

论中国共同犯罪认定和处罚中的几个问题

詹勇

(西南政法大学法学院 重庆 400031)

【内容摘要】“部分行为全部责任”的说法不符合逻辑。共同犯罪是一人一罪,每一个共同犯罪人是利用他人的行为作为自己行为的客观条件。意思联络不是成立共同犯罪的必要条件。共同犯罪一般要求犯罪人均具有刑事责任能力,但至少在轮奸的认定上存在例外。当共同犯罪人被认定为不同罪名之时,可以认定主、从犯,在两人(或两人以上)共同实施了犯罪行为,但一方由于不具备刑事责任能力而不承担刑事责任的情况下,不能认定主、从犯,如有需要,可以通过《刑法》第63条第2款进行救济。

【关键词】共同犯罪 犯罪行为 意思联络 主犯 从犯

中图分类号:D924.12

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2011)10-0074-03

共同犯罪是一种特殊的犯罪形态,在实际生活中大量存在,如何妥当处理共同犯罪是刑法理论界和实务界亟待解决的问题。共同犯罪涉及的问题很多,本文仅从共同犯罪的基本认定和处罚原则方面谈几点认识。

一、对“部分行为全部责任”法理的质疑

通说认为:“各共同犯罪人对共同实行的犯罪行为整体负责,而不只是对自己实行的犯罪行为负责。”^[1](P185)]例如,甲、乙共同谋划开枪杀死丙,甲开枪击中丙的胸部致丙死亡,而乙并未击中丙,甲与乙均构成故意杀人罪的既遂,不能因为乙未击中丙而认定其构成故意杀人罪的未遂。其理由何在?日本学者西田典之认为:“基于与甲的共谋,乙的行为强化了甲的犯意、促进了甲的杀人行为,与丙的死亡这一结果之间具有心理因果性。”^[2](P284)]一般将其称为“部分行为全部责任”的法理,作为共同正犯的归责原则。有学者认为:“这一说法连基本形式逻辑都不讲。既然是部分行为怎么可能承担全部责任,这是第一个问题。第二个问题是如果这个人为部分行为承担了全部责任,其他人还承不承担责任?”^[3]《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”那么,任何犯罪人只应为其所作的犯罪行为承担相应的刑事责任,而不应为他人的行为承担刑事责任,同样也不能要求他人为自己的行为承担刑事责任。共同犯罪也同样必须遵从这一原则。因此,共同犯罪人只应为其所犯罪行为承担相应的刑事责任,而不应为其所未实施的犯罪行为承担刑事责任。所以,“部分行为全部责任”这一说法确实违背了基本的形式逻辑。之所以还为绝大多数学者所认同,究其深层次原因,则在于如何恰当理解刑法中的犯罪行为。

犯罪行为作为刑法的基石性概念,在学界一直存在着

激烈争论,并形成了因果行为论、目的行为论、社会行为论、人格行为论等多种学说,我国刑法理论一般将其称为“危害行为”,通说认为:“我国刑法中的危害行为,是指在人的意志或者意识支配下实施的危害社会的身体动静。”从中可以看出,危害行为具有三个基本特征:1.它在客观上是人的身体动静,包括动和静两个方面:“动”是指身体的活动,包括四肢活动,也包括其他身体活动,如以目示意、语言伤人。“静”是指身体的相对静止,它虽然没有积极的身体动作,但在特定情况下仍然属于行为的形式。2.它在主观上是基于行为人的意志或者意识支配下的身体动静,人在睡梦中、精神错乱状态下、在身体受强制情况下的行为均不属于危害行为。3.它在法律上是对社会有危害的身体动静^[1](P72-73)]。笔者认为,通说至少存在以下几点缺陷:1.行为实施行为一般需要借助一定的条件,例如工具、他人的帮助,单靠自身的能力往往无法通过行为实现目的,通说忽略了通过客观条件来延长自己活动范围这一人类行为的基本特点,无法对共同犯罪等特殊行为形态做出科学的解释。2.任何一个犯罪构成要件都不可能离开其它犯罪构成要件而单独存在,研究犯罪构成要件的目的是为了更好地了解犯罪行为,这又必须在刑法的框架下进行,以确定犯罪行为的本质特征,即构成要件事实,因而,通说将犯罪行为界定为法律所否定的做法可能将一些并非为刑法所禁止的行为界定为犯罪行为,明显是不妥当的。这将直接影响到对共同犯罪的理解与认定。3.行为是一个过程,而非一蹴而就的,身体的动与静更侧重于从静态的角度对行为加以观察,不如将其定义为一个过程准确。

将其与“部分行为全部责任”原则进行考察后会发现,通说未能全部把握强调行为的外在表现形式,行为人用以

* 作者简介:詹勇(1983-),男,西南政法大学刑法学08级博士研究生,四川省人民检察院成都铁路运输分院助理检察员,研究方向为刑法学。

作用于犯罪对象的客观条件中还包括他人的行为,这不仅包括未成年人、精神病人,也包括有意识的人。教唆犯、帮助犯、组织犯可以利用被教唆者、实行犯的行为,实行犯与实行犯之间同样可以相互利用对方的行为。当行为人主观上有达成特定结果的目的,客观上也利用了他人的行为作为客观条件,就应当评价为一个独立的行为,此时,共同犯罪人的行为可能存在某些重合部分,但并不相同。针对这些独立行为进行单独评价才是责任自负的体现,也是《刑法》第5条的必然要求。德日刑法理论对共同正犯适用“部分行为全部责任”的原则,主要原因在于其受到“主客观相分离”的二元哲学思潮的影响较深,人为地将行为的客观方面与主观方面相分离,过分强调以客观定主观,是其理论体系演绎的必然要求。我国犯罪构成体系并非受这一哲学思潮影响而形成的,在不同的理论背景下,将德日刑法理论中对于共同正犯归责的“部分行为全部归责”法理直接移植到我国刑法理论中的做法欠妥。

二、意思联络不是成立共同犯罪的必要条件

通说认为:“为了成立共同犯罪,共同犯罪人之间必须存在意思联络。意思联络是共同犯罪人在犯罪意思上互相沟通,它可能存在于组织犯与实行犯之间,教唆犯与实行犯之间或者帮助犯与实行犯之间,而不要求所有共同犯罪人之间都必须存在意思联络,如组织犯、教唆犯、帮助犯相互间即使没有意思联络,也不影响共同犯罪的成立。”^{[1][P180]}它一方面要求共同犯罪人之间必须存在意思联络,一方面又不要求所有共同犯罪人之间都必须存在意思联络,显示出其在“意思联络是否为成立共同犯罪的条件”上的态度并不明确。我国刑法理论历来承认将片面共犯作为共同犯罪进行处理,但是,片面的、单方面的共同故意,还能称为“相互沟通、彼此联络”吗?

实务中,对于共同犯罪认定的难点就在于如何认定共同的犯罪故意。固然,我们不否认共同犯罪人协议后出于相同目的一起实施了犯罪行为这一典型共同犯罪现象的存在,此时,共同犯罪人之间存在意思联络。但是,以下非典型共同犯罪现象也大量存在:共同犯罪人出于不同目的一起实施了犯罪行为,在实施犯罪的过程中也并未经过明确谋议,此时,行为人之间并不存在意思联络。通说之所以要求共同犯罪人之间都必须存在意思联络,一个重要原因在于,其将共同犯罪视为一个罪,在一个罪的理论构架下才可能要求必须要有共同的犯罪故意,共同犯罪人也只可能构成同一个罪。但这并不能对共同犯罪的诸多表现形式均给予恰当解释。实际上,共同犯罪是一个人犯一个罪,它是一种非常特殊的犯罪形态,每个共同犯罪人都把其他人的行为作为自己的行为,利用其他人的行为作为自己行为的一个组成部分,作为自己行为的客观条件这种特殊表现形式。这种处理方法兼顾到了共同犯罪的复杂表现形式,以共同犯罪人中的每一个个体的主观罪过为核心并考虑到客观已造成的危害结果对其施加相应的刑事责任,并不拘泥于要在同一犯罪构成中定罪,更符合犯罪的真实情况。例如,甲出于强奸的故意,乙出于抢劫的故意,共同对妇女丙实施暴力,丙遭到强奸和抢劫,且身受重伤,但事后无法查明重伤

结果是甲、乙二人中谁的行为导致的。虽然如此,但甲与乙相互利用了对方的行为以实现自身的目的,致使丙受重伤既是甲行为的结果,也是乙行为的结果,因此甲应当承担强奸致人重伤的刑事责任,乙应当承担抢劫致人重伤的刑事责任。

《刑法》第25条第1款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”通说将“共同故意犯罪”理解为了“共同故意”犯罪,既然是共同故意,要求意思联络也就是当然之义。但是,若将“共同故意犯罪”理解为“共同地”故意犯罪,由强调故意的共同,转向强调“故意犯罪”行为的共同。《刑法》第25条第2款规定:“二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处,应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。”一般认为,过失犯的本质是无意识,既然是无意识就不可能存在意思联络。也就是说,尽管可以存在“共同故意”这种心理状态,确难以存在共同过失这种心理状态。《刑法》第25条将“共同故意犯罪”与“共同过失犯罪”规定在同一条里,从协调性考虑,均宜理解为共同的是行为,而不是主观罪过。

通说认为:“实施犯罪时故意内容不同的,不构成共同犯罪。”^{[1][P181]}那么就刚才举出的案例而言,由于甲出于强奸的故意,乙出于抢劫的故意,两者实施犯罪时的故意内容不同,因而不构成共同犯罪,那么应当按照他们所犯的罪分别进行处罚,又由于无法查清被害人丙重伤的结果是由甲、乙当中的谁造成的,也就无法将丙重伤的结果归结于甲、乙当中的任意一个,也就意味着甲、乙均不需要为这一结果承担相应的刑事责任,而在强奸罪和抢劫罪当中,致人重伤均为加重处罚情节,因此,这势必造成量刑上的不当。

针对这种情况,有学者提出了部分犯罪共同说。^{[4][P319]}此主张也得到了国内不多学者的支持^{[5][P294][6][P73][7][P168]}。它认为,两人以上所共同实行的虽属不同构成要件的行为,但若这些构成要件存在同质的重合的部分时,也能肯定共同犯罪的成立。还是以上述案例作为分析,由于甲、乙共同对被害人丙实施了暴力,但由于不能查清丙的重伤行为是由甲、乙当中的谁造成的,可以认定共同实施了故意伤害(致人重伤)的未遂,因此,甲的行为构成了强奸罪和故意伤害罪(未遂),乙的行为构成了抢劫罪和故意伤害罪(未遂),此时,倘若认定甲、乙均实施了两个行为而对他们均实行数罪并罚,最终还可能不会导致量刑的不当。而实际上,甲、乙各自出于强奸和抢劫的目的,对丙实施了暴力,造成了丙被强奸和抢劫并受重伤的结果,两人各自实施了完整的强奸和抢劫行为,故意伤害行为只是两人实现主观目的的手段而已,本不应单独予以评价,因此,对于甲的行为可能最终评价为强奸罪和故意伤害罪(未遂)的想象竞合,对于乙的行为可能最终评价为抢劫罪和故意伤害罪(未遂)的想象竞合,这显然会造成量刑的不当。

但是,将什么样的行为规定在同一构成要件内,通常属于立法技术的问题,具有政治、习惯等多方面的因素,例如,有的国家将谋杀罪与故杀罪、持凶器伤害罪与伤害罪作为独立的构成要件加以规定,以此作为判断前提认定构成要件是否具有重合部分,适用上不可避免地会遭遇困难。我国现行刑法典对于诈骗犯罪、走私犯罪、渎职犯罪根据对象、

方式的不同设置了一系列罪名,必然导致适用上的一系列困难。

针对部分共同犯罪说存在的缺陷,也有学者提出行为共同说^{[8](P36)}。它认为,二人以上无论是共同实现特定的犯罪,还是单以共同的行为实现各自所意图的犯罪,均成立共同犯罪。根据行为共同说,在两罪存在相同的法益,或者存在部分法益的交叉、重合时,即使对象上、行为方式上存在一定的差异,即便条文上表明的是不同的犯罪构成,也能规范地认为行为人是实施了共同的行为,能够各自成立共同正犯。例如,为走私而共同雇佣一条船分别走私毒品、假币的,二人共同实施了走私的实行行为,各自成立走私毒品罪的共同正犯和走私假币罪的共同正犯^{[8](P60-61)}。虽然这一理论有相当的合理性,与本文所持的观点实际上是异曲同工。但这里的“共同行为”更多的是从行为的客观方面出发,并未过多考虑到行为人的主观方面,考虑到我国刑法语境,直接加以移植是值得考虑的。

三、共同犯罪的处罚

通说认为:“共同犯罪者的主体,必须是两个以上达到刑事责任年龄,具有刑事责任能力的人或者单位。”^{[1](P178)}但是,在处理以下类似案例时,通说遇到了挑战。甲(13岁)与乙(19岁)轮奸了丙,如何处理?依照通说,由于甲不具有刑事责任能力,两者不构成共同犯罪,而只能单独追究乙的刑事责任,不能认定为轮奸而无法适用强奸罪的加重条款,不符合常情,量刑一定会偏轻。同样,根据笔者的观点,甲的行为成为了乙实施行为的客观条件,而被评价为甲行为的一部分,在能否认定其为轮奸的问题上仍然面临着解释上的困境。因为轮奸是两人以上的行为,一个人的行为显然不能被解释为轮奸,也同样无法适用强奸罪的加重条款。因此,共同犯罪的成立一般以犯罪人均具有刑事责任能力为前提。在这种情况下,应当视为一种例外。

在共同犯罪中,量刑均衡的关键就在于如何妥当认定主犯与从犯。因为从犯是法定从轻减轻情节。认定主犯与从犯的基本标准就是犯罪人在犯罪中所起的作用大小,它又体现在犯罪的动机强弱、对实施犯罪的积极程度、对造成犯罪结果的贡献大小等多方面。共同犯罪是一人一罪,应当根据行为人的主观目的以及造成犯罪结果的方式分别加以认定,因而,共同犯罪人可能最终可能被认定为同样的罪名,也可能被认定为不同的罪名。当共同犯罪人被认定为同样罪名之时,倘若某一个或几个犯罪人被认定为从犯,可根据案情给予相应的从轻或减轻处罚。

问题就在于,当共同犯罪人被认定为不同罪名之时,能

否认定主、从犯?例如,甲出于杀人的目的指使乙和丙去杀害丁,但乙和丙均以为甲只是叫他们教训教训丁即可,并没有杀害丁的目的,乙和丙就对丁进行了伤害,但丁因失血过多而死亡,甲构成故意杀人罪、乙和丙构成故意伤害罪。笔者认为,此时也可以认定主、从犯。理由在于,现行刑法并没有规定主、从犯的认定必须在同一构成要件之内才能进行,只要行为人之间构成共同犯罪即可。在适用时,应首先确定主犯的宣告刑,然后在从犯适用罪名的相应量刑幅度内比照从轻处罚,倘若根据案情从轻处罚仍不能体现量刑均衡,则考虑在从犯适用的罪名中减低一个量刑幅度予以减轻处罚,而不是在主犯适用的罪名中减低一个量刑幅度予以减轻处罚。

另外,在两人(或两人以上)共同实施了犯罪行为,但一方由于不具备刑事责任能力而不承担刑事责任的情况下,能否认定主、从犯?例如,甲(13岁)和乙(19岁)轮奸了丙,但乙是在甲的威胁之下实施了强奸行为,如前所述,乙应当被认定为轮奸行为而在十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑这一量刑幅度量刑,但在本案中,虽然甲没有承担刑事责任,但实际上起主要作用,而乙起次要作用,且假设倘若对乙判处十年有期徒刑仍然不恰当,且乙也并无其它法定从轻情节,不认定其为从犯不合情理。但是,《刑法》第二十六条第一款之规定:“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。”第四款规定:“对于第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。”从中可以看出,对于主犯的认定必须以有罪为前提。而甲是无罪的,而从犯又是相对于主犯而言的,没有主犯则没有从犯。因此,笔者认为,在这种情况下,不能认定主、从犯,但可以通过《刑法》第六十三条第二款进行救济,同样可以达到量刑均衡。

参考文献:

- [1]高铭暄,马克昌.刑法学(第三版)[M].北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2008.
- [2][日]西田典之.刘明祥,王昭武译.日本刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [3]见陈忠林教授上课讲义.
- [4]张明楷.刑法学(第三版)[M].北京:法律出版社,2007.
- [5]周光权.刑法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
- [6]陈家林.共同正犯研究[M].武汉:武汉大学出版社,2004.
- [7]齐文远.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [8]陈洪兵.共犯论思考[M].北京:人民法院出版社,2009.