共同犯罪与身份

马克昌

在刑法分则中的大多数犯罪任何人都可以构成，如杀人罪、伤害罪、抢劫罪等等；但也有一部分犯罪，必须行为人具有某种特定的身分才能构成，如贪污罪、受贿罪，只有国家工作人员才能构成。这一类犯罪是特殊主体的犯罪，在刑法理论上通常叫做“身分犯”。行为人具有特定的身分是成立身分犯的要件，不具有特定身分的人自然不能单独构成这种犯罪。那末，能否与具有特定身分的人一起构成这种犯罪的共同犯罪呢？对于无特定身分者与有特定身分者共同实施犯罪应当怎样处罚呢？这些问题需要认真加以研究，予以适当的解决。

一

我国现行刑法总则没有关于共同犯罪与身分的规定。只是建国初期公布实施的《中华人民共和国惩治贪污条例》第十二条曾规定：“非国家工作人员勾结国家工作人员伙同贪污者，应参照本条例第三、四、五、十、十一各条的规定予以惩治。”这虽是关于共同犯罪与身分的规定，但只是限于贪污罪，还不是解决这一问题的一般规范。而外国刑法和旧中国刑法在刑法总则中规定共同犯罪与身分问题的，却有不少立法例。如1974年《奥地利刑法典》第14条规定：“（1）法律规定行为之可罚性、刑度系取决于与不法行为有关行为人之个人特定身分关系时，如参与人之中仅有一人具有此种关系时，所有参与人均适用此项规定。行为之不法系取决于行为人于直接实施犯行或以其他特定方式参与行为之际，应具备特殊身分关系者，亦同。（2）因特定身分关系，而免除刑责时，仅具有此种身分关系之参与人，始适用之。”《日本刑法》第65条规定：“（一）凡参与因犯人身分而构成的犯罪行为的人，虽不具有这种身分，仍是共犯。（二）因身分致刑罚有轻重时，没有这种身分的人，仍判处通常的刑罚。”1935年旧中国刑法第31条规定：“因身分或其他特定关系成立之罪，其共同实施或教唆帮助者，虽无特定关系，仍以共犯论。因身分或其他特定关系，致刑有重轻或免除者，其无特定关系之人，科以通常之刑。”此外，1976年联邦德国刑法第28条，1968年《德意志民主共和国刑法典》第22条第四、五款，1971年《瑞士刑法典》第26条，1975年南朝鲜刑法第33条等均有类似规定。这些规定在研究共同犯罪与身分问题上值得我们参考。

“身分”一词，《辞海》的解释是：“人的出身、地位或资格。”这是普通意义上的身分，它揭示了身分的特征具有继续性。在刑法理论上对身分的解释与此有所不同。不过，刑法理论上对身分的解释也不一致。有的把身分解释得很宽。如日本判例解释说：“刑法第65条所谓身分，不只是限于男女的性别、内外国人的差别、亲属关系、作为公务员那样的关系，而是指一切关于一定犯罪行为的犯人的人的关系的特殊地位或状态。”① 这里把身分解释为包括特定关系。有的把身分解释得较窄，认为身分为特定关系之一种，特定关系包括身分和其他特定关系。所谓身分专指属于行为人的特定资格，如公务员、军人、男女、亲属关

① 转引自团藤重光，《刑法纲要总论》第392页。

系等，其他特定关系，指身分以外的一切具有人的关系的特殊地位或状态，如依法逮捕的人犯、依法应负扶养义务的人等。在我们看来，身分就其本来的意义上，不包含其他特定关系，但为了研究的方便起见，不妨把身分作广义的解释。当然这也只能是属于有关人身的情况；属于人的主观方面的情况，如具有某种目的(反革命的目的、营利的目的等)，自不应解释为身分。

身分从其形成上分，有自然的身分和法律上的身分。前者指基于一定的事实关系而形成的身分，如男女性别、亲属关系、本国人与外国人等；后者指基于法律所赋与而形成的身分，如国家工作人员、司法工作人员、邮电工作人员、证人、鉴定人、记录人、翻译人等。

身分从其在定罪量刑的作用上分，有犯罪构成要件的身分（或叫构成的身分）和影响刑罚轻重的身分（或叫加减的身分）。某种犯罪必须行为人具有一定的身分才能成立，不具备法律要求的特定身分，这种犯罪就不能成立。这种犯罪在刑法理论上叫真正身分犯。法律要求构成身分犯的犯罪主体所必须具有的身分，是犯罪构成要件的身分。刑法上没有规定必须具有一定的身分才能构成的犯罪，具有一定的身分犯这种罪时法律规定予以从重、加重或从轻、减轻处罚。这种犯罪在刑罚理论上叫不真正身分犯。法律要求构成不真正身分犯时影响量刑从重、加重或从轻、减轻的身分，叫影响刑罚轻重的身分。此外，在刑法理论上还有一种叫做消极的身分，即由于具备一定的身分使刑法上规定的某种犯罪不能成立或免予处罚。对于与具有消极的身分的人共同犯罪如何处理呢？《日本刑法》第244条规定："（一）直系血亲、配偶及同居的亲属之间，犯第235条的罪（按该条为盗窃），第235条之二的罪（按该条为侵夺）及这些罪的未遂罪的，免除其刑罚。其他亲属之间犯上述罪时，告诉的才处理。（二）对于非亲属的共犯，不适用前项的规定。"我国刑法没有这样的规定，但最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》中指出："要把偷窃自己家里或近亲属的，同在社会上作案的加以区别。"它虽没有明确提出前者不构成犯罪，但实际的意思是："对此类案件，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，在处理时也应同在社会上作案的有所区别。"在司法实践中，对家庭成员之间的盗窃，一般也是不作为盗窃罪处理的。如果非家庭成员伙同家庭成员共同实行盗窃，数额较大的，根据具体情况，对家庭成员可以不以盗窃论罪，但对非家庭成员仍应以盗窃罪追究刑事责任。由于这方面的问题不多，所以只在这里连带说明，下面不再专门论述。

二

行为人具有一定的身分才能构成的犯罪，行为人的一定身分，在我国刑法理论上叫做犯罪的特殊主体。不具有该种身分的人，固然不能直接构成该种犯罪，但与有一定身分者构成共同犯罪，在理论上已为大家所公认。至于能构成什么样的共犯，即除了能够构成教唆犯、帮助犯或组织犯外，能否构成共同实行犯（共同正犯），却还有不同的看法。一种是否定说，认为无身分者不能与有身分者构成真正身分犯的共同实行犯，而只能构成真正身分犯的教唆犯、帮助犯或组织犯。如苏联著名刑法学者特拉依宁说："在社会主义刑法体系中，关于非公职人员参与实施渎职罪应负责任问题，是不容怀疑的。……但是，必须注意，渎职罪中的共犯毕竟有某些不容忽视的特点。问题的实质在于，非公职人员可以是渎职罪的组织犯、教唆犯或帮助犯，但是渎职罪的执行犯却只能是公职人员。所以有这个特点，是因为在实际中只有公职人员才是公务职能的执行者：由他们发布命令，签署文件等等。因此，事实上，也只有他们才能构成渎职罪。因此，职务行为的唯一执行者——公职人员——自然也就是渎职

罪的唯一执行犯。由此得出结论：在渎职罪的共犯中，非公职人员只能作为组织犯、教唆犯或帮助犯负责。”① 又如日本学者小野清一郎说：“共同正犯本来系正犯（即实行者）：身分犯仅有其身分者可实行之。如此解释时，则在此所称之‘加功’，系实行以外之加功，所谓‘共犯’意味着教唆犯或从犯。”② 另一种是肯定说，认为无身分者能够与有身分者共同构成真正身分犯的共同实行犯。例如在日本主张共谋共同正犯和共同意思主体说的学者们认为：“在无身分者作为共犯参与到真正身分犯的场合，‘换言之，二人以上的异心别体的个人，为实现构成一定的身分犯这一共同目的，变为同心一体，在构成这种身分犯的场合，该共同意思主体便构成了身分犯，’……所以无身分者参与真正身分犯，不论是作为共同正犯，还是作为教唆犯或从犯，都以真正身分犯论……”③。此外，持共犯独立性见解的学者如木村龟二，虽认为这种情况不能成立共犯，但由于日本刑法第65条第1项的规定，而例外地将此视为共犯而予以处罚，可以适用于共同正犯、教唆犯及从犯所有的共犯形式。④ 我们认为，真正身分犯或者说特殊主体的犯罪，毕竟只有具有一定身分的特殊主体实行犯罪才可能构成，无身分者是不可能实施真正身分犯的实行行为的，例如我国刑法中规定的背叛祖国罪，只有我国公民才能构成，外国人是不可能实行我国刑法中的背叛祖国罪的。因而除非法律特别规定无身分者与有身分者可以构成真正身分犯的共同实行犯外，实际是不可能构成真正身分犯的共同实行犯的。在真正身分犯中无身分者只能作为教唆犯、帮助犯（从犯）或组织犯。我国刑法是将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯的，从我国刑法看来，无身分者能够与有身分者构成真正身分犯的共同犯罪，不仅可以构成真正身分犯的教唆犯、从犯、胁从犯，也可以构成主犯甚至首要分子，这应根据其在共同犯罪中所起的作用来确定。构成什么样的身分犯，则应根据有身分者的实行行为来确定。

在刑法中，强奸罪是以男子为犯罪主体的犯罪，但妇女可以作为教唆或帮助男子实施强奸的共犯，则为我国刑法学界所公认。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》中明确指出：“妇女教唆或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所起的作用，分别定为教唆犯或从犯，依照刑法有关条款论处。”司法实践中正是这样处理的。马某（女）协助梁某（男）实施强奸案就是一个例子。梁某、马某均无业，在一起鬼混，1980年5月某日晚，见一少女白某（15岁）在街上游转，梁某即起歹意，经询问得知，白某系从外地来此寻母未遇，无处投宿，梁让她吃饭后，即找地方住下，三人同睡一床，十时许，梁让白脱裤子，白不从，遂让马抓住白的左手，梁一手抓住白的右手，一手将白的裤子脱掉，实施了强奸。白被强奸后，机智地逃出呼救，随后将被告抓获。某市区人民法院审理时，因马某是女性，罪名能否与梁某共同定为强奸罪，没有把握，遂向省高级人民法院请示，经批复认为，马某虽为女性，但在这一案件中的罪行是协助梁某强奸少女，故已构成犯罪，可定为强奸犯梁某的同案犯，负强奸共犯的责任。这是无身分者作为真正身分犯的从犯的实例。

同时，在司法实践中，还有无身分者作为真正身分犯的主犯的情况。主犯是无身分者，能不能定为真正身分犯呢？由于对这一问题认识不清，因而这类案件容易引起争论。李某

---

① 特拉依宁，《关于犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社，1958年版，第243页—244页。

② 转引自《日本刑法判例评释选集》第133页。

③ 转引自日本《刑法讲座》（四）第163页。

④ 参见木村龟二，《刑法总论》（增补版）第425页。

指使温某贪污案就是如此。某公社合作商店出纳员温某，1980年4月，利用职务之便，先后四次挪用公款七百四十元，借给恋爱对象李某，李某因无钱归还，多次动员温某窃取公款，还拉拢待业青年王某一起策划窃取公款办法：由温在七月九日下午下班时，先窃走自己经管的保险柜内的现金一千元，再把商店大门和保险柜的钥匙放在厕所里面，夜间李某伙同王某取得钥匙，潜入商店，伪造被盗现场，掩盖温某窃取公款的罪行。然后李某将他们的谋划告诉温某，温某表示同意，按照李某的策划将公款盗出，放妥钥匙。当晚李某亦按照预谋伙同王某在商店里伪造了现场。温某窃出的一千元公款，全部交给了李某，李怕搜查，除分给王某一百二十元外，其余赃款都转移到自己寝室里窝藏，在审理过程中，对此案如何定罪，意见不一。有的认为应定盗窃罪，理由是：李某在共同犯罪中起了组织、策划、教唆的作用，而且还亲自伪造现场，转移目标，窝藏赃款，是本案的首要分子。因此，本案应根据李某行为的性质定为盗窃罪。有的认为应定贪污罪，理由是：温某是利用出纳的职务之便，监守自盗，其行为具备了贪污罪的特征，应根据她的国家工作人员身分将本案定为贪污罪。这一案件在定罪问题上所以发生争论，就是由于不明确：认定犯罪性质的根据是什么。刑法理论认为，案件的性质依犯罪的实行犯的行为性质来确定，认定是否构成真正身分犯以及构成怎样的真正身分犯，应当以有身分者所实施的犯罪构成要件的行为为根据，而不以谁在共同犯罪中所起作用最大为转移。本案温某是出纳员，她利用职务之便，窃取公款，其实行行为符合贪污罪的特征。实行犯行为的性质既然是贪污罪，本案自应以贪污罪定罪。温某直接完成犯罪，是本案的主犯。李某是本案的教唆犯、策划者，又伪造现场，转移目标，在共同犯罪中起了更大的作用，亦应定为本案（贪污罪）的主犯。但他毕竟不是直接实行犯罪的人，即不是实行犯，因而不能以他起的作用更大，将本案定为盗窃罪。至于王某在本案共同犯罪中所起的作用较小，应定为从犯，自不待言。

我国刑法没有规定共同实行犯，因而如果是无身分者与有身分者共同实行某种真正身分犯的行为，例如非国家工作人员的妇女与其国家工作人员的丈夫共同收受贿赂，则不发生按某种真正身分犯的共同实行犯定罪问题，而应按照无身分者在共同犯罪中所起的实际作用，分别定为从犯，胁从犯或主犯。

以上所述，是无身分者教唆、帮助有身分者实施或共同实施真正身分犯的情况。那末，有身分者能否教唆、帮助无身分者实施真正身分犯呢？例如国家工作人员教唆或帮助普通公民收受贿赂，是否构成受贿罪的共同犯罪？对此，刑法理论上也有不同意见：（一）是依共犯处理说：认为有身分者教唆、帮助无身分者实施因身分而构成的犯罪，两者已结为一体而取得该种身分，因而可依共犯处理。（二）是有身分者成立教唆犯、无身分者成立帮助犯说：认为有身分者教唆无身分者实施因身分而构成的犯罪时，无身分者的实行行为，实由于有身分者的教唆行为所致，因而仍应成立该罪的教唆犯；无身分者由于其协助有身分者的行为而完成犯罪，应成立该罪的帮助犯。（三）有身分者成立间接正犯，无身分者为从犯或无罪说：认为有身分者教唆、帮助无身分者实施因身分而成立的犯罪，有身分者是利用“无身分有故意的工具”，应成立间接正犯。无身分者或认为是间接正犯的从犯，或认为不过是被利用的工具，而不构成犯罪。这一观点在日本已成为通说，但仍然受到有些学者的批评。在我们看来，上述诸说均有不妥。无身分者受有身分者教唆、帮助就认为已取得了“身分”，理由何在，并未给予说明。无身分者既然由于没有身分而不能构成该种身分犯，又怎能谈到是对该种身分犯的教唆或帮助？间接正犯是利用他人作为工具实行自己的犯罪，而有些真正身

分犯，有身分者根本不可能利用无身分的他人实行这种犯罪，因而并不是任何真正的身分犯都可能有间接正犯存在。最后一说虽有其可取之处，但也缺乏分析。我们认为真正身分犯，有的是由自然的身分所构成，有的是由法律上的身分所构成。二者的情况有所不同，不能一概而论。由自然的身分构成的真正身分犯，不具有该种身分者就不能实行该种犯罪。例如外国人不能构成我国刑法中背叛祖国罪的实行犯，妇女不能构成强奸罪的实行犯。既然无身分者不能构成这种真正身分犯的实行犯，因而有身分者也就不能构成无身分者实施这种因身分而构成的犯罪的教唆犯、帮助犯以至间接正犯。由法律上的身分构成的真正身分犯，不具有该种身分的人虽不能构成该种犯罪的实行犯，但在事实上却是能够实施该种犯罪行为的，例如非国家工作人员的妇女，可以代其国家工作人员的丈夫收受贿赂。因而有身分者虽不能构成无身分者实施这种因身分而构成的犯罪的教唆犯或帮助犯，却可以构成这种犯罪的间接正犯，无身分者构成这种犯罪的从犯或胁从犯。例如国家工作人员唆使其非国家工作人员的妻子代为收受贿赂，国家工作人员构成受贿罪的间接正犯，依受贿罪的主犯处理，其非国家工作人员的妻子则构成受贿罪的从犯或胁从犯。

三

影响刑罚轻重的身分有两种情况：

（一）身分不影响犯罪的性质，仅仅影响刑罚的轻重。这就是不论有身分者或无身分者实施某种行为，犯罪的性质相同，只是有身分者或者从重处罚，或者从轻处罚。例如刑法第119条规定："国家工作人员利用职务上的便利，犯走私、投机倒把罪的，从重处罚。"这就是国家工作人员进行走私或投机倒把的，走私罪、投机倒把罪的性质不发生变化，仅仅在量刑上予以从重处罚。又如刑法第14条第3款规定："已满十四岁不满十八岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。"未成年人实施犯罪，并不因为其为未成年人而改变犯罪性质，但依法应当予以从轻或减轻处罚。在这种情况下，具有影响刑罚轻重的身分者与无身分者共同实施某种犯罪时，对无身分者按照通常的刑罚处罚，对有身分者则依法予以从重或从轻、减轻处罚。例如国家工作人员某甲与普通公民某乙共同犯走私罪，对某乙依照刑法第116条或第118条规定的法定刑处罚，对某甲除依照刑法第116条或第118条规定的法定刑外，还应依刑法第119条的规定从重处罚。

（二）身分影响犯罪的性质，同时影响刑罚的轻重。这就是无身分者实施某种行为，构成一种犯罪，有身分者实施该种行为，则构成另一种犯罪。后者的法定刑较前者的法定刑为重。例如普通公民隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，情节严重的，构成侵犯公民通信自由罪，法定刑为一年以下有期徒刑或者拘役。而邮电工作人员私自开拆或隐匿、毁弃邮件、电报的，构成邮电工作人员私拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，法定刑为二年以下有期徒刑或者拘役。在这种情况下，无身分者参与有身分者共同实施犯罪时，应当对他们怎样处理呢？在理论上颇有一些问题值得研究。

第一，无身分者参与有身分者共同实施犯罪，应当按照什么罪定罪？例如普通公民某甲教唆、帮助现役军人某乙盗窃武器弹药，或与现役军人某乙一起共同盗窃武器弹药。对某甲是按（军人）盗窃武器装备罪的共犯处理，还是按《刑法》中的盗窃枪支弹药罪定罪？对此有两种不同的意见。主张犯罪共同说者认为，无身分者构成与有身分者的共同犯罪；主张行为共同说者认为，无身分者构成通常的犯罪。我们认为，犯罪的性质是由什么人实行犯罪构成要

件的行为来确定，所以，无身分者（如普通公民）教唆或帮助有身分者（如现役军人）实施某种犯罪行为（如盗窃武器弹药），无身分者依身分犯（如盗窃武器装备罪）的教唆犯或从犯处理。如果无身分者与有身分者一起共同实施犯罪，应当按照无身分的犯罪和有身分的犯罪分别定罪。就上述例子来说，普通公民某甲构成盗窃枪支弹药罪，现役军人某乙则构成（军人）盗窃武器装备罪。

第二，无身分者参与有身分者共同实施犯罪，应当怎样处罚？对此，《日本刑法》第65条第二款明文规定："因身分致刑罚有轻重时，没有这种身分的人，仍判处通常的刑罚。"日本学者久礼田益喜对本条解释谓："……所以当有身分者犯此种犯罪而无身分者为教唆犯或从犯时，教唆者准无身分的正犯，从犯按照无身分的正犯之刑予以减轻。"① 团藤重光举例说："非业务上占有者甲与业务上占有者乙共同侵占其共同占有的他人之物时，甲虽根据第一项成为业务上侵占罪的共同正犯，但他的刑罚则依照通常的侵占罪处断。"② 我国刑法没有这种规定。根据前述案件的性质依犯罪的实行犯的行为的性质来确定的法理，我们认为，无身分者与有身分者共同实施某种犯罪时，应当按照他们各自所犯的罪行的法定刑处罚。仍就上例来说，即普通公民甲按照盗窃枪支弹药罪的法定刑处罚，现役军人乙则按照（军人）盗窃武器装备罪的法定刑处罚。如果无身分者教唆或帮助有身分者实施因其身分构成的犯罪，虽应按身分犯的教唆犯或从犯论处，但其无身分的情况在量刑时应当作为从轻或减轻处罚的情节予以考虑。就上例来说，普通公民甲虽应依（军人）盗窃武器装备罪的教唆犯或从犯论罪处刑；但应考虑其非军人身分的情况，在量刑时予以从轻或减轻处罚。这样处理比较合理，比较公平。因为无身分者毕竟不具有实施该犯罪的身分，不应与有身分者同样处罚。

第三，有身分者参与无身分者共同实施犯罪，应当如何处理？在刑法理论上刑法学者认为这是一个问题。例如日本学者团藤重光说："关于不真正身分犯，即正犯没有这种身分，教唆者、帮助者有这种身分的场合，存在着疑问。例如，教唆、帮助他人杀害自己的父母，常习赌博者教唆、帮助非常习者赌博等就是这种情况。分别作为杀尊亲属或常习赌博的教唆、帮助者科处刑罚的观点已成为通说、判例。这如同共犯独立性说，从把教唆行为、帮助行为视为实行行为的立场来看，是当然的结论。然而把教唆、帮助看作是与基本的构成要件不同的行为类型时，应当说这个结论是不妥当的。"③ 我们认为，如前所述，犯罪的性质应以行为人的犯罪实行行为为根据来加以确定，有身分者教唆、帮助无身分者实施某种犯罪行为，只能构成无身分者的犯罪的教唆者或帮助者。例如现役军人教唆、帮助普通公民盗窃武器弹药，对现役军人自应以刑法第112条规定的盗窃枪支弹药罪的教唆犯或从犯论处。因为普通公民盗窃枪支弹药，构成刑法第112条的盗窃枪支弹药罪，教唆、帮助这种犯罪，自应以这种犯罪的教唆犯或从犯处理。不能因为有现役军人的身分，而改变他所教唆或帮助的犯罪的性质。当然，他的身分在量刑时可以作为从重情节来考虑。

---

① 久礼田益喜，《日本刑法总论》第342页。

② 团藤重光，《刑法纲要总论》第397页。

③ 团藤重光，《刑法纲要总论》第397页。