司法实践中的相关问题提供某些参考意见。

就选题的意义而言，笔者的研究，可以从另一侧面全面、深入地理解和把握刑法的基本理论，尤其是共同犯罪的立法精神和基本理论；更为重要的是，“共犯过限”也是司法实践中比较复杂的问题，对其认定，不仅涉及刑事责任问题，还涉及定罪问题。因此，

^① 李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社2001年版，第174～176页。

对“共犯过限”的研究，不仅具有重要的理论意义，还具有极大的实践意义。

笔者的研究方法，主要是比较研究方法、历史研究方法以及理论联系实际的研究方法。由于国外刑法理论，尤其是日本、意大利和俄罗斯等国学者在共犯过限上已有一定的研究，并在一些问题上，如共犯过限的类型、共犯过限的刑罚适用等，作了一定的理论展开，这些研究成果对于认识共犯过限的特征具有重要的意义。因此，笔者在探讨共犯过限理论时，采取比较的方法，在评析国外学者的理论上，加以借鉴，以丰富和发展我国的共犯过限理论内容。如上所述，在共犯过限的立法上，我国古已有之，尤其是以《唐律》为典型和范示。通过历史的考察，不仅可以了解这些立法的具体内容，而且可以明了其共犯过限的立法基础以及处罚原则。这对于构建当代的共犯过限理论，乃至建立共犯过限制度，大有裨益。理论研究离不开司法实践，二者可谓“互动”关系。就共犯过限理论而言，需要密切关注司法实践情况，需要从一些实际发生的相关案例中提炼理论要素，以推动共犯过限理论的发展。

第一章 共犯过限概述

本章主要讨论的是共犯过限的概念、理论发展、本质以及构成特征等内容，这些是研究共犯过限的基础内容，为共犯过限的适用提供理论基础。

第一节 共犯过限的概念

尽管人们对共犯过限有一定的研究，但在其概念的称谓上并不统一，而且，在共犯过限概念的界定上也未取得一致的认识。因此，有必要把这两个问题厘清，以便为研究共犯过限问题提供基础性的话语。

一、共犯过限的称谓辨析

虽然共同犯罪过限是共同犯罪中时常出现的客观情形之一，但是，对于如何称谓过限行为，在中外理论和立法上有不同的表述。

（一）中外学者关于过限行为的称谓

1. 国外关于过限行为的表述。从国外学者的研究情况来看，对于过限行为主要有以下表述：

（1）“实行犯的过当”，是指实行犯实施了不在其他共犯故意之内的犯罪行为。这是前苏联学者的表述。^①

（2）“实行犯过度行为”，是指实行犯实施不属于其他共同犯

^① [苏] 别利亚耶夫、科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社1987年版，第238页。

6 | 共犯过限论

罪人故意之内的犯罪。这是俄罗斯学者的表述，俄罗斯刑法也使用这一概念。^①

(3) “共犯过剩”，即指正犯者实现的结果比共犯者所认识的内容严重的场合。这是日本学者和判例的表述。^②

(4) “共同犯罪的偏离”，是指就某一具体的共同犯罪人来说，其他人和他一起共同“实现”的犯罪，并不是他“希望发生”的犯罪。这是意大利学者的表述。^③

(5) “正犯的过度行为”（或称“正犯的过剩行为”），即指超越共同行为的决意的行为。这是德国学者的表述。^④

(6) “共犯外行为”（或称“计划外行为”），指的是主犯（实行犯）实施了共同犯罪外的、其他共犯人不能预见的行为。这是英美刑法学者的表述。^⑤

2. 我国学者关于过限行为的表述。从我国学者的研究情况来看，对于过限行为也有以下几种不同的表述：

(1) “实行过当行为”。实行犯的实行过当行为，就是说，某一实行犯所实行的犯罪行为，有一部分是既不在各共犯者事先预谋或者临时协议的犯罪计划范围之内，也不在教唆犯所教唆的犯罪行为范围之内，而是超过了那些预谋、协议和教唆的犯罪范围所实行

① [俄] 库兹涅佐娃、佳日科娃主编：《俄罗斯刑法教程》（总论），黄道秀译，中国法制出版社 2002 年版，第 430 页。《俄罗斯联邦刑法典》第 36 条规定，实行犯实施不属于其他共犯故意之内的犯罪，是实行犯的过度行为。

② [日] 野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 441 页。

③ [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 331～332 页。

④ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 820～821 页。

⑤ [英] 乔纳森·赫林：《刑法》，法律出版社 2003 年版，第 424～426 页。

的犯罪行为。持此表述的是李光灿教授。^①

(2) “过度行为”。过度行为，是指共犯者在共同犯罪过程中实施了超过共同故意范围的犯罪行为，即共犯者实施了其他共犯者未曾预见的犯罪行为。持此表述的是林文肯教授和茅彭年教授。^②

(3) “实行过限”。实行过限，是指实行犯（或正犯）实施了超出共同犯罪故意的行为。持此表述的有陈兴良教授等学者。^③

(4) “实行犯过限”。实行犯过限，指实行犯超过了共同犯罪人事先预谋或临时协议的范围而实施的犯罪行为。持此表述的有吴振兴教授、高铭喧教授等学者。^④

(5) “过限犯”。这是我国青年学者夏强从犯罪形态的角度提出的概念，认为“过限犯是指在共同犯罪过程中，实行犯故意或过失地实施超出共同故意范围之外的犯罪行为的一种犯罪形态”。^⑤

(6) “共犯过限”。共犯过限，是指共同犯罪中实行犯实施了某种超出共同谋议的犯罪范围的行为。持此表述的有赵丰琳、史宝伦、刘凌梅等学者。^⑥

① 李光灿：《论共犯》，法律出版社1981年版，第25页。

② 林文肯、茅彭年：《共同犯罪理论与司法实践》，中国政法大学出版社1987年版，第111页。

③ 参见陈兴良：《共同犯罪论》（第2版），中国人民大学出版社2006年版，第344页；陈家林：《共同正犯研究》，武汉大学出版社2004年版，第315页；李邦友：《结果加重犯基本理论研究》，武汉大学出版社2001年版，第174页。

④ 参见吴振兴：《论教唆犯》，吉林人民出版社1986年版，第183页；高铭喧：《刑法总则要义》，天津人民出版社1988年版，第207页。

⑤ 夏强：《过限犯认定问题研究》，载《法制与社会发展》2002年第4期。

⑥ 参见赵丰琳、史宝伦：《共犯过限的司法认定》，载《人民检察》2000年第8期；刘凌梅：《帮助犯研究》，武汉大学出版社2003年版，第235页。