

以交通肇事罪为视角解读共犯理论

谢海燕

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:在交通肇事逃逸致人死亡的情形中,指使人和肇事者的主观罪过既存在有故意也存在有过失。在四种情形中两者都可能构成共犯。根据最高人民法院的解释指使人以交通肇事罪的共犯论处,且在刑法理论上一般认为交通肇事罪的主观罪过是过失。而传统的共犯理论认为共犯是故意犯罪。由此,理论界和最高人民法院的解释之间无疑产生分歧。运用“行为理论”或许能更好地解读共犯的主观罪过。

关键词:交通肇事;主观罪过;共同犯罪;行为理论

中图分类号:DF611

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)03-0112-05

最高人民法院《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》(以下简称《解释》)第5条第2款规定:“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。”通过对此种情况下肇事人与指使人的主观罪过分析,可推断出现四种情形下的共犯:(1)指使人是间接故意,肇事人是过失;(2)指使人是间接故意,肇事人也是间接故意;(3)指使人是过失,肇事人也是过失;(4)指使人是过失,肇事人是间接故意。根据1997年刑法第25条的规定以及刑法理论界的多数观点得知,共同过失犯罪不是共同犯罪。由此,上述四种情形中只有第二种构成共犯并追究其刑事责任。那么如何解释在其他三种情况下行为人的刑事责任根据问题呢?

一、指使人与肇事人的主观罪过分析

根据《解释》第5条第1款规定,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。即不包括肇事后二次肇事致人死亡的情况。指使交通肇事者逃逸,是指交通肇事发生后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人(以下简称指使人)指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的情形。

关于肇事人对其逃逸后致被害人死亡的结果,持什么样的主观心理态度,理论界有不同的意见,通说认为只能是过失^{[1]656};第二种意见认为因逃逸致人死亡,既包括过失致人死亡也包括间接故意致人死亡^{[2]19};第三种意见认为只能是故意,不能是过失^{[3]350}。

笔者就指使人与肇事人对被害人的死亡结果所持的主观罪过论析如下。

首先,根据法条之间体系的科学性以及罪刑相适应原则,可以推断出交通肇事罪不排除有间接故意的罪过存在。判断一个犯罪行为所应受的刑罚轻重主要

依据是社会危害性。而社会危害性是客观危害、主观罪过以及人身危险性的辩证统一。对于过失犯,法律有规定的才负刑事责任。而且过失犯是结果犯。所以一般来说,过失犯的处罚较故意犯轻。因为在过失犯罪的情况下,行为人的主观恶性相对较小,在其他两个变量(客观危害和主观罪过)不变的情况下,主观恶性小社会危害性就小,从刑罚特殊预防目的上讲,对过失行为人无需规定过重的刑罚。1997年《刑法》分则第131条到139条都是事故罪,在这9条罪中,刑罚幅度最高刑为7年的有7条,即便是工程重大安全事故罪,后果特别严重的,也只处10年以下。唯独在交通肇事罪中,情节特别恶劣的没规定上线,只能结合刑法总则第45条中对有期徒刑的最高刑15年的规定来判定;交通肇事罪最高刑可至15年。由此可知,交通肇事罪就不仅仅是过失,也不排除间接故意的存在。

其次,根据最高人民法院司法解释,也承认存在间接故意。从最高人民法院《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》可以推断出逃逸人对被害人的死亡可能持故意的心理态度,而不仅限于过失。该解释的第5条第2款规定:“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。”中国刑法第25条第1款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这一定义明确地指出了共同犯罪的罪过形式仅限于共同故意。二人以上共同过失犯罪或者一方为故意、另一方为过失犯罪的情形均不能构成共同犯罪。既然司法解释指出交通肇事后有关人员指使肇事者逃逸而致使被害人因得不到救助而死亡的,对指使者按交通肇事罪的共犯论处,由此推断,逃逸人与教唆人之间至少存在共同故意的情形。

再次,在司法实践中,也的确存在着既有间接故意又有过失的案例。

案例一:甲违章超速行驶,将行人乙撞倒,随即下车查看,发现乙流血不多,过于自信地认为不致发生严重后果,后乙因伤势过重死亡。

案例二:甲超速行驶,将正在偏僻公路上行走的路人乙撞倒,货车车主担心连累自己,指使甲逃离现场,甲因害怕承担责任,遂仓皇逃离,后乙因没得到及时救助而死亡。

案例三:甲酒后驾车,将乙撞成重伤,但因天色昏暗,乙以为撞倒的是垃圾桶,单位领导因为要急着赶去开会,指使甲继续行驶。后乙因失血过多而死亡。

案例一中,对于乙的死亡结果,甲持过于自信的过失。案例二中,甲和丙对乙的死亡结果都持放任的心态,即属于间接故意。案例三中,甲对乙的死亡结果是过失,而丙既可能是间接故意也可能是过失。

当然,在判断肇事者主观罪过内容的时候只能

结合案发时的各种具体情况,包括案发时间、地点、天气情况、当事人的身体素质等影响肇事者判断和受害人获救可能性等因素来综合分析肇事者的主观心理状态。肇事者主观判断伤者并没有受到可以导致死亡的撞击,他就可能以过于相信自己的判断的心理状态逃逸。反之,明知道被害人因得不到救治有可能死亡放任不管就是故意。

由以上分析可知,肇事人与指使人的主观罪过内容既存在故意也存在过失的情况。如果两人的行为共同导致被害人因得不到救治而死亡的结果,那么构成共犯时行为人的主观罪过就可能出现以下四种情形:(1)指使人是故意,肇事人是过失;(2)指使人是故意,肇事人也是故意;(3)指使人是过失,肇事人也是过失;(4)指使人是过失,肇事人是故意。

对指使人与肇事人的主观罪过分析一方面是为了明确交通肇事罪存在故意的情况,另一方面也是为了下面的共同过失犯罪如何处罚做铺垫。因为现有的共犯理论无法解释高法的这个解释。

二、现有共犯理论无法完全解释最高人民法院的解释

上述四种情况就只有一种情况即指使人与肇事人对被害人的死亡结果都持放任心态的罪过时可按共犯处理,即有法可依。但其他三种情况在现实中的确存在,既然不作为共同犯罪处理那么应该如何处理呢?如何在法条以及司法解释中合理解读其含义?

(一)共同犯罪理论不能解决共同过失犯罪的问题

针对现实中的四种情形,现有的共同理论无疑只能解释第二种,即指使人是故意,肇事人也是故意的情况。

二人以上共同过失犯罪,能否成立共同犯罪,刑法理论界也有不同的见解。肯定说认为某种犯罪的成立,只要有数人的共同行为,主观上即使处于过失,也可以成立共同犯罪;但在肯定说内部,关于过失共同犯罪成立的范围,仍有三种不同的意见:一是认为不能共同正犯(实行犯)、教唆犯或从犯(帮助犯),都可能以过失而成立。如日本刑法学者木村龟二既“承认过失犯的共同正犯”,同时又认为“由于(日本)刑法第61条及第62条没有明文要求教唆及帮助须故意实施,也就没有理由否定出于过失的共犯。”^{[4]406,412}二是认为不可能构成过失教唆犯,可能构成过失共同正犯和过失从犯。如中国台湾刑法学者翁国梁说:“有谓过失犯亦可称为教唆犯者,非的论也。”^{[5]158}“唯就事实与理论而言,故意与过失均为犯罪形态之一种,犯罪之出于共同过失,非不可能”。“事实上过失犯有时亦可构成从犯之形态”^{[6]156}。三是认为过失犯只可能构成共同正犯,不存在过失教唆犯和过失从犯。否定说认为,共同犯罪以二人以上具有共同犯罪故意为要件,而过失罪不具有共同

犯罪成立的条件,因而不能成立共同犯罪,如苏联刑法学者H·A·别利耶夫等认为“过失犯罪时不可能有共同犯罪”^{[7]221}。日本刑法学者西原春夫认为:“由于在过失犯的场所,不应当援用共犯规定而适用一部行为全部责任的法理,并且没有那样的必要,因而我认为应当否认出于过失的共犯或者对过失犯的共犯。”^{[8]336}《意大利刑法典》第113条承认“过失犯罪的共犯”,但规定:“数人协力为过失犯罪时,各科一规定之刑。”实际上也是否定过失犯的共同犯罪。在中国大陆,通说认为过失不构成共同犯罪,理由主要在两个方面:一是过失犯罪没有意思联络,不能使各行为人的行为形成一个互相支持、互相配合的统一体,因而不可能是共同犯罪;二是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。又根据《刑法》第25条规定:“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。”所以无论是法条还是理论通说都认为过失不构成共同犯罪。

(二)共同犯罪理论不能解决教唆犯的刑事责任根据问题

共同犯罪的原意是“很多个人犯一个犯罪”,即犯罪中人的竞合。启蒙以前,很少探讨这个问题。启蒙以后,随着“罪责自负”,作为一个原则和“犯罪是行为,无行为即无犯罪”这个思想的产生,共同犯罪就产生了一个问题:既然共同犯罪是数人共犯一罪的关系,那么,数人对一罪承担刑事责任是否违反刑法中的罪责自负原则?另外,既然处罚的是行为,那么,帮助犯和教唆犯处罚的根据是什么?因为没有行为,只有思想是不能处罚的,教唆犯教唆多少句话都不能直接导致被害人死亡结果的发生。同样,帮助犯,如望风,单就是望风望多久都不会产生其希望的结果。因此,为了解决教唆犯与帮助犯的责任问题,共同犯罪理论应运而生。关于共同犯罪的理论,在刑法理论界存在共犯的从属性和独立性之争。

共犯从属性说认为,共犯对于正犯具有从属性。共犯的成立及可罚性,以存在一定的实行行为为必要前提。因此,只有在正犯已构成犯罪并具有可罚性的情况下,共犯从属于正犯而成立并具有可罚性。共犯从属性说认为教唆犯和帮助犯要承担刑事责任的原因是他们从属于实行犯。共犯从属性说最完整地表述是犯罪共同说,犯罪共同说之所谓犯罪,是规范意义上的犯罪。即行为人主观罪过的内容和实行犯的要完全一致,即教唆犯和帮助犯完全从属于实行犯。如果实行犯没有去做,那么,教唆犯和帮助犯就不承担责任,而不是按照我们刑法规定要按照未遂犯来处理。另外两种共犯从属性说的理论包含部分犯罪共同说和行为共同说。行为共同说之所谓行为,是事实意义上的行为,一种“裸”的行为。行为共同说从行为的共同性出发,以具有数人的共同行为

作为共同犯罪成立的基础。至于数人行为是否构成犯罪以及是否构成同一犯罪,在所不问。由于共同犯罪之共同性,是法律规定的构成要件只共同而非事实上行为之共同,所以,从这个意义上讲,犯罪共同说具有其合理性。但共同犯罪从属性说有很多问题。

其一,按照从属性说,既然教唆犯和帮助犯是从属于正犯,故处罚必然要轻,你不能说从属的处罚还要高于主犯的处罚。但是,当实行犯是被胁迫时,就难以说从犯轻于主犯。在交通肇事罪共同犯罪中,指使人与肇事人之间谁的处罚较重,谁的处罚较轻,似乎不能一概而论,要具体情况具体分析。

其二,共同从属性说不能解决为何认定为一个罪,却各个共犯不能分担责任,而要每个人单独承担责任。从逻辑上讲,教唆犯等都从属于实行犯构成一个罪,那么就应该有教唆犯和实行犯来分担一个罪的责任。为什么不能分担责任?在交通肇事罪共同犯罪中,指使人与肇事人构成相同的犯罪,但是两者分别按照刑法规定处罚,而不是共同分担一个刑罚。如果共同犯罪是一个犯罪的话,那么共犯为什么分别承担刑罚,而不是分担一个刑罚。共犯从属性说无法提供有说服力的解释。

其三,既然只有一个罪,为何可能出现两种不同的犯罪形态?比如,在交通肇事罪共同犯罪中,指使人开始时指使肇事人交通肇事后逃逸,但是在逃逸过程中指使人改变主意要求肇事人回头抢救受害人,但是肇事人不同意。这时,指使人强制肇事人停车抢救受害人的,指使人可以认定为犯罪中止,肇事人可以认定为犯罪未遂。同一个犯罪,同时出现犯罪中止和犯罪未遂两种犯罪形态,共犯从属性说无法解释。

共犯独立性说认为,犯罪乃行为人主观恶性的表现,共犯的教唆行为或帮助行为,系行为人表现其固有的反社会的危险性,并对结果具有原因力,即独立实现自己的犯罪,并非从属于正犯的犯罪,应依据本人的行为而受处罚。因此,在两人以上参与共同犯罪的场合,不应认为存在从属于他人犯罪的情形。教唆与帮助行为本身应认为独立构成犯罪,均可独立予以处罚。

共犯独立性说讲共犯的可罚性建立在本人行为的基础之上,尤其是对教唆犯的主观恶性予以充分关注,在一定程度上克服了从属性说的缺陷。但共犯独立性说是建立在主观主义基础之上的,它断然否定共犯对正犯的从属性,因而无助于正确地揭示正犯与共犯的关系^{[9]530-531}。根据共犯独立性的观点,对于共犯,只需根据刑法总则和分则犯罪构成的规定就应该独立承担责任,不能区别共同犯罪与一般犯罪。或者说如果完全地贯彻独立性说从某种程度上也就取消了共同犯罪。再者,教唆犯和帮助犯是如何符合实行犯的犯罪构成的?如教唆帮助

他人杀人的?根据杀人罪犯罪构成的客观方面要有致人死亡的性质,但教唆和帮助的行为性质不可能致人死亡,怎么认定其为犯罪呢?如果按主观罪过的内容定罪,不就成了思想犯罪了吗?这是共犯从属性说对共犯独立性说的最主要批判。

三、用“行为理论”来解读共犯的主观罪过

共犯从属性说有着如此多的无法自圆其说的缺陷。共犯独立性说虽有可取之处:犯罪认定时以主观罪过为核心,即有几个主观罪过,就有几个罪,就承担几个罪责。但是,共犯独立性说无法解决的问题是:犯罪处罚的要素是行为,所谓主观罪过是行为中的主观罪过,而帮助犯、教唆犯等外在的行为不是典型的犯罪行为,为何要承担其责任?

所以,共犯独立性说与共犯从属性说都有不可克服的缺陷。那么要解决上述提出的问题,笔者认为,有必要引入陈忠林教授的行为理论。

(一)“行为理论”的内容

所谓行为,即指行为人控制或应当控制一定的客观条件作用于一定的人和物的存在状态的过程。刑法领域里的行为,是指行为人控制或应当控制一定的客观条件作用于刑法所保护的人或物的存在状态的过程^①。根据现代汉语词典的解释,行为是指由思想支配而表现出来的活动^{[10]1524}。所以,行为的首要要素应该是有其表现形式;其次,其表现出来的活动一定是受思想支配的;第三,要有表现形式就一定要借助一定的客观条件;第四,活动是一个过程,这个过程一定会引起事物存在状态的变化。没有不引起任何变化的活动,没有不利用一定客观条件就能直接作用于对象的行为,没有完全不受思想控制的行为。任何行为都有其表现形式,都要引起外部的变化,而外部的变化又总是要靠人和物的存在状态的变化才能变化。离开以上四个要素,就不可能叫行为。

如果行为的客观方面是行为人控制或者应该控制的条件的話,那么共同犯罪的问题也就迎刃而解了。显然,共同犯罪中每一个共同犯罪人都以其他共同犯罪人的行为作为自己的“条件”,或延续、或工具。每一个共犯都是相互利用其他共犯人的行为作为自己的一种行为形式,或犯罪形态。从这个角度看,其他每一个共犯人的行为都是行为人的行为,是他的行为的组成部分,是他利用的条件或工具。所以说,有几个共同犯罪人,就有几个共同犯罪行为。每个共同犯罪人都在利用其他共同犯罪人的行为,把其他共同犯罪人的行为作为自己行为的组成部分,每一个共同犯罪人又都有自己的特有犯罪“行为”,这种行为都可以单独属于每一个人的行为,同时行为人又有主观罪过,当然应该单独承担责任。实际上,这种观点在间接正犯中已经体现出来,为了

实施构成要件该当行为,以利用他人作为“犯罪工具”的方式来实现犯罪构成要件^{[11]801}。无刑事责任能力人的行为就是教唆犯利用的工具,就是教唆犯的行为。比如,医生想杀死某病人,于是就将毒药针拿给不知情的护士,由护士去实行医生的犯罪意图。这时无罪过的护士是医生犯罪的利用工具。医生就是间接正犯。间接正犯是客观主义的共犯理论为弥补其共犯从属性说之不足所推衍出来的一个范畴。指利用不为罪或不发生共犯关系的第三人实行犯罪。但间接正犯的理论与此行为理论有相异的地方。主要体现在:首先,间接正犯的法角色并不是无限制地被使用,在被作为工具的行为人本身负完全自认的正犯情况下,间接正犯的可能性就消失了。其次,间接正犯不存在过失的情况。再次,犯罪工具必须处于从属地位。但次行为理论没有上述三个方面的限制。

(二)根据行为人主观罪过的内容来定罪,按行为人在犯罪中所起作用的大小来量刑

交通事故发生后,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,对于指使人与肇事人如何定罪?笔者认为,应该依照各行为人的主观罪过内容,具体情况具体分析。

(1)如甲违章超速驾驶,将行人乙当场撞死,指使人和甲都以为是重伤,为了逃避法律责任(包括刑事责任和民事责任)指使人指使甲置之不理而逃离现场。那么甲构成交通肇事罪(既遂)。对于指使者,严格说,属于对象不能犯的未遂。因为他有间接故意的罪过,但是结合该《解释》第1款的规定,被害人是因得不到救治而死亡的,并不包括已死亡的情形,所以指使人的行为可以不予定罪。

(2)如果甲驾车,将乙撞成重伤,甲与指使人下车后都发现乙流血不多,以为轻伤,过于自信地认为不致发生严重后果,指使人遂指使甲驾车逃离现场,后乙因内伤严重而死亡。那么甲构成交通肇事罪。指使人也构成交通肇事罪。对乙的死亡结果都有过于自信的过失存在。按他们在导致死亡结果发生的作用大小量刑。

(3)如果甲驾车,将乙撞成重伤,甲与指使人都下车后发现乙流血多或者地处偏远,指使人指使肇事人不予救治而逃逸,放任死亡结果的发生。之后乙因流血过多而死亡。那么甲与指使人都构成交通肇事罪(故意)。

(4)如果甲将乙撞倒,根据甲的判断乙很可能会因得不到救治而死亡,但指使人凭自己的经验(这里的经验一定是经过证明的有事实根据的)判断应该不会死亡,比如伤不在致命之处,又处于闹市区,便

^①本文有关行为理论参照陈忠林教授上课的内容,谨致谢忱,当然,文责自负。

指使甲逃逸,结果乙因得不到即时救治而死亡。那么甲构成交通肇事罪(间接故意),指使人构成交通肇事罪(过于自信的过失)。反之,甲是过于自信的过失,指使人是间接故意。总之,都不影响定罪,都按各行为人在导致死亡结果发生时所起作用的大小来量刑。

归纳起来,运用“行为理论”有两条原则:第一,根据主观罪过的内容定罪。有几个人就有几个罪。每个人都把共同行为人的行为作为自己行为的一部分,他人的行为就是自己利用的客观条件之一。这个行为理论不但可以解决在交通肇事后逃逸致人死亡指使人与肇事人有一方的主观罪过内容是过失时如何处理的问题,即避免有罪不罚有罪难罚的情况,也可以很好地解释上文对共犯从属性说以及共犯独立性说难以解决的实际问题。比如,如果实行犯的行为人不具有刑事责任能力的人,如何解决教唆犯和帮助犯的刑事责任问题?实际上,间接正犯是把不具有刑事责任的人作为自己行为的一部分,是自己利用的客观条件的一部分。所以实行人的行为在自己的罪过范围内应承担刑事责任。第二,根据导致结果发生的原因力的大小量刑。当实行犯是被胁迫时,一般说,教唆犯的责任不能轻于实行犯。按照这个行为理论解释,实行犯和教唆犯的量刑应该按照他们在共同犯罪中所起的作用而定。实行犯属被胁迫时,责任就有可能轻于教唆犯。而按共犯从属性说就难以解决,因为按共犯从属性原理,教唆犯从

属于实行犯,实行犯不构成犯罪,教唆犯就没有处罚的法理根据,实行犯被胁迫时责任仍然应重于教唆犯。

综上,“行为理论”既避免了共犯从属性说的混乱及其不能自圆其说的尴尬境地,又克服了共犯独立性说客观上没有行为无法找到责任根据且极易犯主观主义的弊病。在实践中,该理论不但能很好地解决过失共犯的问题,还能很好地解决非身份犯的处罚责任根据问题。

参考文献:

- [1]高铭暄,马克昌.刑法学[M].北京:中国法制出版社,1999.
- [2]李洁.析交通肇事罪的罪过形式[J].人民检察,1998(11):17:20.
- [3]侯国云,白岫云.新刑法疑难问题解析与适用[M].北京:中国检察出版社,1998.
- [4]木村龟二.刑法总论[M].东京:有斐阁,1984.
- [5]翁国梁.中国刑法总论[M].台北:正中书局,1970.
- [6]H·A·别利耶夫.苏维埃刑法总论[M].北京:群众出版社,1987.
- [7]西原春夫.刑法总论[M].东京:成文堂,1978.
- [8]陈兴良.本体刑法学[M].北京:商务印书馆,2001.
- [9]现代汉语词典[K].北京:商务印书馆,2006.
- [10]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:法制出版社,2001.

Explanation for the Accomplice in the Perspective of Traffic Accident Crimes

XIE Haiyan

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: There are both intention and negligence in terms of mens rea of his instigators and a perpetrator who causing a traffic accident and his escape results in the victim's death. They may constitute an accomplice under four conditions. According to interpretations of the Supreme Court, the instigators shall be joint offenders. However, generally, the mens rea of the perpetrator is negligence in traffic accident crime. What's more, the traditional theory about the accomplice maintains that the mens rea of the offender is usually intention. Therefore, there is undoubtedly a difference between the theory and interpretation of Supreme Court. The use of behavior theory may help preferably understand mens rea of joint crime.

Key words: traffic accident; mens rea; joint crime; act theory

(责任编辑 胡志平)