

共同犯罪的若干特殊问题

马 克 昌

近几年来,我国刑法学界对共同犯罪进行了比较深入的研究,发表了较多的论著,取得了可喜的成绩;但研究成果主要在共同犯罪的概念和要件、共同犯罪的形式、共同犯罪人的种类和刑事责任等方面。而对于共同犯罪的一些特殊问题,如共同犯罪与犯罪未遂、犯罪中止,共犯的共犯与生犯的竞合,共同犯罪与刑法上的认识错误等,各种教科书大多没有论及,专题论文为数也很少。为此,本文拟对上述几个特殊问题进行初步的探讨,以期引起注意,使这些问题也能得到适当的研究。

共同犯罪与犯罪未遂、犯罪中止

我国刑法第20条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”刑法第21条规定:“在犯罪过程中,自动中止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。”这是关于犯罪未遂、犯罪中止的一般规定,具体运用到共同犯罪,由于共同犯罪有其自己的特点,需要作进一步的研究。

共同犯罪为二人以上共同故意犯罪。二人以上所有共同犯罪人的行为,如果均为犯罪未遂或犯罪中止,都应适用犯罪未遂、犯罪中止的规定,固然没有问题;但如果其中一人或一部分人的行为是犯罪未遂或犯罪中止,那末,他或他们的行为能否构成犯罪未遂或犯罪中止?在什么情况下构成犯罪未遂或犯罪中止?对其他共同犯罪人有什么影响?这些问题都需要加以探讨。由于共同犯罪有不同的形式,共同犯罪人也有不同的种类,各自的犯罪未遂、犯罪中止情况不同,因而需要分别进行考察。

一、简单共同犯罪与犯罪未遂、犯罪中止

简单共同犯罪(或叫共同正犯)是各共同犯罪人共同实行犯罪构成要件行为的共同犯罪。各共同犯罪人的行为互相配合、互相补充结为一个共同犯罪行为的整体,其中每个人的行为都是共同实行犯罪行为的一部分,因而对他们每个人的行为不能孤立地加以考察。所以在简单共同犯罪的场合,就其中某一个人的行为看,似乎是未遂;但从共同犯罪人整体的行为看,犯罪达到既遂时,即使其行为似乎是未遂的人,同样构成犯罪既遂,负既遂的刑事责任。简单共同犯罪中的犯罪中止,情况比较复杂。共同实行犯罪中的一人中止自己的犯罪行为,不再继续参与实行犯罪,但没有阻止其他共同犯罪人实行犯罪,而由于他们意志以外的原因致犯罪未得逞,或者其他共同犯罪人继续实行犯罪,终于完成犯罪时,中止犯罪者是否构成犯罪中止?在理论上有不同的见解。持客观说者认为,犯罪中止以彻底中止犯罪或有效地防止犯罪结果发生为要件,并且犯罪结果之未发生必须是由于其中止行为所致;否则,犯罪结果发生了,或者犯罪结果的没有发生不是由于其中止行为所致,那就不构成犯罪中止。

持主观说者认为，刑法对犯罪中止之所以规定减轻或免除处罚，是因为行为人中止犯罪，其主观的危险性已经减少；并且从刑事政策上考虑，可以鼓励行为人在犯罪过程中中止犯罪。所以共同犯罪人中一人或一部分人中止其犯罪行为时，即应依犯罪中止处理。现行西德刑法对此原则上采客观说，但也吸取了主观说的观点。其第24条第2款规定：“数人共同加功于犯罪，其中因已意而防止犯罪之完成者，不受未遂犯罪之处罚。……”其第31条第2款规定：“犯罪之不发生，非由于中止者之行为所致，或犯罪之发生，与中止者以前之加功行为无关者，如中止者确曾因已意而尽力谋犯罪之防止，亦足免罪。”我国刑法没有类似西德刑法第31条第2款的规定，在上述情况下，该中止犯罪行为者不能构成犯罪中止，而只能按照共同犯罪的犯罪未遂或既遂论罪，其中止行为可以在量刑时作为从轻情节加以考虑。如果中止犯罪行为者采取措施，如立即向公安机关报告，公安机关将其他共同犯罪人抓获，因而给其他共同犯罪人造成实行犯罪的障碍，致犯罪不能继续实行，或者为了防止犯罪结果的发生而采取积极行动，使犯罪结果终于未能发生时，中止犯罪行为者依犯罪中止处理，其他共同犯罪人则构成犯罪未遂。如果中止犯罪行为者劝说其他共同犯罪人放弃实行共同犯罪，其他共同犯罪人接受劝告，一致中止犯罪行为的实行，那就不仅最先中止犯罪行为者依犯罪中止处理，其他共同犯罪人也都构成犯罪中止，应依关于中止犯的规定，减轻或者免除处罚。

二、复杂共同犯罪与犯罪未遂、犯罪中止

复杂共同犯罪是指共同犯罪人之间存在着实行犯、教唆犯、从犯(帮助犯)的分工的共同犯罪。在这种共同犯罪形式中，教唆犯、从犯本身能否有犯罪未遂？在刑法理论上存在着不同的观点。一是否定说，如日本学者久礼田益喜说：“承认加担犯(按指教唆犯和从犯)的从属性者不承认加担犯自身的未遂。其理由谓没有主犯罪，从犯罪就没有理由可以成立。根据狭义地解释从属性，以正犯的成立为加担犯成立的要件，与通说同样，我也不承认加担犯本身的未遂^①。”另一是肯定说，如牧野英一的观点就是如此。“由于牧野博士承认共犯的独立性，否认间接正犯与共犯之间性质上的差异，因而认为教唆或帮助行为本身的未遂，可以不待法律的明文规定而对它加以处罚^②。”我们认为，教唆犯或从犯本身有无犯罪未遂或犯罪中止，应依各国刑法对教唆犯、从犯如何规定来确定。从各国的刑事立法来看，没有从犯本身未遂或中止的规定；教唆犯教唆他人犯罪，他人未至于犯罪，对教唆犯是否按未遂定罪，则有几种不同的立法例：(一)是按未遂犯定罪。如1935年旧中国刑法第29条第3款规定：“被教唆人虽未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯论，但以所教唆之罪有处罚未遂犯之规定者为限。”(二)是以阴谋或预备犯论处。如现行南朝鲜刑法第31条第2款、第3款规定：“(2)被教唆者已答应实行犯罪，而未着手实行时，教唆者与被教唆者均准用阴谋或预备犯罪之。(3)被教唆者未答应实行犯罪时，对于教唆者亦准用前项规定。”(三)是以独立教唆犯论处。如现行《泰国刑法》第84条第2款规定：“受雇人实行其犯罪行为者，教唆犯依主犯之刑处罚之。受雇人未实行犯罪行为，无论系因未经同意，未及着手或其他原因，唆使犯依该罪法定刑三分之一处罚之。”上述三种立法例，只有在第一种立法例中，教唆他人，他人未至于犯罪时，教唆犯以未遂犯论。因而在研究教唆犯能否独立构成未遂犯时，决不能离开一个国家的刑事立法的规定，笼统地予以论断。

在复杂共同犯罪中，各共同犯罪人之间有不同的分工，为了便于说明不同的共同犯罪人的未遂或中止及其与其他共同犯罪人的关系，现就各种共同犯罪人的未遂和中止分别加以论述：

(一) 实行犯的未遂或中止：实行犯在着手实行犯罪而未遂时，造成未遂的原因，对于

教唆犯或从犯来说,如果也都是他们意志以外的原因,那末,教唆犯或从犯也都构成犯罪未遂。实行犯在实行犯罪过程中中止犯罪时,教唆犯是构成犯罪未遂还是构成犯罪中止,在我国刑法学界存在着不同看法。一种意见认为构成犯罪中止。理由是:在被教唆者犯了被教唆罪的情况下,应当把被教唆者的行为的社会危害性程度看作是教唆者共同造成的。因此,应当根据被教唆者在犯罪过程中的犯罪形态,来相应地确定教唆者的犯罪形态。另一种意见认为构成犯罪未遂。理由是:被教唆者在实行犯罪过程中中止犯罪,是出于教唆者意志以外的原因,因此,教唆者应认为是犯罪未遂。我们同意后一种观点,但认为需要进一步加以分析。实行犯在犯罪预备阶段或实行阶段中止犯罪时,这种中止,对教唆犯来说,如果是出于其意志以外的原因,那就不符合犯罪中止的条件,实行犯中止的效力不应及于教唆犯。教唆犯应分别以预备犯论处(实行犯在预备阶段中止犯罪时),或者以未遂犯论处(实行犯在实行阶段中止犯罪时)。如果实行犯的中止,也出于教唆犯的意志,教唆犯也应构成犯罪中止。实行犯中止犯罪时,对从犯的处理,与对教唆犯的处理相同。

(二) 教唆犯和从犯的未遂或中止:教唆犯和从犯的未遂或中止与实行犯的未遂或中止的关系,已如前述。问题在于被教唆的人没有犯被教唆的罪时,教唆犯是否构成未遂?对此,我国刑法学界也有不同看法:1. 预备说,认为在这种情况下应以预备犯论。主要理由是:(1) 教唆犯对被教唆人实施教唆行为,与为了犯罪寻找犯罪同伙本质上是相同的,而寻找犯罪同伙正是犯罪预备的一种表现形式。(2) 已经着手实行犯罪是构成犯罪未遂的一个必要条件,被教唆者没有实行犯罪的情况下,犯罪行为还是处于着手实行犯罪以前的行为,只能属于犯罪预备。2. 未遂说,认为在这种情况下构成教唆犯的未遂。主要理由是:(1) 教唆犯的着手实行犯罪,是指教唆犯把教唆他人犯罪的目的付诸实施,被教唆人未实行教唆的犯罪,对教唆犯来说是意志以外的原因,在这种情况下,教唆犯完全符合我国刑法规定的犯罪未遂的特征。(2) 教唆他人犯罪,他人没有犯被教唆的罪时,刑法规定从轻或者减轻处罚,与刑法对未遂犯处罚的规定相同,可见立法者把这种情况下的教唆犯视为未遂犯。3. 特殊教唆犯说,认为在这种情况下,教唆犯不构成共同犯罪,是一种特殊教唆犯,应根据其本身的犯罪事实、犯罪性质、情节和社会危害程度,从轻或减轻处罚。这不但与特殊教唆犯的定罪原则保持了一致性,而且更符合特殊教唆犯本身的特点。我们同意后一看法,因为它符合我国刑法的规定。我国刑法第26条第2款规定:“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。”在被教唆的人没有犯被教唆的罪时,我国刑法只规定如何处罚,并未规定“以未遂犯论”。因而对于这种情况,只要依教唆犯定罪,根据刑法第26条第2款从轻或减轻处罚就可以了,无需定为教唆犯的未遂或犯罪预备。

不过,在教唆犯和从犯教唆或帮助他人犯罪,他人已预备或实行犯罪时,也会发生犯罪中止问题。当教唆犯和从犯教唆或帮助他人犯罪后,他人已经预备犯罪或已着手实行犯罪,这时教唆犯或从犯自动中止犯罪,由于教唆犯或从犯的中止,以致阻碍他人未能继续犯罪或者未能完成犯罪,教唆犯、从犯构成犯罪中止,实行者构成犯罪未遂。如果实行犯经教唆犯或从犯的劝说,因而也中止犯罪时,教唆犯、从犯与实行犯都构成犯罪中止。如果教唆犯、从犯虽然中止犯罪,实行犯也未能完成犯罪,但实行犯之所以未能完成犯罪,不是由于教唆犯、从犯的中止所致,而是由于他们的意志以外的原因所造成,教唆犯、从犯与实行犯均构成犯罪未遂。如果教唆犯、从犯虽然中止犯罪,但未能阻止犯罪结果的发生,以致犯罪仍然完成时,教唆犯、从犯与实行犯都构成犯罪既遂。但教唆犯、从犯的中止行为在量刑时可以作为从轻情节予以考虑。

共犯的共犯与共犯的竞合

共犯的共犯又称间接共犯或准共犯，是与直接共犯相对而言的，直接共犯指教唆或帮助实行犯的共犯，间接共犯指教唆或帮助教唆犯或帮助犯的共犯。在资产阶级刑法理论上，共犯的共犯有四种形态：

(一) 教唆教唆犯或称教唆犯之教唆犯，指教唆他人，再由他人教唆第三者实行犯罪行为。

(二) 教唆帮助犯或称帮助犯之教唆犯，指教唆他人，使他人帮助第三者实行犯罪行为。

(三) 帮助教唆犯或称教唆犯之帮助犯，指帮助他人教唆第三者实行犯罪行为。

(四) 帮助帮助犯或称帮助犯之帮助犯，指对帮助他人犯罪的人给予帮助。

现行《日本刑法》第61条规定：“(一) 教唆他人实行犯罪的，按照正犯论处。(二) 教唆教唆犯的，亦同。”第62条规定：“(一) 帮助正犯的是从犯。(二) 教唆从犯的，按照从犯论处。”但帮助教唆犯与帮助帮助犯则没有明文规定。旧中国暂行新刑律第30条第2款规定：“教唆造意犯者，准造意犯论。”第31条第2款规定：“教唆或帮助从犯者，准从犯论。”只是没有规定帮助教唆犯。旧中国1928年刑法对共犯的共犯也有明文规定，除不承认帮助从犯外，其余与暂行新刑律大体相同。

共犯的共犯能否成立，在资产阶级刑法学者之间存在着争论。主张共犯从属性说者认为：共犯的共犯实际上是从属犯的从属犯，从属犯是对实行犯而言的，承认从属犯的从属犯，实与从属犯的法理不相符合。如果刑法对此明文加以规定，不过可以准用关于教唆犯或从犯的观念加以处罚罢了。而主张共犯独立性说者认为：共犯是基于共自己的行为本身而成立，共犯的共犯既然有共同行为，能够成立共犯，自属当然之理。此外，承认共犯的从属性，但对从属性作狭义解释者如日本学者久礼田益喜，也承认共犯的共犯。他说：“即使承认加担犯者，如我们狭义地解释所谓从属性而认为加担犯对犯罪的结果有因果关系者，也承认加担犯的加担犯之形式的共犯③。”

我国刑法对共犯的共犯没有规定，对它们的性质如何认定和如何处理，在理论上也很少研究。我们认为，应根据我国刑法对共同犯罪人分类的规定，参考有关立法例，分别加以考察：

第一，关于教唆教唆犯和教唆从犯(帮助犯)，我国刑法中规定的教唆犯具有相当的独立性，刑法第26条规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”这里只说教唆他人犯罪，并未明定为他人实行犯罪，因而教唆他人去教唆别人犯罪，或者教唆他人去帮助别人犯罪，自亦可解释为“教唆他人犯罪”，因而都应认为是教唆犯。但量刑时则应按他们在共同犯罪中所起的不同作用分别处罚。最先教唆者，是犯罪意思的发起者，一般说来在共同犯罪中起着主要作用，应当作为主犯处罚。接受最先教唆者的教唆，然后教唆第三者实行犯罪的人，直接引起他人实行犯罪，一般说来在共同犯罪中也起着主要作用，也应当作为主犯处罚。但两者相比，前者比后者更危险，在其他条件相同的情况下，对前者应处以比后者为重的刑罚。需要指出，我国刑法中的从犯，包括帮助犯和起次要作用的实行犯。这里所说的教唆从犯，是指教唆帮助犯而言，因为教唆起次要作用的实行犯，仍然是教唆实行犯，不发生共犯的共犯问题。自然，对这种情况的教唆犯，由于他起的是次要作用，可以作为从犯予以处罚。教唆他人帮助第三者实行犯罪的人，在共同犯罪中所起的作用同样较为次

要，应当作为从犯处罚，自不待言。

第二，关于帮助教唆犯和帮助从犯（帮助犯），这种情况应不应作为共犯加以处罚，在资产阶级刑法理论上还存在着不同意见。一是共犯否认说，认为这种情况不应认为是共犯。理由是对共犯的处罚不宜过宽，帮助教唆和帮助从犯与教唆教唆犯和教唆从犯相比，对犯罪的关系已经较为疏远，实无作为共犯处罚的必要；二是共犯承认说，日本学者牧野英一立足于共犯独立性说，认为帮助教唆者和帮助从犯者，可以准用日本刑法第62条第2项的规定。根据我国刑法规定，我们认为对于上述情况，既不宜一概不作为共犯处理，也不宜一概作为共犯处罚，而应具体地加以分析，然后确定如何处理。详言之，我国刑法第24条规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻或者免除处罚。”这里只规定从犯是在共同犯罪中起次要或辅助作用的犯罪分子，并未限制帮助教唆者和帮助帮助者是从犯。从实际情况看，这类共犯的共犯所起的作用当然是辅助性的，未尝不可以作为从犯处理。但他们的帮助行为毕竟是较轻的，对犯罪结果的原因力也是较弱的，因而根据具体情况，对那些情节显著轻微的这类共犯的共犯，也可以不作为共犯论处，即使对那些作为共犯论处的，也应较之普通的从犯处理更轻。

一般说来，一个人可能只是某一形态的共犯，但也可能一个人先为一种共犯形态，后为另一种共犯形态。这种一种共犯者兼为共同犯罪中他种共犯者的情况，叫共犯的竞合。

共犯的竞合与共犯的分类密切相关，不同的共犯的分类，会表现出不同的共犯的竞合。如日本刑法将共犯分为共同正犯、教唆犯和从犯三种。在日本刑法理论中，共犯的竞合则有如下三种：1. 教唆犯兼为共同正犯；2. 教唆犯兼为从犯；3. 从犯兼为共同正犯。

在共犯竞合时处理的原则是：依照各种共犯形态中被科处重刑的共犯形态论处。根据这一原则，上述第一种情况和第三种情况，依共同正犯论处，第二种情况依教唆犯论处。

在我国刑法中共犯有四种形态，即主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，共犯的竞合可能有以下几种：

1. 从犯与主犯的竞合：即先为从犯，后为主犯。亦即先是帮助犯罪或在共同实行犯罪中起次要作用，随后成为共同犯罪的组织者、领导者、指挥者或在共同实行犯罪中起了主要作用。按照重行为吸收轻行为的原则，在这种情况下，对犯罪人应按主犯论处。

2. 胁从犯与主犯的竞合：即先为胁从犯，后为主犯。亦即先是被胁迫、被诱骗参加犯罪，后为首要分子或其他主犯。在这种情况下，对犯罪人亦应按主犯论处。

3. 胁从犯与从犯的竞合：即先为胁从犯，后为从犯。亦即先是被胁迫、被诱骗参加犯罪，随后主动帮助犯罪或在共同实行犯罪中起次要作用。在这种情况下，对犯罪人应按从犯论处。

4. 教唆犯与主犯的竞合：即先为教唆犯，后为主犯。亦即先是教唆他人犯罪，随后又参加实行犯罪并在共同实行犯罪中起主要作用或成为共同犯罪中的首要分子。因为教唆犯可能按主犯处理，也可能按从犯处理，所以主犯重于教唆犯。根据重行为吸收轻行为原则，在这种情况下，对犯罪人应直接按主犯论处。

5. 教唆犯与从犯的竞合：即先为教唆犯，后为从犯。亦即先是教唆他人犯罪，随后又帮助他人犯罪或者又参加实行犯罪但在共同实行犯罪中起次要作用。由于从犯轻于教唆犯，按照吸收原则，对犯罪人应依教唆犯论罪。但这种教唆犯既教唆他人产生犯意，又帮助他人犯罪或参加实行犯罪，在整个共同犯罪中所起作用无疑是主要的，因而应依主犯处罚。如果教唆者只是教唆他人帮助犯罪，随后自己也是帮助他人犯罪，在整个共同犯罪中只起次要作用。

则应依从犯处罚。

6. 教唆犯与胁从犯的竞合：即先为教唆犯后为胁从犯。亦即先是教唆他人犯罪，随后又被他人胁迫参加犯罪。这种情况在司法实践中较为少见。由于胁从犯远远轻于教唆犯，按照吸收原则，对犯罪人自然应依教唆犯论罪。至于对这种教唆犯是否按主犯处罚，则应当根据教唆犯的具体情况具体分析。教唆犯在共同犯罪中起主要作用时，例如强迫或命令他人犯罪，随后又为胁从犯，应依主犯处罚；教唆犯在共同犯罪中起次要作用时，例如教唆他人帮助犯罪，随后又为胁从犯，则应依从犯处罚。

共同犯罪与刑法上的认识错误

刑法上的认识错误，是指行为人对自己的行为在法律上的意义或是否影响犯罪成立的事实上的不正确认识。在刑法理论上，通常分为法律上的认识错误和事实上的认识错误两类。前者不影响行为人的刑事责任，后者有的不影响刑事责任，有的则影响刑事责任。共同犯罪的认识错误，自然应当根据刑法上的认识错误的原则来解决。由于法律上的认识错误不影响刑事责任的原理，完全适用于共同适用于共同犯罪的认识错误，所以在研究共同犯罪的认识错误时，不需要再研究法律上的认识错误。事实上的认识错误，在共同犯罪的认识错误上，则有其特殊表现，需要在这里专门加以研究，因而共同犯罪的认识错误，是指某个共同犯罪人所认识的犯罪事实与其他共同犯罪人所实行的犯罪事实不相一致。

兹根据共同犯罪的不同形式，对共同犯罪的认识错误分别加以探讨：

一、简单共同犯罪的认识错误，即共同实行犯中某人认识的犯罪事实与其他实行犯所实行的犯罪事实不相一致。通常表现为如下两种情况：一是所认识的犯罪事实与所实行的犯罪事实，虽不相同，但性质相近，例如甲、乙共同用铁器毆击某丙，甲认识的是实行伤害，乙实行的则是杀人，二是所认识的犯罪事实与所实行的犯罪事实性质完全不同，例如甲乙共同强奸某丙，而乙在实施强奸过程中又抢劫了某丙的手表，对于乙的抢劫行为，甲则全然不知。由于简单共同犯罪，只能在各实行犯的认识与其实行的犯罪事实相符合的范围内才能成立，因之，各共同实行犯只能在其认识与实行的犯罪事实相符合的范围内负刑事责任。上述第一种情况，甲负伤害罪的刑事责任，乙负杀人罪的刑事责任；第二种情况，甲乙共同负强奸罪的刑事责任，乙独自另负抢劫罪的刑事责任。

二、复杂共同犯罪的认识错误，即在共同犯罪人之间存在着实行犯，教唆犯，帮助犯（从犯）的分工的共同犯罪的认识错误。

（一）教唆或帮助他人犯罪事实的认识错误，即实行犯所实行的犯罪事实与教唆犯或帮助犯所认识的犯罪事实不相一致。这种认识错误可以表现为以下几种：

1. 相同犯罪构成要件范围内的认识错误，即这种错误只是具体事实的不相一致，但在法律上作为犯罪构成要件并无差别。目标错误（或叫对象错误）就属于这种错误。例如甲教唆乙去杀丙，将丁杀死，杀害的对象不论是丙还是丁，对杀人罪的成立不发生影响，乙应负责杀人既遂的责任；至于是否影响教唆犯的成立，在外国刑法理论上有不同见解：一种是肯定说，认为目标的错误不影响犯罪的故意成立，甲依然不免于构成杀人罪的教唆犯。一种是否定说，认为在这种情况下不成立共犯。我们认为解决事实上的认识错误，应当采取构成要件符合说的观点，即基本的构成要件范围内的认识错误，不影响行为人的故意成立，也不影响共犯的故意的成立，因之，目标的错误，对教唆犯的成立不发生影响。就上例而言，实行犯

已构成杀人既遂，甲构成杀人罪既遂的教唆犯，在实行犯发生目标错误的情况下，对帮助犯（从犯）也应当如教唆犯一样解决。打击错误（或叫行为的误差），不是认识的错误，而是由于行为人在犯罪方法上的失误，以致侵害了不是预期的犯罪对象。例如意图杀死丙，因枪法不准，竟击中丙旁的丁，致丁死亡。如果甲教唆乙去杀害丙，或提供武器帮助乙去杀害丙，乙因打击错误，杀死了丁，对教唆犯或帮助犯甲来说，也是所认识的犯罪事实与所实行的犯罪事实不相一致。在这种情况下，对教唆犯或帮助犯如何处理呢？也存在不同看法，多数学者认为，在实行犯发生打击错误的情况下，实行犯构成故意犯罪未遂与过失犯罪（或间接故意犯罪既遂）的想象竞合犯，就上例言，构成故意杀人未遂与过失杀人（或间接故意杀人既遂）的想象竞合犯，教唆犯应按教唆杀人未遂处理。但也有部份学者认为，对于打击错误，同样属于基本构成要件范围内的错误，从构成要件符合说的观点来看，杀害丙或杀害丁，对杀人罪的成立并无影响，因而实行犯应构成犯罪既遂，就上例言，应构成杀人既遂。教唆者构成杀人既遂的教唆犯。帮助者构成杀人既遂的帮助犯（从犯）。我们同意后一观点。

2. 不同犯罪构成要件之间的认识错误，即实行犯所实行的犯罪事实与教唆犯、帮助犯（从犯）所认识的犯罪事实，不只是具体犯罪事实不相一致，而且作为犯罪构成要件的事实也不相同。这种认识错误大体上可分为两种：其一是犯罪构成虽然不同，但有部分重合关系。例如教唆者或帮助者，教唆或帮助他人实施抢夺，实行犯则实施强劫。抢劫罪与抢夺罪犯罪构成要件不同，但有部分重合关系，如都以非法占有为目的，都攫取他人财产；但由于抢劫是使用暴力或胁迫手段，所以抢劫罪重于抢夺罪。在这种情况下教唆者或帮助者与实行者构成共犯关系，不过教唆者或帮助者构成抢夺罪既遂的教唆犯或从犯，实行犯则依抢劫罪既遂论处。相反地，如果教唆者或帮助者教唆或帮助他人实施抢劫，实行者只是实施抢夺。在这种情况下，教唆者或帮助者与实行者同样构成共犯关系，不过教唆者或帮助者构成抢劫罪未遂的教唆犯或帮助犯，实行者实依抢夺罪既遂论处。其二是两种犯罪构成完全不同，没有重合关系可言，例如教唆者或帮助者教唆或帮助他人实施盗窃，而实行者却实施强奸，在这种情况下，被教唆者并未犯所教唆之罪，因而教唆者与被教唆者不构成共犯关系，应依刑法第26条第2款对教唆者处罚，独立按盗窃教唆犯负责。但对这种情况下的帮助者如何处理，刑法未加规定，而一般可不作为犯罪处理。至于实行者应当依强奸罪论处，自不待言。

3. 关于结果加重犯的认识错误，即教唆者或帮助者教唆或帮助他人实施基本的犯罪行为，实行者实施的行为却发生了基本犯罪构成要件的结果以外的重结果。例如教唆者或帮助者教唆或帮助他人实施伤害行为，实行者实施的行为却是伤害致人死亡。在这种情况下，教唆犯应当如何处理呢？意见亦不一致，一种意见认为教唆者即使对加重的结果没有认识，也不能免于对加重的结果负刑事责任。另一种意见认为限于共犯者对加重的结果没有过失，才不成立结果加重犯的共犯。第三种意见认为教唆者仅对被教唆者所实施的基本犯罪行为负责，而对其造成的加重的结果则不承担刑事责任。我们同意第二种观点，教唆者虽然没有认识到实行者会造成加重的结果，如果应当预见这种加重结果发生时，即应当对加重的结果负刑事责任。对于实施了结果加重犯的帮助者，也应按照同样的原则处理。

（二）教唆或帮助对象的认识错误，即教唆者或帮助者所认识的教唆或帮助对象与所教唆或帮助对象的实际情况不相一致。又可分为以下两种：

1. 教唆或帮助的对象是有无责任能力者的认识错误，即教唆者或帮助者认为所教唆或帮助的对象是有责任能力者，实际上是无责任能力者，或者相反，教唆者或帮助者认为所教唆或帮助的对象是无责任能力者，实际上是有责任能力者。教唆或帮助有责任能力者实施犯

罪，构成教唆犯或帮助犯，而教唆或帮助无责任能力者实施犯罪，是利用他人为工具自己实行犯罪，构成间接实行犯（或称间接正犯）。对教唆的对象，在认识错误时应当如何处理，资产阶级学者中有三种不同的主张：一是主观说，认为应以教唆者的意思为判断的标准，教唆者主观上认为所教唆的对象是有责任能力者时，构成教唆犯；认为是无责任能力者时，构成间接实行犯。二是客观说，认为应以所教唆对象的实际情况为判断的标准，所教唆的对象实际上是有责任能力者时，教唆者构成教唆犯，实际上是无责任能力者时，构成间接实行犯。三是折衷说，认为应把行为者的主观方面与客观方面结合起来考虑，然后加以判断。根据这一观点，不论教唆者认为所教唆的对象是有责任能力者，实际上是无责任能力者，或者相反，认为所教唆的对象是无责任能力者，实际上是有责任能力者，都构成教唆犯。我们认为，根据我国刑法对教唆犯的规定和事实上的认识错误不影犯罪故意成立的原则，在教唆者、帮助者误认为所教唆或帮助的对象是有责任能力者，实际上是无责任能力者，被教唆或被帮助者实施了所教唆或所帮助的犯罪时，教唆者构成教唆犯，应依刑法第26条第1款的规定，根据其在犯罪中所起的实际作用，作为间接实行犯处罚，帮助者应作为从犯处罚。在教唆者、帮助者误认为所教唆或帮助的对象是无责任能力者，实际上是有责任能力者，被教唆或被帮助者实施了所教唆或所帮助的犯罪时，教唆者、帮助者均应以间接实行犯论，教唆者可按主犯处罚，帮助者可按从犯处罚。

2. 教唆的对象是实行者或是直接教唆者的认识错误，即教唆者认为他所教唆的对象是实行者，实际上是直接教唆者。这就是教唆者教唆他人实行犯罪，实际上他人转而教唆第三者实行犯罪。或者相反，教唆者认为他所教唆的对象是直接教唆者，实际上是实行者。这就是教唆者唆使他人教唆第三者实行犯罪，实际上他人却自己实行犯罪。对这种认识错误如何处理呢？我们认为这种认识错误，不过是教唆犯构成要件内部的因果关系的错误，不应当影响教唆的故意，因而无碍于教唆犯的成立。

帮助的对象是实行者或间接帮助者的认识错误，应当与上述教唆对象的认识错误同样解决。

注释：

①②③ 久礼田益喜：《日本刑法总论》第359—360，365页。

（上接113页）

注释：

① 鲁迅《中国小说史略》第二十三篇。

② 《袁中郎全集》卷二《寿存斋张公七十序》。

③ 《袁中郎全集》卷一《叙陈正甫会心集》。

④ 《袁中郎全集·解脱集》与张幼于书。

⑤ 《虞初新志》卷十三。

⑥ 毛宗岗《读三国志法》。

⑦ 本文所引《聊斋志异》均以张友鹤三会本为据。此后凡引用蒲松龄作品不标集名的均出自《聊斋志异》。

⑧ 《记吴六奇将军事》在《觚觚》一书中题作《雪遄》。

⑨ 以上但评均引自《聊斋志异》三会本。

⑩ 《聊斋志异》卷十一。



法制教育

马克昌教授

马克昌，河南省西华县人，生于1926年，现为武汉大学法学院院长、教授、博士研究生导师、中国法学会理事、中国刑法学研究会副总干事、湖北省社会科学联合会理事、湖北省法学会副会长、武汉市社会科学联合会理事、武汉市律师协会顾问、武汉市法学会副会长、全国法学“七五”规划小组成员、武汉市人大常委会委员、武汉市人大常委会法制工作委员会委员。

马克昌于1946年考入武汉大学法律系，1950年8月毕业，同年10月进入中国人民大学，成为苏联刑法学家贝斯特洛娃教授的研究生。1952年毕业后回武大任教并兼任法律系秘书。1956年晋升讲师职称。1957年，马克昌曾受到不公正的待遇，离开了他立志耕耘一生的讲台。1959年重新安排工作，长期在武汉大学图书馆任职。1979年，马克昌受学校委托，参与负责武汉大学法律系的恢复筹建工作，重返阔别二十余年的讲台，为发展我国的法学教育贡献自己的力量。1983年9月晋升为教授。

马克昌在武汉大学法律系恢复以来，先后担任法律系副主任兼刑法教研室主任、法律系主任等职。自执教至今，他一直是最受学生欢迎的教师之一。他不分课内课外，都以广博的学识、教书育人的责任心，赢得了广大学生及同行们的赞誉。由于他工作成绩显著，1981年被授予湖北省高等学校先进教育工作者的称号，1986年光荣加入中国共产党。

刑法学的社会实践性极强，仅有书本理论没有解决实际问题的能力是不行的。马克昌教授在讲台上是游刃有余，在法庭上也是一名优秀的律师。早在1954年，某司机因交通肇事被起诉，在几乎无可能挽回的情况下，当事人请了还是青年教师的马克昌作他的辩护人。马克昌从事实入手，认真研究案卷材料，亲自到现场进行调查，用其成功的辩护，终使该司机无罪获释。1980年秋季，中华人民共和国最高人民法院特别审判庭审理林彪、江青反革命集团案十名主犯，马克昌受委托担任“十恶”之一吴法宪的辩护律师，如此重大的审判活动是中国历史上的第一次，为举世所瞩目。马克昌以一个无产阶级执法者的高度历史使命感和责任感查阅了大量的案卷材料，依法为吴法宪作了事实求是的辩护，完成了党和人民所赋予的艰巨任务。为此，1981年2月《长江日报》以《无产阶级执法者的宽阔胸怀》为题，对马克昌这一段活动作了中肯的评价。

马克昌教授主张建立健全的社会主义民主和法制，反对“人治”。他常常到各个地区（单位）宣传社会主义法制，并把自己的研究成果及时介绍给社会。如1984年5月，他应河南省法学会之邀，前往郑州作了《关于刑法的若干问题》学术报告，从理论上阐述了当时司法实践中提出的一系列重大问题，受到全省司法工作者和法学研究人员的热烈欢迎。

多年的闭关锁国,全世界对中国都不甚了解,尤其对中国的法制情况更是知之甚微。为了向国外宣传和介绍中国的法制,马克昌教授积极从事对外学术交流活动,1985年秋冬之际,他应美国耶鲁大学和加拿大司法部的邀请与宪法学教授何华辉一起前去讲学,获得极大成功,哥伦比亚大学、明尼苏达大学、华盛顿大学法学院、渥太华大学闻讯后,纷纷邀请他们前往讲学和作学术报告。《中国日报》曾对他们的加拿大之行报道说:不论是最高法院法官,议会上、下院法律委员会主席,还是司法部以及渥太华大学法学院和刑法修改委员会的教授、官员、学者等,对他们的加拿大之行都给予了极高的评价。1985年底,美国耶鲁大学法学院宪法学教授费斯和刑法学教授高斯亭先生,1987年加拿大司法部刑法修改委员会主席、法学教授达必努相继回访,同我校法学院建立了友好的学术交流关系。

过多的社会活动、大量的会议占据了他的教学和科研时间,但作为一名学者、教授,他总是保质保量完成授课,并且著述颇丰。早在1957年,他就发表了颇有影响的《如何解决刑法中的因果关系》一文。近几年来,他充分利用寒暑假等节假日,相继撰写和发表了一系列学术论文,如《我国刑法的任务》、《犯罪构成的分类》、《刑事立法中共同犯罪的历史考察》、《日、德刑法理论中的间接正犯》、《论简单共同犯罪》、《论犯罪集团和犯罪团伙》、《试论结合犯兼谈抢劫罪的未遂》、《我国刑法中的管制》、《我国刑法中的死刑》、《想象的数罪与法规竞合》、《评资产阶级关于共犯的学说》、《略论罚金刑》、《论自首》、《共同犯罪与身份》等。其中《论自首》一文被载于集建国三十五年法学研究成就之最的《中国法学文集》中,并获湖北省法学会优秀论文奖。此外,他还应邀在一些内部刊物上发表了一系列文章,如《略论教唆犯》、《关于故意犯罪阶段的几个问题》、《论预备犯》等。无论是公开还是内部发表的文章都对我国刑法学的研究和发展起了积极的作用。1983年由马克昌教授任副主编的《刑法学》一书,吸收了刑法学研究的新成果,在体例和内容上都有新的突破,作为高等学校的法学教材,已先后印刷六次,并荣获武汉大学社会科学成果二等奖。1984年他和李光灿等一起编写的《中华人民共和国刑法论》(上),比较全面系统地总结了建国以来刑事立法和刑事审判的实践经验,并对一些素有争论的问题,提出了有益的见解。1985年他受教育部委托,与高铭暄教授一起编写了《刑法学教学大纲》,用于全国高等学校法学的教学。他与李光灿、罗平合写的专著《论共同犯罪》,已于1987年6月出版发行。

马克昌教授对研究生的要求极为严格。他坚持授课,并给学生布置大量的阅读书目,以开阔学生视野。同时要求他们认真阅读和作好读书笔记,切忌浮光掠影,走马观花。在学术研究上,马教授要求研究生要有朴实的文风和创新的精神,力戒花俏文章,老调重弹。他还特别注重培养学生努力为建设具有中国特色的社会主义法制而奋斗终身的思想品质。

马克昌教授是一个刑法学专家,但他博览群书,对图书馆学,古典文学,都有一定的研究,如1982年由《社会科学战线》编辑部编辑,福建人民出版社出版的学术价值颇高的《古籍论丛》一书中,就收录了马克昌教授《略论“古今图书集成”》一文。他曾在武大图书馆被评为副研究馆员。现在他还是武大图书资料人员技术职称评审小组的评委之一。

马克昌教授虽已届花甲之年,但仍在辛勤耕耘。

(解 文)