

# “片面的共同正犯”若干问题探讨

陈家林

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

**摘要:** 是否承认“片面的共同正犯”, 在国内外刑法学界都有不同意见, 问题的关键在于如何理解共同正犯的本质。鉴于刑法的具体规定, 应当认为犯罪共同说比较符合我国的法律环境。而根据犯罪共同说的观点, 不能承认片面的共同正犯, 对有关的案件, 有的可以直接按照单独犯进行处理, 有的可以作为片面的帮助犯进行处理。

**关键词:** 片面共同正犯; 片面帮助犯; 处罚

**中图分类号:** D924.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2004)04-0419-07

共同正犯是指二人以上共同实行犯罪的犯罪形态。作为其成立要件, 要求有主观上的共同实行的意思与客观上的共同实行的事实(行为的分担)。关于共同实行的意思, 是必须存在于各个共同行为者之间, 还是仅仅一方具有就已足够, 这就是所谓片面的共同正犯的问题。

## 一、国外刑法理论界之争论

### (一) 否定说

#### 1. 全面否定片面的共同正犯与片面的帮助犯说

这主要是共同意思主体说学者的见解。该说把共犯解释为一种特殊的社会心理现象, 认为二人以上由于共同的犯罪意思而结为同心一体, 共同犯罪是共同意思主体的活动, 所以, 共同正犯之成立, 无须全体共同者均有分担实行行为的客观事实, 只要共同意思主体中一人实施了实行行为, 即可视为全体实行。但要成立共同意思主体, 不仅要求二人以上的共同行为人首先存在一定的共同犯罪目的, 而且要求各方行为人要具有对共同犯罪行为的认识和相互利用他方的行为而实施犯罪的意思。换言之, 共同意思主体说主张的观点是“一主体一罪”, 即共同实行的意思是以一个故意犯为主而结合形成的。因此, 在共同意思主体说的理论中, 片面共犯自然无存在的余地。此观点代表性的学者是齐藤金作和植松正。齐藤金作认为“只要是采用共同意思主体说, 那么所谓共犯, 即是二人以上异心别体的个人, 在实现

犯一罪的共同目的下, 成为同心一体。既如此, 自然否认片面的共犯。”<sup>[1](232)</sup> 植松正也认为: “我所主张的全面的否定理论, 其根据在于它缺乏作为共犯的根本要件之一的意思联络, 而且在实际运用上也不会产生不当的结果。对于从犯, 多数学说主张肯定其片面性, 这是因为(学者们认为)对多数事例, 只有肯定从犯才能妥善地加以解决, 而解决的妥当与否又取决于法感情, 这是一种循环的无休止的论证。不应当以牺牲理论的整合性为代价来主张肯定说。”<sup>[2](254)</sup>

#### 2. 否定片面的共同正犯, 但肯定片面的帮助犯

该观点主要是犯罪共同说的学者所主张, 也有部分行为共同说学者持这种观点。此说是日本判例所采取的态度, 也是学说中的通说。

犯罪共同说主张的是“数人一罪”的原则, 所以对各自的犯罪不能予以个别的认定。共同者的一方若是共同正犯, 那么另一方也必须是共同正犯, 否则共同正犯不能成立。片面共同正犯正是违背了这种原则。

行为共同说强调行为的共同, 只要有协力关系, 即使相互之间没有意思的联络, 也可以成立共同正犯, 所以行为共同说一般肯定片面的共同正犯。但也有部分学者, 虽主张行为共同说, 但出于控制处罚范围的考虑而持否定的见解, 如木村龟二、江家义男、金泽文雄、野村稔、中山研一等。

### (二) 肯定说

本说主张既承认片面的共同正犯, 也承认片面

的从犯。这主要是行为共同说学者的观点。因为从行为共同说的立场上看,可以把各自的犯罪作为各自的共同正犯来处理,所以理论上不存在否定片面共同正犯的理由。在肯定说中,又有如下不同观点。

### 1. 无限制说

此观点的代表人物是植田重正。植田重正认为“共同正犯是否以意思的相互联络为必要,换言之,要使加功者承担‘部分行为全部责任’,是否需要有意思的相互联络,这是由是否承认片面的共同正犯所决定的结论,而并非其前提”。在这基础上,他指出“对于被认为是直接片面的共同正犯的具体的事例,需要考察是否真的具有共犯的性格。”<sup>[31](263)</sup>

植田还对以前学者所举的片面的共同正犯的具体事例,做了具体的研究与分析。

第一,一方的加功行为与被加功者的行为同时,并且又是同一犯罪的情况:1) 胜本(堪三郎)博士所举的“甲以暴力对乙进行强奸之际,丙以共同犯罪的意思在甲不知道的情况下,按住乙的手脚,丙是甲强奸罪的共同正犯”。2) 牧野(英一)博士所说的“我认为在望风的情况下,很容易认定片面的共犯。这样,望风依其场合,有的成立共同正犯,有的只不过成立从犯”。3) 宫本(英修)所举的“甲乙在路上打架,丙以仲裁的名义介入,假装调解双方,实际上只是轻轻地拉住甲,而用力按住乙,从而使甲能自由对乙施加暴力,而甲并不知道丙在援助他。丙构成一方的共同正犯”。4) 甲在对行人实施强盗行为,乙在甲不知道的时候,从别处拿枪瞄准被害人从而抑制其反抗意思,乙对甲的强盗罪构成一方的共同正犯。植田重正认为这4个事例当然成立片面的共同正犯。

第二,一方的加功行为与被加功者的行为不同时发生,并且又成立同一犯罪的情况:植田重正进一步认为没有必要要求一方的加功行为与被加功者的行为同时发生,也没有必要将二者的行为限定在同一犯罪(特别是从行为共同说的立场更是如此)。据此,对如下事例,植田同样认为成立片面的共同正犯:5) A知道B想强奸C,为了使其完成犯罪,在与B没有意思联络的情况下,事先用麻醉药使C昏迷,B利用此状态强奸了C;6) A知道B打算用毒药杀死C,但剂量并不足以致死,在与B无意思联络的情况下,A以共同犯罪的意思,事先给C投放了一定量的毒药,结果与后来B所投的毒药一起发生作用,致C死亡;7) A事先知道B打算侵入C的住宅进行盗窃,为了使B实行犯罪,A先侵入C的住宅,对C施加暴力胁迫,限制其自由,不知情的B此后侵入住宅,完

成了犯罪。

对于植田的观点,大冢仁从重视实质的当罚性的方法论角度加以批判,植松正也对植田所举的事例进行了反驳。

### 2. 共同因果过程说

这种观点的代表人物是山中敬一。他也主张承认片面的共犯,但他基于因果共犯论的观点,认为应当对成立范围做出限制。<sup>[41](792)</sup>

(1) 不应当成立片面的共同正犯的事例。山中列举了过去学者所认为的片面的共同正犯的事例。例如,Y在实施强盗行为之际,X在与Y无意思联络的情况下介入并夺取财物。或者,X知道Y要射杀A,X以共同的意思和没有共同意思的Y一起,同时向A开枪,A中了Y的子弹死亡。以及,X看到Y打算放火烧A宅,基于与Y一起烧掉A宅的思想,在Y不知道的情况下,与Y同时,从A宅的另一面点火,结果火从两面同时燃烧,A宅被毁。但是,他认为这些事例,即使从行为共同说的角度来看,也不能承认是片面的共同正犯。

最初的事例,被认为是强盗罪的片面的共同正犯的,可能是X,后两个事例,被认为是片面的共同正犯的也可能是X的行为。但是,上述任何一个事例中,X的行为对Y的行为都没有施加任何因果的影响,也就是说,X与Y并无共同的因果过程,本来就不存在共同实行的事实,不能成立共同正犯。一方仅仅利用另一方的行为并非共同正犯,要成立共同正犯,必须对另一方的行为产生因果的影响,有共同的因果过程。

(2) 成立片面的共同正犯的事例。B在对行人C实施强盗行为,A在B不知道的时候,从别处拿枪瞄准被害人从而抑制其反抗意思,A的行为与B的暴力胁迫相加,促成了强盗行为的完成。对此案例,有的学者认为A不过是胁迫罪或者恐吓罪的片面的从犯。但是即使按照这种见解,如果存在意思联络的话,那么A有强盗的故意,并且实施了作为实行行为一部分的胁迫行为,应当成立强盗罪的共同正犯。这种场合,不同的只是B是否知道A的参与。对决定A的罪责的意义在于,这种认识对B的行为具有心理的、因果的影响。但是,即使B不知道A的参与,A的行为也对B的行为产生了物理的、因果的促进作用,可以说是有因果的共同。另外,以入室抢劫为目的侵入X家的A,恰巧发现手持木棒的主人X正在悄悄地接近先前入室行窃的B,A为了成全B的盗窃行为,使用手枪逼迫X不许动,不知情的B因此

实行了盗窃目的,并从窗户逃走。对这一事例,A的行为阻断了作为阻碍要因的因果流,促进了B的行为的实行,应当承认是片面的共同正犯。至少说,站在行为共同说的立场,没有理由否定这种情况下片面的共同正犯的成立。

## 二、我国学术界之观点

与日本等国的情况类似,我国刑法理论界对是否应当承认片面的共同正犯也存在争议。

### (一) 否定说

这又包括两种情况:第一,全面否定片面共犯。即不仅否定片面的共同正犯,也否定片面的帮助犯与片面的教唆犯。其理由主要有:1) 共同犯罪的严重社会危害性来源于其整体性;整体性则来自于各共犯人的行为相互配合,相互协调,相互补充;而行为的相互配合、协调与补充取决于各共犯人主观上的相互沟通,彼此联络。所谓片面共犯并不符合共同犯罪的实质特征。<sup>[5](281)</sup> 2) “片面共犯”本身就是一个自相矛盾的概念,共同犯罪只有在两个以上的人共犯某罪的情况下才能成立,“一人的共同犯罪”是不可思议的。<sup>[6](309)</sup> 3) 所谓片面共犯的行为,实际上是利用他人作为工具而实行自己的犯罪行为,应以间接实行犯论。<sup>[7](373)</sup> 4) 如果承认所谓片面的共犯,对所谓的片面共犯人的处罚在法律上将无所适从,出现混乱,而且还可能在结果上有悖罪责刑相适应的量刑原则。<sup>[8](117)</sup> 5) 与国外刑法不同,我国刑法明文规定共同犯罪是指两人以上共同故意犯罪,这表明片面共犯成立的必要前提在我国并不存在。<sup>[9](7-15)</sup>

第二,否定片面的共同正犯,但承认片面的帮助犯。其理由主要有:1) 现实中的客观存在。“片面的实行犯没有必要承认共同犯罪,在现实生活中不可能存在片面的组织犯,但片面的教唆犯和片面的帮助犯应视行为人有单方认识的片面共同故意,应以共同犯罪看待”<sup>[10](117)</sup>“教唆犯罪不可能成立片面的共犯,共同实行犯罪也难以成立片面的共犯,暗中给实行犯实施犯罪以帮助,事实上则是可能的。这种行为,就帮助者一方来说,完全具备共同犯罪的要件,应以片面的共犯论处为宜。这与共同犯罪的概念并不矛盾,因为所谓共同故意,并非必须是相互疏通的,只要行为人认识到自己是同他人一起共同实施同一犯罪,那么,就应当认为该行为人具有共同故

意。”<sup>[11](38)</sup> 2) 惩治犯罪的现实需要。“片面的共同故意支配下的实行犯,没有必要承认其为所谓片面的实行犯,不必按共同犯罪处理。片面共犯具有共同犯罪的故意支配下实施的教唆行为和帮助行为,则有必要肯定其为共同犯罪,否则不利于司法实践中惩治犯罪的需要。”<sup>[12](497)</sup>

以上两说均否定片面的共同正犯。但是在否定了片面的共同正犯之后,对类似情况应当如何处理仍然是一个问题。对此,有的学者认为应作为单独犯进行处理,“如果主观上没有犯意的互相联络,虽然此实行犯对彼实行犯具有片面的共同犯罪故意,也没有必要承认其为片面的实行犯,只要径直依照刑法分则的有关条文定罪量刑就可以了。”<sup>[10](117)</sup> 有的学者则探索性地提出“能否将其视为间接正犯”,<sup>[13](326)</sup> 有的学者则更确定地指出“所谓片面共犯的行为,实际上是利用他人作为工具而实行自己的犯罪行为,应以间接实行犯论”<sup>[8](120)</sup>。

### (二) 肯定说

也有部分学者主张承认片面的共同正犯。其主要理由有:1) 共同犯罪故意所要求的主观联络不以行为人之间的相互认识为必要。因为相互认识固然存在主观联系,单方认识也存在主观联系……全面共犯和片面共犯在共同犯罪故意的内容只有量的差别,而没有质的差别。<sup>[10](115-116)</sup> 2) 片面共同正犯方对不知情的他方的实行行为有清楚的认识,并且,正是在这种认识的基础上,一方面将对他的认识纳入到自己的犯罪故意中,从而表现出更大的主观恶性;另一方面,在客观上又以此种认识和意志指导和支配自己的行为,去利用、加工他方的实行行为,事实上将自己的实行行为融入他方实行行为中,并且的确也是以此实现了自己的犯罪意图的。因此,对这种片面共犯者,以共同正犯追究共同犯罪人的刑事责任,是主客观相统一的犯罪构成及刑事责任的必然结论,也是责任主义的当然要求。<sup>[14](20)</sup>

## 三、观点评析

### (一) 基本原则

第一,是否承认片面的共同正犯,其关键在于如何理解共同正犯的本质。关于共同正犯的本质,存在犯罪共同说与行为共同说的分歧。两说最大的区别不在于具体结论的差异,而在于思考方法的不同。即从何种角度(整体还是部分)来理解共同正犯。犯

罪共同说认为,共同正犯是数人互相协力和配合,共同实施犯罪,强调从“参与者的一体性”“犯罪团体”等角度来理解实行行为的主体,立足点在于实施整体的犯罪。不允许将一个整体的犯罪拆开,分别从各个行为人的角度来个别考量,对各自的犯罪不能予以个别的认定。因此,犯罪共同说绝对排斥片面的共同正犯。

行为共同说则认为共同犯罪是各个行为人为了实现自己的犯罪而利用他人的行为,即将他人的行为作为自己行为的手段来实施自己的犯罪,立足点始终在自己的犯罪。所以根据行为共同说,可以对共同关系分别加以考察,可以把各自的犯罪作为各自的共同正犯来处理。因此,行为共同说可以认同片面的共同正犯概念。但也有出于控制处罚范围的考虑,而持否定的见解。

第二,是否承认片面的共同正犯,并非一个孤立的问题。而是与共谋共同正犯、过失共同正犯等问题紧密相联系的。换言之,对共同正犯的诸问题必须持统一的立场,否则即使在个别问题上似乎言之有理,但却难免全局上的自相矛盾。

## (二) 观点评述

### 1. 我国学者的肯定说

其实质在于强调从各个行为人的侧面来分析共犯的意思联络。因此,虽然不知情的一方不是共犯,但对片面的一方,可以认为其符合共同犯罪的基本特征。这一分析问题的角度,无论论者意识与否,都是典型的行为共同说的立场,而与犯罪共同说的立场格格不入。既如此,论者需要论证的就不只是片面的共同正犯的问题,而首先需要论证行为共同说(构成要件的行为共同说)可以适用于我国。但构成要件的行为共同说无法说明究竟是对何罪成立共同正犯,也无法解释我国刑法中的犯罪集团。因而,在我国不存在采用行为共同说的理论基础。基础既不在,其对片面共同正犯的论证就成立无源之水、无本之木。

此外,持肯定说的论者(如林亚刚教授),主张承认过失的共同正犯,这是其行为共同说主张的必然结论。然他又同时主张承认共谋共同正犯,这就明显地偏离了行为共同说的立场,而又回归到犯罪共同说。由此可见,论者关于共同正犯的基本态度还有待商榷。

再有,即使站在肯定说的立场,对何种情况成立片面的共同正犯,我国学者也只是强调客观上要有共同的犯罪实行行为,主观上相对于不知情的一方

而言,对具有单方面的共同犯罪实行行为的认识和希望或放任的意志态度,而没有做进一步详细的说明。与此对照,日本学者山中敬一强调共同的因果过程,对各种事态逐一分析,其方法更为可取。

### 2. 我国学者的否定说

长期以来,我国学者关于共同犯罪的基本立场是完全的犯罪共同说,即认为犯罪时,故意内容不同不构成共同犯罪。基于这种立场,否定说自然成为我国刑法学界的通说。但是如果同时否认片面的共同正犯与片面的帮助犯,那意味着忽视正犯与帮助犯在构成要件上的本质区别。否定片面的共同正犯,无须与否定片面的帮助犯直接关联。因为根据刑法理论,帮助犯的要件只是帮助正犯,所谓帮助,就是单纯协助的意思。如果从犯者以帮助的意思对正犯者的实行行为实施帮助行为,只要使正犯者的实行变得容易,就应当成立从犯,不需要以从犯与作为被帮助者的正犯之间具有意思联络为要件。因此,笔者反对片面的共同正犯的概念,但主张承认片面的帮助犯。

值得指出的是,我国有学者从比较法学的角度反对承认片面的帮助犯,认为我国刑法明文规定“共同犯罪,是指二人以上共同故意犯罪”,而德日等国刑法均无此规定,这表明片面共犯成立的必要前提在我国并不存在。该学者认为“我国刑法似有必要规定一个类似于‘传授犯罪方法罪’的单独罪名——帮助他人犯罪罪”<sup>[9](7~15)</sup>。

笔者认为,这一观点通过对中外刑法进行比较分析后,得出自己的结论,其研究视角与方法值得肯定,不过结论仍然值得商榷。因为根据部分犯罪共同说,虽然不允许将共同正犯拆开,分别从各个行为人的角度来个别考量,但考虑到帮助犯与共同正犯在犯罪构成上的重要区别,对帮助犯则可以进行单方的考察。帮助并不需要对方意识到自己被他人所协助。被帮助者虽不知道自己被他人帮助,但帮助者有帮助的意思,那么可以认为帮助者具有片面的共同故意。片面的共同故意也是共同故意的一种,这并不违反我国刑法的规定。而且,如果如论者所言,设立单独的帮助他人犯罪罪,那么如何界定该罪的构成要件,如何与刑法理论所研究的帮助犯相区别也是一个难题。论者以传授犯罪方法罪做类比,但是传授犯罪方法罪的科学性本就值得怀疑,更何况作为一种立法建议。在刑法未做修改之前,也无法处理现实中所出现的片面的共犯的情况。

### 3. 对所谓“片面的共同正犯”问题的处理

笔者否认片面的共同正犯,对一般情况下的所谓片面的共同正犯的案例,如上面提及的6),可以直接按照单独犯进行处理。

有的情况则比较复杂,这主要涉及到复行为的身份犯等犯罪。以强奸罪为例:甲以暴力对乙进行强奸之际,丙以共同犯罪的意思在甲不知道的情况下,按住乙的手脚(或者事先用麻醉药使乙昏迷)。对此应如何处理?这涉及到如何认识强奸罪的实行行为的问题。我国目前主要有两种观点:一种观点认为暴力、胁迫或其他手段等行为也是实行行为,因此丙的行为也应当被视为强奸罪的实行行为。而主张承认片面的共同正犯的学者即以此为依据认为这种情况是片面的共同正犯。如果采用广义的实行行为概念,那么由于任何人都可以实施暴力胁迫等行为,刑法中所说的身份犯概念便没有存在的空间。另外,将暴力胁迫等手段行为也视为实行行为,那么如何认定实行的着手也是一个问题。因为实施暴力行为与实施奸淫行为之间可能会间隔很长的时间。另一种观点认为,只有奸淫行为才能实际侵犯女性性的自由权利,所以只有奸淫行为才是实行行为。按照这种观点,上述案例就有可能作为片面的帮助犯处理。这种观点比较好地解决了身份犯的问题,但是一概将暴力等手段行为排除在实行行为之外,也有不合理之处。例如行为人实施暴力,但还没有开始奸淫行为就被抓获,如果不将这种暴力作为实行行为,那么行为人只能被认定为强奸罪的预备,这不妥当。由上可见,我国目前的两种观点都有其长处,也都有无法克服的缺陷。

笔者认为强奸罪侵犯的客体是女性的性自由权利。因此如果行为人只实施了暴力、胁迫等行为,那么这种行为能否认定为强奸罪的实行行为需要做具体的考察。1) 在单独犯的情况下,如果行为人主观上具有自己奸淫的目的,那么他所实施的暴力、胁迫等行为因为这种目的的存在,对女性性的自由权利构成了侵害或威胁,可以特定化为强奸罪的实行行为。即使行为人只实施了暴力、胁迫或其他手段行为就因为各种原因而停止下来,对行为人也应当认定为强奸罪的正犯,构成未遂或中止。但是如果是妇女单独实施暴力或者胁迫等行为,由于其受自然身份的限制,根本无法实施奸淫行为,不可能对女性性的自由权利构成侵害或威胁,因而不能将这种暴力胁迫行为认定为强奸罪的实行行为,妇女不可能成为强奸罪的单独直接正犯。2) 在共同犯罪的情况下,如果行为人之间有意思的联络,各行为人相互利

用补充对方的行为,那么一方即使不具有自己奸淫的目的,由于他所实施的暴力胁迫行为可以补充配合他人的奸淫行为,而他人也积极利用行为人所实施的暴力胁迫行为来补充自己的行为,因此这种暴力胁迫等行为也应当认定为强奸罪的实行行为,行为人也成为强奸罪的(共同)正犯。在这个意义上,妇女也可以在共同犯罪中成为强奸罪的正犯。3) 如果一方具有帮助对方完成奸淫行为的目的,而对被害妇女使用暴力、胁迫或者其他手段,但对方并不知情,即在所谓的片面共犯の場合,片面一方所实施的暴力胁迫等行为,由于其本身并无自己奸淫的目的,行为人相互之间也缺乏意思的联络与沟通,因此这种暴力胁迫等行为无法直接侵犯或威胁女性性的自由权利,不能认定为强奸罪的实行行为,而只能以非实行行为论处。据此,笔者认为,可以将上述情况作为片面的帮助犯加以处理。这是对实行行为做具体分析后所得出的结论。

#### 4. 对“以间接正犯论”的评析

有的学者反对片面共犯概念,主张根据“正犯后正犯”的理论,扩大间接正犯的成立范围,将所谓的片面的共同正犯作为间接正犯来加以处理。笔者不同意这种观点,理由是:

第一,“正犯后的正犯”概念产生的特殊性。在德国,关于正犯与共犯、间接正犯等问题,通说是采用行为支配论。行为支配论的集大成者洛克新认为,间接正犯的行为支配的表现形式是“意思的支配”,关于间接正犯,他使用“开放的行为支配概念”。即“意思的支配”只是指导原则,是将各种类型规定为正犯所必需的共通的标准,是抽象的概念。毕竟,如果“意思的支配”指的只是“背后者优越的意思”的话,那么,它在实际内容上过于空泛。洛克新意识到这一点,所以进一步分类论述。他认为“直接行为者对责任阻却事由的前提条件存在错误的场合”也构成间接正犯。这通常指的是与德国刑法第35条所规定的免责的紧急避险有关的问题。“基于错误的意思支配”是指,“行为人对某种事态存在错误认识,基于此错误而感到必须行动,同时又相信自己的行为是免责的情况。行为人对自已行为的法的、社会的意义并不知道,而背后者具有更高的知识,从而将行为人掌握在自己的手中。”对这种行为支配,也可以说是“故意的(阻却责任或减轻责任)正犯背后的正犯”。此外,洛克新认为,“引起并利用有关法律上加重类型的错误”也是间接正犯的类型。认为这仍然是“正犯背后的正犯的问题”。洛克新引

用德国法院的判例,即在二战结束,联合国军队进驻德国时,以某人曾经杀死过外国劳工的谎言,向美军告发并请求美军处死该人的案例。行为人具有利用当时混乱的状态,不经过正当手续就杀死被害人的意图,而美军士兵也基于这种谎言,不听被害人的申诉就处死了他。而实际上被害人是完全无辜的。这时,美军士兵是故杀罪的直接正犯,而行为人则是谋杀的间接正犯。尽管存在错误,但并不影响直接行为人即美军士兵成立故杀罪的正犯。但是,他对自己的行为在客观上成立别的犯罪即谋杀罪并不知情。<sup>[15](71)</sup>

行为支配论者之所以提出“正犯后的正犯”这一概念,是因为,如果没有这一概念的话,利用者利用不知情他人犯罪,当他人不构成犯罪或仅仅构成过失犯罪时,对利用者按照间接正犯处理,但是当他人成立故意犯罪时,由于不成立片面共犯,也不能按照间接正犯处理,就难以找到对利用者处罚的理论依据。从上可知,“正犯后的正犯”与行为支配论是密切联系的,是在处罚的必要性与理论的严密性之间不得不作出的选择。而我国并不采用行为支配说,所以也就没有采用“正犯背后的正犯”概念的必要性。

第二,理论基础的缺陷。如前所述,“正犯后的正犯”概念与行为支配论是密切联系的。但即使在德日等国的法律环境中,行为支配论也有其难以克服的缺陷。行为支配论的出发点是试图弥补德国刑法分工分类法的不足,在分工分类法中导入作用分类法的积极成分。但是,与我国刑法兼采作用分类法与分工分类法不同,行为支配论试图将两种分类法的长处融合到分工分类这一种分类中,事实上这无法做到。例如,行为支配本是用来判断有无责任的标准,是一种几乎不成问题的观念,不过是将其重新提起而已,在比责任更细微的正犯与共犯区别标准问题上,行为支配没有任何帮助;行为支配论本是用来区分正犯与狭义共犯的,然而却无法说明教唆犯中是否有行为支配,因而行为支配无法区分正犯与教唆犯。

第三,按照扩张间接正犯论的主张,有可能否定共同正犯的存在必要性。因为在共同正犯中,行为人在主观上都有利用对方行为,以补充、配合自己行为的意思,在客观上都可能利用对方的行为,所以,按照扩张间接正犯论者的观点,共同正犯就只是几个间接正犯的交错,而失去了独立存在的必要。

## 5. 处罚问题

有学者认为,“如果承认所谓片面的共犯,对所谓的片面共犯人的处罚在法律上将无所适从,出现混乱,而且还可能在结果上有悖罪责刑相适应的量刑原则。例如甲明知乙要盗窃丙家中财物,出于个人目的,便利用其与丙关系密切的便利,暗中将丙家的门锁弄坏,致丙晚上外出时只好虚掩家门,乙于晚上顺利将丙家中贵重财物窃得。在此案中,如果承认甲为片面的共犯,则对甲不可能按主犯处罚,而只能按照从犯处罚……刑法典第27条第2款规定了“对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”,当对类似于此案中的甲的所谓片面共犯人处罚时,如何从轻或减轻处罚,也将存在问题”。<sup>[8](117)</sup>

笔者认为,这一观点混淆了分工分类法意义上的片面的帮助犯(从犯)与作用分类法意义上的从犯的概念,是错误的。我们在探讨是否应当承认片面的共同正犯以及片面的帮助犯时,指的是分工意义上的犯罪形态。由于德日等大陆法系国家以及旧中国刑法都将帮助犯与从犯在同一含义下互相代用,所以在分工分类法中帮助犯与从犯是同一概念,是指“故意帮助正犯实行犯罪者。”而我国现行刑法所规定的从犯,是从作用分类法的角度所规定的一种犯罪形态,指的是在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的犯罪分子,它包括次要实行犯和部分帮助犯以及部分教唆犯。

在德日等国,不承认片面的共同正犯,而将所谓的片面的共同正犯的事例作为片面的帮助犯(从犯)处理,有可能在处罚上失于妥当。因为德日等国刑法规定,从犯比照正犯之刑减轻,而事实上行为人的行为可能在犯罪中起了主要作用,这就会造成处理上的不合理。这也是单纯采用分工分类法的弊端所在。但在我国并不存在这个问题,因为我国采用双重分类法,定罪与量刑按照不同的分类形态进行处理。就上述学者所举之例而言,甲虽然成立片面的帮助犯,但这并不妨碍对其在犯罪中的作用作进一步的考量,由于甲在本案中起了重要的作用,所以完全可以作为主犯进行处理,不会轻纵犯罪分子。上述学者之所以认为甲不可能是主犯而只能是从犯,采取的是通说的见解。对于帮助犯,我国通说认为只能是从犯,理由是我国刑法第27条规定“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”学者们认为,这里的“起辅助作用的”指的就是帮助犯。笔者

不同意这种观点。

第一,帮助犯是按照共同犯罪的分工形式所划分的一种共犯类型,而我国刑法中的从犯是按照作用大小所划分的一种共犯类型,两者分类标准完全不同,因此,不可避免地会出现交叉。如同样是按照分工形式所划分的正犯(实行犯)、教唆犯,理论上都公认既可能是主犯,也可能是从犯,为何单单对帮助犯作不同处理呢?

第二,我国通说对从犯的解释与对教唆犯的解释之间存在矛盾。通说一方面认为,“次要作用指的是次要的实行犯,辅助作用指的是帮助犯”,另一方面又认为“教唆犯既可以是主犯也可能是从犯”。<sup>[16] (179)</sup>但是既然将从犯限定解释为实行犯和帮助犯,那么根本就不存在将教唆犯作为从犯处理的空间。可见通说的观点是有缺陷的。笔者认为,法条中“次要”指的是次要的实行犯,而“辅助”应当不仅指一部分帮助犯,还应当包括一部分教唆犯。

第三,刑法第27条将“次要”与“辅助”并列,可见二者是按同一个标准所作的划分,次要指的不是实行行为,而是指实行犯(正犯)中所起作用为“次要”作用的那一种的类别。因此,辅助所指的应当也不是帮助行为,而是指的狭义共犯中所起作用为“辅助”作用的那一种类别。

综上所述,在对帮助犯进行量刑时,应当与教唆犯、正犯等按照分工形式所划分的共犯类型一样,根

据其作用大小,分别划分为主犯、从犯、胁从犯。而不应当将帮助犯与我国刑法中的从犯划上等号。

#### 参考文献:

- [1] 齐藤金作. 刑法总论[M]. 东京: 有斐阁, 1955.
- [2] 植松正. 片面的共犯否定之道标[A]. 齐藤金作博士还历祝贺·现代的共犯理论[C]. 东京: 有斐阁, 1964.
- [3] 植田重正. 片面的共犯[A]. 齐藤金作博士还历祝贺·现代的共犯理论[C]. 东京: 有斐阁, 1964.
- [4] 山中敬一. 刑法总论 II[M]. 东京: 成文堂, 1999.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [6] 叶高峰. 共同犯罪理论及其运用[M]. 郑州: 河南人民出版社, 1990.
- [7] 何秉松. 刑法教科书[M]. 北京: 中国法制出版社, 1997.
- [8] 龚培华, 肖中华. 刑法疑难争议问题与司法对策[M]. 北京: 中国检察出版社, 2002.
- [9] 夏勇. 我国犯罪构成理论研究视角疏议[J]. 法商研究, 2003, (2): 7-15.
- [10] 陈兴良. 共同犯罪论[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1992.
- [11] 李光灿, 马克昌, 罗平. 论共同犯罪[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1987.
- [12] 赵秉志. 犯罪总论问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [13] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [14] 林亚刚, 何荣功. 片面共同正犯刑事责任的探讨[J]. 法学评论, 2002, (4): 20.
- [15] 桥本正博. 行为支配论与正犯理论[M]. 东京: 有斐阁, 2000.
- [16] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2000.

## On some Issues concerning the one-side joint principal offender

CHEN Jia-lin

(School of Law, Wuhan University, Wuhan, 430072, China)

**Abstract:** There are many controversies on the one-side joint principal offender. This question is connected with the essence of Joint Principal Offender. Considering the prescription of criminal law, the theory of crime commonness is more compliant with the legislative requirement in China. According to the theory of crime commonness, the concept of one-side joint principal offender should not be cognized. We can cope with these cases either as one-side accessory crime or as a single crime.

**Key words:** one-side joint principal offender; one-side accessory crime; punishment

[编辑: 苏慧]