

承继的共同正犯研究

周铭川

内容提要:在承继的共同正犯理论中,对后行为人能否就包括先前行为在内的全部行为成立共同正犯,有多种学说,但均不足取。其实,该理论所要解决的问题,并非后行为人能否就全部行为成立共同正犯的问题,而是后行为人能否就共同行为与先行为人成立同一罪名的共同正犯的问题。只要具有故意,即使仅参与实施了部分行为,后行为人亦可与先行为人成立同一罪名的共同正犯。在适用该理论时,应区分实行行为与事实行为,并考虑违法性程度。

关键词:承继的共同正犯 全部行为 后行为人 实行行为

周铭川,上海交通大学法学院讲师,法学博士。

承继的共同正犯,是指先行为人已经着手实行犯罪但犯罪尚未结束时,后行为人基于与先行为人的意思联络参与实行犯罪的情形。对于后行为人应否就包括先行为人先前实施的行为(下文简称“先前行为”)在内的全部行为成立共同正犯,还是应仅就所参与实施的行为成立共同正犯,国外学界争议极为激烈,判例也大异其趣,近年来我国学者对此也有论述,但都有可商榷之处。

一 后行为人应否就全部行为成立共同正犯

承继的共同正犯理论所争议的焦点是,后行为人应否就全部行为成立共同正犯^[1]。毕竟,后行为人在中途介入参与犯罪的,其对先前行为并无共同的故意和共同的实施,要让他对包括先前行为在内的全部行为承担共同正犯的责任,必须具有特别的理由。对此,学说与判例意见分歧甚大并形成全部肯定说、否定说与部分肯定说。^[2]

(一) 全部肯定说及其评析

全部肯定说认为,后行为人应就全部行为成立共同正犯。具体观点如下:(1)单纯一罪是不可分割的,无论是继续犯、结合犯,还是结果加重犯,只要先行为人的犯罪属于一罪,后行为人也应该是同一罪名的共犯。小野清一郎和植松正等人持此说。^[3]我国也有学者认为,由于犯罪的实行行为是整

[1] 相关论述参见张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第316-317页;侯国云:“论承继性共犯”,载《政法论坛》2006年第3期,第111-113页。

[2] 参见制作俊、王燕玲:“承继共同正犯:意义、类别与学说对立”,载《法律科学》2008年第2期;陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第226-238页。

[3] 参见[日]小野清一郎:《刑评》(第1卷),第417页,转引自陈家林:《共同正犯研究》,武汉大学出版社2004年版,第231页;[日]植松正:《刑法概论(总论)》,劲草书房1974年再订版,第354页。

体的、不可分割的,因而否定说是不堪一击的。^[4] (2)强调后行为人的利用意思,认为后行为人了解先行行为人的意思,并且利用先行行为人已经造成的事态,表明后行为人已就整个行为与先行行为人形成了共同意思,其行为也与先行行为人的行为成为了相互利用、相互补充的行为整体,这与事前共谋在价值上并无不同,因此相互了解的时间并不重要。西原春夫、福田平和木村龟二等人持此说。^[5] (3)从“共犯成立上的一体性、处罚上的个别性”出发,认为由于后行为人认识、容认先行行为人造成的既成事实,并且在加以利用的基础上实施了部分实行行为,故应就全部行为成立共同正犯,但由于其不完全具备适用“部分行为全部责任”法理的要件,故在处罚上应仅负基本罪^[6]的责任。冈野光雄等人持此说。^[7] (4)从共犯成立上的一体性及后行为人应当对自己的利用行为负责出发,认为后行为人应与先行行为人成立同样的罪名,但是应比照先行行为人从轻或者减轻处罚。^[8] (5)认为日本《刑法》第207条规定对暴行伤害的同时犯,在不能辨别各人暴行所造成的伤害轻重或不能辨认何人造成了伤害时,应按共同正犯处理,因而如果对这种部分共犯关系反而不能按共同正犯处罚,则不合理。^[9] 林干人等人持此说。^[10]

上述各说无视后行为人对先前行为没有共同故意和共同实行的事实,认为后行为人应对全部行为承担共同正犯罪责,违背了罪责自负的个人责任原则,有诸多不妥。

第一说的不妥之处在于,首先,该说的立论根据(完全犯罪共同说)难以得到认同。目前多数学者主张部分犯罪共同说,认为只要构成要件之间存在重合部分即可成立共同犯罪,并且不需要各人最终成立的罪名相同,而行为共同说也是一种极为有力的学说。^[11] 其次,该说的立论前提不对。因为该说是以认为应以先行行为人的行为性质确定共同犯罪的性质为前提的,但是,既然后行为人并没有参与先前行为,既然对后行为人应否就全部行为成立共犯存在争议,为何不能以他们共同参与实施的行为来确定共同犯罪的性质呢? 再次,单纯一罪或实行行为的整体性和不可分割性,是就单独犯罪而言的,其作用在于,观念上可以分割评价的行为并不当然可适用于共犯情形,否则,教唆犯、帮助犯等没有实行行为的犯罪就难以成立了,部分犯罪共同说与行为共同说也就没有任何的合理之处了。

第二说的不妥之处在于,仅从后行为人对先前行为及结果的了解和利用,并不能推出他们已就全部行为形成了共同犯罪意思的结论,因为这种推论明显与事实不符,如承认这种推论,等于认可放弃个人责任原则,也是过于强调行为人主观意思的主观主义刑法观的体现,可能导致完全依后行为人的主观恶性定罪的可怕后果。^[12] 而论者除了下此结论之外,并未具体说明理由。至于认为相互了解各自意思的时间并不重要,也不妥当,因为只有相互了解之后,才可能存在共同的犯罪故意。^[13] 再则,后行为人是积极利用先前行为及结果,还是无法拒绝先行行为人的邀请而参与犯罪,不可一概而论。

第三说的不妥之处在于,一则,既认为后行为人应对整个犯罪(包括基本罪和结果加重犯)成立共同正犯,又认为后行为人应仅对基本罪负责,但对于为何因不完全具备适用“部分行为全部责任”原则的要件,就只应对基本罪负责,而不是比照先行行为人从宽处罚或者依其他原则处罚,理由并不充

[4] 参见聂立泽:“承继共犯研究”,载《云南大学学报》(法学版)2004年第3期。

[5] 参见[日]西原春夫:《刑法总论》,成文堂1995年版,第336页;[日]福田平:《刑法总论》,有斐阁1976年版,第201页;[日]木村龟二:《刑法总论》,有斐阁1984年版,第408页。

[6] 所谓基本罪,是指刑法规定的由决定犯罪基本性质的要件所构成并且作为设定犯罪之罪质和刑罚层次的基础或中介的犯罪。参见王志祥:《危险犯研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第158页。

[7] 参见[日]冈野光雄:“承继的共犯”,载《刑法基本讲座》(第4卷),法学书院1992年版,第187页。

[8] 参见侯国云:“论承继性共犯”,载《政法论坛》2006年第3期。

[9] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第302页。

[10] 参见[日]林干人:《刑法各论》,东京大学出版会1999年版,第62页。

[11] 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第365页。

[12] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第526、532页。

[13] 参见侯国云:“论承继性共犯”,载《政法论坛》2006年第3期。

分;二则,认为如果存在事后的认识与容认,就必须对并不能为自己左右的先前行为及结果承担罪责,违背了罪责自负原则;三则,该说会导致定罪与量刑相分离,即按整体行为定罪,但按基本罪量刑。

第四说的不妥之处有:首先,该说认为后行为人与先行为人具有共同的犯罪故意和行为,“属于整个犯罪不可分割的一部分”,只能与先行为人成立同样的罪名,仍是根据完全犯罪共同说得出的结论,并不妥当,并且先、后行为人并非只能有相同的犯罪故意,完全可能各持不同的犯罪故意。其次,先前行为的结果仍是先行为人所造成的,对利用这种结果的行为负责,无非仍是对先前行为及结果负责,其与肯定说第二说并无实质差异;而且,后行为人应否构成犯罪及构成何罪,是由他的犯罪故意和犯罪行为所决定的,之所以能对他定罪量刑也是因为他的行为符合刑法所规定的犯罪构成,至于所谓利用行为,不是也不可能是刑法所规定的犯罪,不存在对利用行为负责的问题。再次,从后行为人利用先前行为所致结果继续实施犯罪的情况,并不能想当然地得出对后行为人应比照先行为人从轻、减轻处罚的结论,因为所有犯罪的实施,都必然要利用一定的客观条件,是否对所有犯罪人都要考虑这种“利用行为”呢?

第五说的不妥之处在于,日本《刑法》第 207 条是针对因证据方面原因导致无人对伤害结果承担罪责情形所作的特别规定,而在承继的共同正犯情形,至少有先行为人可以对结果承担正犯的罪责,因为无论结果是否先行为人所致,他对自己先前行为以及后面的共同行为所致结果都应当承担责任,故将同时伤害的特例扩大适用于承继的共犯情形是否妥当,不无疑问。^[14]

(二) 否定说及其评析

否定说认为,后行为人应仅对其参与后的行为成立共同正犯。具体学说如:(1)立于行为共同说的立场,认为各行为人只能就自己参与实施的犯罪承担罪责,即使后行为人认识先行为人的行为并且具有利用的意思,也不应回溯到其并未实施的先前行为来认定共犯关系。牧野英一等人持此说。^[15](2)从犯罪共同说出发,认为共同正犯的成立,要有共同实行的意思和行为,而后行为人对先前行为不可能具有共同的故意和行为。团藤重光等人持此说。^[16](3)从目的行为论及行为支配说出发,认为后行为人对先前行为及结果不可能具有有目的的行为支配,故不应承担共同正犯的罪责。平场安治等人持此说。^[17](4)从因果共犯论出发,认为共犯的处罚根据在于共犯参与惹起了犯罪结果,由于后行为人对先前行为及结果没有因果影响力,不应对它成立共同正犯。山中敬一等人持此说。^[18](5)作为折中,一方面否认成立共同正犯,一方面认为构成承继的帮助犯。这种观点认为,由于“部分实行全部责任”原则的根据是因果共犯论中的修正惹起说,而后行为人不可能对先前行为具有心理或物理的因果力,故不能对先前行为及结果承担共同正犯责任,但由于其行为事实上促进了先行为人对法益的侵害,故应构成整个犯罪的承继的帮助犯。^[19]

笔者认为,否定说是符合罪责自负的个人责任原则的,毕竟后行为人对先前行为及结果不可能有共同的故意和行为,也不可能具有目的行为支配及因果影响力,不应该对先前行为及结果承担共同正犯的罪责。任何提及后行为人应对先前行为成立共同正犯的观点,都不仅违背了罪责自负的个人责任原则,而且违背了罪刑法定原则,因为事实上后行为人并未实施先前行为。但是,否定说不仅否定

[14] 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 302 页。

[15] 参见[日]牧野英一:《刑法总论》(上),有斐阁 2001 年版,第 446 页。

[16] 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社 1979 年版,第 366 页。

[17] 参见[日]平场安治:《刑法总论讲义》,有信堂 1961 年版,第 156 页。

[18] 参见[日]山中敬一:《刑法总论 I》,成文堂 1999 年版,第 810 页。

[19] 参见戴波、江溯:“承继的共同正犯研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 14 卷),中国政法大学出版社 2004 年版,第 460 - 461 页。

后行为人应对全部行为成立共同正犯,而且否定先、后行为人可就共同实施的行为成立相同罪名的共同正犯,这就矫枉过正了,它忽略了后行为人内心真实的犯罪意思以及后行为人对先前行为及结果的利用这一客观事实,因而具有片面性。实际上,先、后行为人完全可能就其共同行为成立同一罪名的共同正犯。因为,首先,后行为人并非只能具有不同的故意,而完全可能具有与先行为人同样的故意。其次,由于行为性质取决于犯罪故意,因此在行为人虽然只实施了部分实行行为、但同样达到了犯罪目的、充足了犯罪既遂的构成要件、也实际上侵害了法益的情况下,根本无须强求亲自实行全部行为。再次,从先行为人及被害人的心理考虑,他们完全可能认为后行为人是与先行为人共同实施同一行为的。

此外,第五说所持承继的帮助犯说,既忽略了后行为人主观上真正的犯罪意思,又混淆了帮助与实行的界限,因为帮助是使正犯的实行变得容易的行为,^[20]如果后行为人主观上是共同实行的意思而非帮助意思,客观上也实施了部分实行行为,当然不应认为构成帮助犯。况且,“承继的帮助犯”这一概念本身就应当否定,因为帮助犯本来就是指在犯罪既遂之前为正犯的实行提供物理或心理帮助的人,帮助并非伴随实行的全过程,而只可能在某一时刻提供帮助。如果肯定这一概念,则除了在预备阶段提供帮助外,几乎所有的帮助犯都是承继的帮助犯,普通的帮助犯反而无容身之地,而把预备阶段的帮助犯称为原始的帮助犯并没有什么意义;如果肯定这一概念,则也可肯定承继的教唆犯,即那些使正犯的犯意加重的情形,但学界通常否认承继的教唆犯。^[21]

(三)部分肯定说及其评析

部分肯定说认为,后行为人一般仅对其参与后的行为成立共同正犯,但例外地也对整个犯罪成立共同正犯。至于哪些情况属于例外,有不同观点。(1)结合犯是例外。如大塚仁认为,共同正犯的成立范围通常只及于后行为人介入后的共同实行行为,不过,既然先、后行为人的共同实行是承继并利用了先行为人单独实施的部分而进行的,当然必须受到包括该部分在内的刑法评价,比如像抢劫罪这样的结合犯,不允许轻易分解成暴行、胁迫罪和盗窃罪,后行为人也应成立抢劫罪的共同正犯。^[22](2)具有持续性效果者是例外。认为根据行为共同说和因果共犯论,后行为人对先前行为及结果不具有原因力。但如果先前行为的效果仍在持续,而后行为人利用了这种持续的效果实行犯罪,就应对整个犯罪成立共同正犯。平野龙一等人持此说。^[23]我国有相似观点认为,如果后行为人积极利用先行为人所造成的状态以“实现自己的犯罪”,则要“对利用这种状态所引起的结果负责”,所谓“积极利用”,“不是仅指后行者对先行者的行为和结果的有意利用,而是指这种利用行为,达到了和自己亲自实施实行行为没有什么两样的程度”。并强调“单纯的有意利用,不构成继承的共同犯罪”。^[24](3)具有相互利用、补充关系者是例外。大谷实认为,在后行为人对先前行为及结果具有积极利用的意思、把先行行为人的行为及结果作为自己实现犯罪的手段积极加以利用时,由于可认可后行为人与先行为人之间具有相互利用、补充的关系,故应就整个犯罪成立共同正犯,反之,如果后行为人的行为与先行行为人的行为和结果无关,则不能认可相互利用、补充关系,不能就整个犯罪成立共犯。^[25](4)对实行行为的重要部分具有因果力者是例外。认为如果后行为人的行为对实行行为的重要部分具有因果力,而这种因果力又对完成犯罪起了决定作用时,则可例外地承认后行为人应对全体行为成立共同正犯。井田良等人持此说。^[26](5)综合说。

[20] 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第152页。

[21] 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第316页。

[22] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第252页。

[23] 参见[日]平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第382页。

[24] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第533-534页。

[25] 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第381页。

[26] 参见[日]井田良:“共同正犯的构成要件”,载《现代刑事法》2002年第4期。

如马克昌教授认为：“当后者认识先行者的行为的性质和状况，并以共同实行的意思，中途介入先行者的行为，利用先行者的行为所致效果持续存在的情况，单独实行或与后者共同实行犯罪的，后者应就整个犯罪成立共同正犯。所以，全部肯定说或者否定说均属不妥，部分肯定说则是可取的。至于其中各说，可以互相补充。”^[27]

上述各说，相对于全部肯定说或否定说而言，无疑更为折中，也更有利于根据案件具体情况区别对待，从而尽量避免得出违背法感情与社会通常观念的结论。只是均有值得商榷之处。

第一说认为只有结合犯是例外，而把许多单纯的一罪排除在外，使共同正犯的成立范围过于狭窄。此其一。其二，该说理论也不彻底，如认为在抢劫罪之类的结合犯中，后行为人要对全部行为成立共同正犯，又认为后行为人应仅对基本罪承担罪责，因为死伤结果对于后行为人来说是“法律上过剩的事实”，是完成抢劫所不必要的。^[28]但对于为何是法律上过剩的事实，为何能对后行为人如此优待让其只取所需，为何不能给予先行为人同样的优待，为何能对事实和法律评价如此分割，论者并未说明理由；其三，该说在我国无法适用，因为我国现行刑法中没有结合犯，并且只有抢劫罪、强奸罪等基本罪名而无抢劫致死伤罪、强奸致死伤罪等加重罪名。

第二说只从利用先前行为所致持续性效果、第三说只从相互利用相互补充关系去着手论证，均是有疑问的。

首先，两说均没有顾及具体案件事实的多样性，忽略了后行为人的犯罪故意。其次，两说实际上都没有提出任何判断标准，实际上依然是全部肯定说。因为既然先行为人的行为并未实行终了，则其行为所致效果肯定是持续着的，不存在效果不持续的情形，故中途介入的后行为人，必然得利用这种“持续着的效果”；退一步讲，即使确实存在效果不持续的情形，那么后行为人要与先行为人共同实施并完成犯罪，必然得重新造成这种效果，若如此则可直接就共同行为成立共同正犯，不需要特别强调“利用持续着的效果”。同理，既然后行为人是中途介入并与先行为人共同实施犯罪的，则如何不相互利用、补充，什么情况才属于“后行为人的行为与先行人的行为和结果无关”，估计很难找出相应例子。因此，如按此两说的观点，由于找不出反例，只能得出与全部肯定说相同的结论。至于认为只有“利用行为，达到了和自己亲自实施实行行为没有什么两样的程度”才可以成立共同正犯的观点，其实也没有提出什么新标准，因为根本不可能出现相反的情况。既然只是对某种现存状态的利用，而非亲自实施行为以造成这种状态，则这种利用只存在有无的问题，不存在程度的问题，利用了就是利用了，没利用就是没利用，根本不存在利用一半、利用全部等不同情形。况且，既然都是积极利用某种现存的状态，那么，这种状态是自己造成的还是他人造成的，又能有什么两样呢？先、后行为人之间有无意思联络，又怎么能影响共同正犯的成立与否呢？论者试图以客观上的利用程度来限制主观上的利用意思，以区分无犯意联络时的单独犯罪与有犯意联络时的共同犯罪，为其所持的部分肯定说辩护，可谓用心良苦，殊不知利用程度本身就是一个假命题。因此，以利用程度来决定共同正犯的成立与否也是没有道理的。再次，有持第三说者认为，在诈骗罪、强奸罪之类的复数行为犯、抢劫罪等结合犯场合，由于一般能够认可相互利用、补充关系，故后行为人应与先行为人就整体犯罪成立共同正犯。但是，在抢劫杀人罪上，如果后行为人介入之前被害人已经死亡，则后行为人只负抢劫罪的责任，因为他并没有参与杀人，只是利用了被害人不能抵抗的状态，其行为与杀人结果之间不具有因果关系；在伤害致死罪、强奸致死罪、抢劫致死罪等结果加重犯中，如果不能查明到底是谁的暴行导致了死亡结果，则后行为人对死亡结果不承担罪责，而只成立基本罪的共同正犯或同时犯。^[29]可是，被害人为什么不能抵抗，不正是因为被杀死了才不能抵

[27] 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 693 - 694 页。

[28] 参见[日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 269 页。

[29] 参见[日]大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 383 - 384 页。

抗的吗?利用这种不能抵抗的状态,不正是利用被害人被杀死的状态吗?后行为人的这种利用,与先行为人自己的这种利用,又有什么区别呢?到底是以相互利用、补充关系立论,还是以有无因果关系立论,能够同时采取这两种完全不同的标准吗?并且如按论者的推理,则先行为人同样不对死亡结果承担罪责,因为同样不能证明死亡结果是由先行为人所造成的,这无疑是不妥当的,将导致无人对被害人的死亡结果负责。

第四说仅从因果决定力出发进行论证,存在与前两说同样的不足,况且,认定哪一部分实行行为重要、哪一部分实行行为不重要,以及认定后行为人的行为是否对整个犯罪的完成起了重要作用,并非易事,这显然会使判断标准不明确。

第五说貌似全面,其实也有诸多不妥。首先,同样会导致认定中途介入的后行为人与先行行为人的整个犯罪成立共同正犯;其次,即使肯定后行为人有与先行为人共同实行的意思,也不意味着可以肯定其与先行为人有同样的故意。认为只能有同一种故意,一则无视现实情况的复杂多样性,二则是根据完全犯罪共同说所作的推论,这实际上是一种循环论证,即从有共同实行同一种罪的意思,到有同一种故意,到构成同一种罪,若依行为共同说,完全可承认成立前行为与后行为的共同正犯;再次,没有指出不存在后行为人不利用先前行为的持续效果的情况,反而把它作为其判断标准的一部分,必然陷入全部肯定说的窠臼,与其所主张的部分肯定说自相矛盾。

二 共同实施部分行为亦可成立共同正犯

如前所述,全部肯定说认为后行为人应对包括先前行为在内的全部行为负共同正犯的责任,一是违反了罪责自负的个人责任原则;二是可能导致对后行为人的处罚过于苛刻。否定说的理论前提比较妥当,但其否认后行为人可与先行为人成立相同罪名的共同正犯,则又走向了另一个极端。而部分肯定说,或者由于过于折衷导致理论前后不连贯,或者由于实际上没有提出标准而仍属于全部肯定说,因此三者均不妥当。并且,无论是从行为论出发的论证,还是从共犯本质论、共犯处罚根据论出发的论证,都不必然得出一致结论。^[30] 我们所要解决的问题,并非是后行为人能否就先前行为成立共同正犯的问题,因为根据罪责自负的个人责任原则,任何人都不能对自己并未实施的其他人的罪行承担责任,即使自愿替别人承担也不允许,因此也不能以共犯处罚根据论为论证基础。因此,无论是行为论、共犯本质论,还是共犯处罚根据论,都不能作为论证上述各说的坚实基础。问题在于,三种学说均认为先、后行为人要么只能就包括先前行为在内的全部行为成立共同正犯,要么就不能成立相同罪名的共同正犯。但显然,无论是哪种观点都不符合实际,因而导致争议不断。那么,能不能认为先、后行为人可以就他们共同实施的行为成立同一罪名的共同正犯呢?笔者认为这是可行的,也是符合实际的。当然这种罪名是以先行为人实施的犯罪的性质为基准的。现在需要解决的问题是,先、后行为人共同实施的仅仅是部分行为,为什么后行为人也可以成立通常要求实施全部行为才能成立的犯罪的共同正犯?

对此问题,估计分为单独犯罪能否成立与共同犯罪能否成立两个阶段来思考将更容易解决。因为根据入罪时举轻以明重的法理,既然在有故意而无全部行为时能成立犯罪,当然在利用他人的全部行为时也能成立犯罪。

第一,从犯罪性质的认定过程来看,主观罪过对犯罪性质的认定起决定作用,只要具有某种犯罪的故意,即应构成该种犯罪,是否亲自实施构成要件所预定的全部行为,对犯罪性质并不起决定作用。对

[30] 参见戴波、江湖:“承继的共同正犯研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第14卷),中国政法大学出版社2004年版,第451-454页。

此,有相反观点认为,“认定犯罪必须从客观到主观,而不能相反”,因为“违法性(法益侵犯性)不是由故意、过失决定的,而是由结果、行为等客观要素决定的;主观要素是为了解决归责的问题,即在客观地决定了行为性质及其结果后,才判断能否将行为及结果归咎于行为人,这便是故意、过失等主观要素所要解决的问题”。“所以,必须先讨论行为的客观违法性,后考察行为人的主观有责性。”^[31]“这种观点颠倒了认定犯罪的顺序。认定犯罪应当从客观到主观,先考察客观行为的性质,再考察行为人是否存在可以将该客观行为及其结果归责于行为人的主观要素,而不是相反。”^[32]这种观点完全将其所提倡的二阶层犯罪论体系与犯罪性质的认定问题混为一谈,是值得商榷的。对犯罪性质起决定作用的,是主观罪过而非客观行为及结果,认定了主观罪过,即确定了犯罪性质,至于客观行为及结果,只能确定犯罪形态,所谓从客观到主观的判断顺序,根本行不通,怎么可能先考察客观行为的性质,再考察行为人的主观要素呢?因此,有效的判断是从主观到客观,只有先确定行为人的主观罪过,才能确定行为的性质,才能进一步决定选择哪一个客观构成要件去判断行为的既未遂形态。^[33]论者所谓认定犯罪必须从客观到主观,只有在客观实际与主观认识完全一致的情况下,才可能得出正确结论,否则必然无法认定犯罪性质。论者的错误还在于,将法益侵害性与犯罪性质混为一谈,殊不知对于相同的法益侵害,刑法可以规定多种罪名。实际上也不应当将这两个不同层次的问题混为一谈,因为在大陆法系的阶层式犯罪论体系中,无论分为多少阶层,都是为了确定犯罪性质及刑事责任,但没有人会认为其中哪个阶层能够单独决定犯罪性质。而主观罪过之所以能决定犯罪性质,是因为它本身既是构成要件要素,又是违法性要素,还是有责性要素,无论哪个阶层都少不了它。既然最终决定犯罪性质的是主观罪过而不是客观结果,为什么非要坚持从客观到主观呢?当然,对于主观罪过的确定,要根据客观材料、证据去推定,不能仅凭被告人供述,但这与犯罪性质取决于客观要素还是主观要素是完全不同的问题,不应混为一谈。因此,只要主观上具有犯罪故意,即使客观上的行为不完全符合构成要件,也不影响行为的犯罪性质,至多影响犯罪形态以至刑罚轻重。

第二,从犯罪本质来看,在有犯罪故意而未实施构成要件所预定的全部行为时,亦可成立犯罪。至于事实行为是否完全符合构成要件的规定,并不起决定作用。

因此,从犯罪本质来看,在行为人主观上具有犯罪故意、客观上或者利用他人的行为或者亲自实施部分行为即已达到犯罪目的、并实际侵害了法益的情形下,根本没必要强求亲自实施全部行为。故在承继的共同正犯上,只要后行为人主观上具有犯罪故意,客观上利用了先前行为及结果达到了自己的犯罪目的,就应构成犯罪,至于事实上他实施了多少行为,对犯罪性质并不起决定作用。前述各种部分肯定说,无论是认为后行为人利用了先前行为及结果、利用了先前行为所致的状态或者持续性效果,还是认为先、后行为人之间具有相互利用、补充关系,实质上均是肯定后行为人仅实施部分行为即可构成通常需要实施全部行为才能构成的犯罪的,只是囿于不充足构成要件就不能构成犯罪的观念限制,而又对构成要件的充足作了不切实际的理解,才导致陷入困境而举步维艰。

第三,对先行为人而言,尽管中途介入了后行为人的行为,但他事实上参与了实行行为的全过程,自然可成立犯罪。

第四,对这种中途介入的犯罪,既然分开来看,先、后行为人都可构成犯罪,则在他们有共同的故意和共同的实行时,当然可就同一罪名成立共同正犯,这与后行为人不用对先前行为及其结果承担罪责并不矛盾。当然,在先、后行为人的故意不相同,尽管也成立共同正犯,但罪名不同,即此时应采取行为共同说。

[31] 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第99页。

[32] 张明楷:“盗窃与抢夺的界限”,载《法学家》2006年第2期。

[33] 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社2005年版,第465-466页。

第五,承继的共同正犯与共同正犯的脱离有可比之处,都是一方全程参与了犯罪,另一方中途加入或中途退出的“一个半”共犯关系,都是一方仅参与实施了部分行为,既然对中途脱离者可与他人成立相同罪名的共同正犯没有争议,对于中途加入者能与他人成立相同罪名的共同正犯也应没有争议。

综上,在承继的共同正犯上,第一,后行为人不应就包括先前行为在内的全部行为成立共同正犯,当然也不应对先前行为所致结果承担罪责;第二,对于共同实施的行为,如果先、后行为人的故意不同,则成立不同罪名的共同正犯,如果先、后行为人的故意相同,则成立同一罪名的共同正犯。

三 承继的共同正犯理论的具体适用

对于承继的共同正犯理论的适用范围,有不同观点。一种观点认为,只有在复行为犯和结合犯等犯罪行为可以明显地分成两个阶段的犯罪中,才存在承继的共同正犯问题,否则,“不论后行为人在先行为人实施到什么程度才加入进来,其与先行为人实施的都是同样的行为,因而便不能形成继承性共犯”。^[34] 另一种观点认为,在单纯一罪、继续犯、连续犯、结合犯、吸收犯、牵连犯及其他复数行为犯场合均存在承继的共同正犯问题。^[35] 还有观点认为,在单行为犯、复行为犯、结果加重犯、继续犯、包括一罪及牵连犯场合均存在承继的共同正犯问题。^[36]

对于司法实践而言,研究该理论的目的,应在于明确它在不同的犯罪形态中能否适用及如何适用问题。从这一目的出发,有必要对该理论的适用范围从宽解释,没必要局限于只能成立承继的共同正犯的犯罪形态之内。实际上,多数学者均未特意探讨该理论的适用范围问题,而是探讨在不同情形下后行为人应对先前行为及其结果承担罪责的问题。而如前文所述,根据罪责自负原则,后行为人在任何情况下,均只应对自己的行为负责,不存在对先前行为及结果承担罪责的问题,更不应存在诸如“是否承认承继的正犯对于先行的正犯的犯罪行为的追认”、“应当承认有限度的追认”、“只是构成犯罪的最低限度的构成要素的追认”之类的问题。^[37] 因此,此处所要探讨的,是承继的共同正犯理论在常见的犯罪形态下如何适用的问题,对此,笔者认为应注意以下几点:

第一,应当区分实行行为与事实行为,充分考虑实行行为的不可分性和事实行为的可分性。实行行为,作为符合构成要件的定型性行为,是单一的、不可分割的,每一种犯罪只能有一种实行行为,任何关于实行行为可以分割的提法,都是错误的。这和社会观念上的概念通常也是一致的。理论上所谓单一实行行为、复合实行行为、单行为犯、复行为犯等说法,都是不准确的。在观念上可以分割的,是事实行为而非实行行为,所谓部分实行行为、全部实行行为等概念,均是就构成实行行为的事实行为而言的,并不是指实行行为本身可以分割。因为刑法评价的对象,是侵害法益的事实行为,而这些具体的事实行为,分别可以造成不同的法益侵害结果,因而可以根据评价的需要予以分割,尤其是在不同行为人分别实施不同部分的事实行为的场合。因此,如果某种犯罪只包含一个法益侵害结果,就没有分割评价的必要,无论各行为人在哪一时点参与犯罪,都可直接认定成立共同正犯,因为侵害结果是他们共同造成的,即便不能查清到底是谁的行为直接导致法益侵害结果亦然。但如果某种犯罪具有两种以上性质不同的法益侵害结果,且复数行为人又先后实施,则有必要分割评价,从而有必要适用承继的共同正犯理论,因为后行为人对先前行为所造成的法益侵害结果,不应承担罪责。

第二,应考虑违法性的量。如果某种犯罪行为具有持续性,在事实上可以分割,并且每一部分事实

[34] 参见侯国云:“论承继性共犯”,载《政法论坛》2006年第3期。

[35] 参见倪业群:“承继共犯罪责论”,载《山东警察学院学报》2007年第2期。

[36] 参见李祖华:“承继的共同正犯探析”,载《求索》2007年第12期。

[37] 参见陈兴良:“共同正犯:承继性与重合性”,载《刑事法评论》第21卷(2007年第2卷)(来源于中国期刊网)。

行为均会造成相应的侵害结果,则有适用承继的共同正犯理论的必要。因此,先、后行为人均应对各自所参与实行的行为承担罪责,应分别认定各人的着手和既遂时点,以分别计算各人参与实行犯罪的时间。

第三,在接续犯、连续犯、集合犯、吸收犯、牵连犯等事实行为可以分割评价的犯罪中,均应综合考虑事实行为的可分性及违法性的量。只要事实行为及其对法益的侵害在质或量上可以分割,可以计算,则后行为人就不应对先前行为及结果承担罪责,而仅应对其参与实施的行为及侵害结果承担共同正犯罪责,如果未达到定罪标准,则不构成犯罪,而不是构成全部行为的共同正犯或帮助犯。

第四,在结果加重犯方面,如果能够查明加重结果确实是先前行为导致的,并且共同行为没有加速这种侵害,没有使侵害的风险提前实现,则后行为人不用对此承担责任,但如果不能查明是先前行为还是共同行为造成了加重结果,则后行为人应负共同正犯罪责,毕竟他主观上有共同实行犯罪的故意,客观上其行为加速了侵害风险的实现基本可以认定,这样处理对被害人和先行行为人均比较公平,不能仅对后行为人一人适用所谓“存疑时有利于被告人”原则,具体理由前文已述。在抢劫致死伤、伤害致死伤、强奸致死伤等场合均应如此。只是通常,在抢劫场合,如果后行为人仅是中途介入夺取财物,一般可认定他对死伤结果没有因果力;在伤害或强奸场合,即使共同行为与死伤结果之间的因果关系难以查证,但由于各人的行为均是直接作用于被害人的身体的,因而这种共同行为会加速结果发生、使死伤的风险提前实现基本可以认定,因此各行为人均应对被害人死伤结果负责。

[Abstract] In the theory of successive joint principal offender, there are many doctrines on the issue of whether the latter party should assume responsibility for the whole act, including that of the pre-actor, but none of these doctrines is desirable. The question the theory really needs to answer is whether the act of the later party can constitute the same crime as that of the pre-actor. The answer is yes as long as the later party has the intention, even if he has only committed part of the whole act. When applying this theory, attention should be paid to the difference between perpetrating act and actual act, and to the degree of illegality of the act of each actor.

(责任编辑:王雪梅)