

论共同犯罪“意思联络”的客观预备性

赵 微

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

[作者简介] 赵 微(1964-),女,辽宁本溪人,大连海事大学法学院教授,法学博士,主要从事刑法研究。

[摘 要] 共犯之间的“意思联络”在我国刑法通说中一直被认为是共同犯罪的主观因素,也有个别学者认为是共同犯罪构成要件之外的前提条件,鲜有人肯定其客观属性。与此同时,无论大陆刑法理论还是国内刑法理论大都承认“共谋”的客观属性,共谋也是一种行为,参与共谋而没有实行犯罪者也是正犯之一。“共谋”与“意思联络”并无本质区别,“意思联络”在内容上是共同犯罪的主观因素,而在形式上却是一种客观预备性行为。因而,参与“共谋”或“意思联络”便意味着实施了共同犯罪的预备活动,只是由于在实行过程中的分工的不同,可能构成组织犯、教唆犯、实行犯或者帮助犯。

[关键词] 共同犯罪;意思联络;共谋;客观预备行为

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)06-0815-05

我国刑法理论通说认为,共同犯罪没有独立的犯罪构成,与单独犯罪一样,共同犯罪的成立也同样必须具备犯罪构成的四个要件。然而,共同犯罪与单独犯罪在构成要件的主客观因素上不同于单独犯罪,共同犯罪的主观要件要求——共犯之间必须具有“意思联络”,共同犯罪的客观要件要求——共犯之间在犯罪过程中必须具有配合与协作。然而,“意思联络”并非仅具有主观属性,在其形成过程中必定要以某种形式表现于客观外界,而这一种表现虽然不完全属于构成要件之实行行为,但却是准备实施共同犯罪的预备活动,即“意思联络”是为实施共同犯罪而制造条件。基于共谋共同正犯理论,国内学者大多认可了“共谋”的客观属性,即“共谋”是共同犯罪的预备行为,只参与共谋而未实施构成要件行为者按预备犯处理。不可否认,国内学者经常混同使用“共谋”与“意思联络”这两个概念,只因没有科学地梳理二者之间的内在联系,因而也就没有赋予“意思联络”的客观评价意义。本文以“意思联络”、“共谋”和“阴谋”的立法例及法律属性的解读为切入点,结合共同犯罪理论合理推导出共犯之间“意思联络”所具有的客观预备行为性。

一、共犯之间“意思联络”客观实在性推导

(一)从单独犯罪与共同犯罪的关系看

“与单独犯罪一样,共同犯罪的成立仍以符合犯罪构成为前提……共同犯罪与单独犯罪的区别不在于犯罪构成,而在于符合犯罪构成的行为事实的差异。换言之,共同犯罪没有独立的犯罪构成。”^[1](第315页)因而,共同犯罪作为修正的犯罪构成,与单独犯罪的主要事实差别表现在共同的犯罪故意与共同的犯罪行为两方面。我国刑法理论界普遍认同的是,共犯之间的“意思联络”系共同犯罪区别与单独犯罪的主观特征,共犯之间犯罪过程中的彼此配合与协作是共同犯罪区别于单独犯罪的客观特征。

从心理支配行为的心理学原理上看,共同犯罪的主观心理支配共同犯罪之行为是形成共同犯罪的事实路径,而共同故意的产生必须以共犯之间的“意思联络”为前提,这一前提条件的生成必须以一定的行为方式加以实现,从哲学上讲,这一过程是一个“客观——主观——客观”的过程,即共犯之一将其犯罪意图传达给另一共犯(至少一个),后者将这一意

图经过大脑的加工整理得出结论,之后做出接受或承诺的表示。只有经过这一过程才能形成共同犯罪之合意,并在合意支配下实施共同犯罪。

从另一个角度,共犯之间的“意思联络”类似于民事法律关系中的要约与承诺,当受约方表示承诺之后便形成了作为主观要件的犯罪合意;如果对方没有给予承诺便意味着没有形成共同犯罪之合意,共同犯罪的预备工作在此宣告失败,发出要约一方独自成立该罪的预备犯,该种情形符合刑法第 29 条第 2 款规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”的情形,在理论上通常被称作教唆未遂,而笔者更倾向于犯罪预备。

正是由于共同犯罪人实施共同犯罪的心理愿望只有通过外显的行为才能表现出来,才能使对方心领神会,所以共同犯罪人之间的意思表示或意思联络不仅是主观特征,也是客观因素之一。理论界通常将意思联络划定在主观特征上,这是一种偏颇的认识。与单独犯罪不同,共同犯罪中的意思表示或意思联络也应当属于客观的外显性行为,这种行为是共同犯罪区别于单独犯罪的客观特征。

(二)从“共谋”的属性及其与“意思联络”、“协议”的关系来看

“共谋”是指共同犯罪人之间对共同犯罪计划进行的商讨或谋划,“意思联络”从字面上看似乎有单方联络之嫌,实际上,在我国刑法理论界所谓的“意思联络”却意味着共同犯罪人之间的犯罪协议、犯罪通谋等含义。从意思联络的字面上看,联络一词是动词,表现为一种行为,共同犯罪的意思联络是指通过某种行为方式将两个单独的共同犯罪意图贯通为一体。如果没有行为作为意思联络的手段或方法,两个人的思想是隔离的。所以,意思联络是客观的外在行为,是形成共同故意的前提条件。正如有学者所指出的,意思联络是产生共同故意的途径,是数个行为人的犯罪故意相互结合的中介与桥梁。每个行为人若想与他人共同进行犯罪,必须采取一定的方式表达自己的愿望,另一方行为人也应有所表示,如果行为人的主观心理不表现出来,不被他人知道,不可能形成共同故意^[2](第 416-417 页)。可见,意思联络便是行为人对己犯罪意图的外在显露,具有客观性,但是联络的内容和结果具有主观特征,即在共同犯罪人的心理上形成共同犯罪故意。

“意思联络”与广义“犯罪协议”及“共谋”的实质意义并无二致,都反映出共同犯罪人之间对犯罪进行的设计与谋划。只是习惯上对于共同实行犯之间的犯罪协议通常用“共谋”一词,而对于有分工的共同犯罪人之间的犯罪协议通常用“意思联络”一词。对于共同正犯的“意思联络”与“共谋”的关系问题,在日本刑法理论上曾加以探讨,日本的审判实践并没有将这两个概念严格加以区分。判例一方面把这种意思联络称为“共同犯行的认识”、“共同犯罪的认识”、“共同行为的认识”等,另一方面,关于“共谋”,除了叫做“通谋”、“谋议”、“凝议”之外,也称为“共同犯行的认识”^[3](第 673 页)。由此,在日本的审判实践中,“意思联络”与“共谋”具有同质关系。而我国刑法学者也有同样的论证:“实际上,‘共谋’一词无非是‘意思联络’之意,不论何种共同正犯,都不可能不是‘共谋’的。”^[4](第 3 版)因而,“在共同谋议实行犯罪的场合,不论其是否直接参与实行行为,都应根据其在共同犯罪中所起作用处罚”^[5](第 529 页)。由此,既然肯定了“共谋”与“意思联络”的同质关系,在理论上认同“共谋”的客观属性这一大前提之下,“意思联络”的客观属性便是三段论推理的必然结果。

总之,意思联络既反映了共同犯罪的意图,具有主观性,也是建立共同犯罪人主观心理联系网络的途径和手段,具有客观属性,而建立主观联系的标志或结果,便是在共同犯罪人之间形成共同犯罪的主观共同故意,具体反映在认识因素上,包含“两层含义:共同犯罪人不仅意识到自己在故意地参加实施共同犯罪,同时认识到还有同伙与自己一道共同实施犯罪。

二、意思联络本体论

(一)意思联络的主观内容

共犯之间意思联络的主观内容即是他们共同商讨或谋划的有关共同犯罪的具体事项,共犯商讨或谋划的目的通常有两个,其一是为了顺利地实施犯罪而对整个犯罪计划和进程进行安排;其二是为了事后逃避刑事侦查而进行的策划。基于此,意思联络的内容包括如下几个方面:

1. 在犯罪动机的驱使下形成共同犯罪合意并确立共同犯罪目的

犯罪目的是犯罪人克服重重困难力求实现的犯罪目标,这一目标的确立是共同犯罪人形成共同犯罪合意的象征。众所周知,任何行为的目的都是在某种需要的基础之上形成的,共同犯罪人可能基于相同的犯罪动机而产生共同犯罪的目的,如犯罪人甲与乙都基于财物需要而勾结在一起实施抢劫犯罪,也可能基于不同的需要而形成共同的犯罪目的,如犯罪人甲基于报复心理而想侮辱受害人,而犯罪人乙基于嫉妒心理也想侮辱受害人,于是两人合谋共同实施了侮辱罪。

可见,共同犯罪故意的产生可能基于相同的犯罪动机,也可能基于不同的犯罪动机,只要二人以上为了一个共同的犯罪目的而共同实施了共同犯罪行为便成立共同犯罪。

2. 制定犯罪计划

一般而言,犯罪人在实施犯罪前都要经过犯罪动机与反对动机的斗争,他们既要通过犯罪行为的实施满足某种生理或心理需要,同时也要在犯罪过程中防范司法机关的侦查与追捕以满足全与自由的需要。因而,犯罪计划通常涉及如下几方面的内容:

(1)锁定犯罪对象。在我国刑法分则中,除个别犯罪系没有犯罪对象的以外,大多数犯罪都要求有特定的犯罪对象,因为犯罪对象是犯罪行为的直接受力者,没有这一前提也就无从实施犯罪行为,这通常是共同犯罪的第一步计划。

(2)制定犯罪方案。犯罪方案即是实施犯罪的具体步骤和方法,其中既包括如何准备犯罪工具和制造犯罪条件,也包括犯罪时间和犯罪地点的确定以及犯罪手段和犯罪方法的争议及谋划,这一过程已经涵盖了整个犯罪的前期预备行为和后期预计达到的客观结果。

(3)确定犯罪分工。实际上,犯罪分工也可也是对犯罪方案的细化,这一过程已经反映了共同犯罪人的身份和地位差别,具体而言,行为人属于教唆犯、实行犯还是帮助犯在此已经界定清楚。

(二)意思联络的客观形式

意思联络的形式在共同犯罪中没有特别的要求,但是,无论如何,每个共犯都必须通过至少一个同案犯而与其他共同犯罪人建立共同犯罪的主客观联结。

意思联络的建立无须在所有犯罪人之间呈现多头网状沟通,犯罪人之间的意思联络可能是以组织犯或实行犯为核心而建立起多方的联系,也可能是通过教唆犯或帮助犯而与其他共同犯罪人形成间接的犯罪合意,只要共犯之间具有意思传递的单线沟通,便可使整个犯罪人的主观心理集合为一体。所以,即便共同犯罪人之间尚不明确自己是与多少个人共同实施犯罪,甚至不明确实行犯的犯罪手段和方法是什么,只要他明确共同犯罪的具体犯罪目的便可以成立共同犯罪。正如某学者所言“在组织犯的组织下,帮助者与实行者之间不必有意思联络。或者数个实行者之间不必有意思联络。”^[6](第14页)意思联络行为也可以在主犯以外的共犯之间进行,如教唆犯唆使帮助犯为实行犯提供犯罪工具,帮助犯可以不知道实行犯的具体情况,仅仅与教唆犯进行联络便可以实施帮助行为。

总之,意思联络除了网状以外,还可以是向心形态的单线联系,即每个共犯都单独与实行犯或组织犯之间进行直接沟通;也可以是外环形态的单线联系,即共犯之间可以抛开主犯而在外围进行单线的沟通与联络。只要行为人能够与共同犯罪的主观心理联系网(共同故意)发生某一点上的联结,便可以加入共同犯罪的共同故意,进而协力共同实施犯罪。

(三)不同种类共犯“意思联络”的表现形式及其刑事责任

依据分工的不同,我国刑法理论也将共同犯罪人划分为组织犯、实行犯、帮助犯和教唆犯^[3](第541页),本主以上述犯罪人为研究对象,对意思联络的表现展开论述。

1. 组织犯“意思联络”的表现形式及其刑事责任

虽然我国刑法典中没有明确显示“组织犯”的字样,但是理论界却认为刑法条文中却蕴含着这一概念。所以,我国刑法理论上的组织犯是指组织、领导犯罪集团或者在犯罪集团中起策划、指挥作用的犯罪分子。由此,组织犯的意思联络分为二个阶段,第一阶段是犯罪集团筹备期间的意思联络,其意思联络的目的是尽快组建犯罪集团,以便为实施集团犯罪做好物质及心理上的准备。因而这一阶段的意思联络集中表现在组织和策划上,其内容可以是筹集资金、建立窝点、招兵买马、培训犯罪技能、寻找犯罪目标、制定犯罪计划等等,所有这些筹备行为都需要组织犯将个人的主观想法转达至其他共犯并产生共鸣,形成共谋。所以,意思联络也好,共谋也好,都必须通过外化的行为才能被他人接受。第二阶段是犯罪实施过程中的意思联络,其意思联络的目的是顺利地达到业已谋划好的犯罪目的。因而这一阶段的意思联络集中表现在犯罪过程中的临场领导和指挥上,具体的内容可以是指示犯罪对象、控制犯罪进程、变更犯罪计划等等,所有这些实行行为都需要组织者通过某种行为将个人意志转达给其他共犯,哪怕是一个眼神或者不作为的沉默,这一点对于承继的共犯和变更犯罪计划的共犯尤为重要。

对于组织犯而言,其犯罪行为主要体现在其对犯罪集团的组建及其犯罪行为的策划和组织调控上。依据我国刑法第26条第3款之规定,“对于组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚。”由此,对于组织犯的刑事责任应作如下理解:其一,组织犯必须承担由其策划、指挥和领导的犯罪集团所实施的全部犯罪的刑事责任。其二,组织犯应当承担由实行犯临时自主决定实施的该犯罪集团犯罪活动范围内的所有犯罪的刑事责任。其三,组织犯应当承担实行犯在犯罪过程中擅自实施的集团犯罪活动范围之外的犯罪,但是,其前提是组织犯对此情况有所掌握,有意放纵而不予以阻止。否则,如果组织犯对实行犯改变犯罪计划的情况确属不知,便不应当承担其变更后犯罪的刑事责任。

2. 教唆犯“意思联络”的表现形式及其刑事责任

教唆犯,是指唆使他人产生犯罪故意的人。教唆犯的意思联络表现为用语言或文字、动作等行为使他人产生犯罪意图并进而支配实施犯罪行为,因而,教唆犯的教唆行为也正是教唆犯的意思联络。需要强调的是,教唆的内容必须是使他人产生犯意并实施犯罪,教唆行为的对象只能是有刑事责任能力的人,这一区别正是教唆犯与间接正犯的分水岭。

教唆犯的刑事责任,依照我国刑法第 29 条之规定,“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满 18 周岁的人犯罪的,应当从重处罚。如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”基于此,教唆犯的刑事责任也有多种不同情况:其一,教唆犯的定性问题取决于其所教唆的犯罪性质,例如教唆他人杀人的,对教唆犯也定杀人罪。其二,教唆犯刑事责任的大小取决于被教唆犯刑事责任的大小,即教唆主犯的,教唆犯承担主犯的刑事责任;教唆从犯的,教唆犯承担从犯的刑事责任。其三,如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,依据大陆刑法共犯从属说,教唆犯不构成犯罪,但是依据共犯独立说,教唆犯独立成罪。而在我国,刑法理论界普遍认为,被教唆的人没有犯被教唆的罪,对教唆犯也要从轻或者减轻处罚,这条规定表现了教唆犯的独立性^[3](第 563 页)。至于教唆犯的性质,理论通说支持未遂说。笔者认为,教唆犯的主观恶性表现在其通过唆使他人产生犯意并实施犯罪以遂自己的心愿,教唆犯的社会危害性表现在其通过意思联络唆使他人产生犯罪意图而形成对社会的现实损害或造成损害的威胁。

3. 实行犯“意思联络”的表现形式及其刑事责任

实行犯,是指实施刑法分则犯罪构成要件的人。在大陆刑法理论中,实行犯也称作“正犯”,正犯的种类有单独正犯、共同正犯和间接正犯。间接正犯的意思联络表现为唆使“犯罪工具”实施犯罪,该教唆行为是其意思联络的外在表现,也是其犯罪的客观表现,与教唆犯的意思联络相同。

单独正犯与共同正犯的意思联络略有不同,单独犯仅对单独实施共同犯罪而进行意思联络,联络的核心内容是承诺自己独立实施构成要件行为,而共同正犯却是对共同实施构成要件做出承诺,意思联络的核心内容不仅是承诺参加实施构成要件行为,更主要的是制订犯罪计划与犯罪方案与其他实行犯进行配合以便顺利地完成任务。

单独正犯的意思联络有两种表现:其一,向犯意提起者承诺参与共同犯罪并单独实施构成要件之行为;其二,在得知他人的犯罪意图之后主动发出参与共同犯罪并单独实施构成要件行为的要约,得到对方的允诺后便形成共同犯罪的合意。可见,实行犯的意思联络通常表现为承诺实施犯罪,哪怕该犯罪人的犯罪动机不是经过教唆的,而是自己事先形成的并与其他共犯一拍即合的。但是,实行犯无论如何不会是犯意的发起人,否则,其身份便转化为教唆犯。例如,甲得知乙欲杀死丙,主动向乙表示愿意出力杀死丙,经乙同意后甲便实施了杀人行为。此时,尽管甲不是在乙的要约要求之下实施了构成要件之行为,但是,只因为乙的杀人意图不是因甲而产生的,甲只承担实行犯的刑事责任。相反,如果甲主动劝说乙杀死仇人丙,经乙同意后二人共同杀死了丙,此时甲的身份便不仅局限在实行犯上,也是教唆犯。

共同正犯的意思联络也有两种表现:其一是向犯意提起者承诺参加犯罪并与其他共犯共同实施构成要件之行为;其二是向有犯意者发出共同实施构成要件行为的要约,此要约是在形成共同犯罪意图的前提下就如何落实犯罪计划而发出的相互配合的要约。

实行犯的刑事责任在我国刑法中没有明确规定,但是,从理论上讲,实行犯可以是我国刑法中实施构成要件行为的主犯,也可以是实施构成要件行为的从犯。对于前者,依据我国刑法第 26 条第 3 款的规定,应当按照其所参与实施的全部犯罪处罚;对于后者,依据我国刑法第 27 条的规定,应当从轻、减轻或者免除处罚。

4. 帮助犯“意思联络”的表现形式及其刑事责任

帮助犯,是指故意帮助正犯实施犯罪的人。帮助犯的意思联络是承诺对实行犯进行加功以达到顺利完成共同犯罪的目的。与实行犯一样,帮助犯也不能对无犯意者发出犯罪的要约,否则,便因为使他人产生犯意而转化为教唆犯。因而,帮助犯只能是对已经具备犯罪意图的组织犯或实行犯承诺参与犯罪并对实行犯进行物理上加功或精神上的鼓励。其意思联络的内容是对组织犯或实行犯承诺帮助实行犯提供物质便利或精神鼓励,当然,这种承诺的表现形式可以是明示的,也可以是默许或默认。^①例如,甲和乙因琐事发生纠纷,便邀丙一同去报复乙。丙在明知甲携带凶器的情况下用摩托车搭载甲去寻找乙,见到乙后,丙驾驶摩托车在旁等候,甲持刀上前对乙身体要害部位猛刺数刀后,搭乘丙的摩托车逃离现场,乙因失血性休克而死亡。对此案应认定甲和丙共同犯有杀人罪。尽管甲在当时没有明确告之丙去杀乙,但是,丙对甲携带凶器的默认便相当于承诺帮助甲用凶器对乙实施报复,乙死亡的结果是丙预料之中的,不需要明示出来。

对实行犯事先承诺在其犯罪后帮助其提供隐匿处所或帮助窝藏赃物的,与事先提供犯罪工具的帮助犯在促进犯罪实施上所起的作用是一样,不同之处只是前者是精神帮助,后者是物质帮助,他们对犯罪的加功在实行犯实施构成要件之前已经完成,不需要继续实施其他行为便可促使犯罪的发生,因而也是一种帮助犯。相反,事先没有承诺帮助的,仅仅是事后提供隐匿处所或帮助窝藏赃物的,只能定窝藏罪或销赃罪。事先承诺还是事后帮助两种情况的本质不同在于,帮

助者是否有加功犯罪实施的意思联络,有联络的便相当于实施了犯罪,没有联络便是事后帮助。

[参 考 文 献]

- [1] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社, 2003.
- [2] 姜 伟. 犯罪故意与犯罪过失[M]. 北京:群众出版社, 1992.
- [3] 马克昌. 比较刑法原理[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2002.
- [4] 肖中华. 析共谋而未实行者可否成立共犯[N]. 人民法院报, 1999-09-02.
- [5] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社, 1999.
- [6] 邵维国. 论共同犯罪人的意思联络[J]. 大连海事大学学报, 2003, (2).

(责任编辑 车 英)

On Objective Preliminaries of Intentional Connection for Joint Offense

ZHAO Wei

(Law School, Dalian Marine University, Dalian 116026, Liaoning, China)

Biography: ZHAO Wei (1964-), female, Professor, Law School, Dalian Marine University, majoring in Chinese criminal law and international criminal law.

Abstract: the intentional connection among joint offenders has been thought of subjective factors for joint offense as a general explanation in Chinese Criminal Law, and some scholars considered it as the prerequisite conditions besides constitutive requirements for joint offense. Almost no scholars affirm its objective attribute. At the same time, both the theory of continental criminal law and the theory of domestic criminal law recognize the objective attribute of collusion, i.e. collusion is also an act. If a criminal joins collusion, but he does not commit a crime, he is one of the criminals, too. This paper believes that there is no substantial difference between “collusion” and “intentional connection”: intentional connection is the subjective factor for joint offense in content, while it is an objectively preliminary act formally. Thus if one joins “collusion” or “intentional connection”, which means he or she carries out a preliminary activity for joint offense, only due to different division of labor in the course of committing offense, he or she is in a position to be a criminal for organization, solicitation, performance or assistance.

Key words: joint offense; intentional connection; collusion; objectively preliminary act