

名家论文导读—刑法篇

一、文章题目

《共同正犯：承继性与重合性——高海明绑架、郭永杭非法拘禁案的法理分析》

二、作者简介

陈兴良，北京大学法学院教授，博士生导师，法学博士。

学术兼职：北京大学刑事法理论研究所所长、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国监狱学会副会长、中国审判理论研究会副会长、教育部社会科学委员会委员、国家社会科学基金项目学科评审组专家。

学术方向：刑法哲学与中国刑法，提倡一种超越刑法法条之上的终极性思辨即刑法哲学的探讨，以及刑事一体化的法学研究模式。

学术成果：个人专著《共同犯罪论》、《正当防卫论》、《刑法哲学》、《刑法疏议》、《刑法适用总论》、《本体刑法学》、《规范刑法学》、《死刑备忘录》等十余部；《当代中国刑法新理念》、《当代中国刑法新视野》、《当代中国刑法新境域》、《当代中国刑法新径路》等论文集；合著《刑法学原理》等六部；合译《英国刑法导论》等五部；主编《刑法全书》三十余部；担任《刑事法评论》、《刑事法判解》等多种刑事法丛书主编；参撰《新中国刑法学研究综述》等三十余部；发表论文三百余篇。

学术荣誉：1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选全国杰出中青年法学家；2001年获教育部第二届高校青年教师奖；2004年被评为北京市优秀教师；2004年入选新世纪百千万人才工程国家级人选；2004年入选教育部文科首批“长江学者”特聘教授。因其为中国刑事法理论研究和刑事法治做出的杰出贡献，2007年荣获美国法律社会学协会颁发的“国际学术奖”。

三、文章出处

《刑事法评论》（CSSCI来源集刊）第21卷，北京大学出版社2007年版，第31—50页。

四、内容摘要

共同犯罪是刑法中的一种特殊形态，在德日刑法上已经形成了完整的共同犯罪理论，并且存在各种学说的激烈争论。在我国司法实践中，对共同犯罪的处理，往往涉及一些较为疑难的法律问题，这些疑难案件的解决不能不借助于共同犯罪的理论。在“高海明绑架、郭永杭非法拘禁案”中，被告人高海明以勒索财物为目的，伙同他人使用暴力、胁迫方法绑架他人，被告人郭永杭事前与之并不相识，只是在事中以为被告人高海明是为了追讨债务而拘禁被害人，因此协助被告人高海明对被害人进行看管。对此，法院简单地得出“高海明、郭永杭在对同一对象共同实施了犯罪行为，但其二人的犯罪故意和目的不同，故不属于共同犯罪”的裁判结论，其根据明显不足。首先，本案涉及不同的犯罪之间是否成立共同犯罪的问题。在这个问题上，我国刑法理论通说持否定态度，但否定存在重合关系的不同犯罪之间成立共犯关系，显然不合理。为此，在犯罪共同说中出现了部分的犯罪共同说，试图解决这个问题。本文认为，部分的犯罪共同说承认在犯罪之间存在重合的情况下，在重合的限度内可以成

立共同正犯，但部分的犯罪共同说并不是对犯罪共同说的否定或者是为了弥补犯罪共同说而出现的理论，而是在犯罪重合的情况下犯罪共同说的一种实际适用。就本案而言，高海明出于勒索财物的目的与没有勒索财物目的的郭永杭共同对被害人进行扣押、监禁。在非法拘禁罪上，高海明与郭永杭之间成立共同正犯，由于在绑架罪与非法拘禁罪之间存在法条竞合关系，即绑架罪属于特别法，非法拘禁罪属于普通法，因此，对高海明定绑架罪、郭永杭定非法拘禁罪。如果不承认高海明与郭永杭在非法拘禁罪上存在共同正犯的关系，则不利于解决高海明、郭永杭的定罪量刑问题。其次，本案涉及承继的共同犯罪问题。在本案中，控方是以被告人高海明、郭永杭构成绑架罪指控的，但是，在高海明策划绑架被害人这一环节，被告人郭永杭并未参与。只是在被害人被绑架以后，郭永杭才介入，参与对被害人的看管。因此，控方认为郭永杭构成绑架罪的共犯，在刑法理论上，这种共同犯罪属于承继的共同犯罪。

五、重点导读

“高海明绑架、郭永杭非法拘禁案”是我国司法实践中的一个典型案例，刊登在国家法官学院和中国人民大学法学院合编的《中国审判案例要览》（2001年刑事审判案例卷）之中，因此具有准司法判例的性质。在本案中，被告人高海明以勒索财物为目的，伙同他人使用暴力、胁迫方法绑架他人，被告人郭永杭事前与之并不相识，只是在事中以为被告人高海明是为了追讨债务而拘禁被害人，因此协助被告人高海明对被害人进行看管。对此，一审法院和二审法院均认定被告人高海明构成绑架罪，而被告人郭永杭构成非法拘禁罪。而且，一审判决和二审裁定均认为，虽然两被告人对同一对象共同实施了犯罪行为，但由于二人的犯罪故意和目的不同，因此不构成共同犯罪。换言之，一审法院和二审法院均是以两被告人仅成立同时犯为基础来作出裁判的。应当指出的是，本案最终的裁判结论是正确的，但其裁判理由却存在极大的疑问。为此，有必要对我国的共同犯罪规定和理论进行梳理和检讨。

（一）罪名分析：绑架罪与非法拘禁罪

根据《刑法》第239条的规定，绑架罪是指以勒索财物为目的绑架他人的、或者出于政治性和其他目的绑架他人作为人质，或者以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的行为。所谓“绑架”，一般是指使用暴力、胁迫或者其他方法，劫持他人，使之处于本人的控制之下，限制或剥夺他人人身自由的行为。根据《刑法》第238条的规定，非法拘禁罪是指采用扣押或者其他方法，非法剥夺他人人身自由的行为。由此可见，虽然在刑法上使用了绑架和拘禁这两个完全不同的用语，但这两种行为之间存在实质上的相同性。将这两个罪名区分开来的关键在于是否具有“勒索财物的目的”这一主观的超过要素。在本案中，被告人高海明以勒索财物为目的，采用暴力、胁迫方法对被害人进行扣押，由于具备了上述绑架罪的主观的超过要素，因此构成绑架罪；而被告人郭永杭的行为则由于缺乏这种主观的超过要素，因而不构成绑架罪。而且，根据我国《刑法》第238条第3款的规定，为索取债务非法扣押、拘禁他人的，以非法拘禁罪论处。因此，被告人郭永杭构成非法拘禁罪。

（二）承继的共同犯罪

在刑法理论上，承继的共同犯罪是指行为人已经开始实施犯罪实行行为，而在整个犯罪没有结束的情况下，又有他人通过意思联络与之形成共同行为决意，实施行为继续犯罪的形态。承继的共同犯罪涉及的问题是后行为人是否对先行行为人的行为承担刑事责任以及承担何种程度的刑事责任的问题。在此，应当有限度地承认后行为人对于先行行为人之行为的追认，否则承继的共同犯罪就难以成立。但是，这种追认只是构成犯罪的最低限度构成要素的追认，超过这一限制，构成加重犯的犯罪事实，后行为人不应承担刑事责任。在本案中，控方是以被告人高海明、郭永杭构成绑架罪指控的，但是，在高海明策划绑架被害人这一环节，被告人郭永杭并未参与。只是在被害人被绑架以后，郭永杭才介入，

参与对被害人的看管。因此,控方认为郭永杭构成绑架罪的共犯,在刑法理论上,这种共同犯罪属于承继的共同犯罪。但是,如前所述,控方指控被告人郭永杭构成绑架罪是错误的,其原因在于没有认识到绑架罪与非法拘禁罪在“以勒索财物为目的”这一主观的超过要素之上的差异。因此,被告人郭永杭不构成绑架罪的共同犯罪。

(三) 共同犯罪的成立范围

在本案的一审判决和二审裁定中,法院均认为,高海明、郭永杭在对同一对象共同实施了犯罪行为,但其二人的犯罪故意和目的不同,因此不属于共同犯罪。这种观点与我国刑法对于共同犯罪的规定以及刑法通说对于这一规定的理解不无关系。《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。”对此,我国刑法理论通说认为,共同犯罪的成立必须具备共同犯罪故意与共同犯罪行为,而且这里的共同犯罪故意必须是完全相同的犯罪故意。在本案中,由于被告人高海明与被告人郭永杭的犯罪故意不同,因此不构成共同犯罪,只能分别定罪。但是,这种通说的理解存在重大的疑问:就定罪而言,如果认定郭永杭是非法拘禁罪的单独正犯,由于其非法拘禁的实行行为是不完整的,因此令其对高海明的劫持被害人的行为承担刑事责任,就缺乏足够的法理根据。就量刑而言,如果不把高海明的行为与郭永杭的行为视为一个整体,难以区分各自在共同犯罪中的作用,无法区分主犯与从犯,也不利于公正地解决刑事责任的分担问题。

为了解决通说的这种疑问,有必要引入犯罪共同说与行为共同说的理论。犯罪共同说认为共同犯罪是数人共同实施一个特定的犯罪,如果数人实施的犯罪不同,就不构成共同犯罪;而行为共同说则认为共同犯罪是数人各自为了实现自己的企图而犯罪,因此,即使是数人实施的完全不同的犯罪,也构成共同犯罪。但是,这种完全的犯罪共同说与主观主义的行为共同说发生了改变。其中,完全的犯罪共同说向部分犯罪共同说转化,认为只要数个犯罪的构成要件之间具有重合部分,那么在重合的限度内成立较轻之罪的共同犯罪;而主观主义的行为共同说向构成要件的行为共同说转变,主张只要行为人实施了共同的行为,就可以成立共同犯罪,并不要求是同一的或者特定的犯罪。我国刑法理论通说所主张的犯罪共同说正是完全的犯罪共同说。对此,张明楷教授首先提出了异议,主张部分的犯罪共同说。陈兴良教授虽然赞成部分的犯罪共同说,但认为张明楷教授所指出的构成共同犯罪的情形可以从法条竞合、想象竞合以及过限竞合的角度来加以理解。就本案而言,高海明出于勒索财物的目的与没有勒索财物目的的郭永杭共同对被害人进行扣押、监禁。在非法拘禁罪上,高海明与郭永杭之间成立共同正犯,由于在绑架罪与非法拘禁罪之间存在法条竞合关系,即绑架罪属于特别法,非法拘禁罪属于普通法,因此,对高海明定绑架罪、郭永杭定非法拘禁罪。

六、读后感

共同犯罪是司法实践中多发的犯罪现象,大概占有所有犯罪的三分之一左右,因此具有举足轻重的意义。在刑法理论上,共同犯罪被称为“绝望之章”,这表明共犯理论是相当复杂的领域。正是由于共同犯罪的多发性和复杂性,因此成为历年司法考试的考查重点。对于共同犯罪立法和理论的掌握程度,会直接决定考生在司法考试中对相关试题的把握程度,因此应当引起各位考生的足够重视。而且,共同犯罪还与刑法的其他问题密切联系在一起,例如与犯罪的停止形态(如犯罪未遂、犯罪中止等)、罪数论等,因此要真正做到融会贯通地理解共犯理论,并非易事,但这并不意味着没有掌握共犯理论的途径。事实上,考生完全可以通过本文所提供的指引来理解共犯理论以及相关问题。本文涉及刑法理论尤其是共同犯罪理论上的诸多重要理论问题,包括主观的超过要素、共同犯罪的成立犯罪(犯罪共同说与行为共同说)、承继的共同犯罪、法条竞合、想象竞合以及共犯过限等。对于这些问题的探讨,本文是依托一个我国司法实践中极为常见的案件来展开的。在阐述这些问题时,本文总是从案件事实

出发,首先交代刑法理论上的争议,然后再表达作者自己的观点以及这种观点对于案件处理结论的意义。这种以案说法的方式,不同于以往简单地通过案件来注释刑法理论的方式,而是从司法实践的问题出发,在此基础上介绍刑法理论并提炼刑法学说。事实上,这正是陈兴良教授最近几年以来的一个研究重点,即判例刑法学研究。这些判例刑法学研究的成果,即将由中国人民大学出版社出版(上下册,共计一百多万字),它应当作为考生准备司法考试共同犯罪部分乃至整个刑法部分最重要的参考资料。

七、考试趋势

近年来司法考试刑法题的一个总体趋势是越来越重视刑法基础理论,逐步改变了以往仅仅靠背法条就可以应付考试的现象。对于刑法中共同犯罪部分的考察,与这种趋势是一致的。就本文涉及的重要问题,即共同犯罪的成立范围(犯罪共同说与行为共同说)、承继的共同犯罪和共同犯罪的实行过限而言,几乎已经成为历年司法考试的必考内容。对于这三个重要问题,陈兴良教授的论文中已经进行了充分的论述,考生可以按图索骥,结合刑法法条和司法解释的规定,对之进行重点复习,这样就可以起到事半功倍的效果。在重点掌握以上三个问题的基础上,考生还应当注意共同犯罪与身份(例如国家工作人员与非国家工作人员共同犯罪)、共同犯罪的停止形态(共犯中个别犯罪人的中止、未遂等)等问题,这些都是司法考试的共同犯罪试题经常涉及的问题。

八、真题链接

1. 2007 年卷二第 3 题

涉及刑法总则的共同犯罪规定与刑法分则将某些共犯行为规定为实行行为的关系

2. 2007 年卷二第 53 题

涉及承继的共同犯罪、主犯与从犯的判断

3. 2007 年卷二第 94 题、95 题

涉及犯罪共同说与行为共同说、对象犯

4. 2008 年卷四第 2 题

涉及承继的共同犯罪、犯罪共同说与行为共同说、共同犯罪的实行过限等。**本题与陈兴良教授本文所分析的案例基本相同**

5. 2008 年卷二第 7 题

涉及以不作为方式参与的共同犯罪

6. 2008 年卷二第 12 题

涉及共同犯罪的成立条件、对象犯

7. 2008 年卷二第 13 题

涉及共同犯罪的成立条件

8. 2008 年卷二第 19 题

涉及共同犯罪的中止、未遂与既遂

9. 2008 年卷二第 55 题
涉及共同犯罪的成立范围、共犯的错误等
10. 2008 年卷二第 56 题
涉及共同犯罪数额的认定
11. 2008 年卷二第 91 题
涉及首要分子、胁从犯与主犯之间的关系
12. 2008 年卷二第 94 题
涉及承继的共同犯罪
13. 2008 年卷二卷四第 2 题
涉及共同犯罪的成立条件、共同犯罪数额的认定、共同犯罪的既遂和未遂、单位共同犯罪等