

共同过失与共同犯罪

张明楷

(清华大学 法学院, 北京 100084)

摘要: 关于过失犯罪与共同犯罪的关系, 旧中国刑法与刑法理论采取了以下定式: 新派——主观主义——行为共同说——承认过失的共同犯罪; 旧派——客观主义——犯罪共同说——否认过失的共同犯罪; 新中国刑法及理论通说否认过失的共同犯罪, 但理论上的论证存在疑问; 审判实践已悄悄地承认共同过失犯罪, 对共同过失犯罪适用“部分实行全部责任”的原则; 在现行刑法之下, 难以从解释论上肯定过失的共同犯罪; 作为立法论, 肯定过失的共同正犯的主张具有合理性; 没有必要继续维持上述定式, 在行为人共同引起了法益侵害, 并且对法益侵害共同过失的情况下, 各行为人理当对共同引起的法益侵害承担刑事责任。

关键词: 共同犯罪; 共同过失犯罪; 共同过失犯罪正犯

中图分类号: D924.11

文献标识码: A

文章编号: 0257-2834(2003)02-0039-08

“共同过失犯罪”是刑法理论中的一个复杂问题。按照中国刑法的规定(将共同犯罪限定为故意犯罪)以及汉语的语义,“共同”不只是相同的含义,似乎还具有犯意联络(犯意的共通)的含义;但过失犯的重点,决定了二人以上过失犯罪时缺乏犯意的联络,而实务中又存在需要以共同犯罪处理的情形。但种种原因,中国刑法理论对共同过失犯罪还缺乏系统、深入的研究。本文主要介绍共同过失犯罪的立法史与学说史、现行法的解释与判例,以及立法论,并发表个人浅见。

一、史 论

1. 早在 20 世纪 20 年代, 中国刑法理论关

于是否存在过失的共同犯罪,便存在不同学说。第一种学说为肯定说或积极说。当时主张行为共同说的学者认为,所谓共犯,是指犯罪的成立乃由数人共同加担;至于其出于故意还是过失,不问其为故意之罪还是过失之罪。凡一犯罪成立,有数人共同行为时,便成立共犯。惟出于故意者为故意共犯,出于过失者为过失共犯,并且认为,这样处理在学理上与立法上皆无障碍。第二种学说为否定说或消极说。当时主张犯罪共同说的学者认为,共同正犯以双方具有故意的共通为必要,因此,过失犯罪不可能存在共同正犯;过失教唆、帮助他人的行为时,即使他人具有故意之行为的,也不成立过失之教唆犯与帮助犯;故意教唆、帮助他人实施过失犯罪的,也不成立共犯。第三

在本文中,“过失共同犯罪”与“共同过失犯罪”是在相同意义上使用的。

收稿日期: 2002-10-18

作者简介: 张明楷(1959-),男,湖北仙桃人,清华大学法学院教授,博士生导师。

种观点为折衷说,认为共犯者,乃数人参与犯罪,不问其意思为故意或过失,因此,以过失行为参与一罪之成立者,应认定为过失的共同正犯;但教唆犯与帮助犯的体样,以因果关系的中断而存在,而他人过失行为的介入,其因果关系便不为之中断。在这种场合,虽然产生间接正犯的体样,却不产生共犯关系。由此可见,折衷说认为,存在过失共同正犯,但不存在过失教唆犯与过失帮助犯。[1] (P263),

2. 旧中国刑法关于共同过失犯罪的规定,经历了由全面肯定→部分肯定→全面否定的过程。1912年的《暂行新刑律》全面肯定过失的共同犯罪。其第29条规定:“二人以上共同实施犯罪之行为者,皆为正犯,各科其刑。”第35条规定:“于过失罪有共同过失者,以共犯论。”第36条规定:“值人故意犯罪之际,因过失而助成其结果者,准过失共同正犯论,但以其罪应论过失者为限。”虽然从第29条还不能得出《暂行新刑律》承认过失共同犯罪的结论,但第35条与第36条明显既承认过失的共同正犯,也承认过失的教唆犯与帮助犯,还承认过失犯与故意犯的共同正犯。当时的学者也作出了这样的解释,如陈文彬指出:“依文理解析,应谓暂行律过失犯之规定,对于共同正犯教唆犯从犯均采积极说。”[2] (P187) 1928年的刑法仅肯定了过失的共同正犯。其第42条原则上规定:“二人以上共同实施犯罪之行为者,皆为正犯。”第47条则规定:“二人以上于过失罪有共同过失者,皆为过失正犯。”取消了《暂行新刑律》第36条的规定,这便将过失共同犯罪限定为过失共同正犯;“此观之该法条文以‘共犯论’、‘皆为过失正犯’二语可知之。”[2] (P187) 据此,过失教唆犯与过失帮助犯便不复存在。1935年的刑法则进一步取消了过失共同正犯的规定。其第28条规定:“二人以上共同实施犯罪之行为者,皆为正犯。”第29条第1款规定:“教唆他人犯罪者,亦同。”再也没有规定过失的共同犯罪。当时的学者认为,1935年刑法已经否认了过失的共同正犯。如陈文彬指出:“新刑法(指1935年刑法),不认过失罪的共同正犯,故将旧法(指1928年刑法)第四十七条之规定删

除。”“在新刑法,教唆犯亦无过失犯,故因过失教唆他人犯罪者,不问被教唆者实施犯罪时为故意抑系过失,均不成立过失教唆犯。”“从犯无过失犯,因过失帮助他人犯罪,其所犯之罪,虽应论过失,帮助者亦不成立过失从犯。”[2] (P181, P187, P194) 现在台湾学者也认为,1935年的刑法(即台湾的现行刑法)不承认过失的共同正犯以及过失的教唆犯与帮助犯。[3] (P169), 4 (P398)]

3. 存在上述立法变迁的缘由。1912年的《暂行新刑律》全面肯定过失的共同犯罪,可能是受新派学说的影响。1906年,冈田朝太郎受清政府招聘,协沈家本从事刑法改制,除了从事教育、咨询和研究工作外,还帮助起草了《大清新刑律草案》。该草案在辛亥革命后,几乎原封不动被作为1912年的《暂行新刑律》发生法律效力。[5] (P20) 冈田朝太郎的进化主义的刑法观是在批判折衷主义刑法学说的过程中展开的,其特征基本上属于新派理论。笔者还没有资料证明冈田朝太郎肯定过失的共同正犯、过失的教唆犯与帮助犯,但从学说沿革来看,新派主张行为共同说,并承认过失的共同正犯、过失的教唆犯与帮助犯,既然冈田朝太郎的刑法学说基本上属于新派理论,大体上因为主张行为共同说,而全面承认过失的共同犯罪,并将这种观点反映到1906年的《大清新刑律草案》,随后被1912年的《暂行新刑律》采纳。

1928年的刑法之所以仅承认过失的共同正犯,而不承认过失的教唆犯与过失的帮助犯,是因为当时的刑法理论认为,《暂行新刑律》第35条所规定的“于过失罪有共同过失者,以共犯论”并不明确。因为先有正犯才有共犯,“以共犯论”并不能解决谁为正犯谁为共犯的问题,故不如规定过失共同正犯,对各行为科处过失罪之刑罚,不使其负他人过失之责任。而《暂行新刑律》第36条的规定,在理论上并不妥当,在一方为故意犯、一方为过失犯的场所,以过失共犯论,更不协调。如果行为人具有过失,自应承担过失责任;如果令行为人对他人故意行为的结果承担责任,则欠公平,所以,1928年的刑法删除了该规定

而仅承认过失的共同正犯。[1] (P264)

1935年的刑法已经由1912年刑法的新派立场转向于旧派立场。这在共同犯罪的立法上表现得尤其明显。当时之所以连过失的共同正犯也予以否认，是因为完全采取了犯罪共同说。当时的刑法理论认为：“数人共同实施构成犯罪事实之行为，其行为为共同正犯行为，其人即共同正犯。共同正犯之行为，相合为一犯罪行为，在意思共通范围内，有利用其他共同正犯人之行为，以达其犯罪目的，故对于其他共同正犯所为行为之全部，应负责任。”[2] (P179) 而过失的共同正犯，并无具有利用他人的行为达到犯罪目的的意思，故1935年的刑法否认了过失的共同正犯。

不难看出，在旧中国，关于过失犯罪与共犯的关系，立法上与理论上都采取了这样的定式：新派 主观主义 行为共同说 承认过失的共同犯罪；旧派 客观主义 犯罪共同说 否认过失的共同犯罪。1912年的《暂行新刑律》与1928年刑法采取了新派的立场，所以承认过失的共同犯罪；1935年的刑法采取了旧派的立场，所以否认过失共同犯罪。

二、解释论

新中国的两部刑法均规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”该规定肯定了“共同过失犯罪”存在，但不承认它们是共同犯罪，只可分别处罚，这避免了理论上的争论，却也阻碍了刑法理论的发展。在这种立法背景之下，作为解释论，刑法理论上存在三种观点：第一是通说，否认过失的共同犯罪；第二是仅承认结果加重犯的共犯；第三是认为存在过失的共同正犯、过失的教唆犯与过失的帮助犯，只是不按共同犯罪处罚而已。其中，后两种观点只是极少数学者的主张。

1. 刑法理论的通说否认过失的共同犯罪，不仅否认过失的教唆犯与帮助犯，而且否认过失的共同正犯，当然也否认结果加重犯的共同犯罪。理由大体如下：第一，共同过失犯罪不

具有共同犯罪的本质特征——共同犯罪行为是一个统一的有机整体。共同过失犯罪，彼此缺乏意思联络，不可能使各个人的行为形成一个互相支持、互相配合的统一体，因而各个行为人只能分别构成过失犯，而不可能是共同犯罪。第二，过失共同犯罪不存在行为人在共同犯罪中所具有的分工和所起的不同作用。对于过失的共同正犯，没有必要以共同犯罪论处，分别定罪处罚即可；对于过失的教唆犯、帮助犯则不应视为犯罪。[6 (P519), 7 (P428)]

通说显然是以现行刑法为基本依据的，但理论上的论证则未必充分：第一，通说并未说明共同犯罪的本质特征的根据。事实上，在没有犯意联络的情况下，各行为人的行为完全可能共同造成法益侵害的结果，但其在主观上却属于过失。第二，认为过失共同犯罪时，各行为人所起的作用相同也是不符合事实的。例如，车主令司机超速行驶因而发生交通事故时，将车主与司机均认定为（过失的）交通肇事罪，但车主与司机的行为方式与所起的作用也并不相同。第三，通说认为，对于过失共同犯罪分别定罪科刑即可，没有必要按共同犯罪处罚，但事实上并非如此。因为在不可能判明各个人的行为与结果之间的因果关系，而各个人又都有义务防止结果发生的情况下，只有认定为共同犯罪，适用部分实行全部责任的原则才可能定罪量刑，否则就不能分别定罪量刑。

应当承认，现行刑法并没有承认过失的共同犯罪。之所以如此，主要是基于以下原因：第一，在立法者以及刑法理论看来，刑法规定共同犯罪的原因之一，是共同犯罪比单个人犯罪具有更为严重的社会危害性。但在过失犯罪的情况下，行为人之间不可能相互利用、相互配合，其犯罪不可能达到故意共同犯罪那样的危害程度，所以，没有必要承认过失的共同犯罪。[8] (P29, P39) 第二，立法者在刑法中规定共同犯罪的根本目的是为了打击首要分子与主犯；而根据中国的历史传统，认定行为人是否是首要分子与主犯，关键因素之一是行为人是否是犯罪的提倡者。在共同犯罪人的分类上，也按照各共犯人在共同犯罪中所起的作用大小，将其划分为主犯、从犯与胁从犯；行为

人的主观恶性对于决定其是主犯、还是从犯与胁从犯起重要作用；犯罪的组织者、指挥者、策划者均被认定为主犯；采取这一分类的主要目的也是为了重点打击首要分子与主犯。过失犯罪不可能成为刑罚处罚的重点，所以，新中国成立后的历次刑法草案，都否认了过失的共同犯罪。可以印证这一点的是，立法者以及刑法理论基本完全没有考虑到“部分实行全部责任”的原则，迄今为止，刑法理论界很少有人提及该原则。这便导致共同犯罪成立与否的结局，不在于是否适用部分实行全部责任的原则，而在于是否对首要分子与主犯从重处罚。第三，中国历来严格限制刑法的处罚范围，因此，对于二人以上的过失行为造成了结果，但又不能查明因果关系时，作为定罪处理，以往也能够被人们接受。所以，严格地说，刑法所规定的“二人以上共同过失犯罪，……按照他们所犯的罪分别处罚”，也只限于二人以上的过失行为均与结果具有因果关系的场合。但是，另一方面，由于刑法对过失犯罪的实行行为没有具体规定，在二人以上的过失行为造成了法益侵害结果，但又不能查明因果关系，却又需要处罚的场合，法院也往往认定各行为人均构成过失犯罪。这种不妥之处，或许是现在少数人主张过失共同犯罪的理由之一。

2. 陈兴良教授根据刑法的规定否认过失的共同犯罪，但肯定结果加重犯的共同正犯。例如，甲乙共谋伤害丙。在共同伤害的过程中，甲不意一石击中丙的头部致其死亡，构成了故意伤害罪的结果加重犯。为此，甲乙就成立结果加重犯的共同实行犯 [9] (P419)，但有自相矛盾之嫌 [10]。一方面，A、B 二人共同过失致人死亡时不成立过失的共同正犯；另一方面，甲、乙二人共同故意伤害他人、因过失导致他人死亡时，则不仅就故意伤害部分成立共同正犯，而且就过失致人死亡部分成立共同正犯。实际上，就过失致人死亡部分而言，A、B 与甲、乙并没有实质区别。所以，既然否认过失的共同正犯，就没有理由肯定结果加重犯的共同正犯（对加重结果持故意的除外）。

陈兴良教授的观点还需要进一步论证。因为成立共同犯罪，不仅需要有意志的共同，而

且需要行为的共同。而在陈教授所举的上例中，如果说丙的死亡完全由甲的行为引起，而不是由甲与乙的共同行为造成，就不能仅仅因为乙对丙的死亡具有预见可能性，便肯定其成立结果加重犯的共同正犯。换言之，乙对丙的死亡预见可能性，不能直接说明乙与甲对过失致人死亡部分成立共同正犯。事实上，肯定上例中的甲乙成立结果加重犯的共同正犯的最根本理由，在于丙的死亡是由甲乙二人的共同行为所致。

3. 侯国云教授认为，共同过失犯罪，是指二人以上的过失行为共同造成一个或数个危害结果所构成的犯罪；以行为人在共同过失行为中的分工为标准，可以将共同过失犯罪人分为过失实行犯、过失教唆犯与过失帮助犯。过失教唆犯是过失引起他人过失犯罪的人，即以要求、命令、劝说、鼓动、怂恿或者其他方法，使本来没有实施过失行为意图的人，产生实施过失行为的意图，或者使本来有实施过失行为的意图但尚不坚定的人，决意实施行为。过失帮助犯，是指没有直接参与过失行为的实施，但过失地为他人实施过失行为提供方便、创造条件、给予帮助的过失犯罪人。这种观点虽然承认过失的共同犯罪，但同时认为，对共同过失犯罪的各行为人依然只分别处罚。 [11]

但是，首先，刑法分则条文规定的只是实行行为，教唆犯与帮助犯是刑法总则规定的行为；既然刑法总则明文将教唆犯、帮助犯限定为故意犯，那么，将过失教唆行为与过失帮助行为直接根据刑法分则的规定处罚便缺乏根据。其次，承认过失的共同犯罪，尤其是承认过失的教唆犯与过失的帮助犯，就是为了适用刑法总则关于共同犯罪的规定，贯彻处罚共同犯罪的原则（如部分实行全部责任的原则）。侯国云教授承认各种过失的共同犯罪，同时主张对各行为人分别定罪处罚，这便丧失了承认共同犯罪的意义。最后，所谓“过失教唆犯就是过失地引起他人实施过失行为的意图”的说法，不仅与教唆的语义相矛盾，而且也与过失犯的本质相冲突；换言之，“实施过失行为的意图”的说法，本身就难以成立。

三、判例论

1. 迄今为止, 最高人民法院、最高人民检察院并无承认明确过失共同犯罪的判例与司法解释。最高人民法院、最高人民检察院 1987 年 8 月 12 日《关于严格依法处理道路交通事故肇事案件的通知》指出: “单位主管负责人或者车主强令本单位人员或所雇佣人员违章驾车造成重大道路交通事故的, 应按刑法第一百一十三条(即新刑法第 133 条——引者注)的规定, 追究其刑事责任。”新刑法颁布后, 最高人民法院 2000 年 11 月 10 日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条也规定: “单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故, 具有本解释第二条规定情形之一的, 以交通肇事罪定罪处罚。”由于本条没有言明“以交通肇事罪的共犯论处”, 故不能肯定本条肯定了过失的共同犯罪。

虽然刑法理论基本上赞成上述司法解释, 但也存在值得研究的问题。如果承认上述情形构成交通肇事罪的共犯, 则可能意味着强令、指使司机违章驾驶车辆的行为属于刑法总则规定的教唆行为; 但刑法总则规定的教唆犯仅限于故意犯, 故不能认定上述行为成立过失的教唆犯。也不能因此认为强令、指使司机违章驾驶车辆的行为属于故意的教唆犯, 因为司法解释认定这种行为成立属于过失犯的交通肇事罪。如果不承认上述情形构成交通肇事罪的共犯, 则意味着强令、指使司法违章驾驶车辆的行为属于刑法分则规定的交通肇事罪的实行行为。事实上, 在现行刑法之下, 刑法理论与审判实务对交通肇事罪的实行行为作了相当缓和的解释。这从一个方面暴露出否认过失的共同正犯的缺陷。

2. 新刑法第 133 条规定了交通肇事罪, 并规定: “因逃逸致人死亡的, 处七年以上有期徒刑。”最高人民法院 2000 年的上述解释第 5 条第 1 款第 2 款分别指出: “‘因逃逸致人死亡’, 是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑, 致使被害人因得不到救助而死亡的

情形。”“交通肇事后, 单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸, 致使被害人因得不到救助而死亡的, 以交通肇事罪的共犯论处。”这一司法解释似乎肯定了过失的共同犯罪, 但事实上还不能得出这种结论。

审判实践对这种解释持肯定态度, 是基于以下理由: “第一, 车辆驾驶人员肇事引发交通事故虽然是过失的, 但在交通肇事后逃逸行为却是故意的。尽管前后在主观方面发生变化, 有所不同, 但刑法并非因此对故意逃逸的行为单独定罪, 而是将‘交通肇事后逃逸’以及‘因逃逸致人死亡的行为’规定为交通肇事罪的加重处罚情节, 一罪论处。第二, 指使者虽未帮助或教唆实施肇事行为, 但在明知肇事已发生的情况下, 仍指使、教唆肇事人实施逃逸行为。最终, 肇事行为与共同逃逸行为造成了被害人死亡的后果, 指使者和肇事者对肇事后逃逸具有共同的故意, 故指使者应与肇事者共同对这一后果承担刑事责任, 并且只能以交通肇事罪的共犯论处。”[12]

也有学者对这种解释持肯定态度。如储槐植教授指出: “(司解释第 5 条) 第一款已表明, 肇事人对因逃逸致使被害人死亡这一结果的心态已经不是过失, 而是故意(一般为间接故意)。肇事人将他人撞伤, 这一行为导致产生救助被害人的法律责任, 因逃跑而不履行此义务便构成了刑法上的不作为; 逃跑时由于逃避法律追究心切而置被害人的死活于不顾, 被害人因得不到救助而死亡, 肇事人对死亡结果持放任心态是毫无疑义的。第二款, 有关人员出于不同动机指使肇事人逃逸时, 对被害人的死亡结果实际上也是持放任态度。这就是说, 有关人员与肇事人在主观上有共同的故意(共同故意包括共同间接故意)。在客观上, 肇事人逃跑行为是在有关人员‘指使’下产生的(‘指使’至少对肇事人逃跑起到一定推动作用), 因而两者之间存在因果关系, 所以有共同的行为(有关人员指使肇事人逃跑和肇事人逃跑行为对死亡结果而言均为不作为的犯罪形式, 共同行为包括共同不作为)。有共同故意和共同行为当然可以构成共同犯罪。”[13]

上述观点显然是在维护共同犯罪只限于故意共同犯罪的刑法规定与理论通说。但这里有如下问题值得进一步研究：其一，如果说刑法第133条规定的第三种情形属于结果加重犯，而“因逃逸致人死亡”属于间接故意犯罪，则意味着过失的交通肇事罪包含了故意的结果加重犯，换言之，存在着“基本的过失犯+故意的加重犯”的情形，这是难以被人理解和接受的。其二，如果说刑法第133条规定的第三种情形是数罪或者是特殊的结合犯（一般交通肇事罪+故意杀人罪），则与刑法条文仅将“因逃逸致人死亡”作为法定刑升格的规定不相符合。其三，如果说“因逃逸致人死亡”属于不作为的故意杀人罪，则导致罪刑不均衡：一般情形的故意不作为致人死亡，被认定为故意杀人罪，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；而在交通肇事后故意不作为致人死亡的，反而仅处7年以上有期徒刑。其四，指使司机逃逸并不意味着指使者对被害人的死亡持间接故意，换言之，指使者完全可能对被害人的死亡只有过失的心理态度。其五，能否将逃逸本身认定为间接故意致人死亡的行为，也还需要研究。在行为人没有采取积极措施防止结果发生时，并不能简单地认定所发生的结果就是行为人的“不作为”所致，而应当考虑造成法益基于何种原因（前行为）处于危险状态、危险的程度，法益对行为人的依赖程度，行为人履行义务的可能性大小，行为人的“不作为”是否造成结果的原因，是将结果归责于前行为合适还是归责于“不作为”合适，等等。其六，“因逃逸致人死亡”属于交通肇事罪的一种加重情节，但其前提是行为人因为违反交通规则而发生了交通事故，导致被害人伤害（基本犯）。将指使司机逃逸因而导致被害人死亡认定为交通肇事罪的共犯，则缺乏基本犯这一前提条件。所以，要做到既否认过失的共同犯罪，又赞成上述司法解释，是比较困难的。

3. 在审判实践中也存在悄悄地按共同犯罪的原则处理共同过失犯罪的情况。例如，雷某与孔某两人相约在一阳台上，选中离阳台8.5米左右处一个树干上的废瓷瓶为目标比赛枪法（共用一支JW-20型半自动步枪）。两

人轮流各射击子弹3发，均未打中，但其中一发子弹穿过树林，飞向离阳台100余米附近，将行人龙某打死。虽然不能查明击中被害人的子弹由谁所发，但重庆市九龙区人民法院以及重庆市中级人民法院，均认定两被告人构成过失犯罪，分别判处4年有期徒刑，却又没有适用刑法总则关于共同犯罪的规定。[14]（P256）类似这样的案件与判决，并不少见。

但是，既然否认过失的共同正犯，就不能适用部分实行全部责任的原则。上述判决没有承认雷某与孔某成立过失的共同正犯，却又适用了部分实行全部责任的原则。在此意义上说，该判决存在缺陷。另一方面，我们也可以认为，该判决实际上承认了过失的共同正犯，因而适用了部分实行全部责任的原则。但由于刑法明文否认过失的共同犯罪，所以，该判决没有适用刑法总则关于共同犯罪的规定。

四、立法论

面对上述理论与司法的现状，近年来，刑法理论界有人从立法上讨论过失共同犯罪的问题。如冯军博士认为，将过失共同犯罪作为共同犯罪处理不仅是完全必要的，而且是明智之举。并且指出，过失共同犯罪是二人以上的行为人为防止危害结果发生的共同注意义务，由于全体行为人共同的不注意，以致危害结果发生的一种共同犯罪形态。[10]（P165）他将过失共同犯罪限定于过失共同正犯，即只有在直接参与实施造成危害结果的过失行为的行为人之间才能成立过失共同犯罪，过失的教唆行为或过失的帮助行为不应被纳入过失共同犯罪的内容之中。这是因为在教唆行为、帮助行为与危害结果的发生之间本来就只有间接性，如果这种带有间接性的教唆行为、帮助行为是源于行为人的过失，那么，就不具有可罚性。[10]同时还认为，过失共同犯罪与共同过失犯罪是两个不同的概念，后者是指二人以上的过失行为共同造成了一个危害结果，但是在各行为人之间不存在共同注意义务和违反共同注意义务的共同情形。[10]

显然，冯军博士是以大塚仁教授的限定肯

定说为根据来区分过失共同犯罪与共同过失犯罪的。由于现行刑法明文规定“共同过失犯罪”的不按共同犯罪处理，冯军博士特意区分“共同过失犯罪”与“过失共同犯罪”二个概念。但是，在汉语中，“共同过失犯罪”与“过失共同犯罪”二个概念，实际上没有区别，就像人们常说的故意共同犯罪与共同故意犯罪一样。所以，冯军博士主张过失的共同正犯的观点，并不是对现行刑法的解释，只是一种立法建议。其二，冯军博士提出的共同过失犯罪的成立条件，也有待进一步研究。冯军博士认为，只有当各行为人在法律上处于平等地位时，才产生相互注意的协作义务，才可能成立过失的共同正犯。但各行为人在何种情况下处于法律上的平等地位，是一个相当不明确的问题。

五、结 论

中国现行刑法的规定，明确否认了过失的共同犯罪，不仅否认过失的教唆犯与帮助犯，而且否认过失的共同正犯。因此，试图从解释论上肯定过失的共同犯罪，几乎不可能。但是，否认过失的共同犯罪的结局，一方面会导致一些应当为犯罪处理的行为（如共同实施过失行为，但不能证明死亡结果由谁的行为造成的）不能当作犯罪处理；另一方面也会导致法官在没有认定为过失的共同正犯的情况下，悄悄地适用“部分实行全部责任”的原则。

从立法论上主张过失的共同正犯的观点具有合理性。首先，认定是否成立共同正犯的重要结论，在于是否适用部分实行全部责任的原则。故意与过失都是责任的要素或形式（种类），故意犯与过失犯都有各自的实行行为，从现实上看二人以上既可能共同实施故意犯罪，也可能共同实施过失犯罪，既然对故意犯的共同实行行为能够适用该原则，就没有理由否认对过失犯的共同实行行为适用该原则。其次，之所以对共同正犯适用该原则，从实质根据上而言，是因为二人以上的行为共同起引起

了法益侵害，即二人以上的行为均与法益侵害结果之间具有因果性。在判断二人以上的行为是否“共同”引起了法益侵害时应当根据客观的因果法则进行判断，而不是取决于二人以上具有意思的联络。当然，成立共同犯罪还需要“意思的联络”，这是因为，只有意思的联络才能使二人以上的行为起到相互促进的作用。但是，笔者认为，意思的联络不应限定为犯罪故意的联络，只要就共同实施构成要件的行为具有一般意思的意思联络即可。因为一般意思的意思联络（如前述约定射击比赛致人死亡的案例）也完全能够起到相互促进、强化对方不履行注意义务的作用，从而使任何一方的行为与他方行为造成的结果具有因果性，因而任何一方对他方造成的事实、结果，只要具有预见可能性，就必须承担刑事责任。

如果能够在理论上肯定过失的共同正犯，那么，随之便可以肯定结果加重犯的共同正犯。既然二人以上共同实施了基本行为，并且由基本行为导致了加重结果，即二人以上的共同行为造成了加重结果，而且二人以上均对加重结果具有预见可能性，故二人以上都应对加重结果承担责任；即使加重结果在表面上由其中一人的行为所致，但该行为依然是共同基本行为的一部分，从整体上仍然能够肯定是二人以上的共同行为造成，故应适用部分实行全部责任的原则。至于过失的教唆与过失的帮助，以及教唆、帮助过失犯罪则不应成立共犯。从语义上看，教唆、帮助都是一种有意识的行为，教唆是使他人产生实施特定犯罪的决意的行为，帮助是有意识地促成他人犯罪的行为，正因为如此，我们才能肯定：“教唆犯、帮助犯通过正犯的行为引起法益侵害，进而受刑罚处罚”；刑法分则规定的过失犯仅限于实行行为，将过失教唆、帮助作为共犯处罚，会与刑法总则第15条例外处罚过失犯的规定相抵触。至于故意唆使、促成他人实施过失犯罪的，则宜作为间接正犯处罚。

总之，没有必要继续维持“客观主义 犯罪共同说 否认过失的共同犯罪”、“主观主义

关于大塚仁教授的限定肯定说，参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，有斐阁1992年改订增补版，第253页以下。

行为共同说“承认过失的共同犯罪”的定式；在行为人共同引起了法益侵害，并且均对法益侵害具有故意或者过失的情况下，各行为人为人理当对共同引起的法益侵害承担刑事责任；在此基础上还要求人行为之间具有犯罪故意的联络，进而否认过失的共同正犯，或许是过于重视行为人危险性格的主观主义立场的表现。不过，由于共同犯罪仅限于故意犯罪的观念在中国根深蒂固，故上述立法论要被人们接受进而被立法采纳，或许还需要耐心等待。

参考文献：

- [1] 郗朝俊. 刑法原则 [M]. 北京：商务印书馆，1928.
- [2] 陈文彬. 中国新刑法总论 [M]. 北京：商务印书馆，1936.
- [3] 蔡墩铭. 刑法总则争议问题研究 [M]. 台北：台湾五南图书出版公司，1988.
- [4] 林山田. 刑法通论（下册）[M]. 台北：台湾元照出版公司，1998.
- [5] 李海东. 日本刑事法学者（上）[M]. 北京：法律出版社、日本成文堂，1995.
- [6] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉：武汉大学出版社，1999.
- [7] 姜伟. 犯罪故意与犯罪过失 [M]. 北京：群众出版社，1992.
- [8] 李光灿，马克昌，罗平. 论共同犯罪 [M]. 北京：中国政法大学出版社，1987.
- [9] 陈兴良. 共同犯罪论 [M]. 北京：中国社会科学出版社，1992.
- [10] 冯军. 论过失共同犯罪 [A]. 西原先生古希祝贺论文集 [C]. 北京：中国法律出版社、日本成文堂，1997. 162 - 172.
- [11] 侯国云，苗杰. 共同过失犯罪 [A]. 刑法问题与争鸣 [C]. 北京：中国方正出版社，1999. 308 - 315.
- [12] 孙军工. 关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释的理解与适用 [A]. 刑事审判参考 [C]. 北京：法律出版社，2001. 76 - 79.
- [13] 储槐植. 读“因逃逸致人死亡”司法解释 [N]. 人民法院报，2001 - 01 - 23(3).
- [14] 最高人民法院中国应用法学研究所编. 人民法院案例选 刑事卷（1992 - 1996 合订本）[M]. 北京：人民法院出版社，1997.

责任编辑：徐 岱

Unpremeditated Joint Crime and Joint Crime

ZHANG Ming-kai

(Law School, Tsinghua University, Beijing, 100084, China)

Abstract : In terms of the relation between unpremeditated crime and joint crime , in old China , Criminal Law and the theory of criminal law assumed the following patterns , those are , new school —subjectivism—joint action theory—acknowledging unpremeditated joint crime ; old school —objectivism—joint crime theory —un-acknowledging the unpremeditated joint crime ; the new Chinese Criminal Law and theory of criminal law deny the joint unpremeditated crime , but leave some theoretical unsolved problems ; judicial practices have automatically acknowledged the unpremeditated joint crimes , but under the existed criminal law , it is hard to acknowledge the unpremeditated joint crime on the basis of interpretation theory ; on the basis of legislation theory , it is reasonable to acknowledge the joint unpremeditated crime : when the violating action caused by several people and the action occurred joint unpremeditatedly , the actors should jointly bear the criminal obligation.

Key words : joint crime ; unpremeditated joint crime ; non-criminal unpremeditated joint crime