

事后抢劫的共犯

张明楷

摘要:事后抢劫由盗窃、诈骗、抢夺等前行为与暴力、以暴力相威胁的后行为构成;中途知情者参与后行为的,成立事后抢劫的共犯;没有参与实施前行为的人,中途独立实施后行为的,不成立事后抢劫;共同实施前行为的一方独立实施后行为的,应根据共同犯罪的成立条件,判断另一方是否成立事后抢劫的共犯;无责任者与有责任者共同事后抢劫的,应在认定成立“共同犯罪”的前提下,对有责任者贯彻部分实行全部责任的原则,对无责任者以缺乏责任为由,不以犯罪论处。

关键词:共同犯罪;事后抢劫;共犯

刑法第 269 条规定:“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。刑法理论将该条规定的犯罪称为事后抢劫(罪)或者准抢劫(罪)。由于本罪的构造是先实施盗窃、诈骗、抢夺行为(即前行为。为节省篇幅,本文一般仅以实施盗窃为例),后实施暴力或者以暴力相威胁的行为(即后行为。为节省篇幅,本文一般仅以实施暴力为例),而行为人可能仅实施了其中的前行为或者后行为,于是,在共同犯罪的认定上产生了诸多问题。本文就其中的若干类型,作初步探讨。

一、未参与前行为的人中途参与后行为

案例 1:甲盗窃了被害人 A 的财物, A 当场发现并抓捕甲以便夺回被盗财物;甲为了窝藏赃物,在逃跑的过程中对 A 实施暴力;没有参与盗窃行为的乙知情后,与甲共同对 A 实施暴力。甲的行为无疑属于事后抢劫,问题是,乙的行为是否成立事后抢劫的共犯?这也是国外刑法理论长期争论的问题。

日本刑法第 238 条规定:“盗窃犯在窃取财物后为防止财物的返还,或者为逃避逮捕或者隐灭罪迹,而实施暴行或者胁迫的,以抢劫论。”日本刑法第 65 条第 1、2 项分别规定:“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人,虽不具有这种身份的,也是共犯。”“因身份而特别加重或者减轻刑罚时,对于没有这种身份的人,判处通常的刑罚。由于存在上述规定,日本刑法理论在解决案例 1 的问题时,出现了两个路径。

路径一:将事后抢劫理解为身份犯,适用日本刑法第 65 条解决案例 1 的问题。但是,事后抢劫究竟

作者简介:张明楷,清华大学法学院教授,博士生导师。

为了充分展开讨论,本文归纳整理了十多种案例。但需要说明的是,本文各节标题下的案例类型,并不完全与标题相符合。

直译应为“以强盗论”。为了避免混乱,本文将日本刑法与刑法理论所称的“强盗”均译为“抢劫”。另请注意的是,日本刑法所规定的事后抢劫,仅限于犯盗窃罪的情形。

是构成的身份犯(真正身份犯),还是加减的身份犯(不真正身份犯),则存在争议。

构成的身份犯说认为,事后抢劫属于真正的身份犯,因为盗窃犯以外的财产犯罪人,为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证,而实行暴行或者胁迫的,不成立事后抢劫。例如,前田雅英教授指出:“事后抢劫罪是以盗窃犯为主体的构成的(真正)身份犯。在盗窃犯以防止财物的返还为目的对被害人实施暴行时,(非盗窃犯)开始共同加功的场合,根据刑法第 65 条第 1 项成立事后抢劫罪的共同正犯。”^{[1](P.242)} 据此,案例 1 中的乙虽然不具有盗窃犯的身份,但由于其参与了事后抢劫罪(身份犯)的实行行为,成立事后抢劫的共同正犯。

作者认为这种学说是值得商榷的。(1)诚然,就单独的事后抢劫而言,如果仅着眼于行为人必须先实施盗窃行为,后出于特定目的实施暴力行为,则可以认为,实施暴力行为的主体,必须是已经实施盗窃行为的人。在此意义上说,事后抢劫是身份犯。但是,其一,任何人都可能实施盗窃、诈骗、抢夺罪,故这些犯罪并不是身份犯。其二,将事先实施盗窃作为身份看待,过于扩大了身份的范围。因为事后抢劫是一种独立的犯罪,由两个特定行为组成;两个行为之间,不仅具有时间与场合的密切性,而且具有心理的联系性。倘若将实施前行为作为身份,那么,由二个以上行为构成的犯罪(如普通抢劫、强奸等),都会被理解为身份犯。例如,根据上述观点,我国刑法第 239 条所规定的绑架杀人也属于身份犯(即绑架犯杀人的才成立绑架杀人)。这可能难以被人接受。(2)事后抢劫依然属于财产犯罪,其实行行为必须具有侵犯财产的内容。倘若将犯盗窃等罪作为主体身份的要素对待,那么,事后抢劫的实行行为就只剩下暴力与暴力威胁。可是,单纯的暴力与暴力威胁不具有财产犯罪的性质。只有将作为前行为的盗窃等行为理解为事后抢劫的实行行为,才能解释事后抢劫的财产犯罪性质^{[2](P.210)}。(3)倘若认为事后抢劫属于身份犯,那么,作为前行为的盗窃等行为,只是表明身份的要素,而不是事后抢劫的实行行为的一部分。然而,身份的有无并不影响犯罪的既遂与未遂的区分,故作为前行为的盗窃既遂与否便与事后抢劫既遂与否无关。于是,当行为人犯盗窃等罪未遂时,为了抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场实施暴力的,也成立事后抢劫罪的既遂。这显然与事后抢劫的既遂、未遂区分标准相冲突^{[3](P.228)}。(4)虽然日本刑法第 238 条的表述,可以成为构成的身份犯说的文理根据,但我国刑法第 269 条的表述,并没有为构成的身份犯提供文理根据。

加减的身份犯说认为,由于设立本罪是为了防止行为人在盗窃过程中实施加重的暴力、胁迫行为,故事后抢劫属于加减的身份犯。但持加减的身份犯说的学者得出了两种不同解释结论:第一种观点认为,事后抢劫罪“是以抑止在盗窃的机会中实施暴行、胁迫的旨趣而设立的,具有对人身犯罪的性质,故应将其理解为加重暴行、胁迫罪的不真正身份犯。因此,不具有该身份的人,以本罪的目的,与盗窃犯共同实施暴行、胁迫时,根据刑法第 65 条第 2 项的规定成立暴行罪或者胁迫罪”^{[4](P.232)}。据此,案例 1 中的乙并不成立事后抢劫的共犯,仅成立暴行罪或者胁迫罪。第二种观点认为,事后抢劫罪的“主体虽然

根据日本刑法理论与审判实践的通说,日本刑法第 65 条第 1 项中的“共犯”包括共同正犯(参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂 2007 年新版第 2 版,第 457 页以下;[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂 2006 年版,第 387 页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会 2007 年第 4 版,第 473 页;[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁 2007 年第 2 版,第 322 页)。

虽然我国的司法解释与刑法理论没有将事后抢劫表述为独立的罪名,但不影响将事后抢劫作为独立的犯罪予以理解。

关于事后抢劫的既遂标准,日本刑法理论上存在不同观点:第一种观点(通说)认为,先前的盗窃既遂时,才成立事后抢劫的既遂(参见[日]团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社 1990 年第 3 版,第 592 页;[日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁 2005 年补订版,第 226 页)。第二种观点(少数说)认为,不管盗窃既遂与否,只要行为人出于特定目的实施了暴行、胁迫,就成立事后抢劫既遂(参见[日]内田文昭:《刑法各论》,青林书院新社 1984 年第 2 版,第 284 页)。第三种观点(有力说)认为,盗窃罪的既遂不等于事后抢劫的既遂,只有当行为人最终取得了财物时,才成立事后抢劫既遂。据此,虽然盗窃既遂,且行为人为了防止财物的返还而当场使用暴力,但财物最终被被害人夺回时,仍然只成立事后抢劫未遂(参见[日]曾根威彦:《刑法各论》,弘文堂 2006 年第 3 版补正 2 版,第 138 页)。第四种观点(少数说)认为,在行为人已经取得了财物的场合,只要为了窝藏赃物而对他人实施暴行、胁迫,就成立事后抢劫的既遂;在行为人出于逃避逮捕或者毁灭罪迹的目的实施暴行、胁迫时,只有通过暴行、胁迫取得了财物,才成立事后抢劫既遂(参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁 2005 年第 3 版增补版,第 223 页以下)。本文不能讨论此问题,只是声明,本文中的“盗窃罪既遂”,仅指前行为本身既遂,不是指事后抢劫既遂。

必须具有盗窃犯这种身份,但是,不具有该身份的人以本罪的目的,与盗窃犯共同实施暴行、胁迫的,根据刑法第 65 条第 1 项的规定,成立本罪的共同正犯,对非盗窃犯的共同者,根据同条第 2 项的规定,处以暴行罪或者胁迫罪的刑罚。共同造成被害人伤害时,成立抢劫致伤害罪的共同正犯,对非盗窃犯的共同者应适用伤害罪的刑罚^[5](P. 224)。

这一学说作者认为不能接受:(1)如上所述,任何人都可能犯盗窃等罪,将事后抢劫作为加重身份犯并不妥当。(2)这种观点一方面认为事后抢劫具有对人身犯罪的性质,同时认为只有当行为人盗窃既遂时才成立事后抢劫既遂^[4](P. 231)。这给人的印象是以盗窃是否既遂作为对人身犯罪的(事后抢劫)的标准,有自相矛盾之嫌。(3)认为“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是加重暴行罪、胁迫罪的违法性的身份要素,或者是加重暴行罪、胁迫罪的有责性的身份要素,均与我国没有规定暴行罪、胁迫罪的刑法不符合。(4)由于我国刑法并没有规定暴行罪、胁迫罪,根据上述第一种观点,如果案例 1 中的甲、乙并没有造成伤害以上结果,乙的行为不成立任何犯罪。这难以被我们接受。根据上述第二种观点,案例 1 中的乙成立抢劫罪,但适用暴行罪、胁迫罪的法定刑。这导致定罪与量刑脱节,因而缺乏合理性。

复合身份犯说认为,事后抢劫罪中的“盗窃犯”这一身份的性质,因目的不同而不同:当盗窃犯出于防止财物的返还(窝藏赃物)的目的时,属于日本刑法第 65 条第 1 项的身份(真正身份);当盗窃犯出于逃避逮捕或者隐灭罪证的目的时,属于日本刑法第 65 条第 2 项的身份(不真正身份)。在案例 1 中,当盗窃犯甲出于窝藏赃物的目的对被害人 A 实施暴力、胁迫时,非盗窃犯乙知情而实施暴力、胁迫的,成立事后抢劫罪的共犯;当盗窃犯甲出于逃避逮捕或者隐灭罪证的目的而对被害人 A 实施暴力、胁迫时,非盗窃犯乙知情而实施暴行、胁迫的,以暴行罪、胁迫罪的共犯论处。

这种学说同样不能解决案例 1 的问题。因为上述对构成的身份犯说与加减的身份犯说的质疑,同样适用于复合身份犯说。

路径二:将事后抢劫理解为结合犯,按承继的共犯解决案例 1 的问题。即事后抢劫并不是身份犯,而是由盗窃的前行为与暴力、胁迫的后行为构成(结合犯),盗窃行为与暴力、胁迫行为都是本罪的实行行为,行为人仅参与后行为的,属于是否成立承继的共犯的问题。对此存在否定说与肯定说。

否定说认为,事后抢劫罪是由盗窃罪与暴行罪、胁迫罪构成的结合犯,后行为人的罪责取决于承继的共犯成立与否。由于后行为人只对参与后的行为与结果承担责任,因而仅就参与后的犯罪成立共同正犯,而不能就整体犯罪成立共同正犯。据此,案例 1 中的乙,并不对整体犯罪(事后抢劫)负责,仅对参与后的行为与结果(暴行罪、胁迫罪)承担责任^[3](P. 229)。

但是,日本的这一有力学说,难以适用于我国。我国刑法没有规定暴行罪、胁迫罪,故事后抢劫并不是结合犯,至少不是典型的结合犯。根据承继的共犯否定说,案例 1 中的乙,虽然在日本能承担暴行罪、胁迫罪的刑事责任,但在我国意味着不承担任何刑事责任,因而缺乏合理性。

肯定说认为,事后抢劫罪具有结合犯的构造,盗窃只不过是先行于暴行、胁迫的行为;因此,即使行为人仅实施了其中的暴行、胁迫,也应作为承继的共同正犯,以事后抢劫罪论处^[6](P. 132) [7](P. 170)。据此,案例 1 中的乙成立事后抢劫罪的共同正犯。

我赞成以承继的共犯的路径解决本问题且持肯定说,但同时主张,应当根据我国刑法的规定阐述理由并得出具体结论(不赞成日本的肯定说的部分理由与具体结论)。

(1)如上所述,在我国,暴行、胁迫本身并不成立犯罪,故不能认为事后抢劫属于结合犯。所以,难以从结合犯的角度展开讨论。但是,一方面,事后抢劫由盗窃等前行为与暴力等后行为构成,其构造与结合犯相似。另一方面,承继的共犯并非仅存在于结合犯,只要犯罪行为具有一定的过程,就可能存在承继的共犯。事后抢劫完全可能存在承继的共犯现象,按肯定说处理案例 1,可以得出乙构成事后抢劫

[日] 佐伯仁志:《事后强盗罪の共犯》,《司法研修》第 632 号,第 3 页。

的共犯的合理结论。

(2)按肯定说解决案例 1 时,所遇到的最大障碍(或来自否定说的最严厉批判)是:既然乙并没有实施盗窃行为,只是参与了暴力、暴力威胁行为,乙就只能对暴力、暴力威胁行为负责,而不能对自己参与前的甲所实施的盗窃行为负责。因为甲的盗窃使甲的行为具有财产犯罪(事后抢劫)的性质,而乙的行为与甲的盗窃并无因果性,故乙就不能承担事后抢劫的责任^{[8](P.350)}。本文的回应是:首先,在案例 1 的场合,乙的行为与甲最终取得赃物具有因果性;即使甲盗窃的赃物最终被 A 夺回,乙的行为也为 A 夺回财物制造了困难(危险)。其次,后行为并不是单纯的暴力与暴力威胁,而是同时具有使盗窃等前行为成为事后抢劫的实行行为的机能。因为在事后抢劫中,盗窃等前行为,原本只是盗窃等罪的实行行为,而不是事后抢劫的实行行为;只是因为行为人出于特定目的着手实施暴力、暴力威胁的后行为时,才使盗窃等前行为成为事后抢劫的实行行为。所以,案例 1 中的乙的行为,不只是单纯的暴力行为,而是同时起到了使甲的盗窃行为成为事后抢劫的实行行为的作用。即使乙是为了使甲逃避抓捕或者为了毁灭罪证而与甲共同对被害人 A 实施暴力,也依然起到了这种作用。既然如此,就应当肯定乙的行为对甲的行为转化为事后抢劫起到了作用,乙理应承担事后抢劫的责任。最后,否定说是将事后抢劫作为结合犯理解的,似乎割裂了前行为与后行为的主客观关联性。倘若将前行为与后行为作为事后抢劫的实行行为来理解,则能得出肯定说的结论。就案例 1 而言,乙在外表上参与的是暴力行为。但是,该行为是甲事后抢劫的一部分,故乙参与的是事后抢劫行为的一部分,而不是独立的行为。另一方面,乙是在知情后与甲共同对 A 实施暴力的,而其中的“知情”包括乙明知甲是为了窝藏赃物,故乙具有事后抢劫的故意与特定目的。

(3)按肯定说解决案例 1 还可能遇到另一障碍:亦即,按否定说,对案例 1 中的乙以暴行罪、胁迫罪的共同正犯论处;我国没有暴行罪、胁迫罪,意味着我国的处罚范围窄,但肯定说却导致对乙反而以更重的事后抢劫罪论处。换言之,肯定说导致的局面是:原本对乙的行为应按轻罪处理,由于我国刑法没有轻罪,反而导致对乙按重罪处理。但本文认为,这只是一种表面现象,肯定说不会导致处罚的不均衡。以案例 1 为例。根据形式的客观说,只要实施了刑法分则所规定的实行行为的人,就是正犯。由于暴力行为是事后抢劫罪实行行为的一部分,乙实施了该行为,因而与甲构成事后抢劫的共同正犯。但形式的客观说缺乏合理性^{[9](P.287)}。根据犯罪事实支配理论,中途实施暴力行为的乙,只有事前与甲相通谋时,才与甲构成事后抢劫的共同正犯;倘若乙事前并未与甲通谋,其中途参与暴力的行为并没有支配事后抢劫的犯罪事实,仅成立事后抢劫罪的帮助犯。我国刑法将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯;就事后抢劫的整体犯罪而言,乙仅起到了次要作用,故应认定乙构成事后抢劫的从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。显然,与在日本将乙认定为暴行罪的正犯(否定说)相比,在中国将乙认定为事后抢劫的从犯,可能导致对乙的处罚更轻。

(4)在乙与甲的暴力行为共同造成了伤害或者死亡的情况下,根据部分实行全部责任的原理,乙与甲均对伤害、死亡结果承担责任。即使不能查明由谁的具体行为引起了伤亡结果,乙与甲也均应对该伤

如前所述,就事后抢劫而言,以行为人最终取得财物作为既遂标准,是一种相当有力的学说。

不能认为,行为人开始实施盗窃等行为时,就是事后抢劫的着手。

[日]古江赖隆:《窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共謀の上財物の取返を拒ぐため被害者に傷害を負わせた場合の似律》,《司法研修》第 457 号,第 67 页。

如果乙不知情,则不能认为其有事后抢劫的故意与特定目的,当然不成立事后抢劫的共犯。

根据德国学者罗克辛的观点,行为人没有实现全部的构成要件,只是亲自实现了部分的要件时,不能成为直接正犯。因为此时的个人行为并不能直接支配符合构成要件的全部事实。例如,在抢劫中没有使用暴力,只是取得了财物的行为人为人,只能成立盗窃的正犯,而不成立抢劫的正犯。但是,如果事前有通谋,由他人实施暴力行为,行为人只负责取得财物的,则应将行为人认定为抢劫罪的正犯。Vgl., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 22.

如若乙与甲的暴力行为致被害人伤亡,且乙对致人伤亡起主要作用,那么,对乙以主犯论处,也理所当然(在日本,根据否定说,也会认定乙是杀人罪或伤害罪的正犯)。

亡结果负责。但是,如果在犯盗窃等罪的前行为人实施了部分暴力行为后,后行为人参与部分暴力行为,造成伤亡结果的,则需要根据部分实行全部责任和存疑时有利于被告的原则作出妥善处理。

案例 2:甲单独入室盗窃被发现后,对前来抓捕的被害人 A 腹部猛踢一脚, A 极力抓捕甲,经过现场且知道真相的乙接受甲的援助请求,也向 A 的腹部猛踢一脚, A 因脾脏破裂流血过多而死亡,但不能查明谁的行为导致其脾脏破裂。谁应对 A 的死亡承担责任?

根据前述分析,乙与甲构成事后抢劫的共犯,但死亡结果只能由甲承担。一方面,不管死亡结果由谁造成,甲都要承担责任。假定死亡结果由乙造成,由于甲与乙构成共同犯罪,根据部分实行全部责任的原理,甲当然应对此结果负责;倘若死亡结果由甲造成,甲更毫无疑问地要对此结果承担责任。另一方面,乙虽然与甲就事后抢劫罪构成共犯,但是,乙对自己参与前的甲的行为所造成的结果不承担责任。因为在承继的共犯の場合,先行为人实施的行为已经造成结果时,后行为人的行为不可能成为该结果的原因,因而不可能对该结果承担责任。即使后行为人了解先行为人的行为及其结果,也不表明后行为人对该结果有共同故意,更不表明该结果由二人共同造成。换言之,利用先行为人已经造成的结果不等于后行为人的行为与该结果之间具有因果关系;后行为人不应对与自己行为没有任何因果关系的结果承担责任。在本案中,死亡结果可能是甲在乙参与之前造成的,果真如此,乙不能对该结果负责。另一方面,由于不能证明 A 的死亡由乙造成,根据存疑时有利于被告的原则,乙不能对 A 的死亡结果负责。

以上讨论的是前行为人与中途参与的后行为人均亲手实施暴力、暴力威胁的情形。问题是,倘若前行为人甲仅唆使中途参与者乙对被害人 A 实施暴力或者暴力威胁的,应如何处理?

案例 3:甲盗窃被被害人 A 发现,在甲逃跑和 A 抓捕的途中,甲遇到朋友乙,向乙说明真相,并唆使乙对 A 实施暴力或暴力威胁,以便自己逃避抓捕。乙对 A 实施了暴力。甲与乙是否成立事后抢劫的共犯?

倘若认为刑法分则条文规定的行为只是实行行为,那就意味着,刑法第 269 条规定的事后抢劫,要求犯盗窃等罪的行为人直接实施了暴力或暴力威胁的行为;如果犯盗窃等罪的行为人仅教唆他人为自己逃避抓捕而实施暴力或暴力威胁,则意味着没有实施实行行为,于是不符合刑法第 269 条的构成要件,因而不成立事后抢劫罪。如若甲不成立事后抢劫,那么,仅直接实施了暴力或暴力威胁的乙,因为没有实施盗窃等行为,更不可能成立事后抢劫罪。

这可能是我国刑法理论遇到的重要问题之一,值得探讨。本文初步认为,事后抢劫不是身份犯,而是由两个实行行为构成的犯罪,因此,没有犯盗窃等罪的人,也能实施后行为。在共同犯罪的情况下,只要有人实施了实行行为即可,而不是所有的共犯人都必须实施实行行为。当甲实施了盗窃行为后,唆使乙对被害人 A 实施暴力或暴力威胁的,乙与甲就事后抢劫的部分实行行为具有共同的故意与行为,因而成立了事后抢劫罪的共同犯罪。换言之,在这个共同犯罪中,甲实施了前行为(盗窃)并教唆了后行为,乙实施了后行为(暴力或暴力威胁)。而且,甲、乙对后行为具有故意与行为,后行为又是事后抢劫的一部分,故甲与乙成立事后抢劫的共犯。

不仅如此,在行为主体与案例 3 相反的情形下,也应以后事抢劫的共犯论处。

案例 4:甲盗窃被被害人 A 发现,在甲逃跑和 A 抓捕的途中,知道真相的乙,唆使甲对 A 实施暴力,以便逃避抓捕。甲接受乙的教唆,对 A 实施了暴力。乙是否成立事后抢劫的共犯?

参见 [日]平野龙一:《刑法总论》,有斐阁 1975 年版,第 382 页以下; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 92

对甲适用抢劫致死的法定刑,对乙适用普通抢劫的法定刑。

强调分则规定的是实行行为的观点,对本案可能得出如下结论:(1)如果乙在甲的教唆下仅实施了暴力或者暴力威胁,甲仅成立盗窃罪;乙的行为可能成立窝藏罪;由于本犯教唆他人窝藏自己的不成立共犯,故甲不另成立窝藏罪。(2)如果乙在甲的教唆下实施暴力,导致 A 伤亡,乙是窝藏罪与故意杀人罪、故意伤害罪的想象竞合犯;甲除构成盗窃罪外,可能成立故意杀人罪、故意伤害罪的教唆犯(根据甲的故意内容确定)。

可以肯定的是,甲的行为已经构成事后抢劫。因为甲不仅实施了盗窃罪的实行行为,而且出于抗拒抓捕的目的实施了暴力行为,完全符合事后抢劫的构成要件。问题是,乙是否成立事后抢劫的共犯(教唆犯)?将此案例予以抽象所形成的问题是,在他人实施一般犯罪或基本犯罪的过程中,行为人唆使他人实施加重犯罪的,是否成立教唆犯?对此,德国刑法理论上存在四种学说:(1)拆解分析说主张,唆使者仅对正犯没有决意的构成要件部分成立教唆犯。据此,案例 4 中的乙成立暴行罪的教唆犯。这种观点将事后抢劫视为盗窃与暴行的简单相加,因而受到了批判。而且,我国刑法没有规定暴行罪,故对乙的行为不能以所谓暴行罪的教唆犯论处。(2)综合考察说主张,唆使者对所唆使的重罪成立教唆犯。在案例 4 中,乙不仅使甲实施了暴行,而且使甲实现了一个独立的违法性,故乙成立事后抢劫的教唆犯。可是,根据综合考察说,倘若当甲犯盗窃罪后原本只欲在当场对被害人实施暴力,而乙唆使甲对被害人造成伤害的,也成立事后抢劫的教唆犯。但本文认为,此时的乙只能成立事后抢劫的帮助犯,故难以赞成综合考察说。(3)规范性支配说认为,只有当进行加重教唆的幕后者具有规范性支配时,才就加重犯罪成立教唆犯。但是,规范性支配的概念比较模糊,缺乏明确的标准。(4)折中说认为,行为人唆使正犯实施的加重构成要件行为是一个独立的犯罪时,成立教唆犯;行为人唆使正犯实施的只是加重犯而非独立的犯罪时,不成立教唆犯。本文赞成折中说。例如,甲已有盗窃犯意,乙唆使其抢劫的,成立抢劫罪的教唆犯。基于同样的理由,在甲犯盗窃罪而没有打算当场对被害人 A 实施暴力的情况下,乙唆使甲实施暴力的,实际上是唆使甲实施较盗窃更重的事后抢劫罪,因而成立事后抢劫的共犯(教唆犯)。

二、未参与前行为的人中途独立实施后行为

案例 5:甲单独入室盗窃被发现后逃离现场(盗窃既遂)。在甲逃离的过程中,知道真相的乙为了使甲逃避抓捕,而对抓捕者 A 实施暴力。但甲对此并不知情。

可以肯定,案例 5 并不成立承继的共犯。承继的共犯,是指先行为人已经实施了一部分犯罪行为之后,后行为人以共同犯罪的意思参与实施犯罪的情况(包括承继的共同正犯与承继的帮助犯)。承继的共同正犯,则是指先行为人已经实施一部分实行行为后,后行为人以共同实行的意思参与实行犯罪的情形。换言之,在承继的共同正犯的场合,后行为人与前行为人共同实施了部分实行行为。在案例 5 中,虽然甲实施了盗窃行为,但其并没有对 A 实施暴力;乙虽然对 A 实施暴力,但其并没有实施盗窃行为。概言之,二者并没有共同实施任何相同的犯罪行为,当然不可能成立承继的共犯。因此,甲不成立事后抢劫罪(没有实施暴力行为),仅成立盗窃罪。乙也不成立事后抢劫罪(没有实施盗窃等行为)。

不仅如此,即使甲明知乙为了使自己(甲)逃避抓捕,但只要其没有与乙共同实施暴力或者暴力威胁行为,甲与乙也不成立事后抢劫罪。其一,犯盗窃等罪的人,即使存在窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证的目的,但只要没有实施暴力或者暴力威胁,就不成立事后抢劫罪。其二,即使甲知道乙是为了使自己逃避抓捕,但甲并没有与乙共同实施事后抢劫的客观行为,因而并不符合共同犯罪的客观条件。其三,甲单纯利用乙的暴力逃避抓捕的行为,也不是事后抢劫中的实行行为,故不成立事后抢劫罪。

联系本文第一部分的观点,可以得出如下结论:在盗窃犯甲没有实施也没有教唆乙实施暴力或暴力威胁的情况下,知情的乙为了使甲逃避抓捕而对被害人 A 实施暴力或者以暴力相威胁的,甲与乙并不构成事后抢劫的共犯,甲仅承担盗窃罪的刑事责任。

问题是,如何确定案例 5 中的乙的行为性质与责任?在案例 5 中,乙既不成立盗窃罪,也不成立事后抢劫罪。但如果认为乙的行为并不构成任何犯罪,也难以被人接受。

我认为,在案例5中,乙为了使甲逃避抓捕而对被害人A实施暴力或者暴力威胁的行为,构成窝藏罪。(1)窝藏罪的行为对象是“犯罪的人”。这里的“犯罪的人”虽然包括严格意义上的“罪犯”,但不是仅指已经被法院作出有罪判决的人。已被公安、司法机关依法作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人,即使事后被法院认定无罪的,也属于“犯罪的人”。即使暂时没有被司法机关作为犯罪嫌疑人,但确实实施了犯罪行为,因而将被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人,同样属于“犯罪的人”^{[10](P.789)}。显然,案例5中的甲属于“犯罪的人”。(2)窝藏行为主要表现为,为犯罪的人提供隐藏处所、财物,帮助其逃匿。“为犯罪的人提供隐藏处所、财物”与“帮助其逃匿”不是手段行为与目的行为的关系,而属于并列关系。换言之,帮助犯罪的人逃匿的方法行为,不限于为犯罪的人提供隐藏处所或者财物。窝藏行为的特点是妨害公安、司法机关发现犯罪的人,或者说使公安司法机关不能或者难以发现犯罪的人,因此,除提供隐藏处所、财物外,还包括其他帮助逃匿的行为。“帮助”不是共犯意义上的帮助,即使犯罪人没有打算逃匿,也没有逃匿行为,但行为人主动实施某种行为使犯罪人逃匿的,也属于“帮助其逃匿”。案例5中,乙为了使甲逃避抓捕而对抓捕者实施的暴力行为,无疑属于帮助其逃匿的行为。(3)乙知道真相,明知甲是“犯罪的人”,而且具有使甲逃避抓捕的故意,因而具备窝藏罪的主观构成要件。

当然,如果乙的行为导致被害人A伤亡的,因而触犯杀人罪、伤害罪的,则是杀人罪、伤害罪与窝藏罪的想象竞合犯,应从一重罪论处。

问题是,倘若将案例5的事实略加改变,乙出于窝藏赃物或者毁灭罪证的目的对被害人A实施暴力或者暴力威胁(案例6与案例7),应当如何处理?

案例6:甲盗窃既遂后,被害人A为了追回被盗财物而追赶甲,乙在知道真相后,为了使甲窝藏赃物,而当场对被害人A实施暴力或者暴力威胁,而甲对乙的行为并不知情。对乙的行为应当如何处理?

作者认为:(1)根据前述分析,乙的行为不可能构成事后抢劫的共犯。(2)由于甲的盗窃行为已经既遂,乙的行为不可能就盗窃罪成立承继的共犯。因为除了持续犯以外,承继的共犯只能存在于犯罪既遂之前。换言之,犯罪既遂之后不可能有承继的共犯。在犯罪行为实质性完结之后,绝对不可能成立承继的共同正犯与承继的帮助犯。故案例6中的乙不成立盗窃罪的共同正犯与帮助犯。(3)乙的行为成立刑法第312条的掩饰、隐瞒犯罪所得罪与刑法第310条的窝藏罪的想象竞合犯。首先,甲已经盗窃既遂,乙对A实施暴力以便甲窝藏赃物的行为,既侵害了被害人对财物的追求权,也妨碍了司法机关发现、追缴赃物,可以评价为刑法第312条“窝藏”犯罪所得(直接正犯)。因此,乙的行为成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。其次,虽然乙是为了使甲窝藏赃物,但甲窝藏赃物的前提是摆脱被害人A的抓获行为。而帮助甲摆脱A的抓获的行为,也是帮助其逃匿的行为,因而触犯了窝藏罪。最后,在案例6中,乙对A实施暴力的行为,既是窝藏赃物的行为,也是窝藏犯罪人的行为。由于乙仅实施了一个行为,故应按想象竞合犯,以窝藏罪论处。当然,如果乙的行为导致被害人A伤亡,另触犯杀人罪与伤害罪,也属于想象竞合犯,从一重罪论处。

案例7:甲实施盗窃行为后,被被害人A发现,A立即保护甲的盗窃犯罪证据。乙知道真相,为了帮助甲毁灭盗窃罪的证据,当场对被害人A实施了暴力或者暴力威胁,甲对此并不知情。对乙应当如何处理?

刑法第269条规定的为了窝藏赃物而当场实施暴力或者以暴力相威胁的情形,以盗窃、诈骗、抢夺既遂为前提。在行为人尚未取得财物的情况下,为了取得财物而对被害人实施暴力或者暴力威胁的,应直接适用刑法第263条认定为抢劫罪,而不成立事后抢劫。

Vgl., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 90f

与之类似的情形是, Z的生命处于危险之中, Y救助 Z的生命时, X以暴力阻止 Y救助 Z的, X的行为属于杀人的实行行为。

窝藏罪的成立,不要求被窝藏的犯罪人认识到自己成为他人的窝藏对象。

首先,乙的行为不成立事后抢劫的共犯。其次,如前所述,倘若甲盗窃既遂,也不成立甲的盗窃罪的承继的共犯。如若甲的盗窃已构成未遂形态,乙的行为也不成立承继的共犯。再次,乙的行为不构成窝藏罪。因为被害人 A 并没有抓捕甲,乙也没有使甲逃避抓捕的故意。最后,乙的行为成立帮助毁灭证据罪。乙的行为表面上只是对 A 实施暴力,但当乙出于毁灭罪证的目的对 A 实施暴力时,显然限于 A 在保全罪证的场合。既然如此,就可以将乙的行为评价为帮助毁灭证据。如果乙的暴力行为导致 A 伤亡,则是帮助毁灭证据罪与杀人罪、伤害罪的想象竞合犯,从一重罪论处。

对案例 6 与案例 7 的不同结论,是否导致处罚的不协调? 回答是否定的。诚然,就刑法第 269 条而言,行为人出于窝藏赃物与毁灭罪证的目的,所导致的定罪与量刑相同,不影响行为的违法性与有责性。但是,在不成立事后抢劫的共犯的情况下,只能根据各行为人所实现的违法性与有责性定罪量刑。由于窝藏罪与帮助毁灭证据罪的罪质与法定刑不同,导致了案例 6 与案例 7 的处理结论不同。

三、前行为人中的一方独立实施后行为

案例 8:甲邀约乙为自己的盗窃望风。甲入室行窃,乙在门外望风,但甲在盗窃时为抗拒抓捕而当场对被害人 A 实施暴力,乙对此并不知情。

这个案例涉及共同犯罪与犯罪构成的关系问题。根据犯罪共同说,共同犯罪必须是数人共同实行特定的犯罪,或者说二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪。就案例 8 而言,或者否认乙与甲成立共同犯罪,或者认为乙与甲成立抢劫罪的共同犯罪,但对乙仅科处盗窃罪的刑罚。但是,如果否认乙与甲成立共同犯罪,意味着乙的行为不成立任何犯罪。因为倘若单独考察乙的行为,乙并没有实施盗窃罪的实行行为,故不可能独立构成盗窃罪。如果认为乙与甲构成抢劫罪的共同犯罪,但对乙仅科处盗窃罪的刑罚,则导致刑罚与罪名分离,即罪名是抢劫罪,而适用的是盗窃罪的法定刑。这难以被我们接受。

根据行为共同说(事实共同说),只要各参与人的行为符合犯罪构成要件即可,而不要求共同符合某一特定的犯罪构成,案例 8 中的乙当然成立共犯,行为共同说具有相当的合理性,但由于我国刑法第 25 条所规定的共同犯罪限于“二人以上共同故意犯罪”,故采取行为共同说还存在一些障碍。

对此,我采取部分犯罪共同说:二人以上虽然共同实施了不同的犯罪,但当这些不同的犯罪之间具有重合的性质时,则在重合的限度内成立共同犯罪。就案例 8 而言,甲的行为构成了事后抢劫罪。如果否认甲与乙成立共同犯罪,则意味着对乙的行为不能作为犯罪处理。其不合理性比较明显:假如甲在丙家仅实施了盗窃行为,乙属于共犯,应受刑罚处罚;而甲事实上在丙家实施了更为严重的犯罪(事实上乙的望风行为也为甲的事后抢劫行为起到了帮助作用),乙的行为反而不成立犯罪。这难以被人接受。或许有人认为,对乙的行为可单独认定为盗窃罪。但将乙作为单独的盗窃犯处理,就要求乙实施了盗窃罪的实行行为,而乙没有实施任何实行行为。采取部分犯罪共同说,意味着甲与乙在盗窃罪的范围成立共同犯罪;既然如此,对乙就应以盗窃罪论处;但由于甲的行为成立事后抢劫罪,故对甲的行为只能认定为抢劫罪。也许有人认为,部分犯罪共同说实际上也是对乙单独定罪。但根据部分犯罪共同说,将乙的行为认定为盗窃罪,是以乙与甲构成盗窃罪的共犯为前提的;没有这一前提,就不能认定乙的行为构成盗窃罪。再者,如果对甲、乙完全分别按事后抢劫与盗窃罪论处,而不考虑乙在盗窃罪中的共犯关系,就不可能认定乙为从犯(因为单独犯罪是无所谓主犯与从犯之分的),因而对乙不能从轻、减轻或者免

假如甲正在盗窃的过程中,乙为了甲盗窃既遂而对被害人 A 实施暴力,则与案例 7 不是同一类型,而是另一回事(视具体情形,成立盗窃的承继的共犯或者抢劫的共犯)。

当然,本文对案例 6 与案例 7 得出的初步结论,可能还需要进一步研究。

除处罚;按照部分犯罪共同说,甲与乙在盗窃罪的范围内成立共犯,乙便是盗窃罪的从犯,故应当根据刑法总则的规定从轻、减轻或者免除处罚^{[9](P.264)}。

需要进一步讨论的是,如果实施前行为的一方实施后行为,而另一方知情的,对知情的另一方应如何处理?

案例 9:甲邀约乙为自己的盗窃望风。甲入室行窃,乙在门外望风。甲在盗窃时为抗拒抓捕而当场对被害人实施暴力,乙知情但并没有阻止甲的行为,也没有离开现场,而是继续望风。乙能否成立事后抢劫的共犯?

对此例笔者持肯定回答。因为从客观上说,乙仍然在为甲的事后抢劫望风,因而为甲的事后抢劫行为起到了帮助行为。从主观上说,甲虽然不能确定乙是否知道自己已转化为事后抢劫,但知道乙仍然在为自己的行为望风。在此意义上,乙的望风行为也为甲的事后抢劫起到了心理上的帮助作用。另一方面,乙也明知甲在实施事后抢劫行为,明知自己在现场望风的行为为甲的事后抢劫起到了帮助作用。可以认为,在案例 9 中,乙并不是片面的共犯。因为甲认识到乙客观上在帮助自己的事后抢劫,乙也认识到自己在帮助甲实施事后抢劫。既然如此,将乙认定为事后抢劫的共犯就没有任何疑问。基于上述理由以及共犯原理,当甲的行为导致被害人 A 重伤或者死亡时,乙也应承担抢劫致人重伤、死亡的刑事责任。

问题出在教唆犯、事前的帮助犯的场所。

案例 10:乙明知甲在盗窃时,可能为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场实施暴力或暴力威胁,仍然教唆甲入室盗窃。甲入室盗窃时,果真转化为事后抢劫。乙是否成立事后抢劫罪的共犯?对此,应联系共犯的处罚根据,分清不同情形区别对待。

“与正犯一样,共犯的处罚根据在于引起了法益侵害的危险性,这得到了广泛的认同。”^{[11](P.209)} 换言之,与单个人犯罪的本质一样,共同犯罪的本质也是侵害法益。单独正犯是直接引起法益侵害的犯罪类型,共同正犯是共同引起法益侵害的犯罪类型,间接正犯是通过支配他人的行为(支配原因)引起法益侵害的犯罪类型,教唆犯与帮助犯则是间接引起法益侵害的犯罪类型。换言之,共犯的处罚根据,在于共犯通过正犯者间接地侵害了法益,即处罚共犯者,是因为其诱使、促成了正犯实施符合客观构成要件的法益侵害行为^{[10](P.335)}。显然,作为处罚共犯的基础,是共犯的行为与法益侵害之间具有因果性。“但是,在此应注意的是,与单独犯的场所不同的是,共犯的因果性不只是物理的因果性,还包括心理的因果性。”^{[12](P.319-320)} 教唆犯与法益侵害的因果性,属于心理的因果性;帮助犯与法益侵害的因果性,既可能是物理的因果性,也可能是心理的因果性。据此,对案例 10 及相关现象可以得出如下结论:

首先,倘若乙的教唆内容具有要求甲适时转化为事后抢劫的内容,甲犯盗窃罪时转化为事后抢劫的,因为乙的教唆与甲的事后抢劫具有心理的因果性,应当认定乙成立事后抢劫的教唆犯。

其次,如若乙教唆甲盗窃并嘱咐甲带上凶器时,甲犯盗窃罪转化为事后抢劫的,乙的教唆行为与甲的事后抢劫具有心理的因果性,当然成立事后抢劫的教唆犯。假若乙在教唆甲犯盗窃罪的同时,向甲提供凶器,乙犯盗窃罪转化为事后抢劫的,乙的行为与甲的事后抢劫,既有心理的因果性,也有物理的因果性,成立事后抢劫的教唆犯。

最后,设若乙教唆甲盗窃,虽然预见到甲盗窃时有可能转化为事后抢劫,但仍然教唆甲实施盗窃罪,甲在盗窃过程中转化为事后抢劫的,不宜认定为事后抢劫罪的共犯。因为在这种情况下,乙并没有教唆事后抢劫的故意与行为,故其教唆盗窃的行为与甲的事后抢劫之间,并无心理的因果性。

应当强调的是,并不是在一方的行为符合刑法第 269 条的规定时,另一方只要知情就成立事后抢劫的共犯。只有当知情的一方既有共同的故意、又有共同的行为时,才能以事后抢劫的共犯论处。

对盗窃、抢劫集团的首要分子可能适用另外的原则。

案例 11:甲与乙共同入室盗窃。乙在里屋行窃,甲在外屋行窃。适逢室主 A 回家,甲为了抗拒抓捕,对 A 实施暴力,将 A 打昏。乙知情但没有参与实施暴力。乙能否成立事后抢劫的共犯?

一种观点认为:“在认定共同实行犯的实行过限的时候,必须注意考察实行犯对某一临时起意的犯罪行为是否知情。在一般情况下,如果根本不知情,就谈不上对该犯罪行为具有罪过,因此该犯罪行为属于实行过限,不知情的实行犯对此不负刑事责任。如果是知情的,表明主观上有对该犯罪行为是容忍的,尽管没有亲手实行,也应当承担刑事责任,该犯罪行为就不是实行过限。”^[13](P. 347) 山东省法院《审理抢劫案件具体适用法律问题的意见》第 3 项也规定:“同伙在延伸的场所为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁,而自己在现场驻足未制止的,也可以转化为抢劫罪。据此,案例 11 中的乙成立事后抢劫的共犯。司法实践中,也出现了观点相同的判决^[14]。”

笔者不赞成上述观点与做法。(1)知情不等于实施了共同行为,换言之,知情不意味着与事后抢劫具有因果性。从作为犯的角度来说,案例 11 中的乙虽然知道甲对 A 实施暴力,但其本人并没有对 A 实施暴力,也没有唆使或者帮助乙对 A 实施暴力,因而缺乏共同行为;单纯的知情不可能与甲的事后抢劫具有物理的或者心理的因果性。从不作为犯的角度而言,在共同犯罪中,一方参与者并没有阻止对方实施严重犯罪的法律义务;否则,就不存在共犯过剩(实行过限)现象了。在案例 11 中,乙虽然在知情的情况下并没有阻止甲转化为事后抢劫,但并不因此成立不作为犯罪。换言之,乙并没有以不作为方式帮助甲犯事后抢劫罪。诚然,如果被害人 A 知道乙在场,也可能放弃对甲、乙等人的抓捕,但这也不意味着乙的在场与甲的事后抢劫具有因果性。(2)知情不等于共同故意。就案例 11 而言,乙知情只是意味着乙知道甲转化为事后抢劫。但仅此不能认定乙有转化为事后抢劫的共同故意。不可否认,甲之所以对 A 实施暴力,也可能是因为想到乙在场,即使自己被 A 制服,也会有乙帮助。但这只是甲的想法,司法机关不能按照甲的想法,使没有事后抢劫故意与行为的乙承担事后抢劫的责任。特别要指出的是,在案例 11 中,不能认为乙的“在场”本身就是对甲的暴力行为的帮助。只有当乙为甲的暴力现实地提供了物理的或者心理帮助时(如提供工具、鼓掌、喊“打得好”等),才可以认定为事后抢劫的共犯。

以上所讨论的,大多是实行犯转化为事后抢劫,而教唆犯、帮助犯是否成立事后抢劫的共犯的问题。倘若变换实施暴力或暴力威胁的行为主体,即盗窃罪的教唆犯、帮助犯当场出于特定目的实施后行为的,应当如何处理?

案例 12:乙教唆甲盗窃,甲入室行窃后逃离现场时被被害人 A 发现,A 在追赶甲时碰巧被路过的乙发现,乙对 A 实施暴力,甲对此并不知情。或者稍加改变形成如下案例:甲邀约乙为自己的盗窃行为望风,甲入室行窃,乙在门外望风,甲、乙刚要逃离现场时被被害人 A 发现,乙被抓获后当场对 A 实施暴力,甲对此并不知情。

根据前述分析,可以肯定的是,乙与甲在盗窃罪的范畴内构成共同犯罪,而且甲的行为不可能成立事后抢劫,因为甲缺乏成立事后抢劫所要求的暴力、暴力威胁行为与故意。而乙的行为是否成立事后抢劫,涉及如何理解分则规定的问题。

如果认为刑法分则所规定的行为都是实行行为,刑法分则规定的主体都是实行犯,而不包括教唆犯与帮助犯,那么,案例 12 中乙的行为就不成立事后抢劫。因为根据刑法分则规定的是实行犯与实行行为的观点,刑法第 269 条中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”,意味着实施盗窃、诈骗、抢夺的实行行为,盗窃、诈骗、抢夺罪的帮助犯,只能与盗窃、诈骗、抢夺罪的实行犯共同转化为事后抢劫,而不能单独转化为抢劫。而案例 12 中的乙是盗窃罪的教唆犯、帮助犯,因而不符合“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的条件。日本学者认为刑法分则规定的行为是实行行为,也得出了这种结论^[4](P. 229) [1] (P. 243)。

但是,在案例 12 中,倘若乙的行为没有造成伤害与死亡结果,仅认定其构成盗窃罪,明显不合适。一方面,乙不仅对 A 实施了暴力,而且使甲逃匿,对此不作刑法上的评价,有损公允。另一方面,如果仅认定乙的行为构成盗窃罪,则乙仅成立从犯。因为主从犯的区分,并不取决于既遂后的行为,而是取决

于行为人在共谋与实施犯罪过程中所起的作用,故不能认定乙是盗窃罪的主犯。但若认定乙为盗窃罪的从犯,明显不符合罪刑相适应的原则。

我认为,应从广义上理解刑法第 269条中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”。换言之,“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”并不限于实施盗窃、诈骗、抢夺的实行行为,而是包括实施盗窃、诈骗、抢夺的教唆行为与帮助行为。案例 12中的乙实施了盗窃罪的教唆行为、帮助行为,因而符合“犯盗窃罪”的条件,其出于抗拒抓捕等目的当场实施暴力的,完全符合事后抢劫的成立条件。

总之,在案例 12中,甲、乙在盗窃罪的范围内成立共犯,乙虽然只是教唆或者帮助盗窃,但仍然属于“犯盗窃罪”(并非只有正犯才能成立事后抢劫),对乙应认定为事后抢劫,对甲仅以盗窃罪论处。假若这一结论得以成立,那么,就难以认为刑法分则所规定的行为都是实行行为。

四、无责任者与有责任者的共同事后抢劫

案例 13: 17周岁的甲与 13周岁的乙共谋盗窃,甲入室行窃,乙在门外望风。甲、乙的盗窃行为被被害人 A 发现后,甲、乙为抗拒抓捕而当场共同对 A 实施暴力,乙的行为导致 A 重伤,或者不能查明 A 的重伤由谁造成。对此应如何处理?

案例 13的解决,与犯罪论体系相关。按照我国现行的四要件犯罪体系以及通说对共同犯罪成立条件的观点,由于乙没有达到法定年龄,其行为并不成立犯罪,乙与甲也不构成共同犯罪。如果乙与甲不构成共同犯罪,那么,就不能适用部分实行全部责任的原则,只能分别处理(按单独犯处理)。在分别处理的情况下,如果要甲对 A 的重伤负责,必须证明 A 的重伤由甲的行为造成。结论是,甲的行为虽然成立事后抢劫,但其不能对 A 的重伤承担责任。显然,这种结论不能被人接受。所以,要对案例 13 得出妥当的结论,必须重新认识共同犯罪的成立条件;而要重新认识共同犯罪的成立条件,需要重新构建犯罪论体系。

从实质的观点进行考察,只有具备以下两个条件,才能认定为犯罪:其一,发生了值得科处刑罚的法益侵害事实(法益侵害性),此即客观违法性;其二,能够就法益侵害事实对行为人进行非难(非难可能性),此即主观有责性^{[15](P.36)}。

“虽然从形式上,刑法上的违法性,是指对刑法规范(评价规范)的违反,但是,由于违法性是刑法规范做出否定评价的事态的属性、评价,故其内容便由刑法的目的来决定。将什么行为作为禁止对象,是由以什么为目的而禁止来决定的。在此意义上说,对实质违法性概念、违法性的实质的理解,由来于对刑法的任务或目的的理解。”^{[81](P.101)} 刑法的目的与任务是保护法益,所以刑法禁止侵犯法益的行为与结果。换言之,刑法只能将侵害或者威胁了法益的行为规定为犯罪。而且,由于其他法律也以一定的手段履行着保护法益的任务,刑法只能将值得科处刑罚的侵犯法益的行为规定为犯罪。这种法益侵害性,就是实质的违法性。刑法第 13条所称的社会危害性,就是指行为对法益的侵犯性,即刑法第 13条所列举的行为对国家法益、公共法益、集体法益以及公民法益的侵犯性。

仅有客观违法行为,还不足以当犯罪处理。根据国民可以接受的观点,只有在可以就客观违法行为对行为人进行非难时,才能将这种行为规定为(认定为)犯罪。或者说,只有当能够将客观违法行为及其结果归责于行为人时,才能认定该行为成立犯罪。这既是刑法的人权保障机能决定的,也是刑罚的性质与目的决定的。国民的自由以其具有预测可能性为前提。如果不管国民在行为时如何小心谨慎,只要发生法益侵害结果就受到刑罚处罚,那么,国民就没有任何自由。换言之,只有当国民在具有实施其

换言之,主张刑法分则所规定的行为都是实行行为的人,不能得出案例 12中的乙构成事后抢劫的结论;否则,存在明显的矛盾。

他行为的可能性的同时,故意或者过失造成了法益侵害(危险)结果,才能以犯罪论处。这一要求从主观面保障了国民的预测可能性,进而保障了国民的自由。刑法的手段主要是刑罚,犯罪是适合科处刑罚的行为,不管是将刑罚的正当化根据理解为报应,还是将刑罚的正当化根据理解为一般预防与特别预防,都以行为人具有非难可能性为前提。所以,非难可能性(主观有责性)是犯罪的另一特征。

大体而言,德国、日本等国采取了构成要件符合性、违法性、有责性的犯罪成立理论体系(或犯罪论体系)。这种体系“虽然区分了第一阶段的构成要件符合性的判断与第二阶段的违法性阻却事由存否的判断,但两个阶段都是违法性的判断。所以,可以从大的方面将实质的刑法的评价区分为违法性判断与有责性判断。换言之,犯罪论体系的支柱,是不法与责任两个范畴”^{[16](P.1)}。

既然犯罪的实质根据是违法性与有责性,那么,犯罪是具有法益侵害性(客观违法性)与主观有责性(非难可能性)的行为,与之相适应,作为犯罪的成立条件,就必须有表明法益侵害性的构成要件与表明非难可能性的构成要件(两阶层的犯罪论体系)。故本文主张,犯罪构成由客观构成要件与主观构成要件组成,客观构成要件是表明行为具有法益侵害性的要件,因而可以称为违法构成要件,其中讨论违法性阻却事由;主观构成要件是表明行为具有非难可能性的要件,因而可以称为责任构成要件,其中讨论有责性阻却事由。

由违法性与有责性的关系可知,“犯罪”(“罪”)概念具有双重含义。一般来说,犯罪是指具备了成立犯罪的全部条件的行为,即犯罪是具备客观违法性与主观有责性的行为。但是,犯罪的本质是法益侵害,在此意义上说,只要是侵犯了法益的行为,就具备了犯罪的本质^{[10](P.82)}。而行为是否侵犯法益,只需要进行客观的判断。换言之,行为是否侵犯法益,不以行为人是否具有非难可能性为前提。13周岁的人杀人,也是没有合法根据地剥夺了他人的生命,他人的生命不会因为行为人只有13周岁而不受刑法保护,所以,应当肯定13周岁的人没有合法根据的杀人行为,具有违法性(法益侵害性)。之所以不以犯罪论处,是因为其缺乏有责性。采取两阶层的犯罪论体系,有利于坚持客观违法性论,即符合客观构成要件的行为,就是具有违法性的行为。

基于同样的理由,法益侵害结果是否由二人以上的行为造成,只需进行客观的判断。只要二人以上基于共同故意,以共同的实行行为造成了法益侵害结果,就成立共同正犯。

当部分参与者是无责任能力人时,并不阻碍共同正犯的成立。参与者可以是精神病患者、无责任能力的儿童或者是基于不可避免的禁止的错误而实施行为的人。因为正犯与共犯只是不法的表现形态,与责任无关。所以,参与者是否具有责任能力,与参与者是否能形成共同正犯,完全是两个问题。当然,如果有责任能力的参与者认识到了他人的无责任能力之状态,且将他人作为工具使用,那么,有责任能力的参与者同时就无责任能力者的行为贡献成立间接正犯。

刑法第25条第1款明文规定,共同犯罪的行为主体必须是“二人以上”。在通常情况下,“二人以上”都是达到法定年龄、具有责任能力的人,因而“二人以上”都承担责任。但是,“犯罪”具有不同的含义,故“共同犯罪”也可能具有不同含义。事实上,存在着“二人以上”均承担责任的共同犯罪和“二人以上”中仅有一部分人承担责任的共同犯罪。换言之,现实中存在没有达到法定年龄的人与达到法定年

主观有责性的特征同样具有法律根据。根据刑法第13条的规定,客观违法行为(危害社会的行为)只有“依照法律应当受刑罚处罚时,才是犯罪。例如,根据刑法第14条、第15条和第16条的规定,只有当行为人出于故意或者过失,而且处于可能抗拒的状态时(具有期待可能性),才能受刑罚处罚。换言之,不具有故意与过失的客观违法行为,依照法律是不应受刑罚处罚的,因而不是犯罪。再如,根据刑法第18条的规定,只有当行为人具有责任能力时,其行为才可能受刑罚处罚。所以,从刑法第13条“依照法律应当受刑罚处罚”以及相关条文的规定中,也可以将“主观有责性”解释为犯罪的特征。参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年第3版,第81页以下。

Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck 2003, S. 95.

龄的人共同故意实施符合客观构成要件的违法犯罪的现象。在这种情况下,虽然没有达到法定年龄的人具有责任阻却事由,但仍应认定其与达到法定年龄的人所实施的犯罪为共同犯罪。例如,13周岁的人与16周岁的人,共同轮奸妇女的,应认定为强奸罪的共同犯罪,对16周岁的人应适用轮奸的法定刑。再如,13周岁的人与16周岁的共同抢劫他人财物的,应作为共同犯罪处理,进而合理地处罚16周岁的人(如主犯、从犯)。

就案例13而言,乙与甲构成一种意义上的共同犯罪。即乙故意实施了事后抢劫的实行行为,而且知道自己与甲共同实施事后抢劫行为。在此情形下,应认定乙与甲的共同行为造成了A的重伤结果。所以,乙与甲成立事后抢劫的共同正犯。根据部分实行全部责任的原理,甲不仅成立事后抢劫罪,而且应对A的重伤承担刑事责任。但是,由于乙具有责任阻却事由(未达到法定年龄),对其不能以犯罪论处。

参考文献:

- [1] [日]前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2007年版。
- [2] [日]高桥则夫:《规范论と刑法解释论》,成文堂2007年版。
- [3] [日]山口厚:《刑法各论》,有斐阁2005年版。
- [4] [日]大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2007年版。
- [5] [日]大塚仁:《刑法概说》(各论),有斐阁2005年版。
- [6] [日]中森喜彦:《刑法各论》,有斐阁1996年版。
- [7] [日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂2007年版。
- [8] [日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版。
- [9] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版。
- [10] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版。
- [11] 佐伯仁志:《教唆の未遂》,载[日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座》(第4卷),法学书院1992年版。
- [12] [日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版。
- [13] 陈兴良:《共同犯罪论》,中国人民大学出版社2006年版。
- [14] 陈军、朱春美:《“袖手旁观”也能构成抢劫罪》,载《检察日报》2005年11月22日(第10版)。
- [15] [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版。
- [16] [日]井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂2005年版。

(责任编辑 于贺清)

没有达到法定年龄的人,完全可能具有刑法上的犯罪故意。

如果采取传统的犯罪论体系,就会认为,共同犯罪的成立要求“二人以上”都必须达到法定年龄、具有责任能力,但产生了难以解决的问题。例如,15周岁的甲谎报年龄而被“正式”录用为司法工作人员,在办案过程中,甲与不具有司法工作人员身份的联防队员乙共同使用暴力逼取证人证言。在这种情况下,只有认定甲与乙构成共同犯罪,才能将乙认定为暴力取证罪的共犯。当然,甲因为存在责任阻却事由,不能对其以犯罪论处。倘若否认甲与乙构成共同犯罪,则不能追究乙的责任。这显然不合适。如若承认存在行为人具有故意但没有责任能力的现象,也应得出相同结论。例如,达到了法定年龄的A与B共同故意实施伤害行为,但A没有责任能力。对此,应认定A与B构成故意伤害的共同犯罪,即使不能查明谁的行为造成了重伤结果或者查明A的行为造成了伤害结果,B也应对该伤害结果负责。如若按照传统观点否认A与B成立故意伤害的共同犯罪,则难以处理本案。