



主 编·陈兴良  
副主编·周光权 车 浩

# 刑法总论精释

① 下

General Interpretation of Criminal Law

〔第三版〕

人民法院出版社



· 中国政法大学刑事司法学院 编

# 刑法总论精释

· 中国政法大学刑事司法学院 编

· 中国政法大学出版社

〔第三版〕

# 刑法总论精释

General Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权 车 浩

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 王政勋

陈兴良 付立庆 林 维

方 鹏 车 浩 柏浪涛

下

## 下 册

## | 目 录 |

第九章 共同犯罪 .....	(471)
第一节 共犯概述 .....	(472)
一、概念 .....	(472)
二、共同犯罪的成立范围 .....	(479)
三、正犯和(狭义的)共犯的区分 .....	(485)
第二节 正犯 .....	(489)
一、直接正犯 .....	(489)
二、间接正犯 .....	(489)
三、共同正犯 .....	(494)
第三节 共犯(教唆犯、帮助犯) .....	(502)
一、共犯从属性 .....	(504)
二、共犯的处罚根据 .....	(510)
三、教唆犯 .....	(512)
四、帮助犯 .....	(519)
第四节 不成立共同犯罪的情形 .....	(523)
一、共同过失犯罪 .....	(523)
二、同时犯 .....	(524)
三、一人故意、一人过失的行为 .....	(525)
四、前后无关的故意行为 .....	(526)
五、共犯的过剩行为 .....	(526)
六、事前无通谋的行为 .....	(527)
第五节 共犯人的处罚 .....	(529)
一、共犯人的分类标准 .....	(529)
二、主犯 .....	(530)

三、从犯 .....	(532)
四、胁从犯 .....	(534)
五、教唆犯 .....	(534)
第六节 共犯论的其他问题 .....	(535)
一、共犯的中止 .....	(535)
二、共犯与身份 .....	(539)
三、共犯与不作为 .....	(544)
四、共犯与错误 .....	(546)
<b>第十章 单位犯罪 .....</b>	<b>(549)</b>
第一节 单位犯罪概述 .....	(550)
一、单位犯罪的性质 .....	(550)
二、单位犯罪归责的理论根据 .....	(554)
三、单位犯罪的类型与立法模式 .....	(558)
第二节 单位犯罪的定罪 .....	(559)
一、单位犯罪的主体要件 .....	(560)
二、单位犯罪的行为要件 .....	(566)
第三节 单位犯罪的处罚 .....	(580)
一、单位犯罪的一般处罚原理 .....	(580)
二、相关责任人员的认定与处罚 .....	(582)
三、单位犯罪处罚中的其他问题 .....	(591)
<b>第十一章 竞合论 .....</b>	<b>(597)</b>
第一节 竞合论概述 .....	(597)
一、刑法竞合的概念和实质 .....	(597)
二、刑法竞合的基本形态及竞合论的体系结构 .....	(598)
三、罪数理论与竞合论 .....	(601)
四、竞合论的前提问题：行为单复数的判断 .....	(602)
五、判断刑法竞合的步骤和顺序 .....	(607)
第二节 法条竞合 .....	(613)
一、法条竞合的概念 .....	(613)
二、法条竞合的范围：法条竞合是罪名规范之间的竞合 .....	(614)
三、法条竞合的形成原理：逻辑性的竞合与评价性的竞合 .....	(620)
四、法条竞合的判断和认定 .....	(626)

五、法条竞合的分类及处理方法 .....	(638)
第三节 想象竞合 .....	(670)
一、想象竞合的构成特征 .....	(671)
二、想象竞合的通常表现形式 .....	(682)
三、想象竞合的处理原则 .....	(684)
第四节 实质竞合 .....	(685)
一、连续犯(兼及同种数罪) .....	(686)
二、事后不可罚行为与事前不可罚行为 .....	(694)
三、吸收犯 .....	(702)
四、牵连犯 .....	(709)
第十二章 刑罚体系 .....	(722)
第一节 刑罚概述 .....	(722)
一、刑罚权的根据和内容 .....	(722)
二、刑罚的外部特征 .....	(723)
三、刑罚的内在属性 .....	(723)
四、刑罚的功能 .....	(724)
五、刑罚的目的 .....	(726)
六、刑罚体系 .....	(729)
第二节 主刑 .....	(729)
一、管制 .....	(729)
二、拘役 .....	(732)
三、有期徒刑 .....	(733)
四、无期徒刑 .....	(733)
五、死刑 .....	(736)
第三节 附加刑 .....	(760)
一、财产刑:罚金与没收财产 .....	(760)
二、资格刑:剥夺政治权利与驱逐出境 .....	(765)
第四节 非刑处置 .....	(772)
一、概念与适用前提 .....	(772)
二、非刑处置的特征 .....	(775)
三、非刑处置的种类 .....	(776)
第五节 社区矫正 .....	(778)

一、社区矫正的概念 .....	(778)
二、社区矫正的意义 .....	(779)
三、社区矫正的适用范围 .....	(779)
<b>第十三章 刑罚的裁量 .....</b>	<b>(781)</b>
<b>第一节 量刑概述 .....</b>	<b>(781)</b>
一、量刑的特征 .....	(781)
二、量刑的内容 .....	(782)
三、量刑的意义 .....	(782)
<b>第二节 量刑原则 .....</b>	<b>(784)</b>
一、量刑的均衡化原则 .....	(784)
二、量刑的个别化原则 .....	(785)
三、量刑的规范化 .....	(787)
<b>第三节 量刑情节 .....</b>	<b>(790)</b>
一、量刑情节的概述 .....	(790)
二、量刑情节的适用 .....	(792)
三、从重处罚情节、从轻处罚情节 .....	(801)
四、减轻处罚情节 .....	(802)
五、涉罪款物的处置 .....	(807)
<b>第四节 累犯 .....</b>	<b>(809)</b>
一、概述 .....	(809)
二、一般累犯 .....	(810)
三、特别累犯 .....	(818)
<b>第五节 自首 .....</b>	<b>(819)</b>
一、概述 .....	(819)
二、一般自首的成立条件 .....	(820)
三、特别自首的成立条件 .....	(836)
四、自首认定的特殊问题 .....	(841)
五、自首的处理 .....	(849)
<b>第六节 立功 .....</b>	<b>(850)</b>
一、概说 .....	(850)
二、立功的成立条件 .....	(851)
三、立功的其他问题 .....	(865)

四、立功的处理 .....	(871)
第七节 数罪并罚 .....	(872)
一、概述 .....	(872)
二、数罪并罚的一般原则 .....	(874)
三、普通数罪的并罚 .....	(876)
四、发现漏罪的并罚 .....	(883)
五、再犯新罪的并罚 .....	(890)
第十四章 刑罚执行 .....	(893)
第一节 刑罚执行概述 .....	(893)
一、行刑的特征 .....	(893)
二、行刑的内容 .....	(894)
三、行刑的原则 .....	(895)
四、行刑的变通 .....	(896)
第二节 缓刑 .....	(900)
一、缓刑的概念 .....	(900)
二、一般缓刑 .....	(901)
三、战时缓刑 .....	(908)
四、缓刑的法律后果 .....	(908)
第三节 减刑制度 .....	(910)
一、减刑的概念 .....	(910)
二、减刑的适用条件 .....	(911)
三、适用减刑的限制 .....	(914)
四、减刑的刑期计算 .....	(915)
五、减刑的程序 .....	(916)
六、减刑裁定的失效 .....	(917)
第四节 假释 .....	(918)
一、假释的概念 .....	(918)
二、假释与其他制度的区别 .....	(919)
三、假释的适用条件 .....	(920)
四、假释的考验 .....	(922)
五、假释的程序与撤销 .....	(923)



## 第九章 共同犯罪

在刑法理论上，共同犯罪具有与单独犯罪不同的构造，因而有很多特殊问题需要仔细研究。在实务中，多数犯罪由单独的个人（直接正犯）实施。但是，有很多罪犯意识到，单凭个人的力量，必然势单力薄，造成的后果也很有限；如果有多人参与犯罪，法益侵害结果更容易发生，行为人逃避抓捕的可能性更大，因此，实践中，为数不少的犯罪由多人实施。在绝大多数案件中，共同犯罪的危害性、案件侦破难度都远远大于单独犯罪，所以，刑法总则对共同犯罪进行了特别规定。在二人以上参与犯罪的场合，如何区分各自的角色，确定其刑事责任的大小，就是一个极其复杂的问题。

共同犯罪是多人参与的犯罪，各个参与人在共同犯罪中的地位、作用和分工是有所不同的。为了准确地界定各个共同犯罪人的刑事责任，必须依据一定的标准，对共同犯罪人进行科学的分类，在此基础上，确定对共同参与人的处罚原则。因此，对共同犯罪人进行分类是共同犯罪处罚的前提。对共同犯罪人进行分类的方法，大致有两种：（1）分工分类法。世界上大多数国家对共同犯罪人的分类，都采用此法。即把共同犯罪人分为正犯与共犯（教唆犯、帮助犯）两类。按照分工对共同犯罪进行分类，决定了共同犯罪的定罪问题。刑法分则规定的是犯罪的实行行为，实施这种行为的人是正犯，对正犯可以直接按刑法分则处罚。而教唆行为与帮助行为刑法分则没有规定。由刑法总则加以规定，使犯罪构成得以补充而具备，分工分类法重点是解决共犯的定罪问题，但同时也解决了共犯的量刑问题。（2）作用分类法。以犯罪分子在共同犯罪中的作用为标准对共同犯罪人进行分类。中国古代刑法向来把共同犯罪人分为首犯与从犯两类，《唐律》以及明、清各代的律例也都沿袭这种分类方法。作用分类法，虽然圆满地解决了共同正犯的量刑问题，但在解决定罪问题上，存在不足之处。

我国刑法对共同犯罪人的分类，以作用分类为主、以分工分类为辅。刑法第二十五条第一款规定：共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。在这个统

一的共同犯罪概念中，没有区分正犯与共犯。刑法第二十六条至第二十九条按照作用分类法对主犯、从犯、胁从犯的概念和处罚标准作了规定；同时，对教唆犯按照分工分类法进行了规定。对于共同犯罪问题的研讨，必须重视我国刑法的作用分类法的规定。同时，我们还要看到，按照分工分类法，对共同正犯、帮助犯、教唆犯进行规定，以解决共同犯罪的定罪问题的做法，其优点也是非常明显的，因为刑法分则规定的是犯罪的实行行为，实施该行为的人是正犯，对正犯可以直接按刑法分则各罪的规定处罚；对教唆行为与帮助行为，由于刑法分则没有规定，而由刑法总则加以特别规定，对教唆犯、帮助犯的处罚就需要考虑总则的规定。虽然我国刑法没有明确规定正犯，从表面上看，也就谈不上正犯与共犯的界限问题。但是，我们认为，在理论上，仍然有必要借用正犯与共犯概念，深入讨论共同犯罪的相关问题。唯其如此，司法实务中各种与共犯有关的疑难问题才能得到妥善解决，对于共同犯罪人的定罪也才有可能做到准确无误，关于共犯论的研究也才能逐步得到推进。

## 第一节 共犯概述

### 一、概念

#### （一）共犯的种类

共犯，是指刑法分则所规定的构成要件，原应由单独的行为人予以实现，但事实上并非只有单独的行为人实施构成要件行为，而是由多数人实现犯罪的情形。共犯一词，在不同的语境下，其含义并不相同。

1. 最广义的共犯。最广义的共同犯罪，就是刑法第二十五条第一款所规定的“二人以上共同故意犯罪”的场合，包括任意共犯和必要共犯两种类型。任意共犯，是指法律上以单独犯的形式规定，但二人以上的行为人共同触犯该规定的场合。必要共犯，是指刑法分则特别规定必须有二人以上才能共同实施特定犯罪的场合。

2. 广义的共犯。即任意共犯是根据刑法总则的规定将刑法分则加以扩张，其属于广义的共犯，包括共同正犯、教唆犯、帮助犯三种。

正犯，是指实行自己的犯罪，实现分则罪状规定的人。换言之，对于正犯而言，犯罪是他本人的“作品”。正犯中的实行，根据是否亲自实行，分为行为人亲自实行（直接正犯）和假借他人之手去实行（间接正犯）两种；以实行人数多寡，可以是行为人单独去实行（单独正犯），也可以是多人共同实施（共同正犯）。共同正犯，是指二人以上“共同实施”刑法分则所规定的犯罪，对犯罪具有直接支配性的情形，共同“实施”和共同“实行”在某些

情况下是重合的。但是，在特殊情况下，没有共同实行行为，也可能成立共同正犯。

教唆犯、帮助犯都并不直接实行刑法分则所规定的犯罪，对他人的实行没有支配性，而仅仅进行诱导或者提供帮助。

3. 狭义的共犯。教唆犯和帮助犯属于狭义的共犯。狭义的共犯只是参与他人犯罪的人。换言之，对于（狭义的）共犯而言，犯罪是他人（正犯）的“作品”，但共犯为使该“作品”的完成而在事前或者事后作出了独特的“贡献”（使他人产生犯罪意思之后再去实行，或者为他人实行犯罪提供精神和物质帮助）。狭义的共犯和正犯是何关系，如何区分狭义的共犯和正犯，是共犯论中最为重要的问题。

后文所讨论的共犯，如无特别说明，都是指狭义的共犯。

## （二）必要共犯

必要共犯是刑法分则规定，只有二人以上才能构成的共同犯罪。刑法规定必要共犯的意义在于：（1）区分共同犯罪类型；（2）在某些情况下排除刑法总则关于共犯的规定的适用可能性。

在我国刑法中，必要共犯包括聚合犯和对合犯两种。

1. 聚合犯。聚合犯，是指刑法分则特别规定具有同一目标的多人共同实施危害行为，犯罪才能成立的情形。聚合犯包括集团犯和聚众犯两种。集团犯，是刑法同时处罚犯罪集团的多人情形。例如，刑法第一百二十条第一款组织、领导、参加恐怖组织罪，刑法处罚组织、领导者，也处罚积极参加者、其他参加者，这就是关于集团犯的规定。聚众犯，是刑法分则特别规定的，临时性聚集多人共同实施犯罪的情形。聚众犯并非都构成共同犯罪，刑法分则关于聚众犯的个别规定仅处罚首要分子，则是首要分子的单独犯罪。

在聚合犯中，对集团的外部行为（包括提供情报、准备凶器、事前的共谋等）是否可以定罪处罚，理论上争议。应该说，刑法中关于聚合犯的规定是在已经考虑犯罪性质的基础上，只对一定范围内的参与者（组织、领导者、积极参加者、其他参加者）进行处罚，对不在该规定范围内的参与者就不能予以处罚。

2. 对合犯。对合犯，又称为对向犯，是指两个以上的犯罪人必须有相互对应的行为，犯罪才能成立的情形。根据刑罚处罚规定的不同，对于对合犯可以分为三种类型：（1）刑法分则同时处罚处于对合地位的两个行为人，且法定刑相同，例如，重婚罪；（2）刑法分则对两个对合主体都处罚，但罪名和法定刑均不同，例如，刑法关于受贿、行贿的规定；（3）刑法分则规定只处罚对合犯的某一方，对另外一方不处罚。例如，贩卖淫秽物品牟利罪只处

罚贩卖者，而不处罚购买者；枉法裁判罪只处罚作出错误裁判的司法工作人员，不处罚从该枉法裁判中受益的人；破坏军婚罪只处罚明知是现役军人的配偶而与之结婚的人，不处罚现役军人的配偶。

在司法实务中，对购买淫秽物品者往往按照购买淫秽物品牟利罪的共犯起诉，或者对购买伪造的各种证件（国家机关工作证、毕业证、身份证）的行为，按照伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪，伪造、变造身份证件罪的共犯起诉。控方的逻辑大致是：从客观上看，购买假证者实施了帮助行为，例如，其要向伪造、变造者提供照片、个人姓名、生日等信息资料，然后从伪造者手中再购回带有伪造的国家机关印章的虚假证件；从主观上看，购买者有伪造虚假证件的故意。主客观条件决定了购买者可以构成帮助犯或者教唆犯。对类似案件，辩方往往作出无罪辩护。其主要理由是从刑法分则的规定看，刑法第三百六十三条第一款对贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者；第二百八十条第一款伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，只处罚伪造、变造、买卖者；第二百八十条第三款对伪造、变造、买卖身份证件罪，只处罚伪造、变造、买卖者。虽然辩方借用刑法分则的规定论证自己的观点，但仍然有少数法院支持控方观点，对参与者定罪处罚。在这种情况下，对购买者这种在一定程度上参与犯罪的人，能否根据刑法总则的规定，确定为共犯，就是有争议的问题。换言之，对于前述对合犯中第三种刑法分则不予处罚的对向性参与行为，能否结合刑法总则关于教唆和帮助犯的规定进行处罚？例如，对购买伪造的证件的行为，是否可以按照伪造、变造、买卖国家机关公文、证件罪、伪造身份证件罪的共犯处理？

一般地说，如果形式化地看待共同犯罪的成立条件，可能会得出对参与者需要定罪处罚的结论。但如果考虑构成要件的观念，坚持考虑罪刑法定原则，对参与者能否以犯罪论处，就是一个悬而未决的问题。<sup>①</sup>

对合犯或者带有对合性质的犯罪，具有这样一个共同特点：有需求方（买方），才有提供方（卖方）。对于对合犯，理论上普遍赞成的结论是：刑法规定必要共犯的意义一方面在于区分共同犯罪类型；另一方面，在某些情况下排除刑法总则关于共犯的规定适用可能性。在刑法分则的规定本身只处罚提供方（卖方）的情况下，不能结合刑法总则中关于教唆犯、帮助犯的规定对需求方（购买者、接受者）进行处罚。至于为什么不能对需求方这种参与者进行处罚，详细的论证理由各不相同，大致有以下三种代表性的观点。

<sup>①</sup> 如果并不必然对这种参与行为定罪，将其称为共同犯罪中的对合“犯”可能就不太确切。只不过这种犯罪以存在对方的行为为要件，将其称为对向犯，可能是刑法学上约定俗成的说法。事实上，即便像重婚、受贿这样的对合犯也不必然构成共同犯罪，因为完全可能存在相婚者被欺骗、行贿者被索贿且并未谋取不正当利益的情形，但刑法学上不会有人否认重婚罪、受贿罪是对向犯。

(1) 立法者意思说。该说主张：立法者在制定刑法分则时，对哪些行为需要处罚，哪些没有必要处罚，已经有一个基本的预设。如果立法者已经当然地考虑到某种侵害行为会存在参与方，但对显然可以预见的对向性参与行为不予处罚，将对方按照教唆犯或者帮助犯论处，就和立法的基本取向相抵牾。对贩卖淫秽物品牟利罪，立法者的本意是仅处罚贩卖方，必要共犯的概念本身就已经表明某些危害行为具有不可罚的性质，所以刑法应该对购买者的行为不问，以保持刑法谦抑的立场。

对此，日本学者明确指出：在具有对合性质的 A、B 两种行为中，当法律仅将 A 行为作为犯罪来加以规定时，从立法者的意思或者立法的角度看，因为未将 B 行为规定为犯罪，所以必须将 B 行为解释为不是犯罪。因此，B 行为即使属于 A 罪的教唆或者帮助行为，只要该行为属于 A 罪所规定的参与形式，就不得将此行为作为 A 罪的教唆犯或者帮助犯加以处罚。<sup>①</sup>

立法者意思说认为，对必要共犯不可罚的根据在于参与性对合行为的通常性，即其属于可罚的对合犯一方行为所通常会引发的行为。只要某种参与行为是对合犯类型化地引起的，就不能作为共犯处罚。但是，当参与行为超过通常程度，必要共犯属于积极的造意者时，仍然应当适用刑法总则关于共犯的规定进行追究，例如，A 积极鼓动 B 将淫秽物品卖给自己的，A 可以构成贩卖淫秽物品牟利罪的教唆犯。

我国有的学者赞成立法者意思说，认为刑法分则规定贩卖淫秽物品牟利这类犯罪时，当然预想到了购买者的行为，既然刑法分则不对购买行为设立处罚规定，就表明刑法认为该行为不构成犯罪，故不能将购买者认定为从犯或者帮助犯。但是，如果购买者唆使原本没有贩卖淫秽物品意图的人贩卖淫秽物品，则可能成立教唆犯。<sup>②</sup>

对此，我国另有学者认为，买假证者和制假证者能否构成共犯，只有一种情形，即买入者对于制假证具有明确且具体的指使、教唆行为，即基于买假证者的指使或者教唆行为，而使卖出者产生了一个原发性的犯罪故意。那么在该种情形下，买入者的行为无疑就构成了刑法中的教唆犯，即和制假证者构成了共犯关系。至于常见的制假证者以此为职业并寻找潜在购买者过程中的对合型单纯购买行为，则不可能存在引发原发性犯罪故意的指使、教唆行为。在司法实践中，通常是一个个的造假证团伙到处张贴制假广告或者实地寻觅一个个的买假证者，因此，制假证者的制假行为不是由于买假证者的教唆引发的原发性犯罪故意和犯罪行为，因而不构成共同犯罪。司法实践中

① [日] 团藤重光：《刑法纲要总论》（日文版）（第3版），创文社1990年版，第432页。

② 张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第312页。

出现的基于指使、教唆行为而引发原发性犯罪的情况，并不是存在于身份证、学位证、毕业证、汽车行驶证等证件之中，而可能存在于金融机构经营许可证、原产地证书等特殊证件之中。由于此种证件的特殊性，往往是买假者个体特殊需要下买假行为直接诱发了制假者的伪造或变造的行为，犯罪故意比较明显，因此可以构成共犯关系，可以构成刑法第一百七十四条第二款规定的伪造、变造金融机构经营许可证罪的共犯。<sup>①</sup>

立法者意思说的问题是：一方面，在解释刑法时探究立法者的意思，容易陷入主观解释的窠臼；另一方面，哪些参与行为不是对合犯类型化引起的，或者是超过了通常程度，属于可罚的必要共犯，哪些属于不可罚的必要共犯，并不明确。

（2）实质说。实质说主张，是否有必要将某种行为作为教唆或者帮助行为加以处罚，需要考虑该行为是否具有共犯者的违法性或者责任。对参与性对合行为通常不处罚，是因为从实质上看，参与人的行为可能没有违法性（例如，参与人是被害人；例如，淫秽物品的购买者），或者参与人缺乏责任（可能存在共犯人欠缺期待可能性的情形，例如，窝藏罪中，被窝藏者的行为和窝藏行为之间存在对合关系，但被窝藏者行为缺乏期待可能性）。<sup>②</sup>当然，如果某种参与行为具有违法性和责任，则可以立教唆犯或者帮助犯。

实质说在一定程度上具有合理性：在参与人缺乏责任的场合，对其行为按照共犯处罚可能是不合适的。例如，犯人自己隐藏、逃避、编造事实狡辩的行为带有自我防御性质，符合人之常情，欠缺期待可能性，所以不成立本罪。共同犯罪者之间互相窝藏、包庇的，由于对其他共犯人的窝藏、包庇也是行为人自我防御的手段。因此，其不能成为窝藏、包庇罪的犯罪主体。此外，本犯教唆第三人藏匿自己的，是否构成窝藏罪的教唆犯？国外判例认为，本犯属于滥用防御权，所以应当成立教唆犯。在刑法理论上也有人认为，本犯不惜让他人实施藏匿行为，以达到自己的目的，与本犯自己藏匿相比，二者的情节并不相同，已经不能说教唆他人藏匿自己没有定型性的期待可能性。<sup>③</sup>但是，这种观点可能是责任共犯论的见解，即认为共犯的处罚根据在于使他人堕落，使他人陷入罪责。对于本犯而言，既然连作为正犯都欠缺期待可能性，那么，作为较正犯更轻的犯罪形式的共犯，更应该认为没有期待可

<sup>①</sup> 这是于志刚教授的观点。参见于志刚、莫开勤、周光权：《刑法专家：对购买假证者且慢认定共犯》，载《检察日报》2007年7月27日第3版。

<sup>②</sup> [日]平野龙一：《刑法总论Ⅱ》（日文版），有斐阁1975年版，第380页。

<sup>③</sup> [日]团藤重光：《刑法纲要各论》（日文版）（第3版），创文社1990年版，90页。



能性而不可罚。<sup>①</sup> 在这些场合,都应该只处罚窝藏者,而不处罚被窝藏者。又如,帮助毁灭、伪造证据罪是指以各种方法帮助当事人毁灭、伪造证据,情节严重的行为。在这里,也存在帮助者和被帮助者之间的对合关系。因为难以期待本犯不毁灭、伪造与自己有关的证据,因此,本罪的行为对象仅限于他人的证据。共犯者毁灭、伪造自己与其他共犯者有关的共同证据的,是否构成本罪,很值得研究。例如,甲在与乙共同实施故意杀人行为,且乙被捕之后,甲将乙使用的凶器扔到河中的行为,是否构成本罪?我们认为,在共犯场合,共犯者毁灭证据的行为往往具有同时兼顾共犯者双方利益的可能性,证据具有共同性,涉及其他共犯者的证据实际上也是自己的证据,按照对向犯的实质说,毁灭、伪造类似证据的行为在类型上缺乏期待可能性,不应当成立本罪。

当然,实质说也并不是没有问题,例如,如果购买淫秽物品者是未成年人,其当然是被害人,刑法不能处罚该参与者,相反要保护他。但如果认为贩卖淫秽物品的保护法益是社会管理秩序或者说是淳朴的社会风尚,成年的购买者就不是被害人而是共同加害人,对其处罚就是有实质根据的。

(3) 折中说。由于立法者在规定某些必要共犯时,就将可能侵害法益的一部分人的行为予以构成要件化,同时,将另外一些人的行为排除在构成要件之外。这样,对某些参与性行为,即使在违法、罪责方面具有当罚性,是可罚的教唆与帮助,但只要可以确定其属于对正犯的定型的参与形式,也可能排除在可罚性的框架之外。只有对超过了定型的参与形式的对合行为,才可能以狭义的共犯论处。所以,即使采取实质说,仍必须维持立法者意思说这一意义上的必要共犯概念。对此,日本学者指出:在成立某种犯罪的场合,概念性地当然必要的对向性参与行为,只要是属于这一范畴的行为,便不应再考虑其是否具有定性型或者通常性,其理由在于,这属于在共犯构成要件阶段对处罚范围的限定,其可罚性并不应为行为人的当罚性所左右。<sup>②</sup>

上述立法者意思说、实质说、折中说的观点,何者更为合理?在哪些情况下,才有对必要性的参与者进行处罚的可能?需要结合两个基点加以考虑。

第一,参与者是否处于被害人地位。在决定是否进行处罚时,有时的确需要考虑其是否属于被害人或者处于类似于被害人的地位,需要考虑需要保护的利益究竟是什么。例如,破坏军婚罪中军人婚姻家庭权利需要保护,如果处罚现役军人的配偶,明显不利于保护法益,所以刑法只处罚明知是现役

<sup>①</sup> [日]大谷实:《刑法讲义各论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第545页。

<sup>②</sup> [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313页。

军人的配偶而与之结婚的人，即使军人的配偶对破坏军婚行为存在教唆行为，也不作为共犯处理。再如，刑法第一百六十二条之二规定：公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或者其他入利益的，构成虚假破产罪。实施转移、处分财产行为为虚假破产的，行为人和财产接受者之间具有对合关系，但接受者本身也可能处于被害人的地位，例如，破产者对未到期的债务提前清偿的，接受该财物者可能也深受他人拖欠债务之苦，将其作为虚假破产罪的帮助犯处理，实质上不合理。对此，德国学者指出：“行为属于术语上所说的一个‘对合犯’（Begegnungsdelikt）的，在该罪中参加人的其中一个是行为人，另外一个受害人，则未受到法律以刑罚威吓的那个参加人不受罚，条件是他的行为没有超越在这里的必要参与尺度。”<sup>①</sup>

但是，对并非处于被害人地位的参与者，有时有处罚的必要。例如，挪用公款的实行行为包括挪用公款归个人使用，进行非法活动的；挪用公款数额较大、进行营利活动的；挪用公款数额较大、超过3个月未还三种情形。在将公款挪用给本人以外的亲友或者其他自然人使用的场合，接受者、使用者明知公款是挪用而来，仍然对公款加以接受和处分的，挪用者和公款使用者之间在行为上具有对合关系，或者至少可以说具有对合性质。<sup>②</sup>但对单纯接受、使用他人挪用的公款的人，并不能按照共犯处罚。有关司法解释也规定，挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯论处。<sup>③</sup>这主要是考虑到挪用人和使用人之间具有共同故意和行为，同时，使用人并不处于被害人的地位。

第二，构成要件的功能。由于立法者在规定某些必要共犯时，就将可能侵害法益的一部分人的行为予以构成要件化（定型化），同时将另外一些人的行为排除在构成要件之外，非犯罪化在刑法上也是一种定型，对于符合非犯罪化定型的必要性参与行为，不能认定为犯罪。例如，对于贩卖淫秽物品牟利罪，立法上定型化地处理的是贩卖行为，购买行为不处罚，所以，对凡是包含在购买含义中的行为，包括向有贩卖意思或者习性的人主动联络的诸种行为（例如预付现金）、反复让有贩卖意思或者习性的人提供淫秽物品供自己选择、与对方联络让其送货上门等，都是购买行为的一部分，都是构成

<sup>①</sup> [德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第333页。

<sup>②</sup> 这种场合下的对合性质决定了需要有使用人接受公款的行为，挪用人的行为才在刑法上具有意义。公款使用人的行为，客观上参与了他人犯罪行为的一部分。挪用人的挪用行为所取得的财物，相对于使用人，很难说是他人的犯罪所得。因此，使用人单纯接受公款，未指使、参与策划取得挪用款项的，不应当成立挪用公款罪的共犯，也不应当成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》（1998年4月29日）。



要件需要定型化加以排除的行为，不能评价为贩卖淫秽物品牟利罪的帮助犯。伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章罪，伪造、变造居民身份证罪都只处罚伪造、变造、买卖者，不能处罚显而易见、当然地会存在的购买者，即使其向伪造、变造者提供照片、个人姓名、生日等信息等资料，然后再购回虚假证件，也不能作为共犯处理。所以，立法者的意思是说在这一意义上的必要共犯概念，仍有一定的独立存在价值。但是，脱离构成要件观念，不考虑定型化的立法者意思说，可能并不是很准确，也难于把握。

需要承认，购买虚假证件等对合性参与行为，有一定的社会危害性。但是，其危害程度是否达到非动用刑罚不可的程度？根据治安管理处罚法规、居民身份证管理法规进行处罚是否已足？并不是没有疑问。对此，我国学者指出：“对这类行为追究刑事责任会与相关法律规定发生冲突。如按我国居民身份证法规定，伪造、变造居民身份证的，依法追究刑事责任；而购买、出售、使用伪造、变造的居民身份证的，由公安机关处200元以上1000元以下罚款，或者处10日以下拘留，有违法所得的，没收违法所得。如果对购买伪造、变造的居民身份证的行为以伪造、变造居民身份证的共犯论处，势必使上述规定成为空文。”<sup>①</sup>在司法实务中，对于购买虚假证件行为本身不定罪，但对其使用虚假证件的诈骗、招摇撞骗等行为追究刑事责任，或许更能够有效遏制相关行为。

我们认为，在这里，最为要紧的问题在于：对参与行为的处理，理所当然地要考虑立法上的预设（立法者意思）。同时，定型化的构成要件观念、罪刑法定原则、实质判断行为危害性的刑法基本立场都需要坚持；对购买虚假证件等行为定罪，对刑法领域法治观念的形成可能是弊大于利。在这个意义上，我们原则上赞成折中说的观点。由此一来，对司法实务中出现的对合性参与行为，绝大多数都不应当定罪，需要以教唆犯或者帮助犯处罚的，一定是极其罕见的特例。

## 二、共同犯罪的成立范围

共同犯罪是二人以上共同故意犯罪。这里的“共同”含义如何，在哪些方面“共同”，直接决定着共犯的本质，也决定着共犯成立的范围大小，对案件的最终处理会产生重大影响。关于这一问题存在两个对立的学说。即把共同正犯解释为共同实行特定犯罪的犯罪共同说和把共同正犯解释为各自的行为实现各自犯罪的行为共同说。

<sup>①</sup> 这是莫开勤教授的观点。参见于志刚、莫开勤、周光权：《刑法专家：对购买假证者且慢认定共犯》，载《检察日报》2007年7月27日第3版。