

真正身份犯之共犯问题展开

——实行行为决定论的贯彻

林 维

摘 要 认定真正身份犯的共犯应贯彻实行行为决定论。无身份者教唆、帮助有身份者实施真正身份犯的，应按照实行行为认定构成教唆或帮助犯。在无身份者和身份者共同“实行”真正身份行为时，无论是义务犯还是能力犯，无身份者形式上符合构成要件的行为因不具备义务违反性而不能被评价为实行行为，原本不成立单独实行犯，无身份者也就不能成立共同正犯。定罪时亦应以身份犯的实行行为确定整体案件性质，而不应采取其他标准。在身份者教唆无身份者代替或帮助其“实行”的场合，由于身份者不可能完全放弃实行，因此身份者仍然成立直接正犯，无身份者则成立帮助犯。此外，A 身份者教唆、帮助无身份者实施一般犯罪，而刑法就同一行为规定了 A 身份犯的场合，同样应考察义务身份的利用与否来确定行为的性质。

关键词 真正身份犯 共犯 实行行为

作者林维，法学博士，中国青年政治学院法律系教授。

所谓真正身份犯，在本文中即指通常所认为的特定身份属于某一犯罪构成要件内容的犯罪类型，在真正身份犯的共犯情形中，成为问题的主要是身份者和无身份者共同参与某一真正身份犯之行为时，应当如何确定各自的刑事责任。本文主要围绕我国有关立法和司法解释及其相关争议，对此予以梳理，试图重新理解此种类型案件中实行行为的确定，并贯彻以实行行为决定案件性质的做法，希望对这一问题的解决有所裨益。

一、无身份者教唆、帮助有身份者实施真正身份犯的问题

1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中对有关贪污罪、受贿罪的共犯分别作了规定，但 1997 年修订的《中华人民共和国刑法》仅保留了有关贪污罪的共犯规定，删除了有关“伙同受贿，以共犯论处”的规定，由此引发了刑法第 382 条第 3 款的规定是属于注

* 本文系全国百篇优秀博士论文作者资助项目和教育部新世纪优秀人才支持计划的中期成果。

意规定还是拟制规定的争论。有的学者据此也提出了非国家工作人员不能构成受贿罪等共犯的观点。^① 还有学者指出,“在特殊的共同犯罪中,也应当要求每一个主体必须具备特殊的身份主体资格,在以特殊主体为基础的共同犯罪中,如果缺少特殊主体的资格也可以构成,那么这种特殊的资格条件已变得毫无作用”。^② 但一般而言,无论是我国的司法实务还是相关的刑事立法,乃至理论的通说,都认为无身份者可以构成真正身份犯的教唆犯和帮助犯。以刑法第29条规定为例,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。这里的“犯罪”当然应当包括真正身份犯在内。而围绕身份的刑法意义所进行的讨论,也均集中于实行犯范畴,并不要求教唆犯或者帮助犯具有特殊的身份。因此,在实务上,对这一问题的认同几无障碍。例如1984年4月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》即指出,妇女教唆或者帮助男子实施强奸犯罪的,是共同犯罪,应当按照她在强奸犯罪活动中的作用,分别定为教唆犯或从犯,依照刑法有关条款论处。又如刑法第382条第3款规定,与国家工作人员或者受国有单位委托管理、经营国有财产的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。所谓的“伙同贪污”当然应当包括教唆和帮助在内;第198条第4款则规定,保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处。

即使在身份犯的实行行为本身即为帮助或者唆使类型的身份犯中,无身份者也可以对其进行教唆或者帮助。不过,以刑法第417条所规定之帮助犯罪分子逃避处罚罪为例,存在疑问的是:有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员,向犯罪分子通风报信、提供便利,帮助犯罪分子逃避处罚,构成该罪自无疑问;但如果不具有查禁职责的其他人员为其帮助行为提供直接或者间接帮助,由于在形式上同为帮助行为,那么此时无身份者的行为是仍然应该被认定成立身份犯的帮助犯,还是一并升格为身份犯的共同实行犯?

在此类案件中存在直接帮助行为和间接帮助行为的区分。前者是指同身份者所实施行为一样,直接针对应被查禁的犯罪分子而有助于其逃避处罚的行为,后者是指针对实施帮助行为的身份者所实施的帮助行为,即对帮助行为提供帮助的行为,因此是必须通过身份者的帮助行为才能达到使应被查禁的犯罪分子逃避处罚的行为。在帮助犯罪分子逃避处罚罪中,身份要素构成了行为之所以违法并因此成立实行行为的前提,而无身份者的帮助行为在单独实施的场合,因缺乏义务犯中实行行为的义务性归责,因而无法认定成立构成要件意义上的实行行为。以往的观念可能认为,无身份者的帮助行为由于同此类构成要件中由帮助行为升格而成的实行行为具有形式上的一致性,并因此根据共同犯罪的相对从属性,因而可以作为身份者实行行为的一部分而具备实行性,最终可以直接按照身份者的共同实行犯论处。因此,在前例中,只要无身份者和身份者实施了形式上相同的构成要件行为,无论是否具有特定义务,无身份者和身份者都成立身份犯的共同实行犯。但无论是直接帮助行为还是间接帮助行为,在本质上并无差别,仍然属于无义务违反性的帮助行为,在单独犯中不能成立实行行为的,在共犯中也不能成立实行行为而构成共同实行犯,应认定构成身份犯的帮助犯更为恰当。

^① 参见王发强:《内外勾结的受贿罪共犯是否已被取消》,《人民司法》1998年第9期,第25页。有关这一争议的详细叙述,参见李成:《共同犯罪与身份关系研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第68-76页。

^② 杨兴培、何萍:《非特殊身份人员能否构成贪污罪的共犯》,《法学》2001年第12期,第38页。

对于无身份者教唆、帮助身份者实施身份犯情形下的定性，大体上有以下两种主张。其一，主犯决定说认为，应当根据主犯犯罪的基本特征来认定，如果主犯是有身份者，则按照身份犯来定罪；如果主犯是无身份者，则以无身份者所定之罪定罪。^③其二，实行犯决定说认为，具体犯罪是以实行犯为模式的，犯罪的性质总是由犯罪的实行行为所决定，因此应当以实行犯的基本特征为根据认定共同犯罪的性质，^④在无身份者教唆、帮助有身份者实行身份犯罪时，也应遵循这一原则，即使无身份者是主犯，有身份者是从犯，也不影响这一定罪原则。^⑤

笔者以为，在身份者已经实行真正身份犯的前提下，在不发生共犯过剩或者认识错误等影响责任判断的通常场合，由于构成要件是由身份者的行为所充足，无身份者教唆或帮助的亦都围绕该身份犯而展开，因此，原则上，无论教唆者是否在其中居于主犯地位，都应当按照身份者所实行的身份犯罪定罪处罚。^⑥主犯决定说只有在下述将要解决的无身份者和身份者共同实行的案件中才具有讨论的必要。更何况，主犯的地位应当是在共同犯罪性质确立之后再加以确定。且不说在无身份者和身份者都成立主犯因而存在多个主犯的场所，按照主犯决定说，罪名就无法顺利确定，而且由于主犯的判定完全基于具体个案而进行，因此可能出现同样的身份犯罪情形，由于具体情节导致主犯认定的不同，出现案件处理结论的差异，导致在定性上出现不必要的争议。即便是在无身份者（如教唆犯）成为主犯的场所，主要基于违反义务而导致的法益侵害也是由身份者的实行行为所造成，不应按照所谓的主犯来决定法益侵害的归属。实际上，现行立法和司法解释也正是主要基于这一点，要求按照被帮助（教唆）者的实行行为决定共同犯罪的整体性质。因此，主犯地位虽然影响到其所承担之责任，但并不影响共犯行为的整体定性。

在身份者尚未实行犯罪而成立预备犯或者预备阶段之中止犯的场所，有的学者认为，有身份者的预备行为或中止行为可能构成其他犯罪，而无身份者与身份者对该犯罪并无共同的犯罪故意，因此二者不应构成共同犯罪。^⑦的确，对于身份者超出共同故意以外的行为，无身份者当然不应承担责任，但是作为一般性原则，无身份者的责任仍应当按照共犯的脱离原则加以讨论，在共犯犯意的计划之内，应按照其预想的身份犯之实行行为决定案件性质，成立身份犯的预备犯或者中止犯。

不过，实行行为的相对性决定了在定罪中必须注意运用想象竞合犯的原理，^⑧因此，在身份者构成真正身份犯的前提下，无身份者同时构成真正身份犯的教唆犯或帮助犯，但是这并不意味着无身份者最终确定的罪名只能是身份犯。在无身份者实施的教唆尤其是帮助行为同时成立其他犯罪的实行行为，因而又触犯其他罪名的场合，应当按照处刑较重的犯罪认定，可能出现身份者和无身份者之间的罪名差异。

③ 参见叶高峰主编：《共同犯罪理论及其运用》，河南人民出版社1990年版，第280-281页。

④ 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社1999年版，第316页。

⑤ 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第584页。

⑥ 例如非国家工作人员、非身份犯教唆、逼迫国家工作人员贪污、挪用而成为主犯的场所，这时身份犯就成为从犯，但仍然应当根据现行法律构成相应的职务犯罪。参见张军、姜伟、朗胜、陈兴良：《刑法纵横谈》（总则部分），法律出版社2008年版，第288页。

⑦ 参见莫洪宪、李成：《无身份者与有身份者共同犯罪定性问题再探》，《人民检察》2005年第5期，第53页。

⑧ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第397页。

二、无身份者和身份者之间的“共同实行”问题

（一）无身份者和身份者能否成立真正身份犯的共同实行犯？

对此，否定说认为，无身份者不可能实施真正身份犯的实行行为，例如背叛国家罪只能由我国公民才能构成，外国人不可能实施我国刑法中的背叛国家罪，因此也不可能构成背叛国家罪的共同实行犯。^⑨ 有的学者进一步论证认为，具有特定身份的人与没有特定身份的人之所以不能构成法律要求犯罪主体具有特定身份之犯罪的共同实行犯，就在于没有特定身份的人不可能实施法律要求犯罪主体具有特定身份之犯罪的实行行为。因为身份是犯罪主体的构成要素之一，身份决定着犯罪主体的性质，身份对犯罪行为的性质具有决定意义。^⑩ 因此，有的学者明确指出，无身份者代替国家工作人员收受贿赂的行为，是帮助行为而非实行行为^⑪；或者认为，强奸罪中的暴力、胁迫，如果不与奸淫行为结合起来，就不能定性为强奸……无身份者不能实施身份犯的实行行为，所谓部分实行行为只具有帮助行为的性质。^⑫ 最近的学者更是从义务犯的角度认为，无身份者因为不负有特别义务，无论其外在地如何支配了行为事件的因果流程，都不可以成为义务犯（在这里对应的是身份犯）的核心人物，主张无身份者可以成为纯正身份犯（义务犯）的正犯是错误的想法，无身份者不仅不可以是义务犯的单独正犯，和有义务者成立义务犯的共同正犯也是不可能的。^⑬

肯定论则认为，共同正犯的处罚原理是部分行为全部责任原则，在真正身份犯场合，既然没有身份的人也能在事实上分担部分实行行为，那么可以要求其承担全部责任，没有理由将无身份者排除在真正身份犯的共同正犯以外。^⑭ 有的学者直接认为，非国家工作人员能够成立某些国家工作人员的犯罪，是由某些国家工作人员的犯罪行为的可替代性和可转让性决定的，代国家工作人员收受贿赂的非国家工作人员就是实施了国家工作人员转让的部分受贿行为。^⑮

与此同时，折中论者则主张，凡无身份者能够参与真正身份犯的部分实行行为的，可以与有身份者构成共同实行犯；凡无身份者根本不能参与真正身份犯的实行行为的，即不能与有身份者构成共同实行犯。^⑯

与上述肯定、否定论直接相关的相应立法，实际上也存在着含混之处，因而双方均加以援引作为支持论据。由于刑法规范中并无“实行犯”的概念，因此导致相关立法均笼统地使用“共犯”一词，而不细致区分实行犯与狭义共犯。例如1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第1条第2款规定，与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员相勾结，伙同贪污的，以共犯论处。现行刑法第382条第2款关于贪污罪共犯的规定、第198条第4款关于保险诈

⑨ 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社2007年版，第206页。

⑩ 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第356-357页。

⑪ 参见张健：《受贿罪中共同犯罪问题研究》，陈兴良主编：《刑事法判解》第4卷，法律出版社2001年版，第141页。

⑫ 参见徐立、周铭川：《身份犯共犯之定罪量刑问题新论》，《法学评论》2006年第5期，第22页。

⑬ 参见何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社2010年版，第211页。

⑭ 参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第302-303页。

⑮ 参见谢望原主编：《国家工作人员犯罪认定中疑点难点问题研究》，中国方正出版社2000年版，第47页。

⑯ 参见注⑤，第583页。

骗罪的共犯规定等均延续了这一模式。^⑩ 而在前述最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》中则指出，妇女帮助男子实施强奸犯罪的，是共同犯罪，应当认定为从犯。在实践中，所谓的帮助往往是指实施暴力等手段性的实行行为，因此，虽然可以从某种角度解释这一规定的隐含之意，即最高法院等同样认为妇女作为无身份者实施的手段性实行行为在本质上属于“帮助”。但另一方面，从犯又一般性地包括次要的实行犯，因此无法从上述解释中直接、清晰地推导出这些规定究竟是肯定或者否定了上述身份犯中共同实行的存在。也正是因此，肯定论者认为此处的共犯包括共同实行犯在内，而否定论者坚持此处的共犯仅指狭义共犯，不包括共同实行犯。^⑪

围绕上述争议，涉及到正犯性质的确定、亲手犯的范围、身份犯与义务犯的区分等缠绕不清的问题，在此只能简略述及。但首先必须指出的是，由于我国共犯人的分类主要基于作用分类法，因而区分主犯、从犯是涉及共犯的实务中最为重要、核心的问题，而共同实行犯的区分与否确实不是实务上特别关心的问题。依据现有的上述规定及其精神，能够援引既有规范对现实的案件加以处理。这也正是现有的立法和司法解释均无法恰当地提及“实行犯”因而引发争议的原因。大体上可以认为，相应的争议和讨论实际在很大程度上受到了大陆法尤其日本、台湾地区的相应规范及其争议的影响。不过，不能因此就认为这一问题在我国不具有重要意义。因为在共同犯罪中，作用的认定主要根据分工而展开，一旦认定无身份者只能成立帮助犯，在实务上就只能按照从犯处罚，就不存在成立主犯的讨论余地；而一旦认为无身份者可以成为共同实行犯，那么就意味着需要继续讨论主犯的成立可能。但无论是成立主犯还是从犯，总是需要对其在共同犯罪中的分工加以说明。这是两个不同方向的路径。笔者以为，对这一问题的解决应当遵循如下的逻辑。

1. 真正身份犯如何划分类型？

对于真正身份，学理上存在着多种划分。^⑫ 笔者主张，尤其在涉及亲手犯等问题的讨论时，重要的分类并非是自然身份和法定身份的区别，因为这一分类更多地关注了身份的来源差异，而没有考虑身份在刑法中的不同效果或意义。大体上，按照身份是实施法益侵害的能力条件还是身份的内容本身就是法益侵害的对象，可以将纯正身份犯区分为能力犯和义务犯。对于法定身份而言，由于其具有法律赋予性，因而都是义务犯，对社会关系的侵犯来源于其对自身身份所赋予的义务内容的违反，因而只能由具有这种身份的人亲自实施才能实现；但是对于自然身份而言，需要继续区分能力犯和义务犯。有的自然身份例如强奸罪属于能力犯，身份是真正身份犯据以实施的条件，而例如传播性病罪同样属于自然身份，却属于义务犯。在义务犯中，身份意味着承担了一定义务，实施该种犯罪则构成对此义务的违反；而在能力犯中，不存在身份所带来的义务，也就没有因此而产生的对义务的违反。^⑬ 正是由于能力犯可以由无身份者成立间接实行犯，因此在正犯是否必须由身份者

^⑩ 这样的由于立法模式引起的争议，与台湾地区刑法的有关规定类似。台湾地区刑法修正前第31条第1款规定：因身份或其他特定关系成立之罪，其共同实施或者教唆帮助者，虽无特定关系，仍以共犯论。由于该条规定未表明其中共犯是否包括正犯在内，因而学者呼吁须特设规定。2005年修正的规范为：因身份或其他特定关系成立之罪，其共同实行、教唆或帮助者，虽无特定关系，仍以正犯或共犯论。但这一规定同样引起了争议。类似的争议也发生在日本学者对于其刑法第65条第1项的规定，该项规定：对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为加功的人，虽不具有这种身份，也是共犯。

^⑪ 参见注⑥，张军等书，第287页。

^⑫ 有关讨论，参见杜国强：《身份犯研究》，武汉大学出版社2005年版，第58-74页。

^⑬ 参见林维：《间接正犯研究》，中国政法大学出版社1998年版，第143-144页。

构成的意义上,能力犯本质上并不是真正身份犯。^①

2. 如何理解真正身份犯中实行行为的性质?

身份之所以构成真正身份犯之实行行为的重要内容,并不仅仅在于身份的表面化存在,而在于身份背后的内容对于法益侵害的重要意义,在于身份所带来的不同的可罚性基础和归责理由。对于特定犯罪类型而言,义务违反说有其可取之处,纯正身份犯在义务违反说的意义上就是义务犯,^②基于身份而确立的义务违反构成了义务犯法益侵害的核心。换言之,无身份者与之形式相同的行为之所以不可能成立特定的真正身份犯,就在于无身份者的这一行为并未独立地侵害特定的法益。对于能力犯而言,则是因为特定身份才具有实施特定法益侵害的能力,舍此身份,无身份者不可能具有实施特定法益侵害的能力(例如女性以异物进入被害女性性器官,也无法构成对妇女性自主权的侵害,因其行为欠缺身份而无法成为性交行为),因此也必须在实行行为内容中包含身份这一要素的影响。无论对义务犯还是能力犯,都无法脱离主体的身份,来讨论实行行为的实质构造。

因此,在真正身份犯中,无身份者的再大因果贡献也无法替代身份者的义务违反或其能力行为:脱离身份者的廉洁义务,非身份者接受财物的行为无法被恰当地评价;同样,脱离男性的性能力,女性实施暴力的行为也无法得到恰当评价。在身份者和无身份者组成的行为共同体中,无论无身份者的行为如何重要,共同行为的核心仍然是身份者的义务违反或者能力实现。

3. 共同实行犯是否必须保持与单独实行犯的内涵?

对于共同正犯的性质,即共同正犯是正犯的一种还是共犯的一种,存在着争议。对此,德国和日本的刑法作了不同的规定。^③正犯论认为,共同正犯始终是正犯的一种形式,^④因而是正犯的共同。共犯论则认为,共同正犯是共犯的一种而非正犯,例如有的学者认为,共同正犯刑事责任的构造原则上与以他人的行为为媒介而扩张自己行为的因果性范围的教唆犯、帮助犯相同,而且从这一意义上看,共同正犯是有别于单独正犯的“共犯”的一种。^⑤我国也有学者认为,共同正犯的共犯性是其主要方面。^⑥

对此,笔者以为,共同实行犯必须首先是实行犯,因此必须保留同单独实行犯一致的内涵,不能认为共同实行犯可以缺失单独实行犯的某一部分特征。但是共同实行犯毕竟是数人共同实行,也不应该刻板地强调所有共同实行人必须相同地实施全部构成要件行为才能构成共同实行犯,否则就容易造成大部分现实案例的处理一筹莫展,因此在共犯的意义允许共同实行者之间对构成要件行为进行分担。这就要求共同实行犯必须至少实行了符合构成要件的行为的一部分,或者各共同实行人均完整地实行了构成要件行为的全部。而在实行了部分构成要件行为的场合,数人通过分担和集合实现或者充足了实行行为的全部,因而,“在共同正犯中,即便对他人的分担行为也要承担责任,即只要实施了犯罪行为的一部分,对于由此而产生的犯罪结果就要承担全部责任,就是部分行为全

^① 参见注②,第144页。

^② 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第341-342页。

^③ 德国刑法在第25条“正犯”中规定,数人共同实施犯罪的,均以正犯论处;而日本刑法在第11章“共犯”第60条中规定,两人以上共同实行犯罪的,都是正犯。

^④ 例如可参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第815页。

^⑤ 参见[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第284页。

^⑥ 参见林亚刚:《共同正犯相关问题研究》,《法律科学》2000年第2期,第94页。

部责任的原则”。^②

如何理解共同正犯中的所谓“实行行为”的含义？共同正犯是共同惹起了构成要件该当事实，而“形式的正犯概念”试图仅在实行行为的分担这一形式框架内肯定这一共同惹起，^③只要在形式上分担了实行行为的一部分，就成立共同实行犯，例如抢劫罪中实施了暴力的人、强奸罪中实施了暴力的女性，乃至受贿罪中接受贿款的无身份者。如果说在非身份犯中如此理解实行行为并无不当，在身份犯中作此理解，就有违实行行为的实质内涵。欲把握共同实行的实际形态，必须对其进行实质的而非形式的理解。^④不能将数个人在形式上符合实行行为外表要素的行为都纳入到共同实行行为的范围之内，数个人实施的行为必须不仅在形式上符合构成要件行为的全部或者部分，尤其需要在实质上，数个人的行为均能够符合在单独犯场合构成要件行为的根本特征。

这样的理解，在非身份犯中，与通常的理解无异；但是在身份犯中，就有了特殊意义。普遍的观点认为，身份犯的规范性质针对的是具有身份的人违反其对社会的义务，无身份的人单独不可能违反该种义务，但并非不能与有身份者共同实行犯罪而违反该义务，无身份者不能单独实行身份犯构成要件实行行为，但可以实施实行行为的一部分，实施了部分构成要件的行为，也是共同正犯的特征，而不是帮助犯的特征。^⑤不过，无身份者实施的形式上符合构成要件要素的行为（例如受贿罪中的收受财物行为），并不具备身份犯的构成要件行为所必需具备的、基于身份所实现的义务违反性，无身份者的类似行为在单独犯中不可能被评价为实行行为，而身份不能通过行为的分担而获得分享，义务违反性也因此不能通过行为在形式上的分担而获得共有。在此意义上，不能认为原本不能成为单独实行犯的无身份者，可以因为参与到身份者的行为之中，而获得其自身原来并不存在的某种身份内涵。正如有学者指出的那样，没有一种正犯理论混淆单独正犯和共同正犯，相反，任何一种正犯理论都会把所有的正犯形态中贯彻它的标准……在单独正犯那里如此，共同正犯也不例外。^⑥因此，能够成立共同实行犯的人，其行为必须具备实行犯的所有要素，并因此能够构成单独实行行为的人。显然，在身份犯中，不能赞同无身份者通过所谓的分担或者身份的借用、补充，就成立身份犯的共同实行犯，无身份者只能构成身份犯的狭义共犯而非共同实行犯。

需要说明的是，以往的理解是：身份者实际上往往仅实施了部分而非全部的实行行为，剩余的实行行为是由非身份者所分担或补充，两者的相加充足了构成要件所要求的全部实行行为。按此理解，意味着在整个犯罪过程中，只有身份者实施的部分属于实行行为，这是否和构成要件行为的充足相冲突？在此，必须对构成要件行为的充足具有更深刻的理解：在形式上，无身份者实施的行为符合构成要件行为；但在实质上，由于欠缺义务违反性或者能力实现性，只能被认定属于非实行性的帮助行为。因此，它以一种实质的帮助行为形式性地补充因而充足了构成要件的所有行为。而对于构成要件行为的充足而言，重要的不仅仅是所有实行行为的充足，更在于通过身份者的实行行为和非身份者帮助行为的结合，实质性地实现了对法益的侵害。

^② [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第373页。

^③ 参见[日] 山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第326页。

^④ 在所谓实质的理解上，笔者的主张与山口厚等日本学者通过实质地理解“共同惹起”，而将共谋共同正犯包括在共同正犯之内的做法不同。山口教授的理解，参见注②，第326页。

^⑤ 参见杜国强：《身份犯研究》，武汉大学出版社2005年版，第213页。

^⑥ 参见注③，第206页。

显然,对于我国现行有关身份犯之共犯的立法和司法解释而言,虽然没有明确共犯的范畴,但是应当理解为无身份者只能构成狭义共犯而非共同实行犯。在义务犯中,这样的结论是符合前述逻辑的;按照同样的逻辑,在通常认为属于能力犯的强奸罪场合,亦是如此。女性只能实施大体上属于复行为犯的强奸罪中的手段行为,^③但其所实施的手段行为由于欠缺男性的能力身份,因而不可能是在自己奸淫的故意支配下实施,只是在帮助他人奸淫的故意支配下所实施,因此同样缺乏强奸罪中的实行性,此时的手段行为与其说是实行行为,不如说仍然属于一种对男性实行的奸淫行为的帮助行为。^④其实行性的缺乏不仅仅在于故意内容的欠缺,主要是欠缺作为单独实行行为所必须具备的身份要件。通常的观点主张,妇女可以成为强奸罪的教唆犯、帮助犯,也可以成为强奸罪的间接正犯与共同正犯,^⑤但笔者认为,贯彻如前所述身份犯的实行行为概念,势必否认这一结论。有的学者主张,在作为义务犯的身份犯中,无身份者只能成立身份者的帮助犯,而在支配犯的身份犯中,无身份者虽无身份但仍可侵犯法益,其行为的因果贡献和有身份者的因果贡献因此同质,可以叠加在一起,当无身份者的贡献足够大时,即可依犯罪支配原则取得正犯地位。^⑥在此,固然存在着对正犯的不同理解,但是这样的观点仍忽略了应当实质性而非形式性地理解身份犯的实行行为,在身份犯的共同正犯问题上的主张不尽彻底。

(二) 对无身份者和有身份者共同实施身份犯之“实行行为”应如何定罪?

这一问题包括两种情形,即无身份者和身份者共同参与实施某真正身份犯,以及,A 身份者和 B 身份者共同参与实施真正身份犯。但是对于只有 B 身份者才能构成的真正身份犯而言,A 身份者就属于无身份者,因此可以一并论述。以贪污贿赂罪为例,相应的立法和司法解释存在着区别规定,反映出在这一问题上的摇摆立场。

1985 年 7 月 8 日最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》指出,内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪,应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本特征决定的。这一规定采取了主犯决定说的立场。但是在 1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中规定,与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。虽其未明确究竟是以何种犯罪的共犯论处,但是根据语境和文脉推论,是以贪污罪的共犯论处。在此决定犯罪性质的并非主犯因素,而是直接按照身份犯认定。即只要无身份者和身份者相互勾结伙同贪污的共犯,均按身份犯处理,即所谓的职务犯罪说或身份犯说。1997 年修订后的刑法也大体作了相同的规定。这些规定改变了主犯决定论的立场,一律认定构成贪污罪等身

^③ 强奸罪并不总是复行为犯,因为在利用女性昏醉而乘势强奸的场合,行为人仅仅实施了未经同意的性交行为,但并未实施手段行为。

^④ 当然,对于部分实施了所谓“实行行为”而成立强奸罪之帮助犯的女性而言,如何确定其责任是值得探讨的问题。或者认为虽然实行了暴力等手段行为,但较之于作为核心的实行行为即奸淫行为的实行犯而言,作为从犯处理并无不当;或者认为尽管有失公允,但不得不按照通常的理解将帮助犯作为从犯处理,因而必须按照刑法第 27 条第 2 款予以从宽处理;或者,必须从探讨帮助犯能否成立主犯着手,公允地解决其刑事责任。关于帮助犯可能成立主犯的观念,参见林文肯等:《共同犯罪理论与司法实践》,中国政法大学出版社 1987 年版,第 54 页。

^⑤ 例如王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 519 页。不过与义务犯中的义务不能借用不同,能力犯中的能力可以通过对他人的工具式应用而加以借用和补足,因此不能为直接正犯的无身份者(例如女性)可以成为能力犯(强奸罪)的间接正犯,而不能为直接正犯者的无身份者(例如非国家工作人员)始终无法成立义务犯(受贿罪)的间接正犯,参见注②,第 143-145 页。

^⑥ 参见注③,第 208 页。

份犯。但是即使有刑法的上述规定，2000年6月30日最高人民法院《关于审理贪污、侵占案件如何认定共同犯罪的几个问题的解释》第1条、第2条规定，行为人与国家工作人员勾结，利用国家工作人员的职务便利，共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，以贪污罪共犯论处。行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。这一规定采取了职务便利利用说的立场。其中的原因在于刑法的规定过于刻板，在伙同实施的情况下一律按照贪污罪论处，尤其是在不同身份者共同参与实施身份犯的场所，可能有失公允。主犯决定说和职务便利利用说既相一致，又存在着矛盾。通常而言，职务便利被利用的该身份者往往就是主犯，但是在例外的场合，也存在着被利用职务便利的身份者并非主犯的问题，或者身份者和无身份者的职务便利均被利用，乃至身份者和无身份者均为主犯。针对身份者和无身份者的职务便利均被利用的情形，上述解释第3条又规定，公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。即在职务便利利用标准无法界分的场合，按照主犯的标准认定，其前提是要保证共同犯罪在定罪上的同一性。而2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出，对于在公司、企业或者其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占有的，应当尽量区分主从犯，按照主犯的犯罪性质定罪。司法实践中，如果根据案件的实际情况，各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当，难以区分主从犯的，可按贪污罪定罪处罚。上述规定以主犯决定说为基础，但在主从犯不易区分的情况下，又持身份犯决定的立场。

除了上述相关立法和司法解释明确采取的立场以外，也有学者主张分别定罪说，即有身份者按身份犯定罪，无身份者按普通犯定罪，^{③⑥}认为这主要是基于违法是连带的、责任则是个别的原则。^{③⑦}例如在内外勾结的贪污中，国家工作人员以贪污罪定罪，非国家工作人员属于想象竞合，即一行为同时触犯盗窃罪（实行犯）和贪污罪（帮助犯）两个罪名，从一重罪处罚，对非国家工作人员以盗窃罪论处。另有学者主张实行行为决定说，认为应当根据实行犯的行为决定，不以其他共犯人在犯罪中所起的作用大小为转移。^{③⑧}另有学者主张核心角色说，强调实行行为与非实行行为的相对性，部分采用行为支配说的理论，引入核心角色这一概念，主张以核心角色为标准来认定犯罪的性质。^{③⑨}还有优先特殊主体说，主张对不同身份作出比较，以更为特殊的身份对犯罪进行定罪量刑。^{④⑩}

上述观点中，主犯决定论的缺陷已如前述，而核心角色说和优先特殊主体说等都存在类似的问题，即在案件中存在两个核心角色的场合，如何处理仍然是一个棘手的问题，何况有时核心角色的认定也并非易事，在不易区分的场景中，如何定罪又是一个问题。所谓优先特殊主体说存在着一个身份重要程度、地位高低的比较问题，以至在不同身份间无法区分优先特殊性。按照上述办法，由于需要在个案中考察具体角色或者身份的优先性，甚至主犯的地位也都变动

③⑥ 参见杨兴国：《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》，中国检察出版社2002年版，第71页。

③⑦ 参见注①④，第304页。

③⑧ 参见注⑤，第584页。

③⑨ 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第281页。

④⑩ 参见赵秉志主编：《刑法总论问题探索》，法律出版社2003年版，第520页。

不居，因此就会经常出现案件定性上的摇摆不定，无法做到类型化处理，导致判决之间出现不必要的差异。

笔者以为，对于此类问题的定性，不得不又回到真正身份犯所谓共同实行的问题上来。无论是义务犯还是能力犯，无身份者和身份者不可能成立共同实行犯的，因此无身份者始终只能作为身份者实行的真正身份犯的帮助犯，无论对该帮助犯是按照主犯还是从犯认定，都不可能由帮助犯决定案件整体的性质。因此，唯一合理的解决方案就是按照身份者的身份犯为定性标准，或者说按照身份者的实行行为确定案件的整体性质，在所有类似案件中均贯彻以义务违反和能力身份决定实行行为的存在与否，并以身份犯的实行行为为标准为整体案件定性。虽然同样是以实行行为决定案件性质，但本文的主张与前述实行行为决定论的不同之处，在于只承认身份者的身份犯行为属于单独的实行，而非是在承认共同实行的前提下决定案件性质，否则仍会导致需要在多个实行行为之间根据某种标准进行选择的疑惑。

不过，在A身份者和B身份者实施的共同犯罪中的身份竞合定性问题更为复杂。仍以贪污罪为例。首先，不应当笼统、简单地决定案件以重罪（通常是贪污罪）或者轻罪（例如职务侵占罪或者盗窃罪等）处罚，而应当以职务便利的利用来决定义务违反的核心，进而决定案件的性质。因此，在职务便利的单一利用场合，职务便利的性质决定义务违反的性质，决定实行行为的类型，未利用职务便利的某种身份者实际上等同于无身份者，其所实施的行为对于被利用职务便利的身份者所构成的身份犯而言，不属于实行行为，而属于帮助行为，表面上存在着身份的竞合，实质上并不存在这种竞合。因此应当承认前引《关于审理贪污、侵占案件如何认定共同犯罪的几个问题的解释》中职务便利决定说这一基本立场的正当性。其次，在职务便利的重合利用场合，即双方各自利用本人身份的职务便利，属于真正的身份竞合情形，则不应像前述司法解释那样试图去比较所谓职务便利的优先性或者不同身份者在共同犯罪中地位的主要性，^④也不能笼统地以所谓的重罪贪污罪处罚，而是应当按照竞合的原理予以处理：不同身份者实际上处于各自实行、相互帮助的地位，因此A身份者构成A身份犯的实行犯与B身份者身份犯的帮助犯竞合，反之B身份者也构成B身份犯的实行犯和A身份犯帮助犯的竞合，进而根据具体犯罪的法定刑，比较不同罪行分别适用的刑罚轻重，分别从一重罪处罚，并进而讨论其在共同犯罪中的作用，确定其责任大小。在A、B罪之间存在法定刑轻重差异时，往往就意味着按照重罪决定案件的整体性质，而对轻罪的正犯按照重罪的共犯处理。不过，在法定刑无法比较轻重的场合，可能出现分别按照A罪正犯和B罪正犯处理，不再处理他罪狭义共犯的情形。从部分犯罪共同说的角度来看，不同共犯人之间存在着罪名的差异，这不是一个异常的问题。^⑤

^④ 也有学者据此认为，在不同身份者共同实施真正身份犯的场所，其主要作用者的身份对于整个行为的定性具有重要作用，只有满足该真正身份要求者的行为才能满足具体身份犯的犯罪构成，因此，全案的性质只能以满足该真正身份犯的犯罪构成即起主要作用者的身份来确定，而起次要作用者只能构成主要作用者的共犯。参见注④，第304页。

^⑤ 关于部分犯罪共同说，参见张明楷：《部分犯罪共同说之提倡》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2001年第1期，第37-43页。不过，作者最近变化为提倡行为共同说，认为部分犯罪共同说只是回答了“共同犯罪犯的是什么罪”这样没有实际意义的问题，参见注⑧，第358页。在笔者看来，虽然行为共同说和部分犯罪共同说在具体案件中的结论通常相同，但后者的逻辑更能够清楚地说明共同行为人之共犯性的具体所在，并且对于共犯人的共同故意给予了必要的重视，而非抽象地讨论行为的共同，因而更为可取。

三、身份者教唆、帮助无身份者实施真正身份犯问题

身份者教唆、帮助无身份者实施真正身份犯，这是通常的笼统表述。需要更为精确说明的是：虽然是身份者的所谓教唆和“帮助”，但必定是两者之间形成了能够成立刑法第25条之共同犯罪的关系。如果两者之间未形成共同犯罪的关系，身份者（例如国家工作人员）单纯地教唆无身份者（例如不具备某种特定职务便利所要求的特定国家工作人员身份的人）实施只有前述身份者才能构成的义务犯，由于在义务犯中，义务不能借用，因而出现亲手犯的问题，实际上，无身份者并不能按照计划完成真正的义务身份犯罪。^{④③} 同样，所谓“帮助无身份者实施真正身份犯”的表述也不精确，如果身份者的行为是帮助，那么其帮助行为围绕的无身份者的行为只能是非身份犯的实行，而不是身份者包含义务内容或者能力内容层面的实行行为。与其说是身份者教唆、帮助无身份者实施真正身份犯，不如说是身份者教唆无身份者代替其“实行”或者由无身份者帮助其“实行”。通常的讨论将这一问题区分为身份者教唆、帮助无身份者实施无身份者不能单独构成的犯罪和身份者教唆、帮助无身份者实施无身份者可以单独构成的犯罪两个方面，不过这样的划分存在着含混之处，需要细加辨析。

（一）不可能存在着身份者完全放弃实行，而教唆无身份者全部“实行”身份犯行为或者全部由无身份者的帮助行为加以形式性地充足实行行为的场合

实践中，存在着这样的情形，例如具有国家工作人员身份的丈夫唆使不具有国家工作人员身份的妻子，在两人具有共同故意的情形下，让其代替收受贿赂。对于此类典型案例，争议方案众多，^{④④} 其中有力的观点主要包括：认为身份者成立间接正犯，无身份者成立从犯；或者认为身份者成立教唆犯，无身份者成立从犯；或者认为身份者成立受贿罪的教唆犯，而无身份者成立帮助犯，等等。最近也有学者认为，从间接正犯是利用具有规范障碍的他人犯罪的立场，无身份者对身份者的受贿事实及其违法性具有足够认识，不能形成抑制违法行为动机的规范障碍而被视为身份者的工具，因而不能将身份者作为间接正犯；同样，身份者成立教唆犯而无身份者成立帮助犯的观点，导致了没有正犯的共犯，从正犯必不可少的立场，同样存在问题。应当认为，在能够确定丈夫单方面支配了妻子行为的场合，可以认为丈夫是间接正犯，妻子是帮助犯；而在夫妻二人共同受贿过程中，对等地发生作用的场合，二者互相配合、互相利用和支持，共同地引起了受贿罪的犯罪结果，二者应当成立受贿罪的共同正犯，而非正犯和共犯的关系。^{④⑤} 甚至有学者主张，在亲手犯等特定场合之外，有身份者成立身份犯的教唆犯或帮助犯，无身份者既然能够成立身份犯的共同正犯，那么无身份者也可以成立身份犯的实行犯。^{④⑥}

按照通说，不得不承认在某些犯罪中，身份者本人不直接实行任何行为，而通过间接实行的方

^{④③} 本文并不讨论亲手犯问题，感兴趣者请参见注②①，第123-147页。

^{④④} 具体争议观点及其评述，参见阎二鹏：《共犯与身份》，中国检察出版社2007年版，第200-205页。

^{④⑤} 参见注②④，第303页。不过仍然需要说明的是，为什么妻子分担了部分实行行为，却不得不作为帮助犯加以对待？另外，在成立间接正犯的场合，又是否存在帮助犯的成立余地？

^{④⑥} 参见李成：《共同犯罪与身份关系研究》，中国人民公安大学出版社2007年版，第118页。

式实现义务违反或法益侵害的效果,例如通过无身份者报销发票实现贪污的目的。但即使这样理解,贯彻本文主张的实行行为决定说,身份者的行为属于“间接正犯”,而无身份者的行为仍然只能成立帮助犯而非正犯,否则就出现了对受贿罪的直接正犯加以利用而构成受贿罪的间接正犯的荒唐情形。

但是,在非亲手犯的场所,即身份者可以通过他人代替“实行”的场所,考虑到无论是义务犯还是能力犯,义务违反行为(例如受贿罪中利用职务便利为他人谋取利益的行为)和能力实施行为(强奸罪中的性交行为)作为实行行为的核心,既不能缺失也不可能被替代。例如在强奸罪中,实施性交行为的必定是作为能力身份者的男性,而在受贿罪中,实施利用职务便利为他人谋取利益的只能是身份者。^{④7}因为站在义务犯的角度,对于义务犯的正犯具有决定性的因素指向义务违反本身,只要违反了积极义务的就是义务犯的核心人物,就是义务犯的正犯。^{④8}因此,义务犯的违反本身就成立直接实行行为。^{④9}而在能力犯中,无身份者不具备法益侵害的能力,更需要有身份者的直接实行来加以实现。因此,在能力犯中,不可能出现由无身份者独立实施、而身份者处于教唆或者帮助地位的情形。因为,如果允许缺失身份者实行核心行为,就意味着身份犯中身份的决定性意义和根本地位不复存在。不得不说,作为一个完整的犯罪而不是单纯从犯罪未完成形态的角度加以考察,就核心行为的实行而言,所有的身份犯都程度不同地存在着“直接”、“亲手”。排除那些尚未付诸实行的共同犯罪和无身份者再次通过对另一身份者的实行行为的利用,通常不可能存在身份者不曾实施身份犯的任何部分实行行为的情况,换言之,身份者必须实施身份犯中的部分实行行为。例如具有国家工作人员身份的丈夫向不具有国家工作人员身份的妻子说明了受贿意图,让其接受财物,在此过程中,作为一个完整的身份犯罪,作为国家工作人员的丈夫至少必须实施受贿罪的核心行为(利用职务便利为他人谋取利益),因为无身份者无论如何都无法实行这一核心行为。在强奸罪中同样如此,具有能力身份的男性,必须实施奸淫行为,女性都无法替代实行作为核心的奸淫行为本身。

基于这一理由,笔者认为,无论对身份者按照间接正犯还是教唆犯论处,都忽略了身份者其实在所假设的完整身份犯罪比如受贿罪过程中,不可避免地,至少具有部分的直接实行尤其是核心实行行为,因此无论认定为间接正犯还是教唆犯或者其他非直接实行犯,均忽视了身份者在其中的该部分直接实行行为。正确的态度应当是将此种情形中的身份者认定为直接实行犯,而将无身份者认定为帮助犯,因为正如前述,由于缺乏身份要素,无身份者实施的形式上符合实行行为要素的行为仍然不得不被认定为帮助行为而非实行行为。而认为无身份者可以成立身份犯单独实行犯、身份者反而只成立身份犯的教唆犯或帮助犯的观点,无疑使得身份犯的概念丧失意义,从而本末倒置了。

因此,虽然前述所谓正犯和共犯关系的观念是正确的,但从贯彻身份犯的实行行为要件角度,

^{④7} 包括承诺谋取利益的行为,虽然可以通过非身份者的他人代为转达,但实际上仅仅是承诺的方式问题,仍然应当认为是身份者自己实施的实行行为。

^{④8} 参见注⑬,第192页。

^{④9} 以贪污罪为例,身份者利用自身管理公共财物的便利条件,放松对公共财物的管理,教唆无身份者乘机盗窃身份者所管理的公共财物,表面上,身份者虽然并没有实施盗窃行为,但在义务违反的角度,其放松管理的不作为仍然构成实行行为;同样,在身份者利用职务便利,教唆无身份者虚报发票骗取公共财物的场合,虽然身份者没有实施虚报行为,但其隐瞒真相骗领公款义务违反行为仍然成立实行行为。

不得不一如既往地否定身份者和无身份者之间所谓的共同正犯关系。实际上，从义务犯抑或能力犯角度理解正犯，按照身份者总是需要直接实行这一理解，所谓身份者教唆无身份者实施身份犯这一问题，需要讨论的并非身份者行为的性质问题，而可转换为身份者和无身份者能否形成共同实行犯的问题。概言之，在此种情形，无论把身份者认定为间接正犯还是直接正犯，同无身份者之间始终都无法建立共同正犯的关系。

（二）A 身份者教唆、帮助无身份者实施一般犯罪，而刑法就同一行为规定了 A 身份犯的场所

此种情形最为经常的例子就是：身份者（邮政工作人员）教唆无身份者实施隐匿、毁弃邮件、电报或者非法开拆他人信件的行为，由于刑法第 252 条规定了无身份者的侵犯通信自由罪，第 253 条则规定了只能由邮政工作人员构成的私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，因此产生了此类案件中身份者和无身份者行为的定性问题。对此，我国刑法学界大体上存在着四种观点，即：无身份者成立普通犯罪，而身份者构成无身份者犯罪的教唆犯^⑤；或者，身份者构成身份犯的教唆犯，无身份者构成一般犯罪^⑥；或者，区分是否利用本人身份，如果身份者利用了本人身份的，身份者成立一般犯罪的教唆犯和身份犯的间接正犯，按照想象竞合处理，如果身份者没有利用本人身份的，无身份者成立一般犯罪，身份者构成一般犯罪的教唆犯^⑦；或者，身份者成立身份犯的间接正犯，无身份者成立身份者的从犯。^⑧

刑法中具有类似规定的往往属于义务犯，如果贯彻实行行为决定案件性质的立场，那么就需要考察在上述情形中，对于身份者而言究竟是否存在义务的违反，而义务违反的前提是上述行为是否发生在其义务履行过程中，因此必须考察义务身份的利用与否。在此意义上，区分是否利用本人身份来确定行为性质的观点是正确的。

【主要参考文献】

1. 陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版。
2. [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》（总论），徐久生译，中国法制出版社 2001 年版。
3. 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版。
4. 杜国强：《身份犯研究》，武汉大学出版社 2005 年版。
5. [日] 西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版。
6. 阎二鹏：《共犯与身份》，中国检察出版社 2007 年版。
7. 李成：《共同犯罪与身份关系研究》，中国人民公安大学出版社 2007 年版。
8. 何庆仁：《义务犯研究》，中国人民大学出版社 2010 年版。

（责任编辑：付立庆）

^⑤ 参见马克昌：《共同犯罪与身份》，《法学研究》1986 年第 5 期，第 26 页。

^⑥ 参见吴振兴：《论教唆犯》，吉林人民出版社 1986 年版，第 167 页。

^⑦ 参见注①，第 361-363 页。

^⑧ 参见阴建峰、周加海主编：《共同犯罪适用中疑难问题研究》，吉林人民出版社 2000 年版，第 60 页。