

我国实行犯过度行为理论的构建与适用

竹 怀 军

(韶关学院 法律学系, 广东 韶关 512005)

[作者简介] 竹怀军(1966-), 男, 河南固始人, 韶关学院法律学系副教授, 主要从事刑法学研究。

[摘 要] 组织犯对于实行犯超出共同犯罪计划的犯罪行为“能够预见”的, 就应当对这些行为承担刑事责任。共同实行犯中有人实施了超出共谋范围的罪行, 如果其他实行犯当时不在场仅事后对这种行为予以认可, 其他实行犯不应对该罪行承担刑事责任; 如果其他实行犯在场但未采取任何阻止行动, 其他实行犯是否应负刑事责任则要具体分析。认定教唆犯与实行犯过度行为的关系时, 应当根据不同情况加以判断。

[关键词] 共同犯罪; 实行犯; 过度行为

[中图分类号] D921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)04-0529-05

一、组织犯与实行犯过度行为

我国学者对犯罪集团中组织犯与实行犯过度行为的关系曾有不同的观点。第一种观点认为, 按照我国《刑法》第 26 条第 3 款的规定, 我国刑法对犯罪集团首要分子的定罪采用全部罪行负责说, 集团所犯的全部罪行就是集团成员所犯的全部罪行之和^[1] (第 111 页)。第二种观点认为, 犯罪集团中的组织犯应对事前预谋的犯罪行为负刑事责任。如果犯罪集团中的个别成员实施了不是犯罪集团预谋的犯罪行为, 超出了这个集团犯罪活动计划的范围, 就应当由这个成员单独负责, 组织犯对此不负刑事责任^[2] (第 385 页)。第三种观点认为, 在组织犯组织特定犯罪的情况下, 凡实施超出这种特定犯罪的实行犯, 均可认定为实行过度。在组织犯组织他人实施内容不特定的犯罪的情况下, 实行犯的行为不是明显超出共同谋议的内容范围, 不是明显违背组织犯的主观意志时, 不属于过度, 组织犯应与实行犯共同承担刑事责任。这就是说, 实行犯的行为明显超出共同谋议的内容范围的, 就构成了实行犯过度行为, 由实行犯单独负刑事责任^[3] (第 121 页)。上述第一种观点难以成立。因为该观点将“犯罪集团所犯的全部罪行”同“犯罪集团成员所犯的全部罪行”等同起来, 势必得出在犯罪集团中根本不可能存在实行犯过度行为的结论。第二、第三种观点的合理之处在于: 如果组织犯对实行犯实施的超出组织犯组织计划范围的行为不可能知道, 主观上就不存在罪过。因此, 组织犯通常只对其组织、指挥、策划范围内的犯罪行为承担刑事责任, 对实行犯过度行为不应当承担刑事责任。但是, 对于如何确定组织犯共同故意内容的范围, 第二种观点未涉及, 第三种观点虽有涉及但表述不准确。例如, 第三种观点认为, 在组织犯组织他人实施内容不特定犯罪的情况下, 实行犯的行为不是明显超出共同谋议的内容范围, 不是明显违背组织犯的主观意志时, 不属于实行犯过度行为。而对“明显超出共同谋议的内容范围”的标准是什么, 就没有论述, 难以确定, 也因此缺乏可操作性。

笔者主张,可借鉴英美刑法的“可预见原则”解决这一难题。该原则认为,共同的犯罪意图并不是要对一切具体行为都有相同认识,只要求“能够预见”到为执行共同犯罪计划而随时发生的结果。这就是说,共同犯罪意图就是犯罪参与人对由共同策划决定的犯罪行为的基本性质和由该行为基本性质决定的发展趋向方面有大体一致的认识而不要求对犯罪进行过程中的一切具体情节都有相同认识^[4](第 185 页)。根据案件各方面的情况进行综合分析,如果组织犯对于实行犯超出共同犯罪计划的犯罪行为“能够预见”,组织犯就应当对这些“超出共同犯罪计划的犯罪行为”承担责任。因为组织犯在预见到实行犯可能实施超出共同犯罪计划的犯罪行为的情况下,而不采取措施加以避免,就证明其在意志上对实行犯可能实施的超出共同犯罪计划的犯罪行为及其后果持放任的态度(间接故意)。例如,甲、乙、丙意图抢劫。甲经过侦查后发现只有丁一人在家,就指挥乙、丙入室抢劫丁。在抢劫的过程中,恰碰丁的妻子戊从外面回家,丙看到形势紧急,即在戊刚进门的瞬间突然拔刀将戊杀死。在本案中,丙杀死戊的行为虽然超出了共同犯罪计划,但由于抢劫这一犯罪行为的性质决定了会使用暴力来抵制各种形式的反抗,所以,丙杀死丁的妻子戊并没有超出抢劫犯罪发展趋向的范围,是共同犯罪人可以预见的,组织犯甲应当对戊的死亡结果负刑事责任。

二、共同实行犯的过度行为

在共同实行犯的情况下,如果实行犯实施了超出共同故意范围之外的行为,就失去了犯罪共同性,该行为就属于共同犯罪中的实行犯过度行为。“共同正犯之一人,其犯意与其他正犯所实施之犯罪事实不符合时,应各就其意思与犯罪事实符合之范围内负其责任,如三人结伙强盗,与实施之际,其中二人临时起意放火,该二人应成立强盗放火罪,其与放火无意思联络之一人,只成立结伙强盗罪,关于放火部分,不负责任。”^[5](第 300 页)

在处理共同实行犯的实行过度问题时,我国理论界与司法实际部门对如下几种特殊情况存在意见分歧,有进一步探讨的必要:

第一,共同实行犯中有人临时起意实施了超出了共谋范围的罪行,而其他共同实行犯知情但未采取任何阻止行动。对这种情形,尽管我国学界有“容忍说”^[6](第 385 页)、“精神支持说”^[7](第 43 页)、“具体分析说”^[8](第 138 页)等不同主张,但笔者认为,在这种情况下,其他共同实行犯对超出了共谋范围的罪行是否应负刑事责任,关键是看他们对超出了共谋范围的罪行能否构成共同犯罪。只有当其他共同实行犯对超出了原共谋范围的犯罪行为及其危害结果有认识,并且希望或放任这种结果发生的时候,共同犯罪才可能成立。否则,超出了原共谋范围的犯罪行为只能是共同犯罪中的实行犯过度行为,由实行犯过度行为人单独负刑事责任。

第二,共同实行犯中有人实施超出了共谋范围的罪行,其他实行犯当时不在场,但事后对这种行为予以认可的情况。这种情况在现实生活中十分常见,必须加以解决。举例来说,甲、乙入室共同实施强奸丙的行为,其中乙还趁人不注意从被害人丙家中偷了 5000 元人民币。回到住所后,乙将偷丙钱的事情告诉了甲,甲对乙的盗窃行为大加称赞,并要求乙将盗窃来的 5000 元钱分给自己一些,乙分给甲 2500 元。在该案例中,乙的行为应当属于共同犯罪中的实行犯过度行为,由乙单独对盗窃罪负刑事责任。理由如下:(1)甲乙二人不具有盗窃罪的共同故意。我国理论界认为,共同犯罪故意形成的时间可以在事前,也可以在事中,“而事后通谋不构成共同犯罪。”^[9](第 173 页)因此,甲对乙盗窃行为的事后认可,并不能成为二人具有盗窃罪共同犯罪故意的理由。(2)甲乙二人不具有盗窃罪的共同犯罪行为。在本案中,甲不是乙盗窃的组织者、实行者、教唆者和帮助者中的任何一种共同犯罪人,没有实施任何一种共同犯罪行为。其事后分取赃物的行为也发生在盗窃罪既遂之后,与盗窃罪共同犯罪的成立毫无关系。我国学界有人认为,“如果其他实行犯当时不在场,但事后对这种行为予以认可,说明这种行为并不违背他们的主观意志,不属于共犯过限,应与该实行犯一起承担刑事责任。”^[7](第 44 页)这种观点是不妥当的。

三、教唆犯与实行犯实行过度行为

如果被教唆的实行犯实施了教唆犯教唆内容之外的犯罪行为,就会产生教唆犯与实行犯过度行为的认定和处罚问题。按照我国《刑法》的规定,教唆犯应当按照他教唆的罪定罪处罚。因此,教唆犯对被教唆的实行犯的实行过度行为无需承担刑事责任。但由于教唆犯犯罪的复杂性,我们在认定教唆犯与实行犯过度行为的关系时,还应当根据不同情况加以判断。

(一) 重合性实行过度和非重合性实行过度

重合性实行过度,是指在被教唆者所实行的犯罪与教唆者所教唆的罪之间具有某种重合性的情况下发生的实行犯过度行为。例如,甲教唆乙抢夺,乙却故意实施了抢劫。在这种情况下,抢劫罪和抢夺罪构成要件不同,但有部分重合关系,如都以非法占有为目的,都获取他人财物。对此,甲只负教唆抢夺的刑事责任,乙则应负抢劫的刑事责任,但就教唆犯而言,应视为被教唆者已经实现了其教唆的罪。

非重合性实行过度,是指被教唆的人除了实行了教唆犯所教唆的犯罪以外,还实施了其他犯罪的情形。例如,甲教唆乙盗窃,乙得手后为了毁坏现场证据,放火将失主房屋烧毁。这种情况下,教唆犯甲对乙实行过度的放火行为不应负刑事责任。

(二) 明确性教唆、概然性教唆、选择性教唆与实行犯过度行为

所谓明确性教唆,是指教唆犯明确以某种犯罪为教唆内容,且对犯罪对象、犯罪程度等都有比较明确意思表示的教唆。在这种教唆犯罪中,如果被教唆人的实行行为超出了教唆范围,与教唆犯的意思表示不一致,就属于实行犯过度行为,其刑事责任由被教唆人单独承担,教唆犯只对其教唆范围内的行为承担刑事责任。但也有学者在肯定上述一般原则的前提下,认为还存在着例外的情况。他们指出:“依据犯罪的具体情况,有的犯罪人在实施过程中转犯其他罪,例如,犯盗窃罪,在盗窃过程中遇到被害人的反抗时,转而以暴力、威胁方法夺取其财物,或者在被害人夺回其赃物时,窃盗犯使用暴力或者威胁的方法保护赃物。对于这些情况,教唆犯在教唆他人实施犯罪时是应当有预见的。因此,教唆窃盗,实行者基于窃盗受阻而转化为强盗的,不能认为是执行过限,属于执行过限的例外。以之作为一般原则的补充。”^[10] (第63页)笔者认为这种观点是和上文的“可预见原则”是一致的,也是可取的。

概然性教唆是指教唆犯对教唆的内容较为概括,对犯罪具体目标、程度等不太明确或毫不明确的教唆。由于概然性程度的不同,概然性教唆又可以分为半概然性教唆和全概然性教唆。前者是指教唆犯在被教唆人实行何种犯罪方面是泛指的、非特定的,而犯罪对象是确定的这样一种教唆。后者是指教唆者教唆的内容根本不明确,即既无明确的犯罪之类型,又无确定犯罪的对象。在半概然性教唆的情形下,由于受犯罪对象的限制,被教唆人实施的明显超出教唆内容所指向的犯罪对象范围的犯罪行为,都可认定为实行犯过度行为。在全概然性教唆的情形下,教唆犯的教唆内容中不指明具体人和具体行为,而指向一类人或一类罪,甚至没有任何范围。那么,只要没有明显超出教唆范围的,被教唆人无论实施了何种犯罪均不违背教唆犯的主观意志,都是教唆犯教唆的结果,不能视为实行犯过度行为。

所谓选择性教唆就是教唆犯的教唆具有让被教唆的人在几种犯罪之间进行选择的教唆。如果被教唆人除了实施可选择数罪中的犯罪之外,还实施了其他独立的犯罪行为,那么,被教唆人实施的选择数罪之外的犯罪行为应属于实行犯过度行为,由其独自负责。教唆犯只对可选择数罪中的犯罪承担刑事责任。

(三) 教唆犯与结果加重犯的实行犯过度行为

在教唆犯罪中,有些实行犯的过度行为属于结果加重行为。例如,甲教唆乙伤害丙,乙却失手将丙打死。这种情况下,乙以故意伤害(致人死亡)罪论处没有争议,但教唆犯甲是否应对丙的死亡结果承担责任在理论上争议较大。笔者认为,如果教唆犯和被教唆犯对加重行为能够成立共同犯罪的,按共同犯罪的原则处理,即全体共同犯罪人均应对该加重行为的结果负责;否则,只能由引起加重结果发生的

行为人自己负责。一般来说,对于结果加重犯这种特殊的犯罪类型,教唆犯是应当预见其基本犯罪本身包含的加重结果发生的高度危险性,但由于现实客观情况的复杂性,加重结果由于不可抗力或偶然因素而造成的情况也不能完全排除,在司法实践中也确实存在着教唆犯对实行犯引起加重结果的发生不可能预见的情况。同时,就实行犯而言,实行犯对加重结果的罪过形式“在我国刑法(有些)条文中只限于过失,而在另一些条文中,既可以是故意,也可以是过失。”^[11](第 205 页)基于我国共同犯罪的基本理论,教唆犯对结果加重犯负刑事责任必须同时具备如下两个条件:其一,教唆犯对加重结果有预见且在意志因素上对该加重结果持希望或放任的态度;其二,实行犯对加重结果的罪过形式是故意。既然教唆犯对加重结果有预见且在意志因素上对该加重结果持希望或放任的态度,实行犯又故意地实施了这种教唆犯认识和意志之内的行为,那么,实行犯实施的结果加重行为实质上未超出教唆的范围,教唆犯当然应当对这种结果加重负刑事责任。因为我国刑法未规定过失共同犯罪,所以,在教唆犯或实行犯对加重结果的主观罪过是过失的情况下,教唆犯和实行犯对结果加重行为无法成立共同犯罪,对被教唆人的结果加重行为只能作为实行犯过度行为来处理,由被教唆人单独对加重结果承担责任。

对于教唆犯是否应对实行犯过度行为造成的加重结果负刑事责任,国内学者大致有三种不同的见解:其一,不负刑事责任。“教唆犯仅对被教唆的人所实施的基本犯罪行为负责任,而对其造成的加重结果不负责任。”^[12](第 126 页)其二,应负刑事责任。这种观点认为,应将教唆犯和被教唆犯认定为结果加重犯的共犯,而不是实行犯过度行为。理由是“加重结果是甲、乙的共同故意行为引起的,且对于死亡的结果甲和乙都是应当预见的。”^[13](第 461 页)其三,具体分析。“如果教唆犯对加重结果有预见的,应负刑事责任。否则,不负刑事责任。”^[2](第 427 页)基于上文的分析,笔者认为,第一种观点和第二种观点均因为不符合我国刑法关于共同犯罪的规定而无法成立。第三种观点较为合理,但仍然将教唆犯或实行犯对加重结果的主观罪过是过失的情况作为共同犯罪,也有悖于我国刑法的规定。

四、帮助犯与实行犯过度行为

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。”这里起“辅助作用”的从犯实质上就是帮助犯。帮助犯是在其他共同犯罪人的犯意已经产生之后而为其他共同犯罪人实现犯意提供精神上或物质上的帮助,表明帮助犯的行为是有明确指向的:帮助犯一般是在知道实行犯要实施某种危害行为的情况下,才对实行犯予以帮助的。如果实行犯超出帮助犯的犯意实施了其他犯罪,就出现了相对于帮助犯而言的实行犯过度行为。

被帮助的过度行为包括两种情况:一是实行犯在实施过度行为时没有利用帮助犯的帮助;二是实行犯在实施过度行为时利用了帮助犯的帮助。我国有学者认为,在共同犯罪中,如果实行犯实施了帮助犯意图以外的其他性质的犯罪,或实施了超出帮助犯所意图侵害的对象、危害的程度的犯罪,则违背了帮助犯的主观意志,属于共同犯罪中的实行犯过度行为,其刑事责任只能由实行犯承担,而不论实行犯是否利用了帮助犯提供的帮助^[14](第 766 页)。笔者认为,如果实行犯实施了帮助犯意图以外的其他性质的犯罪,则该行为属于实行犯过度行为。但是,实行犯实施的“超出帮助犯所意图侵害的对象”的行为是否属于实行犯过度行为,则应当具体分析:如果实行犯实施了超出帮助犯所意图侵害的对象属于不同性质,则属于实行犯过度行为,其刑事责任只能由实行犯承担;如果属于同一性质,则不属于实行犯过度行为,其刑事责任应由实行犯和帮助犯共同承担。例如,甲、乙与丙有仇,二人预谋杀丙,甲为乙买了刀并在外望风,乙进入丙的房间杀丙。但乙进入房间后误将丁当成丙杀死。在本案中,如果按照上述我国学者的观点,实行犯乙实施了超出帮助犯甲所意图侵害的对象丙,实行犯乙的行为应当属于共同犯罪中的实行犯过度行为。那么,案件处理的结果就是:实行犯乙构成故意杀人罪(既遂),帮助甲则构成故意杀人罪(未遂)。显然,这样处理是错误的。因为按照我国打击错误的相关理论,如果犯罪对象的性质相同,那么,性质相同的犯罪对象在法律上的价值也相同,应受到同样的法律保护。因此,在本案中,帮助

犯甲、实行犯乙均应当按照故意杀人罪(既遂)定罪量刑,实行犯乙的行为不属于共同犯罪中的实行犯过度行为。

[参 考 文 献]

- [1] 周道鸾. 刑法的修改与适用 [M]. 北京: 人民法院出版社, 1997.
- [2] 陈兴良. 共同犯罪论 [M]. 北京: 法律出版社, 1992.
- [3] 赵秉志. 中国刑法案例与学理研究(总则篇·下) [M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [4] 储槐植. 美国刑法 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1996.
- [5] 韩忠谟. 刑法原理 [M]. 台北: 雨利美术印刷有限公司, 1981.
- [6] 陈兴良. 共同犯罪论 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1995.
- [7] 赵丰琳, 史宝伦. 共犯过限的司法认定 [J]. 人民检察, 2000 (11).
- [8] 夏 强. 过限犯认定问题研究 [J]. 法制与社会发展, 2002 (4).
- [9] 高铭暄, 马克昌. 刑法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2000.
- [10] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1991.
- [11] 宁汉林, 魏克家, 吴雪松. 定罪与处理罪刑关系常规 [M]. 北京: 人民法院出版社, 1998.
- [12] 吴振兴. 论教唆犯 [M]. 长春: 吉林大学出版社, 1986.
- [13] 赵廷光. 中国刑法原理(总论卷) [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1992.
- [14] 陈兴良. 当代中国刑法新理念 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.

(责任编辑 车 英)

On Surplus Behavior of Perpetrator in Joint Offence

ZHU Hua jun

(Law Department, Shaoguan College, Shaoguan 512005, Guangdong, China)

Biography: ZHU Hua jun (1966-), male, Associate Professor, Law Department, Shaoguan College, majoring in criminal law.

Abstract: If the organizing offenders are able to foresee the crimes acted by perpetrator and beyond joint intention of joint criminal, he should bear criminal responsibility for these crimes. On the condition of a person of joint perpetrators having acted the crimes beyond joint intention of joint criminal. If the other joint perpetrators are not in the scene, only recognize the crimes, he should not bear criminal responsibility for these crimes; If the other joint perpetrators are in the scene, but have not taken action to deter, he is likely to bear criminal responsibility for these crimes. We should judge relation about abettor and the surplus behavior of perpetrator in joint offence refers on the basis of different conditions.

Key words: joint offence; perpetrator; surplus behavior of offence